

UNIVERSIDADE
AUTÓNOMA
DE LISBOA



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito

Autora: Jessica Alexandra Rosa Alves

Orientador: Professor Doutor Armindo Saraiva Matias

Número da candidata: 20130227

Fevereiro 2019

Lisboa

Agradecimentos

Agradeço em primeiro lugar a Deus por me ter dado saúde e força para superar as dificuldades, por ter iluminado o meu caminho durante esta caminhada.

A esta universidade, seu corpo docente, direção e administração.

Ao meu orientador, Professor Doutor Armindo Saraiva Matias, com quem partilhei o que era o broto daquilo que veio a ser esse trabalho, o seu suporte foi fundamental.

Aos meus pais por todo amor, incentivo e apoio incondicional.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada.

Resumo

O trabalho vem analisar o regime das cláusulas contratuais gerais e dos contratos de adesão e os aspetos jurídicos relevantes que a doutrina debate face ao tema em estudo.

No sistema económico que vivemos atualmente, a liberdade contratual e a vontade das partes sofre adversidades, fica sujeita ao poder negocial e económico, ficando-se subjugado a poucas soluções legais e à escassez de alternativas.

As condições gerais dos contratos levam, muitas vezes, a que os consumidores e aderentes desconheçam as cláusulas que constituem o contrato, tornando-se assim alvo das cláusulas abusivas, advindo das potências económicas.

A posição passiva dos aderentes face à supremacia económica da contraparte instiga a criação de mecanismos de justiça que impulsionem a tutela da parte mais frágil neste tipo de contratos.

A boa-fé vem-se tornar um aliado face à utilização de cláusulas injustificadas e prejudiciais, criando um equilíbrio entre as partes, face ao negócio jurídico que estabelecem.

Por vezes, a solução perante a utilização de cláusulas abusivas passa pela sua nulidade e proibição, não obstante em alguns casos, é admitido a redução do contrato, permitindo que o mesmo ainda subsista.

Estes tipos de contratos tornaram-se quotidianos, fazem parte da sociedade, todavia, a mesma desconhece os seus direitos face aos mesmos, e vê-se numa posição de subjugação, de desequilíbrio entre as partes.

Cabe ao direito criar defesas, formas preventivas, de uma certa forma proibitivas, que venham tutelar o aderente, enquanto parte mais fraca, e assim impedir a concretização de cláusulas proibidas, lutando para a concretização de negócios jurídicos equilibrados e harmoniosos.

Palavras-chave: Cláusulas Contratuais Gerais; Cláusulas Abusivas; Liberdade Contratual; Cláusula Proibida; Contratos de Adesão.

Abstract

The work analyzes the regime of general contractual clauses and the contracts of adhesion and the relevant legal aspects that the doctrine debates in relation to the subject under study.

In the economic system that we live in today, the contractual freedom and will of the parties suffer adversities, is subject to the negotiating and economic power, being subjugated to few legal solutions and the scarcity of alternatives.

The general conditions of the contracts often lead to consumers and members not knowing the clauses that constitute the contract, thus becoming the target of unfair terms, coming from the economic powers.

The passive position of the adherents to the economic supremacy of the counterpart instigates the creation of mechanisms of justice that impel the tutelage of the most fragile part in this type of contracts.

Good faith becomes an ally in the face of the use of unjustified and harmful clauses, creating a balance between the parties, in view of the legal business they establish. Sometimes the solution to the use of unfair terms is void and prohibited, although in some cases, the contract is allowed to be reduced, allowing it to continue.

These types of contracts have become every day, they are part of society, however, the company is unaware of their rights to them and is in a position of subjugation, of unbalance between the parties.

It is up to the law to create defenses, preventive forms, somehow prohibitive, that come to protect the adherent, as the weaker party, and thus prevent the realization of prohibited clauses, striving for the realization of balanced and harmonious legal business.

Keywords: General Contractual Clauses; Abusive Clauses; Contractual Freedom; Prohibited Clause; Accession Agreements.

Índice

Introdução.....	7
1. A evolução histórico-jurídica das cláusulas contratuais gerais.....	10
1.1. Contratos de adesão à face do Código Civil de 1867	13
1.2. Contratos de adesão à face do Código Civil de 1966	13
1.3. A diretiva comunitária sobre cláusulas abusivas	19
2. As cláusulas contratuais gerais	26
2.1. Noção, âmbito e a eficácia das cláusulas contratuais gerais.....	26
2.2. Cláusulas contratuais gerais: inserção em contratos singulares	40
2.3. Colocação sistemática na teoria do contrato.....	43
2.4. Interpretação e integração das cláusulas contratuais gerais.....	45
2.5. Características das cláusulas contratuais gerais.....	47
2.5.1. Pré-disposição unilateral	47
2.5.2. Generalidade	47
2.5.3. Rigidez	48
3. A lei portuguesa das cláusulas contratuais gerais	50
3.1. Aspetos gerais	50
3.2. Âmbito e inclusão nos negócios singulares	56
3.3. Interpretação e integração.....	58
3.4. Contratos de adesão	59
3.4.1. Contratos de adesão individualizados	63
3.4.2. Contratos de adesão, como limitação à liberdade contratual	64
4. Génese do instituto das cláusulas abusivas	66
4.1. O regime geral: conspecto geral	66
4.2. Nulidade e proibição.....	70
4.3. Sistema geral das proibições.....	72
4.4. As cláusulas proibidas	74

4.5. O problema dos contratos pré-formulados	79
5. Cláusulas proibidas	81
5.1. Sentido e alcance	81
5.2. Contratos celebrados entre empresários	84
5.2.1. Cláusulas absolutamente proibidas	84
5.3. Contratos celebrados entre empresários e consumidores	88
5.3.1. Cláusulas absolutamente proibidas	88
5.3.2. Cláusulas relativamente proibidas.....	90
6. Disposições processuais	91
6.1. Direito aplicável, no espaço, aos contratos com cláusulas contratuais gerais	91
6.2. Direito ressalvado	91
6.3. Concretização processual da proibição das cláusulas contratuais gerais	92
Conclusão	98
Bibliografia.....	102

Lista de abreviaturas e siglas

Art.	- Artigo (s)
CC	- Código Civil
CRP	- Constituição da República Portuguesa
DL	- Decreto-Lei
<i>Etc.</i>	- “e outras”
<i>Idem</i>	- “o mesmo”
LCCG	- Lei das Cláusulas Contratuais Gerais
N.º	- Número
P.	- Página
Vol.	- Volume

Introdução

O presente trabalho tem como tema as cláusulas contratuais gerais, visando no mesmo analisar e refletir os diversos aspetos doutrinários, legislativos e problemáticos que se têm debatido e estudado.

Portanto, este trabalho tem como principal objetivo perceber o regime jurídico que regula as cláusulas contratuais gerais e suas vicissitudes, tendo como limite temático as cláusulas contratuais gerais proibidas.

O objetivo principal do estudo é analisar a temática das cláusulas contratuais gerais, tendo em conta a sua evolução, bem como os elementos que a envolvem, focando a análise nas cláusulas contratuais gerais proibidas ou abusivas.

Para concretizar este e outros aspetos, dividiu-se o trabalho em seis capítulos. O primeiro capítulo centra-se na exposição dos aspetos principais referentes à evolução histórico-jurídica das cláusulas contratuais gerais.

O segundo capítulo vai fazer uma análise das cláusulas contratuais gerais, desde o seu conceito, âmbito e eficácia, até às suas características, entre outros aspetos.

O terceiro capítulo vai concentrar-se exclusivamente na reflexão das cláusulas contratuais gerais e do contrato de adesão, através da análise da legislação portuguesa que as tutela.

No quarto capítulo entrar-se-á no instituto das cláusulas abusivas, aspeto relevante face à sociedade contemporânea consumista, neste capítulo fasear-se-á uma conspeção geral, de forma a perceber o sistema geral das proibições, as cláusulas proibidas e a sua estrutura, entre outros aspetos.

No capítulo quinto centrar-se-á a análise na estrutura das cláusulas proibidas, ou seja, nos contratos celebrados entre empresários e entidades equiparadas e nos contratos celebrados entre empresários e consumidores.

Por último, o sexto capítulo vem fazer uma demonstração das disposições processuais, no sentido de permitir perceber como se dá a concretização processual da proibição das cláusulas contratuais gerais.

Ao longo deste estudo, ir-se-á perceber que são vários os ordenamentos que disciplinaram as cláusulas contratuais gerais, chegando a influenciar a legislação portuguesa.

A liberdade contratual enquanto princípio base do direito privado vem encontrar nas cláusulas contratuais gerais alguns entraves, que em determinadas circunstâncias são admitidas, mas quando utilizadas de forma abusiva não são, tornam-se relevante a sua reflexão, de forma a perceber como é admitida a não autonomia da liberdade contratual, proveniente da utilização de cláusulas contratuais gerais.

O fenómeno das cláusulas contratuais gerais atua em diversos domínios e modelos negociais, são consideradas sombra da liberdade contratual.

Atualmente, as cláusulas contratuais são entendidas como necessárias, que resultam do crescimento e do desenvolvimento da sociedade moderna, daí a necessidade de padronizar os negócios jurídicos, que vem favorecer o tráfico jurídico, trazendo vantagens e desvantagens.

Os problemas que as cláusulas contratuais gerais suscitam são peculiares, o que muitas vezes impede uma fiscalização eficaz, daí ser necessário criar mecanismos e instrumentos legislativos apropriados, que permitam conhecer e combater os abusos de poder económico, protegendo o consumidor, enquanto elo mais fraco da relação contratual.

*“O fenómeno das cláusulas contratuais gerais fez, em suma, a sua aparição, estendendo-se aos domínios mais diversos. (...) As cláusulas contratuais gerais surgem como um instituto à sombra da liberdade contratual.”*¹

Reconhece-se que a liberdade de estipulação se encontra limitada face a este tipo de contratos, cabe-nos perceber a real limitação e implicações que as mesmas têm para o aderente, no âmbito da estipulação do contrato.

É comum, que no âmbito deste tipo de contratos, os aderentes sejam alvo de cláusulas injustas e abusivas, não detendo de qualquer alternativa, se não aceitar, subjugar-se, para obter o bem ou serviço que pretendem.

O legislador deve estar vigilante e consciente face a estas situações, consagrando os deveres de aceitação, de comunicação e informação, como medidas que permitam tutelar eficazmente os casos, e, por conseguinte, proteger a parte mais fraca.

Apercebemo-nos que existem casos que mesmo respeitando estas diretrizes, sente-se necessidade de fiscalizar as cláusulas contratuais gerais, pois podem passar casos de cláusulas abusivas que não foram detetadas, daí o legislador ter de criar mecanismos de ação face à deteção de cláusulas proibidas após constituição do contrato.

¹ BARROS, José Manuel de Araújo – *Cláusulas contratuais gerais. DL n.º 446/85 Anotado – recolha jurisprudencial*. 1ª edição, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 14.

Posto isto, criou-se a sanção da nulidade para certos tipos de cláusulas, e a ação inibitória, que detém de finalidades preventivas.

Como ir-se-á ver, as cláusulas contratuais gerais acarretam vantagens e desvantagens, sob o ponto de vista do aderente, este vem permitir as empresas, enquanto proponentes colocar no mercado bens e serviços de acordo com as suas necessidades, podendo algumas destas utilizar cláusulas abusivas para concretizar seus interesses económicos.

Apesar deste aspeto, reconhece-se a importância dos contratos em massa, pela possibilidade que permitem aceder, de forma célere e eficaz, a bens e serviços.

Em suma, cabe ao legislador tutelar a posição do consumidor, consagrar instrumentos legais que permitam excluir cláusulas abusivas, que colocam em causa, de forma absoluta, a liberdade contratual.

Impõem-se a criação de instrumentos e de um quadro normativo que possibilite a tutela do consumidor, a restauração da justiça e a efetiva comunicação e informação do consumidor, em prol do equilíbrio contratual.

1. A evolução histórico-jurídica das cláusulas contratuais gerais

Inicia-se o presente estudo, com uma breve referência histórica e jurídica sobre as cláusulas contratuais gerais, de forma a permitir compreender melhor a sua importância e necessidade.

Primordialmente, os contratos com cláusulas contratuais gerais eram denominados de contratação em massa, surgiram e desenvolveram-se com a revolução industrial,² que impulsionou o comércio e serviços, tendo como objetivo abranger o maior número de pessoas.

Como enunciado, foi com a ascensão da classe da burguesia, do comércio, que no final da Idade Média surgiram alterações na economia de forma mais profunda, iniciando-se um volume mais elevado de trocas comerciais, tornando-se essencial um ajustamento do ordenamento jurídico, de forma a se adaptar à produção emergente.³

As relações comerciais instigavam a necessidade de liberdade e igualdade formal, eram necessários mecanismos jurídicos que tutelassem a realidade económica, as trocas comerciais, independentemente do tipo de contraentes.⁴

*“É nesse contexto que o contrato surge como categoria abstrata e autônoma no Código de Napoleão de 1804, proveniente da ideia da vontade como expressão suprema e inderrogável da liberdade individual.”*⁵

O contrato vem ser um importante instrumento que regula a circulação da riqueza, das mercadorias e serviços, tendo forte influência na sociedade e no domínio económico.

² “A Revolução Industrial foi o fato histórico responsável por criar e impulsionar a utilização dos contratos em massa. Tais foram as alterações desencadeadas nos processos de produção e distribuição de bens e serviços que, em virtude de a produção em massa exigir também a comercialização em massa, a contratação se viu obrigada a perder o estigma de demorada negociação em prol de um caráter mais geral. A economia de mercado atingiu todas as zonas da vida social, mesmo a cultura e o lazer, necessitando, também estes, de métodos de contratação céleres e eficazes, da mesma forma que com as outras mercadorias (tornaram-se, aliás, mercadorias).” CAPELOTTI, João Paulo – Contratos de adesão e condições contratuais gerais. (...), p. 2 e 3.

³ Ver, FRANÇA, Luiz Alberto Fontana; Gonçalves Oksandro – Cláusulas contratuais gerais interpretação dos contratos massificados à luz dos princípios contratuais e da análise económica do direito. RJLB, Ano 3, n.º 4, 2017, p. 1019.

⁴ “Não é mera coincidência no século XIX a consolidação dos grandes Estados contemporâneos e o fenómeno das Codificações de viés liberal burguês. Para o desenvolvimento do capitalismo nascente se fazia necessária segurança jurídica, liberdade (de contratar, de consumir) e igualdade (ainda que formal) entre as partes, as quais se buscava com ambos os fenómenos.” FRANÇA, Luiz Alberto Fontana; Gonçalves Oksandro – Cláusulas contratuais gerais interpretação dos contratos massificados à luz dos princípios contratuais e da análise económica do direito. RJLB, Ano 3, n.º 4, 2017, p. 1020

⁵ FRANÇA, Luiz Alberto Fontana; Gonçalves Oksandro – Cláusulas contratuais gerais interpretação dos contratos massificados à luz dos princípios contratuais e da análise económica do direito. RJLB, Ano 3, n.º 4, 2017, p. 1021.

Com a evolução social e económica surge uma produção massiva de bens e serviços, instigados pela expansão demográfica, pela globalização económica e pelas necessidades sentidas, que vieram ampliar as formas de negociação entre as partes.

Primou-se pela defesa de contratos formais que fossem pautados pela liberdade e igualdade das partes, sobretudo, na discussão dos elementos e aspetos que compõem o contrato,⁶ no entanto, com o decorrer do século XX, com a massificação das trocas de serviços e bens, novas necessidades surgiram, tornou-se necessário simplificar o processo de trocas e os contratos comerciais, daí terem surgido as cláusulas contratuais gerais e os contratos de adesão.⁷

Com as pressões socioeconómicas surgem os contratos estandardizados, pela simplicidade e vantagens que trazem, desde logo, por deterem de cláusulas estipuladas, sem a possibilidade de surgirem surpresas, estreitando assim as relações de interdependência entre as contrapartes, e facilitando a concretização deste tipo de contratos.

Segundo Carlos Ferreira de Almeida *“A chamada “contratação em massa” surgiu com a revolução industrial e desenvolveu-se com a consequente “revolução comercial” que progressivamente expandiu o comércio e os serviços, de modo a abranger cada vez mais bens destinados a mais pessoas colocadas a maior distância.”*⁸

Com o início do século XX, a ciência jurídica depara-se com a necessidade de estudar este fenómeno, tendo posteriormente batizado este fenómeno, como contratos de adesão, denominação criada pelo jurista francês Raymond Saleilles.⁹

Posteriormente, a mesma ideia gerou outra expressão, as cláusulas contratuais gerais, que tiveram como origem a doutrina germânica, que introduziu esta denominação através do autor Raiser, em 1935,¹⁰ que ao contrário dos contratos de adesão em que se visava o resultado, as cláusulas contratuais gerais eram aquelas sobre qual os contratos se formavam, eram uma base pré estabelecida.

⁶ “A conceção tradicional de contrato como obra de duas partes em posição de igualdade que discutem cláusula por cláusula ainda existe, mas em número mais limitado e geralmente nas relações entre particulares. As exigências geradas pelo novo tráfico mercantil fizeram com que se abandonassem as técnicas negociais baseadas em oferta e contraoferta, para dar lugar a um mecanismo mais adequado, mais rápido, ágil e seguro”. CAPELOTTI, João Paulo – *Contratos de adesão e condições contratuais gerais*. (...), p. 2.

⁷ Ver, FRANÇA, Luiz Alberto Fontana; Gonçalves Oksandro – *Cláusulas contratuais gerais interpretação dos contratos massificados à luz dos princípios contratuais e da análise económica do direito*. RJLB, Ano 3, n.º 4, 2017, p. 1029.

⁸ ALMEIDA, Carlos Ferreira – *Contratos I*. 5ª edição, Almedina, 2013, p. 167.

⁹ Ver, TELLES, Inocêncio Galvão – *Manual dos contratos em geral*. Edição Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 312.

¹⁰ ALMEIDA, Carlos Ferreira – *Contratos I*. 5ª edição, Almedina, 2013, p. 168.

As cláusulas contratuais gerais detêm, atualmente, de um papel importante no direito comercial, todavia, as mesmas já constam com um longo percurso histórico.

As primeiras cláusulas contratuais gerais surgiram da década de 80, do século XIX, no âmbito comercial, concretamente, na atividade dos banqueiros¹¹, onde estas visavam as condições impressas nos livros de cheque em letras, no entanto, não se afasta a relevância que tiveram as seguradoras no surgimento das cláusulas contratuais gerais.

*“Com efeito, a empresa moderna, sobretudo a grande empresa, nascida para a produção e distribuição económica em massa de bens e serviços homogêneos, rapidamente exigiria o desenvolvimento paralelo de instrumentos jurídicos homogêneos aptos à contratação em massa ou em grande escala: tal como uma empresa automóvel ou bancária não produz automóveis ou fornece serviços bancários “por medida” aos seus potenciais clientes, também assim necessita de entrar em relação com estes através de processo estandardizados e uniformizados, estando fora de causa negociar caso a caso o conteúdo de milhares ou mesmo milhões de contratos que se sucedem ininterruptamente.”*¹²

De acordo com António Menezes Cordeiro,¹³ as cláusulas contratuais gerais praticadas pelos bancos desenvolveram-se, primeiramente, no direito alemão, vindo depois influenciar o modelo português, que se concretizou na criação do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, doravante LCCG.

*“O DL n.º 446/85, que veio pôr em forma de lei o que resultava já do artigo 81º, alíneas e) e j), da CRP, procura proteger a parte que se submete às cláusulas contratuais gerais em dois momentos: - no da celebração, para que este seja de facto negociado, isto é, querido, em todos os seus aspetos relevantes; - depois, pretende que o convénio seja justo, isto é, que não contenha cláusulas abusivas (...).”*¹⁴

Portanto, as cláusulas contratuais gerais surgiram, maioritariamente, através do comércio, ou seja, a nível histórico as cláusulas contratuais gerais provém do direito comercial, vindo posteriormente cair no domínio do direito civil.¹⁵

Atualmente, o domínio da contratação mercantil parte da massificação de contratos com cláusulas contratuais gerais, nos mais variados domínios, como por exemplo, os

¹¹ Segundo, CORDEIRO, António Menezes – *Manual de direito comercial*. I Volume, Almedina, 2001, p. 394.

¹² ANTUNES, José A. Engrácia Antunes – *Contratos comerciais. Noções fundamentais*. Direito e Justiça, Vol. Especial, Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, 2007, p. 132.

¹³ CORDEIRO, António Menezes – *Manual de direito comercial*. I Volume, Almedina, 2001, p. 394 e 395.

¹⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 04/12/97, In BARROS, José Manuel de Araújo – *Cláusulas contratuais gerais. DL n.º 446/85 Anotado – recolha jurisprudencial*. 1º edição, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 35.

¹⁵ CORDEIRO, António Menezes – *Manual de direito comercial*. I Volume, Almedina, 2001, p. 395.

contratos de seguros, os contratos de transporte, os contratos de mercadorias, os contratos de fornecimento de água, eletricidade, etc.

1.1. Contratos de adesão à face do Código Civil de 1867

Antigamente, os contratos apenas eram o resultado de luta de vontades entre as partes, sendo que, o conteúdo dos mesmos variava consoante os interesses da causa, mesmo que os sujeitos fossem os mesmos.

Com a evolução dos tempos, com o surgimento de novas necessidades e empresas, tornou-se necessário acelerar a implantação de todo este processo, como também simplificá-lo.¹⁶

Como enuncia Inocêncio Galvão Telles *“Tornou-se prática corrente, um dos pactuantes, o mais forte naquele setor em que o contrato se insere, estabelecer, genérica e antecipadamente, o respetivo conteúdo.”*¹⁷

Passou-se a oferecer ao consumidor um modelo contratual, no qual, a parte que aceitasse subscrever este contrato, não discutiria, aceitando na totalidade as cláusulas do contrato.

Estes contratos eram entendidos como contratos em série e padronizados, individuais e com modelos invariáveis que se repetem diversas vezes.¹⁸

*“Tais contratos dizem-se, normalmente, de adesão (...) onde há predomínio absoluto de uma só vontade, que, agindo como vontade unilateral, dita a sua lei, não já a um indivíduo, mas a uma comunidade indeterminada.”*¹⁹

1.2. Contratos de adesão à face do Código Civil de 1966

¹⁶ Segundo, TELLES, Inocêncio Galvão – *Manual dos contratos em geral*. Edição Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 311.

¹⁷ TELLES, Inocêncio Galvão – *Manual dos contratos em geral*. Edição Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 311.

¹⁸ De acordo com, TELLES, Inocêncio Galvão – *Manual dos contratos em geral*. Edição Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 312.

¹⁹ TELLES, Inocêncio Galvão – *Manual dos contratos em geral*. Edição Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 312.

À semelhança do código civil de 1867, o código civil de 1966 não estabeleceu uma regulamentação específica sobre os contratos de adesão.

A norma do código civil, sobre qual se podia basear para regular estes contratos, era o art. 236º do CC, que orientava a interpretação destes negócios jurídicos, no sentido de os interpretar de acordo com a teoria da impressão do destinatário.

Sobre esta teoria, a jurisprudência entende que *“Em matéria e interpretação, o contrato de seguro rege-se pelas regras interpretativas previstas nos art.ºs 236º a 238º do Código Civil (teoria da impressão do destinatário). Mas em relação às cláusulas contratuais gerais nele previstas, enquanto contrato de adesão, há que ponderar ainda as regras especiais previstas no RJCCG, mais concretamente nos seus art.ºs 10º e 11º, devendo, na dúvida, prevalecer o sentido mais favorável ao aderente (princípio do in dubio contra proferentem ou contra stipulatorem).”*²⁰

Assim, entende-se que *“... desde a industrialização que as cláusulas se haviam generalizado, com todos os problemas que isso sempre acarreta, sem que o legislador civil de 1966 regulasse, no mínimo, o fenómeno e sem que, da parte da jurisprudência, se observasse a produção de um corpo de decisões capazes de dar uma resposta...”*.²¹

1.3. O diploma português de 1985 sobre cláusulas contratuais gerais

As cláusulas contratuais gerais são uma prática negocial, que consiste numa das partes elaborar, unilateralmente e previamente, as cláusulas e condições contratuais, de forma padronizada, tendo como destino uma massa indeterminada que representará a contraparte, de forma a instigar a sua adesão em bloco, aos bens e serviços que são objeto do contrato.

As cláusulas contratuais gerais foram sendo implantadas e desenvolvidas, ao longo dos tempos, por diversos países, decorrendo de uma evolução que é tipificada por quatro fases, segundo António Menezes Cordeiro²², que são: a aplicação das regras gerais, a autonomização jurisprudencial, a pequena referência legal e o regime legal completo.

Portanto, num primeiro momento da evolução legislativa, as cláusulas contratuais eram desconhecidas, era negado o seu reconhecimento, sendo que a temática que elas versavam eram resolvidas à luz das regras comuns relativas à celebração de negócios.

²⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Processo n.º 1344/11.1TBVCT.G1 (Relator: Filipe Carço), de 02/07/2013. Acedido a 19 de novembro de 2018] Disponível em: <www.dgsi.pt>.

²¹ CORDEIRO, António Menezes – *Manual de direito comercial*. I Volume, Almedina, 2001, p. 403.

²² CORDEIRO, António Menezes – *Manual de direito comercial*. I Volume, Almedina, 2001, p. 397.

Com a evolução da doutrina, que vem sendo acompanhada pela jurisprudência, busca-se obter soluções adequadas aos problemas que as cláusulas contratuais suscitam.

De acordo com António Menezes Cordeiro,²³ por via jurisprudencial conquistou-se dois aspetos: a exclusão de cláusulas não-cognoscíveis e a condenação de cláusulas despropositadas.

A fase referente à pequena referência legal foi importante, na medida que consciencializava a importância desta temática no direito, todavia, a mesma foi insuficiente, sobretudo, referente aos aspetos em que o direito deve intervir, de forma frontal, para bloquear as cláusulas injustas e abusivas.

Com a evolução dos tempos e das necessidades, a experiência universal vem demonstrar que as cláusulas contratuais devem ser estruturadas e consolidadas através de regras adequadas, de uma forma completa, o que instigou à criação de diplomas legais e promulgação de leis destinados a esta concretização, no qual Portugal não ficou indiferente.

As referências doutrinárias em Portugal, relativo às cláusulas contratuais gerais datam do século XX,²⁴ que veio culminar no Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, que aprovou o atual regime das cláusulas contratuais gerais.²⁵

A criação deste DL provém de várias ideias que se foram concretizando, desde logo, a necessidade de tratamento legal que regulasse a temática das cláusulas contratuais.

Este DL pretendia codificar uma intervenção legislativa, que ambicionava assumir uma base doutrinária e impulsionar a jurisprudência, no entanto, este diploma legal não pretendia afastar as normas que decorriam do código civil, pelo contrário, viria a se articular a este, enquanto diploma extravagante, que apresentava uma estrutura completa, harmonizando o tratamento jurídico a uma específica temática.²⁶

Reconhece-se que o modelo alemão foi influenciador da lei portuguesa relativo às cláusulas contratuais gerais, todavia, o DL procurou adaptar-se às necessidades e realidade do país.

O DL referido já sofreu adaptações provenientes dos diversos diplomas legais, que vieram atualiza-lo, como o DL n.º 220/95, de 31 de agosto, o DL n.º 249/99 e o DL n.º

²³ CORDEIRO, António Menezes – *Manual de direito comercial*. I Volume, Almedina, 2001, p. 398.

²⁴ Segundo, CORDEIRO, António Menezes – *Manual de direito comercial*. I Volume, Almedina, 2001, p. 402.

²⁵ “O Decreto-Lei n.º 446/85, aprovado em 25 de outubro é o diploma legal que trata, no direito interno português, das cláusulas contratuais gerais. Sua redação, como sabido, ficou a cargo dos eminentes professores Mário Júlio de Almeida Costa e António Menezes Cordeiro.” DIZ, Milena Angélica Drumond Moraes – *Cláusulas contratuais gerais e contratos assimétricos*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 25.

²⁶ De acordo com, CORDEIRO, António Menezes – *Manual de direito comercial*. I Volume, Almedina, 2001, p. 403.

323/2011, atualizações estas que vão ao encontro das orientações comunitárias, que decorrem da Diretiva n.º 93/13/CEE.²⁷

Surgiu assim a criação do diploma enunciado, denominado de cláusulas contratuais gerais, que visa a defesa dos aderentes aos contratos que tivessem as referidas cláusulas, tornando-se assim, este diploma uma forma de tutela contra cláusulas abusivas, face aos aderentes dos contratos.²⁸

Reconhece-se que o DL n.º 446/85 teve uma forte influência da lei alemã de 1976, conhecida por BGB-Gesetz ou AGBG, ²⁹ desde logo, pela estrutura e soluções que o modelo alemão apresentava, que se demonstrou útil enquanto modelo a seguir.

Portugal foi um dos primeiros países europeus que tratou juridicamente esta matéria específica, tendo criado um mecanismo eficaz que se encontra adaptado à realidade portuguesa.

*“O momento económico-social em que surgiu a referida legislação é subsequente à previsão constitucional, de 1976, em relação à proteção dos consumidores. Posteriormente a isso foi editada a Lei de Defesa do Consumidor, Lei n.º 24/81, de 22 de agosto. A revisão constitucional efetuada em 1982 passou a consagrar, no art. 110.º, os direitos fundamentais dos consumidores.”*³⁰

O direito alemão foi a principal inspiração para a criação da legislação portuguesa, relativamente às cláusulas contratuais gerais, desde logo, denota-se com a transcrição igual de alguns artigos, como também o facto da redação original não ter previsto os contratos de adesão, o que causou algumas dificuldades no tratamento da matéria legal, que após ajustes provenientes da doutrina e jurisprudência, conseguiu-se colmatar, tornando a legislação mais ajustada à realidade portuguesa.

Após todos os ajustes, Portugal detém de uma legislação que disciplina as cláusulas contratuais gerais, sendo o principal instrumento legal que combate o abuso de poder

²⁷ O diploma legal que rege as cláusulas contratuais gerais, em Portugal, o DL n.º 446/85, até à atualidade já sofreu diversas alterações, primeiramente, o DL n.º 220/95, de seguida, o DL n.º 249/99 e por fim, o DL 323/2001, que lhe foram introduzindo algumas alterações no diploma congénere.

²⁸ “Em Portugal, por sua vez, em 1985 foi editado o Decreto-Lei 446, posteriormente alterado em 1995 e 1999. Houve definição do que são as cláusulas contratuais gerais, a forma de sua inclusão nos contratos singulares, bem como se estabeleceram listas com as cláusulas abusivas, distinguindo entre as absolutas e relativamente proibidas. Traço característico da legislação europeia é a utilização da boa-fé, como norma geral, de controle das cláusulas gerais contratuais.” FRANÇA, Luiz Alberto Fontana; Gonçalves Oksandro – *Cláusulas contratuais gerais interpretação dos contratos massificados à luz dos princípios contratuais e da análise económica do direito*. RJLB, Ano 3, n.º 4, 2017, p. 1035.

²⁹ De acordo com, TELLES, Inocêncio Galvão – *Manual dos contratos em geral*. Edição Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 317.

³⁰ DIZ, Milena Angélica Drumond Moraes – *Cláusulas contratuais gerais e contratos assimétricos*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 25.

económico, proveniente das potências económicas, no âmbito das relações desequilibradas entre os contraentes, principalmente, entre os empresários e os consumidores.³¹

Por último, questiona-se o porquê do legislador ter optado pela expressão “cláusulas contratuais gerais”, em vez de “contratos de adesão”?³²

Desde logo, porque a expressão cláusulas contratuais gerais designa os contratos pré-elaborados, uniformizadores, que se dirigem a um número indeterminado de pessoas.

Já o contrato de adesão³³ designa um determinado contrato, que detém de cláusulas contratuais, que foi elaborado unilateralmente, sem ser permitido a negociação entre as partes.³⁴

Em suma, *“A eclosão da figura das cláusulas contratuais gerais (ou, mais propriamente, das condições gerais dos contratos) é um dos fenómenos mais marcantes do processo histórico de intervencionismo nas relações jurídicas privadas. A sua etiologia fundamental decorre da constatação de que, sem a preservação de um mínimo de igualdade, não é possível falar em liberdade das partes na conformação da sua vontade negocial.”*³⁵

Reconhece-se que desde a era industrial até à atual, os tempos foram marcados pelo dinamismo e novos métodos de produção em massa, caracterizados pela intensidade de celeridade dos negócios jurídicos.

As profundas alterações no âmbito dos contratos foram reclamadas pela necessidade emergente em criar novas formas de contratação, que fossem capazes de promover a celeridade do tráfego negocial.

A estrutura contratual típica é assente na igualdade das partes, que engloba um processo complexo que vem contribuir para as exigências de eficácia e celeridade, todavia, com as novas necessidades, tornou-se urgente criar alternativas à estrutura contratual típica.

Neste seguimento, o recurso a outras formas negociais tornou-se uma necessidade, que veio assistir o progresso e ocupar um espaço, que permitiu ir ao encontro da massificação das relações contratuais.

³¹ Segundo, DIZ, Milena Angélica Drumond Morais – *Cláusulas contratuais gerais e contratos assimétricos*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 26.

³² “Embora a matéria não seja absolutamente pacífica, (...) parece ser este o prisma mais claro da questão, não obstante a existência de opiniões diversas a esse respeito.” DIZ, Milena Angélica Drumond Morais – *Cláusulas contratuais gerais e contratos assimétricos*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 26.

³³ “A problemática do contrato de adesão ocupou durante muito tempo sobretudo as jurisprudências europeias, designadamente dos sistemas de civil law.” PRATA, Ana - *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais*. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro. Coimbra, Almedina, 2010, p. 23.

³⁴ De acordo com, DIZ, Milena Angélica Drumond Morais – *Cláusulas contratuais gerais e contratos assimétricos*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 26.

³⁵ BARROS, José Manuel de Araújo – *Cláusulas contratuais gerais*. DL n.º 446/85 Anotado – recolha jurisprudencial. 1ª edição, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 17.

Assim, surgem as cláusulas contratuais gerais, tema em estudo no presente trabalho, sendo entendidas como uma forma necessária para a concretização das negociações entre as partes, possibilitando a redução da fase de negociação, o que equivale a menos tempo e custos.

Este tipo de modelo negocial pré-elaborado vem concretizar um propósito, que é a inclusão deste tipo de contratos a todos os contratos futuros do mesmo segmento, tendo como intenção a uniformização em grande escala.

Com o surgimento deste tipo de contratos, que contempla as cláusulas prévias e unilaterais, visa-se uma série de contratos futuros, os denominados contratos de adesão, que ao longo do presente estudo ir-se-ão analisar.

Premissa que se quer, mostrar de forma a permitir enquadrar os pontos seguintes, é que as cláusulas contratuais gerais consistem numa forma de restrição à liberdade contratual, uma restrição que vai operar ao nível da estipulação do conteúdo contratual, baseado no carácter imodificável das cláusulas, daí este tipo de contratos tornarem-se um recurso enquanto modelo negocial pré-determinado de alguns setores económicos, sobretudo, do consumismo.

Logo, a liberdade é afastada como forma de aceitação do contrato, e assim satisfazer uma necessidade, que é o acesso ao serviço ou produto que o mesmo tutela.

Constata-se que a utilização deste tipo de cláusulas, sobretudo no processo formativo, traduz-se na criação de desequilíbrio de poderes entre as partes, como se poderá analisar num ponto mais adiante.

Desta posição desigual surge a possibilidade de ocorrer um abuso do poder negocial, da parte dominante sobre a parte subjugada, baseada na falta de informação, comunicação e consentimento no tratamento da matéria e normas que regulam este negócio jurídico, criando-se situações de abuso que a lei necessitou regular, como se poderá posteriormente analisar e refletir.

Em suma, a utilização das cláusulas contratuais gerais, que se tornaram generalizadas e de uma utilização massificada, coloca o aderente numa posição frágil face ao criador deste tipo de contratos, sendo este aspeto que entende-se como o mais relevante no estudo, ou seja, a tutela do aderente face a possíveis situações de abuso de poder negocial, que ao longo deste trabalho se pretende refletir.

1.4. A diretiva comunitária sobre cláusulas abusivas

Diante o desenvolvimento económico surgiu uma maior necessidade de proteger o consumidor, desde logo, devido à circulação de bens, serviços e mercadorias, que entre outros aspetos, possibilitou o surgimento de uma maior desigualdade entre os contraentes deste tipo de serviços e bens.

A Diretiva n.º 93/13/CEE, de 5 de Abril de 1993³⁶ é uma diretiva comunitária relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, que visava estabelecer um limite para a adoção das disposições legislativas e regulamentares nos Estados-Membros, o que no caso de Portugal, ocorreu através das diversas alterações introduzidas por diversos DL, face ao DL n.º 446/85.

A Diretiva comunitária³⁷ sobre as cláusulas contratuais gerais surgiu quando a lei das cláusulas contratuais, LCCG, encontrava-se em plena aplicação.³⁸

*“Não se pode, portanto, estranhar que, quando foi possível aprovar uma diretiva europeia sobre o tema, ela tivesse como preocupação central a harmonização das legislações dos Estados-Membros quanto à eliminação de “cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores.”*³⁹

O objeto da Diretiva consiste numa tentativa de uniformização das diferentes disposições que os ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros continham, face a uma política de defesa do consumidor.

Portanto, a sua criação teve como objetivo instigar os Estados-Membros a alterar as suas legislações internas, de forma a criar mecanismos de proteção do consumidor contra as

³⁶ “Quando da aprovação da Diretiva n.º 93/13/CEE, após um período de quase duas décadas de gestação, o Conselho da Comunidade Europeia promulgou a diretiva sobre cláusulas abusivas em contratos celebrados com consumidores.” LEMOS, Raquel Andreatta – *Cláusulas contratuais gerais nos contratos de telecomunicações*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 6.

³⁷ “Em 05 de abril de 1993 foi editada a diretiva n.º. 93/13/UE, cujo conteúdo dispunha sobre cláusulas abusivas nos contratos de adesão celebrados com consumidores. A referida diretiva foi estudada, analisada e aperfeiçoada por cerca de 20 anos e a ideia de sua efetiva promulgação surgiu da observação do fenómeno crescente do consumismo pós-industrial, que passou a evidenciar a necessidade de tutela deste novo sujeito de direitos que então surgia: o consumidor.”

³⁸ “As inúmeras legislações europeias culminaram com a edição de Diretiva comunitária (Diretiva n.º 13/1993 da Comunidade Económica Europeia) em que se buscou uniformizar a legislação sobre o tema na União Europeia. Como expõe a doutrina. Assim, tendo em vista as disparidades das legislações dos diversos Estados-membros e entendendo que eles deveriam legislar no sentido de evitar cláusulas abusivas, estabeleceu-se uma diretiva mínima pela qual os Estados poderiam dispor mais, e não menos, do que ali se declara.” FRANÇA, Luiz Alberto Fontana; Gonçalves Oksandro – *Cláusulas contratuais gerais interpretação dos contratos massificados à luz dos princípios contratuais e da análise económica do direito*. RJLB, Ano 3, n.º 4, 2017, p. 1035.

³⁹ ALMEIDA, Carlos Ferreira – *Contratos I*. 5ª edição, Almedina, 2013, p. 168.

cláusulas abusivas dos contratos de adesão, e também simplificar e harmonizar esta temática no espaço europeu.

Através da criação desta Diretiva, suscitou-se debates sobre a defesa do consumidor, sobre o controle das cláusulas abusivas, dos contratos de adesão e por fim, a necessidade de disciplinar as cláusulas contratuais gerais.

Reconhece-se que a Diretiva detém de um âmbito de aplicação reduzido, restringindo-se às cláusulas abusivas que se encontram inseridas nos contratos de adesão, entre consumidores e empresários.

Vem assim, demonstrar o seu objetivo claro de proteger o consumidor, enquanto parte fraca do contrato de adesão, tentando impulsionar a criação de mecanismos que vedem as práticas abusivas, em prol da proteção do consumidor.⁴⁰

O destino das normas da Diretiva visa uma aplicação subjetiva, ou seja, esta refere-se aos contratos pré-formulados, não negociados, que são estabelecidos entre consumidores⁴¹ e empresários, excluindo assim, as relações contratuais entre empresários.

Neste seguimento, o art. 3º da Diretiva define as cláusulas abusivas, vindo assim, os primeiros artigos da Diretiva apresentar definições e demonstrar o âmbito de aplicação do mesmo diploma.

Como indica o art. 5º da Diretiva, as cláusulas devem ser redigidas de forma clara, aconselhando, no art. 7º, os Estados-membros a providenciar a tomada de medidas que sejam eficazes, em pôr termo à utilização das cláusulas abusivas e assim, proteger os interesses dos consumidores e dos profissionais.⁴²

Indo assim, ao encontro do art. 8º que instiga a tomada de medidas mais rigorosas, que venham assegurar um nível mais elevado de proteção dos consumidores, face à utilização deste tipo de cláusulas.

No entender de António Menezes Cordeiro “*Salvo aspetos pontuais e de técnica jurídica, pode considerar-se que a lista da diretiva fica aquém da portuguesa – Decreto-Lei*

⁴⁰ Segundo, DIZ, Milena Angélica Drumond Morais – *Cláusulas contratuais gerais e contratos assimétricos*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 28.

⁴¹ “*Há que se ter em conta que o Anteprojeto de Código do Consumidor tinha a intenção de revogar o Decreto-lei em questão no que se refere aos contratos firmados com os consumidores e a sua defesa, pois o novo diploma passaria a tratar da matéria de maneira uniforme em seus artigos 202.º a 225.º. (...) não se pode olvidar a necessidade de articulação com as diretrizes da Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de julho), no que for pertinente à tutela do contratante consumidor, sem prejuízo da observância das diretrizes do Código Civil.*” DIZ, Milena Angélica Drumond Morais – *Cláusulas contratuais gerais e contratos assimétricos*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 37.

⁴² Segundo, CORDEIRO, António Menezes – *Manual de direito comercial*. I Volume, Almedina, 2001, p. 405.

n.º 446/85: esta, além de mais completa, apresenta-se dotada de um grau mais elevado de analitismo.”⁴³

Como é óbvio, com o surgimento desta Diretiva, Portugal teve que fazer ajustes na sua legislação interna, de forma a transpor as premissas da Diretiva para a lei portuguesa,⁴⁴

Esta Diretiva não contém disposições apenas relativas ao direito contratual, mas detém também disposições sobre as práticas comerciais, como por exemplo o art. 7º que prevê que os Estados-Membros adotem meios adequados e eficazes, para pôr termo à utilização das cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores por um profissional.

Relativo às práticas desleais, existe uma Diretiva comunitária mais recente que a Diretiva 93/13/CEE, que é a Diretiva 2005/29/CE.⁴⁵

A Diretiva 93/13/CEE face às cláusulas abusivas consagra dois níveis de entendimento, face à regulação das cláusulas, ou seja, no art. 6º e 7º enuncia uma dimensão individual e uma dimensão coletiva do fenómeno das cláusulas contratuais gerais abusivas.⁴⁶

A dimensão individual das cláusulas contratuais gerais abusivas refere-se ao direito contratual, art. 6º⁴⁷, enquanto a dimensão coletiva das cláusulas contratuais gerais abusivas vem disciplinar as práticas comerciais, art. 7º.^{48 49}

⁴³ CORDEIRO, António Menezes – *Manual de direito comercial*. I Volume, Almedina, 2001, p. 405.

⁴⁴ “Essas modificações ocorreram em dois momentos: primeiro, pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de agosto, e depois, pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de julho, com o qual se pretendeu colmatar uma lacuna e corrigir um defeito da anterior transposição.”, Carlos Ferreira – *Contrato I*. 5ª edição, Almedina, 2013, p. 170.

⁴⁵ Cabe perceber se estas duas Diretivas face à mesma temática entram em conflito, entendendo-se que “...entre as disposições da Diretiva 2005/29/CE e as da Diretiva 93/13/CEE. Note-se que o artigo 3.º, n.º 4, da Diretiva sobre práticas comerciais desleais, dispõe que “Em caso de conflito entre as disposições da presente diretiva e outras normas comunitárias que regulem aspetos específicos das práticas comerciais desleais, estas últimas prevalecem, aplicando-se a esses aspetos específicos.” SANTOS, Teresa Moura dos – *A tutela do consumidor entre os contratos de adesão e as práticas comerciais desleais*. Revista eletrónica de direito, n.º 1, 2016, p. 35.

⁴⁶ Segundo, SANTOS, Teresa Moura dos – *A tutela do consumidor entre os contratos de adesão e as práticas comerciais desleais*. Revista eletrónica de direito, n.º 1, 2016, p. 36.

⁴⁷ “O artigo 6.º da Diretiva sobre cláusulas abusivas ocupa-se destas cláusulas como algo que diz respeito às regras gerais dos negócios jurídicos, ao nível das relações contratuais individuais entre profissionais e consumidores, ao impor que as cláusulas abusivas não sejam vinculativas para o consumidor, fornecendo assim um remédio individual ex post que está na disponibilidade do consumidor que entenda impugnar as cláusulas contratuais gerais abusivas que constam do contrato que celebrou.” SANTOS, Teresa Moura dos – *A tutela do consumidor entre os contratos de adesão e as práticas comerciais desleais*. Revista eletrónica de direito, n.º 1, 2016, p. 36.

⁴⁸ “Já o artigo 7.º da Diretiva 93/13/CEE, que impõe aos Estados-Membros que providenciem meios adequados para por fim à utilização de cláusulas abusivas nos contratos celebrados entre profissionais e consumidores, versa não sobre as cláusulas em si mesmas, mas, como se depreende da sua leitura, da “utilização” de cláusulas abusivas que, como já assinalámos, é uma prática comercial business-to-consumer, na aceção da Diretiva 2005/29/CE.” SANTOS, Teresa Moura dos – *A tutela do consumidor entre os contratos de adesão e as práticas comerciais desleais*. Revista eletrónica de direito, n.º 1, 2016, p. 36 e 37.

⁴⁹ Segundo, SANTOS, Teresa Moura dos – *A tutela do consumidor entre os contratos de adesão e as práticas comerciais desleais*. Revista eletrónica de direito, n.º 1, 2016, p. 36.

Portanto, o art. 6º vem tutelar a posição individual do consumidor, e o art. 7º vem acautelar o consumidor de um ponto de vista coletivo, face às cláusulas contratuais gerais abusivas.

A Diretiva vem qualificar o uso de cláusulas abusivas, por parte dos profissionais como uma prática proibida, no qual os Estados-Membros devem criar medidas preventivas e mecanismos que impeçam estas práticas.

*“Em outras palavras, o diploma português só podia ser aplicado quando se tratasse de cláusulas previamente elaboradas, em que uma das partes não pode influenciar no seu conteúdo e elaboradas em pluralidade, para um número indeterminado de pessoas. A aplicação do diploma comunitário era mais ampla e atingia todas as cláusulas abusivas inclusive as contidas em contratos individuais, bastando que não tenham sido alvo de negociação prévia.”*⁵⁰

Reconhece-se o esforço da Diretiva, no sentido de harmonização legislativa, quando se depara com uma ausência de uniformização nos diversos Estados-Membros.

Daí, ter procedido à fixação de limites mínimos de tutela, permitindo os Estados-Membros criar e desenvolver novos níveis de tutela.

Logo, o *“objeto da intervenção comunitária são, portanto, as cláusulas que não tenham sido objeto de negociação individual, considerando-se, como tal, aquelas que tenham sido previamente elaboradas e sobre cujo conteúdo, consequentemente, o consumidor não tenha podido exercer influência.”*⁵¹

Todavia, nem todas as cláusulas abusivas são objeto da matéria proposta pela Diretiva, assume especial relevo na mesma, a proteção do consumidor, principalmente, nos contratos entre os profissionais e os consumidores.⁵²

O sistema de proteção implementado pela Diretiva vem reforçar a tutela do consumidor, assumindo que o mesmo se encontra numa posição de inferioridade face ao profissional, pretendendo que se estabeleça uma relação de equilíbrio real entre os contraentes.

⁵⁰ LEMOS, Raquel Andreatta – *Cláusulas contratuais gerais nos contratos de telecomunicações*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 7.

⁵¹ CRAVO, Sara Cristina Ermida – *As cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade civil inseridas em contratos de adesão*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Forenses, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 20.

⁵² Segundo, CRAVO, Sara Cristina Ermida – *As cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade civil inseridas em contratos de adesão*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Forenses, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 20.

A Diretiva vem concretizar o conceito de cláusulas abusivas, quando as mesmas contrariam as exigências da boa-fé, criando um desequilíbrio entre os contraentes, tornando o consumidor a parte mais fragilizada no contrato.⁵³

Por último a Diretiva vem determinar a utilização de mecanismos de fiscalização abstrata, permitindo que os Estados-Membros possam adotar um sistema administrativo ou um processo judicial, como recurso.⁵⁴

Vem assim a Diretiva refletir uma necessidade de tutela geral dos consumidores, enquanto grupo abstrato, que está em perigo face à utilização das condições gerais.⁵⁵

A doutrina reconhece uma dualidade entre a Diretiva e o DL n.º 446/85, “*A primeira foi no sentido de que o diploma português criava dois regimes - um para os contratos entre profissionais e outro entre profissionais e consumidores; já a diretiva, estabelecia um único regime tutelando apenas os contratos celebrados entre profissionais e consumidores, e que não fossem feitos para fins ligados a uma atividade profissional. A segunda dualidade era de sentido entre as expressões “contratos de adesão” e “cláusulas contratuais gerais”.*”⁵⁶

Como vem sendo exposto, no presente estudo, o DL n.º 446/85 é mais abrangente que a Diretiva, desde logo, porque a legislação portuguesa abrange as relações entre os empresários, para além da relação entre estes e os consumidores.⁵⁷

Como também, a Diretiva não se aplica a todas as cláusulas abusivas, concentra-se apenas nas que não tenham sido objeto de negociação entre empresários e consumidores, o que não vai de novo ao encontro do DL português, a LCCG.

A quando da constituição da Diretiva, no espaço europeu não existia uma uniformização desta matéria, tampouco existe atualmente, todavia, reconhece-se o esforço de

⁵³ “*Ora, se o carácter abusivo de uma cláusula acarreta a sua não vinculatividade relativamente ao consumidor, impôs-se aos Estados-membros a obrigação de recorrer a instrumentos apropriados e eficazes no sentido de eliminar as cláusulas abusivas do tráfico negocial quando intervenham consumidores, ainda que deixando ao seu critério a escolha da categoria jurídica que, no seio de cada ordenamento interno, respeite de forma mais conveniente o escopo daquela sanção.*” CRAVO, Sara Cristina Ermida – *As cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade civil inseridas em contratos de adesão*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Forenses, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 22.

⁵⁴ Segundo, CRAVO, Sara Cristina Ermida – *As cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade civil inseridas em contratos de adesão*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Forenses, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 22.

⁵⁵ “*Alguma doutrina chama a atenção para a possível aplicação conjunta da Lei de Defesa do Consumidor (LDC) com o DL n.º 220/95 na tentativa de efetuar uma correta transposição da diretiva.*” LEMOS, Raquel Andreatta – *Cláusulas contratuais gerais nos contratos de telecomunicações*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 7.

⁵⁶ LEMOS, Raquel Andreatta – *Cláusulas contratuais gerais nos contratos de telecomunicações*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 6.

⁵⁷ De acordo com, DIZ, Milena Angélica Drumond Morais – *Cláusulas contratuais gerais e contratos assimétricos*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 28.

harmonizar e de deter de uma política que defenda as mesmas metas, sobretudo, porque é necessário para o desenvolvimento do mercado interno europeu, no entanto, reconhece-se que será difícil concretizar esta harmonização, desde logo, pela diversidade de interesses difusos e diversificados dos países.⁵⁸

Pela falta de consenso legislativo no espaço europeu, compreende-se o sentido que a Diretiva tomou, ou seja, criar os padrões mínimos de proteção, impulsionando os Estados-Membros a criar no seu ordenamento jurídico interno diretrizes que vão de encontro às orientações da Diretiva.⁵⁹

*“É também por este motivo que, muito embora seja apresentado um rol de cláusulas abusivas, este rol não é necessariamente imperativo, tampouco exaustivo, deixando-se ao arbítrio dos Estados-membros a avaliação da situação concreta de cada qual a partir da necessária observância mínima das cláusulas ali contidas.”*⁶⁰

*“Em outras palavras, a legislação portuguesa parte da premissa de que o mais importante é a correção da relação contratual em si, enquanto a diretiva parece valorizar mais a proteção do consumidor como sujeito débil da relação, merecedor de proteção acrescida.”*⁶¹

Entende-se que os problemas que as cláusulas contratuais gerais suscitam não provêm necessariamente destas, mas sim, do exclusivo abuso da sua utilização, de forma a promover limites à liberdade de negociação.

A utilização deste tipo de formas de negócio, que implica limites no processo de formação negocial, muitas vezes, unida à falta de conhecimento dos conteúdos das cláusulas, possibilita possíveis riscos para o aderente, cabendo ao Estado promover formas de tutelar a posição dos consumidores.

⁵⁸ De acordo com, DIZ, Milena Angélica Drumond Morais – *Cláusulas contratuais gerais e contratos assimétricos*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 29.

⁵⁹ *“Além do alvo principal da diretiva (cláusulas standardizadas inseridas em contratos de massa) a mesma parece querer abranger também as cláusulas não negociadas em contratos individuais, contratos realizados diretamente com determinado consumidor, que não teve a oportunidade ou possibilidade de interferir na negociação das cláusulas ou de determinadas cláusulas que lhe sejam prejudiciais (abusivas). Ou seja, o elemento de maior importância é a predeterminação das cláusulas, a ausência de negociação, quer se trate de um contrato dirigido a uma generalidade, quer se trate de um contrato individualizado.”* DIZ, Milena Angélica Drumond Morais – *Cláusulas contratuais gerais e contratos assimétricos*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 29.

⁶⁰ DIZ, Milena Angélica Drumond Morais – *Cláusulas contratuais gerais e contratos assimétricos*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 29.

⁶¹ DIZ, Milena Angélica Drumond Morais – *Cláusulas contratuais gerais e contratos assimétricos*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 31.

Reconhece-se que a celeridade, intensidade e massificação, com que os contratos atualmente encontram-se baseados, sobretudo, em cláusulas contratuais gerais, tornam impossível o aderente tornar-se uma parte igual no âmbito desta relação contratual.

Todavia, também se reconhece que este tipo de contratos são essenciais para a celeridade dos negócios jurídicos, possibilitando chegar a mais aderentes, com menos custos e mais rápido.

Entende-se assim, que este tipo de regime jurídico é importante no sentido de encontrar a harmonia entre a necessidade deste tipo de relações jurídicas, mas também como forma de evitar excessos nas mesmas, sobretudo, na subjugação abusiva do elo mais fraco, o aderente.

Portugal é detentor de legislação própria que tutela estes negócios jurídicos, vindo a Diretiva, relativa às cláusulas abusivas ser uma forma de garantia do aderente, que vem solidificar as garantias deste, no processo correto de formação de vontade, pois este representa a parte débil da relação jurídica.

2. As cláusulas contratuais gerais

2.1. Noção, âmbito e a eficácia das cláusulas contratuais gerais

As cláusulas contratuais gerais visam as cláusulas elaboradas, sem prévia negociação individual, destinadas a tornarem-se vinculativas face aos destinatários indeterminados que as subscrevam.

“No direito português, a primeira consagração legislativa da problemática própria das cláusulas contratuais gerais remonta ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, que, denotando clara influência da lei alemã correspondente, antecipa em oito anos a Diretiva comunitária de 1993, sobre cláusulas abusivas (Diretiva 93/17/CEE, de 5 de abril).”⁶²

A noção e as características das cláusulas contratuais gerais encontram-se no preceito legal do art. 1º da LCCG.

Em outras palavras, as cláusulas contratuais gerais são um modelo contratual genérico, que é pré-estabelecido por uma das partes, podendo-se definir como um contrato padronizado.

Os contratos que vêm incorporar as cláusulas contratuais gerais são identificados por um conjunto de elementos essenciais, compostos pelas características que os definem, como a rigidez, a generalidade e unilateralidade, e por elementos naturais, embora não essenciais, como a desigualdade entre os contraentes, a complexidade e estandardização.⁶³

Segundo José A. Engrácia Antunes *“...as cláusulas contratuais gerais devem consistir necessariamente em condições pré-elaboradas unilateralmente por um dos contraentes (predisposição unilateral) a fim de serem inseridos ou incorporadas numa pluralidade de contratos (generalidade) e serem acolhidas em bloco e imutavelmente por quem as subscreve ou aceite (imodificabilidade); além disso, as cláusulas contratuais gerais surgem usualmente, embora não forçosamente, no âmbito de contratos celebrados entre partes com diferente poderio económico (desigualdade das partes) e de conteúdo negocial particularmente*

⁶² ALMEIDA, Carlos Ferreira – *Contratos I*. 5ª edição, Almedina, 2013, p. 170.

⁶³ Segundo, ANTUNES, José A. Engrácia Antunes – *Contratos comerciais. Noções fundamentais*. Direito e Justiça, Vol. Especial, Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, 2007, p. 137.

intrincado (complexidade), aparecendo vertidas em documentos escritos ou eletrónicos de natureza formularia (standardização). ”⁶⁴

A jurisprudência tem entendido, de forma unanime, por cláusulas contratuais gerais “...um conjunto de proposições pré – elaboradas que proponentes ou destinatários indeterminados se limitam a propor ou aceitar”. Para que as cláusulas se possam incluir nos contratos, necessária se torna a sua aceitação pelo aderente, pelo que ficam naturalmente excluídas do contrato as cláusulas contratuais gerais não aceites especificamente por um contraente, ainda que sejam habitualmente usadas pela outra parte relativamente a todos os seus contraentes. Mas, para além disso, mesmo que ocorra a aceitação, a lei impõe o cumprimento de certas exigências específicas para permitir a inclusão das cláusulas contratuais gerais no contrato singular. Essas exigências constam dos arts. 5.º a 7.º da LCCG, reconduzindo-se à (i) comunicação das cláusulas contratuais gerais à outra parte (art. 5.º); (ii) à prestação de informação sobre aspetos obscuros nelas compreendidos (art. 6.º) e (iii) à inexistência de estipulações específicas de conteúdo distinto (art. 7.º). ”⁶⁵

O diploma português é diferente dos outros textos, desde logo, porque a lei portuguesa abrange os contratos de consumo, como qualquer outro contrato, em pleno, incluindo assim os contratos entre empresas e contratos sem intervenção de qualquer profissional, vindo assim, estes contratos integrar-se nesta lei, apesar do seu regime variar, sobretudo, referente ao controlo da ilicitude face aos contratos de consumo. ⁶⁶

Como mais adiante se poderá analisar, este tipo de contratos que detém destas cláusulas podem ser feitos entre empresários e o consumidor, ou entre empresários e entidades equiparadas.

Quando se enuncia que estas cláusulas são estabelecidas por uma das partes, reconhece-se que na negociação contratual, só uma das partes apresenta e vê reconhecida as suas cláusulas contratuais gerais, impondo-se face à outra parte.

Como exemplo, temos os contratos de consumo, os contratos quotidianos que os consumidores praticam, como por exemplo a compra de um eletrodoméstico, em que o contrato já vem com as suas próprias cláusulas contratuais gerais, pré-estabelecidas, onde o consumidor não estabelece as suas, apenas aceita as pré-existentes, criadas pela outra parte.

⁶⁴ ANTUNES, José A. Engrácia Antunes – *Contratos comerciais. Noções fundamentais*. Direito e Justiça, Vol. Especial, Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, 2007, p. 137.

⁶⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 1582/07.1TBAMT-B.P1.S1 (Relator: Granja da Fonseca), de 24/03/2011. Acedido a [19 de novembro de 2018] Disponível em:< www.dgsi.pt.>

⁶⁶ Segundo, ALMEIDA, Carlos Ferreira – *Contratos I*. 5ª edição, Almedina, 2013, p. 170.

António Menezes Cordeiro entende que as cláusulas contratuais gerais são “... *um conjunto de proposições pré-elaboradas que proponentes ou destinatários indeterminados se limitam a propor ou a aceitar.*”⁶⁷

Segundo este autor, a noção pode ser decomposta em vários elementos, e esses são: a generalidade e a rigidez, que serão analisadas mais adiante.

Já Inocêncio Galvão Telles entende que as cláusulas contratuais gerais são as “...*cláusulas elaboradas, sem prévia negociação individual, como elementos de um projeto de contrato de adesão, destinadas a tornar-se vinculativas quando proponentes ou destinatários indeterminados se limitem a subscrever ou aceitar esse projeto.*”⁶⁸

Vem assim a doutrina entender que as cláusulas contratuais gerais visam moldar a vontade dos intervenientes nos negócios jurídicos, sendo que, o aderente apenas tem a possibilidade de subscreve-las, aceitando-as ou não.⁶⁹

As cláusulas contratuais gerais manifestam as seguintes características: são pré-elaboradas, a rigidez, e podem ser utilizadas por pessoas indeterminadas⁷⁰, estas e outras características vão ser analisadas num ponto mais adiante.

Portanto, entende-se que o legislador português ao legislar sobre estas cláusulas contratuais gerais “...*pretendeu tratar o fenómeno em si e não apenas os contratos singulares que dele decorrem. (...) Mais apropriada se mostra, pois, a palavra “cláusula”, é tecnicamente correta e tradicional, para designar dispositivos inseridos em contratos ou a isso destinados.*”⁷¹

Quanto ao âmbito de aplicação do regime legal, reconhece-se que a aplicação da lei é ampla e uniforme, aplicando-se a todas e quaisquer cláusulas contratuais, independentemente da sua forma de comunicação.⁷²

Este regime legal visa tutelar o aderente, a dois níveis, no plano do controlo da formação e do conteúdo do negócio de adesão.⁷³

⁶⁷ CORDEIRO, António Menezes – *Manual de direito comercial*. I Volume, Almedina, 2001, p. 395.

⁶⁸ TELLES, Inocêncio Galvão – *Manual dos contratos em geral*. Edição Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 318.

⁶⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida; Cordeiro, António Menezes - *Cláusulas contratuais gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*. Coimbra, Almedina, 1986, p. 2.

⁷⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida; Cordeiro, António Menezes - *Cláusulas contratuais gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*. Coimbra, Almedina, 1986, p. 2.

⁷¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida; Cordeiro, António Menezes - *Cláusulas contratuais gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*. Coimbra, Almedina, 1986, p. 18.

⁷² Ver, ANTUNES, José A. Engrácia Antunes – *Contratos comerciais. Noções fundamentais*. Direito e Justiça, Vol. Especial, Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, 2007, p. 138.

⁷³ Segundo, ANTUNES, José A. Engrácia Antunes – *Contratos comerciais. Noções fundamentais*. Direito e Justiça, Vol. Especial, Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, 2007, p. 139.

Segundo José A. Engrácia Antunes “As cláusulas contratuais gerais constituem meros modelos contratuais padronizados e uniformes que, sendo pré-elaborados para uma pluralidade indeterminada de contratos, apenas adquirem relevância jurídica a partir do momento em que são inseridas em contratos de adesão singulares e concretos, mediante a aceitação ou adesão do destinatário.”⁷⁴

Já Menezes Leitão entende que “Efetivamente, costuma caracterizar as cláusulas contratuais gerais o facto de uma das partes ter a posição social ou económica mais relevante, que lhe serve de justificação para impor a situação à outra parte. Para além disso, as cláusulas contratuais são normalmente completas e exaustivas, regulando todas as questões de verificação entre as partes, a um nível jurídico, não acessível a leigos. Finalmente, as cláusulas contratuais gerais constam normalmente de formulários, de letra reduzida e leitura difícil, que o aderente não examina detalhadamente limitando-se a neles incluir os seus elementos de identificação.”⁷⁵

Como vem sendo enunciado ao longo do presente estudo, as cláusulas contratuais gerais vêm impossibilitar faticamente as partes de exercer a sua liberdade de estipulação, tendo apenas liberdade uma das partes.

Luís Menezes Leitão entende que “A liberdade de estipulação pressupõe logicamente a liberdade de celebração, pois quando uma parte não é livre de celebrar um contrato, também não é livre de determinar o seu conteúdo e qualquer limitação à liberdade. É, no entanto, possível ocorrerem limitações à liberdade de estipulação, permanecendo integral a liberdade de celebração, como sucede sempre que a lei entenda determinar imperativamente o conteúdo dos contratos limitando a liberdade de estipulação das partes a certos aspetos não essenciais.”⁷⁶

Assim, as restrições à liberdade de estipulação⁷⁷ ocorrem, normalmente, por ordenação do direito privado, que vem disciplinar a liberdade contratual, de forma a evitar que esta liberdade seja indiscriminadamente restringida, prejudicando grosseiramente a parte economicamente mais fraca, sendo que os tipos de restrições à liberdade de estipulação são

⁷⁴ ANTUNES, José A. Engrácia Antunes – *Contratos comerciais. Noções fundamentais*. Direito e Justiça, Vol. Especial, Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, 2007, p. 139.

⁷⁵ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito das Obrigações*. Vol. I, 10ª edição, Almedina, 2013, p. 31 e 32.

⁷⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - *Direito das obrigações*. 14ª edição, Almedina, 2017, p. 28.

⁷⁷ “São, como todos sabem, numerosas as empresas que procuram alargar a camadas cada vez mais extensas da população jovem a venda dos novos produtos da técnica de ponta (...). Mas são também cada vez mais sedutores e enganosos os meios de que outras organizações (...) lançam mão para, no seu exclusivo interesse lucrativo, estimularem e explorarem certos vícios da espécie humana.” VARELA, João de Matos Antunes – *Das obrigações em geral*. Vol. I, 10ª edição, Almedina, 2000, p. 243.

dois: os contratos submetidos a um regime imperativo e as cláusulas contratuais gerais ou contratos pré-formulados.⁷⁸

Carlos Ferreira de Almeida define as cláusulas contratuais gerais “...*como proposições destinadas à inserção numa multiplicidade de contratos, na totalidade dos quais se prevê a participação como contraente da entidade que, para esse efeito, as pré-elaborou ou adotou.*”⁷⁹

Portanto, esta decorrência pode levar a efeitos viciosos, no sentido de que uma das partes ao celebrar o contrato não se apercebe do seu conteúdo, ou são introduzidas cláusulas abusivas, tendo como objetivo beneficiar um dos contraentes, sendo que, tais circunstâncias não ocorreriam se fosse permitido que ambas as partes debatessem o contrato e as suas cláusulas.

Para evitar tais ocorrências deve-se evitar a introdução de cláusulas que a contraparte não tomou conhecimento, como também impedir a introdução de cláusulas abusivas ou proibidas.⁸⁰

De acordo com José Engrácia Antunes, estas cláusulas adquirem eficácia desde que são aceites, como matéria de um negócio jurídico individual, segundo o art. 4º do DL n.º 446/85, devendo as mesmas serem comunicadas, na íntegra, aos aderentes que as subscrevem, art. 5º, devendo a comunicação aos aderentes ser feita com a devida antecedência.⁸¹

Logo, a comunicação das cláusulas contratuais gerais, de acordo com o art. 5º, deve ser feita de forma oportuna e atempada,⁸² sendo que a mesma deve ser integral e adequada, no sentido de dar a conhecer de forma completa e efetiva ao aderente toda a informação relativa às cláusulas.⁸³

⁷⁸ “Reconhece-se, assim, que numa economia de Mercado, a autonomia privada pode em certos casos ser insuscetível de obter um adequado equilíbrio das prestações no contrato, o que leva o legislador a intervir em ordem a desempenhar uma função corretiva da livre negociação particular.” LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - *Direito das obrigações*. 14ª edição, Almedina, 2017, p. 28.

⁷⁹ ALMEIDA, Carlos Ferreira – *Contratos I*. 5ª edição, Almedina, 2013, p. 172.

⁸⁰ Ver, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito das Obrigações*. Vol. I, 10ª edição, Almedina, 2013, p. 32.

⁸¹ “O sistema legal de inserção de cláusulas contratuais gerais não se circunscreve à aplicação das regras gerais do Código Civil sobre a formação de contratos, aditando nos art. 5º, 6º e 8º preceito que concretizam ou especializam essas regras.” ALMEIDA, Carlos Ferreira – *Contratos I*. 5ª edição, Almedina, 2013, p. 176.

⁸² “Justamente para assegurar a proteção do aderente logo na fase pré-contratual e de formação contratual, o legislador previu uma disciplina especial que fez depender a inserção das cláusulas contratuais gerais nos contratos singulares de um dever de comunicação ao aderente dessas cláusulas (art. 5º da LCCG), de um dever de informação sobre o alcance destas (art. 6º da LCCG): a inobservância destes deveres é sancionada com a sua exclusão do contrato de adesão celebrado (art. 8º da LCCG), o qual, em princípio, subsistirá mediante o recurso às normas supletivas e integradoras gerais (art. 9º da LCCG).” ANTUNES, José A. Engrácia Antunes – *Contratos comerciais. Noções fundamentais*. Direito e Justiça, Vol. Especial, Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, 2007, p. 139.

⁸³ “A exigência de comunicação deve ser cumprida na íntegra, devendo ser adequada e atempada, não se exigindo ao aderente mais do que a diligência comum, aferida em abstrato, mas tendo em conta as

*“O dever de comunicação é uma obrigação de meios: não se trata de fazer com que o aderente conheça efetivamente as cláusulas, mas apenas de desenvolver, para tanto, uma atividade razoável. (...) o dever de comunicação varia, no modo da sua realização e na sua antecedência, consoante a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas.”*⁸⁴

Neste seguimento, entende-se que a comunicação posterior à formação do contrato não é compatível com a formação do contrato e com o respeito pela regra de comunicação.

Estes requisitos são o ónus de comunicação, art. 5º, n.º 3 e art. 8º, alínea a), que recai sobre o predisponente, tendo também o dever de informação prévia sobre o sentido e alcance das cláusulas contratuais gerais, que o obriga a esclarecer dúvidas aos destinatários, art. 6º, antes da conclusão do contrato, art. 8º, alínea b).⁸⁵

A jurisprudência demonstra que interpreta o dever de comunicação como *“O dever de comunicação das cláusulas contratuais constante do artigo 5º do Decreto-Lei nº 466/85 de 25 de Outubro destina-se a que o aderente conheça antecipadamente o conteúdo contratual, isto é, as cláusulas a inserir no negócio. O dever acontece na fase de negociação, ou pré contratual, e deve ser acompanhado, se solicitado pelo aderente, de esclarecimentos necessários, possibilitando-lhe conhecer o significado e as implicações das cláusulas.”*⁸⁶

E vai mais longe quanto à prova de comunicação, enunciando que *“...A prova da comunicação das cláusulas contratuais cabe ao predisponente delas e não se basta com o facto de os executados aderentes terem tido o contrato em seu poder. Não constitui abuso de direito a conduta do aderente do contrato que, decorridos vários anos após a celebração do contrato, pretende a exclusão de cláusulas contratuais por falta do cumprimento dos deveres de comunicação e de informação, “sendo completamente natural e nada contraditório, que o cidadão assine o contrato, confiando que não vai encontrar percalços na sua execução, e reaja apenas quando esses percalços, normalmente imprevisíveis na data da celebração do contrato, surgem.”*⁸⁷

circunstâncias típicas de cada caso.” Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 306/10.0TCGMR.G1.S1 (Relator: Maria Clara SottoMayor), de 02/12/2013. Acedido a [19 de novembro de 2018]. Disponível em: <www.dgsi.pt>.

⁸⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida; Cordeiro, António Menezes - *Cláusulas contratuais gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*. Coimbra, Almedina, 1986, p. 25.

⁸⁵ De acordo com, ALMEIDA, Carlos Ferreira – *Contratos I*. 5º edição, Almedina, 2013, p. 176.

⁸⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 07A1337 (Relator: Sebastião Póvoas), de 24/05/2007.

⁸⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 78/15.2T8VFC-A.L1-2 (Relator: Pedro Martins), de 29/06/2027. Acedido a [20 de novembro de 2018] Disponível em: <www.dgsi.pt>

Neste seguimento, cabe refletir sobre o dever de informação, enunciado no art, 6º, que obriga o contraente das cláusulas contratuais gerais, a informar a outra parte, dos aspetos que o referido contrato detém.

Este preceito decorre do dever de informar, de forma a serem prestados todos os esclarecimentos razoáveis e justificados, que sejam solicitados.

O dever de informação visa possibilitar o consentimento do aderente, de forma consciente, para tal a lei, face a este dever impõe: o dever de informar, enquanto dever mais pró-ativo, e o dever de esclarecer, enquanto dever mais reativo.⁸⁸

Assim, pretende-se que no âmbito deste dever o aderente seja informado e compreenda as cláusulas com clareza que se justifique, e que veja suas dúvidas esclarecidas, de forma a poder tomar uma decisão consciente e transparente.

A boa-fé para além de impor o dever de comunicação, impõe o dever de informação, que deve ocorrer na fase pré-contratual, ou seja, devem ser comunicadas as cláusulas inseridas no contrato e os esclarecimentos necessários para o exercício da autonomia privada.⁸⁹

Portanto, quando se utiliza as cláusulas deve-se concretizar o dever de informação, além de comunicar o respetivo conteúdo, deve-se informar ao aderente do seu significado e implicações.⁹⁰

A sociedade atual, que é caracterizada por ser consumista, dá especial relevo ao direito de informação, desde logo, pela proteção que o mesmo aufere face à desigualdade que existe entre os contraentes, sobretudo, os consumidores que são considerados mais frágeis nesta relação.

A liberdade pressupõe que as partes de um contrato detenham de conhecimento, livre e esclarecido, sobre o objeto do contrato.

Contudo, reconhece-se que atualmente face à evolução tecnológica, à oferta massiva de bens e serviços, o consumidor torna-se alvo das empresas, que através de campanhas de *marketing*, solicitações, sugestões e ofertas criam campanhas aliciantes, tornando o consumidor o seu alvo.

Todo este processo consumista, expansivo e massivo, cria um efeito negativo sobre o consumidor, principalmente, nos aspetos referentes à tomada de conhecimento que envolvem

⁸⁸ Segundo, SILVA, João Calvão da – *Contratação das cláusulas gerais (contratos de adesão)*. Revista brasileira de direito comparado, n.º 39, Rio de Janeiro, 2011, p. 78.

⁸⁹ De acordo com COSTA, Mário Júlio de Almeida; Cordeiro, António Menezes - *Cláusulas contratuais gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*. Coimbra, Almedina, 1986, p. 25.

⁹⁰ “A intensidade e modo de executar esse dever dependem das particularidades do caso concreto, tendo em conta, nos termos gerais, as necessidades sentidas por um aderente normal, colocado na situação considerada.” COSTA, Mário Júlio de Almeida; Cordeiro, António Menezes - *Cláusulas contratuais gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*. Coimbra, Almedina, 1986, p. 25.

o contrato,⁹¹ que muitas vezes é envolvido por publicidade que confunde e afasta o consumidor da importante missão de obter informação útil e fidedigna, com o objetivo de ficar esclarecido sobre o contrato que pretende estabelecer.⁹²

Vem assim o direito de informação tornar-se um aliado do consumidor, um dos pilares da política de defesa dos consumidores, permitindo uma proteção baseada na verdade efetiva e no direito de conhecer toda a informação respeitante ao objeto do contrato.⁹³

Assim, entende-se que o objeto de conhecimento do consumidor enquanto destinatário dos serviços e bens deve-se basear na “...*cognoscibilidade, que abrange não apenas o conhecimento (poder conhecer) mas a compreensão (poder compreender)*.”⁹⁴

A base do direito de informação concentra-se no princípio da boa-fé, que defende a igualdade entre as partes e o seu acesso à informação, como forma de proteção.⁹⁵

Posto isto, a comunicação e a informação das cláusulas contratuais gerais são direitos associados ao direito de informação, que sustenta a proteção do consumidor no âmbito de uma relação contratual desigual.

Relativamente à forma, este pode deter de qualquer uma, ou seja, embora existam às particularidades de forma exigidas nos contratos singulares, que afasta a possibilidade da forma oral ou gestual, reconhece-se uma significativa variedade na forma de comunicação ao público, logo, as cláusulas contratuais gerais tanto podem ser pré-elaboradas por um dos contraentes como por um terceiro, sendo que o terceiro não vem descaracterizar a sua natureza.⁹⁶

⁹¹ “Concomitantemente, vive-se uma realidade sociojurídica em que o protótipo do contrato, na dúplice vertente da liberdade de celebração e de estipulação, aparece fortemente comprimido, uma vez que a escolha do contraente, por banda do consumidor, ou é extremamente reduzida, pela informação insuficiente ou complexa, ou é, na prática, anulada, atendendo a que, do outro lado, estão empresas monopolistas, criando constrangimentos ou barreiras a uma livre escolha.” CALDAS, Luís Miguel Simão da Silva – *Direito à informação no âmbito do direito ao consumo. O caso específico das cláusulas contratuais gerais*. Julgar, n.º 21, Coimbra Editora, 2013, p. 205.

⁹² Segundo, CALDAS, Luís Miguel Simão da Silva – *Direito à informação no âmbito do direito ao consumo. O caso específico das cláusulas contratuais gerais*. Julgar, n.º 21, Coimbra Editora, 2013, p. 204 e 205.

⁹³ Ver, CALDAS, Luís Miguel Simão da Silva – *Direito à informação no âmbito do direito ao consumo. O caso específico das cláusulas contratuais gerais*. Julgar, n.º 21, Coimbra Editora, 2013, p. 205.

⁹⁴ CALDAS, Luís Miguel Simão da Silva – *Direito à informação no âmbito do direito ao consumo. O caso específico das cláusulas contratuais gerais*. Julgar, n.º 21, Coimbra Editora, 2013, p. 207.

⁹⁵ “Em síntese, para que o aderente possa ter um conhecimento efetivo das cláusulas contratuais gerais, antes de as subscrever e aceitar, é imprescindível que as mesmas lhe sejam facultadas para leitura e análise, ou inclusive, se tal se revelar estritamente necessário, lidas e explicadas pelo próprio apresentante, sendo de todo irrelevante o facto de essas cláusulas constarem do verso da minuta contendo o texto do contrato, possibilitando uma leitura posterior, pois a aferição da comunicação terá que ser efetuada no momento em que foi emitida a declaração negocial”. “CALDAS, Luís Miguel Simão da Silva – *Direito à informação no âmbito do direito ao consumo. O caso específico das cláusulas contratuais gerais*. Julgar, n.º 21, Coimbra Editora, 2013, p. 225.

⁹⁶ Segundo, ALMEIDA, Carlos Ferreira – *Contratos I*. 5ª edição, Almedina, 2013, p. 172 e 173.

Também não há requisitos especiais quanto à extensão e conteúdo das cláusulas contratuais gerais, portanto, as mesmas podem conter a totalidade dos elementos contratuais, com exceção da identidade do aderente.

Assim, os elementos essenciais, como o preço, pode-se colocar em conjunto com os elementos acessórios do contrato, não havendo qualquer restrição relativa à sua inclusão nas cláusulas contratuais gerais.⁹⁷

Sobre a natureza das cláusulas contratuais gerais, estas giram em volta de três orientações: a normativa, a contratual e a negativa.⁹⁸

A orientação normativa é considerada a mais antiga, detendo de uma unilateralidade da predisposição e pela generalidade de aplicação de cláusulas; a orientação contratual vem salientar o consenso que assegura a liberdade de estipulação, de forma a permitir que se concretize a autonomia contratual,⁹⁹ no entanto, sem omitir a redução de liberdade de estipulação; a orientação negativa contesta que antes do contrato não existe nada juridicamente, e que depois as cláusulas contratuais são individuais.¹⁰⁰

Depois da constituição do contrato com cláusulas contratuais está-se face à orientação normativa, pois antes do contrato as cláusulas contratuais gerais não são parte dele, se não se sabe se serão parte dele, todavia, não implica que não tenham eficácia jurídica, porque estão sujeitas a controlo jurisdicional e porque podem gerar confiança nos destinatários, enquanto natureza de proposta ao público.

As cláusulas contratuais gerais são muitas vezes geradoras de conflitos, desde logo, porque na maioria das situações de negociação contratual, só uma das partes dispõe das cláusulas contratuais gerais, que esta própria cria, como por exemplo a maioria dos contratos de consumo e os contratos entre profissionais.

Todavia, existem negócios entre empresas, em que ambas as partes se encontram na posição dominante, em que dispõem das suas próprias cláusulas contratuais gerais destinadas ao negócio em causa, como por exemplo, os negócios entre empresas de distribuição e a empresa fabril.

⁹⁷ “Não se deve excluir que cláusulas vantajosas para os aderentes mereçam a qualificação de cláusulas contratuais gerais, uma vez que este ultrapassa o âmbito da proteção contra cláusulas abusivas.” ALMEIDA, Carlos Ferreira – *Contratos I*. 5ª edição, Almedina, 2013, p. 173.

⁹⁸ Segundo, ALMEIDA, Carlos Ferreira – *Contratos I*. 5ª edição, Almedina, 2013, p. 178.

⁹⁹ “A ideia de autonomia privada, “está indissociavelmente relacionada à proteção da dignidade da pessoa humana”, considerando que negar ao ser humano a capacidade de decidir autonomamente de que forma preferir viver, quais projetos deseja seguir, quais as formas de conduzir a sua vida privada, é, de certa forma, “frustrar sua possibilidade de realização existencial”.” LEITÃO, Margarida de Menezes - *Cláusulas Contratuais Gerais e o Negócio Jurídico Bancário*. Data Venia, Revista on line, Ano 4, N.º 6, 2016, p. 122.

¹⁰⁰ De acordo com, ALMEIDA, Carlos Ferreira – *Contratos I*. 5ª edição, Almedina, 2013, p. 178.

Portanto, questiona-se como resolver o problema de conflito, no caso de ambas as partes do negócio terem cláusulas contratuais gerais próprias.

Segundo Carlos Ferreira de Almeida, em caso de confronto existem três modelos de solução: a teoria clássica, a teoria *first shot* e a teoria do *knock out*.¹⁰¹

A teoria clássica baseia-se num modelo de formação de contrato em que é aceite a proposta e prevalece a regra da necessidade de consenso pleno, ou seja, prevalecem as cláusulas contratuais gerais, que no âmbito do diálogo contratual, tenham sido comunicadas em último lugar.

A proposta é aceite de forma expressa ou tácita, a partir do momento que o contrato começa a ser executado, constituindo-se assim o fim do contrato, no qual se inclui as cláusulas contratuais gerais.

A teoria *first shot* vem dar prevalência às cláusulas contratuais gerais que são comunicadas em primeiro lugar, logo, a outra parte fica com o ónus de as rejeitar, tanto esta teoria como a anterior, necessitam de consenso face à declaração contratual aceite.

Por último, a teoria do *knock out* que resolve o conflito através da recíproca anulação, ou seja, na falta de rejeição das cláusulas contratuais gerais divergentes, privilegia-se o aproveitamento das cláusulas gerais em comum.

Na legislação portuguesa a resposta não é clara, logo, a solução num primeiro momento, em caso de conflito, passa pela averiguação da existência do contrato, e posteriormente, se do mesmo fazem parte as cláusulas contratuais gerais.

A solução passa pela aplicação das disposições legais gerais do Código Civil, relativa à formação de contratos, que orienta no sentido de quando houver declarações contratuais completas mas com cláusulas contratuais gerais diferentes, entende-se que a primeira declaração terá natureza de proposta e a segunda de contraproposta, art. 232º e 233º do CC, logo, não se formará contrato nenhum.

Todavia, pode acontecer que uma das partes apesar do conflito, execute o contrato, o que vai perfazer com que o seu comportamento seja valido, segundo o art. 233º e 234º do CC, sendo entendido como um comportamento tácito, fazendo com o contrato seja formado e prevaleçam as cláusulas contratuais gerais que foram enunciadas em último lugar.¹⁰²

¹⁰¹ Segundo, ALMEIDA, Carlos Ferreira – *Contratos I*. 5ª edição, Almedina, 2013, p. 179 e 180.

¹⁰² Resposta ao conflito enunciada por, ALMEIDA, Carlos Ferreira – *Contratos I*. 5ª edição, Almedina, 2013, p. 180 e 181.

Esta solução enunciada vai de encontro com a teoria clássica, anteriormente enunciada, em que prevalece a última palavra, todavia, esta tem sofrido críticas “...por conduzirem a resultados aleatórios e pouco ajustados à vida dos negócios.”¹⁰³

Face às críticas tem-se procurado soluções e alternativas, entendendo-se que os art. 232º e 233º do CC devem ser inaplicáveis, diretamente aos casos relativos às cláusulas contratuais gerais.

Daí uma das alternativas passa por ultrapassar os inflexíveis artigos enunciados, mediante a correção dos resultados que protagonizam e recorrer aos ditames da boa-fé, “...julgando, primeiro, abusiva a inovação do dissenso nas circunstâncias referidas e recorrendo, depois à aplicação prevalecente de tais ditames na integração de lacunas contratuais.”¹⁰⁴, ficando-se assim dependente da avaliação casuística em matérias, sendo esta também a solução defendida por Frade de Sousa.

Como é óbvio será difícil que ocorra disputa parcial sobre cláusulas contratuais gerais, nos contratos concluídos, em que as partes subscreveram as declarações escritas conjuntas, não existindo dúvidas sobre a validade do contrato.

Os litígios sobre as cláusulas contratuais gerais consistem em saber se estas devem ser incluídas no texto do contrato, quando no acordo pré contratual não se determinou sobre este aspeto.

A solução passa pelos critérios da boa-fé, segundo o art. 227º do CC, ou seja, “A eventual falta de celebração de um contrato válido constitui um caso particular de rutura de negociações suscetível de gerar responsabilidade civil pré-contratual.”¹⁰⁵

A sociedade, atualmente, tem-se deparado, cada vez mais, com uma transformação socioeconómica impulsionadora de fenómenos de consumo, provenientes de um capitalismo fervoroso, baseado em interesses económicos expansivos, que transformaram a sociedade tradicional e modesta, numa sociedade consumista e de massas.

Daqui surge um novo contexto social, assente numa sociedade de produção e distribuição de bens e serviços, dotada de grandes dimensões, baseada em estratégias de mercado em grande escala, tendo como objetivo atingir o consumidor.

O direito tenta acompanhar estas mudanças socio económicas, e as preocupações que suscitam no consumidor, sobretudo, as situações que causam desproteção e debilidade no

¹⁰³ ALMEIDA, Carlos Ferreira – *Contratos I*. 5ª edição, Almedina, 2013, p. 181.

¹⁰⁴ ALMEIDA, Carlos Ferreira – *Contratos I*. 5ª edição, Almedina, 2013, p. 181.

¹⁰⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira – *Contratos I*. 5ª edição, Almedina, 2013, p. 182.

consumidor,¹⁰⁶ em contraste com a posição dominante e de superioridade das empresas que exploram determinado setor económico.¹⁰⁷

As empresas dominantes baseiam-se num sistema capitalista, que procura obter lucro, fomentando a racionalização e a celeridade nos contratos, de forma a cumprir com os seus objetivos, através da constituição unilateral e prévia dos contratos, constituídos com cláusulas contratuais gerais.

Entende-se assim, que ao consumidor cabe apenas aceitar ou não o conteúdo contratual, não lhe sendo dada a possibilidade de discutir e negociar as cláusulas contratuais gerais, nem de criar novas soluções mais ajustadas.¹⁰⁸

Em suma, de forma a atenuar os efeitos negativos deste progresso consumista, o legislador criou o DL n.º 446/85, que vem tutelar o regime das cláusulas contratuais gerais,¹⁰⁹ de forma a evitar que as empresas abusem do seu poder dominante, e introduzam de forma arbitrária e abusiva as cláusulas contratuais que prejudicam o consumidor.

Atualmente, as cláusulas contratuais gerais têm constituído uma parte essencial no direito bancário e dos seguros, pois permite uma racionalização da contratação em massa, ganhando tempo e prestando serviços de forma eficiente e rápida, face aos clientes.¹¹⁰

A lei portuguesa, como vem sido reconhecido, tem um perímetro de ação maior que a Diretiva, pois não visa só os contratos de consumo, mas também os contratos celebrados entre empresários e entidades equiparadas.

¹⁰⁶ O consumidor encontra-se “...numa situação consideravelmente mais fraca já que, não raras vezes, perante um contrato de adesão, não se apercebe das cláusulas que lhe são desfavoráveis ou porque estão redigidas em termos técnicos ou por se encontrarem dissimuladas num extenso e denso conteúdo contratual, frequentemente pouco legíveis ou impressas no verso do contrato.” CRAVO, Sara Cristina Ermida – *As cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade civil inseridas em contratos de adesão*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Forenses, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 11.

¹⁰⁷ Segundo, CRAVO, Sara Cristina Ermida – *As cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade civil inseridas em contratos de adesão*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Forenses, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 10 e 11.

¹⁰⁸ “Portanto, a liberdade de contratar cinge-se ao impasse entre a aceitação ou rejeição de condições predispostas prévia e unilateralmente por entidades que desempenham, na vida dos particulares, um papel de avultado relevo, surgindo, os contratos de adesão, “como um instituto à sombra da liberdade contratual” que, por sua vez, emerge como uma liberdade “puramente teórica”.” CRAVO, Sara Cristina Ermida – *As cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade civil inseridas em contratos de adesão*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Forenses, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 11 e 12.

¹⁰⁹ “O regime das cláusulas contratuais gerais não é aplicável a um contrato de arrendamento pelo facto de o mesmo constar dum impresso editado por uma associação de proprietários (...).” Acórdão da Relação de Lisboa, Processo n.º CJ, II, 84, de 09/05/96. In BARROS, José Manuel de Araújo – *Cláusulas contratuais gerais*. DL n.º 446/85 Anotado – *recolha jurisprudencial*. 1.ª edição, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 35.

¹¹⁰ “Ponto é que essas cláusulas de antemão são pré-elaboradas e utilizadas por bancos, empresas de investimento e seguradoras em contratos singulares, sem influência do cliente no respetivo conteúdo, sejam justas, equitativas e razoáveis.” SILVA, João Calvão da – *Contratação das cláusulas gerais (contratos de adesão)*. Revista brasileira de direito comparado, n.º 39, Rio de Janeiro, 2011, p. 74.

Assim, entende-se que as relações jurídicas contratuais em estudo encontram-se compostas por três considerações importantes, desde logo, as cláusulas contratuais gerais devem ser comunicadas, esta comunicação deve ser feita de forma adequada, como também de forma prévia e atempada, a tempo da celebração do respetivo contrato.

Após análise feita no presente ponto, pode-se concluir que a comunicação é um aspeto de relevo, pois permite ao aderente conhecer a existência das cláusulas contratuais, como dos seus requisitos e especificidades, permitindo que o aderente tome conhecimento destas a tempo da realização do contrato.

O aspeto de comunicação que se enunciou, não é entendido como um dever jurídico de comunicação, mas como um ónus que recai sobre o predisponente das cláusulas contratuais gerais, tendo como consequência, caso não o faça, a exclusão das cláusulas do contrato.

A comunicação de forma adequada, antecipada e na íntegra, visa permitir que o aderente reflita sobre o conteúdo das cláusulas contratuais gerais, e assim, possa formar a sua vontade de forma livre e esclarecida.

Quer-se que o aderente, considerado parte mais débil da relação contratual, saia do estado de ignorância no que concerne à existência das cláusulas contratuais gerais e do seu conteúdo, de forma a poder-se garantir um acordo firmado no efetivo exercício da autonomia privada.

Para ir de encontro com os esforços de tomada de conhecimento das cláusulas contratuais gerais, é necessário que o predisponente se determine por um padrão que o aderente comum reconheça, sendo este critério estabelecido segundo o homem médio, de forma abstrata, tendo apenas por concreto o contrato.

Neste seguimento, sempre que se desenvolva uma atividade que vise promover o conhecimento das cláusulas contratuais gerais à contraparte, dever-se-á atender a um padrão de diligência, e assim concretizar-se a regra da comunicação.

O conhecimento completo e efetivo das cláusulas contratuais gerais, por aquele a quem compete ser propostas, vem impor sobre o predisponente, formas de assegurar ao aderente o conhecimento, logo, impõe que o mesmo adote medidas e meios necessário, que possibilitem a comunicação.

Entende-se que o momento de comunicação das cláusulas contratuais gerais deve ser no momento prévio à assinatura do referido contrato, entende-se que nos contratos simples, com poucas cláusulas uma leitura prévia e cuidada permitirá o aderente atender-se das mesma, todavia, nos casos destes contratos serem alvo de complexas e extensas cláusulas, o período de tempo e o ambiente que envolve este tipo de contratos, não permite que os

aderentes possam fazer uma leitura cuidada, ponderada e atenta, sob pena de perderem o produto ou serviço que pretendiam.

Este aspeto negativo já referido neste estudo, vem demonstrar um lado negativo na adesão a estes contratos, detentores de cláusulas contratuais gerais.

A pressão exercida sobre os aderentes, o ambiente que envolve o processo de comunicação e a complexidade e extensão das cláusulas, criam o ambiente propício para uma adesão, por parte do aderente, de forma precipitada e desconhecida dos elementos que compõe o contrato.

Daí os requisitos gerais e específicos terem como objetivo classificar as regras de comunicação, de forma a estabelecer uma forma qualificada de dar a conhecer o projeto negocial.

Assim, de forma a pressionar o predisponente a respeitar estas regras, a lei estipula o ónus da prova da comunicação adequada e efetiva, art. 5º do DL n.º 446/85, àquele que submete as cláusulas contratuais à contraparte, sob pena das mesmas serem excluídas.

Deste modo, o predisponente tem de provar que operou as regras de comunicação das cláusulas contratuais gerais ao aderente, entendendo-se que não basta que o mesmo mostre o documento, o contrato.

A alegação do ónus da prova, por parte do aderente, cabe nos casos em que este pretende excluir do contrato as cláusulas que não lhe foram comunicadas, tendo este que evidenciar as consequências que advém da não invocação da violação da regra da comunicação.

Se o aderente não alegar a não comunicação das cláusulas contratuais gerais, como forma de afastar a inclusão das cláusulas no contrato, o predisponente é exonerado de fazer prova da referida comunicação, como o tribunal fica impossibilitado de conhecer a questão, daí a importância de o aderente alegar a não comunicação.

Em suma, as cláusulas excluídas dos contratos por não terem sido comunicadas, são uma forma de sancionar um vício considerado grave, como mais adiante no presente trabalho poder-se-á analisar.

Quer-se deixar claro que o regime que nos propomos estudar, é um regime que tanto se aplica a contratos típicos, como a contratos atípicos e mais recentes, sendo nestes últimos, que podem surgir mais questões jurídicas a dirimir, pelas normas reguladoras poderem não ser específicas para os mesmos, tornando-se estes um perigo para as relações contratuais.

Logo, vem-se entender que estes contratos em massa vêm colocar em causa a liberdade contratual e a autonomia privada, entendidos como princípios formadores das cláusulas contratuais, pela forma como impossibilitam a liberdade de formação contratual.

Vem-se assistir assim, ao surgimento de uma nova realidade, onde se recorre, cada vez mais, a este tipo de contratos, afastando a celebração individual pela morosidade e dispendiosidade, recorrendo-se assim aos contratos estandardizados, feitos para uma sociedade consumista por parte das potências económico-sociais mais fortes, vindo-se assim impor sobre o consumidor, enquanto aderente, tornando-se assim este a posição mais débil da relação contratual.

Como exemplo corrente desta prática, temos os contratos de fornecimento de eletricidade, onde as cláusulas são previamente e unilateralmente elaboradas, sendo oferecido ao consumidor um modelo negocial uniforme e padronizado, não permitindo que as pessoas possam alterar ou debater, ficando apenas com a opção aceitar ou rejeitar.

Todos estes aspetos possibilitam que o consumidor tome uma decisão irrefletida e não ponderada, encontrando-se numa posição de fragilidade face à contraparte, por este motivo, a legislação veio fixar um regime jurídico especial, que veio regular as cláusulas contratuais gerais, como forma de controlar a formação dos contratos desta espécie.

No seguimento do que vem sendo exposto, no presente ponto, pode-se definir as cláusulas contratuais como estipulações que vêm predispostas numa pluralidade de contratos, visando atingir uma generalidade de pessoas, como forma de serem aceites sem negociação ou alterações individuais.

Os contratos detentores de cláusulas contratuais gerais são caracterizados essencialmente, por serem pré-formulados, imodificáveis e feitos para a generalidade, como mais adiante se poderá analisar.

2.2. Cláusulas contratuais gerais: inserção em contratos singulares

O DL n.º 446/85 que regula o regime das cláusulas contratuais gerais, no art. 1º enuncia o âmbito de aplicação do diploma, indicando que este não se cinge apenas às cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual,¹¹¹ este diploma

¹¹¹ “As cláusulas contratuais gerais, em si mesmas, não possuem, obviamente, relevância negocial. Elas constituem tão-só um modelo preconizado para o exercício da autonomia privada. Na realização efetiva de contratos, os intervenientes podem adotar, no todo ou parcialmente, dispositivos contidos em fórmulas pré-elaboradas.” COSTA, Mário Júlio de Almeida; Cordeiro, António Menezes - *Cláusulas contratuais gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*. Coimbra, Almedina, 1986, p. 23.

também abrange as cláusulas inseridas em contratos individualizados, sem que o destinatário tenha tido o poder de influência.

A doutrina¹¹² tem entendido que o regime de inclusão de cláusulas contratuais gerais (não negociadas individualmente) em contrato singular decorre da lei, da imposição de comunicação, de forma prévia e adequada, ao sujeito interessado.¹¹³

A inserção de cláusulas em contratos individuais, art. 4º da LCCG, vem demonstrar a contratação em massa que coloca os destinatários finais como aderentes sem resistência.¹¹⁴

*“O artigo 4º enuncia um princípio genérico relativo aos cuidados a ter na validação do ato de aceitação de cláusulas pré-elaboradas inseridas em contratos.”*¹¹⁵

A posição de inferioridade do aderente resulta do poder da utilização das cláusulas contratuais gerais, que concede poder ao predisponente, que numa posição mais vantajosa defende os seus interesses, impondo um contrato individual em que a contraparte não detém de forma igual de poder de negociação, sendo o mesmo denominado por cláusulas contratuais gerais.

*“O específico poder de que o predisponente goza sobre o modo de fixação do conteúdo do contrato e a liberdade conformativa que ele proporciona traduz o poder, por uma das partes, da “estrutura jurídica de comunicação do mercado”, criando-se, pois, “uma assimetria funcional quanto à utilização do contrato, que pode então ser manipulado e moldado para satisfação exclusiva dos interesses de quem o redige”*¹¹⁶

As cláusulas contratuais gerais que são excluídas dos contratos singulares, segundo o art. 8º do já enunciado diploma legal, são: as cláusulas que não tenham sido comunicadas, nos termos do art. 5º; as cláusulas comunicadas com violação do dever de informação, de molde que não seja de esperar o seu conhecimento efetivo; as cláusulas, que pelo contexto em que

¹¹² SILVA, João Calvão da – *Contratação das cláusulas gerais (contratos de adesão)*. Revista brasileira de direito comparado, n.º 39, Rio de Janeiro, 2011, p. 77.

¹¹³ Assim, “...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 estas as possa conhecer, de modo integral (art. 232º do CC), claro e transparente, sem nada a esconder, a fim de a relação contratual ser suscetível de se estabelecer com pleno conhecimento de causa e a indispensável confiança mútua que a deve nortear geneticamente e funcionalmente.” SILVA, João Calvão da – *Contratação das cláusulas gerais (contratos de adesão)*. Revista brasileira de direito comparado, n.º 39, Rio de Janeiro, 2011, p. 77.

¹¹⁴ “A situação de inferioridade dos aderentes às cláusulas contratuais gerais, na contratação em massa, corresponde sem dificuldades às palavras do artigo 282.º do Código Civil: situação de necessidade, inexperiência, ligeira, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter.” PASSINHAS, Sandra – *O problema das cláusulas contratuais gerais é o da usura em massa? Resposta a Pedro Pais de Vasconcelos*. Revista de direito comercial, p. 175.

¹¹⁵ BARROS, José Manuel de Araújo – *Cláusulas contratuais gerais*. DL n.º 446/85 Anotado – recolha jurisprudencial. 1ª edição, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 59.

¹¹⁶ PASSINHAS, Sandra – *O problema das cláusulas contratuais gerais é o da usura em massa? Resposta a Pedro Pais de Vasconcelos*. Revista de direito comercial, p. 176.

surjam, passem despercebidas a um contraente normal, colocado na posição do contratante real; as cláusulas inseridas em formulários, depois da assinatura de algum dos contraentes, segundo o art. 8º do DL n.º446/85.

Relativamente, às cláusulas inseridas em formulários, a sua exclusão é referente aos casos graves, ou seja, nos casos em que a sua ocorrência coloca em situação de desvantagem a parte que aderiu, que apenas se limitou a subscrever, sem que tenha analisado o seu conteúdo de forma adequada.¹¹⁷

Por conseguinte, todas as cláusulas que preenchem as circunstâncias enunciadas neste artigo são simplesmente excluídas do contrato, mais que a nulidade, são tidas como não escritas, inexistência jurídica.¹¹⁸

Portanto, o contrato que detém destas cláusulas permanece eficaz, porém, sem as referidas cláusulas, que ficam sem valor e efeito.

Contudo, questiona-se como é que os contratos permanecem sem as referidas cláusulas?

A solução passa pelo art. 9º e art. 239º do CC, ou seja, se existem normas supletivas estas tomam o lugar das cláusulas excluídas, caso não existam, integra-se as regras dos negócios jurídicos, como a boa-fé e a vontade das partes. No entanto, caso a supressão das referidas cláusulas tenha tornado insuprível os aspetos essenciais ou um desequilíbrio grave na prestação das partes, então o contrato é nulo, art. 9º, n.º 2.

Portanto, *“De acordo com o disposto no n.º 1 do art. 9º, 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. 239º do Código Civil).”*¹¹⁹

Segundo Carlos Ferreira Almeida *“Para inserção de cláusulas contratuais gerais em contratos singulares é possível, mas não é necessário nenhum acordo específico. A inserção efetua-se sempre por inclusão numa declaração contratual ou por remissão a partir de uma declaração contratual que, com a declaração contratual concordante, forma o contrato.”*¹²⁰

Portanto, o destinatário da proposta, aquele que as aceitar, será consequentemente aderente das cláusulas contratuais gerais, art. 4º, ou seja, está-se perante um predisponente e um destinatário, um que propõe o contrato e o outro que aceita a proposta.

¹¹⁷ Segundo, TELLES, Inocêncio Galvão – *Manual dos contratos em geral*. Edição Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 322.

¹¹⁸ *Idem*.

¹¹⁹ SILVA, João Calvão da – *Contratação das cláusulas gerais (contratos de adesão)*. Revista brasileira de direito comparado, n.º 39, Rio de Janeiro, 2011, p. 81.

¹²⁰ ALMEIDA, Carlos Ferreira – *Contratos I*. 5ª edição, Almedina, 2013, p. 174.

Assim, o destinatário ao reagir positivamente à proposta vem confirmar a aceitação das cláusulas contratuais gerais, tornando-se assim um aceitante do contrato singular.

Em suma, as cláusulas contratuais gerais inserem-se no contrato com a aceitação da proposta, por parte do destinatário.¹²¹

Nos casos em que se exige um documento contratual que transcreva as cláusulas contratuais, é comumente utilizado impressos previamente preparados, que contém as cláusulas contratuais gerais, cabendo apenas aos contraentes preencher os espaços necessários, com os elementos individuais, e assinarem.

O regime de inserção de cláusulas contratuais gerais em contratos singulares é especial, quando reforça o conteúdo, os efeitos e o dever de informação pré-contratual.¹²²

Relativamente ao conteúdo, vem tornar mais esclarecedor o sentido das cláusulas, e quanto aos efeitos, porque vem estabelecer a cominação de ineficácia das cláusulas.

2.3. Colocação sistemática na teoria do contrato

Face à temática, estamos perante um tipo de contrato em massa que se desenvolveu, devido à expansão do comércio e dos serviços, possibilitando abranger o maior número de pessoas.¹²³

Este tipo de contrato trouxe vantagens, desde logo, simplificou os processos, reduziu o tempo e os custos e igualizou o tratamento dos clientes, todavia, também acarreta desvantagens, como a redução da liberdade de negociação, em que uma das partes fica numa posição desequilibrada, no sentido de poder abusar do poder negocial face à outra parte.¹²⁴

“Mas as especialidades dos contratos formados através de cláusulas contratuais gerais (e, em parte, dos outros contratos de adesão) não se limitam a juízos e a critérios de validade de conteúdo. Incluem ainda, além do que é específico do modelo de formação,

¹²¹ “O diploma legal não regula diretamente a inserção de cláusulas contratuais gerais em contratos singulares quando estes se formam por modelo diferente da aceitação de proposta.” ALMEIDA, Carlos Ferreira – *Contratos I*. 5ª edição, Almedina, 2013, p. 175.

¹²² Segundo, ALMEIDA, Carlos Ferreira – *Contratos I*. 5ª edição, Almedina, 2013, p. 177 e 178.

¹²³ “Como resultado desta evolução social e jurídica, têm sido por vezes fundidos, e até confundidos, problemas que, em rigor, são estrutural e cientificamente diferentes. Adesão; padronização dos contratos; generalidade das cláusulas contratuais; composição do conteúdo do contrato; desequilíbrio contratual e proteção dos consumidores são tópicos juridicamente autónomos, mesmo quando se relacionem ou convirjam no tratamento de uma dada questão ou de um feixe de questões afins.” ALMEIDA, Carlos Ferreira – *Contratos I*. 5ª edição, Almedina, 2013, p. 168.

¹²⁴ Segundo, ALMEIDA, Carlos Ferreira – *Contratos I*. 5ª edição, Almedina, 2013, p. 167.

soluções jurídicas relativas à interpretação, à integração, aos efeitos da invalidade parcial e aos meios judiciais e extrajudiciais de controlo preventivo e sancionatório.”¹²⁵

As condições gerais dos contratos baseiam-se na formalidade, que impõe que os mesmos sejam redigidos a escrito, em que o comprador aceite expressamente ou tacitamente, as cláusulas que constam nele, mesmo quando as mesmas são pré-elaboradas de forma unilateral pelo fornecedor, face a um número indeterminados de relações contratuais.¹²⁶

A doutrina entende que “...a distinção entre contrato de adesão e condições gerais dos contratos é apenas uma questão de tempo e de ângulo em que a questão é focalizada. Considerada como aspeto da formulação das cláusulas por uma só das partes, recebe a denominação de condições gerais dos contratos [...] Encarada no plano da efetividade, quando toma corpo no mundo da eficácia jurídica, é chamada de contrato de adesão.”¹²⁷

Portanto, as condições gerais dos contratos baseiam-se em cláusulas pré-elaboradas por uma das partes, visando deste modo abranger um número indeterminado de relações jurídicas.

Este tipo de contrato não necessita da verbalização da vontade das partes, presume-se com atos e as condutas das partes, dentro de um determinado contexto, vem expressar a sua vontade contratual.

As relações contratuais veem-se basear na confiança, na boa-fé, todavia, existem situações em que estes valores sociais são colocados de lado, em prol dos interesses económicos, da parte mais forte da relação contratual.

A teoria do contrato defende que o contrato é um acordo de vontades, de acordo com os ditames da lei, visando adquirir, transferir, conservar, modificar ou extinguir direito.

Portanto, é um acordo de vontades, visando produzir efeitos jurídicos, tornando-se assim um negócio jurídico.

Por norma, um contrato é bilateral ou plurilateral, contudo, de acordo com o tipo de contratos em análise no presente estudo, também existem contratos unilaterais admitidos pela lei.

Os contratos em estudo neste trabalho apesar de serem caracterizados como unilaterais, não afastam a existência de um acordo de vontades, mesmo que de forma tácita, sendo que, para além desta característica ainda são caracterizados pela fonte de obrigação e pela produção de efeitos jurídicos, entre outros.

¹²⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira – *Contratos I*. 5ª edição, Almedina, 2013, p. 169.

¹²⁶ Segundo, CAPELOTTI, João Paulo – *Contratos de adesão e condições contratuais gerais*, p. 5.

¹²⁷ CAPELOTTI, João Paulo – *Contratos de adesão e condições contratuais gerais*, p. 5.

Os contratos têm uma função económica, desde logo, os mesmos provêm de uma longa evolução da sociedade capitalista e mercantil, sendo estes, geradores da circulação de riqueza na sociedade.

Os contratos também detêm de uma função pedagógica, porque vêm permitir ensinar ao homem que deve respeitar os interesses dos outros, logo, o contrato vem deter de uma função jurídica social, que obriga a que respeitemos os direitos de cada um.

Por último, ressalva-se um dos mais importantes princípios contratuais, o princípio da liberdade contratual, que lhes concede uma vontade livre, para ambas as partes, uma autonomia ampla,¹²⁸ que afeta diversos aspetos, sobre qual o direito vem tutelar e proteger, sendo que, referente ao princípio da liberdade contratual, o mesmo vai ser analisado neste estudo, em concreto, em relação aos aspetos temáticos em análise, de forma a poder-se compreender a sua aplicação prática nos contratos unilaterais e pré-elaborados.

Entende-se que *“No direito civil clássico, o paradigma da teoria dos contratos era o da liberdade contratual, consistente na faculdade que as partes tinham, dentro dos limites da lei, de fixar, de acordo com a sua vontade, o conteúdo dos contratos que realizassem, celebrarem contratos diferentes dos tipificados no Código Civil ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouvesse, tal como deflui do respetivo, art. 405.º, n.º 1.”*¹²⁹

2.4. Interpretação e integração das cláusulas contratuais gerais

As cláusulas contratuais gerais, de acordo com o art. 10º, devem ser interpretadas e integradas em harmonia com as regras relativas à interpretação dos negócios jurídicos, isto é, de acordo com o art. 236º e art. 239º do CC, desde que se encontrem inseridas em contratos singulares.¹³⁰

¹²⁸ “A liberdade individual na criação do ato jurídico e na determinação dos seus efeitos, tem fronteiras naturais e tem fronteiras jurídicas. (...) Para que a vontade produza efeitos jurídicos é indispensável que ela seja, em primeiro lugar, conforme ao direito, em segundo lugar, sã, isto é, não sofra de qualquer vício, e, finalmente, que, tratando-se de atos bilaterais, se harmonize com outra vontade que lhe corresponda.” PERDIGÃO, José de Azeredo – O princípio da autonomia da vontade e as cláusulas limitativas da responsabilidade civil. Comunicado ao Instituto da Conferência da Ordem dos Advogados. Revista da Ordem dos Advogados. Vol. II, Ano 6, N.º 2 e 4, 1946, p. 31.

¹²⁹ CALDAS, Luís Miguel Simão da Silva – Direito à informação no âmbito do direito ao consumo. O caso específico das cláusulas contratuais gerais. Julgar, n.º 21, Coimbra Editora, 2013, p. 215.

¹³⁰ “A interpretação dos contratos, nessa situação, ganha especial relevância, pois cabe ao intérprete (na impossibilidade de a lei acompanhar os avanços tecnológicos, económicos, etc.) tornar possível o pleno funcionamento das engrenagens do processo económico. A adequação do sistema jurídico no que diz respeito às obrigações e aos contratos, normalmente, antes de chegar à legislação passa pela interpretação, principalmente no Poder Judiciário, de novas situações ocorridas na sociedade e no mercado.” FRANÇA, Luiz Alberto Fontana; Gonçalves Oksandro – Cláusulas contratuais gerais interpretação dos contratos massificados à luz dos princípios contratuais e da análise económica do direito. RJLB, Ano 3, n.º 4, 2017, p. 1018.

Entende a doutrina que “O princípio geral estabelecido para a interpretação e a integração das cláusulas contratuais gerais é o da aplicação das regras relativas à interpretação e integração dos negócios jurídicos, genericamente versados nos art. 236º e seguintes do Código Civil.”¹³¹

O aspeto importante referente à interpretação e integração das cláusulas contratuais gerais é que estas devem ser feitas no contexto de cada contrato singular¹³² em que se incluem.¹³³

O regime legal ocupa-se também da integração e interpretação das cláusulas contratuais gerais, “...seja através de remissão genérica para as regras hermenêuticas dos art. 236º e seguintes do CC (art. 10º da LCCG), seja ressalvando expressamente que o risco da ambiguidade das cláusulas corre por conta do proponente, o que, de algum modo, já resultaria daquelas regras gerais (“ambiguitas contra stipulatorum”) (art. 11º, n.º 2 da LCCG).”¹³⁴

Inocêncio Galvão Telles entende que em caso de dúvida sobre o sentido da declaração, respeitante aos negócios jurídicos gerais, “...prevalece, nos negócios gratuitos, o menos gravoso para o disponente e, nos onerosos, o que conduzir ao maior equilíbrio das prestações.”,¹³⁵ indo de encontro com o art. 237º do CC. Contudo, o art. 11º do DL n.º 446/85¹³⁶ afasta esta solução, de acordo com o mesmo autor “...sobre as cláusulas ambíguas, suposto se trate de cláusulas não negociais, isto é, que o aderente se tenha limitado a subscrever ou aceitar. Tais cláusulas terão o sentido que lhes daria um aderente normal

¹³¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida; Cordeiro, António Menezes - *Cláusulas contratuais gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*. Coimbra, Almedina, 1986, p. 31.

¹³² “Trata-se, portanto, de uma interpretação individual, singular, não aplicável no âmbito das ações inibitórias de tutela preventiva e abstrata, 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.” SILVA, João Calvão da – *Contratação das cláusulas gerais (contratos de adesão)*. Revista brasileira de direito comparado, n.º 39, Rio de Janeiro, 2011, p. 82.

¹³³ “Recusou-se a possibilidade de interpretações ou integrações realizadas na base exclusiva das próprias cláusulas contratuais gerais, dando-se prevalência a uma justiça individualizadora.” COSTA, Mário Júlio de Almeida; Cordeiro, António Menezes - *Cláusulas contratuais gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*. Coimbra, Almedina, 1986, p. 31.

¹³⁴ ANTUNES, José A. Engrácia Antunes – *Contratos comerciais. Noções fundamentais*. Direito e Justiça, Vol. Especial, Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, 2007, p. 140.

¹³⁵ TELLES, Inocêncio Galvão – *Manual dos contratos em geral*. Edição Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 323.

¹³⁶ “Tendo as partes celebrado validamente um contrato de mútuo (art. 1142.º do CC), operação de crédito realizada por uma instituição de crédito ou parabancária (art. 1.º do DL n.º 344/78, de 17-11), na modalidade de crédito ao consumo (art. 2.º do DL n.º 359/91, de 21-09), o qual deve ser qualificado como contrato de adesão (art. 1.º do DL n.º 446/85, de 25-10), a cláusula que determina que “A falta de pagamento de uma prestação, na data do respetivo vencimento, implica o imediato vencimento de todas as restantes” deve ser interpretada nos termos estabelecidos nos arts. 236.º do CC e 11.º do DL n.º 446/85.” Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 06A2718 (Relator: Moreira Camilo), de 14/11/2006.

*colocado na posição do aderente real. (...) se faz o apelo ao critério geral do artigo 236º do CC... ”.*¹³⁷

A integração das cláusulas contratuais gerais, de acordo com o art. 10º, valem as regras do art. 239º do CC, sendo que, “...*Há neste preceito uma clara hierarquia: em primeiro lugar, deve-se atender às disposições legais supletivas; na falta destas, à vontade presumível das partes, sendo que esta última pode ceder, por força dos ditames da boa-fé*”¹³⁸

2.5. Características das cláusulas contratuais gerais

2.5.1. Pré-disposição unilateral

Considerando que, a desigualdade das partes, no âmbito das cláusulas contratuais gerais, diz respeito às pessoas que fazem as propostas nos seus termos ou aquelas que só aceitam nos seus termos, logo, uma das partes encontra-se numa posição de superioridade face à outra, podendo esta ser uma superioridade económica ou jurídico-científica,¹³⁹ em relação à parte mais fraca.

Esta característica é também denominada de pré-elaboração, que se encontra ligada à feitura das cláusulas, previamente, ou independentemente, da negociação entre as partes.

2.5.2. Generalidade

Segundo António Menezes Cordeiro “...*as cláusulas contratuais gerais destinam-se ou a ser propostas a destinatários indeterminados ou a ser subscritas por proponentes indeterminados...*”¹⁴⁰

Vem este autor entender que as cláusulas contratuais gerais têm como característica a generalidade, no sentido de que, certos utilizadores propõem a uma generalidade de pessoas determinados negócios, que decorrem da aceitação das cláusulas contratuais gerais pré-elaboradas.

¹³⁷ TELLES, Inocêncio Galvão – *Manual dos contratos em geral*. Edição Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 323.

¹³⁸ BARROS, José Manuel de Araújo – *Cláusulas contratuais gerais*. DL n.º 446/85 Anotado – *recolha jurisprudencial*. 1ª edição, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 142 e 143.

¹³⁹ CORDEIRO, António Menezes – *Manual de direito comercial*. I Volume, Almedina, 2001, p.396.

¹⁴⁰ *Idem.*, p. 395.

A generalidade é outra característica, que segundo Carlos Ferreira Almeida “...justifica-se como meio de afastar a ideia de que o instituto exige indeterminação do número e da identidade dos potenciais contraentes.”¹⁴¹

Portanto, as cláusulas contratuais gerais detêm de uma predisposição destinada à inserção a um vasto número de contratos, em que se prevê a participação da entidade que os cria, daí a necessidade de pré-elaboração.

Entende a doutrina que a generalidade se reporta ao facto de as cláusulas serem dirigidas não apenas a uma pessoa, mas a um conjunto de pessoas, que pertencem à mesma categoria.¹⁴²

2.5.3. Rigidez

António Menezes Cordeiro referente à característica da rigidez das cláusulas contratuais entende que, estas devem ser recebidas em bloco, por aqueles que as aceitam, isto é, as pessoas que as aceitam não têm a direção ou a possibilidade de alterar o conteúdo das mesmas,¹⁴³ daí estas serem caracterizadas pela rigidez ou inflexibilidade.

Se não houvesse rigidez, estar-se-ia perante o exercício de liberdade negocial, o que permitiria as partes alterarem as cláusulas e ajusta-las, face às suas necessidades.

De acordo com Carlos Ferreira de Almeida “A rigidez (no sentido de inalterabilidade, de mera possibilidade de aceitação ou de recusa das cláusulas em bloco) não constitui requisito jurídico essencial, mas sim uma característica tendencial, embora com elevada probabilidade fática.”¹⁴⁴

Além destas características¹⁴⁵ enunciadas, existem outras,¹⁴⁶ que apesar de serem menos frequentes, também podem ser apontadas como características das cláusulas contratuais gerais, como a complexidade e a natureza formularia.

¹⁴¹ ALMEIDA, Carlos Ferreira – *Contratos I*. 5ª edição, Almedina, 2013, p. 171.

¹⁴² BARROS, José Manuel de Araújo – *Cláusulas contratuais gerais*. DL n.º 446/85 Anotado – recolha jurisprudencial. 1ª edição, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 27.

¹⁴³ CORDEIRO, António Menezes – *Manual de direito comercial*. I Volume, Almedina, 2001, p. 396.

¹⁴⁴ “Conforme resulta do art. 7º, o aderente pode provocar a eliminação ou a modificação de alguma ou de algumas cláusulas, prevalecendo aquelas que tenham sido especialmente negociadas, sem afastar, quanto às restantes, a natureza e o regime legal próprios das cláusulas contratuais gerais.” ALMEIDA, Carlos Ferreira – *Contratos I*. 5ª edição, Almedina, 2013, p. 171.

¹⁴⁵ “Com base neste preceito e em fontes doutrinárias, as cláusulas contratuais gerais têm sido caracterizadas em função de três elementos cumulativas: pré-elaboração, indeterminação e rigidez. Parece, todavia, mais rigoroso atribuir-lhes apenas duas características seguintes: predisposição unilateral e generalidade.” ALMEIDA, Carlos Ferreira – *Contratos I*. 5ª edição, Almedina, 2013, p. 171.

¹⁴⁶ Segundo, CORDEIRO, António Menezes – *Manual de direito comercial*. I Volume, Almedina, 2001, p. 396.

Relativamente à característica da complexidade, esta é referente ao número de cláusulas contratuais gerais, ou seja, por vezes, estas são tão diversas e minuciosas face aos diversos aspetos contratuais, que tornam complexa toda a criação das cláusulas.

A característica relativa à natureza formularia das cláusulas contratuais, esta é referente com a frequência que se encontram documentos pré-escritos, onde o aderente apenas tem de colocar os dados identificativos, ou seja, tem apenas de preencher um formulário, não lhe sendo dada hipótese de criar as referidas cláusulas contratuais.

A unilateralidade também é entendida como uma característica, que é definida como pré-elaboração anterior ao contrato, ou seja, a iniciativa da elaboração do contrato é unilateral.

3. A lei portuguesa das cláusulas contratuais gerais

3.1. Aspetos gerais

Na lei portuguesa, a primeira consagração legislativa das cláusulas contratuais gerais foi o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, vindo posteriormente sofrer ajustes devido à influência da Diretiva comunitária que foi transposta para o direito nacional.

Oliveira Ascensão entende que, as condições gerais deste tipo de contratos, detentores de cláusulas predispostas unilateralmente, têm como objeto uma generalidade de pessoas não permitindo que as mesmas discutam o seu conteúdo.¹⁴⁷

Segundo este autor *“A lei portuguesa trouxe um progresso no ponto de vista da designação, uma vez que passou a falar de “cláusulas contratuais gerais”, em vez de “condições gerais dos contratos”. Assim evita o termo condição, que é ambíguo. Poderia ter avançado mais no saneamento terminológico, se tivesse adotado a epígrafe “cláusulas negociais gerais.”*”¹⁴⁸

Com a produção em massa, surgem mudanças nos contratos, desde logo, o fenómeno da contratação com recurso às cláusulas contratuais gerais, através da uniformização dos contratos, onde se celebra negócios jurídicos sem a prévia fase da negociação.¹⁴⁹

Portugal não foi exceção, sendo alvo deste fenómeno, que afeta sobretudo os contratos no âmbito do consumo.¹⁵⁰

Segundo António Pinto Monteiro *“A doutrina veio acentuando, entretanto, a necessidade de uma intervenção legislativa neste domínio, ao mesmo tempo que dava conta*

¹⁴⁷ ASCENSÃO, J. Oliveira – *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o novo código civil*. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Vol. 39, Qualis, 2003, p. 5.

¹⁴⁸ ASCENSÃO, J. Oliveira – *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o novo código civil*. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Vol. 39, Qualis, 2003, p. 5.

¹⁴⁹ *“Esta ampla noção reflete, no fundo, o reconhecimento, por parte do legislador comunitário, da existência de uma extensa gama de práticas comerciais que podem distorcer não apenas a perceção do consumidor em relação ao produto, mas também a sua compreensão em relação ao contrato e direitos emergentes deste.”* SANTOS, Teresa Moura dos – *A tutela do consumidor entre os contratos de adesão e as práticas comerciais desleais*. Revista eletrónica de direito, n.º 1, 2016, p. 12.

¹⁵⁰ *“A contratação com base em condições ou cláusulas negociais gerais, previamente elaboradas, a que o cliente se limita a aderir, constitui uma faceta típica da sociedade industrial moderna e um modo de negociação imprescindível, funcionalmente ajustado às atuais estruturas de produção económica e respetiva distribuição de bens e serviços.”* MONTEIRO, António Pinto – *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*. Revista da Ordem dos Advogados, ano 46, Lisboa, 1986, p. 740.

de medidas que iam sendo tomadas por esse mundo fora, sobretudo a partir dos anos 70, no quadro de uma política de tutela do consumidor (...), acentuada pela inadequação e insuficiência dos tradicionais meios de defesa, pensados que foram para situações e riscos diferentes, em muitos casos, dos que os contratos de adesão propiciam.”¹⁵¹

Todavia, “...a LCCG não constitui, ou melhor, não é apenas, uma lei de proteção do consumidor, procurando fundamentalmente disciplinar uma determinada via de contratar e evitar abusos que daí possam decorrer. Na verdade, a LCCG vai além do âmbito das relações de consumo, da mesma forma que a regulação jurídica dessas relações não se esgota, máxime na ótica de tutela contratual do consumidor, na sua defesa contra cláusulas contratuais gerais iníquas.”¹⁵²

O movimento que incentivou este novo fenómeno de tutela do consumidor, de criação de um regime que discipline este tipo de negócios jurídicos e cláusulas contratuais, veio enfatizar o direito ao consumo e a fiscalização jurídica das cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação das partes.¹⁵³

Luís Caldas entende que “A problemática das cláusulas contratuais gerais e a preocupação com a criação de instrumentos que possibilitem controlar, prevenir e reprimir situações de abuso, por banda do predisponente, são uma preocupação relativamente recente, emblemática dos sistemas jurídicos modernos.”¹⁵⁴

A LCCG vem promover a observação de requisitos formais e substanciais, sustentados pelo princípio da boa-fé e da proibição do abuso de direito, que visam proteger a parte mais fraca do acordo, como também, consciencializar que as cláusulas contratuais gerais só se incorporam no contrato singular quando as mesmas tenham sido aceites pelas partes, art. 4º da LCCG.

O princípio da boa-fé aparece como um critério de controlo do conteúdo das cláusulas, que foram predispostas unilateralmente, de forma a poder impedir que ocorra um desequilíbrio significativo, em detrimento do aderente, que vê impostas as cláusulas abusivas.¹⁵⁵

¹⁵¹ MONTEIRO, António Pinto – *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*. Revista da Ordem dos Advogados, ano 46, Lisboa, 1986, p. 734.

¹⁵² CALDAS, Luís Miguel Simão da Silva – *Direito à informação no âmbito do direito ao consumo. O caso específico das cláusulas contratuais gerais*. Julgar, n.º 21, Coimbra Editora, 2013, p. 218.

¹⁵³ Segundo, CALDAS, Luís Miguel Simão da Silva – *Direito à informação no âmbito do direito ao consumo. O caso específico das cláusulas contratuais gerais*. Julgar, n.º 21, Coimbra Editora, 2013, p. 219.

¹⁵⁴ CALDAS, Luís Miguel Simão da Silva – *Direito à informação no âmbito do direito ao consumo. O caso específico das cláusulas contratuais gerais*. Julgar, n.º 21, Coimbra Editora, 2013, p. 215.

¹⁵⁵ “No plano das cláusulas contratuais proibidas, a boa-fé é claramente assumida como princípio geral, centro da valoração do conteúdo das cláusulas contratuais gerais, que permite que cláusulas não inseridas nas listas

*“Vale dizer: são nulas as cláusulas que, contra as regras da boa-fé, prejudiquem desproporcionalmente 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.”*¹⁵⁶

Portanto, o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais que foi instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 5 de outubro, a que se vem denominar de LCCG, visa saldar as carências legislativas no âmbito da regulação das matérias sobre as cláusulas, criando uma regulação e consagração legislativa que venha criar soluções jurídicas adequadas.¹⁵⁷

Vem esta legislação tornar-se um marco na concretização das proibições das cláusulas contratuais gerais contrárias à boa-fé,¹⁵⁸ permitindo com esta tutela uma proteção diferenciada consoante a natureza da relação em causa.¹⁵⁹

Não só a legislação portuguesa vem tutelar as cláusulas contratuais gerais, a jurisprudência também segue o mesmo sentido, sobretudo, referente à proibição das cláusulas contratuais gerais.¹⁶⁰

Este diploma vem constituir uma regulação da contratação com base em cláusulas contratuais gerais, determinando medidas adequadas face a perigos que a utilização destas cláusulas e dos contratos de adesão acarretam.

Desde logo, encontra-se afastada a fase de negociação, ou seja, o debate prévio que detém como função a negociação contratual, no sentido de debater aspetos importantes da regulamentação contratual, que muitas vezes o aderente desconhece.

possam ser proibidas.” COUTO, Rute – *As listas negras e cinzentas das condições gerais dos contratos*. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, 2:1, 2012, p. 178.

¹⁵⁶ SILVA, João Calvão da – *Contratação das cláusulas gerais (contratos de adesão)*. Revista brasileira de direito comparado, n.º 39, Rio de Janeiro, 2011, p. 84.

¹⁵⁷ Segundo, CRAVO, Sara Cristina Ermida – *As cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade civil inseridas em contratos de adesão*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Forenses, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 15.

¹⁵⁸ “Com efeito, princípios como os da boa-fé e da ordem pública e bons costumes (...), constituíram, durante largos anos, no sistema jurídico alemão, por exemplo, a base jurídico-legal de controlo, pelos tribunais, das condições gerais dos contratos.” MONTEIRO, António Pinto – *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*. Revista da Ordem dos Advogados, ano 46, Lisboa, 1986, p. 735.

¹⁵⁹ “Por conseguinte, o legislador serviu-se de uma técnica particular e, após a introdução de princípios gerais, elencou determinadas proibições no que às relações entre empresários e entidades equiparadas se refere, nos artigos 18º e 19º, determinando, no seu seguimento, a aplicação de todas as proibições aí cominadas, às relações com consumidores finais, prescrevendo, ainda, outras proibições artigos 20º a 22º.” CRAVO, Sara Cristina Ermida – *As cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade civil inseridas em contratos de adesão*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Forenses, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 16.

¹⁶⁰ O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça vem decretar a proibição de cláusulas contratuais gerais, relativo a cláusulas bancárias de um banco fave ao cliente. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 2/2016, Recurso de Uniformização de Jurisprudência 2475/10.OYXLSB.L1.S1-A.

Neste seguimento, percebe-se que a lei portuguesa vem utilizar a terminologia “cláusulas contratuais gerais”, enquanto a Diretiva comunitária¹⁶¹ utiliza a expressão “cláusulas abusivas nos contratos de adesão”, cabe perceber o porquê de a legislação portuguesa ter adotado esta expressão.¹⁶²

O contrato de adesão¹⁶³ é um contrato que detém de cláusulas previamente formuladas, cabendo à parte aderente aceitar, sendo caracterizado por ser um contrato tipo unilateral, com pré-disposição e com rigidez.

As cláusulas contratuais gerais detêm destas características enunciadas e mais duas, a generalidade e a indeterminação, portanto, esta expressão vem afastar as cláusulas elaborada por uma parte para um contrato específico, pois estas detêm como características a generalidade.

Logo, entende-se que o conceito de contrato de adesão detém de muitas das características das cláusulas contratuais gerais, mas pode-se estar perante um contrato de adesão e não se poder falar em cláusulas contratuais gerais, porque o contrato de adesão foi previamente elaborado para um contraente específico, ao contrário das cláusulas contratuais gerais que têm como requisito a generalidade.

Assim, entende-se que pode haver um contrato de adesão que não tenha sido elaborado com cláusulas contratuais gerais.

Em suma, “A LCCG é um instrumento de extrema importância na reação contra os abusos frequentemente cometidos pelos predisponentes, fundamental para a proteção dos consumidores e das próprias empresas, já que o diploma não se cinge, como a Diretiva, à proteção dos consumidores.”¹⁶⁴

A regulamentação nacional referente às cláusulas contratuais gerais veio corresponder à insistência que se sentia, visando que o ordenamento jurídico português detivesse dos seus próprios meios para combater os abusos que se ocorria, decorrente das existentes condições gerais de contratação.

¹⁶¹ “No caso português, a Diretiva não foi decisiva, uma vez que a LCCG, além de anterior à implementação daquela, continha já aspetos inovadores na salvaguarda dos interesses dos aderentes.” OLIVEIRA, Ana Rita Simões de - *A contratação eletrónica: as cláusulas contratuais gerais*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 59.

¹⁶² “Esse problema de terminologia e de significados foi sentido por Portugal à medida que se tornou necessário adaptar o DL n.º 446/85 à Diretiva Europeia n.º 93/13/CEE, do Conselho de 5 de abril.” LEMOS, Raquel Andreatta – *Cláusulas contratuais gerais nos contratos de telecomunicações*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 5.

¹⁶³ Ver o caso do Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo n.º 34394/10.5YIPRT.G1 (Relator: Araújo Barros), de 11/09/2012. Acedido a [20 de novembro de 2018] Disponível em: <www.dgsi.pt>.

¹⁶⁴ OLIVEIRA, Ana Rita Simões de - *A contratação eletrónica: as cláusulas contratuais gerais*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 60.

Reconhece-se que esta legislação vem regular situações, como aquelas em que determinadas empresas valendo-se da sua posição no mercado, aproveitam-se e estabelecem o contrato de forma a se favorecerem, daí serem introduzidas as ditas cláusulas abusivas ou proibidas, que se vem sobrepor ao aderente-consumidor, explorando a sua posição débil.

Vem esta legislação tornar-se necessária para controlar estas situações, a dois níveis, um controlo a nível da tutela da vontade do aceite, e um controlo a nível da fiscalização das condições gerais do contrato.¹⁶⁵

Atualmente, Portugal faz parte de um grupo de países que detém de um sistema de controlo mais adequado e completo, para enfrentar este tipo de problemas, proveniente da criação de mecanismos de regulação contratual.

Em suma, a doutrina defende que o DL n.º 446/85 “...*constitui um incontestável caso de sucesso. A inúmera e valiosa jurisprudência que com base nele foi gerada, com relevo para a própria alteração de legislação setorial, nomeadamente a relativa às atividades bancárias e seguradora, prova-o indubitavelmente.*”¹⁶⁶

Aspeto que merece ser enunciado é o cuidado que alguma doutrina tem em denominar as cláusulas contratuais gerais por esta expressão e não apenas por cláusulas gerais, evitando assim alguma confusão terminológica com o instituto das cláusulas gerais, que detém de uma maior amplitude do que aquelas que estão aqui em estudo.

O DL n.º 446/85 é um regime jurídico que vem tutelar as cláusulas contratuais gerais, apesar de não deter de uma definição precisa sobre estas, cabendo à doutrina esta ponderação e interpretação, de forma a permitir esclarecer e estabelecer a definição e características das mesmas, tendo a lei como base.

Entende-se que a existência deste tipo de contrato é necessária para a economia atual, tornando-se um padrão mais eficiente e célere, mas também deve-se estar consciente dos riscos que o mesmo acarreta.

Daí o diploma legal que regula esta temática ser importante como forma de impor o respeito pelas regras que regula este contrato, desde as normas que tutelam os direitos até àquelas que impõe obrigações, criando-se assim um instrumento vantajoso para ambas as partes.

¹⁶⁵ Segundo, MONTEIRO, António Pinto – *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*. Revista da Ordem dos Advogados, ano 46, Lisboa, 1986, p. 742.

¹⁶⁶ BARROS, José Manuel de Araújo – *Cláusulas contratuais gerais. DL n.º 446/85 Anotado – recolha jurisprudencial*. 1ª edição, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 9.

Neste seguimento, entende-se que as cláusulas contratuais gerais são uma realidade que vem representar um instrumento e meio para uma sociedade, maioritariamente, consumista, permitindo uma evolução jurídico-económica das relações contratuais.

Reconhece-se, no entanto, que o problema das cláusulas contratuais gerais é ao nível do controlo, daí ser considerado importante a criação de um diploma legal que venha regular estas disposições.

Relativamente, ao ordenamento português, como referido anteriormente, este não faz distinção, pelo menos de forma clara e expressa, do seu entendimento face ao que entende por cláusulas contratuais gerais.

Neste ponto do estudo, é inegável aceitar que as cláusulas contratuais gerais decorrem da aplicação no âmbito dos contratos de adesão, por norma, de contratos estabelecidos pelos consumidores.

Portanto, entende-se que os contratos de adesão venham abranger as cláusulas contratuais gerais, pois estas são pré-formuladas e não negociadas, vindo assim, coincidir com a essência dos contratos de adesão, como também pela necessidade de se dirigirem a uma generalidade de contratos, isto é, uma pluralidade de pessoas.

Como vem sendo enunciado ao longo do presente estudo, e como se poderá ver mais adiante, os contratos de adesão e as cláusulas contratuais gerais coincidem em determinados pontos, principalmente, no que concerne às características e predisposição.

As cláusulas contratuais gerais encontram-se reguladas pelo Decreto-Lei n.º 446/85, sendo este o diploma legal, no direito interno português, que regula esta temática, sendo considerado pioneiro entre os países europeus, na forma como trata esta matéria específica.

Reconhece-se que este diploma legal foi inspirado no direito alemão, tendo adaptado o mesmo à realidade do sistema jurídico português.

Este diploma surgiu num momento económico-social que iniciava os primeiros passos para a defesa dos consumidores, assim, primeiramente surgiu a Lei de Defesa do Consumidor, Lei n.º 24/81, de 22 de agosto, vindo posteriormente a CRP com a revisão de 82 tutelar os direitos fundamentais dos consumidores no art. 110º, demonstrando assim a importância que esta temática passa a ter na sociedade.

No seguimento do exposto, o DL n.º 446/85 vem disciplinar de forma específica as cláusulas contratuais gerais, inspirado no direito alemão, vindo alguma doutrina reconhecer que houve partes transcritas na íntegra, o que trouxe problemas, na medida que a realidade socioeconómica dos países é diferente, como tal, deve-se adaptar sempre as leis à realidade e situação económico-jurídica de cada país, de forma mais fiel e correta.

Os ajustes que foram precisos fazer nesta lei correram ao encargo da doutrina e jurisprudência, sendo estas consideradas alterações necessárias, sobretudo, por se entender que as normas que regulam as cláusulas contratuais gerais são imprescindíveis para a tutela do consumidor.

O principal aspeto que se destaca na disciplina das cláusulas contratuais gerais é a possibilidade do diploma legal que as tutela, tornar-se o meio de impedir o abuso de poder económico, que pode surgir, visto estar-se perante uma relação desequilibrada e desigual, entre empresários e consumidores.

Embora sobre esta matéria, existam aspetos que a doutrina possa não ser totalmente pacífica, e existam opiniões diversas, reconhece-se que as alterações que o DL n.º 446/85 sofreu, decorreu não só da necessidade de adaptação dos termos da diretiva comunitária, mas da necessidade de se adaptar o diploma legal à realidade do país, vindo a doutrina ter uma papel de relevo na construção dos ajustes necessários.

3.2. Âmbito e inclusão nos negócios singulares

A LCCG aplica-se a todas as cláusulas contratuais gerais, segundo o art. 1º e 2º, que indica que ficam abrangidas as cláusulas contratuais gerais, independentemente, da forma da sua comunicação ao público, da extensão que assumam ou que venham a apresentar nos contratos a que se destinem, do conteúdo que as informe, ou seja, da matéria que venham regular, e de terem sido elaboradas pelo proponente, pelo destinatário ou por terceiros.

Todavia, algumas matérias ficariam excluídas da disciplina das cláusulas contratuais gerais, art. 3º da LCCG,¹⁶⁷ pelas mais diversas razões, desde razões formais, art. 3º, n.º 1, alínea a) e b), razões em função da matéria, art. 3º, n.º 1, alínea c), d) e e).¹⁶⁸

Assim, a LCCG aplica-se a situações patrimoniais privadas, que estejam ligadas ao fenómeno geral da circulação dos bens e dos serviços, referente ao comércio privado.

A utilização das cláusulas contratuais gerais coloca em causa a liberdade de estipulação, mas não a liberdade de celebração, assim, este tipo de cláusulas incluem-se em

¹⁶⁷ “As alíneas a) e b) – portanto: cláusulas aprovadas pelo legislador e cláusulas resultantes de convenções internacionais (...) as alíneas c), d) e e), já têm a ver com a problemática do consumo.” CORDEIRO, António Menezes – *Manual de direito comercial*. I Volume, Almedina, 2001, p. 407.

¹⁶⁸ Segundo, CORDEIRO, António Menezes – *Manual de direito comercial*. I Volume, Almedina, 2001, p. 407.

diversos contratos singulares, art. 4º da LCCG, não sendo admitida a inclusão de cláusulas que não provenha da vontade das partes.¹⁶⁹

*“Desde logo, numa análise formal, o legislador trata do controlo da inclusão das cláusulas, com a instituição de deveres de comunicação e informação, e proibição de “cláusulas – surpresa”, com a consequência jurídica da exclusão das cláusulas que não observam os ditames legais. Num outro patamar, de análise material das cláusulas apresentadas ao consumidor, o determinante é um controlo de conteúdo, por forma a que as cláusulas incluídas no contrato singular não representem condições iníquas para o consumidor. (...) Por outro lado, em termos processuais, o controlo das cláusulas contratuais gerais opera a nível incidental ou preventivo.”*¹⁷⁰

Portanto, a inclusão depende de diversos elementos, como a efetiva comunicação, art. 5º da LCCG, a informação, art. 6º, e inexistência de cláusulas prevalentes, art. 7º da LCCG.¹⁷¹

Carlos Ferreira Almeida considera que a lei portuguesa relativamente às cláusulas contratuais gerais não é feliz quanto há sua inserção em determinado contrato singular, entende que a terminologia é ambígua, e entende que o texto legal foi redigido como se todos os contratos se formassem através da aceitação de uma proposta.¹⁷²

Posto isto, vem concluir que o sistema legal português, relativamente ao ato de adesão ou aceitação das cláusulas contratuais gerais não é separável da aceitação emitida por um dos contraentes, que desta forma, vem formar na íntegra o consenso contratual.¹⁷³

Para a inserção das cláusulas contratuais gerais em contratos singulares não é preciso um acordo específico, basta haver uma inclusão ou remissão de uma declaração contratual.¹⁷⁴

¹⁶⁹ “... esta norma, ao exigir o consentimento do destinatário, funciona como “garantia de justiça.” De resto, antes da aceitação, as cláusulas contratuais gerais constituem apenas “um modelo sobre o qual se exerce a autonomia privada.” OLIVEIRA, Ana Rita Simões de - A contratação eletrónica: as cláusulas contratuais gerais. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 62.

¹⁷⁰ “A nível incidental, através da declaração de nulidade das cláusulas contratuais gerais proibidas. A nível preventivo, pela ação inibitória, destinada a inibir a utilização ou recomendação futura de tais cláusulas.” COUTO, Rute – As listas negras e cinzentas das condições gerais dos contratos. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, 2:1, 2012, p. 176.

¹⁷¹ “O cumprimento das prestações impostas pelos arts. 5.º e 6.º da LCCG – cuja prova onera o predisponente – convoca deveres pré-contratuais de comunicação das cláusulas (a inserir no negócio) e de informação (prestação de todos os esclarecimentos que possibilitem ao aderente conhecer o significado e as implicações dessas cláusulas), enquanto meios que radicam no princípio da autonomia privada, cujo exercício efetivo pressupõe que se encontre bem formada a vontade do aderente ao contrato e, para tanto, que este tenha um antecipado e cabal conhecimento das cláusulas a que se vai vincular, sob pena de não ser autêntica a sua aceitação. “Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 1262/14.1T8VCT-B.G1.S1 (Relator: Alexandre Reis), de 13/09/2016.

¹⁷² Ver, ALMEIDA, Carlos Ferreira – Contratos I. Almedina, 2000, p. 120.

¹⁷³ De acordo com, ALMEIDA, Carlos Ferreira – Contratos I. Almedina, 2000, p. 120.

¹⁷⁴ “Os contratos negociados individualmente constituem inegavelmente uma pequena parcela daqueles que se concluem nas sociedades industrializadas, o que tem como consequência que os problemas jurídicos que os

*“A LCCG enfatiza especialmente, no seu art. 4.º, a necessidade de aceitação do aderente para que as cláusulas possam ser incluídas no contrato singular. Afigura-se, portanto, que a aceitação do destinatário é uma condição necessária para que as cláusulas sejam eficazes perante o subscritor das mesmas. Esta exigência legal é da maior importância, uma vez que é através da aceitação que se expressa o consentimento do aderente.”*¹⁷⁵

3.3. Interpretação e integração

A interpretação e a integração das cláusulas contratuais gerais encontram-se dispostas no art. 10º da LCCG, remetendo para o art. 236º e seguintes do código civil.

De acordo com António Menezes Cordeiro, este preceito vem revelar dois níveis: *“...impede as próprias cláusulas contratuais gerais de engendrare outras regras de interpretação, remete para uma interpretação que tenha em conta apenas o contrato singular.”*¹⁷⁶

Entende-se que ambos os aspetos são importantes, pois defende-se um conteúdo próprio, onde as cláusulas contratuais gerais abrem para uma interpretação singular, no sentido, de se auferir uma interpretação a cada contrato em si, tendo como resultado a aplicação de cláusulas contratuais gerais que permitiriam a concretização de soluções diferentes.

Segundo Oliveira Ascensão existem duas posições 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.”*¹⁷⁷

No entender deste autor, o art. 10º da LCCG limita-se a regular as relações entre predisponentes e aderente, sendo esta considerada uma cláusula indispensável, porque estabelece o regime de contratos que contenham cláusulas contratuais gerais.

contratos em massa suscitam tenham quase sempre que ver com desequilíbrio de poder e com efeitos sociais e económicos que não podem ser ignorados politicamente, o mesmo é dizer pela lei.” PRATA, Ana - *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*. Coimbra, Almedina, 2010, p. 30.

¹⁷⁵ OLIVEIRA, Ana Rita Simões de - *A contratação eletrónica: as cláusulas contratuais gerais*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 62.

¹⁷⁶ CORDEIRO, António Menezes – *Manual de direito comercial*. I Volume, Almedina, 2001, p. 412.

¹⁷⁷ ASCENSÃO, J. Oliveira - *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé*. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 60, II, Lisboa, 2000, p.584.

Todavia, quando se debate sobre o conteúdo das cláusulas contratuais em si, a interpretação nestes casos será generalizada.¹⁷⁸

A interpretação e integração das cláusulas ocorrem no respeito pelos princípios gerais, dentro do contexto de cada contrato, sendo que na dúvida a cláusula ambígua é interpretada no sentido favorável ao aderente.¹⁷⁹

Já o art. 11º da LCCG trata da temática das cláusulas ambíguas, historicamente, *“Trata-se duma regra tradicional, expressa desde os romanos através de brocardos como ambiguitas contra stipulatorum e que se veio a consolidar na jurisprudência dos diversos ordenamentos.”*¹⁸⁰

No art. 11º, n.º 1 da LCCG consagra-se a teoria da impressão do destinatário, que atende às regras do art. 10º, no sentido de atender-se às regras relativas à interpretação e integração dos negócios jurídicos.¹⁸¹

Alguma doutrina entende que ao *“...estabelecer uma regra interpretativa e vir posteriormente dizer que, em caso de ambiguidade, se aplica a mesma regra, é duplica-la inutilmente. A ambiguidade (ou dúvida) relevante para este efeito só pode ser a que se mantiver para lá da sua aplicação. Toda a regra interpretativa visa esclarecer potenciais ambiguidades...”*.¹⁸²

O preceito do art. 11º, n.º 2 da LCCG preceitua que na dúvida deve prevalecer o sentido mais favorável ao aderente, portanto, opta-se por proteger a parte mais fraca da relação contratual.

3.4. Contratos de adesão

O contrato de adesão¹⁸³ é aquele onde predomina a vontade de uma das partes, que age de forma unilateral, fazendo prevalecer a sua vontade perante aquele que adere ao contrato.

¹⁷⁸ De acordo com, ASCENSÃO, J. Oliveira - *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé*. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 60, II, Lisboa, 2000, p.585.

¹⁷⁹ Segundo, ASCENSÃO, J. Oliveira - *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé*. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 60, II, Lisboa, 2000, p.580.

¹⁸⁰ CORDEIRO, António Menezes – *Manual de direito comercial. I Volume*, Almedina, 2001, p. 413.

¹⁸¹ Segundo, BARROS, José Manuel de Araújo – *Cláusulas contratuais gerais. DL n.º 446/85 Anotado – recolha jurisprudencial*. 1º edição, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 150.

¹⁸² BARROS, José Manuel de Araújo – *Cláusulas contratuais gerais. DL n.º 446/85 Anotado – recolha jurisprudencial*. 1º edição, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 151.

¹⁸³ *“A expressão “contratos de adesão” tem subjacente um modo particular de formação dos contratos – a obtenção do consenso por adesão. Pensada inicialmente para contratos padronizados formados através de cláusulas contratuais gerais, abrange com rigor uma categoria mais ampla de contratos, porque aquela*

“O termo “contratos de adesão” é controverso.(...) O conceito de contrato pressupõe a liberdade e a igualdade (alguma igualdade) – que cada uma das partes seja livre e que as duas partes sejam iguais –; o conceito de “contrato de adesão” pressupõe a desigualdade (alguma desigualdade): – que uma das partes seja livre e que a outra não o seja; que as duas partes sejam desiguais. A vontade do autor das cláusulas do “contrato de adesão” seria a vontade principal ou subordinante; seria a vontade soberana; a vontade do destinatário das cláusulas do “contrato de adesão” seria, tão-só, uma vontade subordinada; seria, tão-só, uma vontade súbdita (...).”¹⁸⁴

A qualidade dos contratos de adesão¹⁸⁵ são reservados a uma estrutura passiva de mera adesão, no âmbito de um contrato específico ou face a um número indeterminado de contratos.¹⁸⁶

Segundo Inocêncio Galvão Telles, este tipo de contrato detém de um caráter contratual, apesar de alguns entenderem que uma das partes detém de uma atitude passiva, no entanto, este contrato não detém de uma estrutura unilateral, pois este desdobra-se em dois atos distintos, primeiro a criação de um regulamento unilateral, pela parte mais forte economicamente, segundo, um ato de sujeição a esse regulamento, pela outra parte.¹⁸⁷

O contrato de adesão detém de uma limitação à liberdade contratual,¹⁸⁸ ou seja, a formação teórico-tradicional de um contrato, normalmente, é precedido de uma discussão entre as partes, sobre o teor do contrato, pressupõe um debate prévio entre os contraentes, todavia, existem grupos de poder económico que se diversificaram e detém de ofertas de produtos em massa, criando formas de contrato unilateral, em que não existe debate prévio, os denominados contratos de adesão.¹⁸⁹

particularidade de formação não é específica deles, verificando-se igualmente nalguns contratos individualizados. “ALMEIDA, Carlos Ferreira – *Contratos I*. 5ª edição, Almedina, 2013, p. 168.

¹⁸⁴ LEITÃO, Margarida de Menezes - *Cláusulas Contratuais Gerais e o Negócio Jurídico Bancário*. Data Venia, Revista on line, Ano 4, N.º 6, 2016, p. 121.

¹⁸⁵ “A sociedade industrial trouxe as grandes concentrações urbanas e profundas desigualdades. Nasce a sociedade de massas. E nesta, é impossível manter a negociação individualizada dos contratos. Grande número de contratos passa a ser predisposto pela parte económico-socialmente mais forte, de modo que aos destinatários só resta aderir ou abster-se. O diálogo particular desaparece.” ASCENSÃO, J. Oliveira – *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o novo código civil*. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Vol. 39, Qualis, 2003, p. 2.

¹⁸⁶ Segundo, TELLES, Inocêncio Galvão – *Manual dos contratos em geral*. Edição Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 312.

¹⁸⁷ De acordo com, TELLES, Inocêncio Galvão – *Manual dos contratos em geral*. Edição Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 313.

¹⁸⁸ Ver, VARELA, João de Matos Antunes – *Das obrigações em geral*. Vol. I, 10ª edição, Almedina, 2000, p. 251.

¹⁸⁹ De acordo com, VARELA, João de Matos Antunes – *Das obrigações em geral*. Vol. I, 10ª edição, Almedina, 2000, p. 252.

Logo, um dos contraentes fica apenas com a liberdade de aceitar ou não o contrato, não lhe sendo dada a possibilidade de debater as partes que o compõe, sendo este tipo de contrato bem comum numa sociedade de consumo.¹⁹⁰

Antunes Varela entende por contrato de adesão “...aquele em que um dos contraentes – o cliente, o consumidor – como sucede, por exemplo, na generalidade dos contratos de seguro e de transporte por via aérea, férrea ou marítima ou dos contratos bancários, não tendo a menor participação na preparação e redação das respectivas cláusulas, se limita a aceitar o texto que o outro contraente oferece, em massa ao público interessado.”¹⁹¹

Este mesmo autor frisa a ideia de que a limitação da liberdade contratual existe apenas no domínio dos fatos, pois no plano da lei, não há nada que impeça os particulares de fixarem livremente as cláusulas contratuais, dando como exemplo, os contratos de seguro.¹⁹²

O limite de liberdade referente ao aderente, de todo afasta a tese deste não ser considerado um contrato, pois não é a liberdade que estipula o caráter de negócio jurídico, mas a autonomia de vontade, isto é, a possibilidade de poderem regular por si só os seus próprios interesses, apesar destes poderem estar pré-estabelecidos.

Apesar de tudo, este contrato representa alguns perigos ao aderente, desde logo, este deve ler as cláusulas, de forma a se acautelar e proteger, pois como os contratos de adesão surgem, na maioria das vezes, de entidades que detém o monopólio de determinados setores, os aderentes ou aceitam, mesmo sabendo dos perigos, ou não aceitam e não alcançam os bens e serviços que pretendem.

Os meios de reação aos contratos de adesão, não são diferentes dos comuns aos vários contratos, pode no entanto, a lei criar meios específicos de interpretação dos contratos de adesão, como forma de tutelar este tipo de contratos e proteger o aderente,¹⁹³ a teoria da interpretação dos negócios jurídicos, denomina-se de teoria da impressão do destinatário, e foi consagrada no art. 236º do CC, de 1966.¹⁹⁴

¹⁹⁰ “Sucede, realmente, que determinadas empresas, explorando certos ramos de atividade comercial ou industrial ou a prestação de determinados serviços, em lugar de discutirem caso por caso o conteúdo dos contratos que celebram com os seus clientes, adotam determinados padrões ou modelos que utilizam na generalidade dos seus contratos. Depois, seja porque a empresa tem o monopólio da atividade que explora, seja porque igual atitude é tomada por todas as empresas concorrentes (...), os particulares, necessitados de celebrar o contrato, são forçados pelas circunstâncias a aceitar o modelo que de certo modo lhes é imposto.” VARELA, João de Matos Antunes – *Das obrigações em geral*. Vol. I, 10ª edição, Almedina, 2000, p. 253.

¹⁹¹ VARELA, João de Matos Antunes – *Das obrigações em geral*. Vol. I, 10ª edição, Almedina, 2000, p. 253.

¹⁹² Ver, VARELA, João de Matos Antunes – *Das obrigações em geral*. Vol. I, 10ª edição, Almedina, 2000, p. 254.

¹⁹³ Ver, TELLES, Inocêncio Galvão – *Manual dos contratos em geral*. Edição Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 314 e 315.

¹⁹⁴ Ver, TELLES, Inocêncio Galvão – *Manual dos contratos em geral*. Edição Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 315.

Como refere Inocêncio Galvão Telles “*Nos contratos de adesão o pactuante mais poderoso é o autor efetivo do conteúdo do contrato, e, portanto, como destinatário deve sempre tornar-se aderente, qualquer que seja a forma jurídica, mais ou menos artificiosa, em que se envolve esta indiscutível realidade.*”¹⁹⁵

Os contratos de adesão abrangem os contratos padronizados através de cláusulas contratuais gerais, como os contratos individualizados, que contém cláusulas específicas colocadas por uma das partes, se poderá analisar no ponto seguinte.

Apesar de a autonomia privada encontrar-se reduzida, neste tipo de contratos, não sendo permitido ao aderente, liberdade de criação e de estipulação face ao negócio, ou seja, não há liberdade jurídica de celebração, pois a partir do momento que o aderente consente, fica vinculado ao contrato e este vigora.¹⁹⁶

Os contratos de adesão vêm cumprir um conjunto importante enquanto função empresarial, desde logo, imperativamente permite uma racionalização económica, uma redução de custos de transação, limita o risco empresarial, concedendo segurança nas transações.¹⁹⁷

Logo, “*Não surpreende assim que os principais e mais difundidos contratos de adesão sejam contratos atinentes ao exercício de atividades empresariais, sendo exemplos típicos os contratos de seguro, os contratos bancários, ou os contratos imobiliários (...).*”¹⁹⁸

Assim, os contratos de adesão são considerados contratos pré-determinados por uma das partes, onde não ocorre pré-negociação entre as partes, e é introduzido cláusulas prévias, que por norma, são gerais e abstratas, para abranger o maior número de pessoas.¹⁹⁹

Às cláusulas que são introduzidas nos contratos de adesão denomina-se de cláusulas contratuais gerais, que vêm assumir um papel de relevo atualmente, face ao consumismo.

¹⁹⁵ TELLES, Inocêncio Galvão – *Manual dos contratos em geral*. Edição Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 315.

¹⁹⁶ Segundo, ASCENSÃO, J. Oliveira – *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o novo código civil*. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Vol. 39, Qualis, 2003, p. 2.

¹⁹⁷ Ver, ANTUNES, José A. Engrácia Antunes – *Contratos comerciais. Noções fundamentais*. Direito e Justiça, Vol. Especial, Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, 2007, p. 132 e 133.

¹⁹⁸ ANTUNES, José A. Engrácia Antunes – *Contratos comerciais. Noções fundamentais*. Direito e Justiça, Vol. Especial, Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, 2007, p. 133.

¹⁹⁹ De acordo com, OLIVEIRA, Ana Rita Simões de - *A contratação eletrónica: as cláusulas contratuais gerais*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 52.

3.4.1. Contratos de adesão individualizados

O contrato de adesão individualizado detém de uma predisposição unilateral, referentes a aspetos de elaboração prévia e de impossibilidade de influência da outra parte, portanto, a formação do contrato decorre de uma parte.

De acordo com Carlos Ferreira Almeida *“Se o contrato é individualizado, a elaboração prévia das cláusulas não pode significar que tal ato antecede o início do processo de formação do contrato, porque qualquer projeto contratual comunicado à eventual contraparte integra já esse processo. Também não pode significar que a elaboração das cláusulas seja prévia em relação à conclusão do contrato, porque, sendo esta prioridade temporal inevitável, não tem aptidão para ser arvorada em elementos distintos.”*²⁰⁰

Portanto, nos contratos de adesão individualizada é plausível a inexistência de negociação, no qual a elaboração prévia é inicial, completa com cláusulas contratuais gerais exclusivas de uma das partes, onde um dos contraentes comunica ao outro, no início do processo de formação do contrato, de forma a não permitir que a contraparte detenha de alternativa além da respetiva adesão ao projeto.

Deste modo, entende-se que este tipo de contrato tem uma ligação direta com a impossibilidade de influência do destinatário na elaboração das cláusulas, não sendo permitido que o mesmo participe na elaboração do projeto, devendo logo desde o início ficar determinado que não detém de oportunidade para predispor de aspetos do projeto.

Logo, ao destinatário é impossível influenciar a elaboração das cláusulas contratuais gerais, sendo necessário que o mesmo não tenha participado e colaborado inicialmente no projeto de clausulado.²⁰¹

Lembrando que o instituto dos contratos de adesão surgiu para minorar o uso de cláusulas abusivas, vem-se também reconhecer a extensão legal do regime de cláusulas contratuais gerais aos contratos de adesão individualizados fazem-se sentir nas regras relativas ao conteúdo, ou seja, relativo à interpretação e validade das cláusulas, e sentem-se menos nas regras sobre a formação dos contratos.

Os contratos de adesão individualizados admitem modelos de formação diferentes da aceitação pelo aderente, face à proposta emitida pelo predisponente, sendo que o dever de

²⁰⁰ ALMEIDA, Carlos Ferreira – *Contratos I*. 5ª edição, Almedina, 2013, p. 185.

²⁰¹ “...por outro lado, a proposta nem sempre implica predisposição para um contrato de adesão, porque pode o destinatário ter oportunidade de, no caso influir no conteúdo contratual através da formulação de uma contraproposta.” ALMEIDA, Carlos Ferreira – *Contratos I*. 5ª edição, Almedina, 2013, p. 185.

informação é estendido a todos os contratos de adesão, sob pena de ineficácia face à falta de esclarecimentos.²⁰²

Como referido anteriormente, o contrato de adesão pode ter como destino um número indeterminado de aderentes, através da pré determinação de cláusulas contratuais gerais, mas este também pode ser individualizado, ou seja, estar redigido unilateralmente, apenas para um caso específico, os denominados contratos e adesão individualizados.

3.4.2. Contratos de adesão, como limitação à liberdade contratual

A liberdade contratual²⁰³ encontra-se tipificada no art. 405º do CC, enunciando que as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos e incluir neles as cláusulas que entenderem.

Este princípio significa que as partes podem de forma livre tomar a decisão de contratar ou não, sendo-lhe permitido escolher o tipo de negócio e os termos concretos do mesmo.

Todavia, o conteúdo dos contratos comerciais são objeto de limitações de ordem geral,²⁰⁴ logo, *“Constata-se frequentemente que, no lugar de ser o resultado de uma livre discussão e negociação entre os contraentes, uma boa parte dos contratos comerciais hodiernos correspondem antes a negócios jurídicos cujo conteúdo é determinado unilateralmente e de antemão por uma das partes (empresário), consubstanciando em cláusulas contratuais padronizadas às quais a contraparte (usualmente um consumidor) se limita pura e simplesmente a aderir ou a rejeitar em bloco: são os chamados “contratos de adesão”, cujo conteúdo é objeto do controlo decorrente do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais (Decreto –Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro).”*²⁰⁵

Portanto, a imagem tradicional que um contrato tem, é de um negócio que pressupõe uma discussão e acordo entre as partes, de forma igual e livre.

²⁰² “O ónus de comunicação integras, oportuna e adequada das cláusulas contratuais não negociadas individualmente, (art. 5º e 8º, alínea a), c) e d)) tem, em contratos de adesão individualizados, a sua eficácia circunscrita aos casos em que a declaração do predisponente remete para documento separado (...).

“ALMEIDA, Carlos Ferreira – Contratos I. 5ª edição, Almedina, 2013, p. 189.

²⁰³ “Como é sabido, o Princípio da Autonomia da Vontade ou Princípio da Autonomia Privada, também chamado Princípio da Liberdade Contratual por alguns é um dos princípios fundamentais do Direito Civil português (artº 405º C.C.). O seu fundamento constitucional mais explícito encontra-se no artº 61º da Constituição.” LEITÃO, Margarida de Menezes - Cláusulas Contratuais Gerais e o Negócio Jurídico Bancário. Data Venia, Revista on line, Ano 4, N.º 6, 2016, p. 126.

²⁰⁴ Ver, ANTUNES, José A. Engrácia Antunes – Contratos comerciais. Noções fundamentais. Direito e Justiça, Vol. Especial, Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, 2007, p. 129.

²⁰⁵ ANTUNES, José A. Engrácia Antunes – Contratos comerciais. Noções fundamentais. Direito e Justiça, Vol. Especial, Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, 2007, p. 129 e 130.

Mas a realidade comercial e de serviços, há muito deixou de ser tradicional, passando a existir contratos que surgem de uma negociação individualizada entre os contraentes, que vem marcar uma época de contratos contemporâneos massificados, como exemplo, temos os contratos de seguro e os contratos de serviços de telecomunicações.

O paradigma comercial foi substituído, passando a existir uma prática negocial que assenta no fato de uma das partes elaborar unilateralmente e previamente as condições ou cláusulas contratuais, de forma padronizada e uniforme, tendo como objeto um grupo de destinatários, a contraparte, cabendo apenas a esta parte aderir e aceitar o objeto do contrato, como também as suas cláusulas contratuais gerais.²⁰⁶

*“O princípio da liberdade contratual é, assim, condicionado pela utilização destas cláusulas, uma vez que esta figura sacrifica a fase de negociação que precede normalmente a conclusão do contrato.”*²⁰⁷

No âmbito deste tipo de contratos, ao aderente apenas é dada a possibilidade de aceitar ou rejeitar o contrato, apesar da atitude passiva do aderente, estes contratos devem ser considerados verdadeiros contratos, apesar das partes não gozarem de liberdade de estipulação de forma igual e plena, pois é negada autonomia de vontade ao aderente, no âmbito de celebração do negócio jurídico.

Reconhece-se que existe efetivamente liberdade de celebração do contrato, pois o destinatário das cláusulas não é obrigado a aceita-las, é-lhe dada a possibilidade de recusar, logo, para o contrato produzir efeitos é necessário que o aderente declare a sua vontade, no sentido de aceitar as cláusulas que constam no dito contrato.

O contrato de adesão vem representar a sujeição do aderente ao formulário do contrato, tendo que aceitar para que o mesmo produza efeitos, vindo assim, demonstrar que o proponente detém de superioridade face ao aderente, apesar de ambas as partes serem consideradas juridicamente iguais.²⁰⁸

²⁰⁶ Segundo, ANTUNES, José A. Engrácia Antunes – *Contratos comerciais. Noções fundamentais*. Direito e Justiça, Vol. Especial, Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, 2007, p. 131.

²⁰⁷ OLIVEIRA, Ana Rita Simões de - *A contratação eletrónica: as cláusulas contratuais gerais*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 53.

²⁰⁸ De acordo com, OLIVEIRA, Ana Rita Simões de - *A contratação eletrónica: as cláusulas contratuais gerais*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 54.

4. Gênese do instituto das cláusulas abusivas

4.1. O regime geral: conspecto geral

Reforçando o exposto, as cláusulas contratuais gerais surgem pela necessidade de rapidez e normalização, que alia as novas técnicas ao serviço do comércio.²⁰⁹

Foi a partir da segunda metade do século XX que surgiu este instituto, por influência do movimento que visava proteger o consumidor, enquanto parte fraca nos negócios, e sobretudo, face à reprovável utilização das cláusulas abusivas,²¹⁰ instigando a criação de leis que fomentassem a defesa do consumidor pela Europa.²¹¹

Neste seguimento, vem António Menezes Cordeiro enunciar que “*Não há que perder tempo em negociações relativas a atos correntes, enquanto as entidades que atuam com recurso às cláusulas devem por razões que se prendem com o seu funcionamento, conhecer de antemão o tipo de vinculações a que vão ficar adstritas. Elas visam, ainda, a procura de maiores lucros, generalizada pela concorrência.*”²¹²

Apesar de tudo, as cláusulas contratuais gerais são uma necessidade, tornando-se uma prática corrente, que permite a realização efetiva das negociações através de pré-contratos comerciais, a que todos os consumidores estão adstritos.

A oposição a este tipo de negociações colocaria em causa a rapidez e normalização de todo o processo, colocando o sistema em crise, daí estas serem aceites e compreendidas como necessárias.

²⁰⁹ “As condições gerais dos contratos surgem impulsionadas por vários fatores interligados, a exemplo da explosão demográfica, do fenómeno da urbanização e da conseqüente demanda de bens e serviços em grande escala, da concentração de capital, do consumo de massa e da impossibilidade de tratamento individual entre o grande fornecedor e o consumidor final, além da consciência jurídica no processo de tutela ao consumidor.” PADILHA, Sandra Maria Galdino – *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. Prim@ Facie, Ano 2, n.º 3, 2003, p. 93.

²¹⁰ Ver, ASCENSÃO, J. Oliveira – *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o novo código civil*. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Vol. 39, Qualis, 2003, p. 7.

²¹¹ “A Comunidade Europeia desenvolveu regras sobre as cláusulas abusivas nos contratos com consumidores. Essas regras vieram a ser transpostas para os ordenamentos internos, passando normalmente a figurar nos mesmos diplomas que regulavam já as cláusulas contratuais gerais. A coexistência não foi pacífica, porque as cláusulas abusivas individuais não se prestam à disciplina que foi estabelecida tendo em vista as cláusulas gerais.” ASCENSÃO, J. Oliveira – *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o novo código civil*. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Vol. 39, Qualis, 2003, p. 7.

²¹² CORDEIRO, António Menezes – *Manual de direito comercial*. I Volume, Almedina, 2001, p. 396.

Contudo, o direito não se pode alhear completamente, pois existem diversos aspetos que a utilização não regradada destas cláusulas pode colocar em causa, daí a necessidade de existirem normas que proíbem determinado tipo de cláusulas contratuais gerais, que mais adiante analisar-se-á.

O aspeto fulcral do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais encontra-se regulado no art. 15º ao art. 23º, que se refere às cláusulas contratuais gerais proibidas, o que resulta na possibilidade de controlo do conteúdo dos contratos celebrados, de forma a impedir que os mesmos sejam abusivos face ao consumidor.²¹³

Reconhece-se que *“Há estreita relação entre contratos de massa e cláusulas abusivas. Por importarem em reduzido ou nulo poder de discussão, e por geralmente estarem fundados em necessidades de um lado e domínio económico de outro, tem-se um campo propício para vantagens indevidas – daí a imperatividade de regulação e fiscalização por parte do Estado.”*²¹⁴

As cláusulas abusivas existem devido à massificação das relações de consumo, baseando-se na inexperiência do consumidor e na sua necessidade de adquirir determinados bens e serviços.

As cláusulas abusivas não existem apenas nos contratos de adesão, estas podem aparecer em outros contratos que estejam relacionados com o consumo, no entanto, reconhece-se que o surgimento nos contratos de adesão, provém da não existência de uma discussão ou negociação prévia das partes, pois as cláusulas dos contratos são determinadas unilateralmente, o que vem colocar em causa, de uma certa forma, o equilíbrio contratual e a confiança.

*“Cláusula abusiva é aquela que é notoriamente desfavorável à parte mais fraca na relação contratual, que, no caso em análise, é o consumidor; são também chamadas de cláusulas opressivas, vexatórias, onerosas ou excessivas.”*²¹⁵

A utilização de cláusulas contratuais gerais abusivas é considerado uma prática comercial desleal, reconhece-se que os contratos de adesão são propícios para a inserção de

²¹³ “Diante de um processo histórico, por razões económicas e pelo fato de o consumidor não possuir conhecimentos técnicos, tornou-se necessário reconhecer a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor, com a consequente intervenção estatal, levando a vedação das causas que levassem uma das partes a uma situação de desequilíbrio, impondo o princípio da boa-fé objetiva a todos os negócios jurídicos, tornando viável a proibição de cláusulas abusivas nas relações de consumo em nível legal.” PADILHA, Sandra Maria Galdino – *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. Prim@ Facie, Ano 2, n.º 3, 2003, p. 96.

²¹⁴ CAPELOTTI, João Paulo – *Contratos de adesão e condições contratuais gerais*. (...), p. 4.

²¹⁵ PADILHA, Sandra Maria Galdino – *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. Prim@ Facie, Ano 2, n.º 3, 2003, p. 97.

cláusulas abusivas, mas este facto torna-se um desrespeito à boa-fé ao equilíbrio contratual.²¹⁶

*“O legislador português, através do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, por forma a garantir a não vinculatividade das cláusulas abusivas para o consumidor, por ter tido consciência de que era necessário fiscalizar diretamente o conteúdo das cláusulas contratuais gerais, e ao operar, por conseguinte, um controlo de conteúdo das mesmas, optou por estatuir a sanção da nulidade (artigo 294.º, do Código Civil), invocável nos termos gerais do Código Civil (artigos 285.º e segs. do Código Civil), como prescrevem os artigos 12.º e 24.º da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, quando se refere às cláusulas contratuais gerais proibidas integradas em contratos singulares.”*²¹⁷

A utilização de cláusulas contratuais gerais abusivas acarreta uma prática comercial desleal, contrárias aos ditames da boa-fé, é considerada uma ação enganosa face às práticas comerciais, sendo considerada, como anteriormente referido, nulas.

As cláusulas contratuais gerais abusivas equivalem ao fornecimento de informações enganosas, que induzem o homem médio em erro, face ao produto ou serviços, que influencia erradamente de forma a sujeita-lo a uma tomada de decisão baseada em informações falsas.

Está em causa o uso consciente, por parte do profissional ou proponente, das cláusulas abusivas, que face ao aderente ou consumidor constituirão uma ação enganosa proibida.²¹⁸

O que se pretende é impedir a distorção do comportamento económico do consumidor face à utilização deste tipo de cláusulas, que pela sua forma enganosa e abusiva, vêm destorcer a realidade, tornando-se não transparente, influenciando a tomada de decisão de contratar e de executar o contrato.

Como exemplo temos as cláusulas que não são redigidas de forma clara e compreensível, que não são acessíveis e se encontram dissimuladas, no âmbito de um esquema contratual que visa enganar o aderente e consumidor.

²¹⁶ “O uso de cláusulas contratuais gerais abusivas é, deste modo, proibido, pelo que as cláusulas incluídas num contrato e que se afigurem abusivas não são vinculativas para o consumidor, a parte mais fraca, sendo certo que o contrato pode continuar a vincular as partes se puder subsistir sem as cláusulas consideradas abusivas – é esta a sanção prevista pelo artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CEE78.” SANTOS, Teresa Moura dos – A tutela do consumidor entre os contratos de adesão e as práticas comerciais desleais. Revista eletrónica de direito, n.º 1, 2016, p. 21.

²¹⁷ SANTOS, Teresa Moura dos – A tutela do consumidor entre os contratos de adesão e as práticas comerciais desleais. Revista eletrónica de direito, n.º 1, 2016, p. 21.

²¹⁸ “O consumidor médio acredita, devido às características dos contratos de adesão, das cláusulas contratuais gerais, e das circunstâncias que normalmente rodeiam a celebração de um contrato com esta forma, que está vinculado por todas as cláusulas que integram o negócio, embora tal não corresponda, nestes casos, à realidade.” SANTOS, Teresa Moura dos – A tutela do consumidor entre os contratos de adesão e as práticas comerciais desleais. Revista eletrónica de direito, n.º 1, 2016, p. 23.

A referida clareza e transparência refere-se às cláusulas que contém informação substancial, aquelas que permitem o consumidor tomar uma decisão livre e esclarecida sobre o contrato.²¹⁹

Logo, considera-se abusiva a cláusula que é imposta ao consumidor, que é o reflexo do abuso de poder económico, que vem trazer vantagens ao proponente em detrimento de desvantagens para o consumidor, que fica sujeito a aceitar ou não, onde se prescinde por completo do princípio da boa-fé.

Na prática, não importa se o proponente agiu completamente de má-fé, o que importa é a vantagem que a cláusula abusiva²²⁰ trouxe para o proponente em detrimento do consumidor, e não é preciso que a referida vantagem seja significativa, basta que esta seja notória e seja caracterizada pelo abuso de liberdade contratual.²²¹

Para se estar perante uma cláusula abusiva é preciso que se averigue a existência de um prejuízo desproporcional ou de um desequilíbrio significativo causado ao aderente,²²² só podendo esta ser considerada abusiva se de fato a cláusula causar prejuízo desproporcionado ao aderente.²²³

As cláusulas abusivas derivam do direito do consumidor,²²⁴ focando no conteúdo dos contratos, visando refletir se as cláusulas impostas ao consumidor são ou não abusivas.²²⁵

²¹⁹ “O estudo das cláusulas abusivas está intrinsecamente ligado ao das cláusulas contratuais gerais e ao direito do consumidor. Não se pode afirmar como Oliveira Ascensão⁷⁴, todavia, que o problema das cláusulas abusivas derive diretamente do direito do consumidor. Entretanto, é possível afirmar, conforme Rubens Stiglitz, que o problema da cláusula abusiva reside no fato de desnaturar, desfigurar, ou melhor, descaracterizar o vínculo obrigacional. E isso porque baseia-se na presunção de fraqueza estrutural do consumidor, a quem essas cláusulas normalmente são direcionadas, motivo pelo qual devem ser reprimidas.” DIZ, Milena Angélica Drumond Morais – *Cláusulas contratuais gerais e contratos assimétricos*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 46.

²²⁰ “Porém, não é possível colocar a abusividade de cláusulas contratuais no mesmo nível do abuso de direito. (...), a abusividade da cláusula contratual limita-se à própria cláusula, não ao conteúdo do contrato, diferentemente do que ocorre com o abuso de direito, que, quando reconhecido, faz com que a própria estipulação contratual seja inválida.” DIZ, Milena Angélica Drumond Morais – *Cláusulas contratuais gerais e contratos assimétricos*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 44.

²²¹ Segundo, DIZ, Milena Angélica Drumond Morais – *Cláusulas contratuais gerais e contratos assimétricos*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 43.

²²² “A cláusula que estabelece que, a denúncia ocorrida sem aviso prévio, ou fora do prazo do aviso-prévio, relativamente à renovação automática do contrato, por parte do aderente/cliente, por não querer continuar a manter-se vinculado à prestadora de serviços dá a esta o direito a uma indemnização correspondente ao pagamento total das prestações vincendas exatamente nos mesmos termos que decorreria do cumprimento integral do contrato - ficando eximida da correspondente prestação de serviços naquele período - cria um desequilíbrio notório nas prestações típicas do contrato, sem justificação para tal, o que significa que a cláusula não é admissível à luz do princípio da boa-fé contratual.” Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo n.º 2397/13.3TBLRA.C1 (Relator: Anabela Luna de Carvalho), de 30/06/2015. Acedido a [21 de novembro] Disponível em: <www.dgsi.pt>

²²³ Segundo, DIZ, Milena Angélica Drumond Morais – *Cláusulas contratuais gerais e contratos assimétricos*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 44.

²²⁴ “Na Constituição da República Portuguesa, a previsão específica do direito dos consumidores consta do art., 60 (...) Na verdade, a proteção constitucional do direito dos consumidores traduz-se essencialmente em uma

No entender de Oliveira Ascensão “...a lei portuguesa ultrapassa a diretriz, pois regula todos os contratos individualizados, e não apenas contratos individualizados com consumidores. Mas ir além da diretriz não é violá-la. O legislador português é livre de determinar o âmbito de aplicação do regime.”²²⁶

4.2. Nulidade e proibição

A base da LCCG decorre da proibição de certas cláusulas, vindo este diploma reafirmar o princípio da nulidade das cláusulas que primam com a proibição, segundo o art. 12º da LCCG.

O regime geral da nulidade encontra-se tutelado no art. 286º e 289º (*a contrário sensu*) do CC, podendo ser invocada por qualquer interessado.²²⁷

“As cláusulas contratuais gerais proibidas por lei e que, não obstante isso, sejam utilizadas na celebração de contratos singulares encontram-se feridas de nulidade.”²²⁸

Todavia, permitem desvios, que se inserem no regime da nulidade, que visam concretizar um maior aproveitamento dos contratos singulares, que se vai analisar e refletir.²²⁹

Por tanto, a nulidade de cláusulas que constam num contrato singular deveriam, por si só, invalidar o contrato na sua totalidade, art. 292º do CC, no entanto, tal ocorrência traria vários inconvenientes para o aderente, daí criou-se soluções para quando se estiver perante estas situações, como enuncia o art. 13º e 14º da LCCG.²³⁰

A doutrina tem entendido que “O trecho final do art. 12º parece sugerir que se estabelece um regime da nulidade que diverge substancialmente do geral. Como vamos ver, o disposto nos artigos 13º e 14º apenas versa os efeitos da nulidade das cláusulas para os

imposição ao Estado para que toma providências (legislativas ou administrativas) no sentido de proteger o consumidor.” BARROS, José Manuel de Araújo – *Cláusulas contratuais gerais*. DL n.º 446/85 Anotado – *recolha jurisprudencial*. 1ª edição, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 20.

²²⁵ Segundo Oliveira Ascensão “O Decreto-Lei n.º 220/95 procedeu à transposição da diretriz 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.” ASCENSÃO, J. Oliveira - *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé*. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 60, II, Lisboa, 2000, p.577.

²²⁶ ASCENSÃO, J. Oliveira - *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé*. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 60, II, Lisboa, 2000, p.578.

²²⁷ Ver, BARROS, José Manuel de Araújo – *Cláusulas contratuais gerais*. DL n.º 446/85 Anotado – *recolha jurisprudencial*. 1ª edição, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 161.

²²⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida; Cordeiro, António Menezes - *Cláusulas contratuais gerais*. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro. Coimbra, Almedina, 1986, p. 33.

²²⁹ Sobre este aspeto ver, COSTA, Mário Júlio de Almeida; Cordeiro, António Menezes - *Cláusulas contratuais gerais*. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro. Coimbra, Almedina, 1986, p. 33 e seguintes.

²³⁰ Segundo, CORDEIRO, António Menezes – *Manual de direito comercial*. I Volume, Almedina, 2001, p. 414.

*contratos em que estas se inserem. Assim, o que de novo nesses preceitos se regula é a concernente a um aspeto periférico do regime de nulidade.”*²³¹

Esquemáticamente, a solução passa pelo aderente ter a possibilidade de escolher entre o regime legal, ou seja, entre a nulidade com hipótese de redução art. 292º CC, ou manutenção do contrato, art. 239º do CC.

Caso escolha a manutenção, as partes ou cláusulas que se encontrarem afetadas pela nulidade ser-lhes-á aplicada as regras supletivas, caso estas não cheguem, apela-se às normas relativas à integração dos negócios, art. 13º, n.º 2 da LCCG.²³²

No caso que foi referido, em que o contrato não se pode concretizar, conduzir-se-á para um desequilíbrio de prestações, que atentam contra a boa-fé, vigorando assim o regime da redução dos negócios jurídicos, art. 14º da LCCG e art. 292º do CC.

A redução só vem demonstrar que o negócio não teria sido concluído sem a parte viciada.

Reconhece-se que nos negócios recorrentes, do dia-a-dia, os consumidores não vão mover ações para concretizarem a nulidade de uma cláusula²³³, ao contrário, em termos práticos estes tipos de situações irão se concretizar em negócios avultados, onde existe uma real necessidade de nulidade de uma cláusula contratual geral.

As cláusulas contratuais gerais vêm manifestar uma impossibilidade, de uma das partes exercer a sua liberdade de estipulação, cabendo apenas à outra parte determinar as cláusulas e, por conseguinte, conduzir de forma unilateral o contrato.

Tais ocorrências propiciam a possibilidade de ocorrerem cláusulas abusivas, que vêm beneficiar uma das partes, daí o legislador sentir necessidade de intervir, criando restrições à liberdade de estipulação.

Tais limites visam concretizar dois aspetos, primeiro, evitar a introdução no contrato de cláusulas que um dos contraentes não se aperceba ou tome conhecimento, segundo, impedir a ocorrência de cláusulas abusivas.

²³¹ BARROS, José Manuel de Araújo – *Cláusulas contratuais gerais*. DL n.º 446/85 Anotado – recolha jurisprudencial. 1ª edição, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 161.

²³² Segundo, CORDEIRO, António Menezes – *Manual de direito comercial*. I Volume, Almedina, 2001, p. 414.

²³³ “Tendo em consideração a amplitude e extensão das cláusulas contratuais gerais não informadas inseridas nos contratos – integrando a totalidade do contrato quadro para realização de operações bancárias e a maior parte das inseridas no contrato de permuta da taxa de juro, deixando, na prática, apenas fora do seu âmbito a cláusula em que as partes acordaram na taxa fixa a pagar pelo cliente – deve funcionar o regime de nulidade total, previsto no art. 9º, nº2, desse diploma, por o afastamento ou exclusão da quase totalidade das cláusulas que integravam a disciplina contratual gerar uma indeterminação insuprível dos termos e conteúdo essencial do negócio ou originar um desequilíbrio das prestações gravemente lesivo da boa-fé.” Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 1961/13.5TVLSB.L1.S1 (Relator: Lopes Rego), de 04/05/2017.

4.3. Sistema geral das proibições

De acordo com António Menezes Cordeiro “*Os abusos que tal estado de coisas potência são evidentes. Os particulares que se limitem a aderir às cláusulas têm, logo à partida, uma escassa liberdade para o fazer. As cláusulas contratuais gerais ocorrem, com frequência, em espaços de monopólios ou de oligopólios, difundindo-se, mesmo fora delas, a áreas generalizadas. De seguida, eles conhecem mal – ou não conhecem de todo – as cláusulas a que aderem.*”²³⁴

Logo, o sistema legal das cláusulas proibidas vem-se traduzir num princípio geral de controlo, que se observa no art. 15º e 16 da LCCG, e no catálogo de cláusulas proibidas, que se encontram no art. 17º a 22º da LCCG.

O princípio geral de controlo das cláusulas proibidas assenta na boa-fé, como também na ponderação dos valores fundamentais do direito, relativamente à situação a considerar, segundo o art. 16º da LCCG.²³⁵

Seria impossível controlar as cláusulas proibidas, baseado apenas em normas gerais, daí ter surgido o catálogo de cláusulas proibidas, que enuncia as cláusulas abusivas e vedadas, de forma a concretizar melhor esta proteção jurídica e fatural.

O art. 15º da LCCG contém o princípio geral sobre as cláusulas contratuais gerais proibidas, sendo completado com a contrariedade da boa-fé, art. 16º da LCCG, sendo estas distinguidas em absolutamente ou relativamente proibidas.

A boa-fé vem se colocar no centro da valoração do conteúdo das cláusulas contratuais gerais, distinguindo-se em boa-fé objetiva e a subjetiva.²³⁶

Oliveira Ascensão²³⁷ enuncia que “*A boa-fé subjetiva 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.*

²³⁴ CORDEIRO, António Menezes – *Manual de direito comercial*. I Volume, Almedina, 2001, p. 396 e 397.

²³⁵ “*Firma-se a boa-fé como princípio geral orientador das cláusulas contratuais gerais. Consagrada amplamente pela nossa lei civil básica, a boa-fé assume um sentido duplo: ora significa a consciência ou convicção justificada do sujeito de ter um comportamento conforme o direito – a boa-fé subjetiva – ora, traduz uma regra de conduta – a boa-fé objetiva. Podem indicar-se, com apoio do código Civil, respetivamente, os exemplos paradigmáticos a boa-fé possessória (art. 1260º, n.º1) e da boa-fé no cumprimento das obrigações (art. 762º, n.2).*” COSTA, Mário Júlio de Almeida; Cordeiro, António Menezes - *Cláusulas contratuais gerais*. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro. Coimbra, Almedina, 1986, p. 38 e 39.

²³⁶ De acordo com, ASCENSÃO, J. Oliveira - *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé*. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 60, II, Lisboa, 2000, p.587.

²³⁷ “*A valoração das cláusulas contratuais gerais nada tem que ver com uma boa-fé subjetiva. Concorde-se por isso que só pode estar em causa uma boa-fé objetiva.*” ASCENSÃO, J. Oliveira - *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé*. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 60, II, Lisboa, 2000, p.587.

*(...) A boa-fé objetiva 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 objetiva de boa-fé.”*²³⁸

Com as cláusulas proibidas não se quer condenar o exercício de direito, mas sim a validade da cláusula em si, independente de qualquer exercício.

Decidiu-se que a cláusula da boa-fé, que é explanada ao longo do presente estudo, é a cláusula geral que vem amparar o controlo das cláusulas contratuais gerais.

Portanto, a boa-fé tornou-se o critério base da proibição, quando o mesmo se encontra contrariado, ou seja, quando exista um desrespeito à exigência de boa-fé, um desequilíbrio significativo e um desrespeito a esta exigência, que venha assim permitir determinar que a cláusula é abusiva.²³⁹

A concretização do critério geral da boa-fé encontra-se tipificada através do art. 16º da LCCG, através de dois vetores: a confiança, que se baseia na ponderação da confiança suscitada nas partes pelas cláusulas contratuais gerais, no âmbito do processo de formação do contrato; e o tipo de contrato utilizado, que consiste no objetivo das partes no contexto negocial.²⁴⁰

*“A concretização da boa-fé, também qualificada de preenchimento com valorações, realiza-se em cada caso. Ao “operador jurídico” fica uma margem lata de decisão, que não deve, contudo, ser entendida como arbítrio: a decisão segundo a boa-fé surge no termo de um processo de realização do direito, dotado de justificação e suscetível de controlo.”*²⁴¹

As tarefas de concretização da boa-fé são flexíveis, no entanto, não se deve ultrapassar o limite de precisão, que é indispensável para a tomada de decisões.

O limite provém da remissão de valores fundamentais do direito, que são relevantes para a tomada de decisão em casos concretos, logo, a decisão deve obedecer aos ditames do dogma jurídico, não havendo hipótese ao arbítrio.

Assim, *“...uma cláusula será contrária à boa-fé se a confiança depositada pela contraparte contratual naquele que a predispôs for defraudada em virtude de, da análise*

²³⁸ ASCENSÃO, J. Oliveira - *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé*. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 60, II, Lisboa, 2000, p.582.

²³⁹ Segundo, ASCENSÃO, J. Oliveira - *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé*. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 60, II, Lisboa, 2000, p.589.

²⁴⁰ Indo de encontro com, ASCENSÃO, J. Oliveira - *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé*. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 60, II, Lisboa, 2000, p.590 e 591.

²⁴¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida; Cordeiro, António Menezes - *Cláusulas contratuais gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*. Coimbra, Almedina, 1986, p. 39.

comparativa dos interesses de ambos os contraentes, resultar para o predisponente uma vantagem injustificável.”²⁴²

4.4. As cláusulas proibidas

As cláusulas proibidas, art. 12º da LCCG são nulas, e encontram-se tipificadas no enunciado diploma legal.

Desde logo, temos a proibição de ordem geral, art. 15º, que indica que são proibidas todas as cláusulas contratuais gerais que se mostrem contrárias à boa-fé, no seu seguimento, vem o art. 16º contemplar que devem-se ponderar os valores fundamentais do direito, face à situação considerada.

Como se enunciou, as cláusulas proibidas são nulas, mas tal não impossibilita a validade do contrato, apenas as cláusulas consideradas proibidas é que são nulas, as restantes são válidas, com exceção de quando se demonstrar que o contrato não seria celebrado sem as cláusulas que são consideradas nulas, art. 292º do CC.²⁴³

O que foi enunciado, refere-se às cláusulas proibidas consideradas negociáveis, mas e se estas forem cláusulas não negociáveis?

Segundo Inocêncio Galvão Telles “...se as cláusulas feridas de nulidade forem cláusulas não negociadas, a saber, cláusulas que o aderente haja subscrito ou aceite sem discussão. Neste caso o aderente tem dois caminhos à sua frente: ou rejeita o contrato, dando-o como totalmente nulo; ou aceita-o, privando naturalmente das cláusulas interditas.”²⁴⁴

A LCCG é completa, porque contempla as cláusulas proibidas, sendo que se encontram tipificadas entre as proibições que decorrem das relações entre empresários ou entidades equiparadas, art. 17º a 19º da LCCG e as relações com consumidores finais, art. 2º a 22º da LCCG.

Esta tipificação permitiu distinguir dois grupos, permitindo assim, facultar uma proteção direcionada e diferenciada, que se adapta melhor às características de cada grupo.

²⁴² BARROS, José Manuel de Araújo – *Cláusulas contratuais gerais*. DL n.º 446/85 Anotado – recolha jurisprudencial. 1ª edição, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 172.

²⁴³ De acordo com, TELLES, Inocêncio Galvão – *Manual dos contratos em geral*. Edição Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 325.

²⁴⁴ TELLES, Inocêncio Galvão – *Manual dos contratos em geral*. Edição Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 325.

A legislação portuguesa,²⁴⁵ ao contrário do modelo alemão, detém de uma proteção específica e não geral, como a alemã que se limita a aplicar a proteção aos comerciantes.²⁴⁶

Nesse seguimento, denota-se que a LCCG utiliza o termo empresários e não comerciantes, sendo mais correta a utilização do termo, na medida que, a aplicação das cláusulas contratuais gerais não se cinge ao comércio.²⁴⁷

António Menezes Cordeiro entende que “*O teor geral das proibições segue as linhas seguintes: nas relações entre empresários deixa-se, às partes, a maior autonomia, apenas se prevenindo, nesse domínio, que elas se exoneram da responsabilidade que, porventura, lhes caiba; nas relações com consumidores finais, houve que ir mais longe, para além da intangibilidade da responsabilidade, foram assegurados outros dispositivos de proteção.*”²⁴⁸

Outra tipificação das cláusulas proibidas é a estrutura dividida entre: as cláusulas absolutamente proibidas, ou seja, aquelas que não podem, a qualquer título, ser incluídas em contratos, art. 18º e 21º da LCCG, e as cláusulas relativamente proibidas, art. 19º e 22º da LCCG, que mais adiante analisar-se-á.

Portanto, as cláusulas proibidas encontram-se catalogadas, em quatro aspetos:²⁴⁹

- Cláusulas absolutamente proibidas entre empresários e equiparado, art. 18º da LCCG;
- Cláusulas relativamente proibidas entre empresários e equiparados, art. 19º da LCCG;
- Cláusulas absolutamente proibidas nas relações com consumidores finais, art. 21º da LCCG;
- Cláusulas relativamente proibidas nas relações com consumidores finais, art. 22º da LCCG.

Logo, serão cláusulas proibidas, todas aquelas que se mostrem contrárias à boa-fé, segundo o princípio geral do art. 15º apreciado com o art. 16º da LCCG, como também todas

²⁴⁵ De acordo com, CORDEIRO, António Menezes – *Manual de direito comercial*. I Volume, Almedina, 2001, p. 415.

²⁴⁶ “Aliás, no domínio comercial, as cláusulas contratuais gerais são, sobretudo, utilizadas por grandes empresas, nas suas relações com pequenos empresários, que merecem uma certa proteção.” CORDEIRO, António Menezes – *Manual de direito comercial*. I Volume, Almedina, 2001, p. 416.

²⁴⁷ Assim “...a LCCG não se quis enredar nas discussões clássicas travadas, no último século, em torno da ideia de “comerciante” e de “ato de comércio.” CORDEIRO, António Menezes – *Manual de direito comercial*. I Volume, Almedina, 2001, p. 416.

²⁴⁸ CORDEIRO, António Menezes – *Manual de direito comercial*. I Volume, Almedina, 2001, p. 417.

²⁴⁹ “O legislador português procurou ir tão longe quanto possível no aprontar das proibições exaradas na LCCG, numa orientação que, assumida desde o início, foi reforçada em 1995. Para tanto, não recorreu a uma metodologia de tipo dedutivo: antes aproveitou várias experiências científicas, firmadas na resolução de problemas concretos e, designadamente, na prática do AGBG alemão, sedimentado há duas décadas.” CORDEIRO, António Menezes – *Manual de direito comercial*. I Volume, Almedina, 2001, p. 420.

aquelas que se enquadram no art. 18º e 19º da LCCG, ou seja, que são consideradas absolutamente proibidas.

Assim, as cláusulas absolutamente proibidas não podem ser incluídas nos contratos de adesão, de forma alguma, sendo que, as cláusulas relativamente proibidas são vedadas ou não, dependendo do caso.

Oliveira Ascensão indo de encontro ao que vem sendo exposto, defende que são nulas as cláusulas que estabelecem obrigações, que contrariam a justiça, que importam desvantagem exagerada, que são incompatíveis com a boa-fé, que são incompatíveis com a equidade.²⁵⁰

Neste seguimento, compreende-se o critério da boa-fé, pois seria abusiva a cláusula que contraria os princípios da boa-fé, como é defendido no art. 15º, ou seja, aquelas cláusulas que vêm criar desequilíbrios e desproporções.²⁵¹

Entende-se que o sistema legal das cláusulas proibidas traduz-se num princípio geral de controlo, art. 15º e 16º da LCCG, e num extenso catálogo de cláusulas proibidas concretas, art. 17º a 22º da LCCG.

Relativamente, ao princípio geral de controlo, este centra-se na boa-fé, art. 15º da LCCG, visando a ponderação de valores fundamentais do direito face às situações concretas, relativo à confiança das partes face aos objetivos do negócio.

Segundo José A. Engrácia Antunes “*O controlo ou a sindicância efetiva das cláusulas contratuais gerais seria, pura e simplesmente, impraticável caso assentasse exclusivamente num tal mandamento jus-privatístico do carácter genérico: por essa razão, o legislador consagrou um catálogo extenso de cláusulas proibidas, onde enuncia quase meia centena de cláusulas contratuais gerais que considera abusivas e vedadas (art. 17º a 22º da LCCG).*”²⁵²

Posto isto, é no conjunto e articulação entre o princípio da boa-fé e o catálogo de proibições, que se cria o sistema de controlo do conteúdo dos contratos de adesão.

A estrutura base do catálogo legal enunciado encontra-se separada em duas categorias de cláusulas proibidas: as cláusulas relativas à relação entre empresários ou entidades equiparadas e as cláusulas relativas à relação com os consumidores.

No seguimento do exposto, o art. 12º da LCCG estabelece a sanção de nulidade, para as cláusulas consideradas proibidas, todavia, ressalva-se que a nulidade que algumas cláusulas padecem não implica necessariamente a nulidade do contrato, ou seja, em alguns contratos é

²⁵⁰ ASCENSÃO, J. Oliveira – *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o novo código civil*. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Vol. 39, Qualis, 2003, p. 17.

²⁵¹ Ver, ASCENSÃO, J. Oliveira – *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o novo código civil*. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Vol. 39, Qualis, 2003, p. 20.

²⁵² ANTUNES, José A. Engrácia Antunes – *Contratos comerciais. Noções fundamentais*. Direito e Justiça, Vol. Especial, Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, 2007, p. 141.

permitido, no seguimento do princípio da preservação dos contratos singulares, proteger os interesses das partes e manter o contrato, excluindo apenas a cláusula que se considera proibida.²⁵³

Como vem sendo enunciado, ao longo do trabalho, o princípio da boa-fé²⁵⁴ é um dos princípios basilares desta temática, desde logo, de acordo com o art. 15º da LCCG, entende-se que as cláusulas contratuais gerais que sejam contrárias à boa-fé são compreendidas como cláusulas proibidas.²⁵⁵

“A boa-fé possui dois sentidos, o objetivo e o subjetivo. No art. 15 da LCCG, evidentemente, a boa-fé não está expressa no sentido subjetivo, que exprime a ideia de o agente conhecer ou dever conhecer determinado fato ou, ainda, a “consciência ou convicção justificada do sujeito de ter um comportamento conforme ao direito”. ^{256 257}

“O importante é encontrar um critério valorativo da boa-fé que sirva como base no controle de conteúdo das cláusulas contratuais gerais, que não tem relação com normas de comportamento. Entende-se, então, que a boa-fé que o legislador quis expressar no DL nº 446/85 foi no sentido objetivo, que tem como finalidade “delimitar a liberdade de conformação do conteúdo de contratos, valorando as regras estipuladas pelas partes”. O que não é um papel fácil devido ao seu conceito abstrato.”^{258 259}

²⁵³ Segundo, OLIVEIRA, Ana Rita Simões de - *A contratação eletrónica: as cláusulas contratuais gerais*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 102.

²⁵⁴ *“A menção ao Princípio da Boa-fé no diploma sobre cláusulas contratuais gerais, DL nº 446/85, possui influência da Alemanha, onde tal se justifica pela escassez de outras alternativas; porém, com relação a Portugal, trata-se de uma colocação desnecessária e sem razões históricas.”* LEMOS, Raquel Andreatta – *Cláusulas contratuais gerais nos contratos de telecomunicações*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 40.

²⁵⁵ *“Se, por um lado, está-se falando de um dos princípios fundamentais do direito privado, por outro lado, trata-se de um vetor com conceito de difícil determinação e previsão, trazendo dificuldades em saber em quais casos uma cláusula terá um conteúdo que a torne proibida.”* LEMOS, Raquel Andreatta – *Cláusulas contratuais gerais nos contratos de telecomunicações*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 39.

²⁵⁶ *“LEMOS, Raquel Andreatta – Cláusulas contratuais gerais nos contratos de telecomunicações*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 39.

²⁵⁷ *“Por isso, esse cumprimento deve ser assumido na fase de negociação e feito com antecedência necessária ao conhecimento completo e efetivo do aderente, tendo em conta as circunstâncias (objetivas e subjetivas) presentes na negociação e na conclusão do contrato – a importância deste, a extensão e a complexidade (maior ou menor) das cláusulas e o nível de instrução ou conhecimento daquele –, para que o mesmo, usando da diligência própria do cidadão médio ou comum, as possa analisar e, assim, aceder ao seu conhecimento completo e efetivo, para além de poder pedir algum esclarecimento ou sugerir qualquer alteração.”* Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 1262/14.1T8VCT-B.G1.S1 (Relator: Alexandre Reis), de 13/09/2016.

²⁵⁸ LEMOS, Raquel Andreatta – *Cláusulas contratuais gerais nos contratos de telecomunicações*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 39.

²⁵⁹ *“Na visão de José de Oliveira Ascensão, a boa-fé em qualquer abordagem possível é inaplicável como critério de valoração do conteúdo das cláusulas proibidas. Para ele, até mesmo a boa-fé objetiva não faz sentido na medida em que “não se fixam padrões de conduta, antes se julgam cláusulas objetivas para concluir*

Assim, a boa-fé do artigo 15º da LCCG vem operar no conteúdo do contrato, buscando encontrar o equilíbrio entre os interesses das partes, vindo determinar ou não a existência de um desequilíbrio do conteúdo do contrato, após análise, que determina a boa-fé como um limite.²⁶⁰

Em suma, as cláusulas proibidas, não podem existir em nenhuma circunstância, estas são proibidas, daí existir um rol de artigos que as enuncia, de forma precisa, que permite materializar as cláusulas proibidas.

O ordenamento jurídico nacional tem um processo misto de controlo, que se baseia na articulação entre uma cláusula geral de boa-fé e o catálogo de proibições que tipifica os abusos.²⁶¹

Como se observa este catálogo proibitivo divide-se em sujeitos e natureza da proibição.

Quanto aos sujeitos a diferença opera entre as cláusulas proibidas nas relações entre empresários e entidades equiparadas e as cláusulas proibidas nas relações de empresários com os consumidores finais.

Quanto à natureza da proibição a separação está ao nível da força das proibições, ou seja, entre as cláusulas absolutamente proibidas e as cláusulas relativamente proibidas, detendo cada um destes catálogos da sua própria força, sendo as primeiras sempre proibidas e as segundas só o são consoante o quadro negocial padronizado.²⁶²

Reconhece-se que é essencial “...a publicidade das cláusulas julgadas abusivas, pela via da informação e dissuasão. E são presentes alterações de natureza processual, das quais destacamos a eficácia erga omnes do caso julgado.”²⁶³

se elas devem ou não ser rejeitadas perante a ordem jurídica”. LEMOS, Raquel Andreatta – *Cláusulas contratuais gerais nos contratos de telecomunicações*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 40.

²⁶⁰ De acordo com, LEMOS, Raquel Andreatta – *Cláusulas contratuais gerais nos contratos de telecomunicações*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 41.

²⁶¹ Segundo, COUTO, Rute – *As listas negras e cinzentas das condições gerais dos contratos*. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, 2:1, 2012, p. 177.

²⁶² Segundo, COUTO, Rute – *As listas negras e cinzentas das condições gerais dos contratos*. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, 2:1, 2012, p. 177.

²⁶³ COUTO, Rute – *As listas negras e cinzentas das condições gerais dos contratos*. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, 2:1, 2012, p. 179.

4.5. O problema dos contratos pré-formulados

Com a imposição da Diretiva n.º 93/13/CEE face aos contratos entre profissionais e consumidores, veio-se estabelecer novas restrições à liberdade de estipulação, através dos contratos pré-formulados nas relações entre os referidos contraentes.²⁶⁴

Face a este aspeto, a jurisprudência entende que “*Diz-se pré-formulado o contrato que uma das partes proponha a outra sem admitir contraproposta ou negociações. O contrato pré-formulado aproxima-se das cláusulas contratuais gerais pela rigidez, mas afasta-se delas pela ausência de generalidade. Dado que coloca problemas muito semelhantes aos das cláusulas contratuais, a lei determina a aplicação aos contratos concluídos por esse modo o regime das primeiras (artº 1 nº 2 da LCCG).*”²⁶⁵

A problemática dos contratos pré-formulados é que os mesmos se baseiam em cláusulas contratuais gerais que excluem a liberdade de estipulação, decorrendo deste aspeto possíveis problemáticas, resultantes da falta desta liberdade, por ambas as partes, pois os contratos pré-formulados são contratos, previamente e unilateralmente, criados.

As cláusulas contratuais gerais fazem parte deste tipo de contratos pré-formulados, e constituem uma forma específica de formação de contratos.

Apesar da facilidade que os contratos pré-formulados possibilitam quer ao proponente, como ao consumidor, reconhece-se que o mesmo, por vezes, pode ser considerado danoso, principalmente, para o consumidor, que é considerado a parte mais frágil no negócio jurídico.

Os contratos pré-formulados por serem afeitos à generalidade, podem deter de cláusulas injustas, daí a lei elencar certas condições que impedem a prossecução de contratos que detenham de cláusulas abusivas.

As vantagens que estes tipos de contratos criam, não afastam a existência de desvantagens, desde logo, os riscos e abusos que decorrem das cláusulas contratuais gerais, a vulnerabilidade a que ficam sujeitos os aderentes, que face a um contrato pré-formulado o faz desconhecer e impede de debater as cláusulas contratuais gerais existentes no mesmo, indo ao encontro, do que vem sendo exposto, como limites à liberdade de estipulação.

As cláusulas pré-formuladas visam a inserção numa generalidade de contratos, a celebrar no futuro, tendo estes uma aplicação uniforme e uma multiplicidade de contratos,

²⁶⁴ “*Aquando da transposição da Diretiva n.º 93/13/CEE pelo DL n.º 220/95, de 31 de agosto, o legislador não viu necessidade de alterar o âmbito da LCCG para resolver a questão dos contratos pré-formulados celebrados com os consumidores.*” LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito das Obrigações*. Vol. I, 10º edição, Almedina, 2013, p. 47.

²⁶⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo n.º 5202/12.4TBLRA.C1 (Relator: Henriques Antunes), de 02/06/2015. Acedido a [19 de novembro de 2018] Disponível em: <www.dgsi.pt>

visando abranger o maior número de pessoas daquela categoria, daí denominar-se de massificação negocial.

O contrato pré-formulado impõe-se ao aderente, este detém de traços padronizados, que não se ajustam ao aderente, mas às necessidades do proponente.

Reconhece-se a importância e as possibilidades que este tipo de contratos criam para o aderente, mas os mesmos possibilitam o ambiente necessário para o surgimento de cláusulas abusivas, daí instigar-se à cautela preventiva e fiscalizadora deste tipo de contratos.

5. Cláusulas proibidas

5.1. Sentido e alcance

Relativamente às cláusulas proibidas o legislador separou-as tematicamente em três: as cláusulas relativas à exclusão ou limitação da responsabilidade; as cláusulas relativas ao cumprimento das obrigações contratuais e as cláusulas de finalidade heterogénea.

As cláusulas de finalidade heterogénea podem ainda ser ordenadas funcionalmente em três grupos: as cláusulas relativas a prazos; as cláusulas relativas à formação e efeitos contratuais e as cláusulas relativas à atribuição de poderes jurídicos.

Considera-se que a exposição das cláusulas proibidas assenta na contraposição entre as cláusulas relativamente proibidas e as absolutamente proibidas, como se poderá analisar mais adiante.

Relativamente a esta última classificação, poder-se-á enunciar que as cláusulas absolutamente proibidas podem ser classificadas em dois grupos: as cláusulas relativas aos direitos e deveres contratuais e as cláusulas relativas às garantias do consumidor.

Já as cláusulas relativamente proibidas podem ser classificadas em cláusulas relativas à duração; à vigência e termo do contrato; relativas ao cumprimento do contrato; relativas ao preço e relativas às matérias heterogéneas.

A primeira categoria de cláusulas proibidas vem prevista no art. 17º a 19º da LCCG, relativa aos contratos celebrados entre empresários.

Nestas cláusulas proibidas tenta-se oportunamente proteger os empresários, que se encontram muitas vezes em determinados setores que os expõe a empresas maiores, criando-se uma relação de desigualdade de poder económico e comercial entre as partes, face a um contrato de adesão padronizado.

Nesta categoria o protagonista é o empresário e não o comerciante, sendo que este tipo de normas também se aplica aos profissionais liberais, não se distinguindo a personalidade jurídica do empresário contraente, podendo estar-se face a empresários singulares ou coletivos.

Dentro desta primeira categoria, foi-se agrupar as cláusulas proibidas em dois grupos: as cláusulas absolutamente proibidas, art. 18º da LCCG, e as cláusulas relativamente proibidas, art. 19º da LCCG.²⁶⁶

De acordo com José A. Engrácia Antunes *“A contraposição assenta fundamentalmente no critério do alcance ou efeitos da proibição: ao passo que as cláusulas do primeiro tipo são sempre vedadas em contratos de adesão (...), as cláusulas do último tipo poderão ser ou não vedadas, consoante o juízo de valor que sobre elas for realizado à luz do quadro negocial no seu conjunto (ou seja, podendo ser nulas ou válidas consoante o “quadro negocial padronizado” (...).”*²⁶⁷

Como enunciado anteriormente, o princípio da boa-fé é o eixo que torna o sistema funcional, sendo que, o rol de cláusulas proibidas são a concretização meramente exemplificativa e não taxativa das cláusulas proibidas.

Vem assim o art. 15.º da LCCG funcionar, *“... como uma espécie de “última rede” em relação a todas as cláusulas, mesmo aquelas que não se encontram abrangidas pela lista de proibições. Ou seja, para aferir da validade de determinada cláusula, é necessária uma articulação entre o princípio da boa-fé e o catálogo de proibições. O princípio da boa-fé visa alcançar um equilíbrio de interesses entre as duas partes, pelo que repugna ao espírito do diploma a prossecução dos exclusivos interesses do proponente em prejuízo das necessidades do aderente.”*²⁶⁸

Reconhece-se que a controlo das cláusulas não se baseia apenas neste princípio, daí o diploma legal elencar as cláusulas proibidas, quer nas relações entre empresários como nas relações entre empresários e consumidores.

Devido à posição débil em que o consumidor se encontra, a legislação concedeu uma proteção acrescida, todavia, não descorou a proteção dos empresários que se encontram na posição de aderentes.

²⁶⁶ “Nas absolutamente proibidas, o juízo de censura que se emite resulta imediata e diretamente da lei; nas relativamente proibidas, decorrerá de valoração a efetuar pelo aplicador da lei, tendo e conta o conjunto de circunstâncias que normalmente envolvem o tipo de contrato em que a cláusulas e inserida.” BARROS, José Manuel de Araújo – *Cláusulas contratuais gerais*. DL n.º 446/85 Anotado – recolha jurisprudencial. 1º edição, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 193.

²⁶⁷ ANTUNES, José A. Engrácia Antunes – *Contratos comerciais. Noções fundamentais*. Direito e Justiça, Vol. Especial, Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, 2007, p. 144.

²⁶⁸ OLIVEIRA, Ana Rita Simões de - *A contratação eletrónica: as cláusulas contratuais gerais*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 88.

As cláusulas proibidas estipuladas no diploma legal visam evitar que as parte se exonerem de eventuais responsabilidades, que venham a decorrer do cumprimento do contrato.

Vem assim o legislador adotar o modelo alemão, como referido anteriormente, enumerando as várias cláusulas que considera proibidas em termo absolutos, e em termos relativos, completando o sistema de consagração das cláusulas contratuais gerais, assentes no princípio da boa-fé.²⁶⁹

O legislador veio separar as relações entre empresários ou entidades equiparadas, das relações entre empresários e consumidores finais, detendo cada uma destas a sua seção própria na LCCG.

Esta separação vem evidenciar uma especial sensibilidade do legislador pela tutela dos interesses do consumidor final, no entanto, o mesmo não descarta da fiscalização do conteúdo das cláusulas contratuais gerais, daí o mesmo proteger também os empresários, demonstrando que o problema é geral, no entanto, ressalva a posição de fragilidade que o consumidor está adstrito.²⁷⁰

Relativamente à distinção entre as cláusulas proibidas em termos absolutos e relativos, cabe-nos refletir sobre a sua distinção.

Oliveira Ascensão enuncia que *“Absolutamente proibidas são aquelas cláusulas que são proibidas em qualquer caso, no tipo de relação a que se aplicam: ora entre empresário, ora com os consumidores finais. Relativamente proibidas são as cláusulas que só são proibidas “consoante o quadro negocial padronizado”.*”²⁷¹

Como enunciado anteriormente, este dois tipos de cláusulas encontram-se tipificadas de forma autónoma, sendo que estas distinguem-se pela possibilidade que *“...as cláusulas sujeitas a uma proibição relativa permitem ao tribunal a sua apreciação, em cada caso concreto, as outras são proibidas em termos absolutos, ou seja, em qualquer caso(...) enquanto umas só são proibidas após valoração judicial, as outras são-no imediatamente, desde que contem do vasto elenco de cláusulas absolutamente proibidas.*”²⁷²

²⁶⁹ Segundo, MONTEIRO, António Pinto – *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*. Revista da Ordem dos Advogados, ano 46, Lisboa, 1986, p. 753.

²⁷⁰ De acordo com, MONTEIRO, António Pinto – *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*. Revista da Ordem dos Advogados, ano 46, Lisboa, 1986, p. 754.

²⁷¹ ASCENSÃO, J. Oliveira - *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé*. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 60, II, Lisboa, 2000, p.581.

²⁷² MONTEIRO, António Pinto – *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*. Revista da Ordem dos Advogados, ano 46, Lisboa, 1986, p. 754 e 755.

No entender de Oliveira Ascensão, a lei portuguesa contém um regime geral e um regime especial, em matéria de cláusulas contratuais gerais.

Relativamente ao regime geral, é aquele que regula as relações com o consumidor final, enquanto o regime especial é relativo às relações entre empresários.

O regime geral é composto por regras específicas, pelas regras que regulam as relações entre empresários e pela proibição do art. 15º da LCCG.²⁷³

Defende Oliveira Ascensão que “*A posição da lei portuguesa foi assim, seguramente, a de entender que os empresários, nas relações entre si, necessitam de um grau de proteção inferior ao que necessitam as pessoas que não têm aquela qualificação profissional.*”²⁷⁴

Portanto, entende-se que o padrão de referência a ter em conta pelo tribunal ao analisar determinada cláusula contratual geral, é perceber se a mesma é permitida ou não, sendo que, quando se trate de cláusulas proibidas apenas as analisa em termos relativos.²⁷⁵

No entanto, entende-se que a tipificação de cláusulas interditas quer de forma absoluta ou relativa, não impede que outras cláusulas para além das tipificadas possam ser consideradas proibidas, no âmbito de uma decisão judicial, mesmo não estando inseridas em nenhuma das normas enunciadas.

Por conseguinte, a lei possui uma cláusula geral, que assenta no princípio da boa-fé, como vem sendo enunciando ao longo do trabalho, “*...perante o qual, tendo em conta as circunstâncias, toda e qualquer cláusula terá de justificar-se*”.²⁷⁶

5.2. Contratos celebrados entre empresários

5.2.1. Cláusulas absolutamente proibidas

As cláusulas absolutamente proibidas que se encontram previstas no art. 18º da LCCG, podem ser classificadas segundo o critério da sua natureza ou finalidade, encontrando-se

²⁷³ Segundo, ASCENSÃO, J. Oliveira - *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé*. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 60, II, Lisboa, 2000, p.582.

²⁷⁴ ASCENSÃO, J. Oliveira - *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé*. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 60, II, Lisboa, 2000, p.582.

²⁷⁵ De acordo com, MONTEIRO, António Pinto – *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*. Revista da Ordem dos Advogados, ano 46, Lisboa, 1986, p. 755.

²⁷⁶ MONTEIRO, António Pinto – *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*. Revista da Ordem dos Advogados, ano 46, Lisboa, 1986, p. 755.

estruturadas em três grupos: as cláusulas relativas à exclusão ou limitação de responsabilidade, as cláusulas relativas ao cumprimento das obrigações contratuais e as cláusulas de finalidade heterogénea.²⁷⁷

As cláusulas absolutamente proibidas, art. 18º da LCCG, “...*não dependem de uma valoração a posteriori, visam tendencialmente cláusulas que já seriam proibidas por força de outros preceitos.*”²⁷⁸

As primeiras cláusulas, as cláusulas contratuais gerais absolutamente proibidas relativas à exclusão ou limitação da responsabilidade são aquelas que não são admitidas em contratos, como tipifica o art. 18º da LCCG, que na alínea a) enuncia que as cláusulas excluam ou limitem, de modo direto ou indireto, a responsabilidade por danos causados à vida, à integridade moral ou física ou à saúde das pessoas, são absolutamente proibidas.²⁷⁹

O art. 18º da LCCG nas suas alíneas a) a d), vem proibir as cláusulas de exclusão ou da limitação da responsabilidade.²⁸⁰

Portanto, o legislador pretendeu que entre empresários domina-se a autonomia privada alargada, no entanto, que se mantivesse a responsabilidade pelos danos causados.²⁸¹

As segundas cláusulas, as cláusulas relativas à exclusão ou limitação de mecanismos gerais relativos ao cumprimento das obrigações contratuais, encontram-se tipificadas nas alíneas f) a i) concentrando os institutos que garantem ou reforçam o cumprimento das obrigações, como a exceção do não cumprimento do contrato, art. 428º e seguintes do CC, a resolução por incumprimento, art. 432º e seguintes do CC, o direito de retenção, art. 754º e seguintes do CC, entre outros.²⁸²

Estes tipos de cláusulas são sempre proibidos em contratos de adesão, sendo que, quando ocorre a sua inserção, estas são declaradas nulas, segundo o art. 12º da LCCG.

²⁷⁷ Segundo, ANTUNES, José A. Engrácia Antunes – *Contratos comerciais. Noções fundamentais*. Direito e Justiça, Vol. Especial, Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, 2007, p. 145.

²⁷⁸ BARROS, José Manuel de Araújo – *Cláusulas contratuais gerais*. DL n.º 446/85 Anotado – recolha jurisprudencial. 1ª edição, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 195.

²⁷⁹ “*Mas nem todas as proibições absolutas visam cláusulas que já resultassem nulas por contrárias a outras normas de carácter imperativos, o que se compreende. Na verdade, a não permissão de algumas disposições que regulam os contratos foi pensada no pressuposto da conjunção de duas vontades. Assim, quando se proíbem restrições contratuais aos direitos à vida ou à integridade física, está-se a fazer-lo mesmo para os casos em que haja uma vontade esclarecida nesse sentido de ambas as partes contratuais.*” BARROS, José Manuel de Araújo – *Cláusulas contratuais gerais*. DL n.º 446/85 Anotado – recolha jurisprudencial. 1ª edição, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 195.

²⁸⁰ “*A sua manutenção – com proibição, pois, de cláusulas que pretendem excluí-las – impõem-se pela mesma ordem de ideias que levou a vedar a eliminação da responsabilidade.*” CORDEIRO, António Menezes – *Manual de direito comercial*. I Volume, Almedina, 2001, p. 422.

²⁸¹ De acordo com, CORDEIRO, António Menezes – *Manual de direito comercial*. I Volume, Almedina, 2001, p. 421.

²⁸² Segundo, CORDEIRO, António Menezes – *Manual de direito comercial*. I Volume, Almedina, 2001, p. 422.

Por último, as cláusulas que perseguem uma finalidade heterogéneas, não possuindo um denominador comum,²⁸³ encontram-se nesta categoria as cláusulas referentes a matéria de interpretação do contrato, a alínea e), j) e l), do enunciado artigo.

O objetivo das proibições absolutas das cláusulas contratuais gerais, nos contratos entre empresários, é a limitação ou exclusão da responsabilidade extracontratual, pois “...apesar de estarmos perante relações comerciais estabelecidas entre dois profissionais, seria manifestamente abusiva a subscrição de cláusulas limitativas da responsabilidade de uma das partes, porquanto uma tal situação incitaria o proponente a adotar uma atitude negligente para com as suas obrigações contratuais, em virtude da sua não responsabilização.”²⁸⁴

Curiosamente, alguns sites de certas marcas costumam conter aviso, declarando a sua irresponsabilidade face a erros de transmissão de informação relativa ao serviço ou bem contratualizado, tais avisos vão contra a LCCG, as cláusulas que vão de encontro a estes avisos são proibidas, na medida que vêm excluir ou limitar a responsabilidade do proponente, segundo o art. 18º, alíneas a), b) e c) da LCCG.

A LCCG vem, de uma certa forma, impor sobre o proponente a assunção da responsabilidade no caso de ocorrerem danos para o aderente, contudo, não se pretende com este aspeto limitar a autonomia privada e a liberdade contratual das partes, mas sim, conceder uma maior liberdade no recurso a cláusulas contratuais gerais pela parte mais fragilizada da relação contratual.²⁸⁵

Assim, “...através das alíneas f), g), h) e i), e ao abordar figuras que visam salvaguardar o cumprimento das obrigações - como a exceção de não cumprimento do contrato ou a resolução do contrato por incumprimento -, o legislador visou evitar que o proponente se eximisse do cumprimento das obrigações assumidas.”²⁸⁶

²⁸³ De acordo com, ANTUNES, José A. Engrácia Antunes – *Contratos comerciais. Noções fundamentais*. Direito e Justiça, Vol. Especial, Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, 2007, p. 147.

²⁸⁴ OLIVEIRA, Ana Rita Simões de - *A contratação eletrónica: as cláusulas contratuais gerais*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 92.

²⁸⁵ De acordo com, OLIVEIRA, Ana Rita Simões de - *A contratação eletrónica: as cláusulas contratuais gerais*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 92 e 93.

²⁸⁶ OLIVEIRA, Ana Rita Simões de - *A contratação eletrónica: as cláusulas contratuais gerais*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 93.

5.2.2. Cláusulas relativamente proibidas

O art. 19º da LCCG tutela as cláusulas relativamente proibidas, no quadro das relações entre empresários.²⁸⁷

*“Quanto ao carácter relativo das proibições constantes do artigo 19º, (...) a doutrina, se bem que muito maioritária, não é pacífica na sua interpretação, opinando alguns autores que a sua “não utilização lícita nos contratos efetuados através do mecanismo da adesão depende de um juízo valorativo suplementar que a isso conduz, realizado em face das próprias cláusulas, encaradas no seu conjunto – que não a partir de negócios concretos e de acordo com os padrões considerados.”*²⁸⁸

Estas cláusulas encontram-se ordenadas em três grupos: as cláusulas relativas a prazos, as cláusulas relativas à formação e efeitos contratuais e as cláusulas relativas à atribuição de poderes jurídicos.²⁸⁹

As cláusulas relativas aos prazos, só são vedadas aquelas que estabeleçam a favor de quem as predisponha prazos excessivos para aceitação rejeição de propostas, segundo a alínea a), ou os prazos excessivos para o cumprimento das obrigações assumidas, segundo a alínea b) do art. 19º da LCCG.

²⁸⁷ “Os contratos de assistência técnica, manutenção e reparação de ascensores, devem obedecer a determinados requisitos legais, consubstanciando contratos-tipo, celebrados entre os proprietários dessas instalações e as empresas de manutenção de ascensores (EMA), por regra, com recurso a cláusulas contratuais gerais. Uma cláusula contratual geral, inserta em contratos daquela espécie, com durações de 2 e 5 anos, respetivamente, que confere à EMA, em caso de rescisão antecipada do contrato pelo cliente, o direito a obter o pagamento imediato dos meses em falta até ao termo do contrato, multiplicado pelo valor mensal do serviço de manutenção em vigor à data da rescisão, reveste, manifestamente, o carácter de cláusula penal indemnizatória e compulsória. (...) Dentro do quadro negocial padronizado, é de considerar desproporcionada aos danos que visa ressarcir, e como tal nula, por violação do art. 19.º, al. c), da LCCG, a cláusula penal convencionada, pois dela resultará o pagamento pelo cliente/aderente da totalidade das prestações correspondentes aos meses do contrato em que este já cessou, sem a contraprestação do serviço da EMA que, para além disso, ficaria beneficiada por receber de uma só vez e em antecipação ao que estava previsto. No que tange à denúncia, a LCCG pretende a proibição de cláusulas de exclusão da possibilidade de extinção, por declaração unilateral do contraente, da obrigação contratual duradoura, devendo aferir-se a excessividade do prazo de denúncia tendo como parâmetro de comparação o prazo de duração do contrato.” Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 1004/12.6TJLSB.L1.S1 (Relator: Martins de Sousa). Acedido a [20 de novembro de 2018] Disponível em: <www.dgsi.pt>.

²⁸⁸ PRATA, Ana - Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro. Coimbra, Almedina, 2010, p. 117.

²⁸⁹ Ver, ANTUNES, José A. Engrácia Antunes – Contratos comerciais. Noções fundamentais. Direito e Justiça, Vol. Especial, Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, 2007, p. 147.

As cláusulas relativas à formação e efeitos do contrato, que são a alínea c) e d) do art. 19º da LCCG, são afastadas, não sendo admitidas.²⁹⁰

Como exemplo temos a alínea do referido artigo, que vem proibir cláusulas penais desproporcionais aos danos a ressarcir.

Por último, as cláusulas relativas à atribuição de poderes jurídicos, no qual fazem parte as alíneas e), f), g), h) e i), do art. 19º da LCCG. Os limites impostos pelas alíneas h) e i), pautam pela concessão de poderes excessivos e exorbitantes a uma das partes.

A lista de cláusulas relativas estipuladas no art. 19º, em especial a alínea g), que reveste de uma especial importância, “... uma vez que é prática recorrente nos enunciados contratuais apresentados nos sites de comércio eletrónico a inclusão de cláusulas atributivas de competência jurisdicional aos tribunais de um determinado foro, em caso de litígio entre as partes. (...) No entanto, como se compreende, não é expectável que a contraparte lesada nos seus interesses se submeta a um processo instaurado num país distante da sua zona de residência; de facto, em virtude de as empresas proponentes serem, de um modo geral, maiores e mais poderosas do que os aderentes, é mais justo que sejam estas a deslocar-se, sob pena de “coartar o exercício dos direitos das partes.” ”.^{291 292}

5.3. Contratos celebrados entre empresários e consumidores

5.3.1. Cláusulas absolutamente proibidas

As cláusulas absolutamente proibidas, nas relações entre empresários com os consumidores finais, encontram-se regidos pelo art. 21º da LCCG.²⁹³

²⁹⁰ Ver, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo n.º 3516/13.5TJC.BR.C1 (Relator: Maria Inês Moura), de 28/10/2014. Acedido a [20 de novembro de 2018] Disponível em: <www.dgsi.pt>.

²⁹¹ OLIVEIRA, Ana Rita Simões de - *A contratação eletrónica: as cláusulas contratuais gerais*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 94.

²⁹² “A violação do art. 19.º, g) foi invocada no Ac. do TRG, de 15/10/2013. A ré, uma empresa portuguesa, socorreu-se desta norma para alegar a existência de graves inconvenientes na atribuição de competência aos tribunais judiciais de Sevilha, em Espanha, em virtude de ser uma empresa pequena, sem grandes recursos económicos, ao invés da autora da ação, uma empresa de grande dimensão. Nestes termos, a empresa portuguesa advogou a exclusão da referida cláusula com fundamento no art. 8.º, c) da LCCG.” OLIVEIRA, Ana Rita Simões de - *A contratação eletrónica: as cláusulas contratuais gerais*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 94.

²⁹³ Assim, “...tal vale por dizer que a lei, dirigindo-se decerto centralmente aos contratos de adesão concluídos entre empresários (...) e consumidores (...), abrange também vários outros tipos de relações contratuais, tais como os contratos de adesão celebrados entre empresários que atuem em vestes particulares (...) ou mesmo celebrados entre quaisquer outras pessoas, singulares ou coletivas (...).” ANTUNES, José A. Engrácia Antunes

As cláusulas absolutamente proibidas entre empresários e consumidores encontram-se estruturadas em dois grupos: as cláusulas relativas aos direitos e deveres contratuais e as cláusulas relativas às garantias do consumidor.²⁹⁴

As cláusulas relativas aos direitos e deveres contratuais são vedadas, temos como exemplos os casos das alíneas a), b), c) e d) do art. 21º da LCCG.

*“Trata-se, no essencial, de impedir que o predisponente, através de uma regulação contratual injustificada dos seus direitos e deveres – mormente, uma limitação das suas obrigações contratuais ou uma exclusão das garantias legais de prestação isenta de vícios – possa afetar a concreta obtenção, por parte dos consumidores finais, dos bens ou serviços que são objeto do contrato.”*²⁹⁵

Nas diversas alíneas do mesmo, ressalva-se as proibições inseridas nas primeiras alíneas, que visam assegurar os bens e os serviços, que realmente o consumidor pretende alcançar.

No segundo grupo temos as cláusulas relativas às garantias do consumidor, que inclui as alíneas e), f), g) e h) do art. 21º da LCCG.

Estas alíneas do referido artigo pautam-se pela garantia e manutenção eficaz e adequada, prevenindo o uso de recursos que visem defraudar a lei.²⁹⁶

Quer-se com estas alíneas proteger preventivamente a posição do consumidor, de forma a evitar que o mesmo possa ser afetado por expedientes destinados a diminuir as suas garantias, *“...seja através de uma redistribuição do risco contratual, do risco em sede probatória ou do risco em sede de resolução de conflitos.”*²⁹⁷

As cláusulas proibidas nestes artigos visam demonstrar a preocupação do legislador, na medida do correto cumprimento do contrato, ou seja, este deve ser executado em conformidade com as obrigações assumidas pelas partes, relativamente ao produto ou serviços adquirido e objeto do contrato.²⁹⁸

– *Contratos comerciais. Noções fundamentais.* Direito e Justiça, Vol. Especial, Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, 2007, p. 149.

²⁹⁴ Segundo, ANTUNES, José A. Engrácia Antunes – *Contratos comerciais. Noções fundamentais.* Direito e Justiça, Vol. Especial, Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, 2007, p. 149.

²⁹⁵ ANTUNES, José A. Engrácia Antunes – *Contratos comerciais. Noções fundamentais.* Direito e Justiça, Vol. Especial, Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, 2007, p. 150.

²⁹⁶ Segundo, CORDEIRO, António Menezes – *Manual de direito comercial.* I Volume, Almedina, 2001, p. 424.

²⁹⁷ ANTUNES, José A. Engrácia Antunes – *Contratos comerciais. Noções fundamentais.* Direito e Justiça, Vol. Especial, Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, 2007, p. 151.

²⁹⁸ Indo de encontro com, OLIVEIRA, Ana Rita Simões de - *A contratação eletrónica: as cláusulas contratuais gerais.* Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 95.

“Estas proibições alteram o regime geral consagrado no artigo 345º do CC, nos termos do qual as convenções, que invertem o ónus da prova, que excluem algum meio legal de prova ou que admitam um meio de prova diverso dos legais, só serão nulas; se versarem sobre um direito indisponível, se a inversão tornar excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito ou se as determinações legais, quanto à prova, preteridas tiverem por fundamento razões de ordem pública.”²⁹⁹

5.3.2. Cláusulas relativamente proibidas

As cláusulas relativamente proibidas, nas relações entre empresários e consumidores, encontram-se regidas pelo art. 22º da LCCG.

Estas cláusulas encontram-se também estruturadas em grupos, como: as cláusulas relativas à duração, vigência e termo do contrato; as cláusulas relativas ao cumprimento do contrato; as cláusulas relativas ao preço; e as cláusulas relativas à matéria heterogéneas.³⁰⁰

Relativamente, ao primeiro grupo, as cláusulas relativas à duração, vigência e termo contratuais, estas encontram-se contempladas nas alíneas a), b), c), h) e i), do art. 22º da LCCG.

O segundo grupo, referente às cláusulas relativas ao cumprimento contratual veem contemplar as alíneas g), l) e n) do art. 22º da LCCG.

O terceiro grupo vem representar as cláusulas relativas ao preço, abrangendo as alíneas d), e) e f) do art. 22º da LCCG.

O último grupo abrange a categoria das cláusulas com finalidades heterogéneas, como exemplo temos: as alíneas j), m) e o), do art. 22º da LCCG.

As diversas alíneas do referido artigo vêm enunciar os pontos sobre os quais os consumidores podem estar em perigo face à sua posição, como por exemplo, os casos em que as cláusulas contratuais gerais prevejam prazos excessivos para a vigência do contrato, art. 22º, n.º1, alínea a), da LCCG, ou permitam elevações de preços, em contratos de prestações sucessivas, dentro de prazo curtos, art. 22º, n.º 1, alínea e) da LCCG.

²⁹⁹ BARROS, José Manuel de Araújo – *Cláusulas contratuais gerais*. DL n.º 446/85 Anotado – recolha jurisprudencial. 1ª edição, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 331.

³⁰⁰ Segundo, ANTUNES, José A. Engrácia Antunes – *Contratos comerciais. Noções fundamentais*. Direito e Justiça, Vol. Especial, Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, 2007, p. 151.

6. Disposições processuais

6.1. Direito aplicável, no espaço, aos contratos com cláusulas contratuais gerais

Os contratos que contenham cláusulas contratuais gerais são regulados pelo regime indicado no art. 23º da LCCG, ou seja, em princípio será aplicada a legislação portuguesa, devido à conexão estreita com o território português, todavia, no caso de um dos contraentes ser de um outro Estado-Membro, e detiver de uma conexão estreita com o mesmo, aplicar-se-á as suas disposições legais, de acordo com a sua determinação.³⁰¹

A doutrina³⁰² interpreta este artigo no sentido de que o mesmo visa o respeito pela lei aplicável aos contratos internacionais, que este visa assegurar uma proteção mínima do consumidor,³⁰³ sendo que, deve ser aplicada a lei com o qual o contrato apresente uma conexão mais estreita, independentemente da lei escolhida pelas partes.

Portanto, “...consagra-se o princípio da liberdade das partes na determinação da lei reguladora, com as restrições de que a sua aplicabilidade corresponda a um interesse sério dos declarantes ou esteja em conexão relevante com elementos do negócio. Os critérios supletivos são o da residência habitual das partes e do lugar de celebração do negócio.”³⁰⁴

6.2. Direito ressalvado

O direito ressalvado encontra-se tutelado no art. 37º da LCCG, que defende que se consideram ressalvadas as disposições legais que se mostrem mais favoráveis ao aderente que subscreve ou aceite propostas com cláusulas não negociadas individualmente.

³⁰¹ Segundo, TELLES, Inocência Galvão – *Manual dos contratos em geral*. Edição Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 329.

³⁰² BARROS, José Manuel de Araújo – *Cláusulas contratuais gerais*. DL n.º 446/85 Anotado – *recolha jurisprudencial*. 1ª edição, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 368.

³⁰³ “Sendo comum a todas a proteção do aderente – que, dada a sua posição negocial, é a parte vulnerável a excessos ou abusos convencionais, a conclusão sobre a admissibilidade ou interdição das cláusulas refletirá, privilegiada, embora não exclusiva ou necessariamente, o juízo sobre a consequência dela na posição contratual daquele.” PRATA, Ana - *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais*. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro. Coimbra, Almedina, 2010, p. 118 e 119.

³⁰⁴ BARROS, José Manuel de Araújo – *Cláusulas contratuais gerais*. DL n.º 446/85 Anotado – *recolha jurisprudencial*. 1ª edição, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 369.

*“Esta consagração do princípio da aplicação da lei mais favorável tem norma correspondente na Diretiva 93/13/CEE, de 5 de abril, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados entre consumidores, art. 8º (...). É, aliás, no âmbito do direito do consumo que se surpreendem preceitos que estabelecem um regime mais favorável aos aderentes consumidores, do que aquele que resulta do DL n.º 446/85, nomeadamente nas Lei n.º 23/96, de 26 de julho (Serviços Públicos Essenciais) e 24/96, de 31 de julho (Lei de defesa do consumidor).”*³⁰⁵

6.3. Concretização processual da proibição das cláusulas contratuais gerais

As proibições das cláusulas contratuais gerais, a nível processual, concretizam-se através de duas vertentes:³⁰⁶ a declaração de nulidade e a ação inibitória.³⁰⁷

A declaração de nulidade encontra-se prevista no art. 24º da LCCG, indicando que as nulidades previstas na LCCG são invocáveis nos termos gerais.

Menezes Leitão face a esta premissa refere que tais circunstâncias suscitam *“...algumas perplexidades pois permite a inovação da nulidade por parte do próprio utilizador das cláusulas contratuais gerais (art. 296º), ou pelos credores de qualquer das partes (art. 605º). Parecia, por isso, mais adequado que se tivesse previsto antes uma invalidade mista, apenas invocável pelo aderente, em lugar de uma nulidade, que qualquer interessado pode invocar.”*³⁰⁸

Assim, de acordo com o art. 13º da LCCG prevê-se a possibilidade de o aderente manter o contrato, após subscrever as cláusulas contratuais gerais, quando no mesmo existam cláusulas nulas, pelas circunstâncias anteriormente enunciadas.

Esta possibilidade permite que o aderente tenha uma opção que seja diferente da nulidade total ou da invalidade parcial do contrato, em que foram usadas cláusulas contratuais gerais abusivas.

A opção que o art. 13º da LCCG defende, permite afastar a possibilidade de o negócio ser totalmente nulo, mas caso um dos contraentes pretenda optar pela nulidade integral do

³⁰⁵ BARROS, José Manuel de Araújo – *Cláusulas contratuais gerais*. DL n.º 446/85 Anotado – recolha jurisprudencial. 1ª edição, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 400.

³⁰⁶ Segundo, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito das Obrigações*. Vol. I, 10ª edição, Almedina, 2013, p. 43.

³⁰⁷ Sobre este aspeto ver, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 13737/15.0T8PRT.P1 (Relator: José Eusébio Almeida), de 07/04/2017. Acedido a 21 de novembro de 2018] Disponível em: <www.dgsi.pt>

³⁰⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito das Obrigações*. Vol. I, 10ª edição, Almedina, 2013, p. 43.

negócio, este terá de demonstrar que a manutenção do contrato nessas condições vai conduzir a um desequilíbrio das prestações,³⁰⁹ atentando contra a boa-fé.³¹⁰

Todavia, também é admitida outra opção para reagir contra as cláusulas contratuais gerais, que é a ação inibitória.³¹¹

*“Em Portugal, o início da década de 90 marcou o começo da instauração de ações inibitórias de proibição de cláusulas contratuais gerais abusivas pelo Ministério Público e associações de consumidores, verificando-se uma significativa mudança no sector bancário e segurador que se está a perder pouco a pouco face à desadequação legal.”*³¹²

Luís Menezes Leitão entende que *“A ação inibitória destina-se, nos termos do art. 25º da LCCG, a interditar a utilização das cláusulas contratuais gerais proibidas (...) independentemente de terem sido efetivamente incluídas em contratos singulares. A ação destinada a obter a condenação na abstenção do uso ou na recomendação de cláusulas contratuais gerais pode ser proposta, quer contra o predisponente de cláusulas contratuais gerais, quer contra quem as recomende a terceiros, admitindo-se a coligação de réus quando várias entidades usem as mesmas cláusulas contratuais gerais ou cláusulas substancialmente idênticas (art. 27º da LCCG).”*³¹³

Já a jurisprudência entende que *“Na ação inibitória, prevista no regime das cláusulas contratuais gerais, o que está em causa não é um controlo concreto de uma certa cláusula de um determinado contrato, mas um controlo abstrato sobre a cláusula para acautelar o risco de uma multiplicação não contrariada de cláusulas inválidas. Donde a adequação e a necessidade da expansão do resultado da ação inibitória, exclusivamente direcionada para a*

³⁰⁹ *“Ora, pelo menos no caso em que o uso de cláusulas contratuais gerais conduza a um desequilíbrio das prestações gravemente atentatório da boa-fé, deveria permitir-se ao aderente a opção pela invalidade total do contrato, em vez do forçado aproveitamento negocial que a lei lhe impõe. Essa solução da nulidade total é, aliás, admitida no art. 9º, n.º 2 da LCCG, para um caso de menor gravidade, que é a exclusão das cláusulas não comunicadas, ou que não se possam considerar como tendo sido efetivamente conhecidas pelo aderente (art. 8º da LCCG).”* LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito das Obrigações*. Vol. I, 10ª edição, Almedina, 2013, p. 45.

³¹⁰ Segundo, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito das Obrigações*. Vol. I, 10ª edição, Almedina, 2013, p. 44.

³¹¹ *“As ações inibitórias visam a tutela dos interesses difusos dos consumidores/aderentes, encontram-se genericamente previstas no art. 52º da CRP e, no âmbito do direito do consumo, no art. 10º, nº 1, da Lei de Defesa do Consumidor e no art. 25º do Dec.-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 220/95, de 31 de Agosto, relativo às cláusulas contratuais gerais (ccg).”* Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 20054/10.0T2SNT.L2.S1 (Relator: Fonseca Ramos), de 14/12/2016. Acedido a [19 de novembro de 2018] Disponível em: <www.dgsi.pt>

³¹² ALVES, João – *Cláusulas abusivas em cartões de crédito. Cláusulas contratuais abusivas em cartões de crédito não são um exclusivo português*. Verbo Jurídico, 2005, p. 9.

³¹³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito das Obrigações*. Vol. I, 10ª edição, Almedina, 2013, p. 45.

proteção dos interesses difusos da generalidade dos consumidores/aderentes, que, por essa via, ficam a conhecer o resultado final da causa e o conteúdo dos seus direitos.”³¹⁴

De acordo com o art. 26º, n.º 1 da LCCG quem tem legitimidade para intentar a ação são as associações de defesa do consumidor dotado de representatividade, as associações sindicais e o Ministério Público, oficiosamente ou solicitado por qualquer interessado.

A ação inibitória detém de uma finalidade preventiva, que consiste na interdição através da lei, através de decisão judicial, das cláusulas consideradas proibidas,³¹⁵ quer estas estejam incluídas numa relação jurídico-negocial ou sejam cláusulas contratuais gerais elaboradas para utilização futura.³¹⁶

A doutrina entende que este tipo de ação visa um controlo preventivo e abstrato,³¹⁷ que é considerado indispensável para a prevenção legislativa, sobretudo, quando se está perante uma cláusula abusiva que é considerada legalmente proibida e esta disposição não é respeitada.

“É ainda apontada à ação inibitória a vantagem de desincentivar o predisponente que, tendo consciência do carácter abusivo da cláusula por si utilizada, corre o risco de a ver declarada nula em alguns casos, já que poucos serão os contraentes que recorrerão à via judicial, quer porque o prejuízo de cada um deles é diminuto, quer porque não têm consciência dos direitos que lhes assistem.”³¹⁸

“Observou-se que a ação inibitória, como modalidade da ação de condenação, tem por finalidade impor, através da via judicial, o dever jurídico de não utilizar determinadas cláusulas que, e processo adequado, hajam sido consideradas abusivas.”³¹⁹

Tem legitimidade ativa para este efeito, o Ministério Público, quer oficiosamente ou quer através da indicação do Provedor de Justiça, sendo que, para além deste ter legitimidade

³¹⁴ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 3230/16.0T8MAI.P1, de 16/05/2017. Acedido a [21 de novembro de 2018] Disponível em: <www.dgsi.pt>

³¹⁵ “Transitado em julgado a decisão proibitiva, não podem ser incluídas em contratos singulares, que o demandado venha a celebrar posteriormente, as cláusulas contratuais gerais que foram objeto dessa decisão, da mesma forma que não podem essas cláusulas continuar a ser recomendadas.” MONTEIRO, António Pinto – Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro. Revista da Ordem dos Advogados, ano 46, Lisboa, 1986, p. 761.

³¹⁶ Indo de encontro com, MONTEIRO, António Pinto – Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro. Revista da Ordem dos Advogados, ano 46, Lisboa, 1986, p. 760.

³¹⁷ De acordo com, SILVA, João Calvão da – Contratação das cláusulas gerais (contratos de adesão). Revista brasileira de direito comparado, n.º 39, Rio de Janeiro, 2011, p. 103.

³¹⁸ BARROS, José Manuel de Araújo – Cláusulas contratuais gerais. DL n.º 446/85 Anotado – recolha jurisprudencial. 1ª edição, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 373.

³¹⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida; Cordeiro, António Menezes - Cláusulas contratuais gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro. Coimbra, Almedina, 1986, p. 57.

em certos termos, têm também as associações de defesa do consumidor, as associações sindicais, art. 26º da LCCG.

Esta legitimidade tem como destino a tutela de interesses difusos, como o direito do consumidor, que é um direito alheio, pertencente a um conjunto de pessoas que fazem parte da categoria de consumidor, para os proteger face a cláusulas proibidas.

Também detém de legitimidade as pessoas que o art. 27º da LCCG enuncia, enquanto legitimidade passiva, ou seja, contra quem se prevaleça de cláusulas contratuais gerais ou contra quem as recomende a terceiros.

*“No primeiro caso, estão as entidades que predisponham cláusulas, propondo contratos que as incluam ou aceitando, apenas, propostas feitas nos seus termos; enquanto, no segundo caso, se encontram as entidades que, sem pretenderem ser partes em qualquer contrato recomendem, todavia, aos interessados, determinadas cláusulas contratuais gerais.”*³²⁰

Este tipo de ação pode ser intentada *“...quer contra quem proponha contratos ou aceite propostas com base em cláusulas contratuais gerais por si predispostas, quer contra quem apenas as recomende a terceiros. A sua finalidade é impedir a utilização futura de cláusulas proibidas por lei, ...”*.³²¹

No caso da ação inibitória, que foi proposta, ser procedente, esta vem determinar a proibição de inserção de determinadas cláusulas contratuais gerais, em contratos futuros ou dá-se a continuação da sua recomendação de proibição definitiva, art. 32º da LCCG.³²²

Assim, após transito em julgado desta decisão proibitiva, as cláusulas consideradas na decisão judicial proibidas, não podem ser objeto de contratos singulares posteriores.

Logo, *“...o demandado, vencido na ação inibitória, não acatar a decisão judicial, vindo a incluir, mais tarde, num contrato singular, cláusulas anteriormente proibidas naquela ação, pode a contraparte invocar a declaração incidental de nulidade contida na decisão inibitória.”*³²³

³²⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida; Cordeiro, António Menezes - *Cláusulas contratuais gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*. Coimbra, Almedina, 1986, p. 59.

³²¹ MONTEIRO, António Pinto – *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*. Revista da Ordem dos Advogados, ano 46, Lisboa, 1986, p. 760.

³²² De acordo com, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito das Obrigações*. Vol. I, 10º edição, Almedina, 2013, p. 46.

³²³ MONTEIRO, António Pinto – *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*. Revista da Ordem dos Advogados, ano 46, Lisboa, 1986, p. 761.

Neste seguimento, entende-se que o demandado, vencido a ação inibitória, caso continue a utilizar as cláusulas contratuais gerais proibidas no âmbito da decisão do tribunal, basta que o aderente invoque a decisão inibitória para conseguir, automaticamente, a nulidade dessas cláusulas.

Contudo, se a empresa que se serve das cláusulas contratuais gerais não for a empresa, que foi objeto da decisão inibitória, então o aderente nestes casos não pode valer-se da decisão da ação inibitória.³²⁴

*“O legislador consagra ainda, como importante meio de pressão sobre o demandado, vencido na ação inibitória, em ordem a incentivar o respeito pela sentença, uma sanção pecuniária compulsória, art. 33º da LCCG.”*³²⁵

Assim, após esta demanda, o contraente que infrinja a sua obrigação, o mesmo fica sujeito a uma sanção pecuniária compulsória, como enuncia o art. 33º da LCCG, que é aplicada pelo tribunal que apreciou a causa em 1ª instância.³²⁶

O quantitativo da sanção varia, é determinado caso a caso, sendo que, a lei só vem limitar o valor máximo, art. 33º da LCCG.

Quanto ao tribunal competente para intentar este tipo de ações, segundo ao art. 28º da LCCG, dá-se primazia ao centro da atividade principal do demandado, e depois pode-se fazer apelo à residência ou sede.

No âmbito processual o controlo judiciário revela-se insuficiente para responder a todos os problemas que as cláusulas contratuais gerais suscitam.

Desde logo, entende-se que *“...a nulidade pode ser invocada após a inserção de cláusulas injustas nos contratos singulares (art 24.º da LCCG). Contudo, o regime de proteção do aderente consagrado na nossa lei foi mais longe ao estabelecer a possibilidade de recurso à ação inibitória, com finalidades preventivas, nos termos do art. 25.º.”*³²⁷

Portanto, a lei através destes mecanismos processuais vem adotar uma postura fiscalizadora, que permite que os interessados possam propor uma ação inibitória antes das

³²⁴ Segundo, MONTEIRO, António Pinto – *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*. Revista da Ordem dos Advogados, ano 46, Lisboa, 1986, p. 762.

³²⁵ MONTEIRO, António Pinto – *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*. Revista da Ordem dos Advogados, ano 46, Lisboa, 1986, p. 762.

³²⁶ Segundo, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito das Obrigações*. Vol. I, 10ª edição, Almedina, 2013, p. 46.

³²⁷ OLIVEIRA, Ana Rita Simões de - *A contratação eletrónica: as cláusulas contratuais gerais*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 103.

cláusulas terem sido incluídas em contratos individuais, desde que, se entenda que as referidas cláusulas sejam interditas por lei.

Com estes mecanismos processuais o legislador visou eliminar as cláusulas contratuais gerais que sejam injustas face ao tráfico jurídico, pois o objeto que as ações inibitórias visam concretizar não é a tutela do aderente, mas sim, do tráfico jurídico.³²⁸

*“A ação inibitória é, portanto, um mecanismo que visa evitar a inclusão de cláusulas proibidas pelos artigos 18.º a 22.º da LCCG ou cláusulas que, mesmo não estando contempladas nestas normas, sejam contrárias à boa-fé (art. 15.º).”*³²⁹

A legitimidade ativa coletiva para intentar estas ações é de maior importância, pois vem defender os consumidores, que por terem sofridos os danos, mas que são de pouco relevo ou os mesmos desconhecem os seus direitos, a nível individual, não justificaria a interposição de uma ação de forma individual.

Neste seguimento, a Diretiva no art. 7º determina que os Estados-Membros devem habilitar as pessoas ou organizações, que têm interesse legítimo na defesa do consumidor, a recorrerem aos tribunais e órgãos competentes, de forma a poderem averiguar o caráter abusivo³³⁰ das cláusulas contratuais gerais, posto isto, é totalmente justificável que a LCCG atribua legitimidade às entidades identificadas.

Face às cláusulas que no âmbito de uma decisão jurisprudencial transitada em julgado,³³¹ são determinadas como proibidas, as mesmas não poderão ser incluídas em contratos singulares posteriormente celebrados.³³²

³²⁸ Segundo, OLIVEIRA, Ana Rita Simões de - *A contratação eletrónica: as cláusulas contratuais gerais*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 103.

³²⁹ OLIVEIRA, Ana Rita Simões de - *A contratação eletrónica: as cláusulas contratuais gerais*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 104.

³³⁰ “O caráter abusivo de uma cláusula contratual geral, por atentatória do vetor da boa-fé, pode e deve ser conhecido oficiosamente pelo tribunal, precedendo o cumprimento do contraditório. Tal conhecimento oficioso é permitido pelo ordenamento jurídico nacional e foi especialmente pretendido pela Diretiva 93/13/CEE, sendo esta a orientação do Tribunal de Justiça da União Europeia. É abusiva (por atentatória do vetor da boa-fé), proibida e nula a cláusula especial constante das condições de contrato de seguro de grupo destinado ao pagamento do saldo de um empréstimo por crédito à habitação em caso de invalidez absoluta e definitiva do aderente, que exige ainda para a caracterização desse estado de invalidez que o aderente fique na obrigação de recorrer à assistência permanente de uma terceira pessoa para efetuar os atos ordinários da vida corrente. Tal cláusula introduz um significativo desequilíbrio contratual entre as partes (na prática esvazia largamente a utilidade do seguro), na medida em que o fim precípua do dito seguro é obrigar o segurador a pagar ao banco mutuante no caso do aderente ficar impossibilitado de o fazer por si, e esta finalidade satisfaz-se com a própria impossibilidade e sem necessidade do aderente ficar também dependente da referida assistência permanente. “Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 240/11.7TBVRM.G1.S1 (Relator: José Rainho), de 27/09/2016. Acedido a [19 de novembro de 2018] Disponível em: <www.dgsi.pt>”

³³¹ “De referir a jurisprudência predominante no sentido de não constituir causa de inutilidade superveniente da lide a constatação, na pendência do processo, de alteração introduzida na redação das cláusulas contratuais abusivas, de forma a expurgá-las dos vícios arguidos.” BARROS, José Manuel de Araújo – *Cláusulas*

Conclusão

Ao longo do trabalho analisou-se os aspetos mais significativos do Decreto-Lei n.º 446/85 ou a LCCG, onde se pretendeu refletir a necessidade da intervenção do legislador e na procura de soluções que se ajustassem às necessidades dos tempos consumistas, com que nos deparamos.

Destacou-se a tutela do consumidor de forma imperativa, no âmbito do regime das cláusulas contratuais gerais, para além, da eficácia dos contratos de adesão e da regulamentação em caso da utilização abusiva de cláusulas contratuais gerais.

*“Os contratos de adesão e as cláusulas contratuais gerais, constituindo assim um fenómeno contratual, do desenvolvimento da atividade empresarial nos tempos modernos, encerram, todavia, riscos e abusos a que a Ordem Jurídica não poderia ficar indiferente, atendendo à situação de precariedade em que colocavam frequentemente os contraentes aderentes.”*³³³

O problema do controlo das cláusulas contratuais gerais é a faceta mais importante desta temática, demonstrando a importância acrescida na tutela do consumidor, vindo o legislador revelar consciência e sensibilidade nas relações em que estes fazem parte, mas também não descorou as relações entre empresário ou entidade equiparadas.

Ao longo desta intervenção apurou-se as soluções consagradas no diploma legal, que regulam as cláusulas contratuais gerais, sobretudo, referente às cláusulas abusivas e proibidas.

Reconheceu-se o desequilíbrio de forças na relação jurídica entre o aderente e o proponente, onde as empresas enquanto detentoras de poder económico vêm exercer um poder imperativo sobre os aderentes, criando desigualdades na constituição do negócio jurídico.

Chegou-se à conclusão que o sistema legal das cláusulas proibidas traduz-se num princípio geral de controlo, que através do seu extenso catálogo, permite de forma preventiva

contratuais gerais. DL n.º 446/85 Anotado – recolha jurisprudencial. 1º edição, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 374.

³³² “Este regime também é aplicável a cláusulas substancialmente equiparáveis, como forma de evitar que as empresas demandadas contornem de forma indireta as proibições decretadas pelo tribunal. De facto, é razoável que a sentença inibitória tenha o efeito de as proibir “não apenas na sua formulação literal, mas no seu conteúdo ou substância.” OLIVEIRA, Ana Rita Simões de - A contratação eletrónica: as cláusulas contratuais gerais. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 105.

³³³ ANTUNES, José A. Engrácia Antunes – Contratos comerciais. Noções fundamentais. Direito e Justiça, Vol. Especial, Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, 2007, p. 134.

fiscalizar os negócios jurídicos, e evitar a constituição de contratos baseados em cláusulas abusivas.

O regime legal exposto, ao longo do trabalho, tem como objetivo tutelar o aderente, entendido como parte mais frágil da relação contratual, sendo esta tutela feita em dois níveis, num plano de controlo de formação e num plano de controlo de conteúdo negocial.

Debateu-se de forma exaustiva a limitação à liberdade de estipulação que as cláusulas contratuais gerais exercem, sendo isto o que possibilita a introdução de cláusulas abusivas, que vem beneficiar um dos contraentes.

Neste seguimento, compreendeu-se que o princípio geral de controlo centra-se no princípio da boa-fé, baseado na ponderação de valores fundamentais do direito, face à situação concreta.

A LCCG tornou-se um instrumento jurídico de relevo, considerado mais abrangente e protecionista que a Diretiva comunitária, tendo tido o direito alemão como sua principal influência e exemplo, contudo, criou o seu próprio “caminho”, ajustou-se à realidade portuguesa e encontra-se em plena aplicação protecionista e limitadora das cláusulas contratuais gerais abusivas e proibidas.

O recurso às cláusulas contratuais gerais assume, atualmente, um papel de destaque nas empresas, tornando-se o DL n.º 446/85 um instrumento de grande importância face à necessidade de regulamentação das cláusulas contratuais gerais, sobretudo, no que concerne à limitação do princípio da autonomia da vontade³³⁴ e liberdade de estipulação.

Em suma, *“Compete à jurisprudência e à dogmática jurídica, em geral, confrontar o regime jurídico (...) instituído com as realidades práticas da vida, cabendo-lhes a última palavra sobre os méritos deste diploma.”*³³⁵

Percebeu-se a importância jurídica e económica que as cláusulas conseguem proporcionar ao mercado, mas também as desvantagens que acarretam para o consumidor.

A nível jurídico destaca-se as soluções jurídicas concedidas ao instituto das cláusulas abusivas, sobretudo, a redução, enquanto meio que possibilita manter o contrato, e a ação inibitória como resposta processual que vem tutelar o consumidor.

Outro aspeto que foi refletido neste estudo, é a posição do consumidor, que face a este tipo de cláusulas encontra-se fragilizada e desequilibrada, vem a legislação portuguesa ser pioneira nesta defesa, mais abrangente que a Diretiva comunitária, ajustando-se às necessidades concretas e à tutela da parte mais fraca do negócio jurídico.

³³⁴ “A autonomia da vontade pode ser considerada como um dos componentes essenciais da proteção da liberdade tutelada constitucionalmente aos indivíduos. Incide no âmbito das escolhas individuais, na esfera atribuída pelo Direito para autorregulação das relações privadas. É, portanto, um dos princípios basilares do direito privado, segundo alguns autores é mesmo “a pedra angular do sistema civilístico.” “ LEITÃO, Margarida de Menezes - Cláusulas Contratuais Gerais e o Negócio Jurídico Bancário. Data Venia, Revista on line, Ano 4, N.º 6, 2016, p. 121.

³³⁵ MONTEIRO, António Pinto – Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro. Revista da Ordem dos Advogados, ano 46, Lisboa, 1986, p. 767.

Por último, ressalva-se a importante análise e estudo que foi feito, no presente trabalho, sobre o princípio da liberdade contratual, da liberdade de estipulação e autonomia de vontade, enquanto princípios basilares do direito privado, que se vêm restringidos pelas cláusulas contratuais gerais.

Como também sobre a boa-fé, enquanto princípio limitador e orientador dos desequilíbrios existentes nas relações contratuais, vindo este criar as bases que permitem ir de encontro a criação de contratos justos e equilibrados.

Conclusão, demonstrou-se a importância deste tipo de cláusulas e contratos, sobretudo, numa era cada vez mais consumista, mas também se demonstrou as fragilidades jurídicas que os mesmos acarretam.

Espera-se que o direito seja cauteloso e vigilante na defesa dos consumidores, sobretudo, quando se está diante a uma luta tão desigual, económica e juridicamente.

Bibliografia

ALMEIDA, Carlos Ferreira – *Contratos I*. 5ª edição, Almedina, 2013.

_____ - *Contratos I*. Almedina, 2000.

ALVES, João – *Cláusulas abusivas em cartões de crédito. Cláusulas contratuais abusivas em cartões de crédito não são um exclusivo português*. Verbo Jurídico, 2005.

ANTUNES, José A. Engrácia Antunes – *Contratos comerciais. Noções fundamentais*. Direito e Justiça, Vol. Especial, Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, 2007.

ASCENSÃO, J. Oliveira – *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o novo código civil*. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Vol. 39, Qualis, 2003. [Consultado a 15 de outubro de 2018] Disponível em: < <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1744>>.

_____ - *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé*. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 60, II, Lisboa, 2000, p. 573-595.

BARROS, José Manuel de Araújo – *Cláusulas contratuais gerais. DL n.º 446/85 Anotado – recolha jurisprudencial*. 1ª edição, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010.

CALDAS, Luís Miguel Simão da Silva – *Direito à informação no âmbito do direito ao consumo. O caso específico das cláusulas contratuais gerais*. Julgar, n.º 21, Coimbra Editora, 2013.

CAPELOTTI, João Paulo – *Contratos de adesão e condições contratuais gerais*. [Consultado a 15 de outubro de 2018] Disponível em: <<http://legacy.unifacef.com.br/novo/publicacoes/IIforum/Textos%20IC/Joao%20Paulo%20Capelotti.pdf>>.

CORDEIRO, António Menezes – *Manual de direito comercial*. Vol. I, Almedina, 2001.

COSTA, Mário Júlio de Almeida; Cordeiro, António Menezes - *Cláusulas contratuais gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*. Coimbra, Almedina, 1986.

COUTO, Rute – *As listas negras e cinzentas das condições gerais dos contratos*. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, 2:1, 2012, p. 173-192.

CRAVO, Sara Cristina Ermida – *As cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade civil inseridas em contratos de adesão*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Forenses, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.

DIZ, Milena Angélica Drumond Morais – *Cláusulas contratuais gerais e contratos assimétricos*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016.

FRANÇA, Luiz Alberto Fontana; Gonçalves Oksandro – *Cláusulas contratuais gerais interpretação dos contratos massificados à luz dos princípios contratuais e da análise económica do direito*. RJLB, Ano 3, n.º 4, 2017, p. 1017 – 1054.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito das Obrigações*. Vol. I, 10º edição, Almedina, 2013.

_____ – *Direito das obrigações*. 14º edição, Almedina, 2017.

LEITÃO, Margarida de Menezes - *Cláusulas Contratuais Gerais e o Negócio Jurídico Bancário*. Data Venia, Revista on line, Ano 4, N.º 6, 2016, p. 119- 204.

LE MOS, Raquel Andreatta – *Cláusulas contratuais gerais nos contratos de telecomunicações*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2016.

MONTEIRO, António Pinto – *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*. Revista da Ordem dos Advogados, ano 46, III, Lisboa, 1986, p. 733-769.

OLIVEIRA, Ana Rita Simões de - *A contratação eletrónica: as cláusulas contratuais gerais*. Dissertação de Mestrado, em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.

PADILHA, Sandra Maria Galdino – *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. *Prim@Facie*, Ano 2, n.º 3, 2003.

PASSINHAS, Sandra – *O problema das cláusulas contratuais gerais é o da usura em massa? Resposta a Pedro Pais de Vasconcelos*. *Revista de direito comercial*. 2018-02-04. [Consultado a 15 de outubro de 2018] Disponível em: <www.revistadedireitocomercial.com.>

PERDIGÃO, José de Azeredo – *O princípio da autonomia da vontade e as cláusulas limitativas da responsabilidade civil*. Comunicado ao Instituto da Conferência da Ordem dos Advogados. *Revista da Ordem dos Advogados*. Vol. II, Ano 6, N.º 2 e 4, 1946.

PRATA, Ana - *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*. Coimbra, Almedina, 2010.

RIBEIRO, José Joaquim de Lemos Marques – *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade contratual*. Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa, 2015.

SANTOS, Teresa Moura dos – *A tutela do consumidor entre os contratos de adesão e as práticas comerciais desleais*. *Revista eletrónica de direito*, n.º 1, 2016. [Consultada a 20 de outubro de 2018] Disponível em: <www.CIJE.UP.PT/REVISTARED.>

SILVA, João Calvão da – *Contratação das cláusulas gerais (contratos de adesão)*. *Revista brasileira de direito comparado*, n.º 39, Rio de Janeiro, 2011, p. 71 -108.

TELLES, Inocêncio Galvão – *Manual dos contratos em geral*. Edição Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010.

VARELA, João de Matos Antunes – *Das obrigações em geral*. Vol. I, 10ª edição, Almedina, 2000.

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo n.º 2397/13.3TBLRA.C1 (Relator: Anabela Luna de Carvalho), de 30/06/2015. Acedido a [21 de novembro] Disponível em: <www.dgsi.pt>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo n.º 5202/12.4TBLRA.C1 (Relator: Henriques Antunes), de 02/06/2015. Acedido a [19 de novembro de 2018] Disponível em: <www.dgsi.pt>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo n.º 3516/13.5TJCBR.C1 (Relator: Maria Inês Moura), de 28/10/2014. Acedido a [20 de novembro de 2018] Disponível em: <www.dgsi.pt>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo n.º 34394/10.5YIPRT.G1 (Relator: Araújo Barros), de 11/09/2012. Acedido a [20 de novembro de 2018] Disponível em: <www.dgsi.pt>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Processo n.º 1344/11.1TBVCT.G1 (Relator: Filipe Caroço), de 02/07/2013. Acedido a 19 de novembro de 2018] Disponível em: <www.dgsi.pt>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º CJ, II, 84, de 09/05/96. Acedido [21 de novembro de 2018] Disponível em: <www.dgsi.pt>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 78/15.2T8VFC-A.L1-2 (Relator: Pedro Martins), de 29/06/2017. Acedido a [20 de novembro de 2018] Disponível em: <www.dgsi.pt>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 3230/16.0T8MAI.P1, de 16/05/2017. Acedido a [21 de novembro de 2018] Disponível em: <www.dgsi.pt>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 13737/15.0T8PRT.P1 (Relator: José Eusébio Almeida), de 07/04/2017. Acedido a 21 de novembro de 2018] Disponível em: <www.dgsi.pt>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 2/2016, Recurso de Uniformização de Jurisprudência 2475/10.0YXLSB.L1.S1-A. Acedido em [20 de novembro de 2018] Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/-/asearch/73051019/details/maximized?emissor=Supremo+Tribunal+de+Justi%C3%A7a&perPage=50&types=JURISPRUDENCIA&search=Pesquisar>>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 06A2718 (Relator: Moreira Camilo), de 14/11/2006. Acedido em [19 de novembro de 2018] Disponível em: <www.dgsi.pt>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 07A1337 (Relator: Sebastião Póvoas), de 24/05/2007. Acedido em [20 de novembro de 2018] Disponível em: <www.dgsi.pt>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 240/11.7TBVRM.G1.S1 (Relator: José Rainho), de 27/09/2016. Acedido a [19 de novembro de 2018] Disponível em: <www.dgsi.pt>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 1961/13.5TVLSB.L1.S1 (Relator: Lopes Rego), de 04/05/2017. Acedido a [21 de novembro de 2018] Disponível em: <www.dgsi.pt>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 1262/14.1T8VCT-B.G1.S1 (Relator: Alexandre Reis), de 13/09/2016. Acedido a [21 de novembro] Disponível em: <www.dgsi.pt>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 1582/07.1TBAMT-B.P1.S1 (Relator: Granja da Fonseca), de 24/03/2011. Acedido a [19 de novembro de 2018] Disponível em: <www.dgsi.pt>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 20054/10.0T2SNT.L2.S1 (Relator: Fonseca Ramos), de 14/12/2016. Acedido a [19 de novembro de 2018] Disponível em: <www.dgsi.pt>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 1004/12.6TJLSB.L1.S1 (Relator: Martins de Sousa). Acedido a [20 de novembro de 2018] Disponível em: <www.dgsi.pt>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 306/10.0TCGMR.G1.S1 (Relator: Maria Clara SottoMayor), de 02/12/2013. Acedido a [19 de novembro de 2018]. Disponível em: <www.dgsi.pt>.