

O REGIME DOS CONTRATOS DE ADESÃO: ALGUMAS QUESTÕES DECORRENTES DA TRANSPOSIÇÃO DA DIRECTIVA SOBRE AS CLÁUSULAS ABUSIVAS

- Sumário** :
1. Justificação do tema: a centralidade da disciplina dos contratos de adesão
 2. Âmbito de aplicação
 - 2.1. Âmbito objectivo. Os contratos de adesão: noção
 - 2.2. Âmbito subjectivo
 3. Problemas de ajustamento de regime resultantes da extensão aplicativa aos contratos de adesão individualizados. Indicação de sequência
 4. Ónus da prova da negociação
 5. Aplicabilidade do art. 7.º
 6. Os factores de apreciação do conteúdo abusivo

1. Justificação do tema: a centralidade da disciplina dos contratos de adesão

Os contratos de adesão não mereceram a atenção do legislador de 1966, não se encontrando no Código Civil qualquer disposição que especificamente os tenha por objecto.

Essa abstenção reguladora, apesar de o fenómeno já estar então significativamente presente na prática contratual portuguesa, explica-se pelo relativo atraso da doutrina e da jurisprudência nacionais na consciencialização do alcance dos problemas suscitados por este modo de contratar. Só na década de setenta apareceria o primeiro estudo sobre

os contratos de adesão¹, não lhes dedicando os manuais, na generalidade, mais do que curtas alusões. Os nossos tribunais, por outro lado, não se abalçaram a uma aplicação diferenciada dos suportes normativos disponíveis, não dando mostras de uma representação consolidada da autonomia do tratamento requerida pela figura.

Este panorama alterou-se radicalmente em menos de duas décadas. A implantação definitiva da sociedade de consumo, com a conseqüente explosão do tráfego negocial em massa, bem como os dados recolhidos de outros ordenamentos e as tomadas de posição de instâncias supranacionais, sem esquecer a mudança de enquadramento constitucional, tornaram praticamente consensual, também entre nós, a necessidade de uma intervenção legislativa neste domínio.

Ela teve lugar, como é sabido, através de um diploma avulso: o decreto-lei n.º 446/85, de 25 de Outubro. Esta exterioridade, em relação ao Código Civil, da localização normativa não deve, todavia, iludir quanto à centralidade do tema. Definindo-se pelo modo de formação do consenso e não por um particular objecto negocial, de âmbito limitado, os contratos de adesão atravessam horizontalmente toda a vasta área contratual da circulação de bens e da prestação de serviços, constituindo, em sectores relevantes (bancário, de seguros, de fornecimento de bens duradouros, etc.) a forma largamente dominante, quase exclusiva, de contratação. Neles se jogam interesses económicos nucleares da vida relacional do homem comum.

É indiscutível, pois, que, *ratione materiae*, a disciplina própria dos contratos de adesão possui, numa visão actual, dignidade justificativa da sua inserção no Código Civil. Comprovam-no flagrantemente as opções tomadas nos ordenamentos que promulgaram

¹ Referimo-nos ao trabalho de MOTA PINTO, "Contratos de adesão – Um manifestação jurídica da moderna vida económica", *RDES*, 1973, 138 s, onde esses problemas foram apontados com grande clarividência.

códigos na década de noventa. Na verdade, quer o Código Civil Holandês, de 1992, quer o Código Civil do Québec, de 1994, quer os projectos "privados" de um Código Europeu dos Contratos – o Projecto Lando e o Projecto de Pavia – regulam os contratos de adesão². O mesmo faz o novo Código Civil brasileiro, entrado em vigor já no corrente ano³. Também o legislador italiano, ao transpor, em 1996, a directiva comunitária sobre as cláusulas abusivas, manteve-se fiel à opção pioneira de 1942, inserindo no *Codice Civile* a nova regulamentação⁴.

Mais significativamente ainda, assistimos recentemente, na Alemanha, a uma reabsorção, pelo corpo normativo central, da disciplina das condições negociais gerais, originariamente constante de uma lei avulsa – a *AGB-Gesetz*, de 1976. Ao proceder a uma vasta reordenação do direito das obrigações, através da *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, de 2002, o legislador germânico não desperdiçou a oportunidade de integrar no *BGB* a disciplina desta matéria, hoje objecto dos §§ 305 e seguintes.

Não parece, assim, deslocado que, num fórum consagrado aos 35 anos do Código Civil, dediquemos o tempo que nos foi oferecido à análise de algumas questões do regime dos contratos de adesão.

2. Âmbito de aplicação

2.1. Âmbito objectivo. Os contratos de adesão: noção

² Também os “Princípios relativos aos contratos comerciais internacionais”, elaborados pelo UNIDROIT e publicados em 1995, consagram algumas disposições (arts. 2.19 a 2.22) à disciplina da adesão a cláusulas contratuais gerais.

³ Cfr. os arts. 423.º e 424.º.

⁴ Essa regulamentação consta dos arts. 1469-*bis* a 1469-*sexies*, sob a epígrafe “*Dei contratti del consumatore*”.

Estando em causa a aplicação de um regime distinto do regime geral dos contratos, a primeira tarefa do intérprete deverá ser, naturalmente, a de demarcação precisa do seu campo operativo.

E este é um ponto em que se processou uma significativa evolução legislativa. De facto, na sua versão originária, o DL n.º 446/85 contemplava apenas, de acordo com o art. 1.º e respectiva epígrafe, as cláusulas contratuais gerais, ou seja, as cláusulas preformuladas com vista à disciplina uniforme de uma multiplicidade de contratos de certo tipo, a celebrar pelo predisponente ou por terceiro.

Este âmbito de incidência do diploma era bem revelador do fundamento, claro e plenamente convincente, das medidas de tutela nele previstas. Estando em causa a necessidade de protecção de contraentes incapacitados, por razões estruturais, da defesa auto-responsabilizadora dos interesses próprios, um peso decisivo era conferido, na definição da área abrangida, aos "vectores colectivos" da contratação, como se diz no n.º 3 do preâmbulo. A pré-elaboração rígida dos termos negociais só relevava quando finalizada à padronização do conteúdo de contratos que reiteradamente se projectava celebrar. Do conjunto de requisitos exigíveis, esse era mesmo o elemento central, sobredeterminante dos restantes: visando-se a aplicação generalizada de cláusulas, com um intuito uniformizador, elas eram formuladas em abstracto, previamente ao estabelecimento de qualquer relação concreta, sem atendimento de dados singularizadores e sem abertura a posteriores modificações decorrentes de negociação⁵.

O DL n.º 446/85 posicionou-se, assim, como uma resposta normativa à instauração, por iniciativa privada, de uma ordem contratual divergente dos critérios legais de uma equilibrada

⁵ Cfr. o nosso *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*, Coimbra, 1990, 174.

composição de interesses, em prejuízo de um amplo círculo de contraentes. Nesta óptica macrojurídica, não estava em causa apenas a relação intersubjectiva entre as partes (e a situação de vulnerabilidade negocial de uma delas), mas também a relação predisponente-ordenamento. De facto, num papel concorrente com o do legislador, o predisponente, fazendo uso do seu *law making power*, põe fora de acção as soluções legislativas⁶. E dada a sua aplicação generalizada, as cláusulas contratuais gerais acabam por retirar, em amplos sectores do tráfico, efectividade ordenadora ao direito estadual.

Não estando as cláusulas contratuais gerais submetidas, como a análise económica do direito convincentemente demonstrou⁷, a parâmetros de concorrência, admitir, sem correcções e limites, a sua eficácia, importaria sufragar desequilíbrios a nível global do sistema de trocas, com perdas sociais significativas,. Por isso, ao elegê-las como o ponto focal das medidas de tutela, o legislador de 85 tomou em conta a dimensão colectiva do fenómeno, ligando a esse dado quantitativo uma valoração qualitativamente diferenciadora.

Entretanto, foi promulgada, em 1993, depois de um longo e atribulado processo de gestação, a directiva sobre as cláusulas abusivas em contratos com consumidores⁸. Ela obedece a uma outra linha de fundamentação, o que, naturalmente, se reflectiu no recorte do seu campo operativo.

De facto, a directiva integra-se na legislação comunitária de tutela do consumidor. É essa a sua inspiração básica, radicalmente assumida na primeira versão do projecto, de 1990⁹, que abrangia, sem

⁶ Como se diz num acórdão do *BGH*, de 29.10. 1956 (*NJW* 1957, 18), o que o predisponente pretende é "colocar uma outra regra em lugar da concebida por lei como justa e equitativa para os casos normais".

⁷ Cfr., por todos, MICHAEL ADAMS, "Ökonomische Begründung des AGB-Gesetzes. Verträge bei asymmetrischer Information", *Betriebs-Berater* 1989, 781 s.

⁸ Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993 (*JO* n.º L 95/29, de 21.4.93).

⁹ COM 90 322 final - SYN 285.

nenhuma restrição de carácter objectivo, todos os contratos entre um consumidor e um sujeito actuante no âmbito da sua actividade comercial, empresarial ou profissional, independentemente de as suas cláusulas terem ou não sido negociadas e de corresponderem ou não a cláusulas contratuais gerais. O que importava era apenas a qualidade do sujeito protegido e não a qualidade da contratação.

Por forte pressão de influentes sectores doutrinários da área germânica, avessos à consagração de uma "bipartição geral do direito dos contratos"¹⁰, a que levava a aceitação de uma genérica e indiferenciada necessidade de tutela do consumidor, foi posteriormente introduzido um requisito suplementar, respeitante ao modo de contratar: nos termos do n.º 1 do art. 3.º, apenas as cláusulas de um contrato de consumo que não tenham sido objecto de negociação individual estão sujeitas ao juízo de abusividade. A aplicação do regime especial está, no texto final da directiva, "situativamente condicionada" a essa ocorrência¹¹.

Sobre este ponto, a disciplina consagrada entre nós mostrava-se simultaneamente menos e mais abrangente: mais abrangente porque não se restringia às relações de consumo; menos abrangente, por não se estender a todas as cláusulas preformuladas e inseridas sem negociação, mas apenas às que revestissem a natureza de cláusulas contratuais gerais.

Este último desfasamento do âmbito objectivo de aplicação punha o nosso regime aquém do nível de protecção do consumidor

¹⁰ Esse, segundo BRANDNER/ULMER, seria o indesejável resultado da aprovação da proposta da directiva ("EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen", *Betriebs-Berater* 1991, 702). CANARIS ("Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft", FS Peter Lerche, München, 1993, 888) não hesitou, mesmo, em considerar a proposta inconstitucional, em face da Lei Fundamental de Bonn.

¹¹ Mas, com essa alteração, pode dizer-se que a designação do objecto da directiva, como sendo as "cláusulas abusivas", peca por excesso, sugerindo um âmbito de aplicação que, na realidade, ela não tem. Melhor se diria que a directiva respeita às cláusulas inseridas por adesão em contratos com consumidores.

requerido pela directiva, pelo que se tornou inevitável uma alteração legislativa. Essa transposição, falhada pelo DL n.º 220/95, de 31 de Agosto, só veio a ser realizada, de forma clara, pelo DL n.º 249/99, de 7 de Julho, que acrescentou um novo número ao art. 1.º do DL n.º 446/85 (actual n.º 2), do seguinte teor: "O presente diploma aplica-se igualmente às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar".

A partir desta alteração, pode dizer-se, com rigor, que o regime especial de tutela tem por objecto os contratos de adesão, ainda que a lei portuguesa, contrariamente à directiva¹², não utilize a expressão¹³. Ela denota o peculiar modo de formação do consenso. A uma das partes é apresentado um conteúdo contratual prévia e unilateralmente fixado, de forma rígida, sem que lhe seja oferecida pela contraparte qualquer oportunidade de negociação. Daí que a sua aceitação seja caracterizada como uma simples adesão.

Atendendo apenas ao processo formativo, é requisito necessário, mas também suficiente, da figura, a aceitação, sem possibilidade de negociação, de cláusulas prefixadas. Daí que o conceito, para além dos contratos estandardizados, que incorporam ou remetem para cláusulas contratuais gerais (art.1.º, n.º1), englobe também os "contratos individualizados", para empregar a terminologia da lei portuguesa (art. 1.º, n.º 2). "Individualizados" porque o seu teor,

¹² No considerando 9 e no art. 3.º, n.º 2, 1.ª e 2.ª frases. Diga-se que, nestas duas normas, a expressão não é empregue na mesma acepção. Na primeira, indica-se uma espécie dentro de um género, a adesão a cláusulas "redigidas com vista a uma utilização generalizada" (como se diz no art. 7.º, 2), ou seja, a cláusulas contratuais gerais; na segunda, o termo vem utilizado no seu sentido mais amplo, é "omnicomprensivo, está pelo todo" (PARDOLESI, "Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?", *Foro italiano* 1994, col. 141), referindo todos os contratos integrados por cláusulas preformuladas e inseridas sem negociação, ainda que despidas das notas de generalidade e abstracção que caracterizam as cláusulas contratuais gerais.

¹³ Ela já tinha, todavia, assento legal na ordem jurídica portuguesa, no art. 7.º do DL 49.408, de 24.11.69 (regime jurídico do contrato individual de trabalho).

ainda que unilateralmente fixado por uma das partes, sem margem para qualquer participação modeladora da outra, não se destina a uma aplicação generalizada, visando conformar uma única relação.

Contratos de adesão e contratos celebrados com base em condições negociais gerais não são, pois, conceitos inteiramente sobreponíveis¹⁴, sem prejuízo de, normalmente, e sobretudo no âmbito das relações de consumo, a preformulação rígida de cláusulas se ficar a dever à intenção da sua utilização generalizada¹⁵. Os contratos de adesão formam, como vimos, uma categoria mais ampla, pois abrange todos os casos de imposição unilateral de cláusulas prefixadas, mesmo que o tenham sido para modelar o conteúdo de uma única relação.

Sendo assim, a qualificação depende, exclusivamente, da questão de saber se o conteúdo das cláusulas pode ser imputado a ambas as partes, ou se, pelo contrário, ele resulta de um "*Diktat*" unilateral, da imposição, por um dos contraentes, de uma prévia conformação inegociável.

A precisa definição deste requisito é matéria delicada, já que as situações contratuais apresentam, a este respeito, diferenciações muito chegadas, numa escala gradativa sem descontinuidades, não sendo fácil, por isso, estabelecer uma linha divisória segura. Para esse efeito, a preformulação, só por si, nada nos diz de decisivo, pois não exclui a posterior abertura de um processo negocial. Não sendo exigível a

¹⁴ Para uma diferenciação conceptual, cfr. a nossa *ob. cit.*, 131 s., e, por último, PINTO MONTEIRO, "Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções", *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, 1103 s.

¹⁵ Já SALEILLES, no célebre passo em que deu nome à figura, alude à generalidade como nota caracterizadora: "Há pretensos contratos, que de contrato não têm senão o nome, e cuja construção jurídica está por fazer (...); é o que se poderia chamar, há falta de melhor, contratos de adesão, nos quais há predominância exclusiva de uma só vontade, que, agindo como vontade unilateral, dita a sua lei, já não a um indivíduo, mas a uma comunidade indeterminada" (*De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (art. 116 à 144)*, Paris, 1929, 229 – a 1.ª ed., em que já consta esta referência, é de 1901).

determinação conjunta do conteúdo contratual¹⁶, nada obsta, e é, até, normal que as negociações incidam sobre um texto pré-redigido por uma das partes e apresentado à outra para apreciação. O que verdadeiramente conta é saber se essas cláusulas são propostas ou, pelo contrário, rigidamente predispostas, se elas são comunicadas para servir de base e ponto de partida ao processo dialógico de ajustamentos recíprocos ou se, na intenção do seu redactor, representam antes os termos definitivos do contrato, os únicos em que ele se manifesta disposto a contratar¹⁷.

Por outro lado, o ter havido conversações entre os contraentes, não é, em si mesmo, um dado suficientemente esclarecedor, pois não constitui um certificado seguro da possibilidade real de autodeterminação por parte do contraente que se depara com um conteúdo contratual preformulado. Ora, o regime diferenciado dos contratos de adesão funda-se, justamente, no atendimento da falta de pressupostos materiais de uma autotutela adequada dos interesses próprios por parte do contraente a quem é posta unicamente a alternativa de aceitar, sem modificações, o conteúdo do contrato, ou de renunciar, pura e simplesmente, à sua celebração.

Em conformidade, justifica-se a opção por uma directriz de cunho mais "substancialista", digamos assim, não obstante as dificuldades aplicativas que ela gera. Pioneiro neste domínio, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro consagrou, no art. 54.º, um critério deste tipo, prescrevendo que são de adesão os contratos cujas cláusulas tenham sido estabelecidas unilateralmente, "(...) sem que o consumidor

¹⁶ Cfr. GIORGIO LENER, "La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori", *Il foro italiano* 1996, col. 149.

¹⁷ Cfr. MANFRED WOLF, "Die Vorformulierung als Voraussetzung der Inhaltskontrolle", *Festschrift für Erich Brandner*, Köln, 1996, 299s.

possa discutir ou modificar o seu conteúdo"¹⁸. Foi essa também a opção que o legislador comunitário tomou, no art. 3.º, n.º 2, 1.ª frase, da directiva, ao prescrever que "considera-se que uma cláusula não foi objecto de negociação individual sempre que a mesma tenha sido redigida previamente e, conseqüentemente, o consumidor não tenha podido influir no seu conteúdo (...)" . O legislador português veio a consagrar também esta ideia reguladora, no actual n.º 2 do art. 1.º do DL n.º 446/85.

À luz deste critério, o que conta é "a possibilidade real de uma influência modificadora no conteúdo da cláusula", numa fórmula repetidamente utilizada pelo Supremo Tribunal Alemão¹⁹. A preformulação só é factor de aplicação do regime especial de tutela quando afaste a possibilidade de participação da contraparte na modelação do conteúdo. Mas os dois dados têm que vir ligados por um nexó causal, só relevando a impossibilidade de influência que resulte da prefixação rígida do conteúdo²⁰. Outras causas exógenas, estranhas ao processo de contratação, podem levar à impugnação da validade do consentimento (no quadro do regime dos negócios usurários, por

¹⁸ O Código Civil do Québec também optou, no art. 1379.º, por uma noção deste tipo: "*Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées*" ("O contrato é de adesão quando as estipulações essenciais que ele comporta foram impostas por uma das partes ou redigidas por ela, por sua conta ou segundo as suas instruções, não podendo ser livremente discutidas").

¹⁹ Cfr., por exemplo, os acórdãos de 30. 9. 87 (NJW 1988, 410), de 27.3.91 (NJW 1991, 1678) e de 10.10.91 (NJW 1992, 1107).

²⁰ Revela-se expressiva, sob este ponto de vista, a noção que MARIO SERIO nos dá de contrato de adesão, como sendo o contrato "que, pelo carácter predeterminado das suas cláusulas, preclui o aderente qualquer possibilidade de concorrer para determinar o seu conteúdo" ("Profili comparatistici delle clausole vessatorie", *Europa e diritto privato* 1998, 81). A ligação causal entre preformulação rígida e impossibilidade de participação do aderente na conformação dos termos contratuais é explicitada pelo texto da directiva (art. 3.º, n.º 2, 1.ª frase), através do advérbio de modo "conseqüentemente", e também pela lei alemã, ao dispor que certas disposições da *AGB-Gesetz* se aplicam também às cláusulas preformuladas para uma única utilização, "*soweit der Verbraucher auf Grund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte*" ("na medida em que o consumidor, devido à preformulação, não tenha podido influir no seu conteúdo") – § 24 a, introduzido pela Lei de alteração à *AGB-Gesetz*, de 19 de Julho de 1996.

exemplo), mas são inconsideradas para efeito de aplicação do regime dos contratos de adesão.

Mas é claro que esse regime só se aplicará às cláusulas que satisfaçam este requisito. E, não obstante a designação, é frequente acontecer que nem todo o contrato seja de adesão, encontrando-se alguns pontos da sua disciplina prefixados, mas outros abertos à negociação. Nessa hipótese, só as cláusulas da primeira espécie se regem pelas normas especiais referentes aos contratos de adesão, aplicando-se às restantes o regime geral dos contratos.

2.2. Âmbito subjectivo

Se, quanto ao âmbito objectivo, a situação é hoje perfeitamente clara, sendo certo que estão abrangidas todas as cláusulas em contratos de adesão, quer as de uso geral, quer as de uso individualizado, o mesmo já não se passa quanto ao âmbito subjectivo. A dúvida circunscreve-se a esta última espécie de cláusulas, pois quanto aos contratos de adesão integrados por cláusulas contratuais gerais é seguro que continua em vigor o regime de protecção genérica de todos os aderentes, ainda que com níveis de tutela diferenciados.

E essa dúvida nasce pelo facto de a norma que operou o alargamento do campo de aplicação aos contratos de adesão individualizados (actual n.º 2 do art. 1.º) identificar o sujeito protegido como sendo o "destinatário" das cláusulas pré-elaboradas. Deve entender-se, à letra, que o diploma é aplicável, sem restrições, sempre que um qualquer contraente se encontre nessa situação negocial, ou, pelo contrário, exige-se, numa interpretação restritiva, que o destinatário das cláusulas intervenha no contrato em veste de consumidor?

Esta é, porventura, a mais espinhosa questão suscitada pelos diplomas de transposição. E de pouco adianta recorrer-se, para a sua solução, ao preâmbulo do DL n.º 249/99, que não fornece, em nossa opinião, argumentos que apontem seguramente num dado sentido.

É certo que nele se invoca a directiva e a necessidade de "assegurar a sua correcta e completa transposição". E a opção restritiva era bastante para atingir esse objectivo²¹. Mas aquela afirmação não pode ser descontextualizada das observações anteriores, justificativas de uma segunda intervenção legislativa de transposição. Aí se refere que a nova redacção dada ao DL n.º 446/85 pelo DL n.º 220/95, de 31 de Agosto, "não se mostrou ainda conforme com as disposições da Directiva comunitária n.º 93/13/CEE, porquanto manteve o seu campo de aplicação material limitado às cláusulas contratuais destinadas a serem utilizadas por sujeitos indeterminados (...)". Ou seja, a "correcta e completa transposição" que se visa reporta-se ao ponto em que o diploma anterior tinha ficado aquém do exigido pela directiva, por ter mantido um âmbito de aplicação restrito às cláusulas contratuais gerais.

As considerações do preâmbulo têm exclusivamente a ver com o âmbito de aplicação material, pelo que, quanto ao âmbito de aplicação subjectivo, ele não fornece, do nosso ponto de vista, apoio consistente a nenhuma das interpretações. Nada nos indica, com um mínimo de segurança, que o legislador português que, quanto a outros aspectos do regime, tinha ido (e manteve-se) para além do que lhe era imposto pela

²¹ Mas já não pode constituir argumento a afirmação de que "o preâmbulo do diploma refere-se, sempre, e exclusivamente, ao sujeito jurídico *consumidor*", como pretende ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, 2.ª ed., Coimbra, 2001. Na verdade, como faz notar OLIVEIRA ASCENSÃO ("*Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé*", *ROA* 2000, 593), o preâmbulo, a propósito dos contratos de adesão individualizados, refere-os como "*dirigidos a pessoa ou consumidor determinado*" (itálico nosso). Mas daqui também não pode extrair-se a conclusão inversa de que foi essa a opção do nosso legislador, pois aquele passo não pretende caracterizar o regime a instituir entre nós, mas o constante da directiva. E o preâmbulo cai, quanto a isso, num clamoroso erro de apreciação, já que é absolutamente seguro que a directiva tem o seu campo de aplicação subjectivo restringido às relações de consumo. E não cairemos na tentação de sugerir que foi precisamente esse erro que depois se reflectiu nos termos do n.º 2 do art. 1.º do DL n.º 249/99...

ordem comunitária²², tenha optado aqui por uma solução estritamente seguidista da directiva.

À falta de outros elementos interpretativos, fica-nos o elemento literal e as outras componentes do elemento histórico. Eles depõem fortemente a favor da aplicação alargada, sem restrições de índole subjectiva. Na verdade, cremos que é de presumir que a referência ao "destinatário" seja intencional, dada a divergência notória com a directiva que, pela segunda vez, se estava a transpor. Esse termo é, aliás, utilizado na previsão anterior (n.º 1 do art. 1.º), respeitante às cláusulas contratuais gerais, e aí indubitavelmente com uma abrangência geral, não sendo razoável admitir que, em duas normas seguidas, o mesmo termo seja empregue em acepções diversas. Com a opção pela tutela de qualquer aderente, consumidor ou não, o legislador mais não estava, aliás, senão a colocar-se, quanto a este ponto, numa linha de continuidade com o regime em vigor (distinto do da generalidade dos ordenamentos), referido apenas a uma dada situação negocial, e não a uma certa categoria de pessoas.

E a comparação com o que se passou na transposição da directiva para o direito alemão reforça este entendimento. O legislador germânico defrontou-se com um problema idêntico ao do legislador português. Em ambas as ordens jurídicas estavam em vigor regimes com um âmbito de aplicação restrito às cláusulas contratuais gerais, mas não dependente, quanto à generalidade dos seus preceitos, da qualificação da pessoa do aderente como consumidor. Tal como o nosso, esse regime encontrava-se, pois, desfasado dos padrões da directiva, quer do ponto de vista objectivo, quer do ponto de vista subjectivo. Ora, ao estender a esfera de aplicação de certas normas do

²² Pelo que não foge à verdade o preâmbulo do DL n.º 220/95, ao considerar que a disciplina entre nós consagrada se mostra, em muitos aspectos, "mais exigente e rigorosa".

diploma, como se lhe impunha, aos contratos de adesão individualizados, o legislador alemão foi terminologicamente bem explícito em reportar a extensão do regime apenas aos contratos com consumidores.

O legislador português que, nesta matéria, se inspirara largamente nas soluções do direito alemão, não podia ignorar esta referência normativa, dada à luz do dia três anos antes. Não obstante, seguiu outra via expressiva, preferindo designar a contraparte do utilizador das cláusulas como o destinatário delas. É dificilmente crível que o não tenha feito de ânimo pensado.

A rejeição, neste contexto, desta indicação literal, só podia dar-se com base numa contra-indicação de peso decisivo. Tudo somado, não a descortinamos, pelo que, em face dos elementos objectivos disponíveis, propendemos a considerar que o n.º 2 do art. 1.º tem, do ponto de vista subjectivo, um âmbito de aplicação geral, idêntico ao do n.º 1²³.

Poderá questionar-se, é certo, a fundamentação material de uma tão ampla extensão da tutela para fora do domínio das cláusulas contratuais gerais. Mas, uma vez admitido que a necessidade de protecção do aderente se prende à unilateralidade de conformação do conteúdo contratual, independentemente da sua aplicação generalizada²⁴, fica por explicar porque é que esse pensamento de tutela só é válido na esfera das relações de consumo.

²³ Nesse sentido, cfr. também ALMEIDA COSTA, *Síntese do regime jurídico vigente das cláusulas contratuais gerais*, 2ª ed., Lisboa, 1999, 20, n. 14, FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, I, 2ª ed., Coimbra, 2003, 164-165, OLIVEIRA ASCENSÃO, "Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé", *cit.*, 593-594, e PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, 1130. Em sentido contrário, advogando a aplicação restrita ao aderente-consumidor, ALMENO DE SÁ, *ob. cit.*, 39 (para quem a utilização do termo destinatário corresponde a uma "imperfeição terminológica" do legislador), MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, I - Parte geral*, tomo I, 2ª ed., Coimbra, 2000, 469-470, e *Manual de Direito Bancário*, 2ª ed., Coimbra, 2001, 488, e MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, Coimbra, 2000, 45.

²⁴ Já tivemos oportunidade de manifestar sérias dúvidas a este respeito – cfr. *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, 1999, esp. 603 s.

De facto, aquela opção parece assentar numa concepção “integrata” do contrato, sem transigências ou relativizações quanto às faculdades que à liberdade contratual compete assegurar. Nessa óptica, não se vê que fique espaço para o requisito suplementar da presença do consumidor na relação, pois a qualquer sujeito colocado na posição de aderente é denegada, em termos efectivos, a liberdade de estipulação. A exigência cumulativa dos dois requisitos, um de natureza objectiva, o outro de natureza subjectiva, não prima pela coerência²⁵, devendo-se mais à necessidade de um compromisso político-jurídico entre legislações nacionais divergentes (a francesa e a alemã, em particular) do que a uma consistente linha de pensamento²⁶. E há-de convir-se que tal não parece constituir razão bastante para levar o legislador português a abandonar a sua deliberada opção anterior de prescindir do *status* do aderente.

A solução que, nesta interpretação, foi consagrada reveste-se de enorme significado²⁷, pois importa a elevação à categoria de dado normativamente relevante, com alcance genérico, do que não passava

²⁵ Será tendo isso em vista que BIANCA considera que a delimitação subjectiva é um “traço distorsivo” do regime da directiva (“Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore”, *Le nuove leggi civili commentate* 1997, 752). O Autor cita OPPO (*Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, a cura di C. M. Bianca e Alpa, Padova, 1996, 3), que, classificando o requisito subjectivo como uma “incoerência”, incita o intérprete da lei de transposição italiana a superar o dado literal, por forma a proteger também o profissional liberal e o empresário.

²⁶ Pode dizer-se que esses factores da previsão legal radicam em distintos pontos de vista valorativos, sem conexão entre si, sendo mais natural uma relação de alternatividade entre eles do que de complementação recíproca (nesse sentido a nossa *ob. ult. cit.* 612-613 e ALIBRANDI, “Prime riflessioni sulla direttiva comunitaria n.º 93/13 (clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori”, *Banca, borsa e titoli di credito* 1993, 717-718)). Não por acaso, a generalidade dos ordenamentos que privilegiam a óptica da tutela do consumidor não dá relevância ao modo de formação do vínculo como condição de aplicação do regime especial. É assim no direito francês, no direito brasileiro e nos direitos dos países nórdicos. Por outro lado, as vozes francamente minoritárias da doutrina alemã e de influência alemã que, contra o teor da *AGB-Gesetz*, defenderam, com fundamentos diversificados, a aplicação de uma regime de controlo a todas as cláusulas não negociadas, fizeram-no inteiramente à margem de qualquer ideia de tutela específica do consumidor – cfr. sobretudo MANFRED LIEB, “Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen? Überlegungen zum Anwendungsbereich der sogenannten Inhaltskontrolle privatrechtlicher Verträge”, *Archiv für die civilistische Praxis* 1978, 196 s., WIEDEMANN, “Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge”, *Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer*, Bern, 1980, 175 s., KRAMER, “Nichtausgehandelter Individualvertrag, notariell beurkundeter Vertrag und AGBG”, *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht* 1982, 105 s.

²⁷ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob. cit.*, 594, para quem ela “representa uma viragem de grande amplitude na ordem jurídica portuguesa”, o que o Autor valora positivamente.

de uma representação ideal do contrato, perspectivado como auto-regulamentação bilateral de interesses, de conteúdo imputável a ambas as partes. A falta de negociação, qualquer que seja a dimensão aplicativa das cláusulas e a qualidade em que o aderente intervém, importa agora a sujeição do contrato a um regime próprio.

Singular, em face das ordens jurídicas europeias que nos estão mais próximas, esta solução não fica isolada, encontrando, à escala global, regimes paralelos. É o caso dos novo Código Civil brasileiro e do Código Civil do Québec, que contêm disposições respeitantes aos contratos de adesão, em sentido amplo, de aplicação irrestrita²⁸. Também os Princípios do Direito Europeu dos Contratos (Projecto Lando), repositório, em veste normativa, das propostas doutrinárias mais actuais da civilística do Velho Continente, consagra um regime próprio para todos os *terms not individually negotiated*, sem discriminações quanto à pessoa do aderente (cfr. os arts. 2:104 e 4:110). E o comentário a esta última norma explicita o propósito deliberado de alargar aos contratos entre "pessoas privadas" e aos contratos comerciais o regime previsto na directiva para os contratos de consumo.

De resto, o temor de consequências nefastas para o equilíbrio geral do sistema (que terá motivado alguma da relutância em aceitar a solução) perde grande parte da sua razão de ser, se admitirmos o critério de repartição do ónus da prova adiante defendido.

3. Problemas de ajustamento de regime resultantes da extensão aplicativa aos contratos de adesão individualizados. Indicação de sequência

²⁸ Cfr. os arts. 423.º e 424.º do primeiro e os arts. 1379.º, 1432.º e 1435.º a 1437.º do segundo.

Mas, a sujeição a um regime unitário não pode eliminar, como que por um passe de mágica, as profundas diferenças estruturais entre as cláusulas individualizadas não negociadas e as cláusulas contratuais gerais. Estas levantam problemas específicos, já que a sua pretendida eficácia ordenadora de uma multiplicidade de contratos lhes dá uma certa autonomia em relação a cada contrato singular em que se venham a insirir.

Ora, tendo o diploma, na sua versão original, sido formulado apenas para reger as cláusulas contratuais gerais, algumas das suas disposições não se ajustam de todo ou, pelo menos, não se mostram adequadas, às cláusulas constantes de contratos individualizados. A genérica extensão aplicativa determinada pelo n.º 2 do art. 1.º não pode, pois, ser tomada à letra, pois ela é apenas parcial, havendo que distinguir cuidadosamente os preceitos que se aplicam, tal qual, a todas as cláusulas preformuladas daqueles outros cuja aplicação requer uma reformulação adaptativa, bem como dos que continuam a ter um âmbito operativo circunscrito às cláusulas contratuais gerais. A própria directiva comunitária, que está longe de ter a riqueza e a complexidade reguladoras do nosso diploma, não deixou de explicitar essa diferenciação, fixando, para duas das suas normas (art. 3.º, n.º 2, 3.ª frase, e art. 7.º n.º 2), uma esfera de aplicação restrita às cláusulas contratuais gerais.

O DL n.º 249/99 não contém qualquer indicação directa a este respeito²⁹, pelo que toda a tarefa de diferenciação e de adaptação recai sobre os ombros do intérprete.

No que diz respeito à acção inibitória, não se levanta qualquer tipo de problemas, sendo evidente que o controlo preventivo, através

²⁹ Mais avisado foi o legislador alemão, que deixou explícito, na lei de 19 de Julho de 1996 (art.1.º, n.º 2) que às cláusulas preformuladas para uma única utilização só são aplicáveis os §§ 5, 6 e 8 a 12 da *AGB-Gesetz*.

dessa acção, só é accionável no caso das cláusulas contratuais gerais³⁰. Já a directiva, na segunda das duas normas acima citadas, contém esta restrição, quase se podendo dizer que ela resulta da natureza das coisas. Na verdade, quer pelo seu objecto – as cláusulas *a se stante*, "independentemente da sua inclusão efectiva em contratos singulares", como se diz na parte final do art. 25.º do DL n.º 446/85) – quer pelo seu fim – a proibição de utilização no futuro – este mecanismo processual não faz sentido em relação a cláusulas que só têm vida no quadro de uma relação concreta e individualizada³¹.

Mas, noutros pontos, podem suscitar-se algumas questões quanto ao âmbito da unificação do regime. Sem pretensões de sermos exaustivos, vamo-nos deter aqui na análise da regra de repartição do ónus da prova da negociação, da aplicabilidade do art. 7.º e dos factores de valoração da admissibilidade do conteúdo das cláusulas.

4. Ónus da prova da negociação

Dadas, até, as incertezas a que pode dar lugar o critério distintivo dos contratos de adesão, é de suma importância determinar sobre quem recai o ónus da prova da negociação. E a questão pode ser formulada deste modo: é o utilizador da cláusula quem tem que provar ter ela ocorrido, ou é antes ao aderente que incumbe provar a sua falta?

Saliente-se, antes de mais, que o que conta, para efeitos de afastar a disciplina especial dos contratos de adesão, é, como expressamente se refere na lei portuguesa e na directiva comunitária, a negociação individual, ou seja, a que se estabeleceu entre as próprias

³⁰ Nesse sentido, PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, 1130.

³¹ É por essa mesma razão que o requisito de elaboração prévia, como FERREIRA DE ALMEIDA pertinentemente destaca, não pode ter o mesmo significado no caso dos contratos de adesão individualizados e no das cláusulas contratuais gerais (*ob. cit.*, 132-133).

partes do contrato em apreciação, como explicita o n.º 3. Nega-se, assim, uma tal eficácia à negociação colectiva, a que teve lugar entre associações representativas dos interesses de cada um dos contraentes. Atentas as debilidades funcionais da "sindicalização dos interesses privados"³², fora da área das relações laborais, é essa, sem dúvida, a solução mais adequada.

Até ao decreto-lei n.º 220/95, de 31 de Agosto, não constava do DL n.º 446/85 qualquer regra de repartição do ónus da prova. Entre outras alterações, aquele diploma acrescentou um n.º 2 ao art. 1.º (actual n.º 3), com o seguinte teor: "O ónus da prova de que uma cláusula contratual resultou de negociação prévia entre as partes recai sobre quem pretenda prevalecer-se do seu conteúdo". O preceito requer alguns esclarecimentos, quer quanto à indicação do sujeito onerado, quer quanto ao seu âmbito de aplicação.

No que respeita ao primeiro aspecto, os termos utilizados resultam de não se ter assumido claramente, a nível das formulações, aqui como noutros pontos do regime legal³³, a sua natureza de disciplina integrante de uma ordem pública de protecção unidirecionada à pessoa do aderente. Mas a expressão empregue, aparentemente neutra, designa, na realidade, o utilizador da cláusula, responsável pela sua inserção no contrato. Fazer recair o ónus da prova sobre "quem pretenda prevalecer-se" do conteúdo da cláusula só faz sentido no contexto específico de uma situação em que uma estipulação vantajosa para o utilizador não pode valer pelo regime dos contratos de adesão, mas é admissível pelo regime comum. Nesse caso, e para afastar a aplicação daquele regime, o mesmo é dizer, para poder prevalecer-se de

³² A expressão é de PIETRO BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, 2ª ed., Napoli, 1980, 275.

³³ Cfr., por exemplo, o art. 16.º, onde, ao concretizar-se o conteúdo prescrito da norma básica de controlo se nomeiam indiferenciadamente as "partes", em vez de se referir o aderente.

uma cláusula cujo conteúdo lhe é favorável, o utilizador tem que provar a negociação. Esta interpretação restritiva impõe-se, pois, de outro modo, e tomado o preceito à letra, cairíamos no absurdo de exigir que o aderente, para poder invocar uma cláusula contratual, tivesse que ilidir a presunção de inexistência de negociação, e isto ao abrigo de um diploma que o protege tendo em conta, justamente, esse dado. Se, no contexto específico de uma dada relação, um aderente tiver interesse na aplicação de uma cláusula, não tem mais do que invocá-la.

Quanto ao âmbito de aplicação, já se sustentou que a presunção de falta de negociação tem um alcance geral, vigorando, quer nos casos de adesão a cláusulas contratuais gerais, quer nos de adesão a cláusulas individualizadas³⁴. Mas entendemos que ela só abrange a primeira hipótese³⁵. Depõe nesse sentido, em primeiro lugar, o facto de a regra visar transpor a 3.^a frase do n.º 2 do art. 3.º da directiva, que reza assim: "Se o profissional sustar que uma cláusula normalizada foi objecto de negociação individual, caber-lhe-á o ónus da prova". Não obstante a infelicíssima tradução, é absolutamente certo que a previsão se refere às cláusulas contratuais gerais, como, além do mais, resulta directamente

³⁴ Nesse sentido, FERREIRA DE ALMEIDA, *ob.cit.*, 135-136. Essa conclusão resultaria, por um lado, do facto de o diploma de 1999, que estendeu aos contratos individualizados, através do novo n.º 2 do art. 1.º, o regime de tutela inicialmente previsto apenas para as cláusulas contratuais gerais, ter passado a regra do ónus da prova (anteriormente o n.º 2) para n.º 3 desse artigo, pelo que essa regra abrangeria as duas previsões que a antecedem. Por outro lado, o teor do preceito iria no mesmo sentido, uma vez que ele refere a prova da "cláusula contratual" e não da "cláusula contratual geral".

Nenhum dos argumentos é, do nosso ponto de vista, decisivo. Quanto ao último, não nos podemos esquecer que a norma foi introduzida em 1995, no art. 1.º, que, ao traçar o campo aplicativo do diploma, se referia então apenas às cláusulas contratuais gerais, como constava da respectiva epígrafe e do n.º 1. A repetição do qualificativo era, neste contexto, desnecessária e, até, literariamente desaconselhável. Quanto ao primeiro, cremos que não se pode retirar da colocação sistemática a conclusão pretendida, pois não custa admitir que o legislador tenha querido tratar primeiro do âmbito material, para só depois estabelecer a regra processual do ónus da prova. Recorde-se que o actual n.º 2 foi enxertado, em 1999, como um acrescento ao disposto no n.º 1, alargando o campo aplicativo que deste resulta ("o presente diploma aplica-se igualmente ..." são os seus termos iniciais), fazendo todo o sentido, independentemente da opção a tomar quanto ao ónus da prova, que as duas normas se dispusessem em ordem sucessiva. A reformulação, nestes termos, do âmbito do diploma implicou a deslocação do anterior n.º 2 para um novo n.º 3, mas sem que daí se possa extrair conclusões seguras quanto ao ponto em análise.

³⁵ É essa, também, a solução no direito italiano, dispondo o n.º 5 do art. 1469.º- *ter* do *Codice Civile* que "*nel contratto concluso mediante sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, incombe sul professionista l' onere di provare che le clausole (...) siano stati oggetto di specifica trattativa con il consumatore*".

das versões noutras línguas. Ora, é directriz hermenêutica bem assente que, na dúvida quanto ao sentido de uma norma de transposição, deve prevalecer a interpretação conforme à directiva.

Por outro lado, a diferenciação de regimes, quanto a este ponto, tem uma justificação material evidente. Se faz parte de um determinado contrato uma cláusula preformulada, com um conteúdo igual ao das que um dos contraentes inclui, por rotina, na multiplicidade de contratos do mesmo tipo que celebra, *prima facie* tudo aponta para que se trate de uma cláusula introduzida unilateralmente, sem possibilidade de negociação pela contraparte. Digamos, até, que, neste caso, o requisito não tem grande autonomia, sendo como que absorvido pelas restantes características das cláusulas contratuais gerais³⁶ – a preformulação e o uso generalizado –, as únicas que o aderente terá que provar. Ao interessado restará apenas contrariar aqueles indícios, provando que, no caso concreto, ao seu parceiro contratual foi dada uma suficiente oportunidade de participar na conformação do conteúdo. A ter êxito a prova desse facto, tal obstará a que a cláusula possa ser qualificada de adesão, o que constituirá uma circunstância impeditiva da aplicação do regime que lhes é próprio, no quadro da relação em causa³⁷.

Já o mesmo não se passa com cláusulas ajustadas a uma relação singular. Neste caso, não se vislumbra, à partida, qualquer elemento objectivo que nos diga, com uma boa dose de verosimilhança, se o contrato é de adesão ou não. Não há, assim, qualquer base factual legitimadora de uma presunção no primeiro sentido. E a falta de negociação é, nesta hipótese, o requisito autonomamente constitutivo do direito, que um dos contraentes se arroga, a beneficiar do particular

³⁶ Cfr. a nossa *ob. ult. cit.*, 627.

³⁷ Sem prejuízo de, para efeitos da acção inibitória, essas cláusulas continuarem a ser tratadas como cláusulas contratuais gerais, sujeitas ao controlo preventivo.

regime de tutela que a tem por pressuposto. De acordo com os critérios gerais, cabe-lhe a ele a respectiva prova.

Ainda que tenha por si, em nosso juízo, suficientes razões fundamentadoras, independentemente da resposta à questão do âmbito subjectivo de aplicação da disciplina dos contratos de adesão, a justificação desta diferenciação de regimes do ónus da prova ganha, como é bom de ver, um peso reforçado para quem, como é o nosso caso, considere que qualquer aderente é protegido.

5. Aplicabilidade do art. 7.º

No art. 7.º prevê-se uma contradição entre cláusulas "especificamente acordadas" e cláusulas contratuais gerais, determinando-se a prevalência das primeiras. Que sentido pode ter a aplicação desta norma às cláusulas inseridas por adesão em contratos individualizados, em cumprimento do disposto no art. 1.º, n.º 2?

A resposta a esta questão depende do lado em que situemos estas cláusulas quanto ao conflito que é pressuposto de aplicação do art. 7.º. Na formulação original do DL n.º 446/85, circunscrito às cláusulas contratuais gerais, era manifesto que as cláusulas individualizadas não negociadas se integravam na primeira das duas categorias em contraposição, a das "cláusulas especificamente acordadas".

De facto, "acordadas" não é o mesmo que negociadas. Acordadas são, ao fim e ao cabo, todas as cláusulas, uma vez que todas elas, incluindo as cláusulas contratuais gerais, só vigoram nos contratos singulares pela aceitação (art. 4.º). De forma que no conceito de cláusulas *especificamente* acordadas cabem todas as que visam a configuração concreta de uma dada relação, independentemente de terem sido negociadas ou não.

Não se estranha, assim, que se tenha considerado inútil a aplicação do art. 7.º a contratos de adesão individualizados³⁸, pois, estando em jogo contratos desta natureza, jamais se poderá verificar a contraposição que a norma prevê. Isso mesmo terá pensado o legislador alemão, ao não incluir o homólogo § 4 da *AGB-Gesetz* entre as normas também aplicáveis às cláusulas preformuladas para uma única utilização.

Indo mais longe, pode até dizer-se que, para preservar, em toda a sua plenitude, o âmbito aplicativo do preceito, não podemos submeter essas cláusulas ao mesmo tratamento do das cláusulas contratuais gerais, o que implicaria transplantá-las para o segundo termo da contraposição prevista no art. 7.º. Quando em conflito com cláusulas contratuais gerais, às cláusulas individualizadas deve ser atribuída prevalência. O que significa que devem conservar a valência diferenciada que possuíam, anteriormente à transposição da directiva, pelo que não há, quanto a este ponto, qualquer unificação de regime.

Mas, no actual contexto aplicativo, justifica-se, porventura, extrair do preceito uma dimensão normativa complementar, que lhe conferirá uma operatividade alargada. Na verdade, ao distinguir entre cláusulas individualizadas negociadas e não negociadas, equiparando estas últimas às cláusulas contratuais gerais, o diploma de transposição abriu espaço para uma outra contraposição relevante. Basta que se admita que, por força dessa equiparação, tais cláusulas, quando em confronto com cláusulas negociadas, sofrem o mesmo destino das cláusulas contratuais gerais, posicionando-se agora do lado das cláusulas que devem ceder, perdendo eficácia conformadora. A dualidade de natureza estabelece-se aqui no interior das cláusulas individualizadas, contrapondo as negociadas às não negociadas. A

³⁸ Nesse sentido, FERREIRA DE ALMEIDA, *ob. cit.*, 167.

prevalência das primeiras, ainda que não directamente prevista no art. 7.º, resulta, com suficiente clareza, da razão de ser desta norma³⁹, em conjugação com o fundamento da extensão aplicativa levada a cabo pelo DL n.º 249/99⁴⁰.

Nesta leitura, do art. 7.º são agora inferíveis, não um, mas dois critérios de prevalência: das cláusulas individualizadas sobre as cláusulas contratuais gerais e, em caso de uma eventual (ainda que pouco provável) incompatibilidade entre cláusulas individualizadas, das negociadas sobre as que o não tenham sido.

6. Os factores de apreciação do conteúdo abusivo

O processo de contratação com recurso a cláusulas contratuais gerais desdobra-se por dois momentos sucessivos: um primeiro momento organizativo, em que um sujeito leva a cabo a actividade de programação da disciplina uniforme de uma multiplicidade de contratos integrados numa dada operação económica; um segundo momento executivo, de realização de cada um dos actos conformados por essa disciplina padronizada.

Esses dois momentos são complementares. A predisposição tem um cunho preparatório, está finalizada à padronização do conteúdo de futuras vinculações contratuais, só ganhando eficácia ordenadora com a inclusão das cláusulas contratuais gerais em contratos singulares, mediante a aceitação de cada um dos aderentes (art. 4.º do DL n.º 446/85). A aplicação generalizada, já presente, como intenção, na fase

³⁹ Para maiores desenvolvimentos quanto à *ratio legis* do art. 7.º, permitimo-nos remeter para a nossa *ob. ult. cit.*, 307 s.

⁴⁰ Refira-se que dos “Princípios de Direito Europeu dos Contratos”, onde igualmente se estabelece, como já foi apontado, um regime especial para todas as cláusulas não individualmente negociadas, consta uma norma (art. 5:104) segundo a qual “*terms which have been individually negotiated take preference over those which have not*”. E o comentário explicita que as cláusulas não negociadas devem ceder, independentemente de constituírem cláusulas estandardizadas ou não.

da predisposição, só se afirma, como acto, através da múltipla conclusão de negócios cujo conteúdo reproduz o esquema contratual pré-elaborado.

Mas, mesmo após a conclusão, e sem prejuízo do fundamento pactício da sua vigência, aquele primeiro momento não pode ser apagado, as cláusulas contratuais gerais não podem ser tratadas como vulgares elementos do conteúdo de cada um desses contratos e valoradas apenas no quadro estrito da relação intersubjectiva por elas moldada. Uma perspectiva congruente com a natureza e dimensão do fenómeno não pode contemplar cada contrato isoladamente, abstraindo da ordenação colectiva em que ele se integra, do "ambiente" que o condiciona. Com isso, perder-se-iam relevantes componentes de valoração, ligadas à inevitável dependência do aderente de estruturas de produção e de gestão de riscos negociais rigidamente estandardizadas.

As cláusulas contratuais gerais apresentam, pois, uma diversidade de aspectos, de "momentos dimensionais"⁴¹, todos merecedores de atendimento, ainda que susceptíveis de maior ou menor acentuação, consoante as concepções teorizadoras. E essa complexidade de planos constitutivos levanta um dilema de cariz metodológico, quanto à eleição do critério de valoração.

Não no controlo preventivo, a levar a cabo em abstracto, independentemente da inclusão efectiva das cláusulas em contratos singulares e desligado, por isso mesmo, das circunstâncias concretas que os rodeiam. Aqui é apenas o vector da aplicação generalizada que é levado em conta, no que diz respeito aos pressupostos, critério, objecto e efeitos do controlo. O juízo incide sobre as cláusulas contratuais gerais em si mesmas, como ordem contratual com significado próprio.

⁴¹ A expressão é de LUCA BARCHIESI, "Clausole unilateralmente predisposte e procedimento di formazione nella logica contrattualistica", *Quadrimestre* 1992, 180.

Já no controlo incidental ou concreto estão em causa os dois níveis de relevância que caracterizam esta forma de contratar. Estamos no terreno de um contrato singular e daí o dilema, pois se esse contrato participa na padronização de conteúdos negociais, na medida em que nele se inserem cláusulas contratuais gerais, apresenta-se, por outro lado, como algo de único e irrepetível, com traços individualizadores. E, pela sua circunstância ou pelo seu teor, no contrato singular pode eventualmente afirmar-se uma vontade particular (designadamente, do aderente) que colida com a "vontade geral" que está por detrás da predisposição e utilização de cláusulas contratuais gerais.

A ordem jurídica portuguesa resolveu este dilema utilizando um duplo critério valorativo, em que se cumula uma perspectiva supra-individual e generalizadora com o atendimento de factores concretos de apreciação.

A consagração da primeira resulta, não só da proibição absoluta de certas cláusulas, em qualquer contexto contratual, como ainda de as valorações diferenciadoras postuladas pelas proibições relativas deverem ser levadas a cabo "consoante o quadro negocial padronizado", como se diz nos arts. 19.º e 22.º do DL n.º 446/85. Ainda que esteja em causa a validade de um certo e determinado contrato, este é tomado como elemento de conformação de uma disciplina geral e uniforme, pelo que, num horizonte alargado de apreciação, são tidos em conta os interesses típicos do círculo de contraentes normalmente actuantes naquela área, e não os interesses concretos dos participantes na relação em causa, na sua fisionomia particular. Por ocasião do exame do conteúdo de uma relação contratual concreta, são feitas emergir valorações à medida do âmbito aplicativo generalizado das cláusulas que o integram, tendo em conta os típicos conflitos de interesses que, a essa escala, elas regulam.

Mas, por outro lado, na concretização da cláusula geral de boa fé, e em tutela da confiança do aderente, manda-se ponderar o "processo de formação do contrato singular celebrado", o "teor deste", bem como "quaisquer outros elementos atendíveis" (art. 16.º, al. a)). Trata-se aqui de factores de ponderação estritamente presos à relação individual em causa, cuja "história" e conformação particulares são atendidas para ajuizar da eficácia das cláusulas contratuais gerais no quadro dessa relação.

Significa isto, conjugando as duas perspectivas, que uma cláusula em geral admissível, tendo em conta o figurino padronizado dos interesses sobre que tipicamente incide, deve ainda mostrar-se compatível com a estrutura de expectativas geradas no contacto relacional entre as duas partes concretamente participantes no negócio.

As duas perspectivas correspondem, aliás, a diferentes projecções normativas da boa fé. Na valoração supra-individual, a boa fé, numa extensão funcional digna de nota, interpenetra-se com parâmetros de proporcionalidade e razoabilidade contratuais. As cláusulas abusivas são-no porque iníquas, porque desvirtuam significativamente, de modo excessivo e intolerável, o equilíbrio da composição de interesses.

Na particular situação dos contratos de adesão, a boa fé impõe ao predisponente um especial dever de moderação no exercício unilateral da liberdade de estipulação, por forma a não prejudicar desmesuradamente os interesses do aderente; é pela boa fé, de igual modo, que deve ajuizar-se se ele teve ou não devidamente em conta esse dever⁴². Para isso há que avaliar, como se diz no art. 3.º, n.º 1, da

⁴² Cfr. o considerando n.º 16 da directiva sobre as cláusulas abusivas, que refere a boa fé como "um instrumento de avaliação global dos diversos interesses implicados", acrescentando que o profissional pode satisfazê-la "tratando de forma leal e equitativa com a outra parte, cujos legítimos interesses deve ter em conta".

directiva sobre as cláusulas abusivas, se a cláusula dá origem a “um desequilíbrio significativo” entre os direitos e as obrigações das partes, em detrimento daqueles interesses.

Nesta dimensão prescritiva, a boa fé funciona, pois, como critério de qualificação e de valoração do desequilíbrio relevante para efeitos de determinação do carácter inequitativo do conteúdo da cláusula⁴³. E para emitirmos o juízo de contrariedade à boa fé, o que fundamentalmente se requer, neste plano, é uma comparação entre a disciplina contratual prefixada e a que resultaria da aplicação dos padrões legais por ela afastados.

Mas, numa outra vertente, e particularmente no âmbito aplicativo do art. 16.º, alínea a), o ponto de referência já não é a estatuição geral e abstracta do ordenamento (e os parâmetros de uma justa composição de interesses dela inferíveis), mas o conteúdo das vinculações especificamente assumidas na relação singular, quer por meio de estipulações nesse sentido, quer por força do significado objectivo da conduta comunicativa que nessa relação teve lugar. A proibição resulta aqui, não do alcance da cláusula, em si, mas do facto dele contradizer expressões mais “fiáveis” da autonomia privada das partes em relação. Quem, pelo seu comportamento negocial, deu concretamente azo a que o aderente confie numa certa conformação de interesses, não pode pretender que ela seja contrariada pela eficácia de cláusulas contratuais gerais colidentes.

Estamos, nesta vertente concretizadora da boa fé, dentro do núcleo do seu sentido basilar, enquanto instrumento de tutela da

⁴³ Nesse sentido, STEFANO TROIANO, , in ALPA/PATTI, *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori. Commentario agli articoli 1469-bis – 1469 sexies del Codice Civile*, I, 1997, 13 s., ANTONIO TULLIO, *Il contratto per adesione tra il diritto comune dei contratti e la novella sui contratti dei consumatori*, Milano, 1997, 38, e CARLO CASTRONOVO, “Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive”, *Europa e diritto privato* 1998, 29-30.

confiança⁴⁴. De acordo com a plurifuncionalidade que caracteriza o princípio⁴⁵, a boa fé aparece-nos aqui como "juridificação da moral de interacção"⁴⁶, a que os contraentes ficam sujeitos mercê da sua conduta voluntária no relacionamento contratual.

As cláusulas inegociáveis preformuladas para uma única utilização não levantam, por definição, estes problemas de relacionamento entre o individual do contrato singular e o geral da disciplina instituída pelas cláusulas contratuais gerais. Toda a conformação se encerra no quadro da relação que pretende moldar, não tendo qualquer existência ou significado fora dela.

Por isso mesmo, como já vimos, não tem aqui campo operativo o controlo abstracto, que o é justamente porque não tem em conta o contrato singular em que as cláusulas se incluem. Mas a falta de dimensão colectiva impede também, a nosso ver, a utilização do duplo critério de valoração praticado em relação às cláusulas contratuais gerais.

A directiva não estabelece, a este propósito, uma diferenciação de regimes. O art. 4.º, 1, determina que, no controlo concreto (dado que a prescrição é feita "sem prejuízo do art. 7.º", norma onde se regula o controlo abstracto) "o carácter abusivo de uma cláusula poderá ser avaliado em função da natureza dos bens ou serviços que sejam objecto do contrato e mediante a consideração de todas as circunstâncias que, no momento em que aquele foi celebrado, rodearam a sua celebração,

⁴⁴ Cfr. ALMEIDA COSTA/MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 44/85, de 25 de Outubro*, Coimbra, 1986, 40. Em comentário a esta norma (anterior art. 17.º), os Autores escrevem: "A propósito das cláusulas contratuais gerais, o legislador não inova neste ponto: apenas expressa, no domínio sensível do tráfico negocial de massas, a necessidade de concretizar, em moldes adaptados, um princípio reitor tradicional do direito privado".

⁴⁵ FRANZ WIEACKER, no texto fundamental que dedicou à análise do conteúdo prescritivo da boa fé, fala das várias "camadas funcionais" do princípio: *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, Tübingen, 1956, 20.

⁴⁶ V. TEUBNER, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt a. M., 1989, 145.

bem como de todas as outras cláusulas do contrato, ou de outro contrato de que este dependa".

Em face desta estatuição, o legislador alemão, dada a dominância da *typisierende Betrachtungsweise* na doutrina e na jurisprudência do seu país, sentiu-se obrigado a incluir uma norma no diploma de transposição (§ 24 a, 3), segundo a qual "*bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung nach § 9 sind auch die den Vertagsabschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen*" ("na apreciação do prejuízo desproporcionado, nos termos do § 9, devem *também* ser consideradas as circunstâncias que rodearam a conclusão do contrato" [itálico nosso]).

Cremos, todavia, que se deve ir mais longe. Não obstante o silêncio, a este respeito, do legislador português, é nossa convicção que, na aplicação das normas de proibição relativa, não poderá ter-se em conta o "quadro negocial padronizado", como mandam os arts. 19.º e 22.º. Formulada para as cláusulas contratuais gerais, a referência não faz sentido quando está em causa o conteúdo de cláusulas individualizadas, pelo que o teor da norma, neste âmbito, deve ser corrigido. Todo o controlo destas cláusulas que requeira uma valoração judicial (o levado a cabo por aplicação daquelas normas, bem como por aplicação directa da cláusula geral da boa fé, na sua vertente de proibição do excesso) deve ponderar apenas o quadro negocial concreto, os elementos caracterizadores da relação singular em causa, ainda que apreciados, naturalmente, à luz de parâmetros de validade geral.

