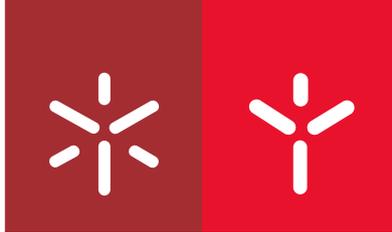


Universidade do Minho
Escola de Direito

Marco Paulo Mendes Dias

**O Vício de Não Incorporação da Cláusula
Contratual nos Contratos de Adesão**

Outubro de 2012



Universidade do Minho
Escola de Direito

Marco Paulo Mendes Dias

O Vício de Não Incorporação da Cláusula Contratual nos Contratos de Adesão

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa

Trabalho realizado sob a orientação da
Professora Doutora Isabel Menéres Campos

Outubro de 2012

DECLARAÇÃO

Nome: Marco Paulo Mendes Dias

Endereço eletrónico: marcodias-9963p@adv.oo.pt

Telefone: 916341187

Cartão do Cidadão nº 11311025

Título dissertação: O Vício de Não Incorporação da Cláusula Contratual nos Contratos de Adesão

Orientadora: Professora Doutora Isabel Menéres Campos

Ano de conclusão: 2012

Designação do Mestrado: Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO INTEGRAL DESTA TESE/TRABALHO APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE.

Universidade do Minho, 31 de Outubro de 2012

Marco Paulo Mendes Dias

AGRADECIMENTOS

À Professora Doutora Isabel Menéres Campos, orientadora da presente dissertação;
Aos colegas que contribuíram para elaboração desta dissertação.

O Vício de Não Incorporação da Cláusula Contratual nos Contratos de Adesão

RESUMO

Os deveres de informação assumem-se como um fator essencial de proteção, no âmbito dos contratos de adesão, mas as consequências da sua violação não se mostram claras, dada a ambiguidade da expressão utilizada no artigo 8º do D.L. nº 446/85, de 25 de Outubro. Procura-se, neste estudo, encontrar a consequência para a referida violação, tendo em conta os objetivos da lei.

Procede-se à análise do controlo da incorporação das cláusulas, controlo, este, onde se incluem os deveres de informação. Estudam-se os princípios subjacentes ao mesmo, apurando-se o seu objetivo e verificando-se como devem ser aplicados os deveres de informação.

Desta análise resulta que o controlo da incorporação deve permanecer separado do controlo do conteúdo, que os deveres de informação estão enquadrados pelo princípio da transparência, que, por sua vez, é expressão do princípio da boa fé; e que o objetivo destes deveres é permitir que a parte que se limita a aderir, possa, por um lado, ponderar, de modo devidamente informado, se deve concluir o contrato ou não e, por outro lado, esteja devidamente preparada para a execução do contrato.

Com isto em mente faz-se o estudo das diferentes possibilidades, apreciando-se as vantagens e desvantagens das mesmas e a sua adequação ao regime legal. Da comparação das diferentes possibilidades é possível concluir qual o regime a que está sujeita a sanção da violação dos deveres de informação, em termos de quem pode invocar a sanção, o respetivo prazo, a possibilidade de sanção e a possibilidade de conhecimento oficioso. Daqui também resulta a resposta ao problema que se pôs inicialmente, ou seja, qual é o vício que resulta da violação dos deveres de informação.

Não se conclui sem antes de referir qual o efeito, no contrato, da não incorporação da cláusula afetada.

The Sanction of Non Incorporation of the Contractual Term in Standard Contracts

ABSTRACT

The information requirements are an essential factor of protection, regarding standard contracts and unfair contract terms, but the consequences of their violation are not clear, considering the ambiguity of the expression used in article 8° of the D.L. n° 446/85, of October 25th. Here we try to ascertain the consequence of that violation, bearing in mind the goals of the law.

We analyze the incorporation control of the contract terms, in which are included the information requirements. We study its underlying principles, finding its goal and describing how the information requirements should be observed.

From this analysis we find that the incorporation control should remain separated from the content control, that the information requirements are under the principle of transparency, which, itself, is an expression of the principle of good faith; and that the goal of these requirements is to allow the party, that is restricted to the option of accepting or not the contract, on one hand, to consider, with enough information, should he accept the contract or not, and, on the other hand, to be prepared for the execution of the contract.

Keeping this in mind, we do the study of the different possibilities, considering their advantages and disadvantages, and their suitability to the law. From the comparison of the different possibilities it is possible to ascertain which regime regulates the sanction resulting from the non-compliance of information requirements; defining who can argue the non-compliance, its deadline, possibility of ratification and the possibility of being assessed on the court's own motion. From this it is possible to answer our initial problem, that is, which sanction is the consequence of non-compliance regarding the information requirements.

Finally, we study the consequences, on the contract, of the non-incorporation of the contractual term.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	1
I – REGIME DOS CONTRATOS DE ADESÃO	4
I.A – ÂMBITO DE APLICAÇÃO	7
I.A.1 – Âmbito de aplicação objetivo	7
I.A.2 – Âmbito de aplicação subjetivo	12
I.A.3 – Âmbito de aplicação quanto ao momento	14
I.B – CONTROLO DO CONTEÚDO	15
II – A INCLUSÃO DA CLÁUSULA E OS DEVERES DE INFORMAÇÃO	23
II.A – OS DEVERES DE INFORMAÇÃO NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA E EM ALGUNS ORDENAMENTOS EUROPEUS	23
II.B – A INCLUSÃO DA CLÁUSULA E OS DEVERES DE INFORMAÇÃO NA LCCG	30
II.B.1 – Os deveres de informação na LCCG	37
III – O VÍCIO DE NÃO INCORPORAÇÃO DA CLÁUSULA CONTRATUAL	47
III.A – O VÍCIO DE NÃO INCORPORAÇÃO DA CLÁUSULA NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA E EM ALGUNS ORDENAMENTOS EUROPEUS	47
III.B – O VÍCIO DE NÃO INCORPORAÇÃO DA CLÁUSULA CONTRATUAL NA LCCG	54
III.B.1 – O problema	55
III.B.2 – O vício de não incorporação da cláusula contratual na doutrina e na jurisprudência	56
III.B.3 – O regime do vício de não incorporação da cláusula contratual na LCCG	59
III.B.3.a – A nulidade	60
III.B.3.b – A anulabilidade	62
III.B.3.c – A inexistência	64
III.B.3.d – A invalidade mista	69
III.B.3.e – Posição adotada	70
III.B.3.f – Consequência da declaração do vício de não incorporação da cláusula no contrato	82

CONCLUSÃO 85

BIBLIOGRAFIA 87

ABREVIATURAS

CCG – Cláusulas Contratuais Gerais.

CJ – Colectânea de Jurisprudência.

CJSTJ – Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça.

LCCG – Lei das Cláusulas Contratuais Gerais / Decreto-Lei n° 446/85, de 25 de Outubro.

LCGC – Ley 7/1998, de 13 de Abril – sobre las Condiciones Generales de la Contratación.

LDC – Lei de Defesa do Consumidor / Lei n° 24/96, de 31 de Julho.

LGDCU – Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios / Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de Novembro.

LPMC – Loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (Bélgica), de 06/04/2010.

STJ – Supremo Tribunal de Justiça.

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia.

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra.

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães.

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa.

TRP – Tribunal da Relação do Porto.

INTRODUÇÃO

Um dos modos mais comuns de contratar, nos dias de hoje, é através de contratos de adesão.

O fenómeno dos contratos de adesão põe em causa um princípio fundamental do Direito Civil português: o princípio da liberdade contratual, decorrente do princípio da autonomia privada. Em tais contratos a liberdade contratual é inexistente ou circunscreve-se a uma limitada liberdade de celebração do contrato. Isto deve-se ao facto de, nestes contratos, uma das partes ter o poder exclusivo de modelar o conteúdo de todas ou algumas das cláusulas do contrato, limitando-se a outra parte a aceitá-lo.

Nestas condições temos um desequilíbrio no poder contratual das partes. Este desequilíbrio importa perigos para a parte mais fraca. O mais óbvio é o desequilíbrio de interesses no contrato, pondo em causa a teoria da garantia de justeza, proposta por SCHMIDT-RIMPLER¹. No entanto, devido à modelação prévia do conteúdo das cláusulas por uma das partes, é também comum um défice de conhecimento das mesmas, por parte do outro contraente.

Em Portugal, o regime dos contratos de adesão está regulado pelo D.L. n.º 446/85 (LCCG).

Neste regime, a protecção da parte mais fraca realiza-se em três frentes: consagração de deveres de informação, controlo do conteúdo das cláusulas e no meio processual de proibição da utilização futura de cláusulas contratuais gerais (ação inibitória).

O objeto do presente estudo surge no âmbito dos deveres de informação. Em particular, vai-se procurar responder à seguinte questão: qual a consequência, nas cláusulas afetadas, da violação dos deveres de informação, consagrados na LCCG?

Na verdade, o artigo 8.º da LCCG dispõe apenas que tais cláusulas se consideram excluídas do contrato. Fica por esclarecer qual o regime e os efeitos de tal exclusão.

Iremos procurar as regras de tal regime e respetivos efeitos, na própria LCCG; e, a partir daí, verificar se estamos perante um regime *sui generis* ou se o mesmo se reconduz a uma das categorias de ineficácia do negócio jurídico em sentido lato.

¹ Sobre a teoria da garantia de justeza, vide SOUSA RIBEIRO - *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, pp. 75 e ss.

Queremos deixar, desde já, fixados certos pressupostos, que iremos utilizar ao longo do estudo, relativamente a duas categorias menos claras de ineficácia: a inexistência jurídica e a invalidade mista.

Vamos admitir a inexistência como categoria de ineficácia, apesar de estarmos cientes que a mesma é criticada por autores como MENEZES CORDEIRO². Não é objeto deste trabalho discutir o problema da inexistência jurídica; pelo que apenas diremos, para justificar o facto de a termos em conta, que as críticas que lhe são apontadas se prendem mais como a forma como o legislador a consagrou – ou não – no âmbito da teoria do negócio jurídico e não tanto quanto a possibilidade de a admitir, em abstrato, como categoria de ineficácia dos negócios jurídicos. Não vemos razão para “proibir” o legislador de considerar determinada situação como se fosse materialmente inexistente e diferenciá-la da nulidade.

Assim, para efeitos deste estudo, na inexistência jurídica de um negócio, tudo se passará como se o mesmo fosse materialmente inexistente. Na inexistência material falta a própria materialidade do negócio; como, por exemplo, no caso de não haver declaração de aceitação da proposta negocial: se o destinatário da proposta não a aceita, nunca chega a existir a materialidade do contrato: ele é materialmente inexistente. Já na inexistência jurídica temos *algo*, que tem a aparência de um negócio jurídico, mas que na realidade é de tal modo contrário ou afastado da natureza do negócio em causa, ao ponto de o Direito não poder admitir a sua existência. Também teremos inexistência jurídica quando o legislador, perante um determinado vício, *opta* por consagrar, na lei, a inexistência do negócio, como cominação para aquele vício.

A inexistência jurídica difere da nulidade. Desde logo, o negócio nulo existe, ao contrário do negócio juridicamente inexistente. Esta é uma diferença significativa em termos teórico-ontológicos, mas não parece haver grande diferença em termos de efeitos práticos; é que ambos os negócios não produzirão efeitos. No entanto, inexistência jurídica e nulidade têm efeitos práticos diferentes. Na nulidade, o negócio pode produzir efeitos provisórios e secundários, ao contrário do que acontece na inexistência. No caso de abuso de direito, o negócio nulo pode produzir efeitos como se fosse válido, enquanto o negócio inexistente nunca terá a virtualidade de produzir qualquer efeito, mesmo perante um abuso de direito de quem invoque tal inexistência. Neste caso, aquele que incorre em abuso de direito apenas será obrigado a indemnizar a outra parte.

² *Tratado de Direito Civil Português*. I - Parte Geral, Tomo I, pp. 652 e ss.

Assim sendo, iremos considerar a hipótese de o artigo 8º da LCCG estar a remeter, quer para uma inexistência material, quer para uma inexistência jurídica, tal como as acabamos de descrever.

Menos problemática é a invalidade mista.

A invalidade é tradicionalmente dividida em dois tipos: nulidade e anulabilidade. Esta formulação dual da invalidade é posterior à própria noção de invalidade e veio aperfeiçoá-la, permitindo a aplicação de dois conjuntos de regras diferentes, cada qual mais adequado ao respectivo tipo de realidades a que se deve aplicar.

No entanto, a realidade é multifacetada e as exigências de determinados tipos de situações tornam necessário que regras da nulidade e da anulabilidade se apliquem conjuntamente. Nestes casos, continuamos perante uma invalidade, mas ela não é propriamente uma nulidade, nem uma anulabilidade: é uma invalidade mista³.

Entendemos que qualquer regime de invalidade que associe, simultaneamente, regras próprias do regime da nulidade e do regime da anulabilidade ou se afasta do regime previsto nos artigos 285º e seguintes do Código Civil em qualquer aspeto relevante, é um regime de invalidade mista. Assim, a invalidade mista não se pode remeter para um conjunto cristalizado de regras, mas antes pode estar mais próximo da nulidade ou da anulabilidade. É um instituto com uma certa maleabilidade, que o torna adequado à regulação de novas realidades, que fogem ao convencional.

Finalmente, pretendemos esclarecer o significado de determinadas expressões, pelas quais designaremos algumas realidades próprias dos contratos de adesão.

Antes de mais, deve ficar claro aquilo que queremos dizer com a expressão “contrato de adesão”. Contrato de adesão é todo o contrato que contenha, no todo ou em parte, cláusulas que foram impostas por uma das partes e, por isso, perante as quais, a outra parte apenas teve a liberdade – por vezes meramente teórica – de as aceitar ou não.

Não ignoramos que esta expressão não é a mais perfeita, pois dá a ideia de que se trata de um contrato que tem por efeito ou objeto a adesão das partes a algo; como seja um partido

³ JORGE MORAIS CARVALHO utiliza a expressão “invalidade atípica” – *Os Contratos de Consumo...*, Almedina, 2012, p. 90.

político, uma associação, uma experiência científica ou outra coisa qualquer. Seria preferível a expressão “contrato por adesão”⁴, que faz referência ao modo de formação do contrato. Na verdade, o problema destes contratos é um problema relativo à sua formação: imposição de uma cláusula contratual por uma das partes, à qual a outra apenas pode aderir ou não.

No entanto, a expressão que se tem generalizado é a de “contrato de adesão”. Perante a aceitação geral de tal expressão, não faz sentido insistir em expressão diferente.

Entendemos que “predisponente” é a parte, no contrato de adesão, que impõe todas ou algumas das cláusulas do mesmo. Em princípio, também formula previamente tais cláusulas, modulando o seu conteúdo; mas nada impede que recorra a cláusulas pré-formuladas por terceiro.

“Aderente” é a parte no contrato de adesão que não tem o poder de negociar o conteúdo de todas ou algumas das cláusulas, mas apenas uma liberdade (teórica) de a elas aderir ou não.

“Cláusula Contratual Geral” é cláusula que se caracteriza pela rigidez e generalidade, à qual se refere o n.º 1 do artigo 1.º da LCCG.

“Contrato singular” é o contrato que contém, pelo menos, uma cláusula contratual geral.

“Cláusula imposta individual” é uma cláusula que se caracteriza pela rigidez, mas que é elaborada para um contrato, ou dirigida a um contraente, concreto; não tendo, portanto, a característica da generalidade. A estas cláusulas refere-se o n.º 2 do artigo 1.º da LCCG.

“Contrato individualizado” é o contrato que contém, pelo menos, uma cláusula imposta individual.

“Cláusula abusiva” é a cláusula que, nos termos da LCCG, é contrária à boa fé.

⁴ DIAS, Marco – *O Critério de Boa Fé no D.L. n.º 446/85*, in Estudos de Direito do Consumidor, p. 437 (nota 1). A mesma expressão é utilizada por MENEZES CORDEIRO, em *Direito das Obrigações*, Vol. I, p. 96 e ss.

I - REGIME DOS CONTRATOS DE ADESÃO

Com a revolução industrial e o advento da sociedade de consumo, as relações comerciais das empresas – e a conseqüente celebração de contratos – multiplicaram-se de modo exponencial. Esta situação foi potenciada pelo desenvolvimento dos meios de transportes e dos meios de comunicação, no qual se deve incluir o advento da *internet*. Uma forma de contratação tradicional, assente na negociação dos contratos entre as partes, consome tempo e recursos que nunca permitiriam tal aumento das relações comerciais e o aproveitamento das capacidades de produção e acesso a mercados globais, que se verificaram nos últimos duzentos anos. Naturalmente, a realidade levou a uma superação da forma de contratação tradicional, através da utilização de cláusulas contratuais gerais e dando origem aos contratos de adesão.

Os profissionais perceberam que tinham uma posição de maior poder de negociação, em relação aos consumidores e mesmo a outros profissionais. Essa posição de superioridade permitia-lhes impor cláusulas contratuais, dispensando a negociação das mesmas.

Esta solução não só permitia poupar tempo e recursos na negociação do contrato, mas também racionalizar e normalizar as regras que regiam as suas relações contratuais, dispensando o profissional de adaptar as suas práticas às regras específicas de cada contrato individual que celebrava. Permitiam-lhe, também, fazer face a lacunas da lei e mesmo regular as suas relações comerciais de modo mais adequado do que o regime resultante de normas legais supletivas.

Os contratos de adesão apresentam, assim, significativas vantagens para o profissional predisponente, mas, no reverso, também despojam o aderente da sua liberdade contratual ou, então, limitam-na à sua expressão mais básica: aceitar ou não o clausulado⁵. Temos, portanto, de pôr a questão: esta limitação da autonomia privada pode resultar em prejuízo para o aderente?

Só uma resposta afirmativa pode justificar a criação de um regime legal de proteção do aderente.

Não acreditamos, porém, que o profissional padeça de um qualquer “pecado original” ou maldade intrínseca que o leve, inexoravelmente, a aproveitar-se da sua superioridade na negociação e da imposição de cláusulas contratuais, para explorar, em seu proveito, os

⁵ FERREIRA DE ALMEIDA fala de “redução da autonomia da vontade à mais ínfima das suas manifestações (a pura e simples aceitação global dum conteúdo negocial)” – *Os Direitos dos Consumidores*, Livraria Almedina, 1982, p. 96.

consumidores e os profissionais mais fracos. No entanto, não podemos negar que alguns profissionais fazem isso mesmo. Perante tal realidade, justifica-se, desde logo, um regime legal de proteção do aderente. A isto temos de acrescentar que o profissional, ao pré-formular o clausulado, está, naturalmente, a pretender acautelar os seus interesses. Neste caso, mesmo que não tenha qualquer intenção de prejudicar o aderente, a verdade é que pode, com facilidade, acabar por elaborar um clausulado, do qual resulte um significativo desequilíbrio de interesses.

É, portanto, o risco de o contrato de adesão ser desequilibrado, em termos de interesses das partes, em prejuízo do aderente, que é a principal desvantagem destes contratos. Há, no entanto, um outro problema sério, que resulta destes contratos e justifica uma regulação específica. Trata-se do défice de conhecimento do clausulado por parte do aderente. É que, sendo as cláusulas elaboradas unilateralmente pelo predisponente, sem que o aderente as possa discutir, este poderá não ter um conhecimento adequado das mesmas. É muito fácil que possa surgir um défice de informação; e, em regra, é o que sucede.

Temos, portanto, dois perigos ou desvantagens para o aderente⁶: o desequilíbrio dos interesses em seu prejuízo e, acessoriamente, o desconhecimento do clausulado.

Assim sendo, o legislador viu-se na necessidade de elaborar um regime que permita diminuir estes riscos. Não se põe a hipótese de proibir, sem mais, a utilização de contratos de adesão, atentas as vantagens já referidas. Na verdade, a sua proibição, que nem sequer parece ser possível de aplicar na prática, representaria um retrocesso económico insuportável. É preciso ter presente, também, que a realidade dos contratos de adesão, em certos casos, acaba por trazer vantagens para o próprio aderente. Estamos a referir-nos à simplicidade, comodidade e rapidez de contratação. A maioria dos consumidores prefere adquirir os bens ou serviços de modo célere, sem ter a preocupação de negociar o contrato. Acresce que o consumidor também irá beneficiar do facto de ter um clausulado que regula a situação de modo mais ou menos completo. Os contratos de adesão regulam, muitas vezes, aspetos nos quais existe lacuna da lei ou em que as normas supletivas são desadequadas. Daqui resulta, para o aderente, maior segurança jurídica: maior certeza nos comportamentos que tem de adotar para cumprir o contrato, bem como numa eventual resolução judicial de algum conflito.

⁶ PINTO MONTEIRO, para além destes dois, acrescenta um terceiro problema: "*inadequação e insuficiência do normal controlo judiciário*", do qual resulta a necessidade da consagração de uma ação inibitória, que apenas tem eficácia quando as cláusulas impostas são cláusulas contratuais gerais - O Novo Regime Jurídico dos Contrato de Adesão/Cláusulas Contratuais Gerais. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Ordem dos Advogados, 2002 (I), p. 118-119.

Assim, permite-se a existência de contratos de adesão, impondo regras que eliminem ou atenuem os perigos dos mesmos. Quanto ao desequilíbrio de direitos estabelece-se um controlo do conteúdo das cláusulas. Quanto ao desconhecimento das cláusulas, impõem-se deveres pré-contratuais de informação, no âmbito de um controlo de incorporação.

Em Portugal, é o D.L. n.º 446/85, de 25 de Outubro (LCCG) que estabelece o regime dos contratos de adesão.

I.A – ÂMBITO DE APLICAÇÃO

I.A.1 – Âmbito de aplicação objetivo

O âmbito de aplicação objetivo é definido pelos artigos 1.º, 2.º e 3.º da LCCG.

Têm particular importância os n.ºs 1 e 2 do artigo 1.º. Uma leitura destes dois números revela, desde logo, que o regime se aplica a cláusulas contratuais e não propriamente aos contratos como um todo.

Isto faz todo o sentido.

Os contratos podem ter partes impostas, às quais o aderente se limita a aderir, e partes negociadas. Se o regime se aplicasse ao contrato como um todo, poderia ser desadequado perante as cláusulas negociadas ou então teria de se afastar o regime de protecção do aderente, sempre que o contrato de adesão não fosse totalmente composto por cláusulas não negociadas. Qualquer destas hipóteses seria imperfeita.

Acontece, também, que, ao tomar a cláusula contratual como o seu objeto, o regime da LCCG pode “atacar” o problema com maior precisão e verdadeiramente atingir o cerne do problema.

Na verdade, os contratos celebrados pelos predisponentes correspondem a contratos que, na sua essência, são lícitos; correspondem tipos ou a prestações características lícitas. Normalmente estaremos perante contratos de compra e venda ou de prestações de serviços.

Analisando tais contratos, vemos que, na maioria dos casos, as prestações típicas, características ou fundamentais, que conferem a identidade do tipo contratual em causa, não são desequilibradas, nem constituem um perigo para o aderente. Aliás, a própria Directiva 93/13/CE, sobre as cláusulas abusivas, exclui do âmbito do controlo do conteúdo as cláusulas relativas ao preço ou remuneração e aos bens ou serviços fornecidos, no que respeita à

adequação entre uns e outros⁷. É que o desequilíbrio de interesses e consequente violação da boa fé costumam resultar, não destas cláusulas, mas das outras cláusulas do contrato.

Basta uma leitura rápida das listas de cláusulas proibidas dos artigos 18º, 19º, 21º e 22º da LCCG, para constatar que não estamos perante cláusulas relativas às fundamentais, características prestações do contrato – pagamento do preço ou remuneração e fornecimento de bens ou prestação de serviços –, mas perante outro tipo de prestações contratuais, relativas à responsabilidade, resolução ou denúncia do contrato, prazos de cumprimento, direito de retenção, entre outras. São, portanto, prestações acessórias, por vezes apenas eventuais, que podem ou não ter influência nas prestações características do contrato, mas que não alteram a essência destas.

Ora, se o perigo, para o aderente, reside, normalmente, nas cláusulas relativas a outras prestações, que não as características do contrato, terá o regime legal de ter a precisão suficiente para atingir “cirurgicamente” este perigo. Isto é o mesmo que dizer que a lei tem de ter como objeto as cláusulas contratuais em particular e não o contrato como um todo.

Nada disto impede que, para apreciar o conteúdo da cláusula e apurar se existe significativo desequilíbrio entre as obrigações e direitos das partes, se tenham em conta todas as cláusulas do contrato, conforme resulta do disposto no artigo 16º da LCCG e do nº 1 do artigo 4º da Directiva 93/13/CEE.

A LCCG aplica-se a dois tipos de cláusulas contratuais: cláusulas contratuais gerais e cláusulas impostas individuais.

O nº 1 do artigo 1º da LCCG refere-se às cláusulas contratuais gerais e corresponde à versão originária da lei.

Da letra deste preceito, é usual extraírem-se três características definidoras do conceito de cláusula contratual geral: pré-formulação, imodificabilidade ou rigidez e generalidade⁸. PINTO MONTEIRO, por seu lado, refere, como definidoras do conceito, as características de pré-disposição, unilateralidade, rigidez, generalidade e indeterminação⁹.

⁷ Artigo 4º nº 2 da Directiva 93/13/CEE. A mesma exclusão surge em algumas legislações nacionais, que fizeram a transposição desta directiva, como é o caso da lei italiana (art. 34º nº 2 do Codice del Consumo). Já a nossa LCCG não faz esta exclusão (art. 2º).

⁸ *V. g.* ALMENO DE SÁ, Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas, p. 95 e ss.

⁹ O Novo Regime dos Contratos de Adesão..., *Revista da Ordem dos Advogados*, p. 115.

Entendemos que será mais simples definir a realidade das CCG se agruparmos todas estas características em duas características fundamentais: imodificabilidade e generalidade. Na verdade, pré-formulação, unilateralidade e imodificabilidade propriamente dita são características que estão intimamente ligadas, representando aspetos da característica fundamental da imodificabilidade. O mesmo acontece na generalidade, onde se reúnem a indeterminação e a pluralidade; e à qual também está, de modo inextrincável, associada a pré-formulação.

Assim, a imodificabilidade ou rigidez da cláusula é a característica de a mesma não ser passível de qualquer negociação que leve à alteração do seu conteúdo ou à sua eliminação do contrato. Não é afetada, nem faz parte, do processo de negociação do contrato. Portanto, ela é imodificável desde o início; e no início, ela já está formulada. Quer isto dizer que a cláusula é pré-formulada, ou seja, é elaborada antes da negociação e conclusão do contrato. Uma cláusula que se torna imodificável depois apresentada à contraparte ou de iniciada a negociação do contrato, nunca será uma CCG. A pré-formulação é, assim, indissociável da imodificabilidade, pois é aquela que permite que esta exista desde apresentação da cláusula ou do início da negociação do contrato¹⁰. Daí que a lei utilize a expressão “sem prévia negociação”¹¹.

No entanto, a pré-formulação não está ligada à imodificabilidade apenas porque permite que a mesma exista desde o início, mas também porque a pré-formulação é unilateral. Se não houvesse unilateralidade da pré-formulação, então, forçosamente, a formulação da cláusula tinha sido feita por ambas as partes, ou seja, tinha sido negociada¹². Não há imodificabilidade, para efeitos da caracterização das CCG, onde tenha havido negociação. A unilateralidade da pré-formulação da cláusula é, portanto, condição necessária para a ausência da negociação.

A imodificabilidade da cláusula, significando a impossibilidade de negociação ou de alteração do conteúdo da mesma, por parte do aderente, é, assim, uma característica fundamental das CCG. Deste modo, a imodificabilidade surge como indicador da posição de poder do predisponente, ou seja, do desequilíbrio de poderes típico entre predisponente e aderente.

A outra característica fundamental é a generalidade, que se traduz na indeterminação dos destinatários e na pluralidade de contratos singulares em que se pretende utilizar a cláusula.

¹⁰ Obviamente, pode nem existir qualquer negociação do contrato, se todas as suas cláusulas forem CCG e, conseqüentemente, não suscetíveis de negociação.

¹¹ N° 1 do artigo 1° da LCCG. A expressão originária era “elaboradas de antemão”. Com esta alteração, o legislador veio reforçar a ideia da ligação da pré-formulação à imodificabilidade.

¹² E não seria verdadeiramente uma pré-formulação.

É claro que, para que a cláusula tenha a característica da generalidade, ela tem de ser pré-formulada. Só sendo formulada de antemão é que poderá ser destinada a uma pluralidade de contratos e a destinatários ainda indeterminados. Também aqui a pré-formulação é indissociável de uma característica fundamental das CCG.

Para que a cláusula seja geral, ela deve destinar-se a integrar uma pluralidade de contratos singulares. Quer isto dizer que não existe generalidade quando a cláusula contratual foi formulada para integrar apenas um contrato, exceto se, posteriormente, o predisponente a passar a utilizar numa pluralidade de contratos¹³.

Entendemos que a pluralidade não tem de ser indeterminada, ou seja, a cláusula não tem de se destinar, necessariamente, a integrar um número indeterminado de contratos; pelo contrário, o número de contratos singulares a conter a cláusula pode estar determinado desde o início¹⁴. É o que acontece, por exemplo, no fornecimento de bens de edição limitada, promoções limitadas ao *stock* existente, concursos e prémios de jogos.

Para além da pluralidade de contratos, os sujeitos (destinatários) desses contratos devem ser indeterminados. Não impede a existência de indeterminação de sujeitos, para efeitos de caracterização das CCG, o facto de, originariamente, a cláusula se destinar a sujeitos determinados e, posteriormente, o predisponente passar a utilizá-la em contratos com destinatários indeterminados.

Existe indeterminação dos sujeitos sempre que os mesmos não estejam determinados individualmente¹⁵. Portanto, não impede a indeterminação o facto de estar determinado um grupo de sujeitos mais ou menos restrito, desde que não estejam identificados individualmente.

Em conclusão, cláusulas contratuais gerais são aquelas cláusulas contratuais nas quais encontramos as características da imodificabilidade e da generalidade.

Acontece que, desde as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho, o regime dos contratos de adesão não se aplica apenas às CCG, mas também às cláusulas impostas individuais, em virtude do atual n.º 2 do artigo 1.º da LCCG.

Este preceito é algo críptico na sua letra, deixando, porém, claro que se trata de cláusulas cujo conteúdo não é influenciado pelo destinatário, ou seja, que o aderente não pode alterar. Trata-se, portanto, de cláusulas que não admitem negociação e são, por isso, imodificáveis.

¹³ Neste sentido, ALMENO DE SÁ, obra citada, pp. 214 e 215.

¹⁴ Neste sentido, *idem*, *ibidem* e ALMEIDA COSTA, Síntese do Regime Jurídico Vigente das Cláusulas Contratuais Gerais, p. 19.

¹⁵ ALMENO DE SÁ entende que os sujeitos podem estar determinados, exigindo apenas a pluralidade de sujeitos; *ibidem*, pp. 214 e 215.

Esta alteração foi motivada pelo artigo 3º da Directiva 93/13/CEE, que faz referência, também, à falta de negociação individual e ao poder de o aderente influenciar o conteúdo da cláusula.

Na letra de ambos estes preceitos é notória a ausência de referência à característica da generalidade. Aliás, o último parágrafo do nº 2 do artigo 3º da diretiva faz referência à generalidade (“cláusula normalizada”), para limitar, às CCG, a aplicação da regra sobre o ónus da prova aí contida¹⁶.

Quer isto dizer que a lei prescinde da característica da generalidade. Portanto, a LCCG também se aplica a cláusulas contratuais imodificáveis, que não são destinadas a uma aplicação generalizada¹⁷.

A LCCG aplica-se a todas as cláusulas que se enquadrem no artigo 1º, de um modo geral e abrangente. É isso que determina o artigo 2º da mesma lei. Assim sendo, o regime aplica-se a todas as cláusulas rígidas, independentemente da sua forma de comunicação, da extensão que assumam ou do sujeito que as elabore (proponente, destinatário ou terceiro).

É relevante apontar que o aderente, tanto pode ser o destinatário da proposta contratual, como o seu autor; é o que acontece frequentemente, por exemplo, nos contratos de seguro. O facto de o aderente subscrever e emitir uma proposta contratual, cujo conteúdo, no todo ou em parte, tenha sido imposto pelo predisponente, não obsta à aplicação da LCCG. Daí que o nº 1 do artigo 1º da LCCG fale em “*proponentes ou destinatários*” que se limitam a “*subscrever ou aceitar*” as cláusulas.

Portanto, como referem ALMEIDA COSTA e MENEZES CORDEIRO, ao aplicar a LCCG de modo bastante abrangente, “*pretende-se, assim, disciplinar o fenómeno na sua materialidade, independentemente das expressões que possa assumir*”¹⁸.

Embora seja óbvio, não queremos deixar de referir que, para efeitos de aplicação da LCCG, é irrelevante o tipo de contrato em causa. Na verdade, já constatámos, na prática forense, que, por exemplo, por vezes se defende que a LCCG não é aplicável a um determinado contrato, porque o tipo de tal contrato está regulado por regime específico, como sejam o Regime do Direito Real de Habitação Periódica, o Regime do Contrato de Crédito ao Consumo, o Regime

¹⁶ E no artigo 7º nº 2 limita, também, a utilização da ação inibitória às CCG.

¹⁷ Com a exceção das normas que pressupõem a generalidade, como é o caso dos preceitos relativos à ação inibitória.

¹⁸ *Cláusulas Contratuais Gerais – Anotação ao Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro*, Almedina, 1993, p. 19.

Jurídico do Contrato de Seguro, ou por um outro qualquer regime legal que regule especificamente um determinado tipo de contrato. Claramente, não pode ser assim. A LCCG aplica-se a todos os tipos contratuais, desde que se verifiquem os respetivos elementos de aplicação objectiva e subjectiva. Os regimes especiais não afastam a LCCG, na medida em que regulam a execução do contrato específico ou aspectos da sua formação que não são incompatíveis com, ou não são abrangidos pela, LCCG¹⁹.

A aplicação da LCCG só é excluída em caso de disposição legal em contrário ou nos casos previstos no artigo 3º da referida lei.

Com exceção da alínea g) deste artigo, as demais exceções são, mais ou menos, evidentes. No entanto, o modo abrangente como se expressa o artigo 2º leva a que seja prudente enunciar expressamente tais exceções.

Quanto à alínea g), a mesma parece estar tacitamente revogada, pelo menos no que respeita aos aspetos essenciais do contrato de trabalho. É que a aplicação da LCCG passou a ser expressamente admitida, em 2003, pelo artigo 96º do Código do Trabalho²⁰. Tal norma mantém-se em vigor, no artigo 105º do Código do Trabalho de 2009.

I.A.2 – Âmbito de aplicação subjetivo

O regime da LCCG aplica-se a todos os sujeitos, mas não a todos do mesmo modo ou com a mesma extensão.

A lei não exige qualquer qualidade ao predisponente, mas antes se refere ao aderente, determinando o modo da sua aplicação, consoante a qualidade do aderente.

Os artigos 17º e 20º da LCCG referem-se às qualidades do aderente, para efeitos de aplicação das diferentes secções do Capítulo V, do mesmo diploma. Quanto à aplicação dos restantes capítulos, nenhum requisito, quanto aos sujeitos, é referido. Devemos concluir que o regime, contido em tais capítulos, é aplicável a todos os contratos de adesão, independentemente da qualidade das partes; sem prejuízo da determinação da legitimidade processual na ação inibitória, nos termos do artigo 26º.

¹⁹ Quando os regimes especiais versam sobre o âmbito de aplicação da LCCG, o que fazem é remeter para a mesma ou salvaguardar a sua aplicação. Por exemplo: 10º do D.L. Nº 67/2003 e 3º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro.

²⁰ O mesmo se pode dizer do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas (Lei nº 59/2008), em virtude do seu artigo 66º; no que é uma importante restrição, não só do disposto na alínea g), mas também na alínea c) do mesmo artigo.

Assim, as restrições ao âmbito de aplicação subjetivo estão limitadas ao disposto no referido Capítulo V e à legitimidade processual ativa, definida pelo artigo 26º da referida lei.

Deixaremos a legitimidade processual de parte, pois a sua análise implicaria fazer a articulação da ação inibitória prevista na LCCG, com a ação inibitória prevista na Lei de Defesa do Consumidor; e este é um tema que apresenta as suas próprias dificuldades e que se afasta muito do enquadramento da questão que é objeto da presente dissertação.

É relevante, isso sim, fazer uma breve referência à aplicação subjetiva do Capítulo V da LCCG.

Nos artigos 17º e 20º distinguem-se três tipos de sujeitos: os profissionais (empresários e profissionais liberais), os consumidores e todos os outros sujeitos que não se integrem nos primeiros dois tipos. Assim, em virtude do disposto no artigo 17º da LCCG, os profissionais são aqueles sujeitos que atuam exclusivamente nessa qualidade e no âmbito da sua atividade específica. Os consumidores são os que vêm referidos no artigo 2º da LDC como aqueles que contratam, com um profissional, bens ou serviços destinados a um uso não profissional. O terceiro tipo de sujeito é um tipo residual, englobando todos os que não se integram nos outros dois tipos, como, por exemplo, os trabalhadores ou as associações.

Conjugando os referidos artigos 17º e 20º, vemos que aos consumidores e aos outros sujeitos em geral, aplicam-se todas as disposições constantes do Capítulo V da LCCG, enquanto aos profissionais se aplicam apenas as secções I e II, ficando excluída a aplicação dos preceitos da secção III.

Esta diferença de aplicabilidade explica-se pela intenção de dar maior proteção ao consumidor: as cláusulas proibidas pela secção III (artigos 21º e 22º) provocam um desequilíbrio de interesses menos intenso do que as previstas na secção II. Isto não quer dizer que as cláusulas previstas nos artigos 21º e 22º da LCCG nunca serão proibidas, num contrato de adesão celebrado entre profissionais. Na verdade, se, num contrato entre profissionais, tais cláusulas causarem um desequilíbrio de interesses tão intenso que, mesmo entre profissionais, elas devam ser consideradas contrárias à boa fé, elas serão proibidas e nulas. Voltaremos a esta ideia no próximo ponto.

Este é o regime que resulta da versão originária da LCCG e que pressupõe, como objeto de aplicação, as cláusulas contratuais gerais. Acontece que, como referimos, em 1999, a lei alargou o seu âmbito de aplicação objetivo, para vir a abranger, também, as cláusulas impostas individuais. O legislador expressou a motivação de tal alteração: tornar as normas conformes à

Diretiva 93/13/CEE, cujo âmbito subjetivo de aplicação se restringe aos consumidores. No entanto, o legislador não deixou claro, no preâmbulo do D.L. n.º 249/99, se a aplicação da alteração que fez se deveria restringir aos consumidores. Na letra da lei, faz-se referência a “*destinatário*” e não a consumidor (artigo 1.º n.º 2 da LCCG). Sendo a diretiva em causa uma diretiva de harmonização mínima, era permitido ao legislador português ir para além da proteção conferida pela mesma e, em concreto, alargar tal proteção a outros sujeitos. O alargamento da proteção aos profissionais e a outros sujeitos em geral não é desrazoável, na medida em que o desequilíbrio de poder negocial tipicamente existe em qualquer contrato de adesão. A opção de restringir a aplicabilidade do n.º 2 do artigo 1.º da LCCG também não é errada, no caso de exclusão dos profissionais, na medida em que procuram o lucro e, conseqüentemente, desempenham atividades com um risco inerente, para além de que a sua eventual fragilidade será, normalmente, menor do que a dos consumidores. Quer isto dizer que ambas as opções são aceitáveis.

Perante isto, concluímos que se deve seguir a presunção prevista no n.º 3 do artigo 9.º do Código Civil e, porque o legislador utilizou a expressão “*destinatário*” em vez de consumidor, o mesmo pretendeu que o regime da LCCG se aplique aos contratos que incluam cláusulas impostas individuais e o aderente seja um profissional ou um qualquer outro tipo de sujeito.

I.A.3 – Âmbito de aplicação quanto ao momento

Embora seja óbvio, consideramos importante deixar aqui expressa a ideia de que o regime em causa se aplica à formação e conclusão do contrato. São estes os momentos que a lei quer regular. Não é relevante, para efeitos de aplicação da LCCG, a concreta execução do contrato.

A importância de, aqui, enfatizar esta ideia, tem a ver com o facto de, na prática jurídica e judicial, poder surgir a tentação de confundir estes momentos na determinação da aplicabilidade da LCCG.

É irrelevante, para efeitos da aplicação da LCCG, o modo concreto como o predisponente exerce os direitos ou cumpre as obrigações que resultam de uma determinada cláusula. Na execução do contrato regem os artigos 406.º n.º 1 e 762.º n.º 2 do Código Civil e o instituto do abuso do direito. A LCCG aplica-se aos momentos anteriores à execução do contrato.

Assim sendo, tomando por hipótese uma cláusula que estabelece o pacto de preenchimento de uma livrança, atribuindo ao predisponente a faculdade de a preencher com o valor, data de vencimento e local de pagamento que entender; é irrelevante que, no caso em

concreto, o efetivo preenchimento da mesma tenha sido sensato, na medida em que o valor corresponda ao capital em dívida, os juros aplicados não sejam abusivos e o local e data de vencimento sejam razoáveis. A LCCG é, ainda assim, aplicável e a cláusula é nula, pois atribui total liberdade de preenchimento ao predisponente e, conseqüentemente, deixa em aberto a possibilidade de um preenchimento que venha a lesar significativamente os interesses do aderente.

O problema, nos contratos de adesão, é que a formação e celebração do contrato podem deixar consagrado um desequilíbrio significativo de interesses, em detrimento do aderente. É irrelevante que, na execução do contrato, o aderente venha ou não a ser prejudicado, com ofensa do princípio da boa fé, pela cláusula abusiva. Podemos dizer que a LCCG pretende eliminar o *perigo* de um clausulado desequilibrado causar prejuízo contrário aos ditames da boa fé. A concretização ou não desse perigo não é relevante para a aplicação da LCCG.

O problema dos contratos de adesão é um problema que nasce no momento da formação e celebração do contrato; e é aí que deve ser resolvido²¹. Concordamos, portanto, com SOUSA RIBEIRO, quando o mesmo afirma que o que os contratos de adesão “*reclamam é a fixação de limites à autonomia privada na formação do seu conteúdo, restritivos da válida constituição de direito a favor do utilizador; o que, pelo menos do ponto de vista metodológico, se distingue da determinação das condições em que o titular pode fazer valer uma posição validamente adquirida dentro desses limites*”²².

I.B – CONTROLO DO CONTEÚDO

O controlo do conteúdo das cláusulas contratuais é o fulcro do regime de proteção do aderente, nos contratos de adesão. É o controlo do conteúdo que permite atenuar o principal perigo, para o aderente, nos contratos de adesão: o desequilíbrio de interesses em seu prejuízo.

O controlo do conteúdo está regulado nos Capítulos IV e V da LCCG, coadjuvado pelos Capítulos III e VI, e tem por referência o princípio da boa fé.

Trata-se, obviamente, da boa fé em sentido objetivo.

²¹ Já nos pronunciámos neste sentido, em O Critério de Boa Fé no D.L. n.º 446/85, *Estudos de Direito do Consumidor...*, pp. 440 a 443.

²² *O Problema do Contrato...*, p. 544; no mesmo sentido, *ibidem*, pp. 445 e 446. Ainda no mesmo sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa Fé. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Ordem dos Advogados. II, 2000, p. 588.

Tradicionalmente, da boa fé em sentido objetivo extraem-se normas de conduta, que correspondem a coordenadas de correção, honestidade e lealdade. Já vimos que a LCCG não se preocupa com a execução do contrato e, conseqüentemente, com a conduta do predisponente nessa fase. O comportamento na fase de formação e celebração do contrato é regulado pelo Capítulo II da LCCG, relativo à inclusão das cláusulas nos contratos singulares.

Se assim é, então que tipo de conduta se reprime no controlo das cláusulas do contrato de adesão?

O único tipo de conduta que resta é a própria utilização de cláusulas abusivas. Acontece que o predisponente pode recorrer a estas cláusulas e não ter consciência de estar a prejudicar o aderente, nem o seu comportamento ser censurável por qualquer outra razão. Uma leitura das listas de cláusulas proibidas torna patente que não se está a fazer qualquer controlo da conduta do predisponente, nem se lhe impõem quaisquer exigências a essa conduta, mas antes se proibem determinados conteúdos da cláusula. Faz-se um controlo do conteúdo.

Ora, se o que está em causa é fazer um controlo de conteúdo da cláusula, como podemos fazer uso do princípio da boa fé, do qual se extraem normas de conduta?

Este problema foi detetado por OLIVEIRA ASCENSÃO; que conclui que, porque a boa fé objetiva nos remete para normas de conduta, a sua utilização no controlo do conteúdo é desadequada²³.

Não concordamos, neste último ponto, com o ilustre Professor. A boa fé, como cláusula geral que é, apresenta-se como algo com um conteúdo muito genérico e indefinido, que traduz valores fundamentais do sistema jurídico e aponta para coordenadas de proporção e equilíbrio. Não vemos qualquer razão para que o princípio da boa fé se tenha de limitar a fundamentar a concretização de normas de conduta. Pode ser utilizado noutros campos e, igualmente, na valoração do conteúdo de uma cláusula.

Assim sendo, o que se deve entender por boa fé no controlo do conteúdo da cláusula; ou melhor, em que critérios se concretiza a boa fé no controlo do conteúdo da cláusula?

É necessário analisar a lei e, em particular, as listas das chamadas “cláusulas relativamente proibidas” (artigos 19º e 22º da LCCG). Olhando para estas listas, saltam à vista uma série de expressões valorativas, como “excessivos”, “desproporcionadas”, “insuficientes”, “injustificadamente”, “exageradas”. Daqui resulta a proibição de uma desproporção ou

²³ *Ibidem*, pp. 585 a 589.

desequilíbrio. Um desequilíbrio que é mais do que mero desequilíbrio, mas um desequilíbrio em excesso. A Diretiva 93/13/CEE é esclarecedora, quando, no n.º 1 do seu artigo 3.º, define cláusula abusiva como aquela que dá “*origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor*”.

Concluimos, assim, que o conteúdo da cláusula será contrário à boa fé quando der origem a um desequilíbrio significativo de interesses, direitos e obrigações, em detrimento do aderente²⁴.

O desequilíbrio significativo não é, portanto, um mero desequilíbrio de interesses, mas um desequilíbrio injusto, não tolerável pelo princípio da boa fé. Para apurar quando é que um desequilíbrio de interesses deve ser considerado significativo, é necessário analisar o clausulado em concreto e ter em conta o tipo de predisponente e de aderente em causa. Deve avaliar-se a maior ou menor disparidade de poder negocial e a vulnerabilidade do aderente. Por exemplo, o consumidor é, tipicamente, um aderente mais vulnerável do que um profissional.

As cláusulas contrárias à boa fé são proibidas pelo artigo 15.º da LCCG e cominadas com nulidade pelo artigo 12.º do mesmo diploma.

O recurso à cláusula geral da boa fé e a utilização de um critério subjectivo-valorativo de desequilíbrio significativo, dão-se a uma disparidade de valorações e decisões no âmbito, quer teórico, quer prático. Para dar alguns critérios orientadores e permitir maior segurança na determinação da conformidade da cláusula com o princípio da boa fé, o legislador, por um lado, deu uma pequena explicação no artigo 16.º e consagrou listas²⁵ de cláusulas de cláusulas proibidas, nos artigos 18.º, 19.º, 21.º e 22.º, todos da LCCG.

O artigo 16.º, em si, não é determinante no esclarecimento de critérios práticos, na medida em que o seu texto refere algo que já resulta do próprio conceito de boa fé. No entanto, tal preceito deixa claro que se deve ter em conta o princípio da confiança; assim afastando qualquer tentação de fazer uma ponderação objetivada dos interesses contratuais em causa, esquecendo as expectativas que o sentido das cláusulas pode criar no aderente.

Já as listas de cláusulas são mais úteis e a sua extensão permite abranger os casos mais comuns de cláusulas abusivas.

²⁴ DIAS, Marco, *O Critério da Boa Fé no D.L. n.º 446/85*, pp. 445 a 451. SOUSA RIBEIRO, tendo, também ele, identificado o problema, considera que o princípio da boa fé, neste âmbito, obriga o predisponente a ter em conta os interesses do aderente, ao formular ou impor cláusulas rígidas, sendo o controlo do conteúdo a apreciação de como este imperativo foi observado; *O Problema do Contrato...*, pp. 552 a 555.

²⁵ ALMEIDA COSTA e MENEZES CORDEIRO, na anotação já citada à LCCG, referem que o legislador procedeu à consagração das listas “*com objectivos de certeza e de segurança, mas sem dificultar a evolução do direito e a sua capacidade de adaptação*”, *Cláusulas Contratuais Gerais...*, p. 42.

Para efeitos da proibição das cláusulas previstas em tais listas, o legislador criou um sistema dual, com dois tipos de listas. Para as designar, a lei utiliza as expressões “cláusulas absolutamente proibidas” e “cláusulas relativamente proibidas”. Também é possível utilizar as expressões “lista negra” e “lista cinzenta”.

As cláusulas referidas nos dois tipos de listas são igualmente proibidas e não é na intensidade da proibição que se distinguem os seus regimes. A distinção reside, antes, no modo como se faz a aplicação dos respetivos preceitos, perante a matéria de facto do caso concreto.

No caso da “cláusulas absolutamente proibidas”, a verificação de alguma delas faz-se perante os factos – normalmente bastará o conteúdo da cláusula em análise – sem necessidade de proceder a um juízo de valoração subjetiva dos mesmos. Já no caso das “cláusulas relativamente proibidas”, a verificação de alguma delas impõe o recurso a um juízo de valoração subjetiva dos factos, pois as mesmas recorrem a conceitos indeterminados, que exigem tal valoração. Só uma valoração subjetiva dos factos poderá determinar o que seja “excessivo”, “desproporcionado”, “insuficiente”, etc.²⁶. Tal valoração subjetiva implicará, mais frequentemente, que se tenham em conta as restantes cláusulas do contrato e outros factos do caso concreto. Suscitará também, com frequência, o apuramento de factos conclusivos.

Esta tendência para apreciar mais factos do caso concreto levou o legislador a consagrar uma limitação em tal apreciação, restringindo-a ao “quadro negocial padronizado”. Pretende-se levar o julgador a fazer um exercício de abstração, evitando envolver-se completamente no caso concreto e, assim, cair no julgamento da situação pelo critério da equidade²⁷. O julgador terá de “padronizar” o caso concreto; afastando o que é idiossincrásico, particular do caso concreto e padronizando, generalizando aquilo que normalmente se verifica noutros casos da mesma espécie.

Trata-se de afastar o recurso à equidade, mas também de permitir a apreciação de tais cláusulas em ação inibitória; onde pode não existir qualquer contrato singular celebrado e aquilo que se aprecia é um projeto de clausulado, a integrar em contratos futuros.

É preciso não esquecer, também, que o recurso ao “quadro negocial padronizado” tem por pressuposto as cláusulas contratuais gerais, ou seja, tem em conta a característica da generalidade.

²⁶ Neste sentido, ALMEIDA COSTA e MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas Contratuais Gerais...*, p. 46.

²⁷ *Idem, ibidem*, p. 46: “Exclui-se a pura justiça do caso concreto, próxima da equidade e geradora de insegurança, mantendo o teor objectivo e controlável da proibição”.

As listas previstas nos artigos 18º e 19º da LCCG são aplicáveis a contratos celebrados por qualquer tipo de sujeitos, estabelecendo uma proteção genérica do aderente. As listas previstas nos artigos 21º e 22º não são aplicáveis aos aderentes profissionais. Têm em conta, em especial, os aderentes consumidores. Atendendo à especial fragilidade destes, as listas dos artigos 21º e 22º são mais exigentes e proibem cláusulas em que o desequilíbrio de interesses é, em princípio, menos intenso do que nas cláusulas das outras listas.

Isto não quer dizer que uma cláusula prevista nos artigos 21º ou 22º seja automaticamente conforme à boa fé e válida nos contratos de adesão entre profissionais. Quando uma destas cláusulas surja num contrato em que o aderente seja um profissional, a LCCG é aplicável e deve proceder-se ao controlo do conteúdo da cláusula. Se, ao proceder a tal controlo, for de concluir que a cláusula causa um desequilíbrio de interesses, que deva ser reputado de significativo, mesmo entre profissionais, tal cláusula deve ser proibida. Acontece é que tal proibição não se fará ao abrigo dos artigos 21º ou 22º, mas antes ao abrigo do artigo 15º; pois tal cláusula será contrária à boa fé.

O controlo do conteúdo é reforçado pelo nº 3 do artigo 11º da LCCG, que permite um controlo mais exigente, no âmbito da ação inibitória, quando a cláusula suscita dúvidas de interpretação.

Na ação inibitória, a utilização da cláusula proibida é objeto de inibição em contratos futuros.

Nos contratos singulares, as cláusulas contrárias à boa fé são nulas, nos termos do artigo 12º da LCCG. Nos termos do nº 2 do artigo 32º da mesma lei, no caso de a mesma cláusula (e o mesmo predisponente) ter sido proibida em ação inibitória, o aderente pode deitar mão da correspondente sentença, para fundamentar o seu pedido de nulidade, mesmo que não tenha sido parte naquela ação.

O regime da nulidade da cláusula, nos termos do mencionado artigo 12º, é aquele que se encontra estabelecido na própria LCCG. Nos seus artigos 13º e 14º vemos que a LCCG apenas dispõe sobre os efeitos da nulidade da cláusula sobre o contrato; pois estando a nulidade limitada à cláusula contratual, ela será uma nulidade parcial do contrato. Quer isto dizer que, no que se refere à cláusula contratual, a nulidade segue o regime geral, previsto no Código Civil

(artigos 286º, 289º), o que, aliás, é reforçado pelo disposto no artigo 24º da LCCG, e é, por isso, uma nulidade propriamente dita e não uma invalidade mista²⁸.

Aquilo que é específico no regime das CCG são os efeitos da nulidade parcial, que sofrem alguma alteração em relação ao regime geral. No regime geral (artigo 292º do Código Civil), o contrato mantém-se válido, com exclusão da parte inválida, exceto no caso de se demonstrar que o mesmo nunca teria sido concluído sem a parte viciada ou no caso de contrato não ser viável sem a parte inválida, porque não é “*capaz de desenvolver uma vida jurídica e económica própria e autónoma*”²⁹ ou, ainda, quando a existência da parte inválida seja necessária à validade de todo o contrato.

Já no regime dos contratos de adesão, o artigo 13º nº 1 da LCCG consagra uma diferença em relação ao regime geral: a opção, conferida ao aderente, de manter o contrato na parte válida. À primeira vista, aqui não existe diferença em relação ao regime geral, que também consagra a manutenção do contrato, a menos que se faça uma interpretação *a contrario* de tal “opção”, no sentido que se o aderente pode optar pela manutenção do contrato, também pode optar pela sua “não manutenção”, ou seja, pela sua nulidade.

Tal interpretação, que daria maior poder e proteção ao aderente, é destruída pelo artigo 14º, que dispõe que, na falta de opção pela manutenção do contrato, aplicam-se as regras do regime geral da redução do negócio. Voltamos, então, à primeira impressão, e ficámos com a ideia de que a opção pela manutenção do contrato não é uma verdadeira opção, mas antes o resultado inevitável da invalidade parcial.

Esta impressão é, em parte, enganadora e a “opção” é relevante. É que, no regime geral, a manutenção do contrato depende da vontade hipotética das partes em concluir o contrato, mesmo sem a parte viciada. Já na LCCG, a vontade hipotética de qualquer das partes é irrelevante. Através da opção concedida ao aderente, dá-se prioridade à sua vontade real, no momento de tal opção. Quanto à vontade hipotética do predisponente, ela é também irrelevante, optando o legislador por desconsiderá-la, no sentido de permitir a correção do desequilíbrio de interesses e evitar prejuízo, para o aderente, decorrente da invalidade parcial, consagrada em sua proteção. Esta solução poderia ser alcançada, no âmbito do regime geral, pela “redução teleológica”, uma vez que se trata da infração de normas que pretendem proteger o aderente contra o predisponente. No entanto, o regime da LCCG é mais seguro, dispensa interpretações

²⁸ Mais uma vez, no mesmo sentido, ALMEIDA COSTA e MENEZES CORDEIRO, *ibidem*, p. 33.

²⁹ HÖRSTER, Heinrich Ewald – *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 2000, p. 598.

da lei e do caso concreto pelo julgador, permite ao aderente expressar a sua vontade real e mesmo reforça a possibilidade de manutenção do contrato, ao permitir o recurso às regras de integração do contrato.

Porém, o poder de optar pela manutenção do contrato é limitado. Na verdade, fica afastada a manutenção do contrato se a mesma levar a um desequilíbrio de prestações gravemente atentatório da boa fé. Neste caso, também vigora o regime geral da redução do negócio.

Desta regra surge uma perplexidade: se a manutenção do contrato conduz a desequilíbrio das prestações gravemente atentatório da boa fé, ele só se poderá manter, à luz do regime geral, se a vontade hipotética do predisponente fosse concluir o contrato sem a parte viciada, mesmo que tal significasse um desequilíbrio de prestações gravemente atentatório da boa fé, em seu desfavor! Parece-nos que a remissão para o regime geral, nestes casos, é desnecessária e desadequada³⁰. Deveria ter-se previsto que, em caso de desequilíbrio gravemente atentatório da boa fé, o contrato seria, pura e simplesmente, nulo na sua totalidade. Aliás, é isso que se prevê, no n.º 2 do artigo 9.º da LCCG, no caso do vício de não incorporação da cláusula.

Existe uma outra perplexidade na remissão para o regime geral da redução do negócio, ao abrigo do artigo 14.º do mesmo diploma. Nos termos deste preceito, se o aderente não optar pela manutenção do contrato ou tal opção levar a um desequilíbrio gravemente atentatório da boa fé, aplica-se o tal regime geral, que, no essencial, nos diz que o contrato se irá manter se a vontade hipotética das partes for concluir tal contrato sem a parte viciada. Acontece que o predisponente é uma parte que deitou mão de CCG ou de cláusulas impostas individuais. Sabendo deste facto, que é requisito indispensável à aplicação da LCCG, é conclusão forçosa que o predisponente não iria concluir o contrato sem as tais cláusulas, absolutamente inegociáveis.

Perante tal situação, a redução só seria possível se fosse uma “redução teleológica” ou quando o princípio da boa fé imponha a manutenção do negócio³¹. Ora, a “redução teleológica” tem o problema de se opor à vontade real, atual, do aderente, que não optou pela manutenção do negócio. Já o princípio da boa fé não pode ser utilizado nos casos em que a própria

³⁰ No mesmo sentido, JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS, em *Cláusulas Contratuais Gerais...*, pp. 164 e 165; onde afirma que o preceito do artigo 14.º da LCCG é dispensável.

³¹ São estas as duas hipóteses que, defende MOTA PINTO, obrigam à redução do negócio, mesmo quando a vontade hipotética das partes seja no sentido da invalidade total – *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª edição, pp. 627-630. Este autor refere uma terceira hipótese, relativa, precisamente, aos contratos de adesão, mas que ficou desatualizada pela entrada em vigor da LCCG.

manutenção do contrato conduz a um desequilíbrio de prestações gravemente atentatório da boa fé.

A tudo isto acresce que, para que possa haver redução – afastada a possibilidade de redução teleológica –, no momento de apurar a vontade hipotética do predisponente, terá de se desconsiderar o facto de que as cláusulas viciadas eram inegociáveis em todos os seus aspetos. Só assim poderá existir a possibilidade de se vir a chegar à conclusão de que a vontade hipotética do mesmo seria concluir o contrato sem a parte viciada. Neste caso estaremos a desconsiderar um dos elementos de facto mais relevantes na situação em concreto, o que leva a fazer um exercício de conjetura maior e a uma insegurança acrescida.

Creemos, por tudo o que fica exposto, que o artigo 14º da LCCG deveria ser revogado. Uma solução como a consagrada no artigo 9º do mesmo diploma, não sendo perfeita, seria mais adequada.

A proteção substantiva do aderente, no regime dos contratos de adesão, faz-se em dois níveis: no controlo de conteúdo das cláusulas, a que nos acabamos de referir, e nos deveres de informação, na fase pré-contratual. A proteção adjetiva, para além dos meios comuns, é prosseguida, de modo específico, pela ação inibitória, prevista nos artigos 25º e seguintes da LCCG.

Para além das pequenas referências que se foram fazendo, até este ponto, não se mostra útil aprofundar o regime da ação inibitória, pelo que, salvo alguma referência acessória, ao longo desta exposição, não lhe teceremos mais considerações.

Pelo contrário, no que respeita à proteção do aderente, através de deveres de informação, impostos ao predisponente, trataremos nos próximos pontos, pois o objeto deste estudo é esse; ou, pelo menos, alguns aspetos da proteção através de deveres de informação.

II – A INCLUSÃO DA CLÁUSULA E OS DEVERES DE INFORMAÇÃO

O principal perigo, para o aderente, na contratação através de contratos de adesão, decorre da possibilidade de desequilíbrio de interesses, no contrato, em seu desfavor. Tal perigo é corrigido através do controlo do conteúdo da cláusula. Um perigo colateral, mas também muito relevante e muito real, é o perigo de défice de informação, ou seja, de desconhecimento ou não conhecimento suficiente, do clausulado.

A falta de conhecimento adequado do clausulado do contrato comporta vários perigos: não cumprir adequadamente as suas obrigações, por desconhecimento das mesmas e dos procedimentos a adotar e, correlativamente, o não fazer valer os seus direitos, também por desconhecimento dos mesmos ou dos procedimentos a adotar; o perigo de não estar ciente de disposições que o prejudicam e, por isso, não se precaver contra elas ou mesmo não perceber que deve recusar contratar. Em suma, o risco de “não saber no que se vai meter”.

É, também, de notar que a realidade dos contratos de adesão deu origem a um fenómeno próprio dos mesmos, no âmbito do problema do défice de informação do aderente. Referimo-nos às chamadas “cláusulas surpresa”. Estas são cláusulas que, pela sua apresentação gráfica (local, tamanho, extensão, orientação, cor e outros aspetos da sua apresentação gráfica) passam despercebidas ao aderente.

Fica claro que é necessária uma proteção específica a este nível, de modo a assegurar que o aderente tenha uma efetiva, real possibilidade de conhecer e compreender, de modo completo e adequado, o clausulado a que vai aderir.

II.A – OS DEVERES DE INFORMAÇÃO NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA E EM ALGUNS ORDENAMENTOS EUROPEUS

Sobre os contratos de adesão, rege, no Direito da União Europeia, a Diretiva 93/13/CEE.

O artigo 5º desta Diretiva, na sua 1ª parte, consagra o princípio da transparência, na redação das cláusulas dos contratos de adesão (escritos), dispondo, muito simplesmente, que as cláusulas deverão ser redigidas “*de forma clara e compreensível*”. Na versão em língua inglesa, as expressões utilizadas são “plain” e “intelligible”. Embora a expressão “plain” possa ser traduzida por “clara”, o seu sentido mais comum, referindo-se a linguagem, é traduzido por

simples, comum, acessível ou direta. Cremos que a expressão portuguesa “clara” também pode ter estes significados. A verdade é que a norma deve ser interpretada de modo abrangente, no sentido de exigir uma redação das cláusulas que seja compreensível ou facilmente apreendida pelo cidadão comum e que evite qualquer ambiguidade.

Esta exigência de redação clara e compreensível deve ser entendida, quer num sentido formal, quer num sentido material³². No sentido formal refere-se à apresentação gráfica do clausulado, ou seja, à aparência exterior do mesmo. No sentido material refere-se à linguagem utilizada.

A interpretação deste preceito deve ter em conta o texto do vigésimo considerando da diretiva. Ele refere que o consumidor deve ter a oportunidade de tomar conhecimento de todas as cláusulas. Este considerando implica uma interpretação extensiva da 1ª parte do artigo 5º da diretiva, no sentido de que o predisponente está, não só obrigado a redigir as cláusulas em termos simples, claros e compreensíveis para o aderente, mas também a comunicar-lhe, efetiva e integralmente, tais cláusulas. Só assim, como é óbvio, o aderente terá oportunidade de tomar conhecimento integral das cláusulas: de nada serviria uma redação clara e acessível se o predisponente retivesse as cláusulas, no todo ou em parte, e não deixasse o aderente lê-las.

Portanto, o princípio da transparência implica o dever de redação clara e não ambiguidade das cláusulas e o dever da sua comunicação integral.

Em 2008, a Comissão Europeia apresentou uma proposta de diretiva sobre direitos do consumidor³³, que também alterava o regime dos contratos de adesão. No artigo 31º desta proposta de diretiva, desenvolvia-se e clarificava-se o princípio da transparência. Em particular, estabelecia-se, expressamente, no nº 2 deste artigo, o dever de comunicar as cláusulas de modo a dar uma oportunidade real de o aderente conhecer as cláusulas, antes da conclusão do contrato. Esta seria uma alteração bem-vinda³⁴, dando clareza e segurança à lei e permitindo maior proteção do aderente. Acontece que a recente Diretiva 2011/83/UE restringiu o seu âmbito de aplicação e, no que respeita a contratos de adesão, limitou-se a aditar um artigo 8º-A

³² Neste sentido, EBERS, em *Unfair Contract Terms Directive (93/13)*, in *Consumer Law Compendium*, p. 412.

³³ COM (2008) 614 final.

³⁴ Tal alteração já era defendida no *Relatório da Comissão sobre a Aplicação da Directiva 93/13/CE do Conselho de 5 de abril de 1993 relativa às Cláusulas Abusivas nos Contratos Celebrados com os Consumidores*; COM (2000) 248 final, p. 19. Também EBERS, em *Unfair Contract Terms Directive (93/13)*, in *Consumer Law Compendium*, p. 349, recomenda que a diretiva seja alterada neste sentido e acrescenta que tal alteração deveria incorporar também a proibição das cláusulas-surpresa.

à Diretiva 93/13/CEE, com a obrigação de os Estados Membros, que legislarem num sentido mais exigente do que o da diretiva, comunicarem as respetivas normas à Comissão.

Em definitiva, no Direito da União, continua a reger o artigo 5º da Diretiva 93/13/CEE.

A 2ª parte deste artigo cria uma regra de interpretação *contra proferentem*: em caso de dúvida, a cláusula é interpretada no sentido mais favorável ao aderente. Esta norma funciona como reforço do dever de informação, pois, se o predisponente não redige o clausulado de modo claro e compreensível, qualquer ambiguidade, obscuridade ou dúvida no conteúdo da cláusula levará a que a mesma seja interpretada no sentido mais favorável para o aderente.

Finalmente, o nº 2 do artigo 4º da diretiva isenta as cláusulas relativas à definição do objeto do contrato e da adequação do preço ou remuneração aos bens ou serviços prestado; no entanto, ressalva que elas apenas estão isentas do controlo do conteúdo e não do dever de redação clara e compreensível.

Podemos criticar o minimalismo do legislador comunitário, que estabelece um nível básico de proteção do aderente, no que respeita ao dever de informação³⁵. Ao mesmo tempo, um regime tão básico, abre a porta a incertezas e interpretações díspares. No entanto, estamos perante uma diretiva de harmonização mínima, pelo que, ao invés de pedir um maior desenvolvimento do regime ao legislador comunitário, seria de esperar que tal fosse feito pelos legisladores nacionais.

A Diretiva 93/13/CEE influenciou claramente os ordenamentos jurídicos dos Estados Membros, no que respeita ao regime dos contratos de adesão.

Em particular, na questão dos deveres de informação, a maioria dos Estados Membros fizeram uma transposição literal ou quase literal da 1ª parte do artigo 5º da diretiva, para os seus ordenamentos jurídicos. Quanto a estes, portanto, frustrou-se a expectativa de ver consagrado um regime mais exigente, no âmbito dos deveres de informação.

Bom exemplo de uma transposição literal são os ordenamentos do Reino Unido e da República da Irlanda³⁶.

³⁵ E não surpreendem as recomendações referidas na nota anterior e o artigo 31º da proposta de diretiva sobre direitos do consumidor (COM (2008) 614 final), com as quais concordamos.

³⁶ No caso da República da Irlanda, vejam-se as regulations 4 e 5 do EUROPEAN COMMUNITIES (UNFAIR TERMS IN CONSUMER CONTRACTS) REGULATIONS, 1995, S.I. Nº 27/1995 e no caso do Reino Unido, as regulations 6 (2) e 7 do Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 (Statutory Instrument), 22/07/1999, nº 2083. SG(99)A/11410.

Ora, para além desta transposição literal levar a uma proteção insuficiente do aderente, estes ordenamentos sofrem com a infeliz versão em língua inglesa, da diretiva. Esta refere, no artigo 5º, que as cláusulas devem ser formuladas em “*plain, intelligible language*”, ou seja, linguagem clara e compreensível. Linguagem, não redação.

Ambas as *Regulations* reproduzem a expressão referida. Isto põe um problema quanto à exigência de clareza no plano formal, da apresentação gráfica das cláusulas. Obriga a um esforço de interpretação, que tem de superar a limitação imposta pela palavra “language”, que se refere, de modo natural, ao plano material, ou seja, à linguagem utilizada na redação das cláusulas.

Na Bélgica, Itália e França, a situação é um pouco diferente.

Nos ordenamentos destes países, o regime dos contratos de adesão está integrado em diploma que trata do regime geral de proteção do consumidor: na Bélgica, a Loi relative aux Pratiques du Marché et à la Protection du Consommateur, de 06/04/2010 (LPMC); na França, o Code de la Consommation; na Itália, o Codice del Consumo.

A lei francesa reproduz os artigos 4º nº 2 e 5º da diretiva nos artigos L132-1 e L133-2 do Code de la Consommation. No entanto, vai um pouco para além do previsto na diretiva. No artigo L133-2, exige, não só uma redação clara e compreensível, mas também uma apresentação clara e compreensível das cláusulas. No artigo L134-1 consagra a obrigação do predisponente entregar um exemplar do clausulado, desde que lhe seja feito tal pedido por qualquer interessado.

Estas normas, no entanto, não são específicas dos contratos de adesão, antes de aplicação mais geral.

Concluimos que, também aqui, apesar de se ir um pouco além da diretiva e de que o Code de la Consommation consagra alguns direitos de informação gerais, para além dos referidos, os deveres de informação, no âmbito dos contratos de adesão não são suficientes, forçando interpretações extensivas, amplas e sempre incertas, para poder chegar a um regime adequado.

O Codice del Consumo italiano³⁷, é mais literal na transposição da diretiva, reproduzindo-a de modo idêntico ao que acontece nas *Regulations* do Reino Unido e da República da Irlanda³⁸. A diferença, como já referimos, é que, ao contrário das *Regulations*, o regime está integrado num

³⁷ Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206.

³⁸ Vide artigos 34º nº 2 e 35º do Codice del Consumo.

Codice del Consumo, onde se consagram direitos de informação ao consumidor. Estes direitos de informação, sendo que não resolvem as insuficiências de uma transposição literal da diretiva, pelo menos oferecem melhor proteção ao consumidor, do que acontece nas *Regulations*³⁹.

No âmbito dos contratos de adesão, o ordenamento italiano inclui, ainda, normas relativas a cláusulas contratuais gerais, que se aplicam a contratos que as incluam, mas que não sejam celebrados com consumidores. O artigo 1341 do Código Civil italiano dispõe que apenas serão eficazes as CCG que, no momento da conclusão do contrato, sejam conhecidas do aderente ou que este devesse conhecer, usando da comum diligência. É uma disposição que parece ficar aquém dos deveres consagrados na diretiva e no artigo 35º do Codice del Consumo. No entanto, a melhor interpretação de tal preceito leva a que todas estas disposições tenham um sentido equivalente⁴⁰.

No ordenamento belga, o artigo 5º da diretiva é transposto, de modo literal, no artigo 40 da LPMC, mas este preceito é de aplicação geral a todos os contratos celebrados com consumidores, não se restringindo aos contratos de adesão. Já o nº 2 do artigo 4º da diretiva é transposto, de modo também literal, pela 3ª parte do artigo 73; este sim, aplicável apenas aos contratos de adesão.

As mesmas críticas que se fizeram acima, podem-se aplicar aqui.

Nos casos da Bélgica, França e Itália, apesar duma transposição mais ou menos literal, haverá uma proteção mais adequada do que nas *Regulations* das ilhas britânicas, em virtude do regime se inserir numa regulamentação geral da proteção do consumidor, com a conseqüente consagração de direitos de informação em favor do mesmo. Parece-nos, no entanto, que os respetivos legisladores confiaram excessivamente numa estrutura de direitos de informação gerais, contentando-se, no que especificamente respeita aos contratos de adesão, em reproduzir literalmente, ou quase literalmente, o texto da diretiva.

Os contratos de adesão, do mesmo modo que causam um *específico* défice de informação, reclamam uma *específica* proteção do aderente, no que toca à informação. O específico défice de informação respeita ao clausulado do contrato e resulta, em particular, da unilateralidade da sua formulação e também da rigidez do mesmo, impondo ao aderente uma mera adesão. Não se prende, apenas, com informações relativas a características, qualidade ou segurança dos bens e serviços objeto do contrato. Portanto, a específica proteção do aderente,

³⁹ Vide artigo 5º nº 3 do Codice del Consumo.

⁴⁰ Vide a interpretação de GALLO, Trattato del Contratto, v. 1, p. 750.

em termos de informação, tem a ver com o conhecimento das cláusulas contratuais e do modo como o mesmo vai celebrar o contrato: através de mera adesão. Neste segundo aspeto, terá de se ter em atenção as circunstâncias em que tal acontece e que, normalmente, impõem limitações ao efetivo conhecimento das cláusulas, por parte do aderente.

Na questão dos deveres de informação, a prestar ao aderente, o ordenamento jurídico espanhol estabeleceu um regime bem mais adequado, se bem que algo confuso e repetitivo, do que aquele que vigora nos Estados que temos vindo a referir.

Os contratos de adesão, em Espanha, são regulados de modo dual, com uma lei geral, aplicável a todo o tipo de sujeitos, mas apenas às cláusulas contratuais gerais, e que trata apenas dos deveres de informação, interpretação das cláusulas e ação inibitória, e com uma regulação específica para o consumidores, no que respeita ao controlo de conteúdo das cláusulas, abrangendo, quer as CCG, quer as cláusulas impostas individuais. Não existe texto legal que trate do controlo do conteúdo para os contratos em que o aderente não seja um consumidor.

A lei geral é a Ley 7/1998, de 13 de Abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC). Já o controlo do conteúdo das cláusulas, em que o aderente seja consumidor, está integrado na Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007 (LGDCU)).

A LCGC, no seu artigo 5 n° 1 manda que o predisponente informe, expressamente, o aderente das cláusulas contratuais gerais presentes no contrato e lhe entregue um exemplar das mesmas. Consagra-se, portanto, o dever de comunicação. No n° 5 do mesmo artigo acrescenta que a redação das CCG deverá cumprir os requisitos de transparência, clareza, precisão⁴¹ e simplicidade, assim se consagrando o dever transparência na redação. O artigo 7 do mesmo diploma aprofunda estes deveres pela negativa, ao prescrever que não serão incorporadas ao contrato, por um lado aquelas cláusulas que o aderente não tenha tido oportunidade real de conhecer ao tempo da celebração do contrato ou que, de um modo geral, não cumpram os deveres de informação impostos pelo artigo 5 (artigo 7 alínea a) da LCGC); e por outro lado, aquelas que sejam ilegíveis, ambíguas, obscuras e incompreensíveis, exceto no caso de cumprirem os deveres de informação consagrados em regime legal especial, que regule o tipo de

⁴¹ A expressão utilizada por este preceito, em língua castelhana, é "*concreción*". Ela pode ser traduzida por sucintez, pertinência ou precisão. No preceito em causa parece-nos que a mesma é utilizada no sentido de "precisão", proibindo a ambiguidade e a obscuridade e exigindo uma delimitação precisa de direitos e obrigações.

contrato em causa e o aderente as aceite expressamente por escrito (artigo 7 alínea b) da LCGC).

Quando à regra de interpretação *contra proferentem*, a mesma vem consagrada no n.º 2 do artigo 6 da LCGC.

Este diploma estabelece um regime de deveres de informação mais preciso⁴² e abrangente do que o que consta da diretiva, aplicando-o, não só a consumidores, mas a qualquer sujeito. Acontece que, no seu âmbito de aplicação objetivo, a LCGC é menos abrangente do que a diretiva, na medida em que se aplica apenas às CCG.

Assim sendo, a própria LCGC cuidou de alterar a LGDCU então em vigor (Ley 26/1984, de 19 de Julho), através da sua Disposição Adicional Primeira. Esta disposição altera o artigo 10 da Ley 26/1984 e adita-lhe o artigo 10 bis. Estes dois artigos passam a ser aplicáveis a cláusulas não negociadas individualmente⁴³. Com esta expressão ficam abrangidas, quer as CCG, quer as cláusulas impostas individuais. Para que os deveres de informação fossem aplicáveis, também, a estas últimas, o artigo 10, na alínea a) do seu n.º 1 e no n.º 2, consagrava deveres de informação similares aos da LCGC - embora utilizando expressões nem sempre coincidentes com as desta - e a regra de interpretação *contra proferentem*.

Entretanto, em 2007, a Ley 26/1984 foi reformada⁴⁴, passando a vigorar o Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de Novembro.

A nova LGDCU integrou deveres de informação no artigo 60, que é aplicável a todos os contratos com consumidores e não apenas aos contratos de adesão. Este preceito dispõe que o profissional, antes de contratar, deverá por à disposição do consumidor uma informação relevante, verídica e suficiente (conteúdo da informação), de forma clara, compreensível e adaptada às circunstâncias (modo de informar). Tais deveres, porém, ficam limitados às cláusulas essenciais do contrato. No artigo 63 do mesmo diploma consagrou-se o dever de entregar recibo ou cópia das cláusulas, mas fica a ideia que tal dever deve ser cumprido após a celebração do contrato.

Claramente, a limitação às cláusulas essenciais do contrato e a obrigação de comunicação do clausulado após a celebração do contrato não se coadunam com a necessária

⁴² Referindo, expressamente, que os deveres de informação devem ser cumpridos até ao momento da celebração do contrato (artigo 7º alínea a)); coisa que a diretiva não faz expressamente, mas que está implícito, através de interpretação adequada dos preceitos relevantes.

⁴³ No artigo 10 fala-se em "*cláusulas no negociadas individualmente*" e no artigo 10 bis em "*estipulaciones no negociadas individualmente*".

⁴⁴ A lei refere que aprova o texto "*refundido*" da LGDCU e "*incorpora*" o disposto na Ley 26/1984.

proteção do aderente e não são suficientes para cumprir as exigências da diretiva. Assim, nos preceitos especificamente dedicados aos contratos de adesão, o regime é desenvolvido. No artigo 80 da LGDCU fala-se em precisão, clareza e simplicidade da redação, que permita uma compreensão direta (80 n° 1 alínea a)) e exige-se que o aderente tenha a possibilidade de conhecer o conteúdo do contrato em momento anterior à celebração do mesmo (80 n° 1 alínea b)).

Desta alínea b) resulta a obrigação da comunicação prévia do conteúdo das cláusulas.

Nas alíneas a) e b) do n° 1 do artigo 80 não resulta nenhuma limitação ao tipos de cláusulas que devem ser objeto do cumprimentos dos deveres de informação, antes é de concluir, a partir da conjugação de ambas e do respetivo texto, que a informação deve ser completa, isto é, abranger todas as cláusulas que não foram objeto de negociação individual.

Apesar de os termos e expressões utilizados na LCGC e na LGDCU, quanto aos deveres de informação, serem por vezes diferentes e criarem algum ruído, ambas devem ser entendidas de modo convergente e os deveres de informação, nelas consagrados, serem interpretados de modo semelhante.

O n° 2 do artigo 80 consagra a regra *contra proferentem* na interpretação das cláusulas.

Em conclusão, o ordenamento espanhol, não só consagrou as regras previstas na diretiva, quanto aos deveres de informação, mas também foi mais preciso e, até, mais abrangente nesse regime, permitindo maior proteção ao aderente. Tendo criado um regime mais preciso no enunciado dos deveres de informação, o facto de os consagrar em diplomas distintos, nem sempre permite que o regime tenha maior certeza do que aquele que se verteu na diretiva.

O regime relativo aos deveres de informação nos contratos de adesão, consagrado na lei portuguesa, é mais perfeito e concede maior proteção ao aderente, do que qualquer um dos regimes que acabamos de analisar, sejam eles da diretiva, sejam dos países referidos. É isso que exporemos de seguida.

II.B – A INCLUSÃO DA CLÁUSULA E OS DEVERES DE INFORMAÇÃO NA LCCG

Estamos no âmbito da proteção do aderente no que respeita ao perigo de desconhecimento das cláusulas do contrato. Como dissemos, este é, depois do desequilíbrio de

interesses em prejuízo do aderente, o perigo mais importante que resulta da utilização de contratos de adesão. A defesa contra tal perigo faz-se através da consagração de deveres de informação e do princípio da transparência.

A LCCG consagra tal defesa no seu Capítulo II (artigos 4º a 9º).

No entanto, sendo tal defesa concretizada através do princípio da transparência e dos deveres de informação, vemos que este capítulo da lei se designa por “inclusão de cláusulas contratuais gerais em contratos singulares”. Quem não conhecesse o conteúdo dos preceitos deste capítulo, perante tal designação, não suspeitaria que o mesmo pudesse tratar de deveres de informação. O certo é que, em vários ordenamentos e na doutrina⁴⁵, respeitantes aos contratos de adesão, têm sido utilizadas as expressões *inclusão* ou *incorporação* das cláusulas com referência ao processo de formação e conclusão de contratos de adesão concretos – que a nossa lei chama de contratos singulares ou contratos individualizados, conforme contenham CCG ou não –, com aderentes concretos. SERRA RODRÍGUEZ⁴⁶ fala em controlo puramente *formal* ou de *não inclusão* das cláusulas, referindo-se ao facto da LCGC apenas dispor sobre aspetos de informação das CCG e não conter disposições relativas ao controlo de conteúdo. SOUSA RIBEIRO, por sua vez, refere-se às regras dos artigos 5º, 6º e 8º da LCCG como “*regras de carácter formal-procedimental*”⁴⁷, quando discorre sobre a articulação de tais regras com o controlo do conteúdo.

Na verdade, a exigência do cumprimento de deveres de informação apenas existe perante um aderente concreto, em processo conducente à celebração de um contrato concreto. É nesta situação em que o dever deve ser cumprido e só então se pode verificar a sua eventual violação.

Nesta sequência que pode afirmar-se que, sem que o aderente tenha a possibilidade de conhecer e compreender efetivamente todas as cláusulas a que se vai vincular e, desse modo, tenha uma vontade informada e bem formada, não se pode aceitar a inclusão (válida) das cláusulas afetadas.

Daí que se possa falar, neste âmbito dos contratos de adesão, de um *controlo da inclusão ou da incorporação*⁴⁸, juntamente com o controlo do conteúdo⁴⁹.

⁴⁵ A título meramente exemplificativo, a LCGC espanhola fala em “incorporación” e EBERS utiliza a expressão “*incorporation*” ao longo da obra citada *Unfair Contract Terms Directive...*, mas especialmente na p. 418.

⁴⁶ Condiciones Generales de la Contratación y Clausulas Abusivas en los Contratos Celebrados con Consumidores. In REYES LOPEZ, María José (Coord.) – *Derecho Privado de Consumo*, p. 333.

⁴⁷ *O Problema do Contrato...*, p. 370.

⁴⁸ SOUSA RIBEIRO utiliza as mesmas expressões, *ibidem*, p. 380 (nota 325).

A LCCG, no artigo 4º, começa por fazer uma referência que, se bem que, aparentemente, desnecessária, pelo menos afasta qualquer dúvida de interpretação: as cláusulas incluem-se nos contratos pela aceitação. Tal regra corresponde ao regime geral, previsto nos artigos 224º e seguintes do Código Civil. A referência expressa a tal regra tem por efeito enfatizá-la, deixando claro que, como referem ALMEIDA COSTA e MENEZES CORDEIRO⁵⁰, “*As cláusulas contratuais gerais, em si mesmas, não possuem, obviamente, relevância negocial. (...) Seguem (...) o processo de conclusão dos negócios jurídicos bilaterais: as cláusulas são incluídas nas propostas e, pela aceitação, integram os contratos celebrados – os contratos singulares*”.

Assim, nos contratos de adesão, a proposta contratual e a aceitação estão submetidas às regras gerais.

Somos da opinião que o legislador fez bem em enfatizar a necessidade de aceitação para a perfeição do contrato de adesão, pois, não só evita qualquer (pretensão de) interpretação em sentido contrário, mas também não deixa de nos levar a pensar na expressão que consta do nº 1 do artigo 1º da LCCG “*subscrever ou aceitar*”. O aderente pode *aceitar* a proposta do predisponente ou pode *subscrever* as cláusulas que lhe são impostas por este. A aceitação, para efeitos do artigo 4º, tanto pode provir do aderente, como do predisponente. O facto de o aderente subscrever uma proposta contratual, embora o vincule à mesma, não o vincula a qualquer contrato, nem tem por efeito incluir nele as respetivas cláusulas. Tal só acontecerá se o predisponente, efetiva e validamente, emitir a sua declaração negocial de aceitação. Só nesse momento existirá um contrato.

A situação em que o aderente subscrive um formulário de proposta contratual, elaborado pelo predisponente, que, depois, poderá, ou não, aceitar, é bastante comum. Por exemplo, os contratos de seguro e de mútuo bancário são normalmente celebrados deste modo. Nestes contratos, por vezes, o formulário de proposta contratual é muito simples, contendo, basicamente, informações relativas à identificação dos contraentes e ao tipo de contrato. Só mais tarde, depois da aceitação, é que são remetidas, ao aderente, uma série de cláusulas que

⁴⁹ JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS utiliza a expressão controlo de inclusão ou de *efectiva adesão*, “*prévio e complementar do controlo do conteúdo*” - *Cláusulas Contratuais Gerais – DL N° 446/85 – Anotado*, pp. 57 e 58. A expressão “controlo de inclusão” também é utilizada por ALMENO DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva...*, p. 59.

⁵⁰ *Cláusulas Contratuais Gerais – Anotação...*, p. 23.

vão regular o contrato. Tendo em conta as regras gerais sobre a perfeição do contrato e a sua ênfase pelo artigo 4º da LCCG, tal modo de contratar merece-nos alguma reflexão.

Como veremos, ao fazer referência ao artigo 5º da LCCG, as cláusulas que sejam comunicadas após a subscrição da proposta pelo aderente, são excluídas do contrato. No entanto, antes de se pôr a questão da aplicação do artigo 5º, é necessário verificar em que termos se fizeram as declarações negociais, seja a proposta contratual, seja a aceitação.

Pode acontecer que a proposta seja tão simples que nem sequer faça referência, mesmo que por mera remissão, para as cláusulas que serão comunicadas posteriormente. Neste caso, a proposta contratual não as abrange. Não existe declaração de vontade que a elas faça referência, pelo não fazem parte da proposta contratual. Assim, a aceitação da proposta, por parte do predisponente, também não as abrange e elas não são incluídas materialmente no contrato. As declarações de vontade das partes não as abrangem e, portanto, temos a inexistência material das mesmas. O contrato, esse, atingiu a perfeição, mas apenas com o conteúdo da proposta subscrita pelo aderente⁵¹.

No entanto, dependendo das circunstâncias concretas do caso, em particular quanto ao modo como são comunicadas e recebidas a aceitação do predisponente e as cláusulas não incluídas na proposta, poderemos estar perante uma aceitação que inclui estas cláusulas, ou seja, perante uma aceitação com modificações, prevista no artigo 233º do Código Civil. Neste caso, conforme prevê o preceito referido, a proposta considera-se recusada e o contrato não fica concluído. Aqui, temos a inexistência material do contrato em si e não apenas das cláusulas.

Esta “aceitação com modificações” implica a inexistência do contrato, mas vale como proposta contratual, nos termos da disposição referida. A aderente pode aceitá-la e o contrato será concluído, englobando todas as cláusulas que lhe foram comunicadas. Porém, atendendo às circunstâncias, isto é, atendendo a que estamos perante um contrato de adesão, a declaração de aceitação, por parte do aderente, não pode ser tácita (*vide* artigo 234º do Código Civil). Na verdade, a aderente, naturalmente, pensará que, se as cláusulas não constavam da proposta que assinou, eles nunca o vincularão; e, assim convencido, irá pagar as prestações relativas ao capital mutuado e juros ou ao prémio do seguro. Tal comportamento poderia ser tomado por aceitação tácita, deixando o aderente desprotegido. Na verdade, um contrato formado deste modo, com um processo tão complicado, não será facilmente apreendido pelo aderente médio.

⁵¹ Aqui, perante a simplicidade “franciscana” de alguns formulários de proposta contratual, será caso para apreciar a validade do contrato, nomeadamente à luz do artigo 280º do Código Civil.

No mínimo, o aderente sempre ficaria na dúvida quanto a quais as cláusulas que efetivamente fazem parte do contrato. Aliás, se a aceitação tácita não estivesse afastada pelo disposto no artigo 234º do Código Civil, como defendemos, as cláusulas comunicadas posteriormente sempre deveriam ser excluídas nos termos do artigo 8º da LCCG, por violação dos artigos 5º e 6º do mesmo diploma. Para cumprir o disposto nestes preceito, o predisponente teria de comunicar novamente, a totalidade das cláusulas do contrato, num único documento, deixar claro que todas estariam em vigor e esclarecer devidamente o aderente sobre o processo de formação do contrato, no que respeita à sucessão de propostas contratuais e aceitação, e sobre o momento da sua conclusão.

De qualquer modo, reafirma-se que a aceitação tácita, neste caso, não é admitida.

A situação será diferente se, na proposta contratual, constar referência às cláusulas a comunicar posteriormente, remetendo para elas e deixando claro que as mesmas fazem parte da proposta contratual. É que, para efeitos de declaração negocial e conclusão do contrato, as mesmas podem abranger cláusulas por mera remissão para as mesmas. Nada impede que o contrato seja celebrado remetendo para minutas ou anexos; não sendo necessário que as partes conheçam o seu conteúdo⁵². É comum acordar que o contrato englobe as cláusulas de minutas de contratos, elaboradas por organizações internacionais, que, pela sua boa reputação, levam a que as partes para elas remetam, sem conhecer completamente o seu conteúdo e sem as anexar ao contrato. A regra geral aplica-se aos contratos de adesão, que ficam assim concluídos e existem materialmente, mesmo com a comunicação posterior das cláusulas para que remetem (ou mesmo sem qualquer comunicação).

No entanto, a falta de comunicação de tais cláusulas em momento anterior à subscrição da proposta, pelo aderente, implica uma violação clara do artigo 5º da LCCG, ficando as cláusulas afetadas sob a alçada do artigo 8º do mesmo diploma. Tais cláusulas serão excluídas, mas o contrato existe, ficando sujeito ao regime do artigo 9º da mesma lei.

Em conclusão, a referência à inclusão das cláusulas pela aceitação, no artigo 4º, implica que, antes sequer de se pôr a hipótese da aplicação dos artigos 5º, 6º e 8º da LCCG, é preciso verificar se houve aceitação do contrato, nos termos gerais, pois sem tal aceitação não há contrato, nem quaisquer cláusulas contratuais.

⁵² GALLO refere que "*l'ignoranza dele c.g.c non preclude infatti il loro inserimento nel contratto*": o não conhecimento das CCG não impede, na verdade, a sua inclusão no contrato – *Trattato del Contratto...*, p. 770.

Relacionada com a aceitação, mas, também, de modo reflexo, com os deveres de informação, está o disposto no artigo 7º da LCCG. Estabelece-se que as cláusulas especificamente acordadas entre as partes prevalecem sobre aquelas que se pretendiam impor e que, supostamente, seriam inegociáveis; mesmo quando estas últimas estejam incluídas em formulários assinados pelas partes.

Quando este preceito utiliza a expressão “*cláusulas especificamente acordadas*”, está a referir-se a cláusulas individualmente negociadas entre as partes em concreto⁵³. Não concordamos que em tal expressão se devam incluir as cláusulas referidas no nº 2 do artigo 1º da LCCG⁵⁴; não só porque a expressão “acordadas” não deve abranger os casos de mera adesão, mas também, e especialmente, porque tal interpretação iria contra a própria *ratio* do nº 2 do artigo 1º, que pretende alargar o regime das cláusulas contratuais gerais às cláusulas individuais não negociadas.

Esta norma poderia resultar da mera aplicação das regras gerais, onde vigora a liberdade contratual. Porém, problemas poderiam surgir quando se pretendesse fazer valer uma cláusula negociada individualmente que contradissesse um formulário assinado pelas partes. O artigo 7º da LCCG deixa claro que as cláusulas negociadas individualmente prevalecem sobre quaisquer cláusulas não negociadas. Assim, protege-se o aderente, que, se negociou e concordou com a cláusula, em princípio, esta, não só está de acordo com a sua vontade, mas também será mais propícia a concretizar os interesses do mesmo. Acresce que, como afirmam ALMEIDA COSTA e MENEZES CORDEIRO, a “*experiência ensina, de facto, que a presença de acordos específicos demonstra a vontade das parte(s) em não subscrever as cláusulas contratuais gerais*”⁵⁵.

O problema é maior quando se estabelece forma, convencional ou legal, para o contrato e a cláusula individualmente negociada foi acordada sem a forma prescrita⁵⁶. Embora o regime geral dos artigos 221º e seguintes do Código Civil permitisse ultrapassar alguns problemas, o estabelecido no artigo 7º da LCCG permite ir mais longe.

⁵³ Neste sentido também JOSÉ MANUEL ARAÚJO BARROS, *Cláusulas Contratuais Gerais...*, pp. 105 e 106.

⁵⁴ Em sentido contrário, SOUSA RIBEIRO - O Regime dos Contratos de Adesão: Algumas Questões Decorrentes da Transposição da Directiva sobre as Cláusulas Abusivas. *In Direito dos Contratos (Estudos)*, pp. 199 e ss.

⁵⁵ *Cláusulas Contratuais Gerais – Anotação...*, p. 26. PINTO MONTEIRO acrescenta que as cláusulas especificamente acordadas traduzem melhor do que as outras um efetivo consenso – Contratos de Adesão / Cláusulas Contratuais Gerais, *Estudos de Direito do Consumidor*, p. 140.

⁵⁶ É que será mais comum que a cláusula negociada individualmente seja meramente verbal, o que põe não só o problema referido, mas também o problema da produção de prova sobre a existência e termos de tal cláusula.

Quanto à forma convencionada, através de cláusula imposta, a cláusula individualmente negociada deve prevalecer. É este o sentido que se deve extrair do preceito em causa, quando dispõe a prevalência da cláusula individualmente acordada sobre “*quaisquer cláusulas contratuais gerais*”, ou seja, prevalece mesmo sobre a cláusula pela qual se convencionou a forma.

De qualquer modo, a cláusula negociada sempre deveria prevalecer. É que se o predisponente negociou uma cláusula com o aderente e não o informou de que a mesma só teria validade com uma determinada forma, ele não cumpre os deveres de informação consagrados no artigo 6º da LCCG, afetando a validade da cláusula de convenção de forma, bem como das cláusulas incompatíveis com a cláusula individualmente negociada. Assim, as mesmas teriam de ser afastadas, vigorando sempre a cláusula negociada.

No caso de a forma ser legal, a situação é um pouco mais complexa.

ALMEIDA COSTA e MENEZES CORDEIRO entendem que as cláusulas especificamente negociadas serão nulas, mas terão o efeito lateral de prejudicar as cláusulas não negociadas que se lhe oponham. Dizem que esta situação é uma manifestação da relevância secundária de um ato inválido⁵⁷.

Creemos, no entanto, que se devem distinguir duas situações.

A primeira é a que se verifica quando a forma legal foi estabelecida em proteção da parte mais fraca. É comum o aderente ser essa parte mais fraca, em particular quando é consumidor⁵⁸.

Nestes casos, a cláusula negociada, mesmo sem obedecer à forma legal, deve considerar-se válida e prevalecer. Pensamos que é isso que resulta da interpretação conjugada do artigo 7º da LCCG e das respetivas normas que estabelecem a forma legal; e mesmo do regime geral, previsto no artigo 221º do Código Civil.

A segunda é aquela em que a forma legal foi estabelecida tendo em conta outros interesses, que poderão não ficar acautelados se essa forma não for respeitada.

Nestes casos, concordamos com a opinião, já referida, de ALMEIDA COSTA e MENEZES CORDEIRO, no sentido de que a cláusula negociada será nula por falta de forma. No entanto, estamos menos seguros que a referida cláusula tenha o efeito secundário de tornar ineficazes as

⁵⁷ *Cláusulas Contratuais Gerais – Anotação...*, p. 26.

⁵⁸ Por exemplo, nos contratos de crédito aos consumidores, a lei exige que o contrato seja exarado em papel ou noutro suporte duradouro (artigo 12º nº 1 do D.L. Nº 133/2009) e nos dos contratos ao domicílio (artigo 16º nº 1 do D.L. Nº 143/2001) exige a forma escrita.

cláusulas não negociadas que com ela sejam incompatíveis. Tal interpretação do artigo 7º é possível, mas não segura. Na nossa opinião deve funcionar, neste caso, o previsto nos artigos 6º e 8º da LCCG. Já manifestámos, quando nos referimos ao caso da forma convencionada, que, se o artigo 7º não funcionasse, sempre estaríamos perante uma violação do dever de esclarecimento, por parte do predisponente. Este tinha a obrigação de esclarecer o aderente de que a cláusula negociada, para ser válida e afastar as cláusulas não negociadas, com ela incompatíveis, teria de respeitar a forma legal. Não o fazendo, ele não esclareceu devidamente sobre a possibilidade de tais cláusulas não negociadas virem a vigorar⁵⁹.

Assim, neste caso, deverão ser afastadas as cláusulas não negociadas, incompatíveis com a cláusula negociada inválida, não por efeito secundário da mesma, mas por aplicação do disposto no artigo 8º da LCCG.

II.B.1 – Os Deveres de Informação na LCCG

Tem-se vindo a reconhecer a existência, no âmbito do Direito dos Contratos, de um princípio da transparência, no qual se fundam deveres de informação na formação, conclusão e execução dos contratos.

Este princípio da transparência está associado a relações contratuais em que há um desequilíbrio de poder entre as partes, do qual resulta também um desequilíbrio de informação sobre o conteúdo do contrato, nos seus diversos aspetos. Em particular, este princípio está presente na legislação de proteção do consumidor, onde se relaciona com o direito do consumidor à informação, na sua vertente contratual⁶⁰. No entanto, ele também é (deve ser) reconhecido em qualquer contrato em que haja uma disparidade de poder (e informação) negocial entre as partes⁶¹.

A parte mais forte é, em princípio, a parte que, não só conhece melhor as circunstâncias do negócio e o conteúdo do clausulado, mas também, por isso mesmo, que está em melhores

⁵⁹ E poderiam verificar-se casos em que o predisponente negociava uma cláusula, sabendo-a nula por falta de forma, para convencer o aderente de que as cláusulas incompatíveis seriam afastadas e assim levá-lo a aceitar contratar. É claro que aqui poderia funcionar o abuso de direito, mas a aplicação deste instituto depende sempre da prova que se vier a fazer.

⁶⁰ O direito do consumidor à informação existe também fora do âmbito contratual, como acontece na publicidade, nas práticas comerciais e, até, perante o Estado, na vertente de formação para o consumo.

⁶¹ Neste sentido, SOUSA RIBEIRO - O Princípio da Transparência no Direito Europeu dos Contratos. *Estudos de Direito do Consumidor*, pp. 158 e 159.

condições para informar a parte em inferioridade. Assim sendo, para atingir maior equilíbrio, o princípio da transparência impõe-lhe o ónus de prestar a informação relevante à outra parte⁶².

O princípio da transparência filia-se na boa fé, na medida em que promove o equilíbrio de poderes e proíbe comportamentos enganosos, dissimulação e ocultação de circunstâncias contratuais relevantes.

Este princípio da transparência encontra-se consagrado na nossa lei. Em particular, para os contratos de adesão, as suas expressões normativas podem ser encontradas nos artigos 5º, 6º e 8º da LCCG, bem como na Lei de Defesa do Consumidor (artigo 9º nº 2 da Lei nº 24/96 (LDC)).

O princípio da transparência, no que respeita às informações pré-contratuais na contratação por adesão, pode, em termos meramente conceptuais, ser dividido numa expressão formal e numa expressão material ou substantiva⁶³.

A expressão formal é a que verificamos estar consagrada no artigo 5º da LCCG.

Também ela pode ser dividida, sempre em termos meramente teóricos, em dois aspetos distintos: a comunicação em sentido estrito e a clareza formal do clausulado.

A comunicação das cláusulas, em sentido estrito, consiste na sua apresentação ao aderente. Se o contrato não tem forma, as cláusulas comunicam-se através da sua enunciação perante o aderente. Se o contrato é escrito, a comunicação é efetuada pela entrega das cláusulas escritas, em suporte adequado à sua leitura.

O nº 1 do artigo 5º exige que uma comunicação integral: todas as cláusulas não negociadas devem ser comunicadas ao aderente.

A clareza formal é exigida pelo nº 2 do mesmo artigo, quando refere que a comunicação de ser feita de “*modo adequado*”.

Portanto, a comunicação deve ser feita num suporte adequado, onde o aderente, medianamente diligente, pode tomar, facilmente, conhecimento das cláusulas. JORGE MORAIS CARVALHO é da opinião que, se for exigida forma especial para o contrato, a forma adequada para a comunicação será, em princípio, no mínimo, a forma legalmente exigida; e que também é

⁶² Neste sentido, *idem, ibidem*, referindo-se à parte mais forte como o “*detentor privilegiado da informação relevante*”, pp. 138 e 152.

⁶³ EBERS refere que a diretiva consagra um critério formal e um critério substantivo na consagração da redação clara das cláusulas – *Unfair Contract Terms Directive...*, p. 412. SOUSA RIBEIRO descreve, também, uma dimensão formal e uma dimensão material do princípio da transparência, mas com um sentido algo diferente daquele que aqui utilizamos. Para este autor a dimensão material traduz-se num imperativo de determinabilidade da posição jurídica que resulta do contrato e sobre a qual o sujeito tutelado deverá ter uma garantia de conhecimento e de certeza – *O Princípio da Transparência...*, pp. 145 e seguintes.

preciso ter em conta, neste aspeto, a importância do contrato, no sentido do suporte ser mais ou menos duradouro⁶⁴.

Para além da forma e do suporte, também será exigível clareza na apresentação das cláusulas. No caso em que a comunicação é feita em suporte onde as cláusulas estão escritas⁶⁵, tal clareza tem a ver com a apresentação gráfica das cláusulas. Assim, a mesma deverá ser claramente legível, não deverão ser usados destaques que possam desviar a atenção do aderente, de cláusulas relevantes para cláusulas inócuas, não deverá ser utilizada uma cor mais leve, que se confunda com o fundo do documento e torne a leitura mais difícil, não deverá ser utilizada uma orientação de texto vertical, quando o restante está na horizontal, não deverá ser usado um tamanho de letra demasiado pequeno.

Enfim, não é possível, aqui, fazer uma descrição completa de todos os requisitos que, quer a comunicação em sentido estrito, quer a clareza formal, exigem. Tudo terá de ser apreciado no caso concreto, tendo por medida o objetivo do dever de transparência formal (ou de comunicação, para utilizar a epígrafe do preceito em causa), tal como ele é consagrado no artigo 5º da LCCG. Esse objetivo é referido na parte final do nº 2 deste artigo: tornar possível, ao aderente, o conhecimento completo e efetivo das cláusulas a que se vai vincular. A exigência é que o aderente possa, antes de se vincular, saber aquilo a que se vai obrigar e poder e ponderar se deve celebrar ou não o contrato.

Note-se que a lei não exige, ao predisponente, que leve o aderente ao conhecimento real das cláusulas, mas apenas que lhe dê essa possibilidade, se o aderente usar da comum diligência. Trata-se, portanto, de uma obrigação de meios⁶⁶.

O dever de transparência, na sua dimensão formal, deve ser cumprido, nos termos do nº 2 do artigo 5º, “*com a antecedência necessária*”. Podemos perguntar a que momento se refere esta antecedência, uma vez que a lei não se lhe refere expressamente. A resposta não poderá ser outra do que o momento da adesão do aderente, ao contrato: o que pode acontecer no momento da conclusão do mesmo ou em momento anterior, quando o aderente subscreve uma proposta contratual. O dever de transparência formal (ou de comunicação) deve ser cumprido

⁶⁴ *Os Contratos de Consumo...*, Almedina, 2012, p. 181.

⁶⁵ Que será a esmagadora maioria dos casos, até porque, de outro modo, o predisponente teria dificuldade em superar o ónus de prova consagrado no nº 3 do artigo 5º da LCCG.

⁶⁶ *Vide* ALMENO DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva...*, p. 25 e JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS, *Cláusulas Contratuais Gerais...*, pp. 60 e 61.

antes do momento da adesão. Só neste caso será possível, ao aderente, ponderar, de modo informado, se deve ou não celebrar o contrato.

O dever de comunicação, porém, não se circunscreve, apenas, ao disposto no referido artigo 5º. Também o artigo 8º do mesmo diploma, ao determinar a exclusão das cláusulas que se enquadrem nas alíneas c) e d) do mesmo, está proibir comportamentos violadores do dever de transparência formal.

Vale a pena fazer uma referência específica à alínea d) do artigo 8º. É que, sendo um preceito simples, tal não evitou algumas interpretações diferenciadas⁶⁷. Este preceito exclui cláusulas que constem, no espaço do documento, depois das assinaturas das partes⁶⁸. É esta a economia do preceito. Nem mais, nem menos, sendo desnecessária qualquer interpretação que vá para além disto. Na verdade, como refere JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS, este preceito justifica-se por uma “*finalidade cautelar de dissuasão quanto ao emprego de tal artifício*”⁶⁹. A jurisprudência, porém, admite, não só esta⁷⁰, mas também outras interpretações. Algumas decisões têm admitido as cláusulas que constem depois da assinatura, desde que, para elas, haja uma remissão clara e inequívoca⁷¹. Outras contentam-se com a letra perfeitamente legível⁷². Menos justificável é a interpretação de que a expressão “*depois*” é temporal e não espacial⁷³, referindo-se a cláusulas que são comunicadas em momento posterior à aposição da assinatura no contrato. Deparamos, mesmo, com um acórdão que afirma que o preceito em causa não é violado, no caso de cláusulas inscritas no verso do documento, pois as mesmas não constituem qualquer formulário onde se possa inserir ou preencher o que quer que seja⁷⁴.

⁶⁷ Sobre esta questão, veja-se MANUEL ATAÍDE FERREIRA e LUÍS SILVEIRA RODRIGUES, *Cláusulas Contratuais Gerais – Anotações...*, DECO, 2011, pp. 59 a 63 e JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS, *Cláusulas Contratuais Gerais...*, pp. 114 a 117.

⁶⁸ Parece-nos ser também esta a posição de MANUEL ATAÍDE FERREIRA e LUÍS SILVEIRA RODRIGUES, *Cláusulas Contratuais Gerais – Anotações...*, pp. 59 a 63, GRAVATO MORAIS, *Contratos de Crédito ao Consumo*, Almedina, 2007, p. 143 e JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo...*, p. 187.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 114. Este autor defende que a alínea d) do artigo 8 da LCCG se deve aplicar apenas quando “*nenhuma razão palpável, nomeadamente de maior clareza do contrato, justifique o recurso a formulários complementares ou anexos*”, p.116.

⁷⁰ *V.g.* os Acórdãos do STJ de 13/01/2005 (Relator: Ferreira Girão), CJSTJ, tomo I, p. 35 e de 07/03/2006 (Relator: João Camilo), CJSTJ, tomo I, p. 110.

⁷¹ *V.g.* os acórdãos do TRP, de 14/07/2008 (Relator: Rodrigues Pires), disponível em www.dgsi.pt, e do TRL, de 22/12/2008 (Relator: Silva Santos), disponível em www.dgsi.pt.

⁷² *Vide* acórdão do TRL, de 14/11/1996 (Relator: Marco Rodrigues), CJ, tomo V, p. 93.

⁷³ *V.g.* os acórdãos do TRL, de 03/05/2001 (Relator: Cordeiro Dias), disponível em www.dgsi.pt e de 08/05/2003 (Relator: Sousa Grandão), CJ, tomo III, p. 73.

⁷⁴ Acórdão do TRL, de 18/06/2002, (Relator: Pereira da Silva), Disponível em www.dgsi.pt.

Não se justifica tanta disparidade de interpretações, uma vez que a disposição é clara e não é contraditória com a prática contratual. Na verdade, é prática comum, em contratos reduzidos a escrito, que as partes rubriquem todas as páginas e assinem a última, o mesmo acontecendo com os respectivos anexos. A LCCG nem sequer exige tanto, mas apenas que o aderente assine na última página do contrato e na última página dos anexos. É uma exigência simples e nada onerosa. Assim, o aderente percebe onde estão as cláusulas, sem precisar de ler o rosto do documento, para verificar se existe alguma remissão para o verso ou anexos. Também se evita que o predisponente tenha a tentação de colocar as cláusulas menos favoráveis ao aderente, depois da sua assinatura. Portanto, é simples a disposição em análise: exige que o aderente assine, pelo menos, na última página do contrato e na última página dos anexos. Isto é algo que não beneficia só o aderente, mas também ajuda o predisponente, se for caso disso, a provar a comunicação das cláusulas, como é seu ónus, nos termos do n.º 3 do artigo 5.º da LCCG.

O princípio da transparência, na sua dimensão material, também tem duas faces: um aspeto de clareza material, por um lado, e um dever de esclarecimento, pelo outro.

A clareza material refere-se à clareza da linguagem utilizada nas cláusulas, quer nos termos, na sintaxe ou na extensão. Exige-se simplicidade, de modo a que o aderente médio possa compreender, com relativa facilidade, o significado das cláusulas. Quer isto dizer que este dever impõe que o predisponente evite a utilização de jargão técnico, sintaxe complexa, com múltiplas orações na mesma frase ou referências desnecessariamente extensas ou inúteis e, de um modo geral, qualquer aspeto linguístico que torne mais difícil a compreensão do conteúdo das cláusulas.

O dever de esclarecimento é complementar do dever de clareza. Assim, e por um lado, quando a cláusula, por qualquer circunstância, não é suficientemente clara, o predisponente tem o encargo de esclarecer o aderente, sobre os pontos que não são suficientemente claros. Por outro lado, o aderente pode não compreender as cláusulas e pedir uma aclaração do sentido da mesma, ao predisponente. Neste caso, se o pedido for razoável, o predisponente está obrigado a corresponder a tal pedido e esclarecer o aderente.

Este dever de esclarecimento está claramente consagrado no artigo 6.º da LCCG.

No n.º 1 deste artigo vemos a consagração da primeira parte do dever de esclarecimento, que vincula o predisponente, *motu proprio*, a prestar os esclarecimentos que se mostrem

necessários. Na verdade, este preceito obriga o predisponente a um juízo de prognose sobre as eventuais dúvidas que a cláusula venha a suscitar.

No nº 2 do mesmo preceito está consagrada a segunda parte do dever de esclarecimento. Aqui, a iniciativa deve partir do aderente. É este que deve dirigir um pedido de esclarecimento ao predisponente, que, em tal caso e perante a razoabilidade do pedido, tem o dever de o esclarecer.

Vemos que o dever de esclarecimento está consagrado no artigo 6º da LCCG, mas, onde está consagrado o dever de clareza material, pelo qual o aderente está obrigado a redigir as cláusulas de modo claro e compreensível? Ao passar do artigo 5º para o artigo 6º, parece que o legislador se esqueceu do dever de clareza material.

No caso do consumidor, tal dever não está esquecido, mas foi consagrado num outro diploma. O dever de redação clara das cláusulas está consagrado, sob a forma do direito do consumidor “à redacção clara e precisa” das cláusulas, na alínea a) do nº 2 do artigo 9º da LDC. O nº 3 deste artigo estabelece que a inobservância da referida alínea está sujeita ao regime da LCCG, ou seja, à sanção prevista no artigo 8º da LCCG. Deve, também, entender-se que a alínea em causa se tem de articular com os restantes preceitos da LCCG, em particular com os artigos 5º e 6º da mesma.

Uma articulação da alínea a) do nº 2 do artigo 9º da LDC com o artigo 6º da LCCG, numa primeira análise, levanta uma questão. É que, para haver necessidade de esclarecimento, a cláusula terá de ter alguma obscuridade que motive o esclarecimento. Se tem alguma obscuridade, então não é clara e precisa, cai sob a alçada do artigo 8º da LCCG e fica excluída. Se fica excluída, não há necessidade de a esclarecer, a menos que a consagração do dever de esclarecimento funcione como um meio de sanar a falta de clareza.

Não é assim. De modo algum se poderia aceitar a sanção da falta de clareza, na medida em que representaria uma menor proteção do aderente e estaríamos numa situação de não conformidade com o exigido pela 1ª parte do artigo 5º da Diretiva 93/13/CEE. Porém, também não é caso para considerar o artigo 6º da LCCG como inútil.

Vejamos.

O predisponente tem o dever de redigir as cláusulas de modo claro, compreensível e preciso. No entanto, a redação nestes precisos termos nem sempre é possível ou praticável. Sendo possível, pode ser muito difícil ou muito onerosa para o predisponente. Também pode suceder que as circunstâncias concretas do tipo de negócio ou aquelas que se prendem com

aspectos concretos dos contratos singulares ou individualizados, podem exigir específicas necessidades de esclarecimento. Pode, ainda, acontecer que a prognose de dúvida, em certos aspetos, seja muito difícil de perceber, pelo predisponente. Em todos estes casos, o dever de redação clara e precisa não é violado pelo predisponente, porque exigir-lhe maior clareza seria desproporcionado. É importante ter em conta a referência do artigo 6º da LCCG a um dever de informar “*de acordo com as circunstâncias*”.

Assim, se a falta de clareza for injustificada, as cláusulas afetadas são excluídas, nos termos do artigo 8º. Qualquer esclarecimento que possa ter sido prestado, pelo predisponente, é inútil e não sanará o vício. Se, porém, não for exigível, ao predisponente, que as cláusulas tenham maior clareza, mas, de acordo com as circunstâncias, seja de prever que o aderente não estará em condições de compreender adequadamente alguma cláusula ou pedir esclarecimentos razoáveis sobre a mesma, e os esclarecimentos prestados forem adequados, então a cláusula não será excluída, no âmbito do controlo da inclusão.

Tudo isto é verdade para o consumidor, pois a aplicabilidade da LDC está circunscrita a este tipo de sujeitos.

Quanto aos outros sujeitos, que sejam aderentes, o dever de clareza material também existe, embora sem consagração expressa na lei. No entanto, é possível interpretar a exigência de comunicação de modo adequado, referida no início do nº 2 do artigo 5º da LCCG, como uma exigência de clareza e precisão em sentido material, linguístico. Também é possível fazer uma interpretação extensiva do artigo 6º, de modo a abarcar o dever em causa. Desde logo, uma interpretação conjugada dos dois preceitos leva à conclusão que se exige uma redação das cláusulas que seja clara, precisa e compreensível também no aspeto linguístico, pois só assim se atinge, de modo adequado, o escopo do próprio regime da LCCG, que é a proteção do aderente; mesmo daquele que não é consumidor. Tal interpretação sai reforçada pelo princípio da interpretação conforme⁷⁵ com o Direito comunitário; neste caso, uma interpretação conforme com a 1ª parte do artigo 5º da Diretiva 93/13/CEE. Para além de tudo isto, tal interpretação será mesmo inevitável, por imposição do princípio da transparência.

O regime do controlo de inclusão, estabelecido na LCCG, sai reforçado pela imposição do ónus da prova do cumprimento dos deveres, previstos no artigo 5º, ao predisponente (artigo 5º

⁷⁵ Sobre o princípio da interpretação conforme, vide GORJÃO-HENRIQUES – *Direito Comunitário*, pp. 216 e 217.

nº 3). De outro modo, seria o aderente a ter de provar a falta do cumprimento destes deveres, o que, na maioria dos casos, implicaria a prova de factos negativos, que, como se sabe, são de prova notoriamente difícil. Acresce que, na maior parte dos casos, a realidade demonstra que é o predisponente que está na posse da maior parte dos meios de prova, relativos ao contrato.

Tem-se defendido que tal ónus de prova deve alargar-se aos deveres previsto no artigo 6º da LCCG⁷⁶ (por maioria de razão, também se devem incluir os deveres de clareza material). Concordamos com esta opinião, pois verificam-se as mesmas razões para tal, que identificamos quanto aos deveres previstos no artigo 5º da mesma lei. No entanto, queremos apontar que, no caso do nº 2 do artigo 6º, a prova do pedido de esclarecimentos deve ser feita pelo aderente, competindo ao predisponente a prova de que o mesmo foi adequadamente satisfeito.

Outra questão que se tem posto é a de saber se, perante terceiros que não estabelecem uma relação contratual com o predisponente, mas que acabam por ficar sujeitos às cláusulas por este impostas (o caso mais comum é o do fiador), ele, predisponente, deverá cumprir os deveres de informação também perante esse terceiro. Entendemos que, em princípio, na medida o terceiro esteja numa situação suscetível de vir ficar sujeito ao cumprimento de cláusulas não negociadas, o predisponente deve cumprir aqueles deveres também quanto ao terceiro. No entanto, dependendo das circunstâncias do caso concreto, admitimos que esses deveres sejam prestados conjuntamente com outros intervenientes, estejam atenuados ou mesmo que não existam.

As regras gerais sobre vícios da vontade e da declaração negocial aplicam-se conjuntamente com as normas que referimos⁷⁷. O seu âmbito e fim são diferentes. As regras gerais tratam da formação dos contratos em geral e a LCCG trata de um modo particular de formação dos contratos. As regras gerais procuram uma formação e expressão correta da vontade negocial e as normas da LCCG procuram anular o desequilíbrio da posição das partes, quanto ao conhecimento do conteúdo do clausulado contratual.

O controlo de inclusão que descrevemos, pretende que o aderente, não tendo o poder de negociar as cláusulas, possa, pelo menos, saber aquilo a que se está a obrigar. Pretende-se que

⁷⁶ Veja-se JOSÉ MANUEL ARAÚJO DE BARROS, *Cláusulas Contratuais Gerais...*, pp. 94 e 95, e a jurisprudência aí referida.

⁷⁷ No mesmo sentido, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. I, tomo I, p. 432.

a vontade negocial do aderente, assim cercada e diminuída pela disparidade de poder negocial, possa formar-se do modo mais são possível.

Protege-se, por um lado, o aderente, ao permitir-lhe ponderar, de modo informado, se deve ou não contratar. Por outro lado, o aderente fica avisado para as obrigações e direitos que tem, permitindo-lhe tirar o melhor partido da execução do contrato e evitar prejuízos.

Tal como nos ordenamentos estrangeiros, em Portugal, os deveres de informação são reforçados pela regra de interpretação *contra proferentem*, consagrada no n.º 2 do artigo 11.º da LCCG. Sobre esta regra faremos, *infra*, uma referência mais detalhada, no ponto III.B.3.e.

III - O VÍCIO DE NÃO INCORPORAÇÃO DA CLÁUSULA CONTRATUAL

O predisponente está sujeito aos deveres decorrentes do princípio da transparência, nos termos referidos no ponto II.

Porque a existência de deveres e direitos traz consigo a possibilidade da sua violação, a sequência lógica leva-nos a analisar as consequências de tal violação.

III.A – O VÍCIO DE NÃO INCORPORAÇÃO DA CLÁUSULA NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA E EM ALGUNS ORDENAMENTOS EUROPEUS

A Diretiva 93/13/CEE deixa dúvidas sobre a consequência da violação do disposto na 1ª parte do seu artigo 5º, sendo expressa apenas quanto à regra de interpretação mais favorável ao consumidor, em caso de dúvida.

Estabelece esta regra de interpretação *contra proferentem*, na 2ª parte do mesmo artigo. Não sendo clara e compreensível, as correspondentes dúvidas, sobre o conteúdo das cláusulas, serão dissipadas pela adoção do sentido mais favorável ao aderente. Esta regra de interpretação não é suficiente para fazer valer os deveres de informação e proteger o aderente. Desde logo porque, mesmo optando pelo sentido mais favorável para o aderente, de entre todos os sentidos possíveis, que tenham suporte no conteúdo de tal cláusula, ainda assim, a cláusula pode ser gravosa para o aderente. Também pode acontecer, como refere EBERS⁷⁸, que a cláusula não seja passível de qualquer interpretação, por não ser possível extrair dela qualquer sentido. É o que acontece se a cláusula for ininteligível.

Perante a ausência de previsão de uma verdadeira sanção para a violação do dever de transparência, EBERS refere que se tem interpretado a diretiva de três modos diferentes: (1) considera-se que a diretiva deixou a questão em aberto, dando liberdade ao legislador nacional para definir a sanção adequada; (2) apoiando-se no considerando vigésimo, que o cumprimento do dever de transparência é condição de incorporação; (3) que a violação do dever de transparência cai no âmbito do artigo 3º da diretiva e é fundamento para considerar a respetiva

⁷⁸ *Unfair Contract Terms Directive...*, p. 415.

cláusula como abusiva, assim devendo ser sancionada de modo a que não seja vinculativa para o aderente (artigo 6º nº 1 da Diretiva 93/13/CEE)⁷⁹.

O relatório da Comissão sobre a aplicação da Diretiva 93/13/CEE refere que o princípio da transparência pode surgir como um meio de “controlo da inserção” da cláusula, se apoiado no texto do considerando vigésimo, ou como meio do controlo do conteúdo, se for lido nos termos do critério geral estabelecido no artigo 3º da diretiva; mas destaca que “*da violação do princípio da transparência não decorrem verdadeiras sanções, dado que as cláusulas contratuais que não respeitam os critérios de clareza e de compreensibilidade não são nem afastadas do contrato nem consideradas abusivas*”⁸⁰.

Tendo em conta que a Diretiva 93/13/CEE é uma diretiva de harmonização mínima (artigo 8º), a interpretação mais imediata seria a de que o legislador comunitário deu liberdade ao legislador nacional, quanto à definição da sanção a aplicar. No entanto, o legislador comunitário “esqueceu-se” de avisar os legisladores nacionais que deveriam regular este aspeto. É que muitos Estados Membros limitaram-se a reproduzir as soluções previstas na diretiva e não determinaram expressamente qualquer sanção para o não cumprimento dos deveres de informação, deixando dúvidas idênticas àquelas que suscita a diretiva⁸¹.

Considerar os deveres de transparência como condição de incorporação é acertado e metodologicamente mais adequado, pois estes deveres devem ser cumpridos antes da celebração do contrato, de modo a que o aderente possa decidir com pleno conhecimento de causa. Estamos, portanto, no âmbito do controlo da inclusão ou incorporação. Acontece que não é claro qual seja a sanção que corresponde à não incorporação⁸². O único que é certo é que tal sanção deverá ter como consequência a não vinculação do aderente à cláusula afetada. Este efeito é aquele que prevê o nº 1 do artigo 6º da diretiva, para as cláusulas consideradas abusivas. Assim, ficamos a saber que a cláusula não deve vincular o aderente, mas a sanção em concreto, que determine a não vinculação, fica para o legislador nacional determinar.

Finalmente temos a hipótese de considerar abusiva a cláusula relativamente à qual não foram cumpridos os deveres de informação⁸³, colocando-a sob a alçada do artigo 3º da diretiva.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 415 e 416.

⁸⁰ COM (2000) 248 final, p. 19.

⁸¹ *Vide* EBERS, obra citada, pp. 354 a 375, 413, 414 e 418 a 421.

⁸² *Idem, ibidem*, pp. 418 a 421. No entanto, este autor parece utilizar a expressão “não incorporação”, tendencialmente, como levando à inexistência material da cláusula.

⁸³ Ou considerar a falta do cumprimento dos deveres de informação como um elemento a considerar na avaliação da abusividade da cláusula.

As consequências para a cláusula são as mesmas que referimos para a hipótese anterior: não vinculação do aderente (artigo 6º nº 1 da diretiva). Esta interpretação pode encontrar algum apoio no nº 2 do artigo 4º da diretiva, onde se dispõe que a avaliação do carácter abusivo da cláusula não tem lugar quanto àquelas que definem o objeto principal do contrato ou a adequação do preço ou remuneração em relação aos bens ou serviços a fornecer, desde que essas cláusulas estejam redigidas de modo claro e compreensível. Assim, pode interpretar-se, pela positiva, que a avaliação do carácter abusivo tem lugar, neste tipo de cláusulas, quanto à redação da cláusula. No entanto, tal interpretação é pouco segura⁸⁴. Cremos que esta interpretação não é de acolher, não só por ter argumentos pouco seguros, mas também porque leva a uma metodologia errada, ao confundir controlo da incorporação, com controlo do conteúdo.

Isto não impede que o legislador consagre a mesma sanção, quer no âmbito do controlo da incorporação, quer no âmbito do controlo do conteúdo. A mesma sanção não quer dizer que se faça confusão entre os dois tipos de controlo. A sanção surge apenas no momento final, em que o controlo determinou o não cumprimento dos requisitos exigidos. A sanção pode ser a mesma e em nada afeta ou contraria as naturezas distintas dos dois tipos de controlo, mas eles devem estar separados, pois obedecem a parâmetros e objetivos diferentes: o controlo da incorporação cura das assimetrias de informação, procurando colmatar o défice de informação do aderente; o controlo do conteúdo procura verificar se as cláusulas provocam um desequilíbrio significativo de interesses em prejuízo do aderente, afastando-as, se for caso disso, para procurar minorar o desequilíbrio para níveis aceitáveis. Portanto, a mesma sanção é aceitável, mas a confusão de controlos não.

Tudo ponderado, cremos que a interpretação mais adequada é a de que os deveres previstos no artigo 5º da diretiva se integram no controlo da incorporação e, por isso, a consequência da sua violação é a não incorporação da cláusula. Isto não esclarece qual a sanção a aplicar em concreto, mas apenas que tal sanção deverá ter por efeito a não vinculação do aderente à cláusula afetada.

Concluimos, também, que a Diretiva 93/13/CEE deve ser alterada, no sentido de ser mais clara quanto às consequências da falta de transparência nas cláusulas não negociadas. Na verdade, exigindo clareza, ela própria não é clara neste ponto. No sentido da necessidade de

⁸⁴ Vide GUIDO ALPA, Il Recepimento della Direttiva Comunitaria sulle Clausole Abusive nei Contratti dei Consumatori. *Estudos de Direito do Consumidor*, pp. 80 e 81.

alteração vai o relatório da Comissão sobre a aplicação da diretiva⁸⁵, o que também é defendido por EBERS⁸⁶. Como o próprio refere⁸⁷, a lacuna leva a considerável incerteza e põe em causa a efetividade da transposição da diretiva, pois, como a “*Directive 93/13 contains no explicit guidelines on this point, the vast majority of member states have also declined to regulate the consequences for breach of the transparency requirement*”.

As dúvidas que resultam da Diretiva 93/13/CEE, são dúvidas que se transpuseram para alguns ordenamentos nacionais, como os do Reino Unido, Irlanda e França. Todos eles acabam por transcrever, mais ou menos literalmente, as disposições da diretiva, e nenhum delas, com exceção da regra de interpretação *contra proferentem*, é explícita ao consagrar as consequências da violação dos deveres de informação nos contratos de adesão.

Quanto a estes ordenamentos, as dúvidas são parecidas às que já se põem quanto à interpretação da diretiva. Assim, temos três possibilidades. A primeira é que a violação dos deveres de informação cairá no regime geral ou no regime próprio das relações de consumo, quanto às sanções que os mesmos prevejam para a violação de tais deveres. A segunda é que tal violação seja cominada com a não incorporação da cláusula, ou seja, com a não vinculação; o que sempre deixará dúvidas sobre o concreto regime a que deverá obedecer tal não vinculação. Provavelmente, a opção mais segura será equiparar esta não vinculação à sanção prevista para a não vinculação no controlo do conteúdo. A terceira hipótese será incluir os deveres de informação na apreciação da conformidade ou não da cláusula com o princípio da boa fé, isto é, incluí-los no controlo do conteúdo.

No caso do ordenamento italiano, o *Codice del Consumo* parece cominar a falta de cumprimento dos deveres de informação com a mesma sanção prevista para as cláusulas abusivas, em virtude da alínea c) do n.º 2 do artigo 36.º do referido código. A sanção é designada por *nullità de protezione* e tem por característica mais destacada o facto de operar apenas benefício do consumidor, isto é, apenas quando for vantajosa para o mesmo. Está sujeita a conhecimento oficioso, por parte do juiz, que, neste caso, apenas a pode declarar quando verificar que tal é vantajoso para o aderente. Esta nulidade terá de ser qualificada como uma

⁸⁵ COM (2000) 248 final, p. 19.

⁸⁶ *Unfair Contract Terms Directive...*, pp. 350 e 421.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 348, 420 e 421: a “Diretiva 93/13 não contém orientações específicas sobre este ponto, a larga maioria dos Estados Membros também não regularam as consequências da violação dos requisitos de transparência”, p. 420 e 421.

invalidade mista. Porém, a letra do preceito em causa não é clara e pode ser interpretada no sentido de estar a fazer um controlo do conteúdo. Alguns autores assumem que a falta de transparência é causa de nulidade própria⁸⁸. GALLO identifica duas correntes, a que defende a equiparação a cláusula abusiva e a correspondente sanção de nulidade de proteção e a que opta por remeter tal vício para o regime geral, primeiro para os vícios do consenso, se se verificarem os requisitos, ou, para a responsabilidade pré-contratual, nos termos do artigo 1337 do Código Civil italiano⁸⁹.

No caso de contratos celebrados por quem não seja consumidor, que incluam CCG, o artigo 1341 do Código Civil italiano apenas fala de não produção de efeitos e de eficácia. A utilização destas expressões permitiu variadas interpretações quanto à sanção em causa: defendeu-se a nulidade, a anulabilidade, a ineficácia e a inoponibilidade⁹⁰. A defesa da nulidade corresponde à corrente tradicional, enquanto GALLO defende a anulabilidade, por esta sanção ser mais adequada à finalidade de proteção do aderente⁹¹. Embora a lei utilize expressões similares para os casos de violação da transparência e para o desequilíbrio no conteúdo das cláusulas, não fica claro se as consequências deverão ser as mesmas.

Já os ordenamentos belga e espanhol parecem ser mais afirmativos na consagração de consequências para a violação dos deveres de informação.

Na Bélgica, a LPMC, na segunda frase do seu artigo 73, estabelece que, para a apreciação do caráter abusivo das cláusulas, deverá ter-se em conta as exigências do 1º parágrafo do artigo 40, ou seja, deve ter-se em conta se a cláusula é clara e compreensível. O parágrafo 1º do artigo 75 estabelece que as cláusulas abusivas são interditas e nulas. Portanto, a falta de cumprimento dos deveres de informação poderá levar à nulidade da cláusula.

A lei belga merece-nos duas críticas. A primeira é que está metodologicamente errada ao misturar controlo de incorporação com o controlo do conteúdo. A segunda é que, na formulação da lei, a violação dos deveres de informação é um elemento a ter em conta na verificação do caráter abusivo, mas não estabelece, de modo taxativo, que qualquer violação de tais deveres signifique que a cláusula é abusiva e, por isso, nula. Quer isto dizer que a violação dos deveres

⁸⁸ EBERS, *ibidem*, p. 419.

⁸⁹ Obra citada, p. 800.

⁹⁰ GALLO, obra citada, pp. 755 a 757.

⁹¹ *Ibidem*, pp. 755 e 756.

consagrados no artigo 40 da LPMC pode não levar à nulidade da cláusula. Deste modo, não nos parece que a proteção do aderente esteja, neste aspeto, devidamente acautelada.

No ordenamento espanhol, o artigo 80 da LGDCU define o âmbito de aplicação da mesma lei a contratos celebrados com consumidores, que incluam cláusulas não negociadas individualmente. Quer isto dizer que se aplica a todos os contratos de adesão, celebrados com consumidores, quer eles contenham CCG, quer cláusulas impostas individuais. Uma tal delimitação levaria a considerar que a LCGC se aplica apenas às CCG, em contratos celebrados com sujeitos que não sejam consumidores. Estaríamos, neste caso, numa situação idêntica à do ordenamento italiano. No entanto, o nº 3 do artigo 59 da LGDCU estabelece que, os contratos celebrados com consumidores, onde se incluam cláusulas contratuais gerais, também estão submetidos à LCGC.

Não foi feliz o legislador espanhol, pois assim criou três regimes diferentes, para os contratos de adesão. Primeiro, aos contratos que incluam CCG, celebrados por quem não seja consumidor, aplica-se a LCGC. Segundo, aos contratos que incluam CCG e que sejam celebrados por consumidor, aplica-se um regime conjunto da LCGC e da LGDCU. Terceiro, aos contratos que incluam cláusulas impostas individuais, celebrados com consumidores, aplica-se, apenas, a LGDCU.

Não vamos, aqui, tentar destrinçar os pormenores da aplicação de tais regimes, que é labor que não cabe neste estudo. Vamos, antes, procurar perceber quais as consequências da violação dos deveres de transparência, quer na LCGC, quer na LGDCU.

Na LCGC, a violação dos deveres de transparência é sancionada, no artigo 7, com a “não incorporação”, que é, aliás, a epígrafe do mesmo. Expressa-se assim: “não ficarão incorporadas no contrato”. A não incorporação tanto pode ser entendida no sentido de que as cláusulas nunca fizeram parte do contrato e são inexistentes, ou no sentido de que não houve incorporação válida das cláusulas, isto é, fizeram parte do contrato (existiram), mas são inválidas, pelo que não produzem efeitos. O artigo 8 da mesma lei refere que as cláusulas que violem o disposto na LCGC são nulas. Este preceito pode ser interpretado em dois sentidos opostos: no sentido de esclarecer qual é o regime da não incorporação prevista no artigo 7, qualificando-o como uma nulidade ou no sentido de fazer um contraste entre o vício de não incorporação e a nulidade, levando a considerar aquele como um caso de inexistência.

SERRA RODRÍGUEZ defende que, apesar de que a LCGC parece distinguir entre a não incorporação (artigo 7) e a nulidade das cláusulas (artigo 8), a verdade é que, da leitura

conjugada do artigo 8º nº 1 e 9º do mesmo diploma, resulta a equiparação da não incorporação à nulidade⁹². A favor desta posição pode dizer-se que, cominando com a nulidade todas as violações do preceituado na LCGC e que, no caso de cláusulas contratuais, a mesma lei apenas prevê violações aos deveres de transparência, o artigo 8, inevitavelmente, apenas permite considerar a nulidade, sob pena de não ter qualquer utilidade.

Por contraste, também se tem defendido que este artigo 8 não tem qualquer utilidade, fazendo uma mera remissão para as regras gerais do Código Civil espanhol⁹³, aliás desnecessária⁹⁴. Assim, abre-se a porta para uma interpretação diferente para o regime do vício previsto no artigo 7 da LCGC. Tal interpretação pode apoiar-se na parte final do artigo 8º nº 1, onde se ressalva disposição em sentido diferente.

A questão parece ficar decidida pelo disposto no nº 1 do artigo 9 da LCGC. Este preceito distingue os dois vícios, utilizando as expressões “não incorporação” e “nulidade”⁹⁵, no entanto submete-as ao mesmo regime. Se a designação poderá ser diferente, em termos técnicos eles correspondem à mesma sanção, ao mesmo regime. Este preceito submete estes vícios às regras gerais da nulidade contratual, com a especialidade de apenas poder ser invocada pelo aderente. Esta limitação da legitimidade de invocação ao aderente, seguindo, no restante, as regras gerais, leva-nos a concluir que, quer a não incorporação, quer a “nulidade”, correspondem a uma invalidade mista.

MIQUEL GONZÁLEZ, perante a necessidade de defender o aderente, é da opinião que esta invalidade pode ser conhecida oficiosamente, mas apenas em benefício do aderente⁹⁶. Nisto é idêntica à *nulittà di protezione* italiana. Afirma, também, que sendo imprescritível, a restituição das prestações deverá ser limitada no tempo⁹⁷.

A posição deste autor, reforça o carácter misto desta invalidade.

A LGDCU, por seu lado, não parece prever sanção para o não cumprimento dos deveres de transparência, consagrando a nulidade como sanção para as cláusulas abusivas (artigo 83 da LGDCU). No entanto, no artigo 89 da mesma, no nº 1, dispõe que se têm por cláusulas abusivas

⁹² *Condiciones Generales de la Contatación...*, p. 331.

⁹³ O artigo 8 da LCGC reproduz, quase literalmente, o sentido do artigo 6 nº 3 do Código Civil espanhol.

⁹⁴ *Vide* referências à doutrina, embora discordando, de MIQUEL GONZÁLEZ, *La Nulidad de las Condiciones Generales*, ponto III. Para este autor, o preceito em causa tem a “utilidade” de impedir o controlo do conteúdo, em contratos em que as partes não são consumidores.

⁹⁵ “*La declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas...*”.

⁹⁶ Artigo citado, ponto V.B.2.

⁹⁷ *Idem, ibidem*, ponto V.B.3.

as declarações de adesão a cláusulas que o aderente não teve a possibilidade de tomar conhecimento real, antes da celebração do contrato.

Parece que a violação dos deveres de informação acaba por cair nesta previsão. Este é um preceito que nos merece duas críticas. Primeiro, confunde o controlo de incorporação com o controlo do conteúdo. Segundo, ao estabelecer a nulidade da declaração de adesão, não fica claro se a declaração negocial não produz efeitos e, por isso, a cláusula nunca chega a fazer parte do contrato, sendo por isso materialmente inexistente; ou se o vício – como se cláusula abusiva fosse – vai inquirar a declaração, de modo a incluir a cláusula no contrato, mas sendo inválida, ou seja, se vai desaguar numa invalidade da cláusula.

III.B – O VÍCIO DE NÃO INCORPORAÇÃO DA CLÁUSULA CONTRATUAL NA LCCG

O não cumprimento dos deveres de informação, no âmbito da celebração de contratos de adesão, previstos nos artigos 5º, 6º e 8º da LCCG, bem como na alínea a) do nº 2 do artigo 9º da LDC, tem consequências jurídicas, quer no âmbito do controlo de inclusão das cláusulas, quer no âmbito da responsabilidade civil.

Na verdade, os artigos 5º, 6º e 8º estabelecem deveres de informação pré-contratual, fundados no princípio da transparência e, conseqüentemente, na boa fé. A sua violação é ilícita e, sendo culposa e causando danos, constitui o predisponente na obrigação de indemnizar. Quer isto dizer que a violação destes deveres faz incorrer o predisponente em responsabilidade pré-contratual; sem que tal conflitue ou seja excluído pelo controlo de incorporação, que se efetua conjuntamente.

Na verdade o controlo de inclusão ou incorporação trata de diminuir as assimetrias de informação entre predisponente e aderente, de modo a que, e tendo em conta que nos contratos de adesão o aderente se limita a aderir ou não a um clausulado imposto pelo predisponente, ele possa ter a oportunidade de conhecer aquilo a que se vai obrigar e ponderar sobre se deve aderir ou não. Estabelece-se, assim, o encargo de o predisponente atuar de modo transparente e esclarecer o aderente. A falta do cumprimento dos deveres de informação em causa vão provocar a exclusão da cláusula afetada, sendo irrelevante se o aderente chegou a sofrer danos ou se o predisponente atuou com culpa. Já a responsabilidade pré-contratual procura indemnizar

o contraente lesado por um comportamento culposo da contraparte, que, na fase pré-contratual, não se comportou de acordo com as exigências da boa fé e, por isso, atuou de modo ilícito.

Embora em ambos os casos estejamos na fase da formação e conclusão do contrato, a responsabilidade pré-contratual e o controlo de inclusão têm requisitos e objetivos diferentes⁹⁸, não excludentes ou conflituantes entre si, mas antes, potencialmente, convergentes. Pelo que nada obsta ao seu funcionamento conjunto⁹⁹. Por vezes, dar-se-á o caso de que o funcionamento do controlo de inclusão, ao excluir a cláusula, acabará por tornar desnecessário o funcionamento do instituto da responsabilidade pré-contratual, na medida em que o dano se limite à vigência da cláusula afetada.

O aderente que não seja consumidor deverá deitar mão do artigo 227º do Código Civil. O aderente consumidor tem a proteção especial consagrada nos nº 4 e 5 do artigo 8º da LDC; com deveres pré-contratuais fundados na boa fé, referidos no nº 1 do artigo 9º, e deveres de informação, consagrados no nº 1 do artigo 8º¹⁰⁰, ambos da LDC.

III.B.1 – O Problema

Ao contrário da diretiva da União Europeia e de alguns dos ordenamentos estrangeiros referidos, a LCCG tem uma disposição que se refere expressamente à sanção para o não cumprimento dos deveres de informação. Trata-se do artigo 8ª da LCCG, que estabelece que as cláusulas, relativamente às quais não foram cumpridos os deveres de informação na formação do contrato de adesão, “*consideram-se excluídas dos contratos*”. Portanto, a sanção prevista é a exclusão do contrato.

O modo como o preceito em causa designa a sanção cria um problema. O artigo 12º da LCCG prevê, no âmbito do controlo do conteúdo, que as cláusulas contrárias à boa fé e proibidas são nulas. Refere-se, expressamente, à nulidade, que é um tipo de invalidade bem conhecido no Direito e com um regime estabelecido e seguro. Ao contrário do artigo 12º, o artigo 8º da LCCG usa o termo “*excluídas*”. Ora, exclusão não é um conceito de Direito, não tem um significado

⁹⁸ Enquanto no controlo da inclusão apenas está em causa o princípio da transparência, ou seja, deveres de informação, na responsabilidade pré-contratual, o ilícito pode provir do não cumprimento de deveres de proteção, lealdade ou deveres de informação não englobados no controlo de inclusão. Aliás, os contornos difusos e elásticos do princípio da boa fé permitem o reconhecimento de outros tipos de deveres pré-contratuais, que sempre estarão submetidos ao instituto da responsabilidade pré-contratual. Como refere SÓNIA MOREIRA DA SILVA, a boa fé é um conceito elástico, *Da Responsabilidade Pré-Contratual...*, Almedina, 2003, p. 42.

⁹⁹ Neste sentido, SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *ibidem*, pp. 158 a 160.

¹⁰⁰ *Idem, ibidem*, pp. 151 e 152.

jurídico preciso. Assim, fica a dúvida sobre qual é o regime estabelecido para tal sanção e qual o conceito técnico em que se pode integrar.

É esta dúvida que vamos procurar esclarecer.

Para maior simplicidade e facilidade de expressão, vamos chamar ao vício decorrente da não superação do controlo de inclusão, de vício de não inclusão ou não incorporação da cláusula contratual.

Vejamos, então, qual o conceito jurídico em que se enquadra o vício de não inclusão da cláusula contratual.

III.B.2 - O Vício de Não Incorporação da Cláusula Contratual na Doutrina e na Jurisprudência

A doutrina, na sua quase totalidade, entende que a sanção prevista no artigo 8º da LCCG conduz a que a cláusula se deva considerar inexistente ou não escrita.

SOUSA RIBEIRO diz que o não cumprimento da obrigação de informar tem por consequência a exclusão das cláusulas dos contratos singulares, “*o que parece corresponder à figura da inexistência, mais do que à da nulidade*”¹⁰¹. Fundamenta, esclarecendo que o artigo 4º da LCCG, ao enfatizar que as cláusulas se incluem no contrato pela aceitação, lembra que são necessárias declarações de vontade das partes, para a inclusão das cláusulas no contrato. No caso dos contratos de adesão, o aderente sofre de um défice de informação, podendo não conhecer muitas das cláusulas do contrato. Assim, a “*comunicação do conteúdo, condição da sua cognoscibilidade, torna-se (...) indispensável para que, através da aceitação, as ccg ganhem existência, no quadro de um concreto contrato*”¹⁰². Prossegue, afirmando que a “*qualificação contratual das ccg transformar-se-ia numa pura declaração retórica, sem qualquer correspondência real, se o aderente ficasse vinculado a cláusulas que nem sequer tinha tido oportunidade de conhecer*”; e que só existindo tal oportunidade, podem as ccg ser reconduzidas à estrutura bilateral do contrato, “*ganhando aí eficácia vinculante também imputável (...) à vontade negocial da contraparte*”¹⁰³.

Em conclusão, este autor considera que, não tendo oportunidade de conhecer as cláusulas, a vontade de aceitá-las, que resulta da declaração negocial do aderente, é meramente

¹⁰¹ *O Problema do Contrato...*, p. 378 (nota 322). *Vide*, pp. 378 a 382.

¹⁰² *Ibidem*, p. 378.

¹⁰³ *Ibidem*, pp. 379 e 380.

formal e não real, pelo que não se deve aceitar tal declaração, tudo se passando, relativamente à cláusula afetada, como se ela não tivesse sido incluída no contrato e, assim, nele fosse inexistente.

Há vários autores que se referem expressamente à inexistência, apoiando-se, genericamente e de modo menos desenvolvido, nos mesmos fundamentos expostos por SOUSA RIBEIRO. Assim, OLIVEIRA ASCENSÃO¹⁰⁴ sustenta que as cláusulas não são sequer inválidas, pois “*não chegam a ser conteúdo contratual*”, pelo que serão inexistentes. GALVÃO TELLES¹⁰⁵ é da opinião que tais cláusulas se têm por não escritas e que as afeta uma “*autêntica inexistência jurídica*”. Inexistência é também a expressão utilizada por JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS¹⁰⁶, que faz notar, em anotação ao artigo 5º da LCCG, que a violação dos deveres em causa é uma situação similar à falta de consciência na declaração, que também é cominada com a inexistência¹⁰⁷.

Outros autores, seguindo a ideia que a falta de conhecimento da cláusula afeta, de tal modo, a declaração negocial, que não se pode considerar que a cláusula tenha chegado a fazer parte do contrato, evitam utilizar a expressão “inexistência”. Estes autores acabam por chegar a conclusões, cujos efeitos são idênticos aos de uma inexistência.

Neste grupo conta-se ALMENO DE SÁ¹⁰⁸, que defende que as cláusulas afetadas “*se têm como não escritas*”¹⁰⁹¹¹⁰ e não chegam “*a integrar o conteúdo do negócio*”.

ALMEIDA COSTA e MENEZES CORDEIRO¹¹¹, fazendo menção à “*inexistência de mútuo consenso das partes sobre o conteúdo das cláusulas*”, dizem que as mesmas “*não se incluem nos contratos singulares*” e “*não se integram nos contratos*”. ALMEIDA COSTA¹¹² esclarece que tais cláusulas “*consideram-se liminarmente afastadas dos acordos efectivos, não produzindo quaisquer efeitos, mesmo provisórios ou secundários*”. Tal regime, mais exigente que o da nulidade, parece-nos não ser outro que o da inexistência.

¹⁰⁴ *Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e o Novo Código Civil*, p. 11.

¹⁰⁵ *Manual dos Contratos em Geral*, p. 322.

¹⁰⁶ *Cláusulas Contratuais Gerais...*, pp. 64, 94 e 110.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 64 e 65.

¹⁰⁸ *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva...*, pp. 251 e 252.

¹⁰⁹ Expressão que, para EBERS, equivale a uma “*ficção de não existência*” (“*fiction of non-existence*”).

¹¹⁰ Era esta a cominação, que constava da alínea b) do artigo 7º da anterior Lei de Defesa do Consumidor (Lei nº 29/81, de 22 de Agosto), para as cláusulas cuja redação não fosse clara, precisa e em caracteres facilmente legíveis.

¹¹¹ *Cláusulas Contratuais Gerais – Anotação...*, pp. 27 e 28.

¹¹² *Síntese do Regime Jurídico Vigentes das Cláusulas Contratuais Gerais*, p. 22 e *Direito das Obrigações*, p. 242.

Menos clara é a posição de MENEZES CORDEIRO, que apresenta fortes críticas à autonomização da inexistência jurídica, enquanto vício do negócio jurídico¹¹³ e, quanto à exclusão das cláusulas, nos termos do artigo 8º da LCCG, afirma que se trata de “*pura e simples exclusão*”, apontando a “*inexistência de qualquer consenso*” e a “*falta de consenso real das partes*”¹¹⁴, como fundamento para a mesma. No entanto, não deixa de referir que “*há, em termos formais, um assentimento*”.

Opinião diferente é a de ANA PRATA¹¹⁵, que não se mostra convencida com os argumentos que sustentam a inexistência das cláusulas caídas sob a alçada do artigo 8º da LCCG ou que sustentam que as mesmas se devem considerar não escritas, não produzindo quaisquer efeitos, mesmo que provisórios ou secundários. Assim, embora com dúvidas, considera que a sanção é a da nulidade, pois, perante a falta de precisão do referido artigo 8º, deverá funcionar a regra geral, contida no artigo 294º do Código Civil.

Uma boa parte da jurisprudência portuguesa acolhe a inexistência, como a sanção prevista no artigo 8º da LCCG. Ao fazê-lo, não traz argumentos diferentes daqueles que surgem na doutrina, antes se apoia nesta, para ela remetendo¹¹⁶. No entanto, também são comuns as decisões que se referem à exclusão, nos termos da referida disposição, como determinando a nulidade das cláusulas¹¹⁷. No entanto, não fundamentam esta posição, ficando a ideia que se apoiam na regra geral do artigo 294º do Código Civil. Outras decisões referem, meramente, que as cláusulas se consideram excluídas, assim reproduzindo a expressão legal e nada mais adiantando¹¹⁸.

Verifica-se, assim, que a jurisprudência não é tão homogénea como a doutrina. Porém, em termos de análise do problema e de fundamentos para as soluções encontradas, não difere daquilo que se encontra na doutrina.

¹¹³ *Tratado de Direito Civil Português...*, pp. 652 a 654.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 435.

¹¹⁵ *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, pp. 266 a 271.

¹¹⁶ *V.g.* os acórdãos do STJ, de 11/04/2000 (Relator: Lopes Pinto), CJSTJ, Ano VIII, tomo I, pp. 152 a 158, do TRP de 18/04/2005 (Relator: Sousa Lameira), disponível em www.dgsi.pt e do TRL de 18/06/2009 (Relatora: Maria José Mouro), disponível em www.dgsi.pt.

¹¹⁷ *V.g.* os acórdãos do STJ, de 07/03/2006 (Relator: João Camilo), disponível em www.dgsi.pt e do TRL de 21/04/2009 (Relatora: Dina Monteiro), disponível em www.dgsi.pt.

¹¹⁸ *V.g.* os acórdãos do TRC, de 18/11/2008 (Relator: Emídio Francisco Santos), CJ, Ano XXXIII, tomo V, pp. 16 a 19 e do TRP de 24/04/2008 (Relator: Fernando Baptista), disponível em www.dgsi.pt.

III.B.3 – O Regime do Vício de Não Incorporação da Cláusula Contratual na LCCG

A identificação do tipo de vício que está previsto no artigo 8º da LCCG, depende do regime a que ele está sujeito. Se esse regime estiver consagrado, de modo completo, na própria LCCG, apenas teremos de confrontar esse regime com as categorias definidas pela lei e pela doutrina, para assim identificarmos o vício. Porém, se o regime estiver previsto de modo incompleto, será necessário um exercício de análise e interpretação do problema, de modo a identificar o vício em causa e suprir as lacunas do regime, através do tipo de vício assim identificado.

O primeiro passo, portanto, é verificar se o regime de exclusão da cláusula está expresso ou, de um modo claro, implícito nas disposições do Capítulo II da LCCG.

É ao artigo 8º que, antes de qualquer outro, se tem ir. Diz-nos este preceito que as cláusulas, afetadas por violações dos deveres de informação, “*consideram-se excluídas*”. Embora a expressão “excluídas” ou “exclusão”, relativamente a cláusulas contratuais ou a negócios jurídicos, não tenha um significado jurídico preciso, é possível, através do seu sentido natural, concluir que as mesmas não devem vigorar no contrato: ficam de fora, excluem-se. Dizer que não vigoram no contrato é o mesmo que dizer que não produzem efeitos; e se são excluídas do contrato, deixam de fazer parte dele.

O modo definitivo como o artigo 8º se expressa e a relação dos deveres de informação com a vontade do aderente, também permitem concluir que não se trata de uma mera ineficácia em sentido estrito. Se atendermos ao disposto no artigo 4º da LCCG, vemos que os deveres de informação são requisito de inclusão das cláusulas. Tudo isto nos remete para o lado intrínseco do contrato e não para um elemento externo.

O mesmo artigo 4º, ao pôr os deveres de informação junto à aceitação do contrato e ao considerá-los requisitos de inclusão das cláusulas, remete-nos para o momento da conclusão do contrato. A conclusão imediata é que a não produção de efeitos deve acontecer desde o início, desde a conclusão do contrato. Portanto, o reconhecimento da existência de um vício de não incorporação tem efeitos retroativos.

Assim sendo, o vício de não incorporação da cláusula implica a não produção de efeitos da mesma, e a sua declaração tem efeitos retroativos.

É necessário apurar, ainda, quem tem legitimidade para invocar o vício, se o mesmo é de conhecimento oficioso e qual o prazo, se algum existir, para ser invocado. Quanto a estes

aspectos, os preceitos do Capítulo II da LCCG nada nos dizem de modo expresso ou, pelo menos, muito claro.

Não é possível extrair o regime do vício de não incorporação, a partir, apenas, dos preceitos incluídos no Capítulo II. Aquilo que foi possível concluir, não é exclusivo do regime de nenhum vício, antes é comum à nulidade, anulabilidade, invalidade mista ou inexistência, seja ela jurídica ou material. É, portanto, necessário ver como os diferentes regimes destes vícios funcionarão no âmbito dos deveres de informação, nos contratos de adesão, e se podem ir de encontro aos objetivos que a lei pretende atingir.

III.B.3.a – A Nulidade

O artigo 294º do Código Civil estabelece que os negócios celebrados contra disposição legal imperativa são nulos, salvo no caso de outra solução resultar na lei. É, portanto, a nulidade que surge em primeira linha, como sanção para vícios do negócio jurídico. Vamos, por isso, começar a nossa análise pela nulidade.

Se a sanção prevista no artigo 8º da LCCG fosse a nulidade, a mesma seria imprescritível, de conhecimento oficioso pelo tribunal e invocável por qualquer interessado (artigo 286º do Código Civil).

A possibilidade de o aderente poder invocar a nulidade a todo o tempo, ou seja, poder invocar o vício de não incorporação a todo o tempo, é adequada a um grau elevado de proteção do mesmo. Neste aspeto, a nulidade vai de encontro à finalidade da LCCG.

Não só a passagem do tempo, mas também a confirmação, são irrelevantes, não podendo ter o efeito de sanar a nulidade. Sendo insanável, reforça a proteção do aderente.

Já o conhecimento oficioso pelo tribunal é um “pau de dois bicos”. Pode funcionar a favor ou contra o aderente. Na verdade, a declaração da nulidade de uma cláusula, cujo conteúdo não foi devidamente comunicado ou explicado ao aderente, pode resultar na exclusão de uma cláusula desfavorável ao aderente, ou numa cláusula em cuja vigência o mesmo até poderia ter interesse. Ao contrário do que acontece na “nulidade de proteção” italiana, o regime geral da nulidade não impede o tribunal de conhecer a nulidade quando a mesma não é conveniente ao aderente.

Também pode ser perigoso, para o aderente, que um interessado, que não ele próprio, venha invocar a nulidade. Embora não seja uma hipótese muito comum, estaria, de qualquer modo, aberta a possibilidade de um terceiro interessado vir requerer a declaração de nulidade;

sendo que os interesses deste terceiro poderão ser diferentes dos interesses do aderente. Se o terceiro viesse pedir a declaração de nulidade de uma cláusula favorável ao aderente ou que, por qualquer razão, o mesmo tivesse interesse em que produzisse os seus efeitos, estaria a pôr-se em causa a proteção do aderente.

Teria, também, de pôr-se a hipótese de o próprio predisponente vir pedir a declaração de nulidade; o que, em princípio, faria em seu benefício e, por isso, tendencialmente em prejuízo do aderente. É claro que, nestes casos, em princípio, irá funcionar o instituto do abuso de direito (334º do Código Civil). Porém, confiar na aplicação deste instituto não é a melhor opção, na medida em que o mesmo depende da avaliação das circunstâncias do caso concreto, segundo critérios com uma definição volúvel e pouco nítida. O critério do julgador concreto tem sempre uma margem de variação e a vida real tem possibilidades quase infinitas. No entanto, a principal dificuldade que pode surgir é a de que, mesmo com abuso de direito, a invocação da nulidade pode obrigar à sua declaração pelo tribunal. Por exemplo, quando uma nulidade resulta da inobservância de requisitos de forma, mesmo que seja invocada de modo contrário à boa fé e, por isso, com abuso de direito, o tribunal poderá ter de, ainda assim, declarar a nulidade. Neste caso, o tribunal poderá condenar a parte que incorreu em abuso de direito, no pagamento de indemnização, mas não se furtará ao reconhecimento da nulidade¹¹⁹. cremos que, no abuso de direito, quando as finalidades do direito possam ser postas em causa, nomeadamente quando interesses gerais ou de terceiros possam ser vulnerados, o exercício abusivo do direito terá de proceder; devendo, então, condenar-se a parte que atuou contra a boa fé, em indemnização. No caso da LCCG, a nulidade prevista para as cláusulas contrárias à boa fé, quando estejam em causa CCG, poderá ter de ser sempre declarada, mesmo que o aderente a invoque em abuso de direito. É que, porque o predisponente tem a intenção de aplicar as cláusulas a uma pluralidade de contratos, poderá considerar-se necessário declarar sempre a nulidade, de modo a dissuadi-lo de utilizar tais cláusulas noutros contratos, mesmo que o aderente em concreto tivesse invocado tal nulidade com abuso de direito. Embora sem certezas, parece-nos ser esta a melhor solução, de modo a proteger futuros aderentes. Já com mais certeza afirmamos que se deverá declarar sempre a nulidade de cláusulas proibidas em ação inibitória, quando a sua nulidade seja pedida, invocando a sentença da ação inibitória, nos termos do nº 2 do artigo 32º da LCCG. O predisponente violou uma condenação judicial, pelo que tem de ser, não só dissuadido, mas

¹¹⁹ Vide MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português...*, pp. 255 a 258 e *Da Boa Fé no Direito Civil*, vol. II, pp. 771 a 796.

também impedido de utilizar a cláusula proibida. O abuso de direito em que incorreu o aderente, não impedindo a declaração de nulidade, permitirá, ao tribunal, condená-lo em indemnização ou, então, limitar os efeitos da declaração da nulidade, nomeadamente não lhe atribuindo efeitos retroativos, na medida em que tal não ponha em causa interesses gerais ou de terceiros.

Há, portanto, um elemento de incerteza, no que toca a impedir a invocação da nulidade, com recurso ao instituto do abuso de direito. Em princípio, este instituto impedirá a invocação do vício de não incorporação, por parte do predisponente. No entanto, tal não é suficiente. A proteção do aderente exige mais. É necessário um regime que, sem margem para dúvidas, afaste a possibilidade do predisponente vir a invocar o vício de não incorporação.

Os deveres de informação e o controlo de inclusão são feitos tendo em conta as fragilidades do aderente e o seu típico défice de informação, com o objetivo de os atenuar. Portanto, tal regime está consagrado no interesse do aderente, procurando a sua proteção. O regime da nulidade não é adequado à proteção da parte mais fraca, nos contratos¹²⁰, tendo em conta a possibilidade de conhecimento oficioso e de invocação por qualquer interessado.

Contra a possibilidade de a nulidade ser a sanção visada pelo artigo 8º da LCCG, milita, também, o facto de a mesma estar prevista, expressamente, para as cláusulas contrárias à boa fé, no artigo 12º do mesmo diploma. Se o legislador pretendia que as cláusulas referidas no artigo 8º fossem nulas, porque não o disse expressamente, como fez quanto às cláusulas contrárias à boa fé? É legítimo tirar a conclusão de que não fez referência à nulidade, porque não pretendia que o regime da mesma fosse aplicado no âmbito do referido artigo 8º.

Parece-nos indiscutível que o artigo 8º da LCCG pretende proteger o aderente e que, por isso, o regime da nulidade não é o adequado ao vício de não incorporação da cláusula.

III.B.3.b – A Anulabilidade

A anulabilidade é mais adequada, quando está em causa a proteção dos interesses de uma das partes.

¹²⁰ No mesmo sentido GALLO, obra citada, p. 755, criticando a doutrina que defende que a sanção, para as cláusulas contratuais gerais, proibidas pelo artigo 1341 do Código Civil italiano, é a nulidade, contrapondo-lhe, precisamente, que a nulidade não se adequa à finalidade de proteção do aderente.

Essa maior adequação resulta, essencialmente, do facto de que apenas a pode invocar a pessoa em cujo interesse a lei a estabelece (artigo 287º do Código Civil)¹²¹. No caso em análise, apenas o aderente teria legitimidade para invocar o vício de não incorporação.

Portanto, se o vício de não incorporação estiver sujeito ao regime da anulabilidade, nenhum perigo virá, para o aderente, da eventual invocação da anulabilidade, por outros possíveis interessados. Deste modo, o aderente poderá decidir, segundo os seus interesses, se deve invocar a anulabilidade ou não. Não existirá o perigo de que o vício de não incorporação possa funcionar contra ele, como acontece se se aplicar o regime da nulidade.

A anulabilidade não é de conhecimento oficioso. Como se disse, em relação ao regime da nulidade, o conhecimento oficioso da invalidade tanto pode funcionar em benefício do aderente, como contra ele. Fica afastado o perigo de o tribunal conhecer oficiosamente a invalidade de uma cláusula que seja favorável ao aderente ou que, por qualquer razão, o aderente, em concreto, tivesse interesse em manter no contrato. Porém, também se afasta a proteção que resultaria do conhecimento oficioso, nos casos em que o aderente não invoca o vício, por desconhecimento ou esquecimento. Mais uma vez, isto contrasta com a “nulidade de proteção” italiana, que impõe que o juiz apenas conheça oficiosamente a invalidade, quanto tal resultar favorável ao aderente.

Apesar de se considerar que a anulabilidade é mais adequada à proteção do aderente do que a nulidade, o regime daquela tem características que atuam em prejuízo do aderente. É que a anulabilidade pode ser sanada.

Na verdade, nos termos do artigo 288º do Código Civil, a anulabilidade pode ser sanável por confirmação. Isto pode representar um perigo para o aderente. Atendendo ao maior poder negocial do predisponente, devido ao seu maior poder económico, maior conhecimento e informação, e às próprias circunstâncias psicológicas em que atua e que lhe permitem ser mais objetivo do que o consumidor, ele poderá levar o aderente a sanar o vício, quando o mesmo não quer realmente fazê-lo ou, pelo menos, quando tal não é do seu interesse.

A isto acresce que, nos termos do artigo 287º do Código Civil, a invocação da nulidade está sujeita a prazo. Isto consagra uma exigência de maior diligência e conhecimento, para a parte interessada. Ora, o aderente, especialmente quando é consumidor, tem um défice de conhecimento, não só quanto aos direitos que lhe são atribuídos, mas também quanto aos

¹²¹ Note-se que o n.º 2 do artigo 16º da LDC determina que apenas o consumidor pode invocar as nulidades resultantes da violação desta lei. Está, aqui, clara a intenção de proteger o consumidor.

comportamentos que deve adotar e aos prazos que tem para tal. Também não se lhe pode pedir um nível elevado de diligência, particularmente quando se atua fora do âmbito profissional. O próprio profissional pode jogar com isto, tomando medidas para levar o consumidor a não exercer o seu direito, até que o prazo se esgote¹²².

A possibilidade de sanção torna a anulabilidade desadequada à proteção do aderente. Não deve ser permitida a confirmação e o aderente deverá ter a possibilidade de alegar o vício a todo o tempo, sem prejuízo de eventual abuso de direito, no caso de invocação excessivamente tardia e absolutamente contrária ao princípio da boa fé.

Também fica a ideia que, tendo o legislador referido expressamente a nulidade no controlo do conteúdo, se pretendesse que o regime do vício de não incorporação fosse a anulabilidade, também a teria referido expressamente, em vez de optar por uma expressão sem um significado definido no Direito. Ao fazer a opção de utilizar a expressão “excluídas”, surge um indício no sentido de que tal “exclusão” não é, nem uma nulidade, nem uma anulabilidade, cujos regimes se encontram cristalizados nos artigos 285º e seguintes do Código Civil.

III.B.3.c – A Inexistência

O legislador pode ter consagrado a inexistência de dois modos: a inexistência material, consagrando a falta de declaração negocial e de consenso quanto à cláusula afetada, ou a inexistência jurídica, considerando que existe declaração negocial e consenso que abrange a cláusula afetada, mas tal declaração e consenso estão viciados, optando por consagrar a inexistência jurídica como sanção para esse vício.

A inexistência jurídica que consideramos é a que resulta de opção do legislador e não aquela que resulta de se considerar que existe algo, com a aparência de uma declaração negocial e de um consenso, mas que é de tal modo afastado ou contrário à essência jurídica¹²³ da declaração e do consenso, que seria insuportável, para o Direito, admitir a sua existência e a produção de efeitos, ainda que provisórios ou secundários. É que este tipo de inexistência

¹²² Uma situação análoga, e relativamente comum em contratos celebrados à distância, ao domicílio ou equiparados, surge no “direito de arrependimento”, em que o consumidor manifesta dúvidas ou mesmo a vontade em “resolver” o contrato, mas não o faz pelo meio adequado. Nestes casos, alguns profissionais usam de todos os meios e fazem todas as promessas possíveis para ganhar tempo e impedir o consumidor de fazer valer o direito de arrependimento durante o respetivo prazo. Após esse prazo, a atitude do profissional muda, exigindo ao consumidor que cumpra o contrato e pague os montantes devido, logo deixando a ameaça de recurso a meios coercivos de cobrança.

¹²³ GALVÃO TELLES, em *Manual dos Contratos em Geral...*, p. 355, ensina que a inexistência jurídica supõe um ato que não se ajusta à natureza do tipo legal em que pretende integrar-se.

jurídica não se verifica no caso em apreço. A declaração negocial do aderente, que abranja uma cláusula que ele não conhece ou não conhece adequadamente e não teve oportunidade de conhecer, não é mera aparência de declaração negocial, mas uma verdadeira declaração negocial quanto a essa cláusula. Já se referiu *supra*, no ponto II.B, que as partes podem validamente manifestar a vontade de incluir, no contrato, cláusulas cujo conteúdo não conhecem. Mais, mesmo no âmbito dos contratos de adesão, a LCCG admite que o aderente dê o seu assentimento a cláusulas que não conhece e admite-as como validamente integrantes do contrato: é que em nenhum lugar se diz que o aderente tem de conhecer as cláusulas, mas antes, a LCCG basta-se com a possibilidade de o aderente ter conhecimento completo e efetivo das mesmas, usando da comum diligência. Se o predisponente cumprir os deveres de informação de modo a dar essa possibilidade, as cláusulas serão validamente incluídas no contrato, ainda que o aderente não chegasse, na realidade, a conhecê-las. Portanto, o vício em causa não é de tal modo grave que imponha a inexistência jurídica, por “negação” da natureza jurídica da declaração negocial e do consenso. Por isso, a inexistência jurídica, que admitimos, é aquela que resulta da opção legislativa de cominar o vício em causa, com a inexistência jurídica.

Retomando a primeira ideia que se referiu neste ponto, o vício de não incorporação pode constituir uma inexistência material ou uma inexistência jurídica. Tudo depende de como o legislador, eventualmente, a consagrou.

Para consagrar a inexistência material, o legislador teria de impedir que a declaração negocial do aderente abrangesse as cláusulas afetadas. Se aquela não incluísse estas, as mesmas nunca fariam parte do consenso e, assim, nunca existiriam no contrato.

Ao pôr, lado a lado, no artigo 4º da LCCG, a aceitação e a observância dos deveres de informação, previstos no capítulo em causa, parece que o legislador foi no sentido da inexistência material: se não há aceitação da cláusula, a mesma não existe materialmente no contrato. Para ser assim, teríamos de interpretar o preceito no sentido de que o cumprimento dos deveres de informação é condição da aceitação, pelo que a mesma só existe quanto às cláusulas relativamente às quais se cumpriram aqueles deveres. Teríamos, também, de interpretar a expressão aceitação como declaração negocial do aderente, fosse ela aceitação ou proposta contratual.

Há três problemas com esta hipótese.

Primeiro, se a declaração negocial do aderente, fosse ela aceitação ou proposta contratual, se limitasse às cláusulas relativamente às quais se cumpriram os deveres de

informação, o conteúdo de tal declaração seria diferente da declaração negocial do predisponente. Necessariamente, iríamos cair numa situação de aceitação com modificações, que implicaria a rejeição da proposta contratual e a inexistência material de todo o contrato (artigo 233º do Código Civil). É claro que o legislador pode derrogar tal norma e consagrar regime diferente para os contratos de adesão. No entanto, em nenhum lugar surge expressa tal derrogação, pelo que a mesma teria de resultar de interpretação do referido artigo 4º; interpretação, essa, que não se afigura minimamente clara. Acresce que é preferível uma opção que altere o menos possível as regras gerais da declaração negocial e da formação do negócio, de modo a manter uma maior unidade e continuidade do ordenamento jurídico. Se o problema não exige uma solução que quebre com as regras gerais, então deve-se evitar o afastamento destas.

Segundo, não é possível interpretar a expressão “aceitação” como “declaração negocial”. A expressão “aceitação” é usada no sentido próprio. Com tal expressão, o legislador pretende enfatizar que as cláusulas só se incluem no contrato com a verificação do consenso, resultante de uma proposta contratual e de uma aceitação. Como se disse no ponto II.B, assim deixa-se claro, sem margem para dúvidas, que o aderente só fica obrigado nesse momento. Mesmo que tivesse subscrito uma proposta contratual, apenas fica contratualmente vinculado após a aceitação do predisponente. A referência legal à aceitação permite chamar a atenção para o facto de que nem sempre é o aderente quem emite a aceitação, mas a mesma também pode partir do predisponente. Se a aceitação, referida no artigo 4º da LCCG, tanto pode provir do aderente, como do predisponente, então não é possível interpretá-la como uma declaração negocial apenas do aderente, englobando a própria proposta contratual.

Terceiro, apesar de a expressão “aceitação” estar “lado-a-lado” com os deveres de informação, a mesma não está misturada com estes. Ambos se referem ao momento da inclusão das cláusulas, ou seja, ao momento formal da formação do contrato de adesão, por oposição ao controlo do conteúdo e ao equilíbrio substancial dos interesses das partes. Aceitação e deveres de informação estão separados, na medida em que aquela é requisito da inclusão material das cláusulas e estes são requisitos da inclusão válida das mesmas.

Para chegar à conclusão de que o legislador consagrou a inexistência material, o legislador teria de ser mais claro e mais assertivo, afastando as cláusulas afetadas das declarações

negociais. Teria de se expressar de modo similar à LCGC espanhola¹²⁴, dizendo que “não se pode entender que houve aceitação/declaração negocial/adesão às cláusulas” relativamente às quais não se cumpriram os deveres previstos no capítulo em causa. Aliás, deveria dizer que não houve “adesão *material*” às cláusulas. Assim se expressando, o legislador estaria a consagrar a inexistência material e tal expressão seria suficiente, não sendo sequer necessário um preceito como o artigo 8º da LCCG, a esclarecer que as mesmas ficam excluídas.

Não é possível, portanto, concluir que o legislador tenha consagrado a inexistência material, no âmbito do controlo da incorporação, consagrado na LCCG. Inexistência material, esta, que, para além do que se acaba de expor, também padeceria dos defeitos do regime da inexistência, que é comum à inexistência jurídica, e a que se fará referência de seguida.

A inexistência jurídica pode ser aquilo a que se reconduz o que temos chamado de vício de não incorporação da cláusula. Esta situação verificar-se-á se pudermos concluir que o legislador optou por consagrar, no artigo 8º da LCCG, a inexistência jurídica.

A favor de tal interpretação, mais uma vez, está o facto de o legislador ter posto a aceitação junto ao cumprimento dos deveres de informação, como requisitos da inclusão das cláusulas (artigo 4º da LCCG). A própria utilização da expressão “inclusão”, parece apontar no sentido da inexistência. É que, tal como a expressão “exclusão”, a expressão “inclusão” não parece corresponder a um definido conceito ou a uma noção jurídica. Assim, teria que se atender ao seu significado habitual. Nesta aceção, a cláusula que não se incluiu no contrato é uma cláusula que dele não fez parte.

No entanto, esta interpretação da expressão “inclusão” não é a correta. Primeiro, ao falar de inclusão, pode-se estar a referir à inclusão válida e não, necessariamente, à não inclusão no sentido mais estrito do termo. Segundo, já se referiu, no ponto II.B, que tal expressão se refere ao controlo de inclusão ou incorporação, que se dá no momento de formação do contrato singular, perante um aderente em concreto. Trata-se de uma designação que se refere a um controlo mais formal, separado do controlo do conteúdo. Portanto, da expressão em causa não se extrai, necessariamente, a ideia de inexistência da cláusula no contrato.

Também a exclusão prevista no artigo 8º LCCG, enquanto expressão sem significado jurídico, pode acomodar a ideia de inexistência jurídica, mas não impõe, nem aponta para ela. Quer a expressão “exclusão”, quer a expressão “inclusão” são neutras neste aspeto. Admitem

¹²⁴ Apesar de, como se disse no ponto III.A, a LCGC afastar a inexistência ao dispor, no seu artigo 9º, que o vício em causa apenas poderia ser invocado pelo aderente. Tal limitação da legitimidade é incompatível com a inexistência.

que o vício em causa implique a inexistência jurídica, mas também permitem que se o vício seja outro, especialmente se o mesmo não tiver um *nomen* e/ou um regime jurídico definidos.

A estarmos perante uma inexistência jurídica da cláusula, teríamos a vantagem de a mesma ser imprescritível e insanável, tal como acontece na nulidade.

Também como na nulidade, teríamos as desvantagens que resultam do conhecimento oficioso e da possibilidade da invocação do vício por qualquer interessado. Aliás, teríamos estas desvantagens de modo mais intenso do que na nulidade. É que aqui, tudo se passa como se a cláusula verdadeiramente não existisse e, por isso, nem sequer efeitos provisórios ou secundários pode produzir.

No caso do conhecimento oficioso, que, perante a inexistência da cláusula, se poderia considerar como uma mera operação de qualificação jurídica, o tribunal, perante os factos que lhe são apresentados, verificando o vício, tem de excluir todas as cláusulas afetadas. Assim, se o aderente vier invocar os factos necessários a excluir uma cláusula que lhe é desvantajosa, mas o tribunal verificar que esses factos se verificam quanto a outras cláusulas do contrato, que até podem ser vantajosas para o aderente, terá de as considerar também inexistentes e excluídas.

Este problema poderá ser agravado se adotarmos a posição de JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS, no sentido de que o predisponente tem mesmo o ónus de invocação do factos, dos quais resulta o cumprimento dos deveres de informação¹²⁵. O autor fundamenta a sua posição na suposição de que as cláusulas, na falta de tais factos, são inexistentes. Factos, que, por isso, são constitutivos. Ora, se o predisponente não invoca os factos, o juiz terá de os considerar não provados e as cláusulas afetadas, como inexistentes. Isto parece defender o aderente, mas não será assim se as cláusulas em causa lhe forem favoráveis. Acresce que, se não for invocado qualquer facto relativo ao cumprimento dos deveres de informação, pode chegar-se ao ponto de concluir pela inexistência da maioria das cláusulas contratuais, podendo cair-se na nulidade do contrato, em virtude de indeterminação insuprível de aspetos essenciais do mesmo (artigo 9º nº 2 da LCCG)¹²⁶.

Uma séria desvantagem da inexistência prende-se, especialmente, com a invocação da mesma pelo predisponente. Poderíamos pensar que tal problema não existe, confortando-nos

¹²⁵ *Cláusulas Contratual Gerais...*, pp. 64, 65, 94 e 95.

¹²⁶ De qualquer modo, é discutível que o ónus de alegação caiba ao predisponente, pois depende, não só de que a sanção seja, efetivamente, a inexistência, mas também de que, processualmente, os factos em causa possam ser considerados constitutivos. Tal não é claro, pois pode depender da posição processual do predisponente e, se aproximarmos a falta de cumprimento dos deveres de informação aos vícios da vontade, como o erro ou o dolo, verificamos que ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, em *Código Civil Anotado*, vol. I, pp. 303, consideram que os factos, relativos a tais vícios, devem ser considerados, “*na generalidade dos casos*”, como factos impeditivos e não constitutivos.

com a atuação do instituto do abuso de direito, perante um comportamento contrário à boa fé. Porém, já se disse, em relação à nulidade (ponto III.B.3.a), que não é certo que o instituto do abuso de direito funcione, ou, pelo menos, funcione de modo adequado, em todas as ocasiões. Se isto é verdade para a nulidade, muito mais o é para a inexistência, pois nesta, nem efeitos provisórios se chegam a produzir. Na verdade, não vemos como, perante a inexistência de algo, o tribunal poderá, ao abrigo do abuso de direito, considerá-lo existente ou ficcionar a sua existência. Se tal acontecesse, o tribunal estaria a constituir uma situação jurídica do nada, da não existência; e, eventualmente, a violar o princípio lógico da não contradição, ao verificar que algo não existe, mas, em virtude do abuso de direito, “fazer de conta” que existe. Em conclusão, parece que, até mais do que na nulidade, existe a possibilidade de o predisponente vir invocar, em seu interesse, a inexistência da cláusula. Neste caso, se na nulidade ainda se poderia determinar a sua não retroatividade, no caso da inexistência tal não seria possível, ficando apenas a indemnização, como meio de punir o abuso de direito do predisponente.

III.B.3.d – A Invalidade Mista

A grande vantagem da invalidade mista é que o seu regime não é rígido. É possível compô-lo com regras da nulidade e anulabilidade, bem como estabelecer regras que não existem nas duas formas típicas de invalidade.

Considerar que o vício de não incorporação é uma invalidade mista, permite adoptar as regras mais adequadas aos fins que a LCCG pretende atingir; ou seja, permite adaptar o regime do vício de não incorporação, moldando-o de forma a oferecer a melhor protecção ao aderente.

Particular importância tem a possibilidade de limitar a legitimidade para a invocação do vício, permitindo-a apenas ao aderente, ao mesmo tempo que se impede a sanção do vício. A invocação deste, na invalidade mista, pode ser permitida apenas ao aderente, em conjunto com a possibilidade de o fazer a todo o tempo e de não admitir a confirmação.

Também no que respeita à possibilidade de conhecimento oficioso, a invalidade mista oferece a flexibilidade necessária para optar pelo regime mais adequado. Pode-se afastar a possibilidade de conhecimento oficioso, deixando ao aderente a liberdade de escolher o que lhe interessa mais, fazendo valer os seus direitos quando tal vá de encontro aos seus interesses. Também se pode optar por consagrar o conhecimento oficioso, se se considerar que as suas vantagens superam as suas desvantagens. É possível, também, uma terceira hipótese: criar regras próprias para o conhecimento oficioso do vício, de modo a maximizar as suas vantagens e

diminuir as suas desvantagens; como acontece na “nulidade de proteção” italiana, em que o conhecimento oficioso é limitado às hipóteses em que o tribunal considera que a declaração de invalidade é favorável ao aderente.

Quer no caso da inexistência, quer no caso da invalidade mista, o facto de o artigo 8º da LCCG utilizar a expressão “exclusão”, que não tem um significado jurídico definido, em confronto com a referência à nulidade que se faz no controlo do conteúdo, aponta para que o vício se reconduza a um daqueles, em detrimento das “típicas” nulidade e anulabilidade.

III.B.3.e – Posição Adotada

Os regimes da nulidade e da anulabilidade não permitem atingir o grau de proteção do aderente, que se pretende na LCCG. Ambos apresentam características que podem levar a soluções desvantajosas para o aderente. Tendo isto em conta, se pensarmos no facto de que a lei não se lhes refere expressamente e prefere utilizar expressões sem um significado jurídico preciso, tendo feito expressa referência à nulidade, no âmbito do controlo do conteúdo, somos levados a concluir que o legislador pretendeu afastar a aplicação dos regimes da nulidade e da anulabilidade, no controlo de incorporação. O legislador terá recorrido a uma expressão sem significado jurídico preciso, para levar à aplicação de um regime de inexistência (jurídica) ou de invalidade mista. A imprecisão da expressão “*excluídas*” permite acolher a inexistência, que é uma figura controversa na doutrina, e a invalidade mista, que oferece um regime maleável e adaptável.

Portanto, quer a nulidade, quer a anulabilidade, parecem ter pouco acolhimento na letra da lei, especialmente quando comparada com as normas sobre o controlo do conteúdo; o que, associado a que não são as figuras mais adequadas para atingir os fins da LCCG em geral e do controlo da incorporação, em particular, leva-nos a concluir que nenhuma delas é a prevista no artigo 8º da LCCG. O vício de não incorporação da cláusula contratual, no âmbito da LCCG, não se reconduz, quer ao regime da nulidade, quer ao regime da anulabilidade.

Assim sendo, parece que apenas a inexistência e a invalidade mista podem ter um acolhimento seguro na letra da lei.

Dizer que a cláusula se considera excluída, permite que alguns possam falar em inexistência e que outros se refiram a cláusulas *não escritas* ou que *não chegam a integrar-se nos contratos*, não produzindo quaisquer efeitos, mesmo que provisórios ou secundários. Perante a controvérsia sobre a inexistência jurídica, a utilização de termos sem significado jurídico

preciso é o modo mais adequado de a consagrar no ordenamento jurídico português. Perante a expressão utilizada no artigo 8º da LCCG, a inexistência é uma possibilidade forte.

Porém, afastamos, desde já, a inexistência material. A consagração da inexistência material das cláusulas, na LCCG, implicaria uma alteração ao regime geral da perfeição da declaração negocial e do contrato, em particular no que respeita à aceitação. Tais alterações deveriam estar consagradas de modo relativamente claro, na lei. Ora, como já expusemos no ponto III.B.3.c, não só não existe consagração clara de tais alterações, mas antes a melhor interpretação do artigo 4º da LCCG é contrária possibilidade de consagração da inexistência material. Remetemos, portanto, para o que, sobre isto, expusemos no ponto III.B.3.c.

Também já defendemos *supra*, no mesmo ponto III.B.3.c, que não poderemos estar perante a inexistência jurídica, que resulta de incompatibilidade ou “negação” da natureza jurídica da declaração negocial e do consenso; pelo que se remete para os argumentos aí expostos.

Assim sendo, a hipótese que aqui se põe é a de que o vício de não incorporação seja, afinal, um caso de inexistência jurídica, porque essa foi a opção do legislador; a inexistência resultaria da vontade do legislador em aplicar tal sanção ao vício em causa.

Acontece que a inexistência implica um regime que pode ser desfavorável ao aderente. No ponto III.B.3.c, apontaram-se os perigos do conhecimento oficioso e, especialmente, os da possibilidade de invocação da inexistência por qualquer interessado. Embora possa caber na letra da lei, não parece que o legislador tenha tido a intenção de consagrar um regime, do qual podem surgir resultados bastante desfavoráveis para o aderente; cuja proteção, afinal, é o escopo último da LCCG. O regime da inexistência não é adequado à proteção do aderente.

Ora, perante a sua inadequação, o regime da inexistência jurídica seria de afastar, e, no entanto, a maioria da doutrina parece defender esta opção, seja referindo-se-lhe expressamente, seja utilizando expressões que acabam por ser equivalentes.

A doutrina analisa corretamente o problema, mas a conclusão que tira, no sentido de que a cláusula afetada é inexistente/não escrita/nunca integrada no contrato, não produzindo quaisquer efeitos, mesmo que provisórios ou secundário, não nos parece, com o devido respeito pela opinião de tão ilustres juristas, correta.

O problema que se nos depara, no controlo de inclusão é o de que, perante o desequilíbrio das posições negociais do predisponente e do aderente e perante o particular modo de formulação das cláusulas – em que o aderente não participa – nos contratos de adesão, há o

perigo significativo da existência de fortes assimetrias de informação, quer em geral, quanto aos vários aspetos da relação jurídica que resultará do contrato, quer em particular e especialmente, quanto ao conteúdo das cláusulas do contrato.

Desta falta de informação do aderente resultam dois perigos. O primeiro é que, não conhecendo o conteúdo da cláusula ou não compreendendo o seu alcance, ele não está em condições de avaliar se lhe interessa ou não celebrar aquele contrato, pelo que a sua vontade pode não se formar do modo mais sã. O segundo é que, na própria fase de execução do contrato, ele não terá um conhecimento adequado dos direitos e obrigações que lhe cabem, podendo não tirar o melhor partido do contrato ou ver-se, até, prejudicado.

SOUSA RIBEIRO é da opinião que os deveres de informação assumem maior importância na fase de execução do contrato, do que na fase da sua conclusão. Este autor ensina que *“se na fase de conclusão do contrato, a eficácia preventiva da comunicação do conteúdo das ccg é tipicamente diminuta, na exacta medida em que o aderente não faz depender desse conteúdo, em geral, a sua decisão de contratar, já na fase posterior, de execução do contrato, ele tem todo o interesse no conhecimento preciso do regime aplicável. (...) é fulcral para o aderente ter uma percepção clara da situação jurídica que do contrato para si resulta, de forma a poder activar a defesa dos seus interesses e reagir adequadamente às pretensões da contraparte. (...) Ganham então todo o sentido e toda a relevância as garantias que o art. 5º encerra”*¹²⁷.

Portanto, os deveres de informação, decorrentes do princípio da transparência e consagrados na nossa lei, procuram proteger o aderente, diminuindo o seu défice de informação para níveis toleráveis e, assim, permitindo-lhe, não só ponderar se deve contratar ou não – quando, na prática, tiver tal liberdade –, mas também e especialmente, exercer os seus direitos do modo mais seguro e frutífero, na execução do contrato.

Como se referiu no ponto III.B.2, alguns autores consideram que, se o aderente não teve oportunidade de conhecer as cláusulas, a sua declaração de vontade, pelo menos quanto a elas, não se formou devidamente; ou melhor, não teve *oportunidade* de se formar devidamente. Nestas circunstâncias, entendem que as cláusulas são inexistentes ou não escritas/não se integram no contrato. JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS¹²⁸, em anotação ao artigo 5º da LCCG, refere que a violação dos deveres em causa é uma situação similar à falta de consciência na

¹²⁷ *O Problema do Contrato...*, pp.380 e 381.

¹²⁸ Obra citada, pp. 64 e 65.

declaração. Portanto, estes autores formulam uma aproximação do problema do controle de incorporação ao problema dos vícios da vontade na declaração negocial.

Concordamos que o aderente, que não conhece adequadamente todas as cláusulas do contrato, corre o risco de não formar a sua vontade do modo mais adequado e, mesmo, de incorrer em erro. Não concordamos, porém, que a falta do cumprimento dos deveres de informação imponha, ou mesmo aponte, para a verificação da inexistência jurídica da cláusula, no contrato.

Vejam.

Desde logo, a lei satisfaz-se com a possibilidade de o aderente tomar conhecimento das cláusulas. Não exige que esse conhecimento tenha efetivamente lugar. Se o predisponente cumprir os deveres em causa, nenhum vício existe; e, no entanto, o aderente, mesmo assim, pode não ter tomado conhecimento e a sua vontade não se ter formado da melhor maneira. Não parece razoável que numa situação se consagre um vício tão grave como a inexistência jurídica e na outra se estabeleça a validade perfeita da cláusula.

Depois, na comparação/aproximação aos vícios da vontade e da declaração, não cremos que a situação em apreço esteja mais próxima da falta de consciência da declaração do que está do erro-vício ou do dolo¹²⁹. Na verdade, o aderente tem consciência de estar a emitir uma declaração negocial. O que resulta do não cumprimento dos deveres de informação é a possibilidade de o aderente não perceber todas as consequências de tal declaração negocial, tudo aquilo a que verdadeiramente se vai obrigar. Ora, no erro-vício e no dolo, a sanção é, em princípio, a anulabilidade, mas nunca a inexistência jurídica (artigos 251º, 252º e 254º do Código Civil). Mesmo nos casos mais graves, em que o aderente não tem verdadeira liberdade de recusar o contrato – como acontece em contratos necessário a condições mínimas de sobrevivência digna, como o fornecimento de gás ou eletricidade – a situação poder-se-ia levar para um paralelismo com a coação moral; onde também é a anulabilidade que vigora, e não a inexistência (artigo 256º do código Civil).

Vemos que a comparação dos vícios da vontade e da declaração, que mais próximos estão do vício da não incorporação, aponta para uma sanção de anulabilidade. Note-se que o vício de

¹²⁹ ALMEIDA COSTA e MENEZES CORDEIRO, em *Cláusulas Contratuais Gerais – Anotação...*, p. 28, dizem o seguinte: “No precedente artigo 8º, o legislador desvia-se do regime geral – que seria o do erro-vício –, enquanto consagra a não inclusão nos contratos singulares de cláusulas atingidas pela inobservância das regras pré-negociais”.

não incorporação existe, mesmo que a vontade expressa, pelo aderente, e a respetiva declaração, não sofram de qualquer vício.

Entendemos, também, que há que relativizar a importância da formação da vontade do aderente. Como referimos acima, citando SOUSA RIBEIRO, o cumprimento dos deveres de informação poderá ter a mesma ou até mais importância na fase de execução do contrato, do que na fase formação e conclusão do mesmo. Pelo que não é só o problema da formação da vontade do aderente que está em causa no controlo de incorporação, mas também a necessidade de o colocar na melhor posição possível para exercer os seus direitos contratuais, perante o predisponente.

O problema do controlo da incorporação não é só um problema de formação da vontade do aderente, mas também – e talvez principalmente – um problema de preparação do aderente, para a execução do contrato.

A letra da lei permite acolher a interpretação de que o vício de não incorporação resulta na inexistência da cláusula afetada, mas o regime da inexistência não é o mais adequado à proteção do aderente, podendo funcionar de modo desfavorável ao mesmo. Após analisar a posição da doutrina, que se funda, essencialmente, na (má) formação da vontade do aderente, não se vê nenhuma razão para, apesar de todos os seus defeitos na proteção do aderente, ainda assim se adotar como a sanção que encerra o artigo 8º da LCCG. Perante os defeitos da inexistência e não se vendo nenhuma razão que a imponha, deve-se afastar e escolher um regime mais adequado.

Em conclusão, o referido artigo não prevê a inexistência jurídica das cláusulas que caem sob a sua alçada.

É a invalidade mista que está em melhor posição para se assumir como o regime subjacente ao vício de não incorporação da cláusula contratual, quer no que respeita à letra da lei, quer, em especial, no que respeita às regras do seu regime.

O modo “impreciso” com se expressa o artigo 8º da LCCG aponta, com especial intenção, para um regime que, ele próprio, seja algo informe e flexível. Precisamente, a invalidade mista não tem um regime preciso e definido, antes é uma expressão que engloba vários regimes de invalidade, que não se enquadram nos típicos regimes da nulidade e anulabilidade. Uma invalidade mista acolhe regras próprias de ambos os regimes e, por vezes, regras que não estão

previstas, quer na nulidade, quer na anulabilidade¹³⁰. cremos que é isto que o legislador tem em mente. Quer um regime que se adapte às necessidades e objetivos da proteção do aderente.

A invalidade mista permite limitar, ao aderente, a legitimidade para a invocação do vício de não incorporação – o que não era possível na nulidade, nem na inexistência –, ao mesmo tempo que não permite a sanção do vício, seja pelo decurso do tempo, seja pela confirmação – algo que se opõe ao regime da anulabilidade.

O facto de apenas o aderente ter legitimidade para invocar o vício de não incorporação suscita uma referência à regra de interpretação *contra proferentem* ou *contra stipulatorem*. Quando se tratou dos deveres de informação na LCCG (*vide* ponto II.B.1), remeteu-se, para este momento, uma referência mais detalhada. Esta regra está consagrada no n.º 2 do artigo 11.º da LCCG, dispondo que deve ser aplicada, quando subsista dúvida sobre o sentido de uma cláusula ambígua, após a aplicação do n.º 1 do mesmo artigo.

Portanto, na previsão do preceito referido, estamos perante uma cláusula ambígua, sobre cujo sentido subsiste dúvida; mas, se foram cumpridos os deveres de informação, não deveria ser possível a existência de uma cláusula ambígua, ou então a existência de cláusula ambígua revela que não foram cumpridos os deveres de informação e tal cláusula deve ser excluída, não fazendo sentido qualquer regra de interpretação. Parece que o preceito em causa não tem utilidade alguma.

No entanto, o preceito tem utilidade. Desde logo, porque, na execução do contrato, podem surgir situações pouco comuns, sobre as quais uma cláusula que, de início, parecia perfeitamente cristalina, não oferece uma solução clara, sendo ambígua quanto a tais situações. Na verdade, se sobre o predisponente recai uma forte exigência no cumprimento dos deveres de informação, também é verdade que a exigência não é tal que ponha de parte o princípio da proporcionalidade. Assim sendo, quando o predisponente faz o juízo de prognose sobre o modo da comunicação das cláusulas e sobre os esclarecimentos a prestar, de modo a permitir, ao aderente, um conhecimento completo e efetivo do clausulado, não se lhe pode exigir que preveja o imprevisível. Como a vida real comporta uma quase infinidade de variáveis e possibilidades, sempre existirá uma margem de imprevisibilidade, da qual pode surgir a ambiguidade de cláusulas, em princípio, perfeitamente claras e esclarecidas.

¹³⁰ Como acontece na “nulidade de proteção” italiana, em que o conhecimento oficioso está limitado às situações em que o reconhecimento da invalidade beneficia o consumidor.

Porém, se fosse apenas este o campo de ação da regra *contra proferentem*, poderia dizer-se que a sua aplicabilidade era meramente residual e excecional. A verdadeira extensão da aplicação desta regra apenas se revela ao termos em conta que a legitimidade para a invocação do vício de não inclusão pertence exclusivamente ao aderente. Se o aderente não invoca o vício, continuam a produzir efeitos cláusulas que, eventualmente, são ambíguas por falta de cumprimento dos deveres de informação. Nestes casos, a regra *contra proferentem* faz todo o sentido e mostra-se de grande utilidade para proteger o aderente. É aqui que se encontra o campo preferencial de aplicação do n.º 2 do artigo 11.º da LCCG.

A consagração da regra de interpretação *contra proferentem* é mais um elemento que leva à conclusão de que a legitimidade, para invocação do vício de não incorporação, deve pertencer apenas ao aderente¹³¹. Assim, reitera-se que só a invalidade mista permite conjugar esta limitação da legitimidade com a impossibilidade de sanção do referido vício.

Também no caso do conhecimento officioso do vício, a invalidade mista permite a maior flexibilidade, quer permitindo o conhecimento officioso, quer proibindo-o, quer limitando-o, de modo a funcionar em benefício apenas do aderente.

Se no caso da legitimidade e da sanção, as soluções a adotar são claras, sendo fácil determinar aquilo que dá maior proteção ao aderente, no caso do conhecimento officioso do vício, é mais difícil determinar a solução mais favorável ao aderente, de modo a permitir que a LCCG atinja o seu fim de proteção mais satisfatoriamente.

O conhecimento officioso do vício de não incorporação é favorável ao aderente, nos casos em que, por desconhecimento, esquecimento ou desleixo, o mesmo não o tenha invocado. O tribunal, conhecendo o vício, mesmo que ele não tenha sido invocado, supre a omissão do aderente, favorecendo-o. No entanto, o conhecimento officioso também pode ser pernicioso, quando, verificando que resulta, dos factos provados, que o vício existiu, o tribunal o declare, afastando cláusulas favoráveis ao aderente, ou que, por qualquer razão, o mesmo pretendia que continuassem a vigorar. A situação pode tornar-se ainda mais grave, se a invalidade das cláusulas afetadas levar à nulidade de todo o contrato, nos termos do n.º 2 do artigo 9.º da LCCG.

Teríamos de fazer uma ponderação entre benefícios e prejuízos se as hipóteses fossem apenas duas: consagrar ou não consagrar o conhecimento officioso. Acontece que a invalidade mista, não só permite estas duas hipóteses, mas também uma terceira, que é a da adaptação

¹³¹ Juntamente com o afastamento do perigo que possa resultar da invocação do vício por outros interessados e a possibilidade de o aderente poder decidir, livremente, a melhor maneira de fazer valer os seus interesses (*vide supra* os pontos III.B.3.a e III.B.3.b).

do conhecimento oficioso à proteção do aderente, em particular determinando que o tribunal apenas conheça oficiosamente o vício, quando a sua declaração for favorável ao aderente, como acontece na “nulidade de proteção” italiana.

Esta terceira hipótese permite afastar a parte negativa do conhecimento oficioso, mantendo a parte vantajosa. Esta hipótese parece perfeita, mas tem, pelo menos, dois inconvenientes.

O primeiro é que quem está em melhor posição para conhecer os seus verdadeiros interesses é o próprio aderente e não o tribunal. Aquilo que o tribunal pode considerar como mais favorável para o aderente, pode não o ser na realidade. Para além de que o que interessa ou é favorável ao aderente, depende de critérios fortemente subjetivos. As circunstâncias da vida real são multifacetadas e o julgador tem de decidir sem conhecer todas as circunstâncias da realidade em que vive o aderente. Existirá sempre o risco de desfasamento entre o critério do juiz e o real interesse do aderente. Porventura será melhor deixar que o aderente decida sobre aquilo que lhe interessa verdadeiramente, e, de acordo com a sua decisão, formular o respetivo pedido ao tribunal.

A questão, que estamos a pôr, resulta de que se verifica um certo “paternalismo” nas disposições que pretendem proteger a parte mais fraca. Este paternalismo surge quando uma determinada disposição, que pretende defender os interesses da parte mais fraca, não pode ser afastada, mesmo quando essa parte livremente declara não pretender a sua aplicação¹³². O “paternalismo” da lei pode ser necessário e conveniente, pois a parte mais fraca pode ser levada a abdicar dos seus direitos por influência da parte mais forte. Se, porém, tal risco não existir, não se justifica qualquer “paternalismo”. Cremos que, num processo judicial, a igualdade das partes¹³³ é muito maior do que na contratação; e mesmo que alguma desigualdade, de ordem prática, possa existir, o certo é que a parte mais fraca já não terá a sua liberdade limitada ou influenciada no que respeita a manifestar e prosseguir os seus reais interesses. Nenhuma justificação existe, então, para o “proteger de si próprio”.

Podemos, a respeito deste primeiro inconveniente, pôr também a questão de saber se o aderente está tão necessitado de proteção, ao ponto de o tribunal ter de suprir os seus esquecimento e desleixos? Será que se deve prever a mesma solução para consumidores e para aderentes não consumidores?

¹³² Sobre esta questão, *vide* JORGE MORAIS CARVALHO – *Os Contratos de Consumo...*, pp. 73 a 76 e 84 a 87.

¹³³ *Vide* o artigo 3º-A do Código de Processo Civil.

O segundo inconveniente prende-se com o facto de que põmos o juiz numa posição em que é seu dever estar atento a este vício e verificar se a sua declaração beneficia o aderente. Estamos a pedir ao julgador que proteja os interesses do aderente. Ora, os interesses do aderente podem ser protegidos pelo seu advogado ou pelo Ministério Público. Colocar o juiz na posição de protetor da parte mais fraca, no contrato de adesão, é pôr em causa a sua imparcialidade. Cremos que se deve evitar colocar o juiz numa posição que diminua a sua imparcialidade. A proteção dos interesses da parte mais fraca, no tribunal, resulta e compete à lei, ao advogado e/ou ao Ministério Público.

Estes inconvenientes, porém, não são insuperáveis.

O primeiro inconveniente pode ser ultrapassado: basta conceder, ao aderente, a possibilidade de se pronunciar, sempre que o tribunal pretenda conhecer, de ofício, o vício de não incorporação e prever que, caso o aderente se oponha, o tribunal não deverá declarar a invalidade da cláusula¹³⁴. O TJUE, em acórdão de 04/06/2009¹³⁵, relativamente a cláusulas abusivas, decidiu que o tribunal deve conhecê-las oficiosamente e não aplicá-las, exceto se a isso se opuser o consumidor.

Ora, esta formulação do conhecimento oficioso afasta o inconveniente de os verdadeiros interesses do aderente virem a ser afetados, pois a palavra final é sempre do aderente. Poderá, mesmo, afastar, também, o segundo inconveniente, relativo à imparcialidade do julgador. Na verdade, pode-se estabelecer que o tribunal se limite a conhecer o vício, sempre que os elementos do processo revelem que o mesmo existe, mas, antes de declarar a invalidade, dá oportunidade ao aderente para se pronunciar. Se o aderente se opuser, não declara a invalidade. Assim sendo, o tribunal não tem de se preocupar com o facto de a declaração de invalidade ser ou não favorável ao aderente. Verifica sempre se existe o vício e depois apenas tem de esperar pela opção do aderente. Assim salvaguarda-se a liberdade do aderente atuar segundo os seus interesses e a imparcialidade do juiz não se vê afetada.

Em conclusão, o artigo 8º da LCCG prevê uma invalidade mista; o que resulta do facto de utilizar uma expressão sem um significado jurídico preciso e de que a invalidade mista tem a plasticidade necessária para moldar o seu regime, de modo a atingir a mais adequada proteção do aderente.

¹³⁴ Hipótese mencionada por OROZCO PARDO e MORENO NAVARRETE – El Contrato en el Contexto de la Unificación del Derecho Privado, *Anales de Derecho*, p. 154.

¹³⁵ Acórdão do TJUE, de 04/06/2009, Quarta Secção, Processo C-243/08 – *Pannon GSM Zrt. contra Erzsébet Sustikné Györfi*.

Vejamos, então, como se molda o regime da invalidade mista, no vício de não incorporação.

Para além de resultar, da própria lei, que a cláusula, que sofra do vício de não incorporação, não produz efeitos e que a respetiva invalidade tem efeitos retroativos; a proteção do aderente impõe que apenas ele tenha legitimidade para invocar o vício.

O vício de não incorporação pode ser invocado a todo o tempo e não é suscetível de confirmação.

Estes aspetos do regime do vício de não incorporação são relativamente claros e não suscitarão muitas dúvidas. Já quanto a saber se se deve admitir o conhecimento oficioso do vício, a situação é menos clara.

O TJUE tem decidido que as cláusulas abusivas devem ser declaradas, como tal, oficiosamente pelo tribunal¹³⁶. No entanto, esta jurisprudência parece dirigir-se apenas ao controlo do conteúdo. Do mesmo modo, o acórdão do TJUE de 04/06/2009, que referimos acima, também parece estar a referir-se, apenas, ao controlo do conteúdo.

A questão que se põe é se é possível transpor esta solução para o controlo da incorporação, no âmbito da LCCG.

Em termos de Direito substantivo, nada impede que se consagre a possibilidade de conhecimento oficioso, com as particularidades que referimos. A indefinição da figura da invalidade mista permite acolher este especial regime de conhecimento oficioso. É esta a grande vantagem da invalidade mista.

A consagração deste regime de conhecimento oficioso depende de saber se o aderente está necessitado de uma proteção assim tão avançada, isto é, se o “paternalismo” da lei deve chegar a tal ponto. O Direito da União Europeia e, em particular, a jurisprudência do seu Tribunal de Justiça, que já citamos, parecem ir nesse sentido. Já a LCCG é completamente omissa quanto à possibilidade de conhecimento oficioso do vício de não incorporação. Tal omissão deixa em aberto a possibilidade de seguir na direção que vai sendo apontada, pela jurisprudência do TJUE.

Os problemas, porém, podem surgir com o funcionamento processual deste conhecimento oficioso.

¹³⁶ V.g. Acórdãos do TJUE, de 27/06/2000, Processos C-240/98 a C-244/98 – *Océano Grupo Editorial contra Murciano Quintero* e de 21/11/2002, Quinta Secção, Processo C-473/00 – *Cofidis contra Fredout*.

A 2ª parte do nº 3 do artigo 3º do Código de Processo Civil dispõe que o juiz não pode decidir nenhuma questão, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham a possibilidade de se pronunciar sobre ela. Temos aqui um meio processual para o aderente se poder pronunciar quanto ao conhecimento oficioso. Pode acontecer, no entanto, que o tribunal não dê cumprimento a este preceito, decidindo, sem ouvir o aderente. Tal como está, este preceito gera uma nulidade processual, nos termos dos artigos 201º e seguintes do Código de Processo Civil. Aplica-se, portanto, o regime geral da nulidade processual. O artigo 205º do referido código estabelece um prazo de arguição da nulidade, que não é minimamente adequado ao aderente: deve ser invocada no próprio momento em que a nulidade é cometida, se assistir ao ato ou, se não estiver presente, no prazo de dez dias após a notificação para qualquer termo do processo, quando deva presumir-se que teve oportunidade de conhecer a nulidade (artigo 205º nº 1 do Código de Processo Civil). Na maior parte das vezes, o aderente tomará conhecimento na sentença (ou despacho saneador-sentença), que é quando o tribunal declara a invalidade, conhecendo-a oficiosamente. Efetuando-se a notificação da sentença, começa a correr um prazo de recurso, de trinta dias (artigo 685º nº 1 do Código de Processo Civil). Assim, temos dois prazos diferentes a correr simultaneamente e pode surgir a dúvida sobre se tal nulidade não deve ser suscitada em sede de recurso, uma vez que consta da sentença (embora não seja uma nulidade da sentença). A cautela manda que se siga o prazo do artigo 205º¹³⁷, que é manifestamente curto. Os prazos são curtos e algo confusos, na invocação desta nulidade processual.

Para que o conhecimento oficioso pudesse funcionar, isento dos inconvenientes que se referiram, teria de se prever um meio mais seguro e efetivo de o aderente poder manifestar a sua vontade. Cremos que teria de se prever a regra de que o aderente deveria ser notificado, especificamente, para manifestar o seu acordo ou a sua oposição ao conhecimento oficioso do vício; mas, mais importante, seria prever que essa manifestação de vontade fosse condição necessária para se admitir o conhecimento oficioso do vício e, assim, a sua falta constituir, não só nulidade processual, mas também fundamento autónomo de recurso da decisão judicial.

Ora, nada disto está previsto na lei. A LCCG nem sequer faz referência expressa ao conhecimento oficioso, muito menos a que o mesmo deva ter regras especiais. Se é verdade que o conhecimento oficioso, submetido à manifestação de concordância ou oposição do aderente,

¹³⁷ Assim já decidiram, por exemplo, os acórdãos do TRG de 15/02/2006, CJ, Ano XXXI, tomo I, 2006, p. 284 e do TRL de 18/06/2009 (Relatora: Maria José Mouro), disponível em www.dgsi.pt.

pode ser um instrumento, pelo qual se atinge uma elevada proteção da parte mais fraca, também é uma realidade que o mesmo tem de ser objeto de regulação expressa e específica. Uma regulação que impeça os inconvenientes resultantes de um conhecimento oficioso contra a vontade do aderente. A disposição que consta da 2ª parte do n.º 3 do artigo 3.º do Código de Processo Civil – e a aplicação do regime geral das nulidades processuais – é manifestamente insuficiente para tal.

No entanto, não é só a falta de disposições específicas se opõe à aplicação do regime de conhecimento oficioso, que é proposto pelo referido acórdão do TJUE de 04/06/2009¹³⁸. É que, proteger o aderente quando ele não conhece ou se esqueceu de invocar o vício de não incorporação, através do conhecimento oficioso pelo tribunal, pode fazer sentido quando o aderente é, também, um consumidor. O aderente, que também é consumidor, sofre de uma dupla fragilidade, que resulta dessa dupla condição. Assim sendo, pode justificar-se a proteção acrescida. No entanto, quando o aderente é um profissional, já não é tão clara a adequação de um regime que permita o conhecimento oficioso pelo tribunal.

Em resumo, há duas razões que se opõem ao conhecimento oficioso do vício de não incorporação. A primeira prende-se com a necessidade de prever que o conhecimento oficioso só seja possível se o aderente expressamente declarar que não se opõe ao mesmo, e com o facto de que o ordenamento jurídico português, tal como está, não garante que essa condição seja devidamente observada. É necessário prever e dispor expressamente sobre o regime a que deve obedecer a manifestação da vontade do aderente, relativamente à possibilidade de conhecimento oficioso. A segunda razão prende-se com a possibilidade de tal conhecimento oficioso conceder uma proteção excessiva ao aderente, que atue na condição de profissional.

Em conclusão, no silêncio da lei, deve entender-se que o vício de não incorporação não é de conhecimento oficioso, mas antes deve ser invocado pelo aderente. Só assim se evita que o tribunal declare o vício quando tal não é do interesse do aderente e se permite que seja este a cuidar dos seus interesses. Ao mesmo tempo, não se incorre no que poderia ser uma proteção excessiva para o aderente que atua como profissional, nem se belisca a imparcialidade do juiz.

¹³⁸ Este acórdão, como se disse, parece referir-se apenas ao controlo do conteúdo, e sempre tendo em conta que o aderente é um consumidor.

III.B.3.f – Consequência da Declaração do Vício de Não Incorporação da Cláusula no Contrato

A verificação do vício de não incorporação da cláusula implica a invalidade desta, não produzindo efeitos e ficando afastada do contrato. Extirpada a cláusula, quais as consequências para o contrato?

A regra geral é a que consta do artigo 292º do Código Civil, que determina que o contrato se mantém em vigor, na parte não afetada pelo vício, exceto quando se mostre que o contrato não teria sido concluído sem a parte viciada. Temos aqui uma manifestação do princípio da conservação dos negócios jurídicos¹³⁹.

Na LCCG vigora o disposto no artigo 9º da mesma lei. Este também prevê a manutenção do contrato, defendendo-a de modo mais intenso do que o artigo 292º do Código Civil. É que na LCCG não está apenas em causa a conservação do negócio jurídico, mas também se pretende, através do artigo 9º da mesma, a defesa da parte mais fraca, que é o aderente. Entende-se que o aderente poderia ficar prejudicado com a invalidade de todo o negócio, o que, na prática, o levaria a não invocar o vício de não incorporação.

Assim sendo, o artigo 9º da LCCG reforça a possibilidade de manutenção do contrato, remetendo para as regras gerais de integração do negócio jurídico (artigo 239º do Código Civil) e retirando relevância à vontade hipotética das partes (em particular no que respeita ao predisponente), quando se mostre contrária à manutenção do contrato. Na verdade, ao contrário do disposto no artigo 292º do código Civil, o facto de a vontade hipotética das partes ser no sentido de não concluir o contrato sem a parte viciada, ainda assim, ele irá manter-se.

Nos termos do referido artigo 9º, mais precisamente no seu nº 2, a manutenção do contrato apenas fica afastada, e o contrato será nulo, quando ocorra uma indeterminação insuprível de aspetos essenciais do contrato ou um desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa fé. A referência à indeterminação insuprível de aspetos essenciais e ao desequilíbrio gravemente atentatório da boa fé, como impedimentos à manutenção do contrato, é, como refere JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS¹⁴⁰, desnecessária, pois já decorreria da verificação de situações em que os critérios do nº 1 não pudessem funcionar. Parece-nos que o

¹³⁹ Mas também do princípio da proporcionalidade entre causa e efeito, como aponta CLÁUDIO PETRINI BELMONTE – *A Redução do Negócio Jurídico e a Protecção dos Consumidores...*, pp. 17 e 18: “se a causa da invalidade respeita só a uma parte do negócio, só essa parte deve ser invalidada”, p. 18.

¹⁴⁰ *Cláusulas Contratuais Gerais...*, pp. 132 e 133.

legislador sentiu a necessidade de referir expressamente que o contrato seria nulo, quando não fosse possível a sua manutenção. Em vez de referir que, quando não fosse possível a manutenção do contrato, nos termos do n.º 1 do artigo 9.º, o contrato seria nulo, preferiu referir dois casos em que a manutenção do contrato não é possível. Se tal referência é desnecessária, pelo menos tem a virtude de tornar a disposição mais clara.

O preceito em causa manda que, na parte afetada, vigorem as normas supletivas aplicáveis e, se necessário, se recorra às regras de integração dos negócios jurídicos (artigo 239.º do Código Civil).

No que se refere ao funcionamento das regras de integração, JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS aponta, pensamos que acertadamente, dois aspetos: primeiro, não estamos perante uma verdadeira lacuna, mas perante uma exclusão da cláusula, o que implica que tenha havido uma manifestação de vontade das partes; segundo, quando não existam normas supletivas, deve-se começar - e dar mais relevância - pela procura de uma solução equilibrada, segundo os ditames da boa fé e só depois verificar se tem cabimento na vontade hipotética das partes¹⁴¹. cremos que se deve acrescentar que a vontade hipotética do predisponente não deve ser considerada. A vontade hipotética da predisponente, em princípio, seria que vigorasse a cláusula que pretendeu impor no contrato. Fazer de conta que o predisponente não pretendia contratar, através de contrato de adesão, implica, como dissemos quanto à redução, prevista no artigo 14.º da LCCG¹⁴², um exercício de conjetura maior e a uma insegurança acrescida. Implica, na verdade, um desfasamento significativo em relação à materialidade da questão e dificuldades de interpretação que são dispensáveis. Mais simples, e igualmente protetor do aderente, é não ter em conta a vontade hipotética do predisponente e procurar uma solução equilibrada, sempre dentro dos critérios impostos pela boa fé.

Verificamos, portanto, que o artigo 9.º da LCCG prossegue a conservação do negócio jurídico e a proteção do aderente que, em princípio, poderá ter interesse na manutenção do negócio.

Acontece que, muitas vezes, o aderente preferirá libertar-se do contrato. Em particular, nos contratos de execução continuada ou periódica, o aderente pode não querer continuar vinculado a um contrato, em que verificou que a outra parte não respeitou os deveres de informação.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 134. Também CLÁUDIO PETRINI BELMONTE, em *A Redução do Negócio Jurídico e a Proteção dos Consumidores...*, pp. 31, 147, 148 e 192, afirma que a boa fé atua em prol da redução, desconsiderando, quando for caso disso, a vontade hipotética das partes.

¹⁴² *Vide supra*, ponto I.B.

No caso particular do aderente consumidor, cremos que deveria ter a possibilidade de se desvincular do contrato, seja permitindo a opção pela nulidade do mesmo, seja prevendo o direito de resolução. De qualquer modo, o artigo 9º da LCCG não prevê tal opção. O consumidor apenas poderá deitar mão do direito de “retratação”, previsto no nº 4 do artigo 8º da LDC, dentro dos prazos apertados, aí previstos. Parece-nos que o prazo curto para o exercício do direito de “retratação” impedirá, em muitos casos, que o consumidor tenha oportunidade de o aproveitar.

CONCLUSÃO

Os contratos de adesão solicitam a criação de um regime especial, para proteção o aderente.

Dois perigos principais foram identificados: o défice de informação do aderente, quanto ao conteúdo e consequências das cláusulas contratuais, e o desequilíbrio significativo dos interesses em detrimento do aderente, resultante do conteúdo das cláusulas.

Para minimizar o défice de informação, foi consagrado um controlo de inclusão ou incorporação das cláusulas, no contrato. A presente dissertação centrou-se neste controlo de inclusão, com particular enfoque nas consequências da sua não satisfação, ao nível das cláusulas contratuais.

Concluimos que este controlo da incorporação assenta, fundamentalmente, na boa fé; em particular numa sua expressão, que se consubstancia no princípio da transparência. Dele decorrem diversos deveres de informação, que impendem sobre o predisponente e que devem ser prestados ao aderente, antes da celebração do contrato. Neste aspeto, o controlo de inclusão pretende atingir duas metas, dentro do objetivo geral de diminuir o défice de informação do aderente: permitir ao aderente uma formação o mais sã possível da sua vontade de contratar e, no momento da execução do contrato, estar preparado para exercer os seus direitos e cumprir as suas obrigações, do modo mais adequado aos seus interesses.

O controlo de incorporação, portanto, baseia-se no cumprimento de deveres de informação, no processo de celebração de um contrato em concreto, de modo a diminuir o défice de informação do aderente. Assim sendo, difere do controlo de conteúdo, que assenta na ponderação de interesses das partes e na verificação da possibilidade das cláusulas contratuais causarem um desequilíbrio significativo dos interesses das partes, desfavorável ao aderente. Com o controlo do conteúdo, pretende-se eliminar ou diminuir tal desequilíbrio, para níveis aceitáveis. Perante isto, chegou-se à conclusão que tais controlos não devem ser fundidos, nem confundidos. Eles devem permanecer separados, pois, embora ambos fundados no princípio da boa fé, eles obedecem a parâmetros e objetivos diferentes. É tecnicamente mais correto e metodologicamente mais adequado que as cláusulas não negociadas passem por duas barreiras de controlo bem definidas: um controlo de incorporação, que garanta um défice de informação diminuído, e, superado este, sigam para um controlo do conteúdo, que assegure um equilíbrio de interesses minimamente aceitável. Confundir os dois controlos é limitar-se a uma barreira,

mais confusa e mais difusa, ao ter de prosseguir dois objetivos diferentes, obedecendo a dois conjuntos de princípios e de critérios de controlo.

No entanto, se os dois tipos de controlo devem estar separados, isso não significa que tenham de prever, necessariamente, sanções diferentes. O importante é que, da sanção, resulte a não vinculação do aderente às cláusulas afetadas.

O objetivo principal deste estudo era esclarecer o modo impreciso como o artigo 8º da LCCG se expressa, quanto à sanção que decorre do não cumprimento dos deveres de informação, no âmbito do controlo de incorporação. Deste preceito resulta que as cláusulas, afetadas pelo não cumprimento dos deveres de informação, sofrem de um vício, que designámos por vício de não inclusão ou incorporação da cláusula contratual, que determina a sua exclusão do contrato.

Após a análise dos diversos vícios que poderiam ter cabimento neste regime, chegámos à conclusão que o vício de não incorporação da cláusula deve ser considerado como uma forma de invalidade mista. É este tipo de invalidade que tem melhor cabimento na letra e no espírito da lei, e o único que permite prosseguir eficazmente os fins da LCCG, isto é, atingir um grau elevado de proteção do aderente.

Em concreto, o regime do vício de não incorporação da cláusula implica a não vinculação do aderente, ou seja, é inválida, não produzindo efeitos. A verificação do vício tem efeitos retroativos, pelo que não produz efeitos desde a celebração do contrato. Apenas o aderente tem legitimidade para o invocar, mas pode fazê-lo a todo o tempo. Não é possível a sanção do vício, através de confirmação. Chegámos, também, à conclusão que o vício de não incorporação não é passível de conhecimento oficioso, pelo tribunal.

Concluimos, porém, que o legislador poderá, no futuro, consagrar um regime especial de conhecimento oficioso, se considerar que o aderente, em particular o aderente consumidor, necessita de tal proteção. Para tanto, terá de o dizer expressamente e consagrar, claramente, a possibilidade de o aderente se poder opor ao conhecimento oficioso do vício. Deverá prever, de modo preciso, o meio processual pelo qual o aderente pode expressar a sua concordância ou oposição e fazer depender, de modo irrefragável, a possibilidade de conhecimento oficioso, da efetiva manifestação de vontade do aderente.

BIBLIOGRAFIA

ALPA, Guido – Il Recepimento della Direttiva Comunitaria sulle Clausole Abusive nei Contratti dei Consumatori. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ISBN 972-98463-0-8. N° 1 (1999), pp. 69-99.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *Os Direitos dos Consumidores*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

– *Contratos I – Conceito. Fontes. Formação*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

– *Direito do Consumo*, Coimbra: Livraria Almedina, 2005.

AMATO, Paolo - *I Contratti del Consumatore e le Clausole Vessatorie*. XVII Corso di perfezionamento per Giuristi d'Impresa. Disponível em: <www.tidona.com/publicazioni/settembre02_4.htm>. Consulta em 12/09/2011.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de – *Teoria Geral da Relação Jurídica*. Vol. II. Coimbra: Livraria Almedina, 1983.

ASCENSÃO, José Oliveira – *Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e o Novo Código Civil*. Disponível em: <www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/AscensaoJoseOliveira6.pdf>.

Consulta em 12/09/2011.

– Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa Fé. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Ordem dos Advogados. ISSN 0870-8118. II, Ano 60 (2000), pp. 573-595.

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda – Os Contratos de Adesão no Cerne da Protecção do Consumidor. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ISBN 972-98463-2-4. N° 3 (2001), pp. 389-424.

BARROS, José Manuel de Araújo – *Cláusulas Contratuais Gerais DL N° 446/85 – Anotado – Recolha Jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1823-7.

BELMONTE, Cláudio Petrini – *A Redução do Negócio Jurídico e a Proteção dos Consumidores – uma Perspectiva Luso-Brasileira*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. (Studia Iuridica – Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra; 74). ISBN 972-32-1173-4.

BOTELHO, João – *Cláusulas Contratuais Gerais – Notas de Jurisprudência*. Lisboa: Livraria Petrony, 2010. ISBN 978-972-685-155-4.

CARVALHO, Jorge Morais – *Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2012. ISBN 978-972-40-4827-7.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS – *Livro Verde sobre a Revisão do Acervo relativo à Defesa do Consumidor*. COM (2006) 744 final. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0744:FIN:pt:PDF>>. Consulta em 05/10/2012.

– *Proposal for a Council Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts*. COM (90) 322 final. Disponível em <<http://aei.pitt.edu/5704/1/5704.pdf>>. Consulta em 29/09/2012.

– *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Consumer Rights*. COM (2008) 614 final. Disponível em: <http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/COMM_PDF_COM_2008_0614_F_EN_PROPOSITION_DE_DIRECTIVE.pdf>. Consulta em 29/09/2012.

– *Relatório da Comissão sobre a Aplicação da Directiva 93/13/CE do Conselho de 5 de abril de 1993 relativa às Cláusulas Abusivas nos Contratos Celebrados com os Consumidores*. COM (2000) 248 final. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0248:FIN:PT:PDF>>. Consulta em 29/09/2012.

CONSELHO DAS ORDENS DE ADVOGADOS DA EUROPA (CCBE) - *CCBE Response to the Green Paper on the review of the Consumer Acquis*. Disponível em <http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/responses/CCBE_en.pdf>. Consulta em 07/10/2012.

CORDEIRO, António Menezes – Do Abuso de Direito: Estado das Questões e Perspectivas. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Ordem dos Advogados. ISSN 0870-8118. II, Ano 65 (2005), pp. 327-385.

– *Da Boa Fé no Direito Civil*. Vol. I e II. Coimbra: Livraria Almedina, 1984.

– *Direito das Obrigações*. Vol. I. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.

– *Tratado de Direito Civil Português*. I - Parte Geral, Tomo I. 2ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. ISBN 972-40-1429-0.

COSTA, Mário Júlio de Almeida; CORDEIRO, António Menezes - *Cláusulas contratuais gerais: anotação ao Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro*. Reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. ISBN 972-40-0046-X.

COSTA, Mário Júlio de Almeida – *Direito das Obrigações*. 9ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. ISBN 972-40-1582-3.

– *Síntese do Regime Jurídico Vigente das Cláusulas Contratuais Gerais*. 2ª edição. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. ISBN 972-54-0010-X.

DIAS, Marco – O Critério de Boa Fé no D.L. no 446/85. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ISSN 1646-0375. No 6 (2004), pp. 437-452.

EBERS, Martin – Unfair Contract Terms Directive (93/13). In SCHULTE-NÖLKE, Hans; TWIGG-FLESNER, Christian; EBERS, Martin (Eds.) - *Consumer Law Compendium*. Fevereiro de 2008. pp. 341-437. Disponível em <<http://www.eu-consumer-law.org>>. Consulta em 15/09/2011.

– El Control de Las Cláusulas Abusivas en un Futuro Instrumento Opcional. *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*. ISSN 1698-739X. N° 1/2012, pp. 96-121. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1998703>>. Consulta em 27/10/2012.

FERREIRA, Manuel Ataíde; RODRIGUES, Luís Silveira – *Cláusulas Contratuais Gerais – Anotações ao Diploma*. Lisboa: DECO – Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor, 2011. ISBN 978-989-8045-53-9.

FURTADO, Jorge Henrique da Cruz Pinto – *Manual do Arrendamento Urbano*. Vol. II. Coimbra: Edições Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4305-0.

GALLO, Paolo – *Trattato del Contratto*. Vol. I – *La Formazione*. Torino: Utet Giuridica, 2010. ISBN 978-88-598-4.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel – *Direito Comunitário*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. 2ª edição. ISBN 972-40-1850-4.

HONDIUS, Ewoud – EC Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: Towards a European Law of Contract. *Journal of Contract Law*. ISSN 1030-7230. N° 7 (1994), pp. 34-52.

HÖRSTER, Heinrich Ewald – *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*. Reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. ISBN 972-40-0710-3.

LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes – *Código Civil Anotado*. Vol. I. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

MINUSSI, Daniele - *Nullità delle Clausole Vessatorie ex art. 36 Codice del Consumo*. Disponível

em http://www.e-glossa.it/wiki/nullit%C3%A0_delle_clausole_vessatorie_ex_art._36_codice_del_consumo.aspx. Consultado em 01/10/2012.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María - *La Nulidad de las Condiciones Generales*. (Especial Coloquio) NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia. Nulidad de los actos jurídicos. 2006. Disponível em <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=343>>. Consultado em 01/10/2012.

MONTEIRO, António Pinto – Contrato de Adesão/Cláusulas Contratuais Gerais. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito de Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ISBN 972-98463-2-4. N° 3 (2001), pp. 131-163.

– O Novo Regime Jurídico dos Contrato de Adesão/Cláusulas Contratuais Gerais. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Ordem dos Advogados. ISSN 0870-8118. I, Ano 62 (2002), pp. 111-142.

MORAIS, Fernando de Gravato – *Contratos de Crédito ao Consumo*. Coimbra: Edições Almedina, 2007. ISBN 978-972-40-3137-8.

OROZCO PARDO, Guillermo; MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel – El Contrato en el Contexto de la Unificación del Derecho Privado. *Anales de Derecho*. Murcia: Ediciones de la Universidad de Murcia. ISSN 1989-5992. N° 29 (2011), pp. 115-160. Disponível em <http://revistas.um.es/analesderecho/article/view/145721/136811>>. Consulta em 21/10/2012.

PAGLIANTINI, Stefano – La Nullità di Protezione tra Rilevabilità d'Ufficio e Convalida. *Contratto e Mercato*. Disponível em <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2010/01/stefano-pagliantini2.pdf>>. Consulta em 07/10/2012.

– Nullità di protezione, integrazione dispositiva e massimo effetto utile per il consumatore: variazioni sul tema dell'asimmetria contrattuale. *Persona e Mercato*. ISSN 2239-8570. N°

2/2012, pp. 96-121. Disponível em <<http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2012/08/pem-2-2012.pdf>>. Consulta em 07/10/2012.

PRATA, Ana – *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais: Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*. Coimbra: Edições Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-4259-6.

PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª edição / 11ª reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1996. ISBN 972-32-0383-9.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa – *Cláusulas Contratuais Gerais e o Paradigma do Contrato*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1990.

– O Princípio da Transparência no Direito Europeu dos Contratos. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito de Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ISBN 972-98463-3-2. N.º 4 (2002), pp. 137-163.

– *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. ISBN 972-40-1176-3.

– O Regime dos Contratos de Adesão: Algumas Questões Decorrentes da Transposição da Directiva sobre as Cláusulas Abusivas. *In Direito dos Contratos (Estudos)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 9789723214680.

SÁ, Almeno – *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*. 2ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. ISBN 972-40-1481-9.

SERRA RODRÍGUEZ, Adela – Condiciones Generales de la Contratación y Clausulas Abusivas en los Contratos Celebrados con Consumidores. *In REYES LOPEZ, María José (Coor.) – Derecho Privado de Consumo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. pp. 317-363. ISBN 84-8456-200-X.

SILVA, Eva Sónia Moreira - *As Relações entre a Responsabilidade Pré-contratual por Informações e os Vícios da Vontade (Erro e Dolo): os Casos da Indução Negligente em Erro*. Coimbra: Edições

Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-4135-3.

– *Da Responsabilidade Pré-contratual por Violação dos Deveres de Informação*. Coimbra: Edições Almedina, 2003. ISBN 972-40-1987-X.

STIGLITZ, Ruben S. - Contrato de Consumo y Clausulas Abusivas. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ISBN 972-98463-0-8. N° 1 (1999), pp. 307-340.

TELLES, Inocêncio Galvão – *Manual dos Contratos em Geral*. 4ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. ISBN 972-32-1103-3.

VARELA, João de Matos Antunes – *Das Obrigações em Geral*. Vol. I. 9ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. ISBN 972-40-0950-5.