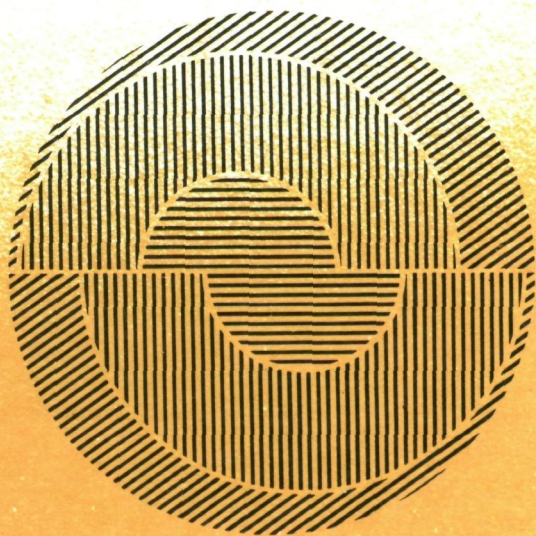


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS
ABRIL A JUNHO 1988
ANO 25 • NÚMERO 98

As cláusulas contratuais gerais, a proteção ao consumidor e a lei portuguesa sobre a matéria

FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO
Professor de Direito Civil na Faculdade de
Direito da UFRJ e na PUC/RJ

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *As cláusulas contratuais gerais. Conceito e razão de ser.* 3. *Principais características.* 4. *Vantagens e desvantagens das cláusulas contratuais gerais.* 5. *Notícia histórica e direito comparado.* 6. *Natureza jurídica.* 7. *Conteúdo jurídico.* 8. *O controle das cláusulas contratuais gerais.* 9. *A proteção ao consumidor nos contratos de adesão.* 10. *A proteção do consumidor brasileiro.* 11. *A novel legislação portuguesa. Aspectos formais e materiais.*

1. *Introdução*

Dentre as funções que atualmente se reconhecem no direito contemporâneo, perspectiva-se, com crescente relevo e nitidez, a de viabilizar o funcionamento do sistema de produção e distribuição de bens e serviços entre os membros de determinada comunidade⁽¹⁾.

No exercício de tal função, oferece o direito à economia as regras e institutos necessários à disciplina do mercado, permitindo que se organize, com eficácia jurídica, o sistema de produção e distribuição dos bens indispensáveis à sobrevivência e desenvolvimento do grupo societário. Inter-relacionam-se, assim, os sistemas econômico e jurídico, cada qual com os seus valores e a sua racionalidade específica, mas integrados de

(1) NORBERTO BOBBIO, *Dalla Struttura alla Funzione. Nuovi Studi di Teoria del Diritto*, Milano, Edizioni di Comunità, 1977, p. 106; GIOVANNI TARELLO, in *La Teoria Generale del Diritto. Problemi e tendenze attuali*, Milano, Edizioni di Comunità, 1983, p. 344.

modo causal e determinante, de tal modo que as operações econômicas encontram no direito as formulações indispensáveis à validade e eficácia jurídica.

Entre essas fórmulas sobressai o contrato, tradicional instrumento da distribuição, circulação e troca de bens e serviços, que se constitui ainda na principal fonte de obrigações, relações jurídicas de natureza patrimonial. Expressão histórica e doutrinária do princípio da autonomia privada, poder que o ordenamento jurídico reconhece aos particulares de disciplinar, com eficácia jurídica, os seus interesses, tem o contrato, como elemento constitutivo essencial, o consentimento ou acordo das partes, resultante da integração das vontades distintas (2).

O princípio da autonomia privada é também expressão de um princípio maior e universal, o da liberdade, que, em matéria contratual, se realiza em manifestações diversas, tais como a liberdade de contratar, a liberdade de escolher a outra parte do contrato, a liberdade de fixar o conteúdo, a forma e o modo de extinção do contrato. Como efeito dessa liberdade, e ainda da igualdade que deve existir entre as partes, o conteúdo do contrato, vale dizer, os direitos e obrigações dele emergentes, deve resultar da prévia discussão, do livre acordo de vontade que se exprime no consentimento.

A experiência jurídica deste século tem mostrado, porém, que a liberdade e a igualdade no contrato são conceitos mais formais do que reais, e que as exigências da economia liberal, tendente à concentração, à acumulação de capital e ao consumo de massa, têm conduzido ao surgimento de um novo tipo de contrato, cujo conteúdo é fixado unilateralmente, limitando-se uma parte a aderir às cláusulas padronizadas que a outra estabelece sem a tradicional e prévia discussão. É o chamado *contrato de adesão*, *standard-verträgen*, *standard contract*, na doutrina francesa, na doutrina alemã e anglo-saxônica, contratos esses que resultam da adesão pelos interessados-adquirentes a cláusulas gerais estabelecidas de modo unilateral e preponderante (3).

É próprio da economia capitalista, nos seus últimos estágios, um regime de produção e consumo de massa. Isso é possível graças à racionalização do processo produtivo, levando ao consumo em grande escala, e à disponibilidade de instrumental técnico-jurídico que a economia exige do direito. Nesse particular, têm especial importância as chamadas cláusulas contratuais gerais ou condições gerais dos contratos que, simplificando o mecanismo contratual, facilitam a contratação e o consumo em massa.

(2) ORLANDO GOMES. *Contratos*, 11.ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 49; CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, 7.ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1984, vol. III, n.º 187.

(3) A expressão contrato de adesão deve-se a SALEILLES, in *De la Déclaration de Volonté. Contribution à l'Étude de l'Acte Juridique dans le Code Civil Allemand*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1929, p. 129.

Essas cláusulas resultam, assim, do processo de racionalização que as condições do mercado exigem da economia e do direito.

As cláusulas contratuais gerais e os contratos de adesão são aspectos distintos de uma nova realidade, a do contrato cujo conteúdo é prefixado apenas por uma das partes, como instrumento necessário ao funcionamento da economia massificada. Sua nota característica é a superação do processo clássico de contratação, sem a discussão prévia do conteúdo a estabelecer. Ora, tal experiência suscita dois problemas para o direito, *o da eficácia jurídica desse novo processo de contratação e o da tutela da parte mais fraca*, o contratante aderente⁽⁴⁾, integrando-se tais questões em uma problemática maior e de atualíssima importância, que é a da proteção ao consumidor de produtos finais, a parte desprovida de liberdade de escolha na prática diuturna dos contratos de massa.

As transformações da economia alteram, assim, a fisionomia tradicional do contrato e a sua própria natureza jurídica⁽⁵⁾, restringindo o exercício da autonomia privada e atenuando o princípio da igualdade das partes.

Tudo isso resulta ou conduz, em um verdadeiro processo de interação dialética, à intervenção do Estado, que, privando o contrato de seu matiz individualista, passa a considerá-lo como instrumento de realização da justiça social. Reveste-o de um espírito de socialidade⁽⁶⁾, como expressão de interesses gerais, e protege a sua dimensão social⁽⁷⁾ por meio de normas jurídicas especiais destinadas à disciplina do mercado e à tutela da parte contratual mais fraca.

No âmbito dessa temática, cabe especial relevo para a nova lei portuguesa sobre as cláusulas contratuais gerais, o Decreto-Lei n.º 446, de 25 de outubro de 1985.

2. *As cláusulas contratuais gerais. Conceito e razão de ser*

As cláusulas contratuais gerais, também chamadas “condições gerais dos contratos”, “condições uniformes de contrato”, “predisposição de cláusulas uniformes” ou ainda de “contratos-standard”, são as disposições que uma pessoa, física ou jurídica, estabelece de modo unilateral e uniforme,

(4) MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1984, p. 178.

(5) FRANCESCO MESSINEO, *Il Contratto in Genere*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 80.

(6) MESSINEO, *op. cit.*, p. 29.

(7) KARL LARENZ, *Allgemeinen Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 4. Auflage, München Verlag C. H. Beck, 1975, p. 49/50.

para o fim de regular futuras relações jurídicas contratuais que venha a constituir⁽⁸⁾.

Essas cláusulas serão o conteúdo básico dos futuros contratos, com plena eficácia jurídica, desde que a outra parte, normalmente um cliente do predisponente, as aceite. Sua função é, portanto, a de normativizar, a de fixar as regras disciplinadoras dos contratos, estabelecendo direitos e obrigações.

Quem as estabelece chama-se "predisponente" e quem as aceita, constituindo assim o vínculo contratual, diz-se "aceitante" ou "aderente".

O predisponente é, de regra, mas não necessariamente, um empresário, que formula, de modo unilateral, predeterminado e acentuadamente rígido, o conteúdo dos contratos resultantes da adesão a tais cláusulas. Mas estas podem ainda resultar de recomendação ou imposição de um grupo de empresas, como, por exemplo, as condições gerais estabelecidas pela IATA⁽⁹⁾, ou criadas bilateralmente por duas categorias de interessados na relação contratual prevista, ou, ainda, da intervenção de um terceiro, neutro e mediador. E podem ainda resultar do recurso a cláusulas já consagradas, como as cláusulas de estilo, na prática usual dos negócios. No seu aspecto formal, as cláusulas gerais constam do instrumento-proposta do contrato, ou de anúncios, ou de catálogos etc.

A expressão "cláusulas contratuais gerais" é própria do direito alemão e do direito português⁽¹⁰⁾. O direito italiano prefere a denominação de

(8) A lei alemã para a regulamentação do regime para as condições gerais dos contratos (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*), de 9 de dezembro de 1976, define assim as condições gerais dos contratos no seu § 1.º: "Condições gerais de contratos são todas as condições contratuais preestabelecidas para um número múltiplo de contratos, as quais uma das partes contraentes (predisponente) apresenta à outra parte contraente no momento da conclusão de um contrato. Não é relevante que as cláusulas constituam uma parte componente do contrato externamente separada dele ou constem do próprio documento contratual, nem a sua extensão, o tipo de impressão empregado e a forma do contrato. Não se está em presença de condições gerais de contratos na medida em que as condições contratuais forem negociadas ponto por ponto entre as partes." Cf. KARL LARENZ, op. cit., p. 486; C. MASSIMO BIANCA, *Diritto Civile — Il Contratto*, Ristampa, Milano, Giuffrè, 1987, p. 340; ANTEO GENOVESE, Condizioni generali di contratto, *Enciclopedia del Diritto*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1961, p. 802; MARIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, op. cit., p. 176; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. 1, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 1986 p. 255; M. GARCIA AMIGO, *Condiciones Generales de los Contratos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 132.

(9) GARCIA AMIGO, op. cit., p. 144.

(10) Lei alemã para a regulamentação do regime das condições gerais dos contratos, de 9 de dezembro de 1976, cap. 1.º, e art. 1.º da lei portuguesa sobre a matéria, o Decreto-Lei nº 446, de 25 de outubro de 1985.

“condições gerais dos contratos”⁽¹¹⁾, enquanto que o direito francês, considerando a matéria por outro ângulo, o do contrato que resulta da aceitação de tais cláusulas, estuda-a sob a denominação de contrato de adesão, definido, por isso mesmo, como “um contrato-tipo que é redigido unilateralmente por uma das partes e ao qual a outra adere sem possibilidade real de o modificar”⁽¹²⁾. No direito brasileiro, o tema não foi ainda tratado de modo específico, tendo sido objeto de alguns trabalhos sob o ângulo do contrato de adesão⁽¹³⁾. Há, portanto, uma correspondência entre o processo econômico e o jurídico. À produção em série corresponde uma contratação em massa; à uniformidade do processo econômico corresponde uma identidade dos esquemas contratuais⁽¹⁴⁾. A standardização do contrato é, assim, inevitável aspecto da mecanização da vida moderna⁽¹⁵⁾. É por isso que as cláusulas contratuais gerais, ou condições gerais dos contratos, servem, precisamente, aos setores mais dinâmicos da economia, onde a produção em série se torna possível graças ao consumo de massa assegurado pela rápida contratação, como se verifica nos setores dos transportes, seguros privados, serviços bancários, fornecimento de mercadorias, vendas imobiliárias em grande escala, contratos de trabalho em série, hospedagem, armazéns gerais de depósito, garagem, locação de veículos, assinatura de revistas, contratos de publicidade, espetáculos públicos, apostas, loterias etc. As cláusulas contratuais gerais são assim manifestação típica do direito da economia moderna, marcada pela produção sistemática e regular para um grande público⁽¹⁶⁾, mas têm também função social: só com elas se tornam possíveis as grandes fábricas e as grandes empresas produtoras de bens e serviços, que precisam de considerável mão-de-obra, grande número de empregados.

A importância do estudo de tal matéria reside, portanto, não só na frequência de sua utilização nos mais importantes setores da economia moderna, como também, e como decorrência disso, nos problemas de ordem teórica e prática que suscitam. De ordem teórica no que diz respeito à sua

(11) Código Civil italiano, art. 1.341.

(12) JACQUES GHESTIN, *Les Obligations. Le Contrat*, Paris, L.G.D.J., 1980, p. 51.

(13) ORLANDO GOMES, *Contrato de Adesão*, S. Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1972; CLEDON FONSECA, *Contrato de Adesão*, in *Revista Forense*, vol. 116, Rio de Janeiro, 1948, p. 303; CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *op. cit.*, p. 197.

(14) M. GARCIA AMIGO, *op. cit.*, p. 14.

(15) W. FRIEDMANN, *Law and Social Change in Contemporary Britain*, tradução de F. Torner, México, Fondo de Cultura Económica, 1966, p. 45.

(16) GARCIA AMIGO, *op. cit.*, p. 13.

natureza jurídica, às limitações que impõem à liberdade contratual, e de natureza prática no tocante à solução das controvérsias decorrentes, na sua maioria, da existência de cláusulas abusivas, ou leoninas, e que exigem do direito a proteção jurídica da parte aderente, geralmente a mais fraca, que também se apresenta, costumeiramente, como um simples consumidor.

3. Principais características

Caracterizam-se as cláusulas contratuais gerais por sua *predeterminação, uniformidade e unilateralidade*. Predeterminação no sentido de que são uma "preventiva formulação de um conteúdo negocial uniforme de uma série de contratos futuros" (17). A parte que as predispõe vai utilizá-las de modo permanente e inflexível, como regulamento futuro, integrando-as no conteúdo do contrato. Uniformidade no tocante às futuras relações contratuais, cujo conteúdo, idêntico, será imposto aos aderentes, os consumidores. Em face das exigências do processo econômico, seria impraticável utilizar-se o tradicional método de contratação, com discussão prévia do conteúdo negocial (18).

Unilateralidade, como aspecto também dominante, indicando que a redação de tais cláusulas é obra de uma só parte, o predisponente, limitando-se a outra a aderir sem discutir o conteúdo contratual, vale dizer, os direitos e as obrigações, o que pode acarretar para o aderente uma situação jurídica de inferioridade ou desigualdade. Assim sendo, desaparece a liberdade contratual no que se refere ao conteúdo negocial (19).

Da uniformidade que as cláusulas contratuais devem ter, decorre uma certa rigidez ou imutabilidade, o que se justifica pela exigência de facilidade e rapidez na sua utilização, que é precisamente uma de suas mais importantes vantagens.

A esses aspectos poderíamos incluir um outro, o da generalidade, no sentido de que tais cláusulas se destinam a um número indeterminado de hipóteses contratuais, uma "multiplicidade prospectiva de contratações futuras" (20), compreendendo também a abstração, vale dizer, tais cláusulas não visam um caso concreto, um contratante individual, mas um número indeterminado de hipóteses de fato que a vida econômica diária faz surgir.

(17) ANTEO GENOVESE, *op. cit.* p. 802.

(18) ORLANDO GOMES, *op. cit.*, p. 9.

(19) GARCIA AMIGO, *op. cit.*, p. 28.

(20) GENOVESE, *op. cit.*, p. 803.

4. *Vantagens e desvantagens das cláusulas contratuais gerais*

A doutrina que se tem apurado em torno desta importante matéria ressalta as vantagens e os inconvenientes que surgem da utilização, inevitável, nos tempos modernos da sociedade de consumo, das cláusulas contratuais gerais.

Como vantagens, assinala-se a “possibilidade de uma delimitação detalhada e quase perfeita das prestações devidas, oferecendo uma regulamentação pormenorizada da relação contratual de que se trate” (21), com o que se tem maior segurança no processo de intercâmbio de bens e de serviços; simplificação do processo formativo dos contratos; rapidez e eficiência na conclusão dos negócios; facilidade na contratação entre pessoas que se encontram distantes; maior facilidade para o comércio e a produção em geral; maior eficiência da função jurisdicional, já que os casos a julgar implicam na incidência, geralmente, das mesmas normas jurídicas; a situação de igualdade dos aderentes em face da empresa predisponente; a facilidade de contratação não só entre pessoas como também entre categorias profissionais (22). Como principais inconvenientes apontam-se: o desequilíbrio entre as partes, já que a redação unilateral por uma delas, com a simples adesão da outra, implica na redução da liberdade contratual da aderente; possível limitação da responsabilidade do predisponente; a eventual inserção de cláusulas ininteligíveis ou ambíguas, com letra tão pequena que o aderente não consegue ler; a possibilidade de eliminação de concorrência quando se formam cartéis entre os ofertantes etc.

Não obstante esses inconvenientes, as vantagens de tal figura são incontestáveis, tornando imprescindível a adoção dessas cláusulas nos mecanismos de contratação da economia moderna, tanto na venda de produtos como na prestação de serviços em série. E os maiores perigos que sua utilização pode originar, nomeadamente a formação de cartéis ou monopólios, com as empresas predisponentes dominando o mercado, ou, ainda, o desfavorecimento da parte mais fraca, que é o consumidor, tudo isso pode ser evitado, ou diminuído por um controle efetivo do Estado sobre a criação, validade e eficácia de tais cláusulas. Os abusos decorrem não da própria natureza das cláusulas contratuais gerais, mas de sua indevida utilização (23).

5. *Notícia histórica e direito comparado*

Pode-se dizer que a figura jurídica das cláusulas contratuais gerais é utilizável em todos os sistemas jurídicos contemporâneos, de qualquer

(21) GARCIA AMIGO, *op. cit.*, p. 60.

(22) GARCIA AMIGO, *op. cit.*, p. 24.

(23) GARCIA AMIGO, *op. cit.*, p. 27.

natureza ideológica, em face da internacionalização da economia de consumo em massa. Nem todos os países a adotaram, porém, e os que a incluíram no seu ordenamento não procederam de igual modo. Alguns sistemas desconhecem-na, noutros está prevista no Código Civil ou em legislação especial. Os países que não a contemplam resolvem-lhe os conflitos pela aplicação das normas do Código Civil e do Código Comercial.

As cláusulas contratuais gerais estão expressamente disciplinadas nos códigos italiano, etíope, holandês, soviético, e em leis extravagantes da Alemanha Oriental, de Israel, da Alemanha Ocidental e, mais recentemente, de Portugal.

O Código Civil italiano foi o primeiro a disciplinar a matéria, o que fez nos seus artigos 1.341 e 1.342 (24). Com tais dispositivos, o legislador, que distingue os contratos privados tradicionais, formados pela discussão prévia do conteúdo respectivo, dos contratos que se formam pela adesão a cláusulas contratuais gerais, pretende assegurar “uma contratualidade efetiva e funcional, não somente estrutural e formal” (25), exigindo a aprovação por escrito das cláusulas mais onerosas com o fim de restabelecer a igualdade entre as partes. Quanto à interpretação, em caso de dúvida, opera-se em favor da parte aderente considerada a mais fraca, vale dizer, o contrato é interpretado em favor da parte que se obriga, e contra a que o predispõe.

A proteção do aderente limita-se, porém, à necessidade da sua aprovação, por escrito, das cláusulas onerosas ou leoninas, o que faz presumir o conhecimento do conteúdo de tais cláusulas, e à transferência do ônus da prova para o predisponente. Não proíbe, todavia, expressamente, como fazem sistemas legais mais recentes, a existência de cláusulas prejudiciais vexatórias, ou gravosas.

O Código Civil etíope, de 1960, já trata a matéria de um modo mais sistematizado, distinguindo três categorias de cláusulas contratuais gerais: a) as que se destinam a contratos administrativos; b) as dos contratos privados que devem ser aprovados pela administração pública; e c) as dos

(24) Código Civil italiano, art. 1.341. *Condições Gerais de Contrato*. — As condições gerais de contrato predispostas por um dos contratantes são eficazes em relação à outra, desde que no momento da conclusão do contrato esse as conhecia ou devia conhecer, usando de diligência comum. De qualquer modo, não têm efeito se não forem especificamente aprovadas por escrito as condições que estabelecem, a favor daquele que as predispõe, limitações de responsabilidade, faculdade de rescindir o contrato ou de suspender-lhe a execução, ou, então, estabelecem, à custa do outro contratante, decadência, limitações à faculdade de opor exceções, restrições à liberdade contratual nas relações com terceiros, prorrogação tácita ou renovação do contrato, cláusula compromissória ou derrogações da competência da autoridade judiciária.

(25) GARCIA AMIGO, *op. cit.*, p. 39.

contratos privados que dispensam a aprovação administrativa. No primeiro caso, as cláusulas são redigidas pela administração pública; no segundo, a respectiva eficácia depende da aprovação, embora as cláusulas sejam redigidas pelos particulares, e no terceiro é preciso apenas que o aderente aprove as cláusulas redigidas pela parte que as predispõe. Quanto à interpretação, realiza-se em favor do aderente (26).

O Código Civil holandês disciplina a matéria de modo original, publicizando-a pela necessidade da intervenção governamental. "A força obrigatória das relações traçadas no âmbito do instituto passa a ter sua causa geradora no decreto real que aprova o respectivo regulamento" (27). Quem elabora as cláusulas contratuais gerais não são os contratantes mas uma Comissão nomeada pelo Ministério da Justiça. Aprovadas tais cláusulas por um decreto real, devem todos submeter-se ao disposto nesse regulamento no tocante à elaboração e aplicação das cláusulas.

O Código Civil russo, de 1964, disciplina a matéria debaixo de um princípio fundamental, o de que a economia obedece à direção do Estado, o qual, socializando os meios de produção, faz desaparecer a empresa privada e, assim, o problema dos contratos de adesão a cláusulas contratuais gerais. Estas não são formuladas pelas partes contratantes mas estabelecidas, de modo imperativo, pela administração estatal. As cláusulas passam a ser verdadeiras normas jurídicas de procedência administrativa (28).

Na Alemanha Oriental a matéria rege-se por lei especial, de 11 de dezembro de 1956, segundo a qual é da competência da administração pública regulamentar a redação das cláusulas contratuais, o que se justifica em face do regime estatal da economia e da conseqüente inexistência da empresa privada.

A Lei israelita n.º 5.725, de 1964, é a que, entre todos os diplomas legais referidos, melhor tratou da matéria (29).

Essa lei começa por estabelecer algumas definições, adotando o termo *contrato uniforme* para aquele destinado ao fornecimento de bens ou serviços, cujas cláusulas, em sua totalidade ou em parte, tenham sido predispostas pela pessoa que fornecerá o bem ou o serviço, com o fim de

(26) ORLANDO GOMES, *op. cit.*, p. 130.

(27) GARCIA AMIGO, *op. cit.*, p. 54; ORLANDO GOMES, *op. cit.*, p. 131.

(28) A lei soviética disciplina os contratos de: a) fornecimento; b) obtenção dos produtos nos *Kolkozes*; c) mútuo com garantia de penhor; d) locação de móveis; e) locação de imóveis e hospedagem; f) transporte de mercadorias ou de pessoas; g) seguros; h) abertura de crédito. Cf. ORLANDO GOMES, *op. cit.*, p. 146.

(29) ORLANDO GOMES, *op. cit.*, p. 133.

determinar o conteúdo de uma pluralidade de contratos entre o fornecedor e seus clientes. Rejeita assim a denominação de contrato de adesão, própria da doutrina francesa, denominação essa mais ampla e imprecisa⁽³⁰⁾. E estabelece duas espécies de controle, um, *preventivo*, realizado administrativamente por uma comissão especial de três membros, nomeada pelo Ministério da Justiça, cumprindo-lhe examinar, aprovando ou não, o texto das cláusulas contratuais gerais, desde que solicitado pela empresa interessada na aprovação do regulamento, e um controle *a posteriori*, em que os tribunais têm o poder especial de rever as cláusulas dos contratos uniformes, mediante provocação do cliente prejudicado. O controle judicial independe da prévia aprovação administrativa e pode levar à anulação ou modificação da cláusula objeto da controvérsia.

É, contudo, na Alemanha Ocidental que surge a penúltima lei sobre a matéria, a lei sobre o regime das condições gerais dos negócios⁽³¹⁾. Esse diploma visa expressamente limitar a liberdade na formulação de cláusulas contratuais gerais, tentando evitar o abuso no exercício dos direitos subjetivos do predisponente. E, para tanto, indica os requisitos necessários que tais cláusulas devem ter, para que possam inserir-se em contratos futuros, assim como proíbe a inserção de determinadas cláusulas que elenca minuciosamente. O controle sobre tais cláusulas é da competência dos tribunais que exercem uma fiscalização preventiva contra as cláusulas abusivas, podendo determinar às empresas que se abstenham de utilizá-las em contratos concretos.

A lei mais recente é a portuguesa que a seguir apreciaremos.

6. *Natureza jurídica*

O problema da natureza jurídica das cláusulas contratuais gerais, que se tem posto em via doutrinária no debate entre os normativistas e os contratualistas, vale dizer, entre as teorias que consideram as cláusulas contratuais gerais como verdadeiras normas jurídicas e as que as consideram como matéria puramente contratual, está hoje superado. Para a grande maioria dos juristas, com apoio do direito positivo que disciplinou a matéria, a começar pelo Código Civil italiano, as cláusulas gerais têm natureza contratual. Tais disposições são eficazes, produzem efeitos jurídicos não porque a lei o determina, "mas porque o aderente aceitou o regulamento da parte predisponente"⁽³²⁾. Já a concepção normativa, cul-

(30) GARCIA AMIGO, *op. cit.*, p. 60.

(31) *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (AGB-Gesetz), de 9 de dezembro de 1976, em vigor a partir de 1.º de abril de 1977.

(32) BIANCA, *op. cit.*, p. 343.

tivada por alguns setores da doutrina alemã do período anterior à Segunda Guerra Mundial, defendia a tese de que tais cláusulas constituem direito objetivo criado pela própria realidade econômica⁽³³⁾, com sua eficácia dependendo, porém, da manifestação de vontade da parte interessada em criar uma relação jurídica concreta. Para outros setores da doutrina francesa, na mesma linha de raciocínio, das cláusulas gerais dotadas de normatividade jurídica, "o predisponente exprime uma vontade unilateral que dita a sua lei não mais a um indivíduo mas a uma coletividade indeterminada" (34).

Essa teoria está hoje diminuída em face da concepção contratual das cláusulas gerais, não obstante se reconheça que tal matéria entra no âmbito da autonomia privada, poder jurídico que o direito reconhece aos particulares para regularem as suas relações da forma que melhor lhes convier, nos limites do ordenamento jurídico.

A inclusão das cláusulas contratuais gerais no direito contratual sujeita-as à disciplina desse campo, aplicando-se-lhes, portanto, as disposições quanto à incapacidade e aos vícios de vontade. Mas não pode ignorar que o predisponente, geralmente um empresário, exercita um poder de fato em face dos consumidores que utilizam os bens e os serviços da empresa ofertante. E no exercício desse poder, "o predisponente disciplina unilateral e uniformemente "as relações que concretamente vai estabelecer", "valendo-se de um regulamento que apresenta aspectos de generalidade e de abstração", típicos da norma jurídica estatal⁽³⁵⁾. A existência e o exercício de tal poder é que justificam o controle das cláusulas contratuais gerais, nas suas diversas modalidades, visando eliminar a desigualdade material entre as partes e proteger, em última instância, o consumidor.

7. Conteúdo jurídico

Sendo a matéria de natureza contratual, e situando-se no âmbito dos requisitos de formação e de validade dos contratos, sua importância existe apenas nos quadrantes da economia liberal, que reconhece a validade do princípio da autonomia da vontade nas suas múltiplas facetas: liberdade

(33) GARCIA AMIGO, *op. cit.*, p. 106. A concepção normativa das cláusulas contratuais gerais apóia-se no fato de não haver uma discussão prévia, entre as partes, sobre o conteúdo do contrato, e na forma abstrata dessas cláusulas, que se apresentam como regras, destinadas a regular um número indefinido de casos. CARBONNIER, *Droit Civil, les Obligations*, 9.^a ed., Paris, P.U.F., 1956, p. 69.

(34) BIANCA, *op. cit.*, p. 342.

(35) BIANCA, *op. cit.*, p. 344.

para contratar e para escolher a parte, o conteúdo e a forma do contrato. A fixação das cláusulas contratuais gerais configura, porém, um verdadeiro atentado à livre discussão entre as partes, estabelecendo um verdadeiro projeto de lei contratual, "formulado, preventivamente e de forma geral e abstrata", por uma das partes do futuro negócio, geralmente a mais forte.

A preocupação do direito civil com tal figura demonstra uma das vertentes do processo evolutivo deste direito, que é a presença ou a preocupação do "componente social" do direito dos contratos⁽³⁶⁾, expressa e materializada, precisamente, no controle judicial das cláusulas contratuais gerais, visto que, no âmbito de sua autonomia privada, pode o predisponente estabelecer as cláusulas contratuais de seu interesse para as futuras relações jurídicas concretas que venha a estabelecer com os seus consumidores.

Quanto ao seu aspecto formal, tais cláusulas apresentam-se como regras especiais ou, consoante a importância que possam vir a ter na sua aplicação concreta ou material, em detalhada regulamentação, descendo à previsão dos mais ínfimos detalhes. No aspecto material, podem dispor acerca dos elementos essenciais, acidentais ou naturais dos futuros negócios jurídicos, como também sobre o lugar, o tempo e as demais condições de cumprimento da prestação, assim como de suas respectivas garantias.

De forma casuística, poderíamos indicar as hipóteses mais frequentes de tais cláusulas:

a) *As que fixam o foro jurisdicional competente.* É cláusula que obrigatoriamente faz parte de todas as modalidades e que, de regra, indica o foro da sede da empresa predisponente como o competente para dirimir as controvérsias, porventura existentes.

b) *As limitativas da responsabilidade do predisponente.* Em caso de inadimplemento, ou cumprimento defeituoso, "sob o nome direto de limitação da responsabilidade, ou indiretamente sob a forma de garantia, a parte predisponente costuma limitar a sua responsabilidade, limitação essa válida desde que não ofenda a ordem pública e os bons costumes". A cláusula de não indenizar, ou limitativa de responsabilidade, é frequentíssima em matéria de contrato de transporte⁽³⁷⁾.

c) *As referentes aos prazos de prescrição ou decadência.* Embora em princípio perfeitamente válidas, devem ser vistas com reservas as que "estabelecem, sob pena de perda do direito de garantia, o ônus do aderente

(36) LARENZ, *op. cit.*, p. 50.

(37) JOSÉ DE AGUIAR DIAS, *Cláusulas de Não Indenizar*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 165.

de denunciar os vícios da coisa mediante uma determinada forma, ou que limitam o prazo dentro do qual a denúncia deve ser feita" (38).

d) *As referentes à faculdade de resilição ou resolução ou de suspensão do contrato.* Eventualmente o predisponente "atribui-se uma faculdade de recesso ou de suspensão que por lei não lhe compete" (39).

e) *As referentes, nos contratos de seguro, aos riscos objeto de cobertura.* São cláusulas de redação extremamente técnica, de difícil compreensão não só para o aderente mas também para os próprios advogados chamados à sua interpretação.

8. O controle das cláusulas contratuais gerais

A utilização prática das cláusulas contratuais gerais, no exercício da autonomia privada das partes predisponente e aderente, tem revelado, contudo, uma série de abusos e de injustiças. Foi a necessidade de coibi-las e o desejo de encontrar a justa solução para os conflitos de interesses que fizeram surgir as construções técnico-doutrinárias e legislativas em torno dos contratos de adesão e das cláusulas contratuais gerais.

Surgem, assim, diversos processos ou meios de controle, de natureza administrativa, legislativa e judicial.

Controle administrativo é aquele que, conforme a própria denominação indica, se realiza por meio de órgãos da administração pública. Neste caso, o controle é preventivo, consistindo na valoração dos direitos e obrigações nascidos da adesão às cláusulas contratuais gerais, visando proteger a parte mais fraca. Esse controle pode realizar-se de modos diversos: ou a própria administração formula diretamente as cláusulas, como nos casos dos contratos de trabalho, ou homologa as cláusulas redigidas pelos interessados, ou seus sindicatos, como no caso das tarifas de transportes, ou, ainda, limitando-se a aprovar as cláusulas que lhe são apresentadas, como no caso dos seguros. A aprovação administrativa significa, apenas, que tais cláusulas são conformes ao direito, mas não as isenta da apreciação judicial, no caso de conflito de interesses. Não são, portanto, vinculativas para o juiz.

O controle administrativo é utilizado na Suécia e na Inglaterra, por meio de órgãos públicos especiais, o *Consumer Ombudsman* e o *Director General of Fair Trading Office*. Na Suécia, o *Consumer Ombudsman* faz um controle preventivo de verificação, podendo eliminar ou modificar as

(38) BIANCA, *op. cit.*, p. 355.

(39) BIANCA, *op. cit.*, p. 354.

cláusulas que importam em desequilíbrio abusivo entre as posições contratuais. No caso de persistir a utilização de tais cláusulas, pode esse órgão, assim como associações representativas de classe, recorrer ao chamado Tribunal do Mercado, órgão especial de controle jurisdicional.

Na Inglaterra, o *Director General* é órgão governamental, com legitimidade para instituir *codes of practice* às associações profissionais da categoria. Tais *codes* constituem um modelo de regulamentação contratual, a cuja observância não estão, porém, adstritos os empresários. Assim como na Suécia, o *Director General* pode recorrer a um tribunal especial, a *Restrictive Practices Court*, para fazer cessar a prática abusiva de cláusulas desaprovadas.

No que diz respeito às limitações da autonomia contratual, uma lei de 1977, o *Unfair Contract Terms Act*, proíbe as cláusulas exonerativas da responsabilidade em favor do empresário ou predisponente e aquelas que lhe permitam variar o conteúdo do contrato ou de recusar a prestação, salvo em casos excepcionais e razoáveis.

A legislação israelense, a primeira, aliás, a instituir o controle substancial das cláusulas contratuais gerais, adota um sistema misto, um controle prévio de natureza administrativa e um *a posteriori*, de caráter judicial.

O controle legislativo, não excludente das outras formas de controle, realiza-se através da "previsão normativa dos limites impostos ao predisponente na fixação das cláusulas contratuais gerais, limites esses estabelecidos em relação aos vários tipos de contrato, mediante atos normativos específicos" (40). Como exemplo, temos a Lei francesa n.º 78/23, de 10 de janeiro de 1978, que delega ao Conselho de Estado o controle sobre cláusulas abusivas nos contratos entre empresários ou não empresários e consumidores. Esse Conselho pode vetar, limitar ou regulamentar as cláusulas estabelecidas com abuso de poder econômico, e que conferem ao predisponente vantagens excessivas. Pretende-se, desse modo, restituir ao consumidor uma liberdade de contratar de que havia sido privado, quer pela técnica do contrato de adesão, quer pelo método agressivo da comercialização dos produtos (41).

Temos ainda a lei portuguesa, Decreto-Lei n.º 446, de 25 de outubro de 1985, que disciplina a existência, validade e eficácia das cláusulas contratuais gerais, que apreciaremos a seguir.

(40) BIANCA, *op. cit.*, p. 372.

(41) PHILIPPE MALINVAUD, La protection du consommateur en droit français, in *Revista do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, n.º 5, 1986, p. 45.

A outra forma de controle é a *judicial*, segundo a qual é da competência do juiz a declaração de invalidade das cláusulas abusivas. Esta forma de controle é superior às demais, pois atribui ao Judiciário o julgamento de mérito sobre as cláusulas excessivas, onerosas para o consumidor, além de poder impedir a ulterior utilização de tais cláusulas pelo mesmo predisponente.

De modo sintético, podemos dizer que o controle judicial pode fazer-se mediante exame prévio das cláusulas a estabelecer, ou revisando as já fixadas, ou ainda interpretando a vontade contratual (42).

9. A proteção do consumidor nos contratos de adesão

É com a multiplicação dos contratos de adesão a cláusulas contratuais gerais, e, conseqüentemente, com a verificação dos abusos cometidos, que surge o movimento de proteção ao consumidor, a parte mais fraca, no exercício da liberdade de contratação (43).

Tal posição de inferioridade nasce da circunstância de que o consentimento do aderente é *pouco esclarecido* e até *constrangido* (44). Pouco esclarecido porque geralmente o consumidor não tem discernimento para apreciar a medida exata das obrigações que lhe competem, pela simples leitura dos documentos contratuais que lhe são apresentados. Constrangido porque, *não havendo possibilidade de discussão das cláusulas impostas*, o consumidor não tem outra escolha que não seja aceitar ou recusar em bloco. O

(42) GARCIA AMIGO, *op. cit.*, p. 179.

(43) A proteção ao consumidor é um tema de grande importância no direito contemporâneo, refletindo a preocupação da ordem jurídica com a defesa da parte mais fraca nos contratos, constatada a desigualdade material entre as partes do contrato. A organização das fontes produtoras, a publicidade, a capacidade de racionalização operacional, como ocorre no caso de concentração de empresas, torna os fornecedores de bens e serviços muito mais fortes do que os consumidores dos produtos finais, fazendo nascer a crença na necessidade de reconhecimento dos direitos do consumidor, como o "direito à segurança, à informação, à escolha, a ser ouvido".

Dentre os vários problemas que são objeto da defesa do consumidor, os mais importantes são o da sua defesa contra produtos defeituosos e de perigo, a defesa contra publicidade enganosa, a defesa contra preços muito elevados e a consagração dos direitos individuais do consumidor.

A defesa contra as práticas desleais de comércio consiste precisamente na proteção do consumidor contra as cláusulas contratuais gerais ilícitas. Cf. EIKE VON HIPPEL, Defesa do consumidor, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 273, Lisboa, 1978, pp. 5 e segs.

(44) MALINVAUD, *op. cit.*, p. 41.

princípio da autonomia da vontade torna-se irrealizável no contexto econômico que não lhe permite um normal funcionamento.

Em face disso, e perante a contestação de que o direito comum, especialmente a teoria dos vícios do consentimento, é impotente para a solução dos conflitos que inevitavelmente surgem, torna-se imprescindível uma legislação especial capaz de disciplinar os contratos de adesão a cláusulas contratuais gerais previamente estabelecidas, protegendo o consumidor.

A intervenção do legislador manifesta-se em duas direções: uma, no sentido de criar uma proteção contra os abusos em geral; outra, para estabelecer uma proteção específica dos consumidores.

No direito comparado e no direito brasileiro encontram-se exemplos da primeira hipótese, leis que se destinam a impedir, de modo geral, os abusos contratuais, constituindo-se em matéria de ordem pública econômica, como a referente a juros, a cláusula penal, a preços no atacado e no varejo, a promessa de venda de imóveis loteados ou não, a ensino por correspondência, a vendas diretas a domicílio, contratos de seguro e de capitalização, a leis do inquilinato etc.

A proteção específica do consumidor em si mesmo compreende uma série de disposições legais destinadas a restituir-lhe a liberdade de contratar em sua plenitude, liberdade essa que lhe havia sido reduzida pela técnica do contrato de adesão ou pela política agressiva de comercialização dos produtos (45).

Deve-se, todavia, definir o que seja consumidor. Com base no direito comparado, podemos defini-lo como sendo "aquele que adquire bens para satisfazer as suas necessidades e as de sua família". As necessidades são as particulares, não as profissionais, e os bens são adquiridos de pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, profissionalmente, uma atividade econômica (46).

A proteção ao consumidor pode ser *a priori*, que deve ser o objetivo principal a ser atingido, e pode realizar-se mediante um adequado sistema de informação ao público em geral e à parte aderente em particular, com o fim de esclarecer sobre as regras do mercado e a qualidade dos bens de consumo.

Entra aí a regulamentação da publicidade e dos sistemas de informação comercial e industrial, assim como a obrigatoriedade de referências

(45) Idem, *ibidem*.

(46) A Lei portuguesa n.º 29, de 22 de agosto de 1981, a lei de defesa do consumidor, assim define, no seu art. 2.º, o que seja consumidor: "Para os efeitos da presente lei, considera-se consumidor todo aquele a que sejam fornecidos bens ou serviços destinados ao seu uso privado por pessoa singular ou coletiva que exerça, com caráter profissional, uma atividade econômica."

especiais quanto às marcas, ao controle de qualidade, aos riscos de utilização etc.

No tocante à proteção do consumidor, no direito comparado, especificamente, neste caso, o direito francês, o legislador procura defender o consumidor contra si mesmo, contra a sua pressa, estabelecendo prazos de reflexão antes do acordo (venda de imóvel, crédito imobiliário) e a faculdade de arrependimento sem qualquer ônus (corretagem financeira, subscrição de planos de poupança). E quanto à defesa do consumidor contra a outra parte, que abusa do poder econômico ou da inserção de cláusulas leoninas, em uma verdadeira violência econômica que o direito comum não consegue reprimir, é mister que o legislador disponha, em lei especial, a interdição de cláusulas abusivas, como as de não-responsabilidade, as de não-garantia, as de fixação de competência territorial em favor do predisponente, as de indexação ou correção monetária, as cláusulas penais excessivas etc.

A proteção ao consumidor é, assim, objeto de direito especial, ao lado do direito comum, cuja teoria dos vícios do consentimento é incapaz de responder aos problemas do dia-a-dia. Surge um outro vício, o da violência econômica, consubstanciado nas cláusulas abusivas, objeto de nova legislação.

10. A proteção do consumidor brasileiro

O movimento de defesa do consumidor no Brasil tem início nos fins da década de 70, tendo-se estruturado em diversas entidades, associações de consumidores, comissões de defesa, de natureza municipal, estadual e federal, e institutos de controle de produção e comercialização. Entre várias medidas de natureza legal, como disposições constitucionais, leis de economia popular, de repressão ao abuso do poder econômico, à usura, uma de grande significado foi a compilação dos textos legais realizada pelo Ministério da Indústria e do Comércio e pelo Ministério da Justiça, ordenando as relações de consumo em setores específicos, como medida preliminar ao conhecimento da legislação brasileira sobre o consumo. Temos, então, grupos de textos e normas, a saber: 1) saúde e vigilância sanitária; 2) pesos e medidas, normalização e qualidade dos produtos; 3) economia popular, usura e abuso do poder econômico; 4) preços e abastecimento; 5) comercialização e publicidade; 6) defesa do consumidor no mercado financeiro; 7) defesa do consumidor no mercado de seguros; 8) defesa do consumidor no mercado previdenciário; 9) defesa do consumidor no mercado imobiliário; 10) serviços públicos e turísticos (47).

(47) Cf. "Relações de Consumo", coleção de textos legais — Cons. de Desnv. Comercial — MIC — Fundação Petrônio Portella — MJ, T. IV; Brasília, DF, 1983.

Em toda essa legislação inexistente um corpo sistematizado de normas reguladoras da adesão a cláusulas contratuais gerais, embora surjam dispositivos esparsos que configuram um controle administrativo de certas relações jurídicas. Suprindo essa lacuna, é o Poder Judiciário que tem sido chamado a exercer o seu controle, o que tem feito sabiamente com base na boa fé e nos princípios da ordem pública, sendo certa, porém, a conveniência, senão a necessidade, de uma lei específica que discipline a adesão a cláusulas contratuais gerais como a recente lei portuguesa sobre a matéria (48).

11. *A novel legislação portuguesa sobre a matéria. Aspectos formais e materiais*

Com o fim de prover o sistema jurídico português de um instrumento legislativo que possibilitasse o combate ao abuso do poder econômico e a defesa do consumidor, em moldes mais específicos e efetivos do que os permitidos pelo Código Civil, o Governo português, por iniciativa do seu Ministério da Justiça, elaborou um diploma legal especificamente sobre a matéria das cláusulas contratuais gerais, o Decreto-Lei n.º 446, de 25 de outubro de 1985 (49).

(48) São exemplos do controle judicial brasileiro as seguintes Súmulas do Supremo Tribunal Federal:

596 — As disposições do Decreto n.º 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional.

498 — Compete à Justiça dos Estados, em ambas as instâncias, o processo e o julgamento dos crimes contra a economia popular.

121 — É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convenionada.

489 — A compra e venda de automóvel não prevalece contra terceiros de boa fé, se o contrato não foi transcrito no Registro de Títulos e Documentos.

161 — Em contrato de transporte é inoperante a cláusula de não indenizar.

166 — É inadmissível o arrependimento no compromisso de compra e venda sujeito ao regime do Dec.-Lei n.º 58, de 10-12-37.

167 — Não se aplica o regime do Dec.-Lei n.º 58, de 10-12-37, ao compromisso de compra e venda não inscrito no registro imobiliário, salvo se o promitente vendedor se obrigou a efetuar o registro.

168 — Para os efeitos do compromisso de compra e venda no curso da ação.

187 — A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

(49) Foi seu autor o Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa, com a colaboração do Doutor Antônio Menezes Cordeiro e do Dr. José Eduardo Tavares de Souza, este na parte processual. A iniciativa foi do Ministro da Justiça, Dr. Mário Raposo.

Esse decreto, à semelhança de outros diplomas congêneres das nações ocidentais, em especial, a lei alemã de 9 de dezembro de 1976, e seguindo as diretrizes sobre a matéria emanada pelo Conselho da Europa, reúne, de modo sistemático e unitário, os preceitos reguladores das cláusulas contratuais gerais, ao longo de oito capítulos, com trinta e seis artigos, contendo normas sobre a existência, validade e eficácia de cláusulas contratuais gerais inseridas em contratos singulares, com especificação das que são absoluta ou relativamente proibidas, e ainda disposições processuais e normas de conflito.

O Capítulo I, das disposições gerais, reúne as normas que estabelecem as características, a forma, a extensão, o conteúdo, a autoria e o âmbito de aplicação material do novo decreto. Não definindo propriamente no art. 1.º o que sejam as cláusulas contratuais gerais, enuncia todavia três características fundamentais, a pré-elaboração, a rigidez e a indeterminação dos proponentes e dos destinatários, distinguindo as cláusulas contratuais gerais dos contratos que com elas se formam, por meio da respectiva adesão. Limitando o seu âmbito de aplicação, estabelece o art. 3.º não se aplicar o referido diploma a cláusulas típicas aprovadas pelo legislador, a cláusulas que resultem de tratados ou convenções internacionais vigentes em Portugal, a cláusulas impostas ou expressamente aprovadas por entidades públicas com competência para limitar a autonomia privada, a contratos submetidos a normas de direito público, a atos de direito de família ou direito das sucessões, a cláusulas de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho.

O Capítulo II disciplina a inclusão de cláusulas contratuais gerais em contratos singulares. O respectivo art. 4.º determina que se consideram incluídas nos contratos as cláusulas contratuais gerais porventura inseridas nas respectivas propostas. Aceitas, as cláusulas, nelas inseridas, integram os contratos celebrados. O art. 5.º impõe à parte proponente o dever de comunicar aos aderentes, que se limitem a subscrevê-las ou aceitá-las, o exato conteúdo das cláusulas contratuais, para que delas tenham perfeito conhecimento e não sejam surpreendidos com disposições inéditas. O art. 6.º, complementando, obriga à prestação de todos os esclarecimentos necessários à formação de uma vontade contratual livre e consciente.

A sanção para o descumprimento do dever de comunicar e de informar é a exclusão das cláusulas, mantendo-se as demais, com aplicação, nessa matéria, das normas supletivas e de integração do Código Civil português, ou, ainda, sua própria nulidade no caso de se configurar indeterminação insuprível de aspectos essenciais do contrato ou um desequilíbrio nas prestações flagrantemente contrário ao princípio da boa fé (arts. 8.º e 9.º).

O art. 7.º estabelece a prevalência de cláusulas que sejam especificamente acordadas, sobre quaisquer outras cláusulas contratuais gerais, mesmo quando constantes de formulários assinados pelas partes.

O Capítulo III estabelece que as cláusulas contratuais gerais se interpretam de acordo com as regras de interpretação e integração dos negócios jurídicos, dentro do contexto de cada contrato. No caso de cláusulas ambíguas, vale o sentido que lhes atribuiria um aderente normal, se colocado na situação de um aderente real. Em caso de dúvida, prevalece o sentido mais favorável ao aderente (arts. 10.º e 11.º).

O Capítulo IV dedica-se à validade das cláusulas contratuais gerais, estabelecendo a nulidade das cláusulas proibidas pelo próprio diploma legal. Tal nulidade pode, todavia, não afetar o contrato *in totum*, facultado ao aderente optar pela sua manutenção, vigorando, no tocante à parte afetada, as normas supletivas sobre a matéria (art. 13.º), admitida a redução do negócio jurídico (art. 14.º).

O Capítulo V exprime o principal objetivo do legislador, que é o de proibir, absoluta ou relativamente, as cláusulas injustas, inconvenientes ou inadequadas (arts. 15.º a 19.º). O princípio geral é de que são proibidas as cláusulas contratuais gerais contrárias à boa fé (art. 16.º), entendida aqui no sentido objetivo, isto é, como norma de conduta, fixando-se diretivas que permitam ao intérprete a concretização desse princípio e que, basicamente, são a necessidade de proteger-se a confiança suscitada e o objetivo visado especificamente pelas partes (art. 17.º).

Nas relações entre empresários ou entidades equiparadas, são cláusulas absolutamente proibidas, vale dizer, não podem em qualquer circunstância incluir-se nos contratos celebrados, as chamadas cláusulas de exclusão ou limitação de responsabilidade (art. 18.º, *a, b, c e d*), as cláusulas que confirmam a quem as predisponha a faculdade exclusiva de interpretar qualquer cláusula do contrato (art. 18.º, *e*), as que excluem ou limitem a exceção de contrato não cumprido, a resolução por inadimplemento, o direito de retenção, as faculdades de compensação ou de consignação (art. 18.º, *f, g, h, i*), assim como as que estabeleçam obrigações perpétuas ou termo resolutivo fixado potestativamente pelo predisponente (art. 18.º, *j*), e, finalmente, as que consagrem, a favor de quem as predisponha, a possibilidade de cessão da posição contratual, de transmissão de dívidas ou de subcontratar, sem o acordo da outra parte, salvo se a identidade do terceiro constar do contrato inicial (art. 18.º, *l*).

São cláusulas relativamente proibidas, isto é, inadmissíveis em determinados contratos, as que: *a*) estabeleçam, a favor de quem as predisponha, prazos excessivos para a aceitação ou rejeição de propostas; *b*) estabeleçam, a favor de quem as predisponha, prazos excessivos para o cumprimento, sem mora, das obrigações assumidas; *c*) consagrem cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir; *d*) imponham ficções de recepção, de aceitação ou de outras manifestações de vontade com base em fatos para tal insuficientes; *e*) façam depender a garantia das qualidades da coisa cedida ou dos serviços prestados, injustificadamente, do não recurso a ter-

ceiros; f) coloquem na disponibilidade de uma das partes a possibilidade de denúncia, imediata ou com pré-aviso insuficiente, sem compensação adequada, do contrato, quando este tenha exigido à contraparte investimentos ou outros dispêndios consideráveis; g) estabeleçam um foro competente que envolva graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem; h) remetam para o direito estrangeiro, quando os inconvenientes causados a uma das partes não sejam compensados por interesses sérios e objetivos da outra; i) consagrem, a favor de quem as predisponha, a faculdade de modificar as prestações, sem compensação correspondente às alterações de valor verificadas; j) limitem, sem justificação, a faculdade de interpelar (art. 19.º).

No âmbito das relações com consumidores finais, são cláusulas absolutamente proibidas as que: a) limitem ou de qualquer modo alterem obrigações assumidas, na contratação, diretamente por quem as predisponha ou pelo seu representante; b) confirmem, de modo direto ou indireto, a quem as predisponha, a faculdade exclusiva de verificar e estabelecer a qualidade das coisas ou serviços fornecidos; c) permitam a não correspondência entre as prestações a efetuar e as indicações, especificações ou amostras feitas ou exibidas na contratação; d) atestem conhecimentos das partes relativas ao contrato, quer em aspectos jurídicos, quer em questões materiais; e) alterem as regras respeitantes ao ônus da prova; f) alterem as regras respeitantes à distribuição do risco (art. 20.º). E são cláusulas relativamente proibidas, vale dizer, sua validade depende do contexto contratual em que se estabelecerem, as que: a) prevejam prazos excessivos para a vigência do contrato ou para a sua denúncia; b) permitam, a quem as predisponha, denunciar livremente o contrato, sem pré-aviso adequado, ou resolvê-lo sem motivo justificativo, fundado na lei ou em convenção; c) limitem a responsabilidade de quem as predisponha, por vício da prestação, a reparações ou a indenizações pecuniárias predeterminadas; d) permitam elevações de preços, em contratos de prestações sucessivas, dentro de prazos manifestamente curtos, ou, para além desse limite, elevações exageradas, sem prejuízo do que dispõe o art. 437.º do Código Civil; e) impeçam a denúncia imediata do contrato quando as elevações dos preços a justifiquem; f) afastem, injustificadamente, as regras relativas ao cumprimento defeituoso ou aos prazos para denúncia dos vícios da prestação; g) impeçam, injustificadamente, reparações ou fornecimentos por terceiros; h) imponham antecipações de cumprimento exageradas; i) estabeleçam garantias demasiado elevadas ou excessivamente onerosas em face do valor a assegurar; j) fixem locais, horários ou modos de cumprimento despropositados ou inconvenientes; l) exijam, para a prática de atos na vigência do contrato, formalidades que a lei não prevê ou vinculem as partes a comportamentos supérfluos, para o exercício dos seus direitos contratuais (art. 22.º).

O Capítulo VI contém disposições de natureza processual referentes tanto à declaração de nulidade das cláusulas contratuais gerais já inseridas em contrato, como à ação inibitória, ação destinada a impedir a utiliza-

ção de cláusulas proibidas, antes mesmo de sua inclusão nos contratos (arts. 23.º e 24.º).

A tutela jurisdicional desdobra-se, assim, em duas perspectivas: nulidade para as cláusulas proibidas já integrantes de contrato, e proibição de uso (inibição) para cláusulas ainda a serem utilizadas. A ação inibitória é, portanto, uma ação que estabelece uma obrigação negativa, a de não utilizar certas cláusulas contratuais proibidas.

Têm legitimidade ativa exclusiva para a propositura da *ação inibitória*: a) associações de defesa do consumidor dotadas de representatividade, no âmbito previsto na legislação respectiva; b) associações sindicais, profissionais ou de interesses econômicos legalmente constituídas, atuando no âmbito das suas atribuições; c) Ministério Público, oficiosamente, por indicação do Provedor de Justiça ou quando o entenda, mediante solicitação de qualquer interessado. Tais entidades atuam em nome próprio embora defendendo direito alheio, o de eventuais consumidores suscetíveis de serem afetados pelas cláusulas cuja proibição se pede (art. 25.º).

Finalmente, no Capítulo VII, sobre normas de conflitos, estatuem-se os limites territoriais de aplicação da lei, dispondo-se aplicar a lei aos contratos regidos pela lei portuguesa, e aos contratos celebrados a partir de propostas ou solicitações feitas ao público em Portugal, quando o aderente resida habitualmente nesse país e nele tenha emitido a sua declaração de vontade (art. 33.º). Quanto às questões de direito intertemporal, o diploma não tem efeito retroativo, respeitando os contratos celebrados antes de sua vigência, embora aplicando-se às cláusulas contratuais já existentes (art. 34.º).

A ação inibitória é proposta: a) contra quem, predispondo cláusulas contratuais gerais, proponha contratos que as incluam ou aceite propostas feitas nos seus termos; b) contra quem, independentemente da sua predisposição e utilização em concreto, as recomende a terceiros (art. 26.º).

Tribunal competente é, em princípio, o da comarca onde se localiza o centro da atividade principal do demandado. Secundariamente, o local de sua residência ou sede, ou o local da proposta (art. 27.º).

Este o aspecto formal, em suas linhas gerais, do Decreto-Lei n.º 446, de 25 de outubro de 1985, o novel diploma legal português sobre essa importante matéria.

No seu aspecto material, corresponde esse estatuto à finalidade que se lhe havia consignado, a de criar e sistematizar normas reguladoras das relações e problemas específicos que a utilização de cláusulas contratuais suscita. Como instrumento de combate ao abuso do poder econômico, e de proteção ao direito do consumidor, o novo diploma estabelece um elenco de cláusulas iníquas, proibindo a sua utilização de modo absoluto ou relativo, tendo sempre em vista o princípio supremo na matéria contratual que é o da boa fé, considerado, objetivamente, como princípio normativo.