



O problema das cláusulas contratuais gerais é o da usura em massa?

Resposta a Pedro Pais de Vasconcelos

Sandra Passinhas¹

I. Introdução

Quando pensamos em contratos de transferência de risco, em contratos de *swap*, em cláusulas de permanência nos contratos (as chamadas fidelizações), ou em cláusulas de renúncia ao benefício da excussão prévia, não é imediato que problemas jurídicos convocarão em comum. A jurisprudência, contudo, tem vindo a preferir decisões sobre todos eles, partido não da análise substancial do seu conteúdo, mas antes do seu *iter* procedimental, através da verificação do (in)cumprimento pela parte predisponente do contrato dos seus deveres de comunicação e de informação. E perante a comprovação, em concreto, da violação de tais deveres, não raro os nossos tribunais declaram a *nulidade* desses contratos, em resultado da indeterminação insuprível de aspectos substanciais ou de um desequilíbrio gravemente atentatório da boa fé (nos termos do artigo 12.º e ss do Decreto-Lei

¹ Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Este texto corresponde à apresentação que fizemos no Congresso de Direito Comercial, no passado dia 19 de Novembro de 2017. Procurámos manter a estrutura que seguimos na altura, o que justifica o carácter sintético com que alguns aspectos serão aqui abordados.



n.º 446/85) ou, pelo menos, declaram a nulidade da cláusula e a sua exclusão do contrato singular (nos termos do artigo 8.º, alíneas a) e b), do mesmo diploma).

Este texto surge de um repto do Professor Pedro Pais de Vasconcelos, que nos desafiou a reflectir sobre a sua ideia de que o problema das cláusulas contratuais gerais é o da usura em massa. Aceitámos com muito honra a provocação e acabámos por concluir que os elementos que caracterizam a usura – a exploração pelo declarante da situação de inferioridade do lesado (elementos subjectivos) e a obtenção de benefícios excessivos ou injustificados (elemento objectivo) – estão subjacentes à regulamentação das cláusulas contratuais gerais e mereceram, cada um deles individualmente, respostas distintas do legislador. Aos elementos subjectivos, a situação de inferioridade do lesado e a exploração dessa situação pelo declarante, o legislador respondeu com o controlo procedimental do contrato, *maxime*, através da imposição de específicos deveres de comunicação e informação. Ao elemento objectivo, a obtenção de benefícios excessivos ou injustificados, o legislador obviou com o controlo substancial das cláusulas contratuais.

Não sendo mutuamente excludentes, estas vias de avaliação do contrato devem, ambas, ser operacionalizadas em cada caso concreto, contrariando uma certa hierarquia valorativa em prejuízo do cumprimento dos deveres de comunicação e de informação pelo predisponente². Só o controlo procedimental do contrato associado

² Vide, por todos, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, O problema do contrato – As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 372, para quem: “O controlo directo do conteúdo é uma medida



ao controlo material das cláusulas que o compõem permite uma reacção eficaz e adequada contra a assimetria situacional que caracteriza a relação entre predisponente e aceitante e que, traduzindo uma situação de inferioridade do aderente e a exploração dessa inferioridade pelo predisponente, poderá eventualmente conduzir a um benefício excessivo ou injustificado.

Por último, ao nível da sanção para os negócios celebrados sob esta mesma matriz, também é mais o que une os dois regimes do que aquilo que os separa. É certo que o artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 446/85 estabeleceu a nulidade das cláusulas abusivas, ao passo que o artigo 282.º do Código Civil determina a anulabilidade dos negócios usurários, mas a maior gravidade da sanção ali imposta prende-se precisamente com o efeito nocivo, objectivo, que a mera disponibilização, em massa, dessas cláusulas pode ter no mercado. Acresce o facto de a utilização de cláusulas abusivas decorrer sobretudo nas relações entre profissionais e consumidores, que, com a sua vulnerabilidade estrutural, associada, em geral, ao baixo valor económicos dos conflitos, não serão apetência ou possibilidade de recorrer a ajuda técnica especializada ou às vias judiciais para defender os seus interesses, tornando necessário convocar uma terceira parte, imparcial e acima das partes, o juiz, que possa conhecer oficiosamente do carácter

subrogatória, necessária, porque não há expectativas de que as regras procedimentais de comunicação levem, de forma típica, a que o aderente o tenha em conta, na hora de contratar”. Entende o autor que a decisão negocial do aderente não é, nem passa a ser, influenciada, em regra, pelos termos das cláusulas contratuais gerais, pelo que, “do ponto de vista da sua tutela, a obrigação de comunicação tem, na fase de conclusão do contrato, um efeito útil muito reduzido”.



abusivo das cláusulas contratuais predispostas por uma das partes. Encontram-se, os dois regimes, contudo, na possibilidade prevista no artigo 283.º do Código Civil e nos artigos 13.º e 14.º do Decreto-Lei n.º 446/85, da subsistência dos contratos mediante uma correcção do desequilíbrio contratual, segundo juízos de equidade ou segundo a boa fé, que conduzirão à justa composição dos interesses das partes.

II. A usura no Código Civil de 1966

O Código Civil de 1966 adoptou como instrumento de análise do *(des)equilíbrio interno do contrato*³ a usura, cujo regime se encontra previsto nos artigos 282.º a 284.º do Código Civil⁴. O n.º 1 do artigo

³ A usura aparece normalmente associada ao princípio da equivalência que rege, eventualmente, os contratos comutativos, exigindo um certo equilíbrio entre prestação e contraprestação, entre as atribuições patrimoniais correspectivas. Mas a usura aplica-se igualmente aos negócios jurídicos unilaterais, v.g. ao testamento, como decidiu o Acórdão do STJ, de 23 de Junho de 2016 [Processo: 1579/14.5TBVNG.P1.S1]. Se os contratos onerosos são em regra comutativos, por contraposição aos contratos aleatórios, pois, independentemente da correspondência entre as prestações, as atribuições das partes são desde logo determinadas ou determináveis, em termos de não ficar qualquer delas dependente, quanto ao seu valor ou quanto à sua verificação, de qualquer facto futuro ou incerto (vide LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil II*, 2.ª edição, LEX, 1996, pág. 70), a doutrina defende igualmente a sua aplicação aos contratos aleatórios. Neste sentido, PEDRO EIRÓ, *Do negócio usurário*, Almedina, Coimbra, 1990, pág. 70. Diferente é a solução do Código Civil italiano que exclui, no artigo 1448.º, n.º 4, a possibilidade de rescisão do contrato por lesão nos negócios aleatório.

⁴ O nosso Código Civil refere-se ainda à usura nos artigos 559.º-A e 1146.º. Nos termos do artigo 1146.º: “1 - É havido como usurário o contrato de mútuo em



que sejam estipulados juros anuais que excedam os juros legais, acrescidos de 3% ou 5%, conforme exista ou não garantia real. 2 - É havida também como usurária a cláusula penal que fixar como indemnização devida pela falta de restituição do empréstimo relativamente ao tempo de mora mais do que o correspondente a 7% ou 9% acima dos juros legais, conforme exista ou não garantia real. 3. Se a taxa de juros estipulada ou o montante da indemnização exceder o máximo fixado nos números precedentes, considera-se reduzido a esses máximos, ainda que seja outra a vontade dos contraentes. 4 - O respeito dos limites máximos referidos neste artigo não obsta à aplicabilidade dos artigos 282.º a 284.º. O artigo 559-A, aditado pelo Decreto-Lei n.º 262/83, determina que: “É aplicável o disposto no artigo 1146.º a toda a estipulação de juros ou quaisquer outras vantagens em negócios ou actos de concessão, outorga, renovação, desconto ou prorrogação do prazo de pagamento de um crédito e em outros análogos”. Note-se com PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, Código Civil II, anotação ao artigo 1146.º, Coimbra Editora, pág. 688, que o conceito de usura do artigo 1146.º não corresponde ao conceito de negócio usurário do artigo 282.º, porquanto no contrato de mútuo a usura prescinde da situação de inferioridade de um dos contraentes. Daí a importância do n.º 4: o julgador não fica impedido de, mesmo quando não se ultrapassarem as taxas de juros fixadas como valores-limites no artigo 1146.º, aplicar a doutrina dos artigos 282.º a 284.º. Vide ainda o artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho, para os contratos de crédito a consumidores. Por último, refira-se que a usura encontra sanção criminal no artigo 226.º do Código Penal.

No Direito Romano, o mútuo era um contrato essencialmente gratuito, que não produzia juros. O empréstimo a juros, que era uma actividade frequente na sociedade romana, não prescindia de uma outra relação jurídica, v.g. uma *stipulatio* dita *usurarum*. Sobre as excepções ao princípio da gratuitidade do mútuo, vide SANTOS JUSTO, *Manual de Contratos Cívís, Vertente Romana e Portuguesa*, Petrony, 2017, pág. 355. Para o direito romano-bizantino e para o direito canónico, era usurário todo o juro recebido a propósito do *mutuum* (na esteira da doutrina de São Tomás de Aquino, que se pode ler em <https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf>). Durante a Idade Média, a expressão usura mantém o significado de empréstimo de dinheiro a juros, *id est*, a estipulação de juros, e não tinha o significado de



282.º, em especial, estabelece que: “*É anulável, por usura, o negócio jurídico, quando alguém, aproveitando conscientemente a situação de necessidade, inexperiência, dependência ou deficiência psíquica de outrem, obteve deste, para si ou para terceiro, a promessa ou concessão de benefícios manifestamente excessivos ou injustificados*”. Este preceito, que tem a redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de Junho, vem exigir para a análise do equilíbrio contratual a verificação cumulativa de elementos subjectivos e objectivos. Assim se exige, para a verificação da usura, que tenha existido *aproveitamento consciente da situação de necessidade, inexperiência, dependência ou deficiência psíquica de outrem*, e que desse aproveitamento tenha existido *para a contraparte negocial ou para terceiro, a promessa ou concessão de benefícios manifestamente excessivos ou injustificados*. A usura é,

excesso de taxa de juro que veio mais tarde a adquirir. Como ensina ALMEIDA COSTA, *Raízes do censo consignativo*, Atlântida, Coimbra, 1961, págs. 12 e 13, mantendo-se o axioma de que o empréstimo é, por essência, um contrato gratuito, os teólogos e os canonistas discutiriam, um a um, diversos títulos “extrínsecos” ao mútuo, mas que autorizavam, concorrendo com ele, a percepção de um interesse. Explica ainda o autor que a proibição canónico-civil resultava muito menos severa para os mercados do que para os simples particulares, entre si, a respeito dos quais o crédito mantinha uma predominante feição consumptiva; e neste domínio continuava de pé o desejo supremo de evitar que a rapacidade dos usurários explorasse a penúria dos demais. Veja-se RENÉ PUYO, *La Doctrine Catholique sur l’Usure d’après les Conférences Ecclésiastiques de Paris*, PUF, 1941. Em jeito de curiosidade, sobre a proibição no direito muçulmano, vide PHILIPPE MALAURIE, LAURENT AYNÈS e PIERRE-YVES GAUTIER, *Contrats Spéciaux*, 13.ª edição, Cujas, pág. 569, MUHAMMAD YUSUF SALEEM, *Islamic Commercial Law*, Wiley, 2013, págs. 52 e ss e, em português, YIOSSUF ADAMGY (coord.), *Sobre a usura*, ed. Al Furqán, Loures, 2011. Sobre o desenvolvimento do comércio na Idade Média, consultámos OSCAR GELDERBLOM, *Cities of Commerce*, Princeton University Press, 2013.



pois, um vício complexo⁵, pressupondo cumulativamente elementos subjectivos (relativos ao lesado ou vítima de usura e ao usurário) e elementos objectivos (relativos ao conteúdo do negócio), não relevando autonomamente, para efeitos de usura, cada um deles individualmente⁶.

⁵ Como nos ensina PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, pág. 548, o Código Civil de 1966 abandonou, pois, o recurso à lesão como causa de invalidade por desequilíbrio interno do contrato e, influenciado pela doutrina alemã, adoptou um outro operador: a usura. As nossas Ordenações Afonsinas conferiam relevância para a análise do equilíbrio interno do contrato à lesão enorme e à lesão enormíssima, que se verificavam quando o desvio fosse igual a metade do valor ou superior a dois terços do valor. Para a invalidade por lesão era suficiente o desequilíbrio interno do contrato, numa perspectiva puramente objectiva, e desse desequilíbrio presumia-se o engano; na lesão enorme era presumido o erro e na lesão enormíssima, o dolo. Para além do factor puramente objectivo do desequilíbrio entre as prestações, não era exigido qualquer requisito subjectivo, atinente às partes. (cfr. o Titulo XVIII do livro IV das Ordenações Filipinas). Influenciado pelas doutrinas jusracionalistas, que propugnam a admissão da juridicidade dos contratos, independentemente da sua justiça interna, bastando-se com o consenso não perturbado por vício da vontade na sua formação, o Código de Seabra não admitia a usura, como vício geral, e recusava expressamente a sua relevância na compra e venda (1582.º), ainda que a admitisse como caso excepcional, no artigo 1426.º, no caso do contrato de aprendizagem. Como se podia ler no artigo 1582.º, “o contrato de compra e venda não poderá ser rescindido com o pretexto de lesão (...), salvo se essa lesão (...) envolver erro que anule o consentimento (...)”. Operou-se deste modo a transferência da questão da lesão da problemática do conteúdo para a do consenso. Sobre a usura e a lesão, vide PEDRO EIRÓ, *ob. cit.*, págs. 11-14.

⁶ Na doutrina alemã, a usura (*Wucher*) está prevista no §138, associada à proscrição dos negócios celebrados contra os bons costumes, e tem um tratamento diferente e mais aperfeiçoado do que o da velha lesão. Para além de um elemento objectivo do desequilíbrio das prestações, próprio da lesão, exige-



O nosso legislador optou por inserir o regime da usura na secção II do Capítulo I (sobre o negócio jurídico), que se propõe regular as seguintes matérias: *“Objecto negocial. Negócios usurários”*. Terá, pois, reconhecido que, não obstante inserida esta matéria na secção dedicada ao conteúdo do negócio, a usura, enquanto vício do negócio jurídico, não tem a ver apenas com a ilicitude do conteúdo, excessiva ou injustificadamente desequilibrado, mas também com a *“insuficiente liberdade e discernimento da vontade negocial do lesado na celebração do negócio e ainda com a imoralidade da atitude e da acção do usurário na exploração dessa inferioridade”*.

Sublinhe-se ainda que, ao contrário da consequência normal dos vícios de conteúdo que é a nulidade, o nosso legislador optou por um regime parcial de *anulabilidade*, mais característico dos vícios do consentimento. Na lei actual, a lesão, transfigurada em usura, surge, pois, com uma natureza mista de vício do consentimento e do conteúdo. A usura não acarreta a nulidade do negócio, como no

se ainda um elemento subjectivo atinente às partes. Vide C. ARMBRÜSTER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 7.ª edição, 2015. No Código italiano, o artigo 1448.º regula a *“azione generale di rescissione per lesione”*, exigindo a desproporção entre as prestações das partes e que essa desproporção se fique a dever ao estado de necessidade de uma delas. Vide PIETRO RESCIGNO, *Manuale del Diritto Privato Italiano*, 11.ª edição, Jovene, 1997, págs. 716 e 717, sobre a tutela civilista a um contraente de um negócio usurário. No direito suíço, o artigo 21.º do Código das Obrigações, sobre o objecto do contrato, determina que uma das partes pode desvincular-se do contrato se existir desproporção evidente entre as prestações e essa lesão foi determinada por uma exploração da inferioridade do contraente, no prazo de um ano. A doutrina entende, todavia, que, resultando a lesão da posição dominante de que beneficia o declaratório, pode estar-se perante uma situação de contrariedade aos bons costumes, determinando a nulidade do contrato. Vide PIERRE TERCIER e PASCAL G. FAVRE, *Les contrats spéciaux*, 4.ª edição, Schulthess, 2009, pág. 446.



caso da contrariedade à moral (artigo 280.º), nem apenas a anulabilidade, como os vícios da vontade (artigos 247.º a 257.º); permite a opção entre a anulação⁷ e a modificação do negócio segundo a equidade (artigos 282.º e 283.º). Este regime jurídico, que se encontra também na alteração de circunstâncias (artigo 437.º), no erro sobre a base do negócio (por remissão do artigo 252.º, n.º 2), nos artigos 13.º e 14.º do Decreto-Lei n.º 446/85, para as cláusulas contratuais gerais, e no artigo 14.º do Decreto-Lei 57/2008, de 26 de Março, para os contratos celebrados sob influência de uma prática comercial considerada desleal⁸, permite voltar a encarar a justiça interna do contrato como fundamento (causa) da sua juridicidade (*do ut des*)⁹.

Vejamos agora cada um dos elementos separadamente, começando pelos requisitos subjectivos, atinentes ao lesado e ao lesante, respectivamente.

O primeiro requisito subjectivo atinente ao lesado é a *situação de inferioridade*. As causas geradoras da situação de inferioridade

⁷ CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO), Coimbra Editora, 2008, págs. 537-538, especificando que o regime dos artigos 282.º e 283.º não se aplicará, havendo antes lugar à nulidade quando a pessoa que se aproveita conscientemente da situação de necessidade tinha o dever de auxiliar o necessitado (acto contrário à lei ou aos bons costumes). Sobre a relevância do estado de necessidade atendendo à hipótese de a situação ser criada por quem dela se venha a aproveitar injustamente, quando havia de prestar auxílio, e a de ela ter uma causa natural, vide LUÍS CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, págs. 158-159.

⁸ Sobre as insuficiências desta protecção, vide o nosso “A propósito das práticas comerciais desleais: contributo para uma tutela positiva do consumidor”, *EDC* 13 (2017), págs. 107 e ss., disponível em <https://www.cdc.fd.uc.pt/revista.html>.

⁹ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, pág. 550.



do lesado¹⁰ são, relembramos, a situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter de outrem. Sublinhamos duas: a inexperiência e a ligeireza. A *inexperiência* do lesado é a inexperiência em geral das coisas da vida prática mas também a ignorância relativa à actividade ou tipo de negócio a que respeita a declaração. Trata-se, segundo LUIS CARVALHO FERNANDES¹¹, de situações em que o declarante tem um imperfeito conhecimento de circunstâncias (que podem ser de ordem científica, técnica, legal, ou relativas aos usos ou práticas de certa profissão) que interessam à perfeita valoração dos interesses envolvidos no negócio. A inexperiência pode ou não resultar de uma incapacidade natural do declarante, e pode traduzir quer uma falta de conhecimento das coisas da vida em geral (inexperiência absoluta), quer de certo tipo de actividades ou ramo de negócio em especial (inexperiência relativa). Não é, todavia, exclusiva das pessoas com menor literacia: a inexperiência tem de ser avaliada no caso concreto, de acordo com a declaração negocial em causa. Entende a doutrina, e cremos que no bom sentido, que uma pessoa colectiva pode ser explorada na sua inexperiência¹².

Quanto à *ligeireza*, refere-se o legislador ao agir sem a adequada ponderação, precipitadamente, sem um correcto ajuizamento das circunstâncias ou dos termos do negócio, o que pode resultar de uma característica pessoal do declarante ou das circunstâncias do negócio.

¹⁰ Em geral, vide LUIS CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, págs. 161 e ss, e PEDRO EIRÓ, *ob. cit.*, págs. 21 e ss., sobre a alteração introduzida em 1983.

¹¹ LUIS CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, pág. 161.

¹² Neste sentido, PEDRO EIRÓ, *ob. cit.*, págs. 37-38.



Nestas duas situações, que são apenas refrações do sentido inerente ao artigo 282.º, a tutela visa obstar a uma situação de inferioridade negocial de que resulte a falta de compreensão do negócio e da apreensão de todos os seus efeitos prático-jurídicos. Mais importante do que o elemento literal do preceito, é a *ratio legis* do artigo 282.º, isto é, a tutela das situações que “*sem constituírem caso de incapacidade accidental, são todavia de molde a enfraquecer o discernimento que poderia levar o lesado pela usura a aperceber-se bem do mau negócio que estava a fazer, ou a tolher a liberdade que poderia levá-lo a resistir-lhe e a recusar-se a fazê-lo*”¹³.

A situações de inferioridade referida no artigo 282.º do Código Civil terá sido *essencial* para a declaração negocial; esta só terá sido emitida, ou só o terá sido naqueles termos, devido à situação em que o declarante se encontrava¹⁴. Para se poder convocar a tutela

¹³ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, pág. 551.

¹⁴ Como refere PEDRO EIRÓ, *ob. cit.*, pág. 28, a não existir esta essencialidade, desde logo se tornaria impossível a existência do vício da usura pois também não se poderia verificar a ‘exploração’ dessa situação. A situação de inferioridade pode, na realidade, existir. Mas se não foi determinante para aquela declaração negocial, não se pode concluir que os benefícios excessivos ou injustificados resultaram da exploração dessa situação. Eles existiriam mesmo que o declarante não se encontrasse nessa situação. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS refere-se à *causalidade* desta inferioridade em relação ao negócio e ao seu desequilíbrio: ainda que se verifique, a situação de inferioridade será irrelevante se não tiver sido causal da prática do negócio com a injustiça interna que o afecta.

Sobre a situação de inferioridade do lesado, veja-se a propósito o Acórdão do STJ, de 8 de Novembro de 2012 [Processo: 131/07.6TCFUN.L1.S1]: “2. Para este efeito, a situação de necessidade do promitente-comprador fica preenchida se o promitente-vendedor havia movido contra ele procedimento cautelar destinado a paralisar obras de grande envergadura de construção de habitações e aquele



do nosso ordenamento jurídico, não basta, pois, a situação de inferioridade do lesado, antes se exige que a conduta do usurário seja merecedora de um juízo de reprovação. Como sublinha PEDRO EIRÓ¹⁵, se alguém, por inexperiência, realizar um negócio que lhe seja prejudicial, *sibi imputet*. Apenas se outrem explora essa inexperiência obtendo benefícios excessivos deve o Direito intervir.

No que ao usurário diz respeito, o requisito subjectivo é, pois, o da *exploração reprovável* da situação de inferioridade do lesado. A exploração pelo usurário da inferioridade do lesado exige que haja um *aproveitamento consciente* da vantagem em que o usurário se encontra perante o lesado. Em síntese, é necessário que o usurário saiba que a sua vítima está numa situação de inferioridade, com discernimento ou liberdade diminuída, que ele próprio está numa correspondente situação de superioridade, de vantagem, que lhe permita obter à custa daquele os benefícios excessivos ou injustificados de que fala a lei, e que o queira fazer¹⁶, bem como da consciência das situações tipificadas no artigo e a consciência da causalidade entre essas situações e os benefícios recebidos, embora, na prática, este segundo momento (causalidade) resulte, muitas vezes, de uma prova por presunções¹⁷.

subscreeveu o contrato-promessa, em valor que ultrapassou o referido em 1, para evitar que a paralisação lesasse a sua imagem junto da banca e determinasse o não cumprimento de compromissos junto de clientes e fornecedores”.

¹⁵ PEDRO EIRÓ, *ob. cit.*, pág. 39. Entende o autor que a intervenção não visa proteger directamente o inexperiente, mas antes impedir actuações de quem, injustificadamente, retire proveito dessa situação.

¹⁶ Cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, pág. 552.

¹⁷ Assim, CARLOS MOTA PINTO, *ob. cit.*, pág. 537, nota 738. Ainda LUÍS CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, pág. 163. Sublinha este autor que, satisfazendo-se a lei com a



Descritos sumariamente os requisitos subjectivos da usura, debruçamo-nos agora sobre o requisito objectivo: o *desequilíbrio excessivo* ou *injustificado*¹⁸ entre as prestações.

O excesso do benefício implica, em primeiro lugar, *segundo todas as circunstâncias*¹⁹, um *desequilíbrio*²⁰. Não há uma teoria objectiva do valor que sirva de medida ou padrão. Na verdade, em cada contrato celebrado, são as partes que livremente fixam a relação de

consciência, por parte do usurário, de explorar a situação de inferioridade, isso significa não ser necessário, para haver usura, que caiba ao usurário a iniciativa do negócio ou da desproporção entre as prestações.

¹⁸ CARLOS MOTA PINTO, *ob. cit.*, págs. 536 e ss.

¹⁹ O legislador português não seguiu um critério matemático como aquele que existia no direito anterior (lesão *ultra dimidium*) ou se encontra ainda no artigo 1448.º do Código Civil italiano, ou no artigo 1674.º do Código Civil francês, sobre a compra e venda de imóveis (exigindo-se 7/12). A concretização fica, assim, a cargo do juiz. Sobre o princípio da reacção contra a lesão, fundado na desproporção objectiva entre vantagens e sacrifícios, vide, ANTÓNIO OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral do Direito Civil IV*, Lisboa, 1993, pág. 266. CARLOS MOTA PINTO, *ob. cit.*, pág. 537 considera que, apesar da superação do critério da *laesio enorme* do direito comum e do nosso direito antigo, o critério do dobro do valor será um limiar a partir de cuja ultrapassagem se deve averiguar a existência das demais circunstâncias objectivas e dos requisitos subjectivos da usura. No Acórdão do STJ, de 8 de Novembro de 2012 [Processo: 131/07.6TCFUN.L1.S1], decidiu-se que: “1. Nos casos em que o valor de transacção consignado em contrato-promessa de compra e venda ultrapassa em metade o valor de mercado do bem, abre-se caminho à possibilidade de anulação do contrato por usura”.

²⁰ Diocleciano no seu *Edictum de pretiis* veio desviar-se da regra da livre fixação do preço. Estabelecendo um montante máximo para o preço, simetricamente, permitia ao vendedor resolver o contrato de quando o preço fosse demasiado baixo. Vide GIOVANNI PUGLIESE (com FRANCESCO SITZIA e LETIZIA VACCA), *Istituzioni di Diritto Romano*, 3.ª edição, Giappichelli, Turim, pág. 897. É Justiniano quem, ao inserir a regra no *Corpus Iuris Civilis*, veio a legar ao direito civil moderno o conceito de lesão enorme. Vide supra, nota 5, para o direito português.



valor entre as prestações, segundo juízos privados, susceptíveis de satisfazerem o interesse visado com o contrato²¹. A avaliação do (des)equilíbrio do contrato não prescinde, todavia, de um valor de mercado de certos bens, ou até mesmo de relações valorativas típicas, *id est*, de normais padrões de valor com alguma elasticidade entre mínimos e máximos, para além dos quais se estará já fora da normalidade²².

O elemento objectivo exige um segundo juízo: que o desequilíbrio seja qualificado como *excessivo* ou *injustificado*. É a falta de justificação que torna o desequilíbrio excessivo e neste sentido equiparamos valorativamente os dois termos. Como ensina PAIS DE VASCONCELOS, se a decisão sobre o excesso é um juízo objectivo de normalidade, de tipicidade, já o juízo sobre o carácter injustificado do benefício implica uma apresentação individualizada, do caso concreto e das suas circunstâncias, para aferir se existe para ele uma causa justificativa.

Seguindo ainda o autor, verifica-se, assim, o requisito objectivo da usura quando a relação valorativa entre as prestações revelar um desequilíbrio que exceda os limites normais dos padrões típicos de valor vigentes no mercado e quando não haja uma causa justificativa atendível para esse desequilíbrio. Para a apreciação do excesso do desequilíbrio, deverá o tribunal recorrer a peritos avaliadores; mas para o juízo de justificação ou injustificação do desequilíbrio só poderá contar consigo mesmo, numa tarefa de concretização ética, que muitas vezes não será fácil, mas da qual

²¹ Vide, por todos, RAFFAELLA LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, CEDAM, 2003, págs. 5 e ss.

²² PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, pág. 550.



não se pode eximir: deverá aferir perante os padrões de ética imanentes ao sistema se pode ser justificado, isto é, tido como justo, como moralmente aceitável, aquele desequilíbrio valorativo²³.

Verificados os requisitos acima descritos e constatando-se a existência da usura, a consequência jurídica do negócio usurário é a anulação ou modificação do contrato. Segundo o artigo 283.º, n.º 1, em lugar da anulação, o lesado pode requerer a modificação do negócio segundo juízos de equidade. Requerida a anulação, preceitua o n.º 2, a parte contrária tem a faculdade de opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do negócio nos termos do número anterior.

A assimetria das soluções reflecte, em primeiro lugar, a ideia de *protecção da parte lesada*, que pode pedir a anulação do contrato. Mas reflecte, igualmente, a finalidade do regime, que é a *correccção da injustiça interna do negócio*, o que está de acordo com os princípios da boa fé e do *favor negotii*. O usurário, todavia, só pode oferecer a modificação em resposta ao pedido de anulação formulado pelo lesado, não pode tomar a iniciativa de a pedir²⁴.

²³ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *idem*, pág. 551.

²⁴ Como sublinha PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, pág. 553, ao proceder ao juízo do desequilíbrio que foi necessário para a verificação do requisito objectivo da usura, o tribunal terá ficado habilitado com os dados económicos e valorativos necessários para proceder à modificação do negócio. A jurisprudência italiana, em face da consagração da regra *ultra dimidium*, interrogou-se se o juiz deveria assegurar a eliminação do desequilíbrio entre as prestações das partes ou se era bastante limitar a lesão apenas a metade. Esta hipótese foi, naturalmente, abandonada. Cfr. E. GABRIELLI, *Contratto e Contratti – Scritti*, UTET, 2011, pág. 476, nota 37.



III. O problema das cláusulas contratuais gerais é o da usura em massa?

O Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, regula o regime das cláusulas contratuais gerais²⁵. Determina o seu n.º 1 que o âmbito de aplicação do diploma não se cinge às cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar, mas abrange ainda as “cláusulas inseridas em

²⁵ Não aprofundaremos o tema da limitação à autonomia privada consubstanciada pelas cláusulas contratuais (com a sua predeterminação, rigidez e indeterminação) que requerem a mera adesão do destinatário da declaração, sem possibilidade de negociação individual, estejam elas inseridas numa miríade de contratos ou num contrato individualizado. O tema já foi tratado profundamente em Portugal. O dogma individualista da autonomia da vontade impondo o respeito absoluto pelo conteúdo do negócio jurídico (*voluntas spectanda est*) deve ser temperado pelos limites da lei, fundados em imperativos invioláveis da ordem jurídica. Veja-se, ALMENO DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2001, pág. 54 e ss, em especial referindo que o escopo tutelador da lei é o de impedir um abuso, *de tipo institucional*, da liberdade contratual: “pretende controlar-se o *unilateral aproveitamento* da liberdade contratual por parte do utilizador. Está aqui em causa algo de mais objectivo do que a pura necessidade de tutela de um contraente: o objecto de protecção é agora a própria *integridade da autonomia privada*, ou, se quisermos, a *função de ordenação* no quadro global do sistema jurídico”. Ainda, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, *ROA* 46, III, págs. 733 e ss.



*contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar*²⁶.

PEDRO PAIS DE VASCONCELOS escreveu no seu manual de *Teoria Geral do Direito Civil* que o problema das cláusulas contratuais gerais é o da usura em massa²⁷. Considera o autor que: “A contratação em massa exige o recurso a cláusulas contratuais gerais e suscita no oferente a tentação dificilmente resistível de aproveitar – de explorar a inferioridade dos seus clientes, consumidores finais ou intermediários, para deles obter ‘benefícios excessivos ou injustificados’. A situação de inferioridade dos aderentes às cláusulas contratuais gerais, na contratação em massa, corresponde sem dificuldades às palavras do artigo 282.º do Código Civil: ‘situação de necessidade, inexperiência, ligeira, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter’²⁸”.

Creemos que tem razão. No regime das cláusulas contratuais gerais - a preformulação de cláusulas contratuais, com vista à sua inserção, sem negociação, num ou numa generalidade de contratos –, o *tabestand* é o da usura. Nele encontramos a pressuposição da mesma matriz em que se filia a usura: os elementos subjectivos, a inferioridade do aderente e a situação de exploração por parte do predisponente, bem como o elemento objectivo, a obtenção de

²⁶ Como escreveu ALMENO DE SÁ, *ob. cit.*, pág. 43, vigora entre nós uma lei das cláusulas contratuais gerais cujo âmbito aplicativo vai para lá do seu próprio *nomen iuris*.

²⁷ Considera PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, pág. 554, que o regime da usura, nos artigos 282.º e 283.º, foi construído tendo em vista a usura individualizada, feita caso a caso. O Decreto-Lei n.º 446/85 representa um regime especialmente construído para o controlo da usura em massa.

²⁸ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, pág. 554.



benefícios injustificados. Para melhor explicitar o nosso entendimento, socorremo-nos dos ensinamentos de JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO²⁹ que, estudando *ex professo* a questão, conclui que é nas cláusulas contratuais gerais, *“nelas próprias, nos riscos tipicamente conexos às suas características essenciais, que devemos procurar a chave explicativa para a necessidade de protecção do aderente”*.

Sobre a *situação de inferioridade do aderente*, o autor, destacando os factores endógenos de disparidade de poder resultante da própria utilização de cláusulas contratuais gerais, demonstra que elas próprias *“são tidas como geradoras, por sua virtualidade intrínseca, de uma situação de inferioridade do sujeito a quem elas são apresentadas para adesão”*.

Mais do que a posição de poder do predisponente, globalmente considerada, destaca o autor que a utilização de cláusulas contratuais gerais, por si só, inibe o aderente de defender os seus interesses, colocando-o, por isso, numa posição negocial desvantajosa. O específico poder de que o predisponente goza sobre o modo de fixação do conteúdo do contrato e a liberdade conformativa que ele proporciona traduz o apossamento, por uma das partes, da *“estrutura jurídica de comunicação do mercado”*, criando-se, pois, *“uma assimetria funcional quanto à utilização do contrato, que pode então ser manipulado e moldado para satisfação exclusiva dos interesses de quem o redige”*³⁰.

²⁹ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *ob. cit.*, pág. 342.

³⁰ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *idem*, pág. 342-343. Sobre a importância de determinar quem tem a iniciativa do negócio, já PEDRO EIRÓ, *ob. cit.*, págs. 54 e ss: *“Cremos não ser despidiendo afirmar que, por via de regra e em princípio, se foi o*



Tendo a possibilidade, no exercício profissional de uma actividade económica, de celebrar reiteradamente, ou mesmo em massa, certos tipos negociais, *“a empresa experimenta a necessidade prática e reúne os pressupostos cognitivos, técnicos e jurídicos, de um antecipado tratamento uniforme das vicissitudes contratuais. Está, assim, em condições de planear cuidadosamente com o apoio de especialistas, se for caso disso, um quadro regulador dos negócios a celebrar perfeitamente ajustado aos seus interesses, como tarefa instrumental à sua actividade, integrável, com naturalidade, nas suas estruturas e custos de produção”*.

Como escreveu ALMENO DE SÁ, existe uma *“superioridade situacional”* daquele que recorre a condições pré-formuladas para uma pluralidade de contratos³¹. Esta superioridade origina uma necessidade de tutela daquele que se vê constrangido a contratar na base de tais condições. É que, o aderente, confrontado com as cláusulas predispostas, muitas vezes apenas no momento da conclusão do contrato, *“não só não tem qualquer possibilidade de contrapor um acabado projecto contratual próprio, como se vê inibido de ponderar e valorar, em todo o seu exacto alcance, o conteúdo das condições que lhe são apresentadas. A isso fazem obstáculo dificuldades de conhecimento e acesso, legibilidade e compreensibilidade dos textos que normalmente encerra. A exterioridade em relação ao documento (que para eles simplesmente remete) ou a sua localização, (...) tudo contribui, em maior ou menor medida, para erguer uma autêntica ‘barreira de*

usurário quem teve a iniciativa do negócio, a sua actuação é mais censurável do que no caso contrário. Este facto pode ser determinante para o juiz formar correctamente a sua convicção”.

³¹ ALMENO DE SÁ, *ob. cit.*, pág. 54.



informação' ao aderente, colocando-o numa posição, vulgarmente dita de forma não muito feliz, de inferioridade 'intelectual'".

Sousa Ribeiro refere ainda os factores de ordem psicológica, na medida em que “a fixação antecipada, através da preformulação, de termos inegociáveis em que o estipulante está disposto a contratar, coloca-o desde logo numa posição negocial vantajosa, pois gera no espírito da contraparte uma ideia de completude e imodificabilidade, pois o desincentiva a tomar consciência crítica do seu conteúdo. Por outro lado, a pretendida função ordenadora de uma multiplicidade de relações atribui-lhes um carácter geral-abstracto idêntico ao das normas legais, o que, juntamente, com a própria forma de apresentação gráfica (normalmente um texto impresso), não pouco concorre para criar uma imagem de validade e de regulação objectiva e equilibrada, ou, pelo menos, de um estereótipo normativo de aplicação uniforme e quase automática que, portanto, é impróprio contestar.” Todos estes factores contribuem para a inexigibilidade de uma conduta negocial de activa defesa perante as pretensões injustificadas do utilizador de cláusulas predispostas por um dos contraentes³².

A situação de superioridade de uma das partes, o predisponente
- JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO justifica a sua supremacia negocial com

³² JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, ob. cit., pág. 348. Como escreveu ALMENO DE SÁ, ob. cit., pág. 55: “Não se encontrando a contraparte do utilizador em situação de, auto-responsavelmente, num quadro de exigibilidade normativa, contrariar os riscos inerentes à contratação baseada em condições gerais, é a própria ordem jurídica que a si mesma se impõe a tarefa de introduzir mecanismos de compensação das ineficiências reveladas pela praxis, como que se repondo, desse modo, o quadro originário dos pressupostos da legítima ‘actuação’ da autonomia privada”.



a sua superioridade do ponto de vista organizativo e intelectual – e *o aproveitamento consciente de uma situação de inferioridade do aderente* (resultante da sua inexperiência, da sua ignorância relativamente ao negócio em questão, da falta de conhecimento das circunstâncias que interessem à valoração dos interesses envolvidos), constituem, pois, a realidade da utilização de cláusulas negociais predispostas. Citando ainda SOUSA RIBEIRO, *“a natureza dos sujeitos envolvidos, quando o indivíduo isolado se confronta com uma empresa, acarreta, só por si, uma notória disparidade de meios, materiais e humanos, no manejo do instrumento contratual”*³³.

À semelhança do que acontece na usura, a situação de inferioridade de uma das partes e a exploração dessa situação pelo predisponente podem conduzir à obtenção de *benefícios injustos ou injustificados*. O artigo 15.º, do Decreto-Lei n.º 446/85, estabelece a proibição das cláusulas contratuais gerais *contrárias à boa fé*. Este preceito tem de ser lido de acordo com o ditames interpretativos do artigo 16.º, que manda ponderar os valores fundamentais do direito, relevantes em face da situação considerada, e, especialmente a confiança suscitada, nas partes, pelo sentido global das cláusulas contratuais em causa, pelo processo de formação do contrato singular celebrado, pelo teor deste e ainda por quaisquer outros elementos atendíveis e o objectivo que as partes visam atingir negocialmente, procurando-se a sua efectivação à luz do tipo de contrato utilizado. As cláusulas substancialmente contrárias à boa fé, porquanto ofensivas dos valores fundamentais do direito, são, pois, eliminadas da nossa

³³ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *ob. cit.*, pág. 344.



ordem jurídica, que as despe de qualquer força vinculativa, contagiando eventualmente todo o contrato.

Verificada a possibilidade de os requisitos da usura se replicarem na utilização de cláusulas predispostas, o Decreto-Lei n.º 446/85 surge como o instrumento que institui os mecanismos de defesa contra a “*usura em massa*”. E essa reacção, como uma análise estrutural do diploma imediatamente revela, surge especificamente dirigida, em momentos distintos e em moldes diversos, a cada uma das fragilidades constatadas. Contra a vertente *subjectiva* da usura - relembramos, a situação de inferioridade do lesado e a exploração dessa situação por parte do lesante -, o legislador apontou o controlo *procedimental* da negociação e conclusão do contrato. Referimo-nos, em especial, à instituição de um dever de comunicação e de informação das cláusulas predispostas ao aderente, previstos nos artigos 5.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 446/85. Quanto ao elemento *objectivo*, a existência de um benefício substancial ou injustificado a favor do predisponente, a o controlo já exigirá a análise do conteúdo negocial, isto é, a *apreciação substancial* da validade do contrato.

(a) A situação de inferioridade do lesado e a exploração dessa situação: a análise procedimental das cláusulas

As cláusulas contratuais gerais são incluídas nos contratos individuais pela aceitação. Esta é a doutrina do artigo 4.º, que visa tão-só atribuir eficácia positiva às cláusulas contratuais gerais. Mas a aceitação das cláusulas predispostas não prescinde de uma colaboração activa do predisponente na formação da vontade do aceitante. O artigo 5.º estabelece a obrigatoriedade de



comunicação das cláusulas contratuais gerais, determinando que estas “*devem ser comunicadas na íntegra aos aderentes que se limitem a subscrevê-las ou a aceitá-las*”³⁴. A comunicação deve, ainda, nos termos do n.º 2, ser realizada de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo por quem use de comum diligência³⁵. Este preceito é especialmente exigente,

³⁴ O ónus da prova da comunicação adequada e efectiva cabe ao contratante que submeta a outrem as cláusulas contratuais gerais. Como ensina MANUEL DE ARAÚJO BARROS, *ob. cit.*, pág. 65, determinada cláusula que caiba no âmbito da previsão do artigo 5.º, nº 1, não poderá ser invocada por quem a submeteu a outrem, se não alegar e provar que a mesma foi efectiva e adequadamente comunicada ao destinatário. Sem o que se considerará excluída do respectivo contrato. Sobre os efeitos da renúncia a essa comunicação, vide o Acórdão do STJ, de 9 de Julho de 2015 [Processo: 1728/12.8TBRR-A.L1.S1].

³⁵ Considera ALMENO DE SÁ, *ob. cit.*, pág. 61, que não se exige que o cliente venha efectivamente a conhecer as cláusulas contratuais gerais que estão na base do contrato. Entende o autor que a imposição ao utilizador do ónus de comunicação tem como correlato, do lado do aderente, a necessidade de adopção de uma conduta que possa ter-se como razoável ou exigível. Tal conduta deve ser aferida segundo o critério abstracto da diligência comum, segundo o critério abstracto do cuidado ou zelo normal do tipo médio de agente pressuposto pela ordem jurídica, colocado na situação em causa. Mais à frente, na pág. 234, esclarece o autor que, todavia, não está em causa tão-só a exigência de transmitir ao aderente as condições gerais, pois essa exigência vai funcionalizada ao propósito de tornar possível o real conhecimento das cláusulas pelo parceiro contratual do utilizador. Considera que esta é uma obrigação de meios, MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais, anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85*, Almedina, Coimbra, 1991, pág. 25, e MANUEL DE ARAÚJO BARROS, *ob. cit.*, pág. 61. Em sentido concordante, mas com especificações, ANA PRATA, *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais*, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 242-243.



onerando o predisponente com especiais deveres tendentes a diminuir a simetria de informação que caracteriza a relação entre predisponente e aderente/aceitante³⁶.

O artigo 6.º, sobre o dever de informação³⁷, impõe ao contratante que recorra a cláusulas contratuais gerais o dever de informar, de acordo com as circunstâncias, a outra parte dos aspectos nelas compreendidos cuja aclaração se justifique. Para além disso, devem ainda ser prestados todos os esclarecimentos razoáveis solicitados. O artigo 6.º gera uma obrigação de esclarecimento³⁸, que o utilizador clarifique aqueles concretos pontos do regulamento contratual predisposto que postulem, nas particulares circunstâncias do caso, uma advertência suplementar,

³⁶ Neste sentido e com análise económica, vide PEDRO CAETANO NUNES, “Comunicação das cláusulas contratuais gerais”, em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida II*, coord. por JOSÉ LEBRE DE FREITAS et al., Almedina, págs. 518 e ss. ANA PRATA, *ob. cit.*, pág. 239, entende que não se explicitando todos os elementos contratuais essenciais e todos os outros que são objecto da obrigação de comunicação, o desconhecimento, a incerteza ou o engano acerca de disposições contratuais por parte do aderente – que não sejam devidos a culpa deste - significam que aquela obrigação não foi pontualmente cumprida.

³⁷ Qualificando o ónus de comunicação e o dever de informação das cláusulas contratuais gerais, constantes do artigo 5.º e 6.º. como instrumentos paradigmáticos do direito do consumidor à informação, JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS, *ob. cit.*, pág. 60. Vide o artigo 60.º da CRP e o 8.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho.

³⁸ MANUEL DE ARAÚJO BARROS, *idem*, pág. 92, sublinha que, visando o dever de comunicação e o dever de informação a eficaz compreensão da proposta contratual, enquanto o dever de comunicação procura garantir o conhecimento efectivo desta, o dever de informação propõe-se assegurar a compreensão da mensagem que lhe está subjacente.



de forma a que a contraparte tome consciência do seu significado e alcance no quadro global do programa contratual³⁹.

A compreensão do dever de comunicação e de informação ao aderente tem de ser concretizada em cada *situação jurídico-negocial em concreto*, não sendo definida aprioristicamente pelo legislador. Queremos dizer que não prescinde de uma avaliação casuística a realizar pelo julgador e que visa avaliar se o predisponente soube adequadamente temperar o *carácter generalizante* da cláusula predisposta com a *especificidade individual*, seja ela estrutural ou conjuntural, *do aceite*. Na verdade, o predisponente, ou quem o represente⁴⁰, não cumprirá o dever de comunicação de uma cláusula predisposta perante um consumidor se não moldar a comunicação da cláusula a alguém iletrado ou com muito pouca literacia financeira, a um cidadão estrangeiro ou a um idoso, que perante si se apresente a negociar⁴¹. Uma solução diferente, que aceite um cumprimento meramente formal do dever de comunicação, dificilmente se articulará com a finalidade do Decreto-Lei n.º 446/85 e com a materialização contratual que lhe está subjacente.

Mas a comunicação das cláusulas predispostas pode não ser suficiente para equilibrar negocialmente as partes. É que, como hoje está demonstrado e comprovado *ad abundantiam*, a comunicação da cláusula, ainda que adequada ao perfil negocial do

³⁹ Assim, ALMENO DE SÁ, *ob. cit.*, págs. 61 e 62.

⁴⁰ Sobre o âmbito desta representação, vide PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição*, Almedina, Coimbra, 2017.

⁴¹ Sobre a integração dos enunciados negociais gerais, vide CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico II*, Almedina, Coimbra, 1992, págs. 880 e 881.



aceitante, não basta para que este profira uma declaração negocial esclarecida. Necessário se torna um dever de informação sobre as mesmas cláusulas. Em face não só da aparência externa com que são apresentadas, mas sobretudo da sua complexidade técnica (pense-se nos contratos financeiros, nos contratos de seguros, nos contratos de fornecimento de electricidade – *v.g.* as horas de vazio, cheias e de ponta - ou nos contratos de fornecimentos de serviços de telecomunicações), o aderente necessitará que a comunicação da cláusula seja complementada com a necessária informação sobre o âmbito e os efeitos do compromisso que está prestes a assumir⁴². A informação a prestar será, pois, a necessária e a adequada para que o aderente perceba a real dimensão da *vinculação que resulta da declaração negocial que vai emitir*. Note-se que o dever de informação é paramentado hoje como um *dever de assistência*, porquanto, *et pour cause*, não se visa que seja prestada toda a informação possível ao aderente, mas apenas

⁴² Assim, o Ac. do STJ, de 8 de Abril de 2010 [Processo: 3501/06.3TVLSB.C1.S1]: “Os deveres de comunicação e de informação, estabelecidos nos arts. 5º e 6º, nº1, do DL 446/85, - cujo âmbito se determina em concreto, perante o nível cultural revelado pelo aderente e a complexidade do negócio e extensão do clausulado - implicam que a entidade que pretenda inserir cláusulas contratuais gerais nos contratos singulares que celebra deva comunicá-las antes da conclusão do negócio, de modo a proporcionar à contraparte a indispensável reflexão e um conhecimento completo e efectivo do clausulado, cumprindo-lhe ainda informar e esclarecer espontaneamente o aderente da estrutura práctico-jurídica do negócio e da sua possível vinculação a gravosos efeitos ou consequências, sem prejuízo da diligência comum àquele exigível.”



aquela considerada adequada para a exacta e correcta compreensão do contrato que vai celebrar⁴³.

⁴³ Sobre o dever de informação, vide THOMAS WILHELMSSON, “Cooperation and Competition Regarding Standard Contract Terms in Consumer Contracts”, *EBLR* (2006), págs. 51 e ss., NORBERT REICH, “Economic Law, Consumer Interests and EU Integration”, in NORBERT REICH, HANS-W. MICKLITZ, PETER ROTT, *Understanding Consumer Law*, 2009, págs. 45-46, MICHELLE EVERSON, “Legal Constructions of the Consumer”, in FRANK TRENTMANN, *The Making of the Consumer: Knowledge, Power and Identity in the Modern World*, Berg, 2006, pág. 110, GEORGE J. STIGLER, “The Economics of Information”, *Jo. Pol. Econ* 69 (1961), págs. 213-225. Sobre a possibilidade de uma decisão racional baseada no paradigma da informação, vide GARY BECKER, “Economic Analysis and Human Behavior”, in LEONARD GREEN e JOHN H. KAGEL (eds.), *Advances in Behavioral Economics*, vol. 1, Ablex Publishing, 1987, pág. 7; LOUIS L. WILDE, “Consumer Behavior under Imperfect Information: a Review of Research”, *idem*, p. 229; HERBERT A. SIMON, “A Behavioral Model of Rational Choice”, *The Quarterly Journal of Economics* 69 (1955), págs. 99-118; GARY BECKER, “Irrational Behavior and Economic Theory”, *Jo. Pol. Econ* 70 (1962), págs. 1-13; DANIEL KAHNEMAN e AMOS TVERSKY, “Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases”, *Science* 185 (1974) págs. 1124-1131; RICHARD A. POSNER, “Rational Choice, Behavioral Economics and the Law”, (1997) 50 *Stan. L. Rev.* 50 (1997), págs. 1551 e ss; CHRISTINE JOLLS, CASS R. SUNSTEIN, RICHARD THALER, “A Behavioral Approach to Law and Economics”, *Stan. L. Rev* 50 (1998), págs. 1542 e ss, RUSSELL B. KOROBKIN e THOMAS S. ULEN, “Law and Behavioural Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics”, *Cal. L. Rev.* 88 (2000), págs. 1061 e ss; JACOB JACOBY, “Is it Rational to Assume Consumer Rationality? Some Consumer Psychological Perspectives on Rational Choice Theory”, (2000) 6 *Roger Williams U. L. Rev.* 6 (2000), págs. 101 e ss; BRUCE CHAPMAN, “Rational Choice and Categorical Reason”, *U. Pa. L. Rev* 151 (2002), págs. 1169 e ss.; DANIEL KAHNEMAN, “Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioural Economics”, *The American Econ. Rev* 93 (2003), págs. 1449-1475; ROBERT H. FRANK, “Departures from Rational Choice: With and Without Regret”, in FRANCESCO PARISI e VERNON SMITH (eds.), *The Law of Economics of Irrational Behavior*, Stanford University Press, 2005, págs. 13 e ss.; GERD GIGERENZER, “Is the Mind Irrational or Ecologically Rational?”, *idem*, pág. 39. Cfr. Ainda o nosso *Dimensions of Property under*



No âmbito das cláusulas contratuais gerais, as soluções legais não se compadecem com o cumprimento meramente formal destes deveres procedimentais do contrato, que não seja susceptível de alterar, ainda que não de eliminar, o des(equilíbrio) resultante da intrínseca posição de superioridade do predisponente e de inferioridade do aceitante. Se a predisposição de cláusulas contratuais gerais é em si um acto abstracto, a sua inserção em contratos singulares requer uma necessária individualização, que opera a transformação daquelas nas cláusulas de *cada contrato* individualmente considerado⁴⁴. E nessa individualização, o predisponente não está isento de adequar a forma de comunicação

European Law. Fundamental Rights, Consumer Protection and Intellectual Property: Bridging Concepts, EUI, Florença, 2010, págs. 222 e ss, e 239 e ss, disponível em http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/13759/2010_Passinhas.pdf?sequence=2&isAllowed=y

⁴⁴ Como se pode ler no Ac. do STJ, de 29 de Abril de 2010 [Processo: 5477/06.8TVLSB.L1.S1]: “Ao proponente cabe propiciar à contraparte a possibilidade de conhecimento das cláusulas contratuais gerais de um contrato de seguro, em termos tais que este não tenha, para o efeito, que desenvolver mais que a comum diligência.”



e de esclarecimento da sua proposta à concreta parte negocial⁴⁵ que perante si se apresenta⁴⁶.

A nossa jurisprudência tem muito correctamente interpretado estes preceitos legais, tal como veremos a seguir. Para o comprovar, seleccionámos duas decisões do Supremo Tribunal de Justiça, relativas ao contrato de *swap* e a uma cláusula de renúncia ao benefício da excussão prévia, e apresentamos ainda uma decisão do Tribunal Arbitral de Conflitos do Consumo do Porto sobre cláusulas de permanência nos contratos de telecomunicações.

⁴⁵ Retomando o já citado Ac. do STJ, de 8 de Abril de 2010 [Processo: 3501/06.3TVLSB.C1.S1]: “Este dever de comunicação, situado na fase de negociação ou pré-contratual, destina-se a que o aderente possa conhecer, com a necessária antecipação relativamente ao momento da consumação do negócio, o respectivo conteúdo contratual, de modo a poder apreendê-lo, nas suas efectivas e reais consequências práctico-jurídicas, outorgando-lhe, deste modo, um espaço de reflexão e ponderação sobre o âmbito e dimensão das vinculações que lhe irão resultar da celebração do negócio. Como decorre, aliás, expressamente do nº2 do referido art. 5º, o âmbito de tal dever de comunicação terá de se determinar em concreto, tendo em conta a capacidade e o nível cultural do interessado – em função do qual se determinará a comum diligência a que identicamente estará vinculado – e a extensão e complexidade das cláusulas contratuais em causa”.

⁴⁶ Não significa o que dissemos que o aderente não esteja obrigado a invocar a violação destes deveres pelo predisponente. Veja-se o recente Ac. do STJ, de 6 de Novembro de 2017 [Processo: 620/09.8TBCNT.C1.S1], para um caso em que o aderente não alegou matéria de facto pertinente da violação dos deveres de comunicação e de informação.



1) O contrato de *swap*

Muito recentemente, o Supremo Tribunal de Justiça, no seu Acórdão de 4 de Maio de 2017 [Processo: 1961/13.5TVLSB.L1.S1], decidiu sobre o cumprimento do dever de comunicação e de informação no âmbito de um contrato de *swap*. Provou-se que o *contrato quadro para operações financeiras*, cuja minuta foi elaborada pelo Banco e entregue para apreciação da Autora, tendo-se esta limitado a assinar o mesmo documento, consubstanciava um contrato de adesão, subordinado ao regime das cláusulas contratuais gerais; o *contrato de permuta de taxa de juro* continha, em parte, cláusulas contratuais gerais, não concretamente negociadas entre as partes, apenas não revestindo essa natureza as que se reportavam aos *termos e condições particulares do contrato*.

Face ao disposto no n.º 3 do artigo 1º do DL 446/85, o *onus da prova* de que uma cláusula contratual *resultou de negociação prévia* entre as partes *recairia sobre quem pretendesse prevalecer-se do seu conteúdo*. No caso dos autos, verificada pela Relação a natureza pré-determinada, relativamente às cláusulas que constavam do *contrato quadro* para operações financeiras, bem como a *cláusulas gerais, de feição manifestamente padronizada*, incluídas no contrato de permuta da taxa de juro, não bastaria ao Réu alegar a *possibilidade abstracta* de sobre tal matéria poder ter incidido efectiva negociação dos contraentes, sendo indispensável que demonstrasse que sobre essas cláusulas específicas *incidiu efectiva negociação* – prova que, no caso dos autos, manifestamente não terá sido feita.

Concluiu o Tribunal que os contratos em litígio teriam de considerar-se como contratos de adesão, sujeitos ao regime legal do



DL n.º 446/85 e, desde logo, aos deveres de comunicação e informação aí previstos. Assim, decidiu o Tribunal que:

“IV. Atenta a natureza jurídica dos negócios em causa, situados no cerne da actividade bancária e de intermediação financeira, exercida pelo Banco/R., o âmbito do dever de informação do proponente de cláusulas contratuais gerais não pode deixar de ter-se por moldado em função do que está previsto no CVM, na versão em vigor à data da celebração do negócio.

V. Não pode ter-se por cumprido tal dever de informação e esclarecimento da contraparte, vigente no campo das cláusulas contratuais gerais, quando constam, de modo categórico, do elenco dos *factos não provados*, factos e circunstâncias que retratam de forma perfeitamente clara e inquestionável o *insucesso probatório da tese factual sustentada na contestação*- num caso em que o Banco/ proponente de tais cláusulas – *onerado com a prova dos factos que mostrassem ter sido adequadamente cumprido o dever de informação, vigente no domínio das cláusulas contratuais gerais* – não logrou demonstrar que :

- *a A. soubesse, por virtude do que lhe foi explicado, que teria um custo de oportunidade no caso de descida da Euribor, o qual seria tanto maior quanto mais acentuada fosse essa descida;*



- que na contratação do swap o banco tivesse prestado à A. todas as informações e esclarecimentos por ela solicitados;

- que o Banco tivesse informado a A. que, no caso de a evolução das condições de mercado não serem favoráveis podia registar perdas financeiras com a operação.”

Nos autos, vinha como provada a inserção de um documento de confirmação do contrato de permuta de taxa de juro, antes da respectiva assinatura, de uma cláusula de feição manifestamente pré determinada e padronizada, segundo a qual *o aderente declara estar plenamente conhecedor do conteúdo e do risco da operação, confessando terem sido prestados pelo banco todas as informações e esclarecimentos solicitados para tomada consciente da decisão de contratar, nomeadamente o facto de o aderente , no caso de evolução desfavorável das condições de mercado, poder registar uma perda financeira líquida com a operação.* Mas, entendeu o Supremo Tribunal de Justiça que:

“VI. A inserção no documento não pode ter o efeito de desvincular o Banco do ónus de demonstrar o cumprimento adequado do dever de informação, cominado imperativamente pela norma do nº3 do art. 5º do DL446/85 – valendo apenas (nos casos em que tal cláusula não é absolutamente proscriita, por se estar no domínio das relações com consumidores) como elemento sujeito a livre apreciação das instâncias.”



A violação dos deveres de comunicação e de informação e a sua consequente exclusão do contrato conduziram neste caso à invalidade de todo o negócio:

“VII. Tendo em consideração a *amplitude e extensão das cláusulas contratuais gerais não informadas inseridas nos contratos* – integrando a totalidade do contrato quadro para realização de operações bancárias e a *maior parte* das inseridas no contrato de *permuta da taxa de juro*, deixando, na prática, apenas fora do seu âmbito a cláusula em que as partes *acordaram na taxa fixa a pagar pelo cliente* – deve funcionar o regime de nulidade total, previsto no art. 9º, nº2, desse diploma, por o afastamento ou exclusão da quase totalidade das cláusulas que integravam a disciplina contratual gerar uma indeterminação insuprível dos termos e conteúdo essencial do negócio ou originar um desequilíbrio das prestações gravemente lesivo da boa fé.

VIII. Na verdade, o objecto de tal dever de informação, legalmente imposto com base no respeito pelo princípio da boa fé, não é propriamente *cada uma das cláusulas* inseridas no negócio concreto, *atomisticamente* considerada, pressupondo antes uma *explicação consistente acerca da funcionalidade do negócio, como um todo, e o devido esclarecimento da contraparte acerca dos riscos financeiros em que incorre, perante uma alteração significativa do quadro económico, desfazendo o eventual equívoco do outro contraente*



acerca da real natureza do negócio, face à globalidade do conteúdo respectivo”.

2) A renúncia ao benefício da excussão prévia

O segundo acórdão que gostaríamos de destacar, o Acórdão do STJ, de 13 de Setembro de 2016 [Processo: 1262/14.1T8VCT-B.G1.S1], refere-se à renúncia ao benefício da excussão prévia por parte do fiador⁴⁷.

“I - É aplicável o regime das cláusulas contratuais gerais ao clausulado inserido no corpo contratual individualizado cujo conteúdo, previamente elaborado, o destinatário não pode influenciar.

II - O cumprimento das prestações impostas pelos arts. 5.º e 6.º da LCCG – cuja prova onera o predisponente – convoca deveres pré-contratuais de comunicação das cláusulas (a inserir no negócio) e de informação (prestação de todos os esclarecimentos que possibilitem ao aderente conhecer o significado e as implicações dessas cláusulas), enquanto meios que radicam no princípio da autonomia privada, cujo exercício efectivo pressupõe que se encontre bem formada a vontade do aderente ao contrato e, para tanto, que este tenha um antecipado e cabal

⁴⁷ Por todos, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, Almedina, Coimbra, 2000, págs. 1085 e ss.



conhecimento das cláusulas a que se vai vincular, sob pena de não ser autêntica a sua aceitação.

III - Por isso, esse cumprimento deve ser assumido na fase de negociação e feito com antecedência necessária ao conhecimento completo e efectivo do aderente, tendo em conta as circunstâncias (objectivas e subjectivas) presentes na negociação e na conclusão do contrato – a importância deste, a extensão e a complexidade (maior ou menor) das cláusulas e o nível de instrução ou conhecimento daquele –, para que o mesmo, usando da diligência própria do cidadão médio ou comum, as possa analisar e, assim, aceder ao seu conhecimento completo e efectivo, para além de poder pedir algum esclarecimento ou sugerir qualquer alteração.

IV - É certo que as exigências especiais da promoção do efectivo conhecimento das cláusulas contratuais gerais e da sua precedente comunicação, que oneram o predisponente, têm como contrapartida, também por imposição do princípio da boa-fé, o aludido dever de diligência média por banda do aderente e destinatário da informação – com intensidade e grau dependentes da importância do contrato, da extensão e da complexidade (maior ou menor) das cláusulas e do nível de instrução ou conhecimento daquele –, de quem se espera um comportamento leal e correcto, nomeadamente pedindo esclarecimentos, depois de materializado



que seja o seu efectivo conhecimento e informação sobre o conteúdo de tais cláusulas.

V - Porém, essa constatação, em caso algum, poderá levar a admitir que o predisponente fique eximido dos deveres que o oneram, ou a conceber como legítimas uma sua completa passividade na promoção do efectivo conhecimento das cláusulas contratuais gerais e, sobretudo, uma ausência de comunicação destas ao aderente com a antecedência necessária ao conhecimento completo e efectivo, até para que o mesmo possa exercer aquele seu dever de diligência, nos apontados termos. Uma tal concepção conduziria à inversão não consentida da hierarquia legalmente estatuída entre os deveres do predisponente e do aderente.”

No caso concreto, estava em causa, como dissemos, a outorga de uma escritura pública de um contrato de mútuo com hipoteca e fiança, pelo qual a embargante se constituíra como fiadora e principal pagadora de todas as obrigações emergentes do referido contrato, tendo declarado renunciar ao benefício da excussão prévia.

O contrato de mútuo junto como título executivo, e que serviu de base à execução em causa nos autos, fora formalizado através de título particular, equiparado, para todos os efeitos legais, a escritura pública, e foi efetivamente assinado pela Embargante, na qualidade de fiadora, embora não tenha sido dada cópia do contrato ou do seu aditamento à embargante.



O Oficial de Títulos do Banco Exequente confirmou a presença, assinatura, e identidade da Embargante através da exibição do seu bilhete de identidade no momento da celebração do contrato. A Embargante, todavia, não leu o texto e cláusulas do referido contrato de mútuo, embora este tenha sido lido e explicado o seu conteúdo a todos os seus intervenientes, no dia da celebração do mesmo; pessoalmente e na presença de todos, a Embargante ao referido contrato a sua assinatura e rubrica na qualidade de fiadora. Tal contrato de mútuo contém e reproduz, com exactidão, as declarações na altura emitidas por todos os seus intervenientes perante o Oficial de Títulos do Banco Exequente, e a eles atribuídas, incluindo a Embargante.

Resultava da Cláusula 19ª do contrato de mútuo dado à execução que a embargante declarou constituir-se fiadora e principal pagadora de todas as obrigações emergentes para a “Mutuária” do referido contrato de mútuo, com renúncia ao benefício de excussão prévia, e declarou aceitar o contrato de mútuo dado à execução, com todas as suas condições, obrigando-se ao cumprimento do mesmo⁴⁸.

⁴⁸ Sobre o benefício da excussão prévia, relembre-se o voto de vencido do Conselheiro Júlio Vieira Gomes, no já referido Acórdão do STJ, de 9 de Julho de 2015 [Processo: 1728/12.8TBRR-A.L1.S1]: *“Os deveres de comunicação e de informação não se reduzem, estamos em crer, a um dever de prestar esclarecimentos se os mesmos forem solicitados (que corresponde apenas a uma faceta do dever de informação prevista no n.º 2 do artigo 6.º). Aliás sem essa comunicação prévia o leigo muitas vezes nem sequer sentirá necessidade de pedir mais esclarecimentos. Um exemplo: a exclusão do benefício da excussão prévia. Para um leigo - mormente com a 4.ª classe como a Autora - é apenas mais uma frase ininteligível, no meio da ‘algaraviada’ jurídica. Em suma, o leigo muitas vezes não sabe sequer o suficiente para se aperceber das cláusulas ou de todas as*



Ficou, ainda, consignado naquela referida Cláusula Décima Nona do referido contrato de mútuo, que: *“Assim o disseram e outorgaram depois deste lhes ser lido e de ter sido feita a explicação do seu conteúdo, em voz alta e na presença simultânea de todos”*. Sublinhe-se ainda dos factos provados que o contrato de mútuo dado à execução e seus aditamentos foram precedidos de uma livre discussão entre o Banco Exequente e a Mutuária, sobre o teor e alcance de cada cláusula, sem a participação da Embargante/fiadora.

O Tribunal considerou que:

“VI - No caso em apreço, apenas no circunstancialismo da subscrição ou outorga do contrato foram dadas a conhecer à aderente a cláusula contratual geral em discussão, quando, por tudo o exposto, a mesma não teria, para o efeito, de desenvolver mais do que uma diligência comum e era à proponente que caberia propiciar-lhe o antecipado e efectivo conhecimento daquela cláusula.”

A propósito da declaração constantes da escritura, de que esta teria sido lida e explicada aos outorgantes, entendeu o Tribunal, seguindo jurisprudência pacífica, que:

*“VII - Por outro lado, o dever de atempada comunicação, face à sua identificada *ratio*, também*

cláusulas que lhe são prejudiciais. Acresce que o momento da escritura não é, na realidade o adequado para pedir grandes esclarecimentos. Não o é pela pressão social - se a Autora falasse e questionasse muito punha em risco a realização da escritura de que os devedores necessitavam - e porque é delicado nesse momento colocar os cenários do incumprimento em cima da mesa”.



não fica preenchido com as declarações constantes na escritura de que, no dia da sua celebração, esta foi lida aos outorgantes e feita a explicação do seu conteúdo, questão cuja pertinência mais se realça atentando na significativa complexidade do clausulado alusivo à «renúncia ao benefício da excussão prévia» e à sua elevada repercussão (importância) para a embargante, para quem, sendo uma funcionária administrativa, aquela é uma expressão de alcance jurídico dificilmente inteligível.

VIII - O «*factum proprium*» apto a violar a boa-fé ou a confiança da recorrente e a constituir o aqui invocado exercício abusivo do direito pela embargante pressuporia, enquanto facto voluntário, a ciência e a vontade dessa violação. Ora, no caso, a exequente não provou ter propiciado à embargante o efectivo conhecimento da discutida cláusula, pelo que, no contexto, assim configurado, do incumprimento dos deveres de comunicação e de informação que sobre ela impendiam, não podem ser avocados os (inverificados) pressupostos cognitivos da liberdade de contratar por parte da embargante, que integrariam, simultaneamente, o elemento subjectivo da putativa violação da confiança.

IX - Por consequência, não podendo ser subjectivamente imputado à embargante o alegado comportamento anterior, ou a referida conduta voluntária, fica arredada a invocada violação da



expectativa ou confiança supostamente gerada na recorrente”

3) A cláusulas de permanência predispostas em contratos de prestação do serviço de telecomunicações

Por último, gostaríamos de partilhar a decisão proferida no Processo 82/2016, do Tribunal Arbitral de Conflitos do Consumo do Porto⁴⁹. Entre os factos dados como provados, encontravam-se os seguintes:

- Em Dezembro de 2013, a Requerente celebrou com a Requerida um contrato para a prestação de serviços de comunicações eletrónicas, pelo qual a Requerida se obrigou a prestar os seus serviços na sua habitação, XXX, mediante o pagamento de uma contrapartida monetária;
- Com a assinatura deste contrato, foi atribuído à Requerente o n.º de cliente C 438310502;
- No pacote convencionado (Pacote XXX 4) estava incluído o serviço de televisão (digital HD), 100 MB de internet, telefone ilimitado e a associação de dois cartões de telemóvel (Z Total), pelo valor mensal de 59,99 Euros;
- A instalação do serviço foi agendada para o dia 11 de Dezembro de 2013;

⁴⁹ Disponível em <http://www.cicap.pt/wp-content/uploads/2016/06/24.05.2016-telecomunica%C3%A7%C3%B5es.pdf>



- Em 4 de Setembro de 2015, a Requerente subscreveu um formulário de adesão;
- Com a assinatura deste formulário, foi mantido o n.º de cliente C 438310502;
- No pacote convencionado (Pacote XXX 4) estava incluído o serviço de televisão (digital HD), 100 MB de internet, telefone ilimitado e a associação de três cartões de telemóvel com 1 GB de dados, pelo valor mensal de 74,99 Euros;
- Em Setembro de 2015, a Requerente acreditava que estava apenas a alterar o contrato celebrado com a XXX, S.A., em Dezembro de 2013;
- Essa alteração consistia em associar mais um cartão de telemóvel ao pacote XXX 4, subscrito em Dezembro de 2013;
- Quando a Requerente e a Requerida convencionaram a adição deste novo número de telemóvel nunca foi abordada a cláusula da duração do contrato;
- Como resulta da nota ao formulário de adesão, assinado em 4 de Setembro de 2015, “O cliente poderá obter informações quanto ao período de permanência decorrido e ao valor a pagar em caso de resolução do contrato através do serviço ao cliente”.

Estava, pois em causa, um contrato para o fornecimento do serviço de telecomunicações celebrado em 2013. Quase dois anos depois, a cliente solicita que seja adicionado ao pacote de serviços convencionado um cartão de telemóvel, o que, no seu entender, produziria apenas uma modificação do contrato celebrado em



2013. A operadora invoca que foi celebrado um novo contrato, que este contrato tinha uma cláusula de permanência de 24 meses e que, caso a cliente pretendesse terminar antecipadamente o contrato, deveria pagar o valor convencionado como indenização pelo não cumprimento da cláusula.

Na opinião do Tribunal:

“Determina o artigo 6.º, do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, que “o contratante que recorra a cláusulas contratuais gerais deve informar, de acordo com as circunstâncias, a outra parte dos aspectos nela compreendidos cuja aclaração se justifique”. Resulta do que foi exposto acima que, tendo sido mantido o n.º de cliente C 438310502, que o pacote convencionado manteve o mesmo nome (Pacote XXX 4), que os serviços incluídos eram exactamente os mesmos, com a excepção da associação de três cartões [mais um do que os originariamente contratados] de telemóvel com 1 GB de dados e do preço mensal a pagar, que nunca foi abordada a cláusula da duração do contrato aquando da proposta de assinatura do formulário, o Tribunal aceitou que a Requerente pudesse razoavelmente acreditar que estava apenas a alterar o contrato celebrado com a XXX, S.A., em Dezembro de 2013. Assim, impunha-se que o predisponente tivesse informado efectivamente a Requerente de que estava a subscrever um novo contrato, o que não aconteceu, com as consequências previstas no artigo 8.º, alínea b), do regime das cláusulas contratuais



gerais: consideram-se excluídas do contrato as cláusulas “comunicadas com violação do dever de informação, de molde que não seja de esperar o seu conhecimento efectivo”.

Quanto à cláusula de permanência:

Cabe agora analisar a cláusula de permanência de 24 meses, aí acordada. Ainda antes de apreciarmos a sua proporcionalidade, vejamos da sua eficácia. A este propósito, relembremos que, nos termos do artigo 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, as cláusulas contratuais gerais devem ser *comunicadas na íntegra* aos aderentes que se limitem a subscrevê-las ou a aceitá-las (sublinhado nosso), sob pena de serem excluídas dos contratos singulares (artigo 8.º, alínea a), do mesmo diploma). Ora, no caso concreto, resulta do formulário de adesão junto como doc. 1 à Contestação, no campo das Observações Complementares, uma declaração do vendedor R. S. com o seguinte teor: “*Deixei Condições Gerais e preçário com o cliente*”. Ainda que não exista prova junto aos autos de que tal efectivamente aconteceu - e caberia à Requerida provar que o fizera, nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do regime das cláusulas contratuais gerais -, cabe atentar no teor da cláusula 14.1 das Condições Gerais de Serviço, onde se lê: “*o cliente ficará obrigado a pagar à XXX Comunicações uma compensação calculada nos termos indicados no Formulário ou nas Condições Específicas, sem prejuízo do direito a eventuais valores vencidos e juros moratórios*”. Estamos perante uma cláusula de mera remissão para o regime específico aplicável nas Comunicações Específicas, que exigiria, para cumprimento do disposto no artigo 5.º, n.º 1, uma comunicação efectiva dessas Condições Específicas à Requerente.



É certo que no formulário de adesão a requerente “declara conhecer, entender e aceitar integralmente, nomeadamente, as condições de preço, de pagamento e de duração do Contrato, bem como as consequências do seu incumprimento e que se encontram previstas na cláusula 3 das Condições Específicas”. Mas, como é entendimento unânime⁵⁰, não basta que o aderente assine um documento previamente elaborado em que admita terem sido cumpridas as exigências legais no que respeita à comunicação das cláusulas para que se considere que existiu efectivamente comunicação. No caso em análise, nada nos autos nos indica que tenha, de facto, existido essa comunicação, que não foi, aliás, alegada pela Requerida, a quem cabia o ónus da prova da comunicação, nos termos do já referido do artigo 5.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 446/85.

Ora, temos, pois, de considerar que as Condições Específicas não foram comunicadas nem entregues à Requerente, ou seja, que as consequências do incumprimento do período de permanência não foram, em desrespeito do artigo 5.º, n.º 1, *comunicadas na íntegra* à Requerente. E não tendo sido comunicadas na íntegra, elas não fazem parte do contrato celebrado em Setembro de 2015, nos termos do artigo 8.º, alínea a), do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro.”

⁵⁰ JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2016, pág. 76.



(b) A obtenção de benefícios injustificados: a protecção substancial contra o abuso

Como afirmámos acima, contra a desigualdade situacional das partes, o legislador optou, no regime das cláusulas contratuais gerais, por uma protecção procedimental, impondo especiais deveres de comunicação e de informação ao predisponente. Para a avaliação do (des)equilíbrio do negócio, todavia, é necessária *uma análise substancial* do seu conteúdo, que permitirá concluir, ou não, que dele resultaram benefícios injustificados para uma das partes.

Já referimos acima que o artigo 15.º estabelece a proibição das cláusulas contratuais gerais contrárias à boa fé e que o artigo 16.º determina como se deve concretizar essa proibição⁵¹. Os artigos 18.º e 19.º fixam o elenco das cláusulas proibidas, nas relações entre empresários ou entidades equiparadas, isto é, nas relações entre empresários ou os que exerçam profissões liberais, singulares ou colectivos, ou entre uns e outros, quando intervenham apenas nessa qualidade. O artigo 18.º fornece-nos uma lista das cláusulas absolutamente proibidas, ao passo que o artigo 19.º indica as cláusulas contratuais proibidas consoante o quadro negocial padronizado. Por força do artigo 20.º, estas proibições aplicam-se também nas relações com os consumidores finais e, genericamente, em todas aquelas não abrangidas pelo artigo 17.º. Mas estas relações estão ainda sujeitas às cláusulas proibidas absolutamente

⁵¹ Sobre a boa fé, recomendamos, por todos, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “A boa fé como norma de validade”, em *Direito dos Contratos – Estudos*, Coimbra Editora, 2007, págs. 207 e ss. Quanto ao desequilíbrio significativo do contrato como elemento concretizador, vide JORGE MORAIS CARVALHO, *ob. cit.*, págs. 106 e ss, com indicação de jurisprudência europeia.



no artigo 21.º e as proibidas, consoante o quadro negocial padronizado, no artigo 22.º⁵².

Relativamente ao *controlo material das cláusulas*, destacamos, de forma muito sintética, três arestos do nosso Supremo Tribunal, respeitantes ao contrato de seguro por invalidez absoluta, ao contrato de seguro do industrial de construção civil e ao contrato de abertura de crédito (constituindo este último um Acórdão de Uniformização de Jurisprudência). Estes casos que escolhemos demonstram de forma ostensiva a obtenção de prejuízos excessivos ou injustificados pelo predisponente das cláusulas negociais (resultante de um aproveitamento consciente da posição de inferioridade do aceite), o *elemento objectivo da usura*.

1) O contrato de seguro por invalidez absoluta

O Acórdão do STJ, de 27 de Setembro de 2016 [Processo: 240/11.7TBVRM.G1.S1]⁵³, decidindo sobre um contrato de seguro

⁵² Vide JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais”, em *Direito dos Contratos – Estudos*, Coimbra Editora, 2007, págs. 101 e ss. Para uma análise jurisprudencial, vide ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais*, Coimbra Editora, 2013, págs. 251 e ss.

⁵³ Já no Ac. STJ, de 18 de Setembro de 2014 [Processo: 2334/10.7TBGDM.P1.S1], com muita clareza: “*Ou seja, a pessoa segura, depois de consolidada e clinicamente comprovada a invalidez total e permanente, tem o ónus de apresentar reclamação junto da Seguradora, comprovando que para os actos normais da sua vida diária carece da assistência de uma terceira pessoa. E o relatório médico, onde se descreva com pormenor a data de início, evolução, causas e natureza da invalidez, bem como qual a conclusão clínica, que o segurado teve de obrigatoriamente apresentar à Junta Médica, para que esta*



de grupo destinado ao pagamento do saldo de um empréstimo por crédito à habitação em caso de invalidez absoluta e definitiva do aderente, contendo uma cláusula que exigia acrescidamente para a caracterização desse estado de invalidez que o aderente ficasse na obrigação de recorrer à assistência permanente de uma terceira pessoa para efetuar os atos ordinários da vida corrente, considerou tal cláusula abusiva, por atentatória do vetor da boa-fé:

“V. Tal cláusula introduz um significativo desequilíbrio contratual entre as partes (na prática esvazia largamente a utilidade do seguro), na medida em que o fim precípua do dito seguro é obrigar o

emitisse a sua decisão, terá de ser novamente apresentado perante o médico da seguradora, pois a este compete, em suma, analisar se, segundo o seu critério, a Junta Médica decidiu bem ou mal e confirmar ou infirmar essa a decisão, se assim o entender. É manifesto que esta cláusula se assume contrária à boa-fé, por implicar um desequilíbrio desproporcionado e, a final, uma penalização gravosa para o autor. Na verdade, conhecedor da existência de um contrato de seguro de que era beneficiário, designadamente em caso de invalidez total e permanente, o autor adquiriu a confiança de que, caso se viesse a encontrar em tal situação, teria direito de ver a seguradora satisfazer as prestações ainda em falta do contrato de mútuo. E era também isso o que exactamente pretendia o Banco, pois, a partir do momento em que o segurado/mutuário deixasse de poder satisfazer essas prestações, por incapacidade, o Banco encontrava-se salvaguardado com o contrato de seguro firmado. Pode, por isso, afirmar-se que a confiança depositada pelo autor no referido contrato de seguro foi defraudada, sendo que da análise comparativa dos interesses de ambos os contraentes resulta para a seguradora uma vantagem injustificável, já que lhe compete decidir se deve ou não satisfazer ao Banco o mútuo solicitado pelo segurado, para além de drasticamente reduzir o número de segurados que, apesar de impossibilitados de auferirem qualquer remuneração, nem assim deixam de se ver coagidos a satisfazer a prestação mutuada, sob pena se verem privados da habitação adquirida, devendo ainda acrescentar-se que tal cláusula nem sequer foi trazida ao conhecimento do autor”.



segurador a pagar ao banco mutuante no caso do aderente ficar impossibilitado de o fazer por si, e esta finalidade satisfaz-se com a própria impossibilidade e sem necessidade do aderente ficar também dependente da referida assistência permanente.

2) Seguro do industrial de construção civil

O Ac. STJ, de 7 de Dezembro de 2016 [Processo: 1776/11.5TVLSB.L1.S1] decidiu sobre um seguro de responsabilidade civil do industrial de construção civil, em especial uma cláusula limitativa da responsabilidade da seguradora. Considerou o Tribunal que, assumindo a seguradora no âmbito de contrato de seguro, sujeito ao regime das cláusulas contratuais gerais, a indemnização pelos danos materiais causados em propriedades contíguas ao local de trabalho da empreitada – a empreitada que tinha por objeto a demolição de edifício e a edificação de um novo suportado em alicerces instalados após trabalhos de escavação no subsolo –, danos devidos à execução dos trabalhos seguros, *a inclusão de cláusula limitativa, que pela sua amplitude retira utilidade prática à cláusula geral de responsabilidade*, traduzia desrespeito das regras de boa fé e dos deveres de informação referenciados nos artigos 5.º, 6.º, 15.º, 16.º e 18.º, al. b) daquele diploma, constituindo uma limitação desproporcionada à responsabilidade assumida de indemnização de terceiros pelos danos resultantes da execução da empreitada:

III - É o que sucede com a cláusula limitativa da responsabilidade por via da qual a seguradora não se responsabiliza pelos danos causados “por ou em



consequência de vibrações, utilização de explosivos, remoção ou enfraquecimento de fundações, alterações do nível freático e outros trabalhos que envolvam elementos de suporte ou subsolo, quando diretamente resultantes da execução destes trabalhos”, designadamente o invocado “enfraquecimento de fundações”, considerando que o enfraquecimento de fundações dos prédios vizinhos àquele onde se procedem a escavações constitui o principal risco que decorre precisamente das escavações em subsolo.

3) Contrato de abertura de crédito

Por último, destacamos o Acórdão de Uniformização de Jurisprudência de 13 de Novembro de 2015⁵⁴, a propósito de uma minuta do contrato de abertura do crédito.

Do contrato proposto foram analisadas várias cláusulas. Relativamente à Cláusula 5.4. da Secção A – Disposições Gerais e Comuns – Ordens, Instruções e Processamento:

A) O Banco fica desde já expressamente autorizado a movimentar a conta para os efeitos previstos no número anterior, bem como a debitar quaisquer contas junto dos seus balcões de que o cliente seja ou venha a ser titular ou contitular, para efectivação do pagamento de quaisquer dívidas emergentes da execução das operações previstas

⁵⁴ Publicado no DR I, de 7 de Janeiro de 2016.



nestas Condições Gerais, podendo, ainda, proceder à compensação dessas dívidas com quaisquer saldos credores da cliente e independentemente da verificação dos pressupostos da compensação legal.

B) Cláusula 2.2. Débitos em in Subsecção B2 (Depósitos à Ordem) da Secção B (Condições Gerais de Abertura e Movimentação de Conta): Caso a conta não se encontre provisionada com saldo suficiente para o lançamento a débito de qualquer pagamento, poderá o Banco proceder ao débito do montante em causa em qualquer outra conta da titularidade ou contitularidade do cliente junto do Banco, ou autorizar o pagamento, ficando neste caso o cliente, independentemente de interpelação, obrigado a regularizar de imediato qualquer descoberto assim originado, o qual vencerá juros contados dia a dia à taxa mais alta praticada pelo Banco para operações activas, acrescida de quaisquer sobretaxas, impostos e outros encargos aplicáveis.

foi proferido o seguinte segmento uniformizador:

“É proibida, nos termos do preceituado pelo artº. 15º da LCCG, por contrária à boa-fé, a cláusula contratual geral que autoriza o banco predisponente a compensar o seu crédito sobre um cliente com o saldo de conta colectiva solidária, de que o mesmo cliente seja ou venha a ser contitular”.

Relativamente à Cláusula 12.3. sob a epígrafe Disposições Diversas inserida na Secção A (Disposições Gerais Comuns):



O cliente desde já autoriza o Banco a ceder total ou parcialmente a sua posição contratual nestas Condições Gerais para outras entidades do Grupo ... sediadas em Portugal ou no estrangeiro com representação em Portugal, a qual será eficaz a partir da data da sua comunicação ao cliente mediante carta registada.

o Tribunal considerou que:

É proibida, nos termos do preceituado pelo artº. 18º al. a) da LCCG, a cláusula contratual geral que autoriza o banco predisponente a ceder total ou parcialmente a sua posição contratual para outras entidades do respectivo grupo, sediadas em Portugal ou no estrangeiro.

Relativamente à Cláusula 14., sob a epígrafe Lei Aplicável e Foro Competente inserida na Secção A (Disposições Gerais e Comuns):

Para julgar todas as questões emergentes dos serviços e produtos abrangidos pelas presentes Condições Gerais e as operações bancárias nos seus termos realizadas, as partes elegem, ressalvadas as limitações da lei, o foro do Tribunal da Comarca de Lisboa.

foi proferido o seguinte segmento uniformizador:

A nulidade da cláusula de atribuição de competência territorial pode ser apreciada em acção inibitória, em função da valoração do quadro contratual



padronizado e não apenas no âmbito dos contratos concretos.

O artigo 19.º, alínea g), do Decreto-Lei n.º 446/85 considera proibida, *consoante o quadro negocial padronizado*, a cláusula contratual geral que estabeleça um foro competente que envolva graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra parte o justifiquem⁵⁵. O Tribunal, face ao artigo 25.º - dispondo que as cláusulas contratuais gerais, elaboradas para utilização futura, quando contrariem o disposto nos artigos 15.º, 16.º, 18.º, 19.º, 21.º e 22.º, podem ser proibidas por decisão judicial, independentemente da sua inclusão efectiva em contratos singulares – considerou que se este tipo de cláusulas pode ser proibido por decisão judicial, mesmo sem estarem incluídas em qualquer contrato, então o tribunal não precisa de analisar as circunstâncias concretas do negócio jurídico em que as mesmas foram inseridas para as declarar proibidas, desde que tome em consideração o tipo de contrato e o padrão de aderentes.

(c) A tutela contra a usura

Se ao nível da previsão encontramos uma notável aproximação entre o regime da usura e o regime das cláusulas contratuais gerais, através da exigência da verificação simultânea de requisitos subjectivos e objectivos, também ao nível da estatuição a solução é próxima.

⁵⁵ Sobre o conceito de quadro negocial padronizado, ANA PRATA, *ob. cit.*, págs. 117 e ss, e OLIVEIRA ASCENSÃO, “Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé”, ROA 60 (2000), págs. 573 a 595.



É certo que o artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 446/85 estabeleceu a nulidade das cláusulas abusivas, ao passo que o artigo 282.º do Código Civil determina a anulabilidade dos negócios usurários, mas a maior gravidade da sanção ali imposta prende-se precisamente com o efeito nocivo que *a mera oferta*, em massa, dessas cláusulas pode ter no mercado, bem como ao facto de a utilização de cláusulas abusivas decorrer em grande medida nas relações entre profissionais e consumidores, que, com a sua vulnerabilidade estrutural, associada ao baixo valor económicos dos conflitos, não serão apetência ou possibilidade de recorrer a ajuda técnica especializada ou às vias judiciais para defender os seus interesses. O regime da nulidade, por força do conhecimento oficioso previsto no artigo 286.º, permite convocar uma terceira parte, imparcial e acima das partes, o juiz, para conhecer do carácter abusivo das cláusulas contratuais predispostas por uma das partes⁵⁶. Encontram-se os dois regimes, todavia, na possibilidade prevista no artigo 283.º do Código Civil e nos artigos 13.º e 14.º do Decreto-Lei n.º 446/85, da subsistência dos contratos mediante uma correcção do desequilíbrio contratual, segundo juízos de equidade ou segundo a boa fé, que conduzirão à justa composição dos interesses das partes. Como vimos acima, no regime geral da usura, a

⁵⁶ Como refere PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, ob. cit., pág. 558: *“A massificação da usura característica das cláusulas contratuais gerais iníquas acarreta uma relevância social, de ordem pública, que ultrapassa o carácter meramente interprivado do regime geral da usura contido nos artigos 282.º a 283.º do Código Civil. Por isso, a sanção da iniquidade das cláusulas contratuais gerais é a nulidade. Em virtude da especial relevância social que assume, a imposição de cláusulas contratuais gerais na contratação em massa, a usura em massa, exige providências preventivas e generalizadoras eficazes que a evitem e corrijam. A LCCG prevê, para isso, a acção inibitória”*.



consequência será a anulação do contrato a pedido do lesado ou, em seu lugar, a modificação do negócio segundo juízos de equidade. Mas, em cada caso concreto, o aderente que subscreveu ou aceitou cláusulas contratuais gerais pode optar pela manutenção dos contratos singulares quando algumas dessas cláusulas sejam nulas. A manutenção desses contratos implica a vigência, na parte afectada, das normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos. Se o aderente não pretender a manutenção do contrato ou esta conduzir a um desequilíbrio de prestações gravemente atentatório da boa fé, vigorará o regime da redução dos negócios jurídicos.

IV. Conclusão

Demonstrámos neste texto que os elementos que caracterizam a usura – a situação de inferioridade do lesado e a exploração dessa situação pelo declarante e a obtenção de benefícios excessivos ou injustificados – estão subjacentes à regulamentação das cláusulas contratuais gerais pelo Decreto-Lei n.º 446/85 e mereceram, cada um deles, respostas distintas do legislador. Ao *elemento subjectivo*, a situação de inferioridade do lesado e a exploração dessa situação pelo declarante, o legislador respondeu com o controlo procedimental do contrato, *maxime*, através da imposição de específicos deveres de comunicação e informação. Tal como os nossos tribunais têm aceite, o dever de comunicação e o dever de informação do predisponente são especialmente exigentes, não se compadecendo com um cumprimento meramente formal, desatento à concreta contraparte que se apresenta a negociar. Cabe ao julgador fazer uma avaliação casuística para avaliar se o



predisponente soube adequadamente temperar o carácter generalizante da cláusula predisposta com a especificidade individual, seja ela estrutural ou conjuntural, do aceitante. Como hoje está demonstrado e comprovado *ad abundantiam*, a comunicação da cláusula, ainda que adequada ao perfil negocial do aceitante, não basta para que este profira uma declaração negocial esclarecida, mas carece de ser complementada com um dever de informação. Este dever é, hoje, paramentado como um dever de assistência, porquanto, *et pour cause*, não se visa que seja prestada toda a informação possível ao aderente, mas apenas aquela considerada adequada para a exacta e correcta compreensão do efeitos prático-jurídicos do contrato que vai celebrar.

Ao *elemento objectivo* da usura, a obtenção de benefícios excessivos ou injustificados, o legislador obviou com o controlo substancial das cláusulas contratuais. Para a apreciação quer do prejuízo, quer da sua (não) justificação, necessária se torna uma análise do conteúdo regulatório do contrato, da sua materialidade intrínseca, de modo a apurar a sua conformação substancial com os valores fundamentais do ordenamento jurídico, que não podem estar ausentes de uma vigente ética de negocial.

Não sendo mutuamente excludentes, estas vias de avaliação do contrato devem, ambas, ser operacionalizadas em cada caso, contrariando uma certa hierarquia valorativa em prejuízo do cumprimento dos deveres de comunicação e de informação pelo predisponente. Só o controlo procedimental do contrato associado ao controlo material das cláusulas que o compõem permite uma reacção eficaz e adequada contra a assimetria situacional que caracteriza a relação entre predisponente e aceitante e que, traduzindo uma situação de inferioridade do aderente e a



exploração dessa inferioridade pelo predisponente poderá eventualmente conduzir a um benefício excessivo ou injustificado.

Estas respostas do ordenamento jurídico, por último, não fecham a porta a que, no momento derradeiro, o da invalidação da cláusula ou do contrato, este possa ainda subsistir, se a subsistência do contrato, não conduzindo a um desequilíbrio de prestações gravemente atentatório da boa fé, for considerada como a forma de melhor realizar a composição dos seus interesses – numa situação igualmente próxima daquela do regime geral da usura.

Sandra Passinhas