CONTRATOS DE ADESÃO NAS RELAÇÕES ENTRE EMPRESAS – ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES DE 19 DE FEVEREIRO DE 2005 (PROCESSO N.º 1575/05, 1.ª SECÇÃO)

UNFAIR TERMS IN CONTRACTS BETWEEN BUSINESSES CASE NOTE, APPEAL COURT OF GUIMARÃES, JUDGEMENT OF 19 FEBRUARY 2005

Nuno Manuel Pinto Oliveira*

1. O termo "*contratos de adesão*" é controverso. Saleilles propô-lo, "*faute de mieux*", para designar algo que só *aparentemente* seria um *contrato*. Explicando as suas reservas sobre a coordenação do caso ao conceito de *contrato*, Saleilles dizia duas coisas: O conceito de contrato pressupõe a liberdade e a igualdade (alguma igualdade) – que cada uma das partes seja livre e que as duas partes sejam iguais –; o conceito de "contrato de adesão" pressupõe a desigualdade (alguma desigualdade): – que uma das partes seja livre e que a outra não o seja; que as duas partes sejam desiguais. A vontade do autor das cláusulas do "contrato de adesão" seria a vontade *principal* ou *subordinante*; seria a *vontade soberana*; a vontade do destinatário das cláusulas dos "contrato de adesão" seria, tão-só, uma *vontade subordinada*; seria, tão-só, uma *vontade súbdita*: "*il y a la prédominance exclusive d'une seule volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indeterminée*". O termo "contratos de adesão" designaria "*de prétendus contrats, qui n'ont du contrat que le nom, et dont la construction juridique reste à faire*"[1].

Estando os contratos de adesão excluídos do conceito de contrato, o controlo de conteúdo dos contratos de adesão conciliar-se-ia com o princípio da liberdade contratual. Os contratos de adesão não seriam (sequer) semelhantes aos contratos[2]; seriam semelhantes a uma lei (Saleilles[3]), ou, pelo menos, a um regulamento (Hauriou[4]). – Demogue chamava-lhes *"[d]es règles privées agissant à la manière de lois d'Etat*"[5]. – O *direito dos contratos* concretiza os princípios de *liberdade* e de *igualdade* do direito privado. O *direito dos* "*contratos de adesão*" deveria concretizar o princípio de *vinculação* do direito público.

2. O fenómeno "*descoberto*" por Saleilles suscitou *questões de palavras* – "*contratos de adesão*" ou "*contratos por adesão*"?[6] – e, sobretudo, *questões de conceitos*: deve conservar-se

---

* Professor Associado com Agregação da Escola de Direito da Universidade do Minho.

1 Raymond Saleilles, *De la déclaration de volonté*, F. Pichon, Paris, 1901, pág. 229.

2 Cf. designadamente Arthur Allen Leff, "Contract as Thing", in: *The American University Law Review*, vol. 19 (1970), págs. 131-157 (143): "*the phrase 'contract of adhesion' fails to rivet the reformers' (and judges') attention on what is really at issue. In fact, 'adhesion contract' turns out upon examination to be one of those magical language-game products like 'darkness visible' or 'incorporeal body,' by the use of which one 'describes' non-states of affairs (the principal historical use of which has been, interestingly enough, for descriptions of the theologically ineffable)*".

3 Raymond Saleilles, *De la déclaration de volonté*, cit., pág. 230. A aproximação entre o "contrato de adesão" e a lei, sugerida por Saleilles, é hoje retomada, p. ex., por W. David Slawson, "Standard Contract Terms and Democratic Control of Lawmaking Power", in: *Harvard Law Review*, vol. 84 (1971), págs. 529-566, e por Stephen J. Choi / G. Mitu Gulati, "Contract as Statute", in: *Michigan Law Review*, vol. 104 (2006), págs. 1129-1173.

4 *Apud* Georges Dereux, "De la nature juridique des contrats d'adhésion", in: *Revue trimestrielle de droit civil*, 1910, págs. 503-541 (esp. págs. 505-506).

5 René Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique, pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Arthur Rousseau, Paris, 1911, pág. 573; sobre a *actualidade* da obra de Demogue, *vide,* p. ex., Duncan Kennedy / Marie-Claire Belleau, "La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine", in: *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2006, págs. 163-211.

6 Em França, discutiu-se se o termo *contratos de adesão* seria adequado. Saleilles sugeriu-o, sem grande convicção; Dereux rejeitou-o, sustentando que o termo "*contratos de adesão*" devia ser substituído pelo termo "*contratos por adesão*" ("De la nature juridique des contrats d'adhésion", cit., págs. 504-506). Em Portugal, Menezes Cordeiro sustenta que "a locução ['contratos de adesão'] é imprópria, por dar ideia de um problema de conteúdo (ex., contrato *de* compra e venda, *de* locação, *de* sociedade, etc.) e não do modo *de* celebração. Melhor seria, pois, falar em contratos *por* adesão" – *Tratado de direito*

o conceito de contrato, *excluindo os* "*contratos de / por adesão*", ou deve alterar-se o conceito de contrato, *incluindo-os*?

O problema encontra-se hoje superado. Em primeiro lugar, deu-se uma "*des-mitificação*" do conceito de contrato e, em segundo lugar, "des-mitificado" o conceito de contrato, deu-se uma "des-mitificação" do direito dos contratos.

a) Os contratos em que cada uma das partes é plenamente livre, e em que as duas são rigorosamente iguais, "*ententes idylliques de deux volontés qui s'assemblent, comme pré-destinées à s'unir librement sur le pied d'égalité*" [7], correspondem a uma *ficção*; os contratos em que uma das partes não é plenamente livre, ou em que as duas não são rigorosamente iguais, correspondem a um *facto*:

> "*ce sont les contrats tels que la vie les montre, faits parfois de l'audacieuse demande de l'un et de la timidité de l'autre, de la nécessité d'accepter les seules conditions qu'on vous offre, du bonus dolus du beau parleur, des circonstances favorables ou défavorables qui étreignent un contractant, parfois les deux, réseaux de contrats avec des tiers, de nécessité de la vie courante, d'ignorances de certains points*"[8].

Os argumentos apresentados para sustentar a tese de que os *contratos de adesão* deviam ser coordenados ao *conceito* e, sobretudo, para sustentar a tese de que os *contratos de adesão* deviam ser subordinados ao *regime* dos contratos eram, de quando em quando, (extraordinariamente) ingénuos – como acontecia, p. ex., com o argumento de que o direito civil não exige que as partes sejam económica ou socialmente iguais para que o acordo das suas vontades constitua um *contrato*, ou sequer para que constitua um contrato *válido*[9] – e, de quando em quando, (extraordinariamente) sofisticados – como acontecia, p. ex., com os argumentos retirados de uma teoria objectivista da declaração de vontade negocial[10] ou de uma teoria objectivista ("*reificadora*") do contrato[11].

Independentemente do *valor* ou do *desvalor* dos argumentos deduzidos[12], a recondução do *problema* dos contratos de adesão ao *sistema* de direito dos contratos é hoje, consensual, ou quase consensual. Os contratos de adesão podem ser um *problema*, e um *grande problema* para o direito são-no – Burnham declarou-o, recentemente, em termos impressivos: "*The greatest*

---

civil português, vol. I – *Parte geral*, tomo I – *Introdução. Doutrina geral. Negócio jurídico*, 3.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2005, pág. 425.

7 René Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, cit., pág. 573.

8 René Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, cit., pág. 573.

9 Louis Josserand, "La transformation du droit des obligations et des contrats depuis la promulgation du Code civil français", in: *Le droit civil français. Livre-souvenir des journées du droit civil français*, Sirey / Le barreau de Montréal, Paris / Montréal, 1936, págs. 29-57 (33): "*nulle part, la loi n'exige, entre les parties, l'égalité économique; l'égalité juridique y suffit*".

10 Cf. Randy E. Barnett, "Consenting to Form Contracts", in: *Fordham Law Review*, vol. 71 (2002-2003), págs. 627-645.

11 Cf. Arthur Allen Leff, "Contract as Thing", cit., e Friedrich Kessler, "Some Thoughts on the Evolution of the German Law of Contracts: Part I", in: *UCLA Law Review*, vol. 22 (1974-1975), págs. 1066-1082 (1082) – in: WWW: < http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2644 > –: "*Dissatisfaction with the usefulness of the 'contract of adhesion' analysis' has led them to suggest that standard contracts particularly in the consumer area should be regarded as "things." This 'reification' theory has recently been refined: standard forms, as has been suggested, should be regarded as "things" only to the extent that they are not "true" contracts, i.e., their terms are not agreed upon. Thus qualified, the theory suggests that obligations incorporated in a standard contract may become independent of the consensus of the parties so that the contents of the standard form will be determined by the socioeconomic context which forms their matrix. It may indeed be argued that the courts in dealing with standard contracts have already taken this position, thereby adding a new facet to the requirement of contractual justice*".

12 Explicando, com algum detalhe, o desenvolvimento da doutrina norte-americana sobre os "contratos de adesão", *vide* Todd D. Rakoff, "Contratos de adésion. Una reconstrucción teórica", in: *Revista de derecho privado* (Universidad de Los Andes), 2006, págs. 57-168; Robert Hilman, "Rolling Contracts", in: *Fordham Law Review*, vol. 71 (2002-2003), págs. 743-759; Shelley Smith, "Reforming the Law of Adhesion Contracts: A Judicial Response to the Subprime Mortgage Crisis", in: *Lewis & Clark Law Review*, vol. 14 (2010), págs. 1035-1121 (esp. págs. 1082-1110).

problem facing modern contract law is how to deal with the contract of adhesion"[13]. – Sejam ou não um problema, e um grande problema, são-no para o *direito dos contratos*.

b) O *fenómeno* da "des-mitificação" do conceito de *contrato* foi entretanto completado por uma "des-mitificação" do sistema de *direito dos contratos*.

O paradigma de um *direito privado formal* foi substituído / superado pelo paradigma de um *direito privado material*; o paradigma de um *direito privado formal*, dirigindo-se (só) à realização da autonomia ou da liberdade individual, foi substituído / superado pelo paradigma de um *direito privado material*, dirigindo-se, *simultaneamente*, à realização da liberdade individual e da justiça social: "*todo o direito privado superava uma simples tutela da autodeterminação individual, devendo servir para realizar a justiça social*"[14]. – Habermas fala de uma "mudança na percepção dos contextos sociais nos quais a autonomia [ou a liberdade] de cada um deve encontrar igual realização"[15], de que decorreria uma "regulamentação intencional superior às duas partes"[16], destinada a *compensar* as disfunções do mercado, favorecendo quem está em posição mais frágil[17].

O princípio da liberdade contratual, quando aplicado no contexto de *relações económicas e sociais de igualdade*, seria uma *competência*, um *direito* ou uma *faculdade* de todos os sujeitos da relação jurídica; quando aplicado no contexto de *relações económicas e sociais de desigualdade*, seria uma *competência*, um *direito* ou uma *faculdade* de algum, ou de alguns; seria, portanto, um *privilégio* unilateral. Friedrich Kessler dizia-o, em termos particularmente sugestivos: – "*the law, by protecting the unequal distribution of property, does nothing to prevent freedom of contract from becoming a one-sided privilege*"[18]. Entre os resultados da aplicação do princípio da liberdade contratual no contexto de relações de desigualdade encontrar-se-iam, p. ex., os *contratos de adesão*.

Existindo um *hiato* entre a substância e a forma – entre a substância de um *acto de autoridade* e a forma de um *acto de liberdade* –, os contratos de adesão seriam particularmente perigosos para a *autonomia* (para a *liberdade*).

O perigo de uma perturbação da liberdade *individual* é mais aparente (mais evidente). O contrato de adesão é, em substância, um acto de autoridade – e, como é, em substância, um acto de autoridade, "*prend quelques libertés avec le vieux concept de l'autonomie des volontés*"[19] –. O perigo de uma perturbação da liberdade *supraindividual* é, porém, menos aparente (menos evidente). O facto de um perigo ser *menos aparente* não significa, porém, que seja *menos real*.

Em Estados constitucionais, democráticos e pluralistas, o direito público deve proteger a liberdade (individual e supra-individual) contra os poderes públicos e o direito privado deve protegê-la contra os poderes privados. O problema está em que uma *afirmação* do princípio da

---

[13] Scott J. Burnham, "Incorporating the Doctrine of Reasonable Expectations in Article 2", in: *Duquesne Business Law Journal*, vol. 11 (2008-2009), págs. 217-244 (217).

[14] Jürgen Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (título original: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*), Guerini, Milano, 1996, pág. 471.

[15] Jürgen Habermas, *Fatti e norme*, cit., pág. 474.

[16] A expressão é de G. W. F. Hegel, *Princípios de filosofia do direito*, Martins Fontes, São Paulo, 1997, págs. 204-205.

[17] Jürgen Habermas, *Fatti e norme*, cit., pág. 478.

[18] Friedrich Kessler, "Contracts of Adhesion – Some Thoughts about Freedom of Contract", in: *Columbia Law Review,* vol. 43 (1943), págs. 629-642 (640); sobre o contexto da obra de Kessler, *vide*, p. ex., Grant Gilmore, "Friedrich Kessler", in: *The Yale Law Journal*, vol. 84 (1974-1975), págs. 672-682; Christian Joerges, *Geschichte als Nicht-Geschichte: Unterschiede und Ungleichzeitigkeiten zwischen Friedrich Kessler und der deutschen Rechtswissenschaft / History as Non-History: Divergences and Time Lag Between Friedrich Kessler and German Jurisprudence*, EUI Working Paper Law No. 92/25, European University Institute, Florence, 1992; George L. Priest, "Contracts Then and Now: An Appreciation of Friedrich Kessler", in: *The Yale Law Journal*, vol. 104 (1994-1995), págs. 2145-2156; Christian Joerges, "Demos vs. Ethnos in Private Law: Friedrich Kessler and His German Heritage", in: *The Yale Law Journal*, vol. 104 (1994-1995), págs. 2137-2143

[19] Louis Josserand, "La transformation du droit des obligations et des contrats depuis la promulgation du Code civil français", in: *Le droit civil français. Livre-souvenir des journées du droit civil français*, Sirey / Le barreau de Montréal, Paris / Montréal, 1936, págs. 29-57 (34).

liberdade contratual *insensível ao contexto* converter-se-á em *negação* do princípio da liberdade contratual. Em contextos económicos e sociais caracterizados por relações de desigualdade, como, p. ex., nos contextos económicos e sociais típicos da conclusão de contratos de adesão, "*[f]reedom of contract enables enterprisers to legislate by contract and, what is even more important, to legislate in a substantially authoritarian manner without using the appearance of authoritarian forms*"[20]. O contrato converter-se-ia então em instrumento de um "*neo-feudalismo*"[21].

3. Explicitadas as razões por que deve (re)construir-se um direito dos contratos sensível ao contexto (económico e social) da autonomia, põe-se o problema da relação entre os conceitos de *cláusulas abusivas* e de *contratos de adesão*.

O conceito de *cláusulas abusivas* relaciona-se com o conteúdo do contrato. O art. 3.º, n.º 1, da Directiva 1993/13/CE, de 5 de Abril de 1993, p. ex., define-as através dos conceitos indeterminados de "*boa fé*" e de "*desequilíbrio significativo […] entre os direitos e [as] obrigações das partes decorrentes do contrato*". O conceito (mais amplo) de *contratos de adesão* e os conceitos (mais restritos) de *cláusulas contratuais gerais* e de *cláusulas contratuais individualizadas* relacionam-se com o procedimento de conformação do conteúdo do contrato.

O termo *contratos de adesão* designa todos os contratos que não sido negociados. Em termos mais rigorosos: – designa todos os contratos em que tenham sido inseridas cláusulas não negociadas. Interpretado como designando todos os contratos em que tenham sido inseridas cláusulas não negociadas, o conceito de contratos de adesão é suficientemente amplo para abranger as cláusulas contratuais gerais e as cláusulas contratuais individualizadas: as cláusulas contratuais gerais destinam-se a uma *pluralidade de contratos*; destinando-se a uma pluralidade de contratos, os seus destinatários estão *indeterminados*; as cláusulas contratuais individualizadas destinam-se a *um contrato*; destinando-se a um contrato, os seus destinatários estão (quase) sempre *determinados*[22].

O controlo das cláusulas abusivas, "*contrárias à boa fé*", há-de estender-se a todos os contratos ou há-de restringir-se aos contratos de adesão?; – devendo restringir-se aos contratos de adesão, há-de estender-se às cláusulas contratuais individualizadas ou há-de restringir-se às cláusulas contratuais gerais?

4. Friedrich Kessler advogava uma *transição* de um direito dos contratos *homogéneo*, (tendencialmente) insensível à circunstância de os contratos terem sido, ou não, negociados, para um direito dos contratos *heterogéneo*.

O preço de um direito dos contratos *homogéneo* seria demasiado elevado[23]. Entre os corolários da *homogeneidade* do direito dos contratos estaria, p. ex., a aplicação *automática* do princípio da autonomia privada, desconsiderando os "contextos sociais nos quais a autonomia

---

[20] Friedrich Kessler, "Contracts of Adhesion", cit., pág. 640.

[21] Cf. Christian Joerges, *Geschichte als Nicht-Geschichte: Unterschiede und Ungleichzeitigkeiten zwischen Friedrich Kessler und der deutschen Rechtswissenschaft / History as Non-History: Divergences and Time Lag Between Friedrich Kessler and German Jurisprudence*, cit., pág. 87 – resumindo a tese de Kessler nos seguintes termos: "*If the instrument of contract is used to organize a long-term sales relationship in such a way that the one party may set the terms and modify them unilaterally, whilst the other becomes economically and existentially dependent on that first party, the resulting relationship is one of 'rule and subjugation' – the contract establishes a neo-feudalist structure*".

[22] Cf. António Pinto Monteiro, "O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais", in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 62 (2002), págs. 111-142 – "*se é certo que se trata, frequentemente, de designar de forma diversa o mesmo processo, a verdade é que, em rigor, a fórmula contratos de adesão é mais ampla, podendo não coincidir com a expressão cláusulas contratuais gerais. Na verdade, em regra o contrato de adesão é concluído através de cláusulas contratuais gerais; mas pode acontecer que falte às cláusulas pré-formuladas o requisito da generalidade (ou o da indeterminação), caso em que haverá contrato de adesão (estando presentes as características da pré-disposição, unilateralidade e rigidez) sem se poder falar de cláusulas contratuais gerais. Estas últimas são previamente elaboradas, numa palavra, tendo em vista a celebração, no futuro, de múltiplos contratos, que serão de adesão – mas tais contratos não deixarão de o ser se faltarem às cláusulas pré-formuladas os requisitos da generalidade e indeterminação*".

[23] Friedrich Kessler, "Contracts of Adhesion", cit., pág. 633 – "*Society had thus to pay a high price in terms of uncertainty for the luxury of an apparent homogeneity in the law of contracts*".

[ou a liberdade] de cada um deve encontrar igual realização". Os juízes, (algo) irracionalmente, tenderiam a recusar uma aplicação diferenciada, sensível ao contexto, dos princípios e das regras gerais de direito dos contratos – e, em particular, uma aplicação diferenciada, sensível ao contexto, dos princípios da liberdade de conclusão e de (con)formação do conteúdo do contrato: "*They prefer to convince themselves and the community that legal certainty and 'sound principles' of contract law should not be sacrificed to dictates of justice or social desirability*"[24]. Evitando-se discussões estéreis[25], a tendência descrita deveria ser superada: "*freedom of contract must mean different things for different types of contracts. Its meaning must change with the social importance of the type of contract and with the degree of monopoly enjoyed by the author of the standardized contract*"[26].

Os argumentos de Kessler são compatíveis com uma *pluralidade de modelos*[27]. – A aplicação diferenciada, sensível ao contexto, dos princípios da liberdade de conclusão e da liberdade de (con)formação do conteúdo do contrato pode ser feita através de uma apreciação *em concreto* ou de uma apreciação *em abstracto* da existência, ou da inexistência, de relações de desigualdade económica e social; devendo fazer-se uma apreciação em abstracto, a *selecção* dos contratos sujeitos ao controlo de conteúdo pode ser feita *ratione materiae* ou *ratione personae*: – *ratione materiae*, restringindo o controlo do conteúdo aos contratos não negociados; – *ratione personae*, restringindo o controlo do conteúdo aos contratos (negociados ou não negociados) concluídos com os consumidores.

a) Thomas Wilhelmsson propõe uma sequência de *quatro modelos normativos*. Os extremos seriam ocupados pelo "*'no particular problem' model*" e pelo "*general fairness model*". Entre os dois extremos – entre os dois pólos –, estariam o *consumer protection model* e o *standard-form contract model.*

O "*'no particular problem' model*" e o "*general fairness model*" não pressupõem nenhuma selecção dos contratos sujeitos ao controlo do conteúdo; o "*consumer protection model*" e o "*standard-form contract model"* pressupõem-na, porém.

O "*consumer protection model*" selecciona-os *ratione personae,* dirigindo-se exclusivamente aos contratos concluídos entre os profissionais e os consumidores; o "*standard-form contract model*" selecciona-os *ratione materiae*[28]. O "*consumer protection model*" atende ao desequilíbrio estrutural entre os sujeitos da relação contratual; relaciona-se com a "teoria do abuso" ou "teoria da desigualdade do poder negocial". O controlo do conteúdo das cláusulas contratuais não negociadas destinar-se-ia a proteger os sujeitos mais fracos (p. ex., os consumidores) contra os abusos dos profissionais. O "*standard-form contract model*", esse, atende ao desequilíbrio dos custos transaccionais.

Entre o autor e o destinatário das cláusulas contratuais gerais há *sempre* (alguma) *assimetria informacional* e *quase sempre* (alguma) *assimetria económica*. Em primeiro lugar, há sempre (alguma) *assimetria informacional.* O autor das cláusulas contratuais gerais conhece-as e o destinatário, não. Em segundo lugar, há sempre ou quase sempre (alguma) *assimetria*

---

[24] Friedrich Kessler, "Contracts of Adhesion", cit., pág. 640.

[25] Cf. Friedrich Kessler, "Contracts of Adhesion", cit., pág. 640 – "*Such discussions are hardly profitable*".

[26] Cf. Friedrich Kessler, "Contracts of Adhesion", cit., pág. 642.

[27] Cf. designadamente Thomas Wilhelmsson, "Various Approaches to Unfair Terms and Their Background Philosophies", in: *Juridica International*, vol. XIV (2008), págs. 51-57.

[28] Thomas Wilhelmsson, "Various Approaches to Unfair Terms and Their Background Philosophies", cit., págs. 53-54. – Wilhelmsson considera que a opção por um dos modelos / paradigmas normativos depende da resposta a quatro perguntas. A primeira pergunta relaciona-se com a racionalidade dos agentes económicos – designadamente, dos indivíduos –: até que ponto pode presumir-se que os agentes económicos são racionais? A segunda, com o conceito de *sociedade:* até que ponto pode presumir-se que o resultado de uma economia e de uma sociedade livres será um contrato justo? A terceira pergunta relaciona-se com o conceito de *comunidade* – e, em particular, com a maior ou menor confiança entre os membros da comunidade (entre os cidadão) –: até que ponto pode presumir-se que os membros da comunidade (que os cidadãos) confiam reciprocamente? A quarta, com os fins e com as funções do direito em geral e do direito privado em particular: qual o grau de concreta injustiça que deve aceitar-se para se afirmar o princípio da vinculatividade do contrato (*pacta sunta servanda*)?

económica. O autor das cláusulas contratuais gerais pode distribuir os custos relacionados com a sua utilização por uma pluralidade de relações e o destinatário, não. *Face à dupla assimetria descrita, o controlo das cláusulas contratuais gerais corresponderia a uma compensação pelo desequilíbrio de custos transaccionais*[29].

b) O problema está em que a sequência de *quatro modelos normativos* de Wilhelmsson é insuficiente. Excluída a "reabilitação" de um paradigma formal-liberal do direito dos contratos, resultante da adesão ao "*'no particular problem' model*", os *modelos normativos* plausíveis são – pelo menos – os seguintes seis:

O primeiro *modelo normativo* preconiza que os princípios e as regras sobre o controlo das cláusulas abusivas façam parte do direito geral dos contratos; corresponde sensivelmente ao "*general fairness model*"; o segundo *modelo normativo* preconiza que os princípios e as regras sobre o controlo das cláusulas abusivas façam parte do direito (especial) dos contratos de consumo (= direito do consumo); corresponde sensivelmente ao "*consumer protection model*".

Ratione materiae, o controlo dirigir-se-ia a todos os contratos, desatendendo à circunstância de o seu conteúdo ter sido, ou não, objecto de negociação individual. *Ratione personae*, o controlo dirigir-se-ia a alguns, *e só a alguns*, contratos – aos contratos concluídos entre profissionais e consumidores.

O terceiro *modelo normativo* preconiza o controlo das cláusulas contratuais gerais; corresponde ao "*standard-form contract model*"; explica-se / justifica-se através da aplicação da teoria dos custos transaccionais. O quarto *modelo normativo* preconiza o controlo das cláusulas contratuais gerais inseridas em contratos entre profissionais e consumidores, *e só das cláusulas contratuais gerais inseridas em contratos concluídos entre profissionais e consumidores*; corresponderia à coordenação do "*consumer protection model*" e do "*standard-form contract model*"; explicar-se-ia e / ou justificar-se-ia através da aplicação (simultânea) da teoria do abuso e da teoria dos custos transaccionais.

O primeiro, o segundo e o terceiro modelos normativos têm uma correspondência perfeita na sequência de Thomas Wilhelmsson; o quarto tem, tão-só, uma correspondência imperfeita; o quinto e o sexto modelos normativos, esses, não têm correspondência alguma na sequência de Wilhelmsson.

O primeiro e o segundo modelos normativos, correspondendo sensivelmente ao "*general fairness model"* e ao "*consumer protection model*", aplicam-se aos contratos negociados e aos contratos não negociados; o quinto e o sexto aplicam-se aos contratos não negociados, *e só aos contratos não negociados*.

O terceiro e o quarto modelos normativos, correspondendo sensivelmente ao "*standard--form contract model*" – em estado puro (terceiro modelo) ou em estado impuro (quarto modelo) –, aplicam-se às cláusulas contratuais gerais, *e só ás cláusulas contratuais gerais*; o quinto e o sexto, esses, aplicam-se às cláusulas contratuais gerais e às cláusulas contratuais individualizadas.

O quinto propõe o controlo das cláusulas abusivas em todos os *contratos não negociados.* Ou seja: – em todos os *contratos de adesão*. O sexto propõe o controlo das cláusulas

---

[29] Cf. Martin Ebers, "La revisione del diritto europeo del consumatore: l'attuazione nei Paesi membri della direttiva sulle clausole abusive (93/13/CEE) e le prospettive d'ulteriore armonizzazione", in: *Contratto e impresa / Europa*, 2007, págs. 696-733; sobre a teoria dos custos transaccionais, *vide* Avery Wiener Katz, "Standard Form Contracts", in: *New Palgrave Dictionary of Economics and Law*, consultado em WWW: < http://ssrn.com >; Michael Adams, "Ökonomische Begründung des AGB-Gesetzes", in: *Betriebsberater*, 1989, págs. 781-788; Hans-Bernd Schaefer, "Theorie des AGB-Kontrolle", in: in: *German Working Papers in Law and Economics*, n.º 4 / 2002, in: WWW: < http://www.bepress.com/gwp >; Georg von Wangenheim / Sylvia Rückebeil, "Die unterschiedlichen Grundlagen von deutschem AGB-Recht und europäischer Klauselvertragsrichtlinie – ökonomische und rechtliche Überlegungen zu Systembrüchen in der Umsetzung von Europäischem Recht", in: *German Working Papers in Law and Economics*, n.º 6 / 2007, in: WWW: < http://www.bepress.com/gwp >; Christian Kirchner, "Kommentar zu Georg von Wangeheim und Sylvia Rückebeil – Die unterschiedlichen Grundlagen von deutschem AGB-Recht und europäischer Klauselvertragsrichtlinie", in: *German Working Papers in Law and Economics*, n.º 7 / 2007, in: WWW: < http://www.bepress.com/gwp >; e, por último, Clayton P. Gillette, „Standard Form Contracts", in: *New York University Law and Economics Working Papers* – 181/2009, in: WWW: < http://lsr.nellco.org/nyu_lewp/181 >.

abusivas em alguns, *e só em alguns*, contratos não negociados. Ou seja: – em alguns, e (só) em alguns *contratos de adesão*; (só) nos contratos de adesão concluídos entre profissionais e consumidores.

Extraindo da terminologia jurídica anglo-americana um conceito para os designar, poderia porventura falar-se, para designar o quinto modelo normativo, de "*adhesion contract model*" e, para designar o sexto modelo normativo, de coordenação do "*adhesion contract model*" e do "*consumer protection model*".

5. O art. 1.º da Directiva 1993/13/CE, de 5 de Abril de 1993, relativa às *cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores*, determina que "a presente directiva tem por objectivo a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas às cláusulas abusivas em contratos celebrados entre profissionais e consumidores"; o art. 3.º, n.º 1, determina que "uma cláusula contratual que não tenha sido objecto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato".

O texto do art. 1.º significa que a directiva só se aplica aos contratos de adesão (= aos contratos não negociados) celebrados entre profissionais e consumidores; o texto do art. 3.º, n.º 1, esse significa que a directiva se aplica aos contratos de adesão e, dentro dos contratos de adesão (= dos contratos não negociados), às cláusulas contratuais gerais e às cláusulas contratuais individualizadas.[30].

O Tribunal de Justiça explica que "o sistema de protecção implementado pela directiva [1993/13/CE, de 5 de Abril de 1993,] repousa na ideia de que o consumidor se encontra numa situação de inferioridade relativamente ao profissional no que respeita quer ao poder de negociação quer ao nível de informação, situação esta que o leva a aderir às condições redigidas previamente pelo profissional, sem poder influenciar o conteúdo destas"[31]. Encontrando-se (tipicamente) o consumidor numa "situação de inferioridade" relativamente a um profissional, o direito europeu das cláusulas abusivas "pretende substituir o equilíbrio formal […] entre os direitos e [as] obrigações das partes por um equilíbrio real susceptível de restabelecer a igualdade entre estas"[32].

Ora o conceito de "cláusula contratual que não tenha sido objecto de negociação individual" consignado no art. 3.º, n.º 1, da Directiva 1993/13/CE exclui a faculdade de os Estados-membros adoptarem o "*standard-form contract model*".

O direito alemão propôs-se resolver o problema pela *adição* de um controlo suplementar: em primeiro lugar, há um controlo dirigido às *cláusulas contratuais gerais* e, em segundo lugar, nas relações entre comerciantes / empresários / profissionais e consumidores, há um controlo *adicional* ou *suplementar* dirigido às *cláusulas contratuais individualizadas*. O controlo das cláusulas contratuais gerais corresponde a um "*standard-form contract model*"; o controlo *adicional* ou *suplementar* dirigido às cláusulas contratuais individualizadas, à coordenação

---

[30] Martin Ebers considera que a Directiva 1993/13/CE, de 5 de Abril de 1993, consagra uma solução de compromisso entre a teoria do abuso e a teoria dos custos transaccionais: por um lado, aproxima-se da teoria do abuso, aplicando-se exclusivamente aos contratos entre comerciantes / empresários / profissionais e consumidores e, por outro lado, aproxima-se da teoria dos custos transaccionais, aplicando-se exclusivamente aos contratos não negociados ("La revisione del diritto europeo del consumatore: l'attuazione nei Paesi membri della direttiva sulle clausole abusive (93/13/CEE) e le prospettive d'ulteriore armonizzazione", cit., págs. 702-705).

[31] Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de Junho de 2000 – Océano Grupo Editorial SA contra Roció Murciano Quintero (C-240/98) e Salvat Editores SA contra José M. Sánchez Alcón Prades (C-241/98), José Luis Copano Badillo (C-242/98), Mohammed Berroane (C-243/98) e Emilio Viñas Feliú (C-244/98) – com anotação de Jacobien R. Rutgers, "Cases: ECJ – Océano Grupo / Cofidis", in: *European Review of Contract Law*, vol. 1 (2005), págs. 87-96.

[32] Cf. acórdãos do Tribunal de Justiça de 26 de Outubro de 2006 no processo C-168/05 (*Mostaza Claro*), de 4 de Junho de 2009, no processo C-243/08 (*Pannon*), de 6 de Outubro de 2009 no processo C-40/08 (*Asturcom*) e de 9 de Novembro de 2010, no processo C-137/08 (*VB Pénzügyi Lízing*).

entre um "*adhesion contract model*" e um "*consumer protection model*"[33]. O *direito português* ter-se-á aproximado ou distanciado do *direito alemão*?; – terá resolvido o problema pela *adição* de um controlo *suplementar* ou pela *substituição* de um "*standard-form contract*" por um "*adhesion contract model*"?

6. O art. 1.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, era do seguinte teor:

> "As cláusulas contratuais gerais elaboradas de antemão, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar, regem-se pelo presente diploma".

Explicando o texto do art. 1.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, os autores do anteprojecto diziam que os "*aspectos básicos […] que identificam as cláusulas contratuais gerais e justificam a respectiva disciplina jurídica autónoma*" eram a pré-elaboração das cláusulas e a indeterminação dos destinatários[34].

O "*standard-form contract model*" adoptado pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, foi entretanto alterado: – em primeiro lugar, pelo art. 1.º do Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto; em segundo lugar, pelo art. 9.º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho (Lei de Defesa dos Consumidores); e, em terceiro lugar, pelo art. 1.º do Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho.

O art. 1.º do Decreto-Lei n.º 446/85 aludia a "cláusulas contratuais gerais elaboradas de antemão"; o art. 1.º do Decreto-Lei n.º 446/85, na redacção do Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto, alude a "cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar".

O art. 9.º, n.º 2, da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, diz que, "com vista à prevenção de abusos resultantes de contratos pré-elaborados, o fornecedor de bens e o prestador de serviços estão obrigados [a)] [à] redacção clara e precisa, em caracteres facilmente legíveis, das cláusulas contratuais gerais, incluindo as inseridas em contratos singulares, [e] [b)] [à] não inclusão de cláusulas em contratos singulares que originem significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor"; o art. 9.º, n.º 3, diz que "[a] inobservância do disposto no número anterior [n.º 2] fica sujeita ao regime das cláusulas contratuais gerais".

O art. 1.º do Decreto-Lei n.º 446/85, na redacção do Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto, e o art. 9.º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, aproximavam o direito português da *solução de compromisso* do direito alemão: O controlo das *cláusulas contratuais gerais* decorreria da aplicação do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, na redacção do Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto; o controlo adicional ou suplementar das *cláusulas contratuais individualizadas* inseridas em contratos celebrados entre comerciantes / empresários / profissionais e consumidores decorreria da aplicação do art. 9.º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho (Lei de Defesa dos Consumidores).

O art. 1.º do Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho, alterava o texto do art. 1.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, aditando-lhe um n.º 2:

---

[33] Considerando que a adaptação do direito alemão à Directiva 1993/13/CE foi difícil, dado que o *preço* da harmonização europeia foi a coerência interna do direito nacional, *vide* Gwendoline Lardeux, "Droits civils français et allemand : entre convergence matérielle et opposition intellectuelle", in : *Revue de la recherche juridique*, 2006, p. 1-46; considerando que a adaptação foi (relativamente) fácil, *vide*, p. ex., Kurt G. Weil / Fabienne Kutscher-Puis, "Le droit allemand des conditions générales d'affaires revu et corrigé par la directive communautaire relative aux clauses abusives", in: *Revue internationale de droit comparé,* vol. 46 (1994), págs. 125-140; Jochen Bauerreis, "Le nouveau droit des conditions générales d'affaires", in: *Revue internationale de droit comparé,* vol. 54 (2002), pp. 1013-1022; e, por último, sinteticamente, Michael Grünberger, "Der Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle", in: *Jura*, 2009, pp. 249-256.

[34] Mário Júlio de Almeida Costa / António Menezes Cordeiro, *Cláusulas contratuais gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Livraria Almedina, Coimbra, 1986, pág. 18.

"*O presente diploma aplica-se igualmente às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar.*"

O Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto, e a Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, sugeriam que o direito português resolveria os problemas suscitados pela Directiva 1993/13/CE através da *adição* de um controlo suprlementar; o Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho, sugere que os resolverá através da *substituição* de um *"standard-form contract*" por "*adhesion contract model*".

O art. 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, na redacção do Decreto-Lei n.º 249/99, determina a aplicação do Decreto-Lei, n.º 446/85, às *cláusulas contratuais gerais,* cujos destinatários sejam indeterminados; o art. 1.º, n.º 2, determina a aplicação do Decreto-Lei n.º 446/85 às *cláusulas contratuais individualizadas*, cujos destinatários sejam determinados ou determináveis.

7. Menezes Cordeiro e Menezes Leitão propuseram uma *interpretação restritiva* do art. 1.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, na redacção do Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho: – "Os contratos [de adesão individualizados] celebrados entre empresários e entidades equiparadas dever[iam] ser […] excluídos [do] regime [das cláusulas contratuais gerais]"[35].

A aplicação da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais aos contratos de adesão individualizados entre comerciantes / empresários / profissionais e consumidores (*business to consumer – b2c*) poderia, porventura, explicar-se pelo dever de transposição da Directiva 1993/13/CE; a aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais aos contratos de adesão individualizados entre comerciantes / empresários / profissionais (*business to business – b2b*), não. Os princípios e as regras da Directiva 1993/13/CE dirigem-se exclusivamente às relações entre comerciantes / profissionais / empresários e consumidores, pelo que não dizem nada sobre as relações entre comerciantes ou empresários. O legislador, ao "derrogar o requisito da generalidade em relação às cláusulas contratuais gerais", teria tido uma "intervenção […] totalmente desastrada"[36].

Menezes Cordeiro di-lo de uma forma *particularmente sugestiva*: – A Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, teria sido "abastardada (sic!!), sem qualquer necessidade"[37].

Indepententemente de os *efeitos intra-sistemáticos* da *mudança* de paradigmas serem indesejáveis, os seus *efeitos extra-sistemáticos* seriam insustentáveis: aplicando-se a Lei das Cláusulas Contratuais Gerais aos contratos de adesão individualizados celebrados entre comerciantes / empresários / profissionais estaria a "complica[r-se], *inclusive,* todas as conclusões dos grandes negócios"[38] – p. ex., por se sujeitar o proponente das cláusulas contratuais gerais a deveres pré-contratuais de comunicação, de esclarecimento e de informação.

O acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 19 de Fevereiro de 2005 dá-nos um claro exemplo do *significado teórico e* (sobretudo) *prático* do problema.

O contrato em causa continha cláusulas que não tinham sido negociadas pelas partes. O Tribunal da Relação de Guimarães considerou a circunstância de não ter havido negociação entre as empresas – que a circunstância de "jamais a apelante [ter discutido] com a apelada o conjunto normativo ali consignado, ou sequer lhe [ter dado] oportunidade para propor uma ou outra alteração" – era, só por si, suficiente para que se lhes aplicasse a Lei das Cláusulas Contratuais Gerais. Em primeiro lugar, deveriam aplicar-se-lhes os princípios e as regras relativas ao controlo de inclusão – a recorrente estaria adstrita a um dever de comunicação, "pelo

---

[35] Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, vol. I – *Introdução. Da constituição das obrigações*, 8.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2008, pág. 51.

[36] Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, vol. I – *Introdução. Da constituição das obrigações*, cit., págs. 50-51.

[37] António Menezes Cordeiro, *Direito comercial*, 2.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2007, pág. 533.

[38] António Menezes Cordeiro, *Direito comercial*, cit., pág. 533.

menos em termos de tornar transparente e perceptível o […] alcance [da cláusula penal] para a contraparte [para a recorrida]" (*vide* arts. 5.º e 6.º da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais) –; em segundo lugar, deveriam aplicar-se-lhes os princípios e as regras relativas ao controlo de conteúdo (*vide*, designadamente, o art. 19.º, al. c), da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais).

O facto de as cláusulas contidas no contrato *sub judice* serem, ou não, dirigidas a destinatários indeterminados – ou seja: de as cláusulas contidas no contrato *sub judice* serem, ou não, *gerais* – deveria julgar-se irrelevante. "[A] aplicação do regime do Decreto-Lei n.º 446/85 [de 25 de Outubro] às cláusulas contratuais gerais inseridas em contratos individualizados" seria hoje "*inquestionável*".

Ora a interpretação restritiva do actual art. 1.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 446/85 preconizada, p. ex., por Menezes Cordeiro e por Menezes Leitão significaria que a reacção do direito português à Directiva 1993/13/CE corresponde à *adição* de um controlo suplementar, aplicável *exclusivamente* aos contratos entre comerciantes / empresários / profissionais e consumidores; a interpretação não restritiva do art. 1.º, n.º 2, que a reacção do direito português corresponde à *substituição* de um "*standard form contract"* por um "*adhesion contract model*".

Caso a *reacção* do direito português à Directiva 1993/13/CE houvesse de interpretar-se como correspondendo à *adição* de um controlo suplementar, aplicável *exclusivamente* aos contratos entre comerciantes / empresários / profissionais e consumidores, os argumentos deduzidos pelo Tribunal da Relação de Guimarães não poderiam ser aceites. Os princípios e as regras da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais não deveriam aplicar-se às cláusulas individualizadas inseridas nos contratos entre empresas. Caso a reacção do direito português à Directiva 1993/13/CE haja de interpretar-se como correspondendo à substituição de um "*standard-form contract*" por um "*adhesion contract model*", os argumentos deduzidos poderiam ser aceites. Os princípios e as regras da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais deveriam aplicar-se às cláusulas individualizadas inseridas nos contratos entre empresas.

8. O argumento que poderia retirar-se de os princípios e as regras da Directiva 1993/13/CE se dirigirem exclusivamente às relações entre os comerciantes / profissionais / empresários e os consumidores é um argumento *frágil*.

O sistema de direito europeu dos contratos é incompleto[39] – tão incompleto, que alguns duvidam da adequação do conceito de sistema para o designar[40].

Em primeiro lugar, é um conjunto de princípios e de regras dirigidos essencialmente aos *contratos*, faltando-lhe a coerência de um *sistema de direito privado*; em segundo lugar, é um conjunto de princípios e de regras dirigidos essencialmente aos *contratos celebrados pelos consumidores*, faltando-lhe a coerência de um *sistema de direito dos contratos*; em terceiro lugar, é um conjunto de princípio e de regras sem um (adequado) *projecto global*[41].

O caso dos princípios e das regras sobre as cláusulas abusivas é *paradigmático*. Entre os corolários do princípio de que *os contratos concluídos sob circunstâncias que não se aproximam, ou que não se aproximam adequadamente de tais condições, não têm a seu favor*

---

[39] Kötz ter-lhe-á chamado "*pontilhista*" – *apud* Karl Riesenhuber, "System and Principles of EC Contract Law", in: *European Review of Contract Law,* vol. 1 (2005), n.º 3, págs. 297-322 (298); Idem, "English common law versus German *Systemdenken*? Internal versus external approaches", in: *Utrecht Law Review*, vol. 7 (2011), págs. 117-130 – in: WWW: < http://www.utrechtlawreview.org >.

[40] Cf. designadamente Stefan Grundmann, "The Optional European Code on the Basis of the Acquis Communautaire–Starting Point and Trends", in: *European Law Journal*, vol. 10 (2004), págs. 698-711 (esp. págs. 704-705); Martijn W. Hesselink, *The New European Legal Culture*, Kluwer Law International, Deventer, 2001, pág. 43; Idem, "The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law", in: *Tulane Law Review*, vol. 83 (2009), págs. 919-971 (946) – dizendo que "*the current private law* acquis *is essentially unsystematic in several respects*" –; Karl Riesenhuber, "English common law versus German *Systemdenken*? Internal versus external approaches", cit., págs. 119-121.

[41] Cf. Hans-Christoph Grigoleit, "Der Verbraucheracquis und die Entwicklung des Europäischen Privatrechts", cit., esp. págs. 401-423; Martijn W. Hesselink, "A European Legal Science? On European Private Law and Scientific Method", Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series n.º 2008/02, in: WWW: < http://ssrn.com >; Idem, "The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law", cit., págs. 932-943.

nenhuma "presunção de justiça", encontram-se os arts. 3.º, n.º 1, e 4.º, n.º 1, da Directiva 1993/13/CE, de 5 de Abril de 1993, e o art. 3.º, n.ºs 3 e 4, da Directiva 2000/35/CE, de 29 de Junho de 2000.

O alcance dos dois artigos é muito diferente: em primeiro lugar, enquanto os arts. 3.º, n.º 1, e 4.º, n.º 1, da Directiva 1993/13/CE só se aplicam às relações entre empresas e consumidores, o art. 3.º, n.ºs 3 e 4, da Directiva 2000/35/CE só se aplica às relações entre empresas; em segundo lugar, enquanto os os arts. 3.º, n.º 1, e 4.º, n.º 1, da Directiva 1993/13/CE só se aplicam às cláusulas contratuais que não tenham sido objecto de negociação individual, o art. 3.º, n.ºs 3 e 4, da Directiva 2000/35/CE aplica-se a todas as cláusulas contratuais, tenham ou não sido objecto de negociação individual; em terceiro lugar, enquanto os arts. 3.º, nº 1, e 4.º, n.º 1, da Directiva 1993/13/CE se aplica a todas as cláusulas que não tenham sido objecto de negociação individual, o art. 3.º, n.ºs 3 e 4, da Directiva 2000/35/CE só se aplica às cláusulas relativas aos atrasos no pagamento. – Embora o alcance dos dois artigos seja diferente, o seu sentido é semelhante.

O art. 3.º, n.º 1, da Directiva 1993/13/CE define explicitamente o conceito de cláusulas abusivas nas relações com os consumidores; diz que "uma cláusula contratual […] é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato"; o art. 3.º, n.º 3, da Directiva 2000/35/CE define, implicitamente, o conceito de "acordo (manifestamente) leonino": – "Os Estados-Membros disporão no sentido de que qualquer acordo sobre a data de pagamento ou sobre as consequências do atraso de pagamento que não seja conforme com o disposto nas alíneas b) a d) do n.º 1 e no n.º 2 não será aplicável ou conferirá direito a indemnização *se, ponderadas todas as circunstâncias do caso, incluindo as boas práticas comerciais e a natureza dos produtos, for manifestamente leonino para o credor*"[42].

O art. 7.º da Directiva 2011/7/UE, de 11 de Fevereiro de 2011, destinando-se, como se destina, a revogar a Directiva 2000/35/CE, de 29 de Junho de 2000, a partir de 16 de Março de 2012, substitui o conceito de "acordo (manifestamente) leonino" pelo de "cláusula (manifestamente) abusiva"[43].

O confronto entre o arts. 3.º, n.º 1, e 4.º, n.º 1, da Directiva 1993/13/CE, de 5 de Abril de 1993, o art. 3.º, n.ºs 3 e 4, da Directiva 2000/35/CE, de 29 de Junho de 2000 é o art. 7.º da Directiva 2011/7/UE confirma que o problema do controlo das cláusulas contratuais abusivas põe-se, *em termos comparáveis*, nas relações dos comerciantes / empresários / profissionais (*b2b*) e nas relações entre os comerciantes / empresários / profissionais e os consumidores (*b2c*). Os "*consumer-protection models*" têm sempre alguma coisa de arbitrário.

9. Inspirando-se na *constatação* de que o problema se põe em termos semelhantes, a *proposta de regulamento sobre um direito europeu comum da compra e venda* apresentada pela Comissão Europeia em 2011 acolhe um princípio geral de controlo das cláusulas abusivas nos contratos de adesão.

---

[42] Explicando o alcance do art. 3.º, n.º 3, o considerando 19 da Directiva 2000/35/CE diz que « a presente directiva deveria proibir o abuso da liberdade contratual em desvantagem do credor. Se um acordo tiver essencialmente como objectivo proporcionar ao devedor uma liquidez adicional a expensas do credor, ou caso o adjudicatário principal imponha aos seus fornecedores e subcontratantes condições de pagamento que não se justifiquem pelas condições que lhe foram impostas a si próprio, poderá considerar-se que existem factores que consubstanciam um abuso ».

[43] O texto integral do art. 7.º da Directiva 2011/7/UE, de 11 de Fevereiro de 2011, é o seguinte: « Os Estados-Membros dispõem no sentido de que qualquer cláusula contratual ou prática sobre a data de vencimento ou o prazo de pagamento, a taxa de juro de mora ou a indemnização pelos custos suportados com a cobrança da dívida não é exequível ou confere direito a indemnização se for manifestamente abusiva para o credor. Com vista a determinar se uma cláusula contratual ou prática é manifestamente abusiva para o credor, na acepção do primeiro parágrafo, são ponderadas todas as circunstâncias do caso, incluindo: a) Os desvios manifestos da boa prática comercial, contrários à boa-fé e à lealdade negocial; b) A natureza dos produtos ou dos serviços; e c) O facto de o devedor ter uma eventual razão objectiva para não respeitar a taxa legal de juro de mora, o prazo de pagamento referido no n.o 5 do artigo 3.o, na alínea a) do n.o 3 e nos n.os 4 e 6 do artigo 4.o, ou o montante fixo a que se refere o n.o 1 do artigo 6.º »

O art. 83.º do direito comum da compra e venda define um conceito de cláusulas abusivas para os *contratos entre profissionais e consumidores*; o art. 86.º define um conceito de cláusulas abusivas para os *contratos entre profissionais*.

O art. 83.º corresponde exactamente ao ao art. 3.º, n.º 1, e ao art. 4.º, n.º 1, da Directiva 1993/13/CE; o art. 86.º não lhe corresponde, ou não lhe corresponde exactamente, dizendo que uma cláusula contratual que não tenha sido objecto de negociação individual deve ser considerada como *abusiva* quando se desvia grosseiramente das boas práticas comerciais ("*contract term […] of such a nature that its use grossly deviates from good commercial practice, contrary to good faith and fair dealing*"). Ou seja: O conceito (indeterminado) de *boa fé* deverá coordenar-se com o conceito de "*desvio grosseiro das boas práticas comerciais*".

O alcance da distinção entre o critério do "*desequilíbrio significativo, em detrimento do consumidor, entre os direitos e [as] obrigações das partes decorrentes do contrato*" (art. 3.º, n.º 1, da Directiva 1993/13/CE, de 5 de Abril de 1993, e art. 83.º da *proposta de regulamento*) e o critério do "*desvio grosseiro das boas práticas comerciais*" (art. 86.º da *proposta de regulamento*) é *controverso*. Hesselink, p. ex., tende a *restringi-lo*, sugerindo que os resultados da aplicação de cada um dos dois critérios serão, sempre ou quase sempre, *semelhantes*[44] .

O alcance da projectada *mudança de paradigma* do direito europeu dos contratos é, porém, restringido pela circunstância de a *proposta de regulamento sobre um direito europeu comum da compra e venda* se dirigir *exclusivamente* aos contratos *com consumidores* e aos contratos *com pequenas e médias empresas*.

O art. 7.º da proposta diz que o direito europeu comum da compra e venda só poderá aplicar-se desde que o *vendedor* for um *comerciante* ou uma *empresa*. Caso o vendedor e o comprador sejam (ambos) comerciantes ou empresas, o direito europeu comum da compra e venda só poderá aplicar-se desde que um dos sujeitos da relação contratual seja uma pequena ou média empresa[45],[46].

Entre um direito europeu dos contratos (só) para os consumidores e um direito europeu dos contratos para (todos) os consumidores e para (todas) as empresas, a Comissão Europeia propõe uma solução intermédia: *um direito europeu dos contratos* (só) *para os consumidores e para as pequenas e médias empresas*. – Entre um modelo de controlo das cláusulas abusivas em todos os contratos de adesão (correspondendo, sensivelmente, ao "*adhesion contract model*") e um modelo de controlo das cláusulas abusivas (só) em alguns contratos de adesão – só nos contratos de adesão concluídos entre profissionais e consumidores (correspondendo, sensivelmente, à coordenação do "*adhesion contract model*" com o "*consumer protection model*") –, a Comissão Europeia propõe uma solução intermédia: *um modelo de controlo das cláusulas abusivas só nos contratos concluídos com consumidores ou com pequenas e médias empresas*.

Considerada a *frequência* dos *contratos de adesão* nas relações comerciais[47], pode perguntar-se pelas *razões justificativas* da exclusão das grandes empresas.

---

[44] Martijn W. Hesselink, "Unfair Terms in Contracts Between Businesses", Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2011-11 / Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2011-07, in: WWW: < http://ssrn.com >: "*It is true that the purpose of having two different definitions of unfairness would be frustrated if they always led to identical outcomes. But, in view of any plausible rationale for the review of unfair terms, it would be equally surprising if the implications of the two tests would always (or even most of the time) be different*".

[45] O texto do art. 7.º, n.º 1, da proposta de regulamento é a seguinte: "*The Common European Sales Law may be used only if the seller of goods or the supplier of digital content is a trader. Where all the parties to a contract are traders, the Common European Sales Law may be used if at least one of those parties is a small or medium-sized enterprise ('SME')*".

[46] O conceito de pequenas e médias empresas resulta do art. 7.º, n.º 2, da proposta de regulamento: "*For the purposes of this Regulation, an SME is a trader which* (a) *employs fewer than 250 persons; and* (b) *has an annual turnover not exceeding EUR 50 million or an annual balance sheet total not exceeding EUR 43 million, or, for an SME which has its habitual residence in a Member State whose currency is not the euro or in a third country, the equivalent amounts in the currency of that Member State or third country*".

[47] Cf. designadamente Robert Abdieh, "The Strategy of the Boilerplate", in: *Michigan Law Review*, vol. 104 (2006), págs. 1033--1073 – "*standard contract terms would appear to be no less widespread in contracts among the sophisticated"*.

Os argumentos retirados da *teoria do abuso* ou *teoria da desigualdade de poder negocial* provam de mais; os argumentos retirados da *teoria dos custos transaccionais* provam de menos. Os argumentos retirados da *teoria do abuso* fariam com que devesse *recusar-se* o controlo das cláusulas abusivas nos contratos com as pequenas e médias empresas; os argumentos retirados da *teoria dos custos transaccionais* fariam com que devesse *aceitar-se* o controlo das cláusulas abusivas nos contratos com as grandes empresas[48]. O *compromisso* da proposta de regulamento é, por isso, de todo em todo *incompreensível*[49].

Independentemente de os "*consumer-protection models*" terem sempre alguma coisa de arbitrário, a restrição do alcance dos princípios e das regras relativos aos contratos de adesão, aplicando-os *essencial* ou *exclusivamente* aos contratos entre os comerciantes / empresários / profissionais e os consumidores, conflituaria com as (novas) tendências do direito europeu dos contratos.

10. Excluído o argumento que poderia retirar-se de os princípios e as regras da Directiva 1993/13/CE se dirigirem exclusivamente às relações entre os comerciantes / profissionais / empresários e os consumidores, poderá perguntar-se: – Os princípios gerais do direito privado depõem em favor de uma interpretação restritiva ou de uma interpretação não restritiva do art. 1.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 446/85, na redacção do Decreto-Lei n.º 249/99?

a) O caso dos contratos de adesão deverá ser colocado no contexto de um fenómeno de transição do paradigma de um "direito privado formal" para o paradigma de um "direito privado material", ou "materializado"[50].

Os termos "liberdade formal" e "liberdade material" prestam-se a confusões[51]. Em primeiro lugar, a "liberdade formal" pode facilmente aproximar-se do conceito de uma "liberdade empírica" e a "liberdade material", do conceito de "liberdade racional"; em segundo lugar, a "liberdade formal" pode facilmente aproximar-se do conceito berliniano de uma "liberdade negativa" e a "liberdade material", do conceito berliniano de uma "liberdade positiva"[52].

Jörg Neuner, p. ex., caracteriza a liberdade formal como "liberdade empírica", ou "liberdade negativa" – ou seja, como "*aquela em que se deixa ao titular […] a definição de liberdade*" – e a liberdade material como "liberdade racional" ou "liberdade positiva" – ou seja, como aquela em que não se deixa tal definição ao seu titular. "[O] conceito de liberdade

---

[48] Cf. designadamente Martijn W. Hesselink, "Unfair Terms in Contracts Between Businesses", Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2011-11 / Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2011-07, in: WWW: < http://ssrn.com > – sugerindo que o controlo das cláusulas abusivas nas relações com (pequenas, as médias ou grandes) empresas é "*fully supported by the main rationales for unfair terms control*".

[49] Martin Ebers, "El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional", in: *InDret*, n.º 1/2012, in: WWW: < http://www.indret.com >, pág. 29.

[50] Cf. Franz Wieacker, *História do direito privado moderno* (título original: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*), 2.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, págs. 679-722; Jürgen Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (título original: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*), Milan, Guerini, 1996, págs. 463-484; Claus-Wilhelm Canaris, « Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner 'Materialisierung' », in: *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 200 (2000), págs. 273-364; Gralf-Peter Calliess, « Die Zukunft der Privatautonomie. Zur neueren Entwicklung eines gemeineuropäischen Rechtsprinzips », in: *Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler*, 2000 – *Prinzipien des Privatrechts und Rechtsvereinheitlichung*, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart / München / Hannover / Berlin / Weimar / Dresden, 2001, págs. 85-110; Stefan Grundmann, « European Contract Law(s) – Of What Colour? », in: *European Review of Contract Law*, vol. 1 (2005), págs. 184-210; Marietta Auer, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenken,* J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2005; Michael Martinek, « Vertragsrechtstheorie und Bürgerliches Gesetzbuch » (2005), in: WWW: < http://archiv.jura.uni-saarland.de/projekte/Bibliothek/text.php?id=375#sdfootnote7sym >; Ralf Michaels, « Rollen und Rollenverständnisse im transnationalen Privatrecht » (2011), in: WWW: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1938441 >, págs. 29-31; Stefan Grundmann, « The Future of Contract Law », in: *European Review of Contract Law*, vol. 6 (2011), págs. 490-527 (sobretudo pp. 500-509).

[51] Cf. designadamente Günter Reiner, « Der verbraucherschützende Widerruf im Recht der Willenserklärungen », in: *Archiv fúr die civilistiche Praxis*, vol. 203 (2003), págs. 1-45 (14): « *Das Begriffspaar 'formale' / 'materiale' Vertragsfreheit ist […] missverständlich*. »

[52] Isaiah Berlin, « Dois conceitos de liberdade », in: *A busca do ideal*, Bizâncio, Lisboa, 1998, págs. 243-295.

materialmente forjado, […] não leva em conta a liberdade pura e simples[], mas sempre e tão somente a liberdade 'para [algo]', direcionada, portanto, [para a] realização de determinados valores ou processos". Entre os dois conceitos, deveria dar-se preferência à concepção formal: "um conceito material de liberdade não fa[ria] […] jus ao papel dos atores de direito privado como cidadãos responsáveis"[53].

Evitando (eventuais) confusões, deverá contrapor-se dois problemas : o primeiro relacionar-se-á com a distinção entre os conceitos de uma liberdade empírica e de uma liberdade racional e o segundo, com a distinção entre os conceitos de uma liberdade (empírica) aparente e de uma liberdade (empírica) real.

O *primeiro problema* deve resolver-se dando preferência ao conceito de *liberdade empírica* ("*negativa*") sobre o conceito de *liberdade racional* ("*positiva"*).

O direito em geral – e o direito privado em particular – hão-de proteger a liberdade empírica ("negativa") para que "não priv[em] os homens (como os construtores de sistemas fazem), em nome de um ideal remoto ou incoerente, de muita coisa que descobriram ser indispensável às suas vidas como seres humanos que se auto-transformam de uma maneira imprevisível "[54]. Embora seja sempre imperfeita, e quase sempre irracional, a liberdade empírica ("negativa") é a única liberdade possível – é a única liberdade realizável.

Entendendo-se – como deve entender-se – que o fenómeno da "materialização" do direito privado, com a "transição" do paradigma de um direito privado formal para o paradigma de um direito privado material, pressupõe o conceito de uma liberdade empírica, põe-se o *segundo problema* :

O conceito de liberdade contratual formal designa uma liberdade aparente – afirmada pelo direito (privado) e negada, p. ex., pelos contextos económicos e sociais em que o direito (privado) há-de realizar-se –; o conceito de uma liberdade contratual material designa uma liberdade real (substantiva).

b) O problema da interpretação, restritiva ou não restritiva, do art. 1.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, na redacção do Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho, deve analisar-se em dois: por um lado, deverá fazer-se uma distinção *ratione materiae* entre o controlo das cláusulas contratuais gerais e o controlo das cláusulas contratuais individualizadas?; por outro lado, deverá fazer-se uma distinção *ratione personae* entre as cláusulas contidas nos contratos entre os comerciantes / empresários e as cláusulas individualizadas contidas nos contratos entre os comerciantes / empresários e os consumidores?

O perigo de que a liberdade dos contraentes seja (só) "aparente" e/ou "formal" põe-se sempre que as cláusulas sejam aceites sem diálogo ou sem negociação. Entendendo-se, como deve entender-se, que "a razão decisiva [dos] limites acrescidos à liberdade contratual é a ausência de negociações", os critérios de controlo dirigidos às cláusulas contratuais gerais devem aplicar-se, directa ou indirectamente (por analogia), às cláusulas contratuais individualizadas.

Pinto Monteiro apresenta o argumentos em termos particularmente sugestivos: "como a ausência de negociações […] se verifica em todos os contratos de adesão, [os limites acrescidos à liberdade contratual] serão […] de aplicar a todos os contratos de adesão e não apenas àqueles que sejam […] celebrados através de cláusulas contratuais gerais"[55]. O art. 1.º do Decreto-Lei n.º 249/99 é, simplesmente, uma *lei interpretativa*: antes do Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho, a aplicação do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, às cláusulas

---

[53] V. Jörg Neuner, « Protection Against Discrimination in European Contract Law », in: *European Review of Contract Law*, 2006, págs. 35-50 (38-40) [artigo cuja tradução para português teve o (curioso) título de « O princípio da igualdade de tratamento no direito privado alemão » (in: *Direitos fundamentais e justiça*, 2008, págs. 78-92) – como se aquilo que em inglês se chama direito europeu dos contratos devesse em português designar-se direito privado alemão].

[54] Isaiah Berlin, « Dois conceitos de liberdade », cit., págs. 243-295.

[55] António Pinto Monteiro, "Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções", in: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares,* Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra / Coimbra Editora, Coimbra, 2001, págs. 1103-1131; Idem, "O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais", in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 62 (2002), págs. 111-142.

contratuais individualizada só podia e devia ser *indirecta* (por analogia); depois do Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho, ela pode e deve ser *directa*.

Explicitadas as razões por que não deve fazer-se uma distinção *ratione materiae* entre o controlo das cláusulas contratuais *gerais* e das cláusulas contratuais *individualizadas*, deverá fazer-se uma distinção *ratione personae*?; – deverá restringir-se o controlo das cláusulas contratuais *individualizadas* às relações entre os comerciantes / empresários / profissionais e os consumidores?

O princípio do tratamento (tendencialmente) igualitário entre as cláusulas contratuais gerais e as cláusulas contratuais individualizadas seria, só por si, suficiente para que se alcançasse uma resposta, *e uma resposta negativa*.

Em tema de cláusulas contratuais gerais, a lei não distingue *ratione personae*. Os princípios e as regras sobre as cláusulas contratuais gerais aplicam-se aos *contratos entre empresários* e aos *contratos entre empresários e consumidores.* Em tema de cláusulas contratuais individualizadas, conformando-se com o princípio de um tratamento (tendencialmente) igualitário, a lei não deveria distinguir.

Ferreira de Almeida fala de uma "linha" caracterizadora do direito português: Estando em causa contratos de adesão, as diferenças entre os contratos comerciais e os contratos de consumo são poucas, e são pouco importantes: – "em contraste com a Directiva [1993/13CE, de 5 de Abril,] e com a generalidade dos restantes direitos europeus, [o direito português] só marginalmente distingue, nesta matéria, entre contratos de consumo e outros contratos"[56].

Independentemente do *argumento sistemático* extraído do princípio do tratamento tendencialmente igualitário das cláusulas contratuais gerais e das cláusulas contratuais individualizadas, há um (fortíssimo) *argumento teleológico* para que não se distinga *ratione personae*: O perigo de uma degradação da liberdade contratual a uma *aparência sem realidade*, ou a uma *forma sem substância*, põe-se nos contratos entre empresãrios. Existindo, p. ex., uma relação de *dependência económica* completa ou quase completa entre duas empresas – existindo, p. ex., um contrato de *franquia*, em que todos, ou quase todos, os bens distribuídos por uma pequena empresa são produzidos por uma grande empresa –, a desigualdade entre os empresários é pelo menos tão perigosa como a desigualdade entre os empresários e os consumidores[57]. *O princípio de um tratamento (tendencialmente) igualitário dos contratos entre empresários e entre empresários e consumidores é sistemática e teleologicamente adequado*[58].

c) O "*standard form contract model"* pressupõe um paradigma formal-liberal do direito dos contratos; o *"adhesion contract model"*, um paradigma material-social. O "*standard-form contract model"* do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, dava ao princípio do equiliíbrio entre os direitos e dos deveres das partes, "*como condicionante da justiça e, portanto, da vin-*

---

[56] Cf. Carlos Ferreira de Almedina, *Contratos*, vol. I, 3.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2005, págs. 163-165.

[57] Sobre os perigos da subversão das funções do contrato nas relações entre empresas, convertendo-o em instrumento de um "*neo-feudalismo*", *vide* Friedrich Kessler, "Automobile Dealer Franchises: Vertical Integration By Contract", in: *The Yale Law Journal*, vol. 66 (1956-1957), pp. 1135-1189; Friedrich Kessler / Richard H. Stern, "Competition, Contract, and Vertical Integration", in: *The Yale Law Journal*, vol. 69 (1959-1960), pp. 1-129; Christian Joerges, "Relational Contract Theory in Comparative Perspective: Tensions Between Contract and Antitrust Principles in the Asessment of Contract Realtions Between Automobile Manufacturers and their Dealers in Germany", in: *Wisconsin Law Review,* 1985, págs. 581-613.

[58] Cf. designadamente José de Oliveira Ascensão, "Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé", in: *Revista da Ordem dos Advogados,* 2000, págs. 573-595 (593-595); António Pinto Monteiro, "Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções", cit.., págs. 1103-1131; Idem, "O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais", cit., págs. 111-142; Carlos Ferreira de Almedina, *Contratos*, vol. I, cit., págs. 163-165; Joaquim de Sousa Ribeiro, "O regime dos contratos de adesão: algumas questões decorrentes da transposição da directiva sobre cláusulas abusivas", in: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. III – *Direito das obrigações*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra / Coimbra Editora, Coimbra, 2007, págs. 209-233; Idem, *Direito dos contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, págs. 181-206; Nuno Manuel Pinto Oliveira, "A Lei das Cláusulas Contratuais Gerais e a Directiva 93/13/CEE, de 5 de Abril de 1995", in: *Scientia Juridica*, Julho-Setembro de 2005, págs. 527-558; Idem, "Implementation and Interpretation of the Directive on Standard Contract Terms in Portugal", in: *Contemporary Issues in Law,* vol. 8 (2006-2007), n.ºs 2-3, págs. 188-199; Idem, *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, págs. 240-241.

culatividade dos contratos", um lugar que ainda era marginal; o "*adhesion contract model*" do Decreto-Lei n.º 446/85, alterado pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho, dá-lhe um lugar que já é central ou, quando menos, um lugar "*que já não [é] marginal*"[59].

Os adeptos da *reabilitação* do paradigma formal-liberal do direito dos contratos tenderão a julgar *negativamente* a transição de um "*standard-form contract model*" para um "*adhesion contract model*"; os adeptos de uma superação do paradigma formal-liberal tenderão a julgá-la *positivamente*. *Se "todo o direito privado [deve] supera[r] uma simples tutela da autodeterminação individual", o controlo da justiça ou da injustiça deve dirigir-se às cláusulas individualizadas*.

O Tribunal da Relação de Guimarães decidiu bem, ao aplicar o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, aos contratos de adesão individualizados entre empresários[60].

---

[59] José de Oliveira Ascensão, "Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé", cit., pág. 594.

[60] José de Oliveira Ascensão alega que o (novo) problema do controlo das cláusulas contratuais individualizadas é, em substância, o (antigo) problema da relevância ou irrelevância da lesão. Considerando que o princípio da relevância da lesão, ou seja: da relevância do desequilíbrio significativo entre os direitos e deveres das partes, deveria ser uma "*condicionante da justiça e, portanto, da vinculatividade*" de todos os contratos, o autora sugere que a substituição de um "*standard-form contract model"* por um "*adhesion contract model*" deveria ser completada pela substituição de um "*adhesion contract model*" por um "*general fairness model*" ("Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé", cit., pág. 594). O problema pode – e, porventura, deve – ficar em aberto.

III. VARIA

N.º 15
UNIVERSIDADE PORTUCALENSE
2012 | PORTO

UPT