

O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

Estudantes do 3.º ano do 1.º ciclo de Direito (curso diurno)

Nota preliminar

A presente compilação de textos corresponde ao conjunto das intervenções preparadas pelos estudantes do 3.º Ano diurno no âmbito do Debate Universitário realizado no dia 18 de Dezembro de 2013, sob a coordenação dos docentes da disciplina de Direito das Obrigações I.

Entende-se que a publicação destes textos na revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto traduz a valorização da produção científica levada a cabo por estudantes do 1.º Ciclo de Estudos em contexto académico.

A Direcção da Revista

Síntese do Debate Universitário

A abertura da primeira ronda, que expôs toda a panóplia de aspectos histórico-culturais que impulsionaram a edificação do princípios defendidos por cada uma das equipas, coube à equipa A. Após uma breve introdução dos elementos do grupo A pela estudante Joana Correia, o primeiro argumento propriamente dito iniciou-se pela Joana Guerra, que fez uma introdução prévia à temática englobante do princípio da boa-fé, abordou a importância deste princípio fundamental do Direito Privado em geral e do Direito das Obrigações em particular, pela sua preocupação com a ordem jurídica e pelos valores ético-jurídicos como forma de correcção de desequilíbrios na sociedade, realizando assim um importante papel de Justiça Social, com especial relevância nas relações contratuais e terminou mostrando a inegável importância deste princípio na sociedade moderna, não como um valor novo, mas como um valor que acompanhou e acompanhará a evolução da mesma.

Em seguida, coube ao elemento da equipa B, por seu nome Ricardo Malheiro, replicar com a explicitação da correlação entre o princípio da confiança, a responsabilidade na

formação dos contratos e a autonomia privada nas suas vertentes da auto-responsabilidade e auto-regulação.

Para fechar este primeiro argumento, treplicou pela equipa A o elemento Michel Alves, que nos mostrou, não descurando o princípio da autonomia privada e a subsequente faculdade de os indivíduos poderem formular livremente as suas propostas e aderir a propostas alheias, a necessidade de encontrar limites que se sobreponham à liberdade de fixação do conteúdo dos contratos e assim garantir uma justiça mais comutativa, e proteger a parte economicamente mais débil, recordando o estabelecido no artigo duzentos e setenta e um do código civil.

Passando ao segundo argumento desta primeira ronda, desta feita pela equipa B, na pessoa do elemento Francisco Pais, que abordou toda a raiz histórica e económica que fundamentam e alicerçam o princípio da autonomia e não descurou os direitos fundamentais interligados com os valores antropológicos, servindo de mote para a justificação do debate contemporâneo de tão notória pertinência.

O estudante Bruno Nadais, da equipa A, replicou este argumento defendendo que o princípio da boa-fé é um instrumento ao dispor da ordem jurídica no sentido de não permitir que o princípio da autonomia privada tenha aplicação absolutamente imperativa, sendo assim uma cláusula sindicante, que se trata de um princípio que é um *standard* ou um padrão ético-jurídico de comportamentos ideais, queridos no nosso ordenamento jurídico, com isto não querendo dizer que o princípio da boa-fé tenha surgido apenas para controlar e disciplinar as acções, e findou com um exemplo de que no âmbito das cláusulas contratuais gerais o princípio da autonomia da vontade poderá mostrar-se prejudicial, quando aplicado no âmbito dos contratos de trabalho.

Para terminar a ronda, o elemento Filipa Azevedo, exemplificou o quão global é o contexto de aplicação da autonomia privada, estando até difundida na resolução alternativa de litígios, outro grande expoente da autodeterminação para a resolução de litígios. Evidenciou os mecanismos da conciliação e da mediação.

Na segunda ronda focou-se essencialmente uma temática específica e muito actual: as cláusulas contratuais gerais.

A primeira intervenção e argumento foi da autoria do elemento da equipa B Diana Couto, que explorou todo o processo social e económico que levou à massificação dos contratos pré-estipulados e do inflacionamento das relações comerciais internacionais.

A réplica da equipa A foi feita pelo estudante Nuno Pereira, que teceu alguns dos principais argumentos, defendendo o princípio da boa-fé como princípio limitador da

autonomia privada. Partiu da premissa de que o próprio conceito de cláusulas contratuais gerais pressupõe uma relação de superioridade e subjugação entre os contratantes no momento da celebração do contrato, sendo que a única liberdade que o consumidor (aderente) dispõe será a da aceitação ou não, em bloco, das cláusulas propostas, uma vez que não tem qualquer poder para alterar (total ou parcialmente) o conteúdo do contrato, como seria de esperar pelo conceito de liberdade contratual previsto no artigo 405.º do Código Civil. Desta forma, resulta de fácil compreensão que o próprio instituto das cláusulas contratuais gerais constitui em si mesmo um limite à liberdade contratual no que concerne a uma das partes contratantes (aderente). O princípio da boa-fé vem então a assumir um papel essencial neste âmbito, resultado das situações inconvenientes e injustas que, por vezes se verificam, pela utilização de cláusulas que se vêm a verificar abusivas e, portanto, contrárias à boa-fé. Foi também demonstrado que para além dos mecanismos de intervenção contra as cláusulas abusivas previstas pelo legislador, poderá o artigo 15.º do diploma das cláusulas contratuais gerais funcionar como *ultima ratio* intervindo sempre que exista um desequilíbrio significativo de direitos e deveres entre as partes. Posto isto, e em jeito de conclusão, fica clara a ideia de que o princípio da boa-fé constitui neste âmbito, uma importante garantia aos aderentes neste tipo de contratos, a par de todas as demais garantias previstas pelo legislador, que sentiu, como é bem perceptível, uma excepcional necessidade de dotar este regime contratual de garantias que salvaguardassem o aderente e os seus interesses como parte mais fraca neste tipo de relação contratual. Necessidade essa, fundamentada na inércia resultante da quase inexistência do princípio da liberdade contratual em matéria de cláusulas contratuais gerais, o que possibilitaria que, com grande facilidade, se criassem condições gravemente prejudiciais à parte mais fraca.

A réplica que se seguiu, a cargo da estudante Ana Patrícia Miranda, teve em vista um esclarecimento sobre as entidades auxiliares dos consumidores e das vantagens da formulação prévia dos contratos evidenciado no potencial negocial das entidades representativas dos consumidores face ao poderio empresarial que enfrentam.

O segundo argumento desta segunda ronda coube à equipa A pela estudante Cátia Pinheiro, que nos disse que nos contratos, após exercidos livremente os direitos de proposta e aceitação e obtido, por conseguinte, o consenso contratual, ficam os contraentes vinculados juridicamente à sua observância, sendo negada a possibilidade de, por modo unilateral, adoptar um comportamento desconforme á boa-fé. As cláusulas contratuais gerais, surgiram da necessidade acrescida de uniformização de contratos em virtude da massificação do comércio jurídico, apresentando-se como um instituto á sombra da liberdade contratual pois

são pré-determinados por uma das partes, cabendo á outra aceitar ou recusar contratar. A boa-fé é então um princípio fundamental na concretização destes contratos na medida que também preenche lacunas, já que nem sempre todas as circunstâncias contratuais podem ser previstas. Este princípio, primordial da ordem jurídica, impõe a criação de deveres acessórios que não foram expressamente pactuados aquando da contratação e identifica quais os comportamentos a serem seguidos. O princípio da boa-fé é um princípio elementar na questão das cláusulas contratuais gerais, argumento apresentado pela equipa A, pois exige que a interpretação das mesmas cláusulas privilegie sempre o sentido mais conforme á lealdade e á honestidade entre as partes. A boa-fé concretiza então um princípio contemporâneo sempre actual uma vez que com a cada vez maior amplitude das sociedades modernas e com a crescentada carência de padronizações negociais, permite ao aplicador de direito apreciar o caso concreto á questão harmonizando o seu conteúdo ao tempo e sociedade a que se destina.

A réplica pela equipa contrária coube à Cátia Coelho, que teve por base a defesa dos contratos maciços, demonstrando a falta de funcionalidade que seria a elaboração para cada cliente tendo em consideração que o volume negocial das empresas é cada vez maior.

Seguiu-se a tréplica sustentada pelo estudante Micael Correia, da equipa A, que respondeu a duas questões “Sendo as cláusulas contratuais gerais, uma massificação de contratos, onde só e só uma parte pode criar cláusulas, como podemos afirmar que há igualdade entre as partes? Ou então declarar que existem cláusulas relativamente abusivas que podem, de acordo com o quadro padronizado, não ser consideradas abusivas?!”, expondo que as cláusulas contratuais gerais não são um consentimento, mas sim uma obrigação, definida pela parte mais forte no contrato, sendo pertinente afirmar-se que nestes tipos de contratos inexistente a possibilidade de negociação substancial do conteúdo (artigo 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 446/85 de 25 de Outubro, sobre as cláusulas contratuais gerais), notando-se uma evidente falta de igualdade; em segundo lugar, que, não obstante existirem quatro listas de cláusulas proibidas (absoluta e relativamente proibidas, divididas entre relações entre empresários ou entidades equiparadas e relações com os consumidores finais), mesmo assim são insuficientes para conseguirmos ter uma harmonia, transparência e lealdade entre as partes, suscitando mais uma vez a actuação da boa-fé como limite à autonomia privada; por fim, na opinião dos elementos do grupo que sublinhou a sua importância, a boa-fé contratual serve para evitar um injustificado desequilíbrio entre as partes, com os óbvios perigos que daí advêm para a parte naturalmente mais fraca, para a pessoa singular consumidor e, por vezes, para sujeitos equiparados.

1ª Ronda - 1.º Argumento

Para dar início ao nosso debate, será necessário efectuar uma abordagem sumária ao princípio da boa-fé, e a sua importância não só no nosso ordenamento jurídico, mas também nos ordenamentos jurídicos em geral.

O sentido de boa-fé é muito amplo, e foi crescendo, sendo modificado e acompanhando em geral, a evolução da sociedade, tendo sido uma vez reprimido, outras exaltado, ajudando, na concretização do Direito em si, e na sua construção em sentido lato.

A boa-fé, consagrada como um princípio fundamental do Direito Privado e do Direito das Obrigações em particular, exprime a preocupação da nossa ordem jurídica pelo respeito dos valores ético-jurídicos da comunidade, preocupando-se em corrigir desequilíbrios, para lá de meras justificações formais.

Realiza um papel de Justiça Social, assumindo especial relevância nos contratos, como veremos mais adiante.

O princípio da boa-fé, como princípio basilar da ordem jurídica, assume uma importante relevância, não só ética, como prática, no que compete à salvaguarda dos interesses e direitos legítimos da sociedade e dos interesses da colectividade em geral, ajudando não somente na resolução de controvérsias jurídicas, como também na defesa da ética e de toda uma tradição de uma determinada colectividade, permitindo uma flexibilidade e uma modificação equitativa do contrato.

Assim a imperatividade subjacente a este princípio, é notória em vários ramos do direito, como no âmbito do direito constitucional, através do seu papel vivificador dos princípios constitucionais em geral. Dá, assim, sentido e existência a princípios como a igualdade material de ambas as partes, o princípio da transparência, o princípio da confiança, a dignidade da pessoa humana, cuja realização estaria limitada sem este princípio. Consubstancia, igualmente, um vasto leque de deveres, que conformam a relação jurídica complexa, vista como um organismo, e controlam a conduta das partes, como os deveres acessórios de conduta, em que são disso exemplo os deveres de proteção e cuidado, o dever de informação, o dever de esclarecimento e o dever de tutela, fundamentais para o bom funcionamento de uma relação jurídica sinalagmática, tendo em conta o conceito da relação obrigacional complexa.

No que compete ao âmbito contratual, principal área dinamizadora deste princípio, para a boa efectivação dos contratos, as partes deverão assumir uma conduta honesta, leal, correcta e digna de confiança, tal como prevê o artigo 227 do Código Civil. A denominada

boa-fé contratual, (presente desde os preliminares dos negócios), funciona neste campo de acção como instrumento limitador da livre conformação das relações obrigacionais. É imperativo, não podendo ser afastado pela vontade das partes.

O princípio da boa-fé está assim presente antes do contrato nascer (artigo 227), durante a vida do contrato (artigo 762.º, n.º 2) e após a sua morte (artigo 239.º).

O contrato, desde sempre entendido como o vínculo, por excelência, definidor das relações jurídico-privadas, livremente estabelecidas entre as partes, tem conhecido uma assinalável evolução conceptual, por força do diverso enquadramento que, no seu seio, tem sido dispensado à autonomia privada.

O liberalismo, com os seus ideais liberais, e a efervescência cultural, artística, social, filosófica, política etc., veio a alterar este esquema no que compete a este excesso de formalidade, o que veio a dar o mote para a emergência deste princípio, tal como é conhecido hoje.

Inicialmente, o conceito de contrato baseava-se numa concepção clássica individualista, baseada no dogma da autonomia da vontade: o excesso de liberalismo sobrepondo-se a tudo e a todos.

No pensamento jurídico liberal: presente na época posterior à revolução francesa, que entende o negócio como lei privada, Está a ceder às exigências de ordem pública, económica e social, que passaram a funcionar como factores limitadores da auto-regulação dos interesses pelas partes contratantes, quando não é atendido, ou é prejudicado o interesse geral da colectividade.

A evolução do direito privado dos contratos verifica-se através de 4 vectores: **(i)** a relatividade da figura do contrato; **(ii)** a função social do contrato; **(iii)** a vinculação ético-social dos direitos subjectivos; **(iv)** exigências de ordem pública, económica e social como factores limitadores da autoregulação dos interesses pelas partes contratantes sempre que seja beliscado o interesse geral da colectividade.

A teoria contratual contemporânea surge marcada por novos instrumentos jurídicos: o princípio da boa-fé objectiva; o dever de lealdade; o princípio do equilíbrio económico das prestações; o princípio da função social do contrato.

O objectivo desses novos instrumentos jurídicos é de evitar abusos e excessos frequentemente presentes nas relações contratuais.

Assim sendo, a visão tradicional dos contratos é alterada, pois com esta nova concepção, é a vontade dos indivíduos unida (através do contrato), que irá gerar o Estado, principalmente no que competia à área laboral, permitindo que a liberdade de contratar, de modo que os sujeitos das relações contratuais, regulassem da maneira que melhor os conviesse. Porém, perante esta nova liberdade contratual, o acordo de vontades era mais aparente do que real, significando que, com os novos contratos pré formulados, provenientes agora de um Estado Capitalista e Intervencionista, tornam-se em regra, em contratos abusivos, havendo claramente um desnível entre estas posições contratuais, havendo uma posição de superioridade por parte do contratante, ficando o contratado subordinado às injunções destas cláusulas. Porém, é de vital importância esclarecer, que se houver uma ordem de subordinação absoluta, estará afastada a ideia de contrato!.

Daí, o legislador no geral, sentiu uma profunda necessidade de travar este abuso de poder que a autonomia privada poderia proporcionar, e, de assegurar o princípio constitucional da igualdade material entre as partes; pois tal como afirma Rosseau no seu "Estado Natureza, " os homens exercem naturalmente os seus instintos, e, ao contrato, em que o forte subjuga o fraco, é preciso substituí-lo por um novo contrato que assegure a cada cidadão, a proteção da comunidade e, lhe permita, as vantagens da liberdade e da igualdade.

E, o principal parâmetro a ser usado na aplicação dessa visão social dos contratos, é o princípio da boa-fé objetiva como limitador de direitos subjetivos nos contratos, como fonte de deveres de conduta, em todas as fases contratuais, e, como fonte de interpretação dos contratos.

Igualmente, utilizado pelos tribunais, o juiz deverá lançar mão deste, onde através do seu exercício de subsunção, determinará a mais sensata solução para dirimir a controvérsia, sempre guiado pelos valores éticos e de equidade.

O princípio da boa-fé, para além de favorecer a boa realização das negociações na formação dos contratos, também assume um papel essencial quanto ao grau ou gravidade da culpa: Pois, em certos casos, em que a parte atue em erro ou negligência, a culpa imputada será menor que em situações de dolo ou de ruptura abusiva das negociações, pois a parte, achava-se atuando de boa-fé, em conformidade com o Direito, tendo uma sanção mais diminuta.

Outra vertente marcante do visado princípio, é a proteção conferida em relações jurídicas inter partes, ao sujeito em que tenha sido criada uma confiança fundada na realização do negócio, que, de acordo com os parâmetros normais, tenha contribuído para criar legítimas expectativas na concretização de negócio, tendo como corolário o princípio

da proteção da confiança, bem como, em situações possíveis apelar à ineficácia externa das relações.

O princípio da boa-fé, é assim um princípio autónomo, prevalece, mesmo sem estar expressamente plasmado, pois como afirma Menezes Cordeiro, passo a citar: “a boa-fé traduz um estágio juscultural, manifesta uma Ciência do Direito, e exprime um modo de decidir próprio de certa ordem jurídica”.

Assim, a boa-fé, não se trata de um valor novo, pois, nunca deixou de existir.

É inegável a importância do princípio da boa-fé dentro das relações da sociedade moderna, pois, apesar de não estar consagrado explicitamente nas actuais codificações, o princípio da boa-fé é o futuro! A sociedade hodierna encontra-se em constante evolução, não pará, logo, daqui para o futuro, as actuais leis serão revogadas dando lugar a outras que ainda estão por nascer.

Porém, o princípio da boa-fé já como prática reiterada, por mais mudanças que ocorram, ficará sempre presente na sociedade, pois tal como Jean Cruet afirma, passo a citar: "vê-se todos os dias a sociedade reformar a lei; nunca se viu a lei reformar a sociedade". Prevalecerá, sempre como princípio harmonizador, conciliando o rigorismo lógico-dedutivo do século passado, com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo portas para uma sociedade mais justa e leal, aproximando-se mais dos ideais do Direito

Por outro lado e não menos relevante, saliente-se o papel da Intervenção do Estado, leia-se, a intervenção do legislador nas relações privadas, visando vários instrumentos jurídicos são disso exemplo:

- Cláusulas contratuais gerais: como veremos na 2ª ronda;
- A excepção do não cumprimento do contrato (artigo 428.º);
- Limite à resolução voluntária do contrato: artigo 334.º;
- Alteração das circunstâncias (artigo 437.º);
- Boa-fé na interpretação do contrato e como critério de aferição do comportamento das partes (exemplo artigo 227.º).
- Equilíbrio das prestações e critérios da sua determinação: imposição ética que prevalece sobre o teor do contrato, ou seja, impondo a observância da boa-fé.
- O excesso da cláusula penal (artigo 812.º): equidade e os critérios de redução. Concretização do princípio da boa-fé.
- O abuso de direito: a sua concretização pela via judicial.

- A interpretação e integração dos contratos: alteração de cláusulas. Traduz-se numa actuação que representa uma limitação correctiva da autonomia privada no que se refere à determinação do conteúdo do contrato.
- Dos limites à interpretação do contrato. Terá de estar dentro das malhas do artigo 437.º e verificar-se um desequilíbrio das prestações.
- Assim e em jeito de conclusão sempre se dirá que a revisão do contrato deverá existir nos casos de desequilíbrio entre as prestações e a consequente onerosidade excessiva, provocando desajustes significativos no interesse das partes.

Joana Guerra

1ª Ronda - 1.º Argumento - Réplica

Responsabilidade na formação dos contratos

A *culpa in contrahendo* foi pensada pela primeira vez por Jhering em 1861, o qual encontrou fundamentação para a responsabilidade nos seguintes termos, e passo a citar “Aquele que contrata passa com isso do círculo de deveres puramente negativos do tráfico extracontratual ao círculo dos deveres positivos da esfera contratual” fim de citação. Tais termos significam que a parte que manteve negociações contratuais com outrem aceita desde logo, por essa via, dois tipos de deveres: o negativo relativo à omissão de actos lesivos e o positivo referente a um agir positivo, sempre que a outra parte possa, segundo os factos, esperar tal resultado.

Esta era uma ideia jurídica que encontrou maior concretização através de Heinrich Stoll, com a associação ao princípio da confiança em 1923. Esta doutrina sofreu desenvolvimentos com a conexão dos “deveres de protecção” procedentes da “boa-fé” com o princípio da confiança. Este princípio tinha como pressupostos a confiança digna de protecção e a não obscuridade ou confusão do Direito vigente. Estava assim formada a doutrina.

Em clara oposição, Canaris, reportando-se minuciosamente às hipóteses legais de responsabilidade pela confiança, contrapõe, em primeiro lugar, os casos de responsabilidade pela confiança e a responsabilidade por negócios jurídicos. O primeiro tipo de responsabilidade funda-se no dever de cumprimento ou indemnização por danos, com base numa hipótese legal de confiança.

Pelo contrário, a responsabilidade por negócios jurídicos baseia-se nos princípios jurídicos norteadores do Direito Privado, da autodeterminação e da autorresponsabilidade. Através destes, os privados ficam juridicamente habilitados a regular per se/por si as relações intersubjectivas, no modo em que, pelas suas declarações de vontade, lhes confirmam validade e consequências jurídicas (princípio do consensualismo).

Larenz explica que, sendo certo que deve ser protegida a confiança justificada, era impossível que todo o ordenamento jurídico se baseasse apenas no princípio da confiança. Nas suas palavras e passo a citar “no Direito Civil o princípio de uma responsabilidade pela confiança aparece apenas ao lado do princípio da autonomia privada da autoconfiguração e autovinculação do indivíduo no negócio jurídico”.

Ricardo Malheiro

1ª Ronda - 1.º Argumento - Tréplica

O princípio da confiança

O estudo da responsabilidade pré-contratual iniciou-se com J. Hering, pela consideração da boa-fé dos contraentes a respeito da celebração de um negócio nulo ou anulável. Entretanto os horizontes da responsabilidade pré-negocial alargaram-se cada vez mais, até englobarem no seu conceito, quer as hipóteses de negócio inválido e ineficaz, quer ainda as situações em que não se tenha celebrado negócio algum, por virtude de ruptura da fase negociadora ou decisória.

Não descurando o princípio da autonomia privada, e a subsequente faculdade dos indivíduos poderem formular livremente as suas propostas e aderirem a propostas alheias, não será necessário encontrar limites que se sobreponham a esta liberdade de fixação do conteúdo dos contratos, e assim garantir uma justiça mais comutativa, e proteger a parte economicamente mais débil?

Analisemos os ciclos fundamentais em que se desdobra o vínculo do contrato:

- A sua formação (artigo 227.º do Código Civil)
- A conseqüente integração (artigo 239.º do Código Civil)
- E a respectiva execução (artigo 762.º/2 do Código Civil)

Centremos a nossa atenção, por conseguinte, no primeiro aspecto, relacionado com a fase preparatória do contrato.

Em que consistirá, afinal, este *iter negotii*?

Trata-se, resumidamente, de um processo genético ou embrionário do próprio contrato, que se inicia com meros contactos entre as partes para a realização de um negócio e se prolonga até a sua efectivação, englobando um sem números de trâmites tendentes à obtenção de uma vontade unívoca que convirja no acordo final.

Ora, merecerá esta fase pré-contratual salvaguardar os legítimos interesses e expectativas dos intervenientes? É evidente que sim. Recordemos o que estabelece o art 271.º do Código Civil: “entende-se que a conduta dos contraentes terá que obedecer, nesta fase, ao princípio da boa-fé, com as necessárias conseqüências que daí advém no que respeita a deveres de parte a parte”.

Quais os interesses que estarão aqui em causa?

Desde logo, a liberdade que as partes têm e devem conservar até à definitiva celebração do negócio, mas também, por outro lado, a tutela da confiança das partes e das suas expectativas legítimas. Tal equivale a dizer que, para haver negócio, terá que se formar uma confiança, que para poder ser considerada legítima, implica que se alicerce em dados concretos e objectivos. No fundo, a confiança que ora se tutela é nada mais, nada menos, que a confiança recíproca de cada uma das partes em que a outra proceda de forma legal e séria, no sentido de gerar uma legítima expectativa de conclusão do negócio. Esta confiança que temos vindo a fazer referência pode estar relacionada com o incumprimento pela contraparte dos mais diversos deveres derivados da boa-fé, nomeadamente:

- a) A violação do dever de se exprimir com clareza e de evitar uma falsa interpretação do seu comportamento pela outra parte;
- b) Não serem iniciados ou prosseguidas negociações de antemão destinadas ao malogro, criando, dessa forma, expectativas à contraparte susceptíveis de causar prejuízo;
- c) Violação da obrigação de informação, quando se impõe que uma das partes deva saber de um facto que possa conduzir ao abortamento das negociações.

Sinde Monteiro refere, a este propósito, que na fase pré-negocial se deve impor deveres de esclarecimento, notificação, revelação, comunicação e até de conselho.

Assim, a liberdade de fixação do conteúdo dos contratos não se deverá sobrepor ao princípio da boa-fé, isto é, o dever de agir segundo um comportamento de lealdade e correcção, criando obstáculos às partes caso assim seja necessário, sem frustrar o fim do credor e sem agravar a vinculação do devedor.

Michel Alves

1ª Ronda - 2.º Argumento

Este debate debruça-se sobre o Direito Privado e, essencialmente, sobre o ramo civilista. Este ramo do Direito tem no seu ADN os princípios do reconhecimento da pessoa humana e os direitos de personalidade, a autonomia privada, a responsabilidade civil, a boa-fé, a concessão de personalidade jurídica às pessoas colectivas, a propriedade privada, a relevância jurídica da família e, por último, o fenómeno sucessório.

O Homem é pessoa, nas palavras de Kant, “porque é fim em si mesmo”, dotado de personalidade jurídica, ou seja, sujeito de direitos e deveres e com capacidade de exercício, a qual se traduz no poder de dispor da sua esfera jurídica, e tem, na autonomia privada, o meio de se vincular, através das suas manifestações de vontade, de forma a disciplinar os seus interesses.

A autonomia, em Direito, significa autodeterminação e designa um poder e uma regulamentação de interesses pelos próprios titulares, aliás consagrado constitucionalmente, no artigo vigésimo sexto número um da Lei Fundamental, onde se estabelece o direito ao desenvolvimento da personalidade.

Esta autodeterminação não pode ser mais significativa do que no ramo do Direito das Obrigações que, tal como afirma Baptista Machado, e passo a citar “regula o tráfico de bens e serviços e a reparação dos danos e tem por instituição fundamental o contrato como forma de excelência de expressão da autonomia privada”.

A autonomia privada, enquanto princípio aberto, beneficia, no direito obrigacional, de uma concretização adicional, designadamente através do princípio da liberdade contratual. Assim, a figura do contrato tem um papel central no dinamismo do tráfico jurídico entre os privados. Estes vêm a sua autonomia prevista em três liberdades: de celebração, de fixação do conteúdo dos contratos e da selecção do tipo contratual (tipificado ou não).

Francisco Pais

A ideia de liberdade subjacente ao princípio da autonomia privada encontra consagração para lá do direito civil. Como afere Mota Pinto, e passo a citar “a regra da liberdade contratual é o instrumento jurídico necessário à actuação do princípio económico da livre empresa, ao sistema da económica de mercado e ao exercício da propriedade privada. Daí que o grau máximo de liberdade contratual corresponda ao liberalismo económico como

forma de organização da produção e circulação dos bens e serviços e ao individualismo como filosofia social. Quando uma exigência de ordem social se vem ligar aos princípios do liberalismo, acentuam-se na fundamentação da liberdade contratual, ao lado do valor da autonomia pessoal, o resultado de justiça que os mecanismos de liberdade de negociar e contratar, desde que correctamente enquadrados, assegurariam”.

As características básicas do sistema económico e social transparecem na Constituição da República Portuguesa, em concreto, na designada “Constituição económica”, onde se reconhece, no artigo sexagésimo primeiro, a iniciativa privada, a qual se articula com os preceitos constitucionais da propriedade privada (artigos sexagésimo segundo e octogésimo nono). Assim, pode inferir-se que a liberdade contratual está tutelada, ainda que indirectamente, nestes preceitos. O mesmo se podendo depreender com os exemplos da consagração do direito da livre escolha de profissão ou género de trabalho (artigo quadragésimo sétimo). Estes preceitos estão ao serviço da optimização da liberdade individual.

A própria consagração do Estado de Direito Democrático presente no artigo 2.º da CRP expressa-se por uma panóplia de princípios como o princípio da legalidade, da igualdade, da dignidade humana, da liberdade, do acesso ao Direito, da proporcionalidade, da separação de poderes, do sufrágio universal, entre outros que se destinam a assegurar a integridade intelectual, política, social e económica do cidadão.

A ideia de Estado de Direito Democrático encontra-se, assim, intrinsecamente ligada ao liberalismo, já que Estado de Direito, democracia e direitos humanos são inseparáveis da tradição liberal. Pense-se que os princípios liberais foram consagrados enquanto princípios jurídicos no final do século dezassete em Inglaterra, aquando da Glorious Revolution (1688). É uma doutrina de boa consciência já que todos são livres, e por isso a autonomia individual torna-se tão importante, sendo inegável a sua ligação com o princípio constitucional do desenvolvimento da personalidade.

Daqui se retira que a autonomia privada encontra a sua fundamentação no liberalismo.

Para Stuart Mill o valor de um Estado reside nos indivíduos que o compõem, o desenvolvimento do humano encontra-se intrínseco ao reforço da individualidade, reivindicando que a originalidade é uma qualidade vital, em que o fim do homem é o desenvolvimento harmonioso de todas as suas faculdades.

Dito isto, melhor se compreende a contemporaneidade da ligação entre liberalismo e autonomia privada, ou seja, quão importante é a autodeterminação contratual para o desenvolvimento pessoal.

Rousseau, associando a ideia de Democracia e de realização social, cria a concepção do Estado enquanto contrato social, em que o indivíduo se predispõe a submeter a sua vontade à vontade comum. A ideia democrática encontrou ainda aprofundamento na ideia de autonomia de Kant, nos termos da qual a formação da vontade política se deveria guiar pela razão de cada cidadão. Aliás, o poder legislativo deveria competir exclusivamente à vontade reunida do povo. A grande diferença entre Rousseau e Kant é que este último não promove a vontade do povo a interesse comum, mas sim ao princípio da razão que funda a coexistência da liberdade individual segundo uma lei universal. A funcionalização do Direito subjaz ao desígnio da pessoa enquanto regime orientador da sua realização, enquanto luz de farol, tendo como fim a manutenção da paz e de todas as condições favoráveis para o desenvolvimento pessoal.

É certo que a liberdade contratual se vê limitada em diversos aspectos. No entanto, não se lhe pode retirar importância com base nas suas limitações legais.

Assim, reflita-se em geral sobre o princípio da liberdade sabendo que este inclui a liberdade contratual. A verdade é que, aceitando a ideia de que somente existe liberdade se a mesma for regulada e se todos a respeitarem, percebe-se que esta tem de encontrar limitações. Tal como Hobbes, que concretiza a ideia de que a sociedade é, e passo a citar “uma guerra de todos contra todos”, tem de se ter como certo que sem organização não há liberdade, pelo que a sociedade se submete à lei para poder exercer a sua liberdade.

Como Locke acrescenta, e passo a citar “uma lei, na sua verdadeira acepção, mais do que limitar, orienta um agente livre e inteligente a agir no seu próprio interesse: ele não prescreve mais do que o bem geral daqueles que a ela estão submetidos...seja como for, o objectivo de uma lei não é abolir ou diminuir a liberdade, mas conservá-la e aumentá-la...Onde não há qualquer lei, não há qualquer liberdade”.

Acrescenta ainda o mesmo autor: “embora o estado de natureza seja um estado de liberdade, não é de modo nenhum um estado de libertinagem”.

Assim existindo leis que regulam a liberdade sem a perturbar, existem também condicionantes à liberdade contratual que servem apenas como regras para nortear o seu funcionamento normal e salutar. O que se pretende demonstrar neste paralelismo é a ideia de que não são as regras da sua aplicação que predominam sobre o princípio da autonomia privada. Esta é independente, não é passível de afectação, apenas existem condicionantes ao *modus operandi*, ou seja, ao seu exercício.

Tiago Alexandre Gonçalves Abreu

1ª Ronda - 2.º Argumento - Réplica

O princípio da boa-fé, assim como o princípio da autonomia da vontade, não sendo os únicos, constituem de forma clara alicerces fundamentais do Direito das Obrigações.

Porém, poder-se-á dizer que o princípio da boa-fé prevalece, tratando-se no caso concreto de uma limitação ao princípio da autonomia da vontade, ou seja, trata-se de um instrumento ao dispor da ordem jurídica no sentido de não permitir que o princípio da autonomia privada tenha aplicação absolutamente imperativa, sendo assim uma cláusula sindicante.

Será que a finalidade deste princípio se restringe à limitação de outros princípios fundamentais?

Obviamente que não, no nosso ordenamento jurídico, é também frequentemente utilizado como: causa de exclusão da culpa num acto ilícito, como fonte de deveres especiais de conduta exigíveis no caso concreto e de acordo com a natureza da relação jurídica, ou ainda como causa de limitação do exercício de um direito subjectivo ou de qualquer outro poder jurídico.

São exemplos da ampla aplicação deste princípio o artigo 227.º do Código Civil que estabelece que o negócio jurídico, tanto nos seus preliminares, como na sua formação, deve respeitar as regras impostas pela boa-fé, e ainda o artigo 762.º do Código Civil no que respeita à aplicação do princípio da boa-fé pelas partes contratuais, no cumprimento das obrigações e no exercício do direito correspondente.

Este princípio é um *standard* ou um padrão ético-jurídico de comportamentos ideais, queridos no nosso ordenamento jurídico, e com isto não digo que o princípio da boa-fé seja criado apenas para controlar e disciplinar as acções. Pois este surge com o duplo sentido, quer sob ângulo positivo de se agir com lealdade, quer sob o ângulo negativo de não se agir com deslealdade, ou seja, envolvendo assim aspectos activos e omissivos, retratando exigências da ética jurídica, que têm como base a palavra e a confiança de cada uma das partes para agir de forma honesta e leal, segundo uma consciência razoável, para com a outra parte, tal como agiria um bom pai de família.

Poder-se-á, por exemplo, dizer que no âmbito das cláusulas contratuais gerais o princípio da autonomia da vontade poderá mostrar-se prejudicial quando aplicado, no âmbito dos contratos de trabalho, devido ao seu carácter de liberdade contratual e de autodeterminação das partes, que ao lhes conferir essa liberdade, abre mão a abusos de poder por parte do empregador, que poderá impor as cláusulas que lhe aprouver, ficando o

trabalhador numa posição desfavorecida. Essa liberdade vem, assim, a traduzir-se em perigos para o trabalhador, pois, mesmo que exista uma reconvenção do contrato, o empregador estará sempre, mas sempre, numa posição superior, cabendo ao trabalhador apenas aceitar as imposições estipuladas pelo mesmo.

Como podemos verificar, não existe uma verdadeira liberdade para o trabalhador que se submete a esta subordinação jurídica, constituindo isto falhas a apontar a este princípio.

Uma vez mais aparece o princípio da boa-fé para suprir essa falha.

Outro aspecto importante a salientar, e o mais importante de todos a meu ver, é que, se efectivamente a subordinação jurídica subsistir, a contraparte fica limitada no uso dos seus direitos.

Assim, em contratos em que existe uma subordinação jurídica, que conduzam a abusos de poder, violando o princípio da boa efectivação dos contratos, este é susceptível de ser anulado.

Apresentando-se assim um paradigma, pois o princípio da autonomia, como princípio caracterizador dos contratos, de nada serve nestas situações.

Por este motivo, o legislador decidiu, através do princípio da boa-fé, evitar estas situações de prejuízo, tornando-se verdadeiramente plausível afirmar que o princípio da boa-fé é o princípio vivificador da relação contratual.

Este conduz a uma boa efectivação do contrato, garantindo os direitos e deveres das partes e determinando regras de conduta, a que ambas as partes se devem submeter sob pena de nulidade do negócio jurídico.

Bruno Nadais

1ª Ronda - 2.º Argumento - Tréplica

Representando o grupo que defende a prevalência da autonomia privada sobre a boa-fé, terei como base de argumentação todo o regime que envolve o mecanismo de resolução alternativa de litígios. Tal como a própria designação já evidencia, está na disponibilidade de cada particular, em grande número de casos, a escolha do meio que mais vantagens e garantias lhe assegura, quer seja o da justiça tradicional, por um lado ou, por outro, o da justiça privada oferecida por estes mecanismos alternativos.

Apesar da justiça exercida pelos tribunais estaduais oferecer um grau proporcional de liberdade de escolha ao particular, em especial no âmbito civil, como é exemplo, o facto de caber às partes o início, a subsistência e o termo da acção (cabendo-lhes até a possibilidade de suspensão da mesma), isto por conta de princípios estruturantes como o princípio do pedido e da instância, é num sistema de resolução alternativa que a autonomia privada encontra um maior significado.

Tal decorre inicialmente, à excepção do que tem lugar na arbitragem, da ideia de que todos os envolvidos se encontram numa plena situação de igualdade, afastando-se a tradicional ideia de autoridade e prevalência da interpretação e aplicação do direito por parte de um individuo estranho à dinâmica conflitual, ainda que imparcial sobre a vontade das partes. Aqui a solução provém dos próprios litigantes, não existindo imposição de qualquer decisão aos mesmos, contando-se apenas com uma simples ajuda de um terceiro com vista a uma finalização bem-sucedida do litígio, saindo todos a ganhar.

E mesmo quando, consoante a posição adoptada, na mediação e conciliação, a solução provenha não das partes, mas do mediador ou conciliador, respectivamente, esta deverá ser uniforme e ter em vista os interesses de ambas as partes.

O princípio da autonomia tem em si subjacente não só uma ideia de liberdade mas também abarca um pressuposto de privacidade. E este mesmo pressuposto encontra equivalente expressão numa das características chave dos meios de resolução alternativa: a confidencialidade. Desta forma, as partes como que optam por um ambiente em que todo o conflito se envolverá num clima de certa intimidade por se restringir apenas aos presentes, evitando-se os efeitos que uma eventual publicidade do teor do mesmo teria caso fosse tratado segundo os moldes de uma justiça estadual. No fundo evita-se uma espécie de censura pública do comportamento anteriormente adoptado pelos visados.

Relativamente ao mecanismo da arbitragem, em especial da voluntária, é certo que em diversos pontos se aproxima de uma aplicação rígida do direito por parte da orgânica estadual,

no entanto, em alguns outros permite que as partes dominem quase que por completo. Comece-se por salientar que a arbitragem tem como base uma convenção criada exclusivamente pelos visados através da qual atribuem o poder a um terceiro que lhe permite julgar o conflito. É de notar que aqui o domínio da vontade é tão forte que o réu e o autor, se assim o desejarem, poderão retirar da alçada dos tribunais judiciais o seu caso e submetê-lo à arbitragem. Além do mais cabe a estes dois intervenientes escolherem os juízes árbitros a intervir no caso, podendo optar pelos que possuem maior especialização, a escolha das regras pelas quais o processo se deve reger e ainda estipular a hipótese de existir ou não um eventual recurso da sentença para um tribunal estadual. A ideia chave que deve ficar aqui assente é a de que em meios de resolução alternativa a vontade das partes prevalece na grande maioria das vezes e que por isso o princípio da boa-fé não tem aqui lugar.

Daniela Filipa dos Santos Azevedo

2ª Ronda - 1.º Argumento - Argumento Geral

Vamos expor como tema prático as cláusulas contratuais gerais.

As cláusulas contratuais gerais divergem da imagem tradicional em que o contrato traduz um acordo de vontades que advém de uma discussão entre as partes igualmente livres e informadas, negociando uma a uma todas as cláusulas que determinarem pertinentes.

A verdade é que o regime das cláusulas contratuais gerais contempla uma experiência contemporânea diferente. É pertinente contextualizar a necessidade da criação deste clausurado.

Se toda norma jurídica tem subjacente uma função social, o regime das cláusulas contratuais gerais não é exceção. Recordemos que atualmente o mercado se rege pelo modelo capitalista.

O Capitalismo é o sistema económico em que os meios de produção e distribuição são de propriedade privada com distribuição de lucros e fins lucrativos. Este é dominante no mundo ocidental, em que, simultaneamente, o valor da dignidade da pessoa humana e a sua livre realização são fundamentais, para os quais os direitos, liberdades e garantias constituem os alicerces fundamentais.

O Capitalismo é o maior instrumento de desenvolvimento económico soberano de todos os regimes aplicáveis aos Estados. Esta é a maior arma para o desenvolvimento pessoal pelo qual todos nós lutamos. Sem uma verdadeira autonomia, sem uma verdadeira liberdade, o desenvolvimento económico far-se-ia apenas na dependência do Estado.

Se é verdade que a luta para a instauração deste modelo económico tenha sido dura, é também verdade que as suas vantagens trajem outras consequências menos vantajosas, como a massificação de empresas sobre as quais não reconhecemos o real proprietário, havendo aglomerados sectoriais, que proporcionam um verdadeiro predomínio sobre certos e determinados sectores económicos. No entanto, há que reconhecer que o capitalismo é o regime económico que mais permite o desenvolvimento pessoal.

Assim, cada individuo vê-se munido de uma série de instrumentos capazes de o instruir e de o fazer progredir na vida com recurso apenas ao seu mérito. É a maravilha que constitui os mercados livres. Este sistema económico é um expoente do liberalismo que tem como anseios a realização pessoal, a progressividade através do mérito e das convicções pessoais, a apologia da propriedade privada e da ascensão económica, assenta no princípio da autonomia privada, em que o estado apenas intervém nos pressupostos necessários, limitando-se a fornecer aos cidadãos meios para se autorrealizar.

Mas se as bases ideológicas há muito foram estabelecidas a verdade é que a realidade social, económica e política obriga a uma constante modelação dos trâmites legais. Neste aspecto, as economias tiveram necessidade de alargar horizontes e esbater fronteiras. As crises das dívidas soberanas impulsionaram as empresas a estabelecer relações e a criar relações transfronteiriças. Assim, a globalização é uma das formas de superação das graves crises económicas. Porquanto falarmos actualmente de capitalismo é falarmos de globalização de mercados, é pronunciarmo-nos acerca do fenómeno da expansão das empresas e da aglomeração de pequenas empresas que se tornam gigantes dos diversos sectores económicos. A chamada massificação de serviços para um grande número de consumidores é, mais do que nunca, uma consequência deste modo de funcionamento do mercado. Este mesmo comércio internacional que pretende estabelecer parcerias com os consumidores, tem de o fazer num plano geral, pois não faria sentido que existisse para cada consumidor-cliente um contrato individual. A verdade é que as diferenças de poderio entre empresas e consumidores são mais que muitas. O recurso às cláusulas contratuais gerais para mais facilmente agilizar o tráfego jurídico, se por um lado permite às empresas o estabelecimento unilateral das condições contratuais pode, por outro lado, construir uma mais valia para os consumidores.

Com efeito, associações como a Deco, defensoras dos consumidores, podem ter uma maior capacidade negocial para negociarem um clausurado mais favorável, e quanto mais consumidores representados, maior é o seu poder de negociação. Como exemplo claro de funcionamento destas associações temos o caso da não existência de fidelização para os clientes que não a pretendam em certos contratos de prestação de serviços, seja de que sector for, conquista feita por via do elevado número de consumidores representados.

Desta perspectiva, as cláusulas contratuais gerais, enquanto instrumentos de negociação colectiva, podem plenamente servir de meio para uma uniformização de condições, para uma luta mais eficiente dos consumidores face ao poderio empresarial.

Referindo-nos mais aprofundadamente às cláusulas contratuais gerais, e como em todos os outros contratos, estas são reguladas pela liberdade contratual, sendo este um princípio fundamental do direito privado. A plena acepção da liberdade contratual postula as negociações preliminares, íntegras, no fim das quais as partes ao terem ponderado os respectivos interesses e os diversos meios de os prosseguir assumem, com liberdade e discernimento, determinadas estipulações. As partes com o exercício legítimo da sua autonomia privada, podem perfeitamente regular os seus interesses e aplicar as cláusulas que melhor que lhes convierem.

A esta luz, as normas legais somente se aplicam nos contratos com natureza supletiva. Temos aludido à liberdade contratual no Código Civil prevista no artigo 405.º, n.º1, no qual se reconhece às partes a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos que as irão regular, celebrando diferentes contratos daqueles previstos na lei e incluindo nestes as cláusulas que lhes aprouver.

As cláusulas contratuais gerais nem sequer limitam o princípio da liberdade contratual, apenas actuando, quando necessário, repondo o equilíbrio necessário. Em relação às cláusulas contratuais gerais não é de esquecer que todo o controlo às suas cláusulas é feito em relação a um clausulado concreto, o que não põe em causa o princípio da liberdade contratual enquanto tal. Na verdade, ninguém é obrigado a aderir à oferta dos grandes grupos, fazendo-se exercer uma autonomia que o direito reconhece e tutela.

O Prof. Doutor Antunes Varela reconhece que as cláusulas contratuais gerais, como mecanismo de negociação, vieram a ser cada vez mais utilizadas devido ao forte desenvolvimento dos grandes grupos económicos, mas também afirma que a outra parte tem a total liberdade, embora que mais reduzida, de celebrar o contrato ou não. E à medida que o poder económico dos grupos se foi fortalecendo com o desenvolvimento do capitalismo, as actividades das empresas foram-se diversificando e a oferta dos produtos em massa foi-se alargando, começando a surgir e a multiplicar-se no comércio jurídico casos em que a *lex contractus* é praticamente elaborada por um só dos contraentes, mas que a outra parte tem o ónus de aceitar ou não a mesma. Mas, note-se, o fundamento do princípio da autonomia não é, de forma alguma, desconsiderado, porque as cláusulas contratuais gerais são nada mais do que a concretização, por um lado, dos interesses do grupo económico, e por outro, do interesse de o indivíduo querer usufruir do bem ou serviço que lhe é proporcionado. Sendo impossível contratualizar com cada indivíduo que quer possuir o bem ou serviço que é oferecido, quando uma das partes é um monopólio/oligopólio, existe a necessidade de recorrer a um mecanismo que se possa aplicar na generalidade.

Diana Sofia Ferreira Couto

2ª Ronda - 1.º Argumento – Réplica

O princípio da boa-fé, como já aqui foi referido, trata-se de um princípio limitador da autonomia privada.

Como é sabido, a actuação de boa-fé, postulada nos contratos em geral, quer na sua fase preliminar – quer durante a sua execução, é um princípio normativo, uma regra de conduta que deve ser escrupulosamente observada pelos contraentes.

Ora, esta prevalência do princípio da boa-fé sobre o princípio da autonomia privada, aplica-se, especialmente, no caso concreto das cláusulas contratuais gerais por forma a corrigir os inevitáveis desequilíbrios significativos fruto da clara posição de imparidade em que se encontram as partes que contratam com recurso a este clausulado.

O próprio conceito de cláusulas contratuais gerais pressupõe uma relação de superioridade e subjugação entre os contratantes no momento da celebração do contrato, sendo que a única liberdade que o consumidor (aderente) dispõe será a da aceitação ou não, em bloco, das cláusulas propostas, uma vez que não tem qualquer poder para alterar (total ou parcialmente) o conteúdo do contrato, como seria de esperar pelo conceito de Liberdade Contratual previsto no artigo 405.º do Código Civil.

É também de realçar que, em regra, existe uma assimetria de informação entre as partes contratantes.

Deste modo, não é possível ignorar o efeito devastador, para a concepção clássica do contrato, que foi provocado pela adopção sistemática, a partir de determinado momento histórico, de cláusulas gerais predispostas por uma das partes contratantes, em que a outra se limita a aceitar em bloco, sob pena de não contratar. Esta situação, por sua vez, determinou intervenções acentuadas do legislador, acautelando os interesses das partes mais frágeis, com especial relevo no âmbito do designado direito dos consumidores.

Posto isto, resulta de fácil compreensão que o próprio instituto das cláusulas contratuais gerais constitui em si mesmo um limite à Liberdade Contratual no que concerne a uma das partes contratantes (aderente).

O princípio da boa-fé vem, então, a assumir um papel essencial neste âmbito, resultado das situações inconvenientes e injustas que por vezes se verificam, pela utilização de cláusulas que se vêm a verificar abusivas e contrárias à boa-fé. Serão assim consideradas contrárias à boa-fé todas as cláusulas que sejam consideradas relativa ou absolutamente proibidas. Todavia, o elenco dessas cláusulas é meramente exemplificativo, o que significa

que poderão existir outras situações que estejam igualmente feridas de nulidade por se verificarem contrárias à boa-fé.

Este vasto elenco de cláusulas interditas, tanto em termos absolutos, como em termos relativos, não impede, portanto, que outras cláusulas possam vir a ser proibidas, por decisão judicial, ainda que não estejam incluídas em qualquer das referidas normas.

É que a lei dispõe de uma cláusula geral, assente no princípio da boa-fé, perante o qual, tendo em conta as circunstâncias, toda e qualquer cláusula se terá de justificar (artigos 15.º e 16.º do Decreto-Lei que regula o regime das cláusulas contratuais gerais).

O artigo 15.º deste diploma actua, portanto, como uma garantia acrescida às demais todas elas, visando a protecção do aderente, tido em conta como a parte mais fraca da relação contratual.

Este artigo funciona como a *ultima ratio* do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, ou seja, intervém sempre que exista um desequilíbrio significativo de direitos e deveres entre as partes.

Tendo em vista esse desiderato, o legislador consagrou dois caminhos ou dois níveis de intervenção diferenciados, com vista à tutela dos valores jurídicos prosseguidos e contra as cláusulas contratuais gerais iníquas:

— Um deles para as cláusulas já integradas em contratos singulares, onde a sua nulidade é então encarada sob o ângulo do processo (regime consagrado pelos artigos 12.º e 24.º do diploma das cláusulas contratuais gerais) e invocável, nos termos gerais (artigo 285.º e ss. do Código Civil).

— O segundo caminho consagrado neste diploma é o da Acção Inibitória (instituto que se encontra previsto no artigo 25.º do diploma em questão), que consiste na verificação judicial, a título preventivo, da legalidade das cláusulas contratuais gerais ainda não integradas em contratos singulares ou mesmo independentemente dessa integração. Este controlo abstracto exerce-se mediante uma acção declarativa dirigida a conseguir a condenação no não uso ou recomendação das cláusulas que o tribunal considere ilícitas.

Ou seja, nas palavras do Prof. Doutor António Pinto Monteiro, e cito: “A sua finalidade é impedir a utilização futura de cláusulas proibidas por lei, procurando assim o legislador superar os inconvenientes de um controlo apenas *a posteriori*, com efeitos circunscritos ao caso concreto, sub judice, e dependente apenas da iniciativa processual do lesado, o qual é vítima, frequentemente, da sua própria inércia e da falta de meios para enfrentar, sozinho, um contraente poderoso”.

Sendo que, o mesmo artigo 25.º considera, no seu texto, passíveis de serem proibidas por decisão judicial, as cláusulas que contrariem o disposto nos artigos 15.º e 16.º, artigos esses que confirmam o princípio da boa-fé como limite às cláusulas contratuais gerais

Posto isto, e em jeito de conclusão, fica clara a ideia de que o princípio da boa-fé constitui neste âmbito, uma importante garantia aos aderentes neste tipo de contratos, a par de todas as demais garantias previstas pelo legislador, que sentiu, como é bem perceptível, uma excepcional necessidade de dotar este regime contratual de garantias que salvaguardassem o aderente e os seus interesses como parte mais fraca neste tipo de relação contratual. Necessidade essa, fundamentada na inércia resultante da quase inexistência do princípio da liberdade contratual em matéria de cláusulas contratuais gerais, o que possibilitaria que, com grande facilidade, se criassem condições gravemente prejudiciais à parte mais fraca.

Demonstra-se assim, de forma clara, a impotência do princípio da liberdade contratual neste âmbito exaltando-se, naturalmente, o princípio da boa-fé como garantia essencial para defender os interesses da parte mais fraca num ambiente claramente desfavorável à mesma.

Nuno Pereira

2ª Ronda - 1.º Argumento - Tréplica

Encarando a realidade económica da globalização e da massificação das relações negociais, o Prof. Doutor Antunes Varela, reconhece nas cláusulas contratuais gerais um potencial instrumento de negociação. O forte incremento dos grandes grupos económicos impulsionado pelo Capitalismo permitiu a diversificação dos produtos e a massificação dos seus serviços, a própria proliferação dos meios de comunicação facilitaram o estabelecimento de relações comerciais transfronteiriças. As mudanças no tráfego jurídico, posto estes termos, são variadas e substanciais. Por tal facto a *Lex Contratus* sofreu um desvio na formação do clausulado contratual, e hoje, aceita-se a sua estipulação apenas por uma das partes. Este estabelecimento unilateral de todas as cláusulas encontra fundamento na impossibilidade física de se negociar, cláusula a cláusula, com todos os contraentes. Repare-se que o número de consumidores é gigantesco e não se pode conceber que haja uma estipulação do conteúdo contratual com cada um deles. Porquanto o número de contraentes tornou-se factor de impossibilitação para negociação de todas as cláusulas. Existe assim necessidade de recorrer a um mecanismo capaz de contemplar a generalidade. O consumidor não se vê afectado na sua autonomia, este continua onerado de total liberdade para contratar ou não. Pense-se nas vantagens. A massificação de consumidores adstritos às mesmas condições facultam maior poder negocial das condições que melhor prouber perante os gigantes grupos económicos que, através da formação contratual tradicional, não obteriam. Mais se considera a este respeito, por um lado, as cláusulas contratuais gerais permitem uma uniformização/standardização de todas as condições representando uma maior igualdade entre os consumidores. Por outro, possibilita uma maior agilização das relações entre os grupos económicos e os consumidores, auxiliando num salutar tráfego jurídico.

Esta nova formação negocial não retira liberdade às partes, tal como considera o Prof. Doutor Almeida Costa, passo a citar “numa perspectiva jurídica ninguém é obrigado a aderir à prestação de serviços oferecida, fazendo exercer uma autonomia que o direito reconhece e tutela”. A autonomia privada, vigora, assim, sem qualquer dúvida. É neste contexto que Antunes Varela advoga, passo a citar “que a limitação à liberdade contratual existe apenas no domínio dos factos. No plano da lei, nada há que impeça os particulares e as empresas, de fixarem livremente as cláusulas do contrato ou de se afastarem dos modelos de negociação usualmente seguidos”. Depreende-se que a igualdade formal não é derogada por qualquer outro mecanismo jurídico. A liberdade contratual não se vê limitada no seu verdadeiro postulado.

É a autonomia da vontade que leva o consumidor a celebrar o contrato e não poderia ser de outra forma. A liberdade de escolha do consumidor está assegurada pela livre concorrência dos mercados, existindo ainda entidades reguladoras capazes de fiscalizar o salutar funcionamento do mercado livre. A proliferação de grandes empresas habilita o consumidor a ter acesso a um grande número de potenciais parceiros contratuais. É vantagem dos mercados livres. Os consumidores vêm-se cada vez mais protegidos por entidades, tais como a ANACOM reguladora das tarifas das comunicações ou a ERSE reguladora das tarifas da electricidade e do gás natural, que lhes facultam os melhores estudos de mercado e auxiliam o consumidor na altura de escolher a empresa a contratar. Acredita-se que o consumidor contemporâneo tem, ao seu dispor, todos os mecanismos necessários para a sua autorrealização e autorresponsabilidade. Os pressupostos liberais em que se baseia a actual concepção do Homem, sempre enquanto fim e nunca enquanto meio, fazem com que as conquistas em relação a princípios dignificadores da pessoa humana encontrem finalidade no desenvolvimento intelectual, social e económico do ser.

A autonomia da vontade é o expoente máximo da realização pessoal, sendo certo a existência de regras de correcção de vicissitudes advindas do seu mau exercício. Mas a liberdade pressupõe isso mesmo, regras, para que se passe do estado de desordem social para o estado de verdadeira liberdade. Não podemos no entanto que essas regras condicionem os verdadeiros axiomas. Victor Hugo afirmou “tudo o que aumenta a liberdade, aumenta a responsabilidade”.

Ana Patrícia Pinto Miranda

2ª Ronda - 2.º Argumento

A liberdade contratual é um princípio basilar do direito privado, constituindo assim a base do direito contratual. Segundo a liberdade contratual cabe as partes, de forma livre, racional e ponderada, a escolha dos meios e das estipulações a contratar. Recordemos o artigo 405.º do Código Civil:” as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver”. Então, o contrato, necessariamente, produz-se da declaração da vontade das partes e têm força vinculativa obrigatória. É primordial que nasça da vontade livre, ou seja, ausente de qualquer tipo de vício, tais como: o erro, o dolo, a falta de consciência da declaração, da coacção, da incapacidade accidental, da simulação, da reserva mental ou da não seriedade da declaração. Não é aceitável que haja qualquer ingerência externa que a manipule. É importante, na liberdade contratual, que as partes sejam autónomas e portanto, não se configurem a partir de pressões, sendo esse, elemento fundamental para sustentar de forma válida e eficaz o contrato. Em suma, tomada a decisão de contratar, a liberdade contratual é reconhecida na plena faculdade das partes formularem propostas contratuais que lhes sejam dirigidas, podendo estas ser aceites ou rejeitadas, caso essa liberdade lhes seja suprimida.

Uma vez exercidos livremente os direitos de proposta e aceitação, e obtido, por conseguinte, o consenso contratual, ficam os contratantes vinculados juridicamente á sua observância, sendo negada a cada um a possibilidade de, por modo unilateral, adoptar um comportamento desconforme ao acordado, à boa-fé e aos bons costumes. Todavia, com a evolução da sociedade, em termos técnicos e industrializados, foi quase necessária uma alteração naquilo que é tido como parâmetros da liberdade contratual. É verificável, na vida quotidiana, que a negociação privada não é correspondente, na maioria das vezes, ao postulado da igualdade formal das partes. O comércio jurídico massificou-se e a prática jurídica-económica racionalizou-se e especializou-se, uma vez que as grandes empresas sentiram a necessidade de uniformizar os seus contratos de forma a celebrar as operações necessárias á colocação dos produtos e planificar as vantagens e adstrições que lhes advém do tráfico jurídico. As cláusulas contratuais gerais surgem como um instituto à sombra da liberdade contratual. Contudo, tudo isto foi lento, penoso e insuficiente. Tiveram a sua grande génese nos contratos de adesão, que são caracterizados por serem impostos em bloco sem a remota possibilidade de discussão pelos destinatários. No entanto, a questão era mais vasta e diferente, visto que não se tratava de um tipo de contrato mas antes de uma categoria de cláusulas que seriam unilateralmente impostas. O avanço neste campo é notável no que

respeita à configuração do tema, pois seria impensável que nos contratos de massa como os serviços de água, electricidade e gás, serviços imprescindíveis, existisse uma negociação individualizada de cláusulas. Imaginemos o que seria, por exemplo, se empresas como a EDP, ou outras fornecedoras de serviços como a água ou o gás, tivessem de celebrar um contrato diferente, com cláusulas individuais, com cada cliente. Parece-vos razoável? Não, nem seria prático. Atrasava o processo de adesão por parte dos clientes e tornava-se mais difícil e angustiante a colocação destes serviços no mercado. As cláusulas compõem os contratos desde que ao destinatário seja dada a possibilidade de tomar conhecimento delas. Temos assim consolidada a categoria das designadas "condições gerais dos contratos", como cláusulas predispostas unilateralmente para uma generalidade de pessoas. Esta matéria foi regulada por várias ordens jurídicas, tanto nacionais, como a nível comunitário. Na lei portuguesa, com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º446/85, de 25 de Outubro, passou a designar por cláusulas contratuais gerais em detrimento das, até então, chamadas condições gerais dos contratos. Este diploma vem regular os contratos que recorrem à utilização de cláusulas contratuais gerais e disciplinar as relações entre empresários ou entidades equiparadas, plasmado nos artigos 17.º e 19.º do mesmo, e ainda entre produtores e consumidores finais nos artigos 20.º a 22.º do mesmo decreto. O recurso à utilização de cláusulas contratuais gerais traduz-se, por assim dizer, num verdadeiro poder conferido ao predisponente, pelo que a liberdade do aderente fica, por sua vez, limitada a aceitar ou rejeitar o contrato proposto. No âmbito da contratação, por via de cláusulas contratuais gerais, fala-se em predisponente para designar aquele que dita inevitavelmente as cláusulas do negócio e do outro lado está o aderente, na qual a sua posição está sempre associada ao facto de aceitar ou rejeitar e não de negociar.

Sendo o Homem livre para contratar enquanto dotado da capacidade de fazer escolhas, inevitavelmente, outro ponto fundamental se destaca. Os contratos que se gerem por cláusulas contratuais gerais levantam alguns problemas e são fundamentalmente de três ordens. Quanto à formação do contrato aumentam consideravelmente o risco de a parte aderente desconhecer cláusulas que fazem parte integral do contrato. Quanto ao conteúdo, favorecem a inserção de cláusulas abusivas e, já no plano processual, mostram uma insuficiência do normal controlo judiciário. Face a isto, um controlo eficaz terá de actuar nas três direcções. Isto é, no plano da formação dos contratos, devem ser consagradas medidas destinadas a obter em cada contrato um efectivo e real acordo sobre todos os aspectos de regulamentação contratual, atribuindo a legitimidade processual activa ao Ministério Público e a associações como a Defesa do Consumidor para desencadear um controlo preventivo, ou seja, um controlo sobre as

condições gerais antes e aquando da celebração de qualquer contrato. Assim, a par das cláusulas contratuais gerais, são também mencionadas pela doutrina e pela jurisprudência as cláusulas abusivas por influência dominante do movimento da protecção do consumidor.

Então, cláusulas abusivas são aquelas que colocam o consumidor em desvantagem nos contratos de consumo. Adianta ainda que são também alvo de referência as cláusulas proibidas que podem ser em sentido relativo ou absoluto. Isto é, relativa quando só é declarada após valoração judicial e são-no no imediato desde que constem do vasto elenco de cláusulas absolutamente proibidas, previstas no artigo 18.º quanto aos empresários e entidades equiparadas e no artigo 21.º em relação ao consumidor. São sempre proibidas as cláusulas que sejam contrárias à boa-fé, como dispõem o artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro. A boa-fé surge como um critério geral e regulador dos contratos com verificação de cláusulas contratuais gerais. No que toca a estes contratos, a boa-fé é valorizada, pois manifesta-se em regras de conduta que fixam o correcto comportamento inter-relacional. Recorreu-se a este princípio constitucional para controlar estas cláusulas. Segundo o acórdão n.º 403/09 do STJ de 11/04/2013, a boa-fé funciona como a bússola central de todo o regime legal, uma vez que impõe a observância de determinados requisitos, formais e materiais, concordantes e, essencialmente, com os princípios da boa-fé da proibição do abuso de direito e da protecção da parte mais fraca. É intencionalmente pretendido pelo legislador fazer proibir para o futuro o uso de cláusulas contratuais gerais contrárias à boa-fé. Este princípio resultou da necessidade da intervenção do Estado no domínio das relações privadas, dadas as disparidades sociais favorecidas pelo modelo social, vindo assim limitar a outrora alargada autonomia privada dos contratantes. A boa-fé é um princípio fundamental na concretização destes contratos, na medida que também preenche lacunas, já que nem sempre todas as circunstâncias contratuais podem ser previstas. Isso acontece em virtude da boa-fé impor a criação de deveres acessórios que não foram expressamente pactuados e, na função da interpretação, ela identifica quais são esses comportamentos que devem ser seguidos. Assim, a boa-fé exige que a interpretação de cláusulas contratuais gerais privilegie sempre o sentido mais conforme à lealdade e à honestidade entre as partes. A boa-fé leva em consideração os interesses dos parceiros contratuais resguardando as suas expectativas e aplicando a sua importância na dignidade da pessoa humana e nem tanto no facto de esta possuir liberdades. A boa-fé é um princípio sempre actual, valendo dizer, que com a cada vez maior amplitude das sociedades modernas e com a necessidade crescente de padronizações negociais, permite ao aplicador de direito apreciar o caso concreto à questão, adaptando o seu conteúdo ao tempo e à sociedade a que se destina. A boa-fé é, então, um princípio elementar do direito privado e

segundo o Prof. Doutor Antunes Varela, e passo a citar, “a lei portuguesa, além de obrigar a agir de acordo com os cânones da boa-fé quem quer que negocie com outro para a conclusão de um contrato (artigo 227.º do Código Civil), vincula em seguida ao mesmo princípio, quer o devedor, quer o credor, não apenas no que toca à realização da prestação devida, mas em tudo quanto respeita, seja ao cumprimento da obrigação (*lato sensu*), seja ao exercício do próprio direito”.

Em suma, as partes têm plena faculdade de celebrar contratos como lhes aprouver, desde que sempre harmonizados com o princípio fundamental da boa-fé, para salientar a confiança entre as partes contratantes.

Cátia Pinheiro

2ª Ronda – 2.º Argumento – Réplica

As cláusulas contratuais gerais, enquanto desvio à normal formação do processo negocial, encontram-se condicionadas pela realidade económica e pela globalização do tráfego jurídico, visto que a multiplicidade de contraentes não permite a negociação de cláusula a cláusula com todas as partes envolvidas. Tal percepção encontra-se difundida no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, das cláusulas contratuais gerais, que passo a citar “Apresentam-se as cláusulas contratuais gerais como algo de necessário, que resulta das características e amplitude das sociedades modernas. Em última análise, as padronizações negociais favorecem o dinamismo do tráfico jurídico, conduzindo a uma racionalização ou normalização e uma eficácia benéficas aos próprios consumidores”.

A normalização que as cláusulas contratuais gerais implicam permite calcular riscos e planificar actividades, desse modo favorecendo a autonomia privada.

Se a sua vantagem económica é irrefutável pense-se no teor do seu corpo legal. Denote-se que a autonomia privada não se vê preterida, pois mesmo as situações de formação unilateral do clausulado vêm consagradas no artigo 1.º do Decreto-Lei já citado. Porquanto aceita-se e estipula-se um regime para todos os contratos pré-estabelecidos. Acrescenta-se ainda que a autorresponsabilidade e a autorrealização continuam sendo pressupostos basilares do Direito Privado. Forte sinal de tal facto é a criação de instrumentos regulativos, como por exemplo as cláusulas contratuais gerais, para que nos casos de desvios da formação da vontade contratual, continue salvaguardada a normal realização da liberdade contratual.

Concretizando, perante casos concretos de anormal formação de contratos estipula-se um critério geral - a boa-fé - que intervém como regulador, como limite para que a anormalidade seja repelida. De salientar que a liberdade contratual não é afectada, apenas se afastam todas as cláusulas que deturpem o seu normal funcionamento. Mais, o princípio da liberdade contratual, como forma de vinculação, surge como vigência normativa, ao invés da boa-fé, que surge como sanção a casos concretos de cláusulas abusivas, ou seja, como vigência de facto. O desequilíbrio real de poder negocial entre as partes não é suficiente para excluir ou limitar o princípio da liberdade de celebração ou conclusão dos contratos. Apenas a autonomia privada pode conceber a capacidade de realização de negócios jurídicos, em concreto, de contratos. É este o princípio norteador de todo o desenvolvimento do contrato, já que tutela a capacidade jurídica de cada um para a sua celebração, intervém no seu modo de formação, no seu estabelecimento de conteúdo, na sua interpretação e integração de lacunas.

2ª Ronda - 2.º Argumento - Tréplica

Como já foi aqui referido o princípio da boa-fé é um limite ao princípio da autonomia privada, por inúmeras causas já citadas.

Sendo as cláusulas contratuais gerais uma massificação de contratos, onde só uma parte pode criar cláusulas, como podemos afirmar que há igualdade entre as partes? Ou então declarar que existem cláusulas relativamente abusivas que podem, de acordo com o quadro padronizado, não serem consideradas abusivas?

Se nas cláusulas contratuais gerais só uma das partes se obriga a aceitar as cláusulas estabelecidas pela outra parte, onde se insere a igualdade? As cláusulas contratuais gerais não são um consentimento, mas sim uma obrigação, definida pela parte mais forte no contrato. É pertinente afirmar-se que nestes tipos de contratos dura uma inexistente possibilidade de negociação substancial do conteúdo (artigo 1.º, n.º1 do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro sobre as cláusulas contratuais gerais), mais uma vez se nota a evidente falta de igualdade. No contexto de uma sociedade onde vigora o capitalismo, irão existir as maiores desigualdades em relação à parte mais fraca, geralmente o consumidor final.

Perante estas situações, até houve a necessidade de criar uma lei própria para a protecção do consumidor, designadamente a Lei n.º 24/96, de 31 de Julho.

Com esta lei, em defesa dos aderentes (os consumidores, normalmente a parte mais frágil na relação) pretende-se dos predisponentes uma actuação pautada pela boa-fé e transparência. O que importa, e antes de mais, é que prestem um completo e efectivo esclarecimento das cláusulas a que a elas vão a aderir. Tais obrigações estão plasmadas no artigo 5.º e no artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, com o que se pretende a actuação da boa-fé em pleno.

Como realça a lei das cláusulas contratuais gerais, existem cláusulas proibidas e relativamente proibidas, divididas entre relações entre empresários ou entidades equiparadas e relações com os consumidores finais.

Apesar da haver estes quatro tipos de cláusulas proibidas, mesmo assim são insuficientes para conseguirmos ter uma harmonia, transparência e lealdade entre as partes, levando mais uma vez à actuação da boa-fé no sentido de limitar a autonomia privada, desta vez com a criação de uma tendência da protecção da parte mais fraca, tendência e não princípio, pois às vezes o consumidor final não se pode considerar como parte mais fraca devido ao seu poderio económico.

Se são as cláusulas abusivas ou relativamente abusivas que caracterizam lesão ou violação ao princípio da boa-fé, nas alíneas a), b), c) e d) do artigo 18.º do regime das cláusulas contratuais gerais são vedadas determinadas cláusulas de exclusão ou de limitação de responsabilidade.

Micael Correia