UNIVERSIDADE POLITÉCNICA

A POLITÉCNICA

Escola Superior de Gestão, Ciências e Tecnologias

HERMENEGILDO GAMITO PENICELA

CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS NA ORDEM JURÍDICA MOÇAMBICANA

Maputo, Julho de 2009

Hermenegildo Gamito Penicela

Cláusulas contratuais gerais na ordem jurídica moçambicana

Trabalho apresentado para a obtenção
do grau de licenciatura no curso de
Ciências Jurídicas, na Universidade Politécnica

Tutor: Mestre Augusto Manuel Duarte

Maputo, Julho de 2009

Dedicatória

Aos meus pais, irmãos e a minha namorada,
ao mesmo tempo que lhes peço desculpas por
não ter estado presente em determinados momentos
importantes de convivência social.

AGRADECIMENTOS

Na realização de um trabalho de dissertação como este, ou qualquer que seja de pesquisa tem sido difícil agradecer individualmente, pois todas as contribuições recebidas são muito valiosas, pelo ao particularizar-se corre-se o risco de esquecer alguém que tenha colaborado preciosamente.

Neste contexto, num momento ímpar, venho agradecer a todos que directa ou indirectamente contribuíram para que este sonho se torna-se real, aos meus pais, pelo apoio incondicional que me ofereceram, mesmo em momentos de extrema dificuldade.

Ao meu tutor, Dr. Augusto Manuel Duarte, pelo apoio imensurável ao longo da elaboração deste trabalho de dissertação.

Aos meus padrinho, por me terem ajudado a tornar real este sonho.

Aos meus colegas de turma Dércio Célio da Cruz Macuimane e Youssuf Imtiaz Aly, meus companheiros de batalha.

Aos meus professores Teódozio Banze, António Paulo Namburete, Filipe Sitoi e Agostinho Abdul pela forma sábia como transmitiram os seus conhecimentos.

Ao meu velho amigo, Dr. de Carvalho, pelo apoio incondicional.

Por último, não podia deixar de agradecer a todos aqueles que não acreditaram em mim, porque foram uma grande fonte de inspiração para o meu triunfo.

Epígrafe

Uma coisa não é justa porque é lei.
Mas ela deve ser lei porque é justa.
Montesquieu

Resumo

As relações contratuais nos dias actuais, especialmente as relações de consumo, são fortemente influenciadas pela economia de Mercado, reflexo do processo de globalização enfrentado por toda a sociedade contemporânea.

O direito não existe de per si, isolado, como em uma cúpula de vidro, o direito não consegue se comportar de maneira independente frente aos demais subsistemas éticos. A economia é, portanto, uma das maiores influenciadoras no desenvolvimento jurídico.

Guarda a economia intrínseca relação com os contratos de consumo. O consumo depende do desenrolar da economia de mercado, tendo em vista que os contratos são instrumentos de circulação de riquezas.

Como exigência desse mundo económico e globalizado, surgem os Contratos de Adesão, como uma necessidade do mundo globalizado, apesar de já existir a algum tempo (particularmente na Itália).

Esta nova modalidade contratual caracteriza-se por permitir que apenas um dos contratantes (proponente), determine previamente, de modo geral e abstracto, o conteúdo das condições gerais do contrato, inexistindo a possibilidade de qualquer transigência entre as partes quanto ao conteúdo das cláusulas contratuais, a outra parte apenas adere em bloco ou não adere o que foi prescrito pelo proponente.

Abreviaturas

1. **CC** ..... Código Civil
2. **CRM** ..... Constituição da República de Moçambique
3. **e-com** ..... Comércio electrónico
4. **PLDC** ..... Proposta de Lei de Defesa dos Consumidores
5. **LAM** ..... Linhas Aéreas de Moçambique
6. **EDM** ..... Electricidade de Moçambique

Índice

Tema	**Pág.**
Dedicatória…….	i
Agradecimentos…….	ii
Epígrafe……..	iii
Resumo……...	iv
Lista de abreviaturas……	v
Introdução…….	1
Capítulo I Teoria Geral dos Contratos……..	6
1.1 Evolução histórica……	6
1.2 O contrato no Código Civil Moçambicano……..	9
Capítulo II O Esquema Tradicional da Contratação……..	11
2.1 Princípio da autonomia ou da liberdade contratual…….	11
2.1.1 Liberdade de celebração dos contratos……	12
2.1.2 Liberdade de fixação do conteúdo dos contratos…….	14
2.2 Limites impostos pelas regras que presidem à ordem pública e bons costumes……..	15
2.3 Limites impostos pelos ditames da boa fé……..	19
2.4 A autonomia da vontade e algumas modernas espécies contratuais…..	20
Capítulo III Contrato de Adesão……	20
3.1 Génese e evolução do contrato de adesão……...	20
3.2 Problema e noção……	22
3.3 Características…….	26
3.4 O problema da terminologia……...	27
3.5 Sede legal da matéria……..	29
3.6 Da invalidade da cláusula de presunção de conhecimento…….	30
Capítulo IV Contratos por autómato……	32
4.1 Noção e problema……...	32
Capítulo V Cláusulas abusivas e lesivas dos interesses do consumidor	34

5.1 Noção e contextualização……... 34

Capítulo VI Cláusulas contratuais gerais Vs Estágio actual da legislação sobre os direitos do consumidor…… 36

6.1 Contextualização……. 36

Capítulo VII Análise de casos concretos…… 37

7.1 Contrato de Transporte Aéreo da LAM…….. 38

7.2 Contrato de Parqueamento de Viatura (Fornecido pelos Aeroportos de Moçambique E.P)…… 40

7.3 Contrato de Fornecimento de Energia Eléctrica……. 41

Capítulo VIII Conclusões e recomendações…… 44

Referências…… 47

Introdução

Constitui a liberdade contratual um dos princípios básicos do direito privado. Na sua plena acepção, ela postula negociações preliminares íntegras, ao fim das quais as partes, tendo ponderado os respectivos interesses e os diversos meios de os prosseguir, assumem com discernimento e liberdade, determinadas estipulações. A essa luz, uma boa medida do direito dos contratos possui natureza supletiva: as normas legais apenas se aplicam quando os intervenientes, no exercício legitimo da sua autonomia privada, as não tenham afastado.

Por expressivo, recorde-se que o artigo 405.º, n.º 1, do Código Civil reconhece às partes a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos na lei ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver.

Dentro da visão clássica da autonomia contratual, os grandes obstáculos à sua efetivação residiam na ausência concreta de discernimento ou de liberdade, a respeito da celebração, ou, ainda, na presença de divergências entre a vontade real e a vontade declarada. Encararam-se tais aspectos com recurso aos institutos do erro, do dolo, da falta de consciência da declaração, da coação, da incapacidade acidental, da simulação, da reserva mental ou da não seriedade da declaração.

Uma experiência jurídica antiga também demonstrou que certas cláusulas, quando inseridas em contratos, se tornavam nocivas ou injustas. Deste modo, apareceram proibições relativas, entre outros, aos negócios usurários, aos pactos leoninos, aos pactos comissórios e, em termos mais genéricos, aos actos contrários à lei, à ordem pública ou aos bons costumes.

Assim acautelada, a liberdade contratual assumiu uma importância marcante, com dimensões jurídicas, económicas, sociais e culturais. Importância que se conserva nos nossos dias.

As sociedades técnicas e industrializadas da actualidade introduziram, contudo, alterações de vulto nos parâmetros tradicionais da liberdade contratual. A negociação privada, assente no postulado da igualdade formal das partes, não corresponde muitas vezes, ou mesmo via de regra, ao concreto da vida. Para além do seu nível atomístico, a contratação reveste-se de vectores colectivos que o direito deve tomar em conta. O comércio jurídico massificou-se: continuamente, as pessoas celebram contratos não precedidos de qualquer fase negociatória. A prática jurídico-económica racionalizou-se e especializou-se: as grandes empresas uniformizam os seus contratos, de modo a acelerar as operações necessárias a colocação dos productos e a planificar, nos diferentes aspectos, as vantagens e as adscrições que lhes advêm no tráfego jurídico.

O fenómeno das cláusulas contratuais gerais fez, em suma, a sua aparição, estendendo-se aos domínios mais diversos. São elaborados, com graus de minúcia variáveis, modelos negociais a que pessoas indeterminadas se limitam a aderir, sem possibilidade de discussão ou de introdução de modificações. Daí que a liberdade contratual se cinja, de facto, ao dilema da aceitação ou rejeição desses esquemas predispostos unilareralmente por entidades sem autoridade pública, mas que desempenham na vida dos particulares um papel de maior relevo.

As cláusulas contratuais gerais surgem como um instituto à sombra da liberdade contratual. Numa perspectiva jurídica, ninguém é obrigado a aderir a esquemas negociais de antemão fixados para uma série indefinida de relações concretas. E fazendo-o, exerce uma autonomia que o direito reconhece e tutela. A realidade pode, todavia, ser diversa. Motivos de celeridade e de precisão, a existência de monopólios, oligopólios, e outras formas de concertação entre as empresas, aliados à mera impossibilidade, por parte dos destinatários, de um conhecimento rigoroso de todas as implicações dos textos a que adiram, ou as hipóteses alternativas que tal adesão comporte, tornam viáveis situações abusivas e inconvenientes. O problema da correção das cláusulas contratuais gerais adquiriu, pios, uma flagrante premência. Convirá, no entanto, reconduzi-lo às suas autênticas dimensões.

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 a uma eficácia benéficas aos próprios consumidores. Mas não deve esquecer-se que o predisponente pode derivar do sistema certas vantagens que signifiquem restrições, despesas ou encargos menos razoáveis ou iníquos para os particulares.

Ora, nesse quadro, as garantias clássicas da liberdade contratual mostram-se actuantes apenas em casos extremos: o postulado da igualdade formal dos contratantes não raro dificulta, ou até impede, uma verdadeira ponderação judicial do conteúdo do contrato, em ordem a restabelecer, sendo caso disso, a sua justiça e a sua idoneidade. A prática revela que a transposição da igualdade formal para a material unicamente se realiza quando se forneçam ao julgador referências exactas, que ele possa concretizar.

O Código Civil vigente consagra em múltiplas disposições o princípio da boa-fé. Deu-se um passo decisivo no sentido de estimular ou habilitar os tribunais a intervenções relativas ao conteúdo dos contratos, com vista à salvaguarda dos interesses da parte negocialmente mais fraca. Através da boa-fé, o intérprete dispõe de legitimidade para a efectivação de coordenadas fundamentais do direito. O apelo ao conceito de ordem pública é um outro alicerce.

Sabe-se contudo, que o problema das cláusulas contratuais gerais oferece aspectos peculiares. De tal maneira que sem normas expressas dificilmente se consegue uma sua fiscalização judicial eficaz. Logo, a criação de instrumentos legislativos apropriados à matéria reconduz-se à observância dos imperativos constitucionais de combate aos abusos do poder económico e de defesa do consumidor.

Formulação do problema da Pesquisa

- Estarão as cláusulas contratuais gerais devidamente tuteladas na ordem jurídica moçambicana?

Hipótese de pesquisa

- Em Moçambique existe um vazio quer jurisprudencial, doutrinal e legal no que diz respeito às cláusulas contratuais gerais.

Delimitação do tema

O presente trabalho debruçar-se-a sobre a problemática dos cláusulas contratuais gerais no ordenamento jurídico moçambicano. A escolha deste tema, é desde logo, um desafio, pois devido a evolução económica ocorrida no século XX, ensejou uma dinamização das relações negociais, os meios jurídicos então existentes mostraram-se insuficientes perante o dinamismo comercial característico da conteporaneidade. Este dinamismo social é caracterizado pela massificação crescente do consumo que reclama uma estrutura contratual diversa daquele em que se baseava o contrato paritário ou tradicional.

Objectivo geral

Constitui objectivo geral deste trabalho o seguinte:

- Elucidar o Estado moçambicano sobre a necessidade de tutela dos direitos dos consumidores, através da estatuição de cláusulas contratuais gerais

Objectivos específicos

- Identificar casos concretos de violação dos direitos do consumidor na sociedade moçambicana;
- Analisar os instrumentos jurídicos que tutelam os interesses dos consumidores;

- Enunciar as vantagens e desvantagens dos contratos de adesão.

Metodologia

A metodologia usada para a realização do presente trabalho consistiu na análise documental quantitativa, sobre a matéria em estudo e a legislação em vigor no nosso ordenamento jurídico, bem como na análise micro-comparativa, com vista a apurarmos como os outros ordenamentos jurídicos lidam com está situação.

Capítulo I Teoria Geral dos Contratos

1.1 Evolução histórica

Os jurisconsultos da época clássica do direito romano, ao invés de conceberem este instituto como uma categoria geral e unitária, limitaram-se a reconhecer algumas espécies contratuais concretas, dotadas de regimes autónomos, em que a correspondente obrigação surgia não por efeito do elemento subjectivo «pactum conventio», mas como consequência do elemento objectivo, analisado na observância de formalidades ou entrega da coisa. O termo "contractus", derivado de «negotium contrahere», designava precisamente o vinculo jurídico que se estabelecia entre as partes. O simples pacto não era tutelado por uma «actio» e apenas recebia protecção indirecta através de uma «exceptio».

Tal sistema sofria ulteriores atenuações. A noção de "contractus" embora tivesse no direito clássico limites muito reduzidos, aparentava virtualidades para desenvolver todos os negócios convencionais que produzissem obrigações. Passo importante significou a afirmação de que qualquer contrato encera uma «conventio»[1]. Dai não resulta, porém, que "contractus" e "conventio" se hajam identificado.

Aliás, no sistema justinianeu, a valorização do elemento subjectivo verifica-se a respeito das várias espécies contratuais ou categorias em que as mesmas se agruparam[2], faltando uma construção unitária do "consensus" que servisse de suporte a uma figura complexiva de contrato. Esta característica persistiu quando os juristas bizantinos chegaram a ideia de contrato como acordo ou convenção. A sua essência residia no consenso, mas este apenas em certos casos se mostrava suficiente para a perfeição do contrato.

---

[1] *Digesta*, 2, 14, 1, 16, 19 (frags. De Ulpiano).

[2] As diversas figuras contratuais eram, na verdade, susceptíveis de reagrupamento em categorias. Para efeito, tomou-se por base a divisão clássica dos modos de contrair obrigações. Quer dizer, a sistematização da época clássica dos modos de contrair obrigações, transformou-se, na época pós-clássica, em critério de distinção dos contratos.

Portanto, ao longo da sua evolução, o direito romano manteve o princípio da tipicidade dos contratos. Além disso, somente conheceu os contratos obrigacionais, ou seja, geradores de obrigações. Estava-se ainda distante do conceito moderno de contrato. Havia que percorrer árduo caminho, nem sempre linear, de grande afirmação dos vectores que definem o instituto em nossos dias.

Não pode esquecer-se a degenerescência do referido sistema, dentro do quadro dos chamados direitos romano-vulgares[3]. Deu-se, sobretudo, o encontro do direito romano com o direito germânico na prática contratual consuetudinária de alta Idade Média, verificando-se a predominância e assimilação do primeiro pelo que respeita a formação de novos princípios e tipos contratuais ou à modificação dos anteriores. Em relação ao elemento voluntário ou consensual, parece poder concluir-se que ele não teve, nesse período, um alcance maior do que no sistema romano. Facto de relevo constitui a afirmação pela prática medieva do princípio da eficácia, já não meramente obrigacional, mas também real, de certos contratos.

Seguiu-se o ciclo do direito comum, que decorre do sec. XII ao sec. XVIII. Após um trabalho caracterizadamente exegético dos glosadores, vieram os comentadores, com a utilização do método escolástico, revitalizar o direito romano e adapta-lo às exigências da época. A base do estudo eram as colectâneas justinianeas, embora o sistema construído não raro transfigurasse os conceitos e princípios romanos, até pelo diverso enfoque metodológico.

Surgiria, depois, o humanismo jurídico quinhentista, portador de tendências filológico-críticas e do postulado da liberdade do intérprete na função hermenêutica.
Existem divergências entre os autores quanto ao alcance das diferenças de conteúdo ou puramente formais que se teriam verificado na teoria dos contratos. De qualquer modo, sobre o pano de fundo romanístico que está presente no direito intermédio, actuaram

[3] Quanto ao contrato no direito romano vulgar, destaca-se a obra consagrada de Ernest Levy, *Westromisches Vulgarrech t- Das Obligationenrecht,* Weimar,1956.

alguns factores determinantes da evolução do instituto. Um deles foi a doutrina canonística, que, por motivações ético religiosas, sustentou a relevância dos «nuda pacta». Em sentido paralelo, a prática e a jurisprudência comercialistas, apoiando-se na «equitas mercatoria», tendiam à afirmação do princípio da consensualidade.

Durante os séculos XVII e XVIII, acrescentou-se o impulso decisivo da Escola do Direito Natural. Esta, com a desvinculação racionalista dos precedentes históricos e a concepção voluntarista do direito, constitui, sem duvida, o fulcro de uma nova teoria do contratualismo, que fez a sua entrada definitiva na doutrina e nos grandes monumentos legislativos oitocentistas. Com DOMAT e POTHIER, mediante abstracção dos particularismos dos vários tipos contratuais, desponta a categoria geral do contrato, em cuja disciplina se reflectem os elementos comuns a todas essas figuras específicas. À mesma perspectiva teórica se reconduz, aliás, a elaboração do conceito mais amplo de negócio jurídico pela ciência pendectística alemã do século XIX[4] .

O Código Civil Francês define o contrato como uma convenção de que nascem obrigações (art.1101). É a doutrina dos contratos de ascendência romana. Logo, segundo a referida corrente, a *convenção* constitui o género de que o *contrato* representa a espécie. Quando o acordo de vontades se dirige à criação de obrigações, existe um contrato, posto que também possa envolver a transferencia da propriedade (art. 1138)[5]; mas, se esse acordo recai sobre a modificação ou extinção de relações obrigacionais, ou sobre relações jurídicas de natureza diversa, nomeadamente reais, familiares ou sucessórias, trata-se de uma convenção.

Outro sector da doutrina moderna sustenta posição oposta: considera contrato todo o acordo de duas ou mais partes que tenda à produção de efeitos jurídicos, qualquer que seja a matéria. Esta concepção ampla inspirou o antigo Código Civil Italiano (art. 1098).

[4] A respeito do contrato no direito intermédio, ver GUIDO ASTUTI, *I contrati obbligatori nella storia del deritto italian (parte generale),* vol. I, Milano, 1952.
[5] Ver, *infra,* págs. 228 e sgs.

Entre as posições indicadas, situa-se a orientação intermédia consagrada no Código Civil Italiano vigente (art. 1321), para o qual o contrato se reporta às relações patrimoniais, quer dizer, aos domínios dos direitos de credito e do direito das coisas, tanto do ponto de vista da sua criação como da sua modificação ou extinção. Excluem-se, por conseguinte, as relações extra patrimoniais[6].

1.2 O contrato no Código Civil moçambicano

Infere-se da exposição antecedente que a doutrina moderna é unânime em considerar o contrato como um acordo de vontades. As discrepância circunscrevem-se ao âmbito sobre que pode recair esse acordo. Qual é a posição tomada pela lei moçambicana?

A orientação do Código Civil napoleónico teve eco nos autores portugueses do período que precedeu o Cód. Civ. de 1867. Este porém, definiu o contrato como " o acordo por que duas ou mais pessoas transferem entre si algum direito, ou se sujeitam a alguma obrigação" (art.641). Adoptou-se, consequentemente, uma solução com maior amplitude do que a do direito francês. E, na verdade, da referida noção concluiu a doutrina que o nosso direito não considerou o contrato apenas fonte de obrigação.

O Cód. Civ. vigente dispensou-se de fornecer um conceito expresso de contrato. Adere, todavia, à orientação mais ampla, indo além do direito italiano. É a ilação que se impõe derivar, não só da admissibilidade de constituição de obrigações de conteúdo não patrimonial (art. 398 n.º 2), mas ainda da definição de casamento e de pacto sucessório (art. 2026, 2028 e 2029). Como contratos geradores de relações situadas nos correspondentes domínios. Em suma: o contrato pode ser, entre nós, fonte de

[6] Deve entender-se, aliás, que o artigo 1321 do Cód. Civ. Italiano apenas contempla as relações patrimoniais entre vivos. É que o contrato transalpino não admite o contrato hereditário, porquanto ignora as doações «mortis causa» e proíbe os pactos sucessórios (art. 458).

constituição, transmissão, modificação e extinção de obrigações ou direitos de credito, bem como fonte de direitos reais, familiares e sucessórios.[7]

Deste modo, aceitando-se a compreensão mais lata de contrato, o seu conceito coincide como de negócio jurídico bilateral[8]. A nossa lei também não explicita a definição de negócio jurídico, que é o facto voluntário lícito, assente numa ou várias declarações de vontade dirigidas à produção de determinados efeitos, que a ordem jurídica conforma, de um modo geral, em concordância com a intenção objectivamente apreendida dos seus autores.

Ocorre que o negócio jurídico se qualifica de *bilateral* ou *contrato*, quando existe nele a manifestação de duas ou mais vontades, com conteúdos diversos, prosseguindo distintos interesses e fins, até opostos, mas que se ajustam reciprocamente para a produção de um resultado unitário. A uma *proposta* ou *oferta* corresponde uma *aceitação.* Está-se diante de declarações de vontade convergentes. Em regra, essas várias manifestações de vontade reduzem-se a dois lados ou partes, pelo que se alude comummente a contratos ou negócios jurídicos bilaterais. Algumas vezes, todavia, podem configurar-se como *plurilaterais*, de que se encontra exemplo no contrato de sociedade.

Recordemos que o CC estabelece uma teoria geral dos contratos (arts. 405 a 456), contendo as normas que, em princípio, disciplinam todos os negócios contratuais, tanto os previstos pelo legislador, como quaisquer outros celebrados pelas partes dentro dos limites da lei. Encontram-se aí reunidas as particularidades dos contratos relativamente ao regime do negócio jurídico em geral (arts. 217 a 294), cujos preceitos lhe são, antes de

[7] Inclusive, quando à relevância no âmbito dos direitos de personalidade, ver o art. 81 do C.C.

[8] Repare-se que o próprio legislador usa a expressão <negócio jurídico unilateral> oposta a <contrato> (art. 42, n.º 1), verifica-se no Cód. Civ. a tendência, para utilizar como sinónimos de contrato os termos *acordo* (arts. 394, n.º 2, 541, 567, n.º 2, 579, n.º 2 e 623, n.º 3; é obviamente diverso o sentido da palavra no artigo 558, n.º 2), *convenção* (arts. 394, n.º 1, 410, n.º 1, 414, 418, 421, n.º 1, 432, n.º 1, 435, n.º 1, 436, n.º 2, 444, n.º 1, 453, n.º 1, 560, n.º 1, 577, 582, n.º 1, 598, 599, n.º 1, 602 e 1698 a 1717) e *pacto* (atrs. 414, 415 e 416, n.º 1). Assinale-se ainda o emprego corrente da palavra contrato para designar *o titulo ou documento* que formaliza esse negócio jurídico.

mais, aplicáveis. E, por último, conforme também se sabe, o CC fixa e regula alguns tipos de contratos, dada a sua importância e frequência (arts. 874 a 1250)[9].

Capítulo II O esquema tradicional da contratação

2.1 Princípio da autonomia ou da liberdade contratual

Uma das características fundamentais do direito das obrigações é o da *autonomia privada* ou *da liberdade negocial*, que traduz a amplitude deixada aos particulares para disciplinarem os seus interesses. Esta faculdade de auto-regulamentação exprime-se, aqui, no *princípio da liberdade contratual* ou da *liberdade de contratar*. O CC afirma-o com toda a nitidez no pórtico das normas que dedica aos contratos: " Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver" (art. 405 , n.º 1).

A regra consiste, pois, em os particulares, na área dos contratos, poderem agir por sua própria e autónoma vontade. Os limites que a lei imponha constituem a excepção.

Do referido princípio derivam várias consequências: os contraentes são inteiramente livres, tanto para contratar ou não contratar, como na fixação do conteúdo das relações contratuais que estabeleçam, desde que não haja lei imperativa, ditame de ordem pública ou bons costumes que se oponham (art. 405); a declaração de vontade das partes não exige, via de regra, formalidades especiais (art. 219) e pode ser expressa ou tácita (art. 217). Acrescente-se que o princípio da autonomia da vontade assume particular importância quanto à interpretação e integração dos contratos (arts. 236 a 239) e quanto à aplicação das leis no tempo (art. 12, n.º 2).

[9] São os chamados contratos nominados ou tipificados

A proposição legislativa essencial é, sem dúvida, no art. 405, n.º 1, a que assinala as partes «a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos». As que se lhe seguem representam meros corolários ou aclarações daquela primeira regra.

Em todo caso, convirá explicitar o pensamento legislativo, que, no seu máximo âmbito, comporta analiticamente três aspectos. Assim: a *liberdade de celebração*- quer dizer, é a iniciativa privada que pertence a decisão de realizar ou não o contrato; a *liberdade de selecção do tipo contratual*- no sentido de que cabe à vontade dos particulares a escolha do contrato a celebrar, tipificado na lei ou qualquer outro; e a *liberdade de estipulação*- que se reconduz à faculdade de os contraentes modelarem, de acordo com os seus interesses, o conteúdo concreto da espécie negocial eleita.

Estas duas últimas direcções da liberdade de contratar interpenetram-se e fundem-se, afinal, no que pode designar-se por *liberdade de fixação do conteúdo,* com o alcance de que as partes são livres na configuração interna dos contratos que realizam[10].

2.1.2 Liberdade de celebração dos contratos

Consideremos, antes de mais, o aspecto da *liberdade de celebração* ou *conclusão dos contratos.* Ele reveste um duplo sentido: em princípio, a pessoa alguma podem ser impostos contratos contra a sua vontade, ou aplicadas sanções como consequência de uma recusa de contratar; do mesmo modo que ninguém pode ser impedido de contratar, ou punido, caso contrate.

A regra sofre, contudo, algumas relevantes excepções, que resultam, ou de autolimitação das partes, ou de heterolimitação legal. Passamos a verificá-las:

a) Situações há, na verdade, caracterizadas pela obrigação ou dever jurídico de contratar. Umas vezes, trata-se de uma obrigação voluntariamente assumida

[10] Cfr., por ex., *LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts,* cit., vol. I, págs. 51 e segs.

nesse sentido, como a que resulta do *contrato promessa*[11]. São as próprias partes que limitam a sua autonomia contratual.

b) Constitui uma outra limitação à regra de que ninguém pode ser constrangido a celebrar contratos, ou a celebrar um contrato com pessoa determinada, a renovação, ou a transmissão para terceiro, da posição contratual da contraparte, que, em certos casos, se impõe a um dos contraentes. Apontam-se, a título de exemplificativo, as situações de renovação do arrendamento por simples vontade do inquilino e as de transmissão da posição de arrendatário, sem necessidade de autorização do senhorio. Quer dizer, muito embora exista liberdade inicial quanto à celebração do arrendamento, vincula-se depois, uma das partes, à renovação do contrato ou à transmissão da posição contratual da outra.

c) Até aqui, consideramos restrições ao princípio da liberdade de celebração dirigidas contra a passividade das partes, isto é, impondo-lhes, em casos excepcionais, a realização ou renovação de contratos. No entanto, as limitações da lei à referida regra podem, igualmente, ou impedindo-ás de todo ou apenas dificultando-ás. A esta primeira ordem de situações concerne a proibição de alguns contratos com determinadas pessoas ou em certos locais. Vejamos: a venda e a cesso de coisas ou direitos litigiosos (arts. 876 e 579), a doação a favor dos que se encontrem na situação de indisponibilidade relativa (arts. 953 e 2192 a 2198), os empréstimos em dinheiro ou por qualquer diferente meio, nas salas de jogo, demais dependências ou anexos dos casinos, etc. Noutros casos, como se observou, a lei não proíbe, propriamente, a celebração de contratos, mas tão só a dificulta, sob formas de exigência do consentimento ou aprovação de terceiros, inclusive de uma autoridade pública. Assim sucede a respeito da venda de pais e filhos ou de avós a netos (art.877), de certas onerações ou alienações de imóveis (art.1682).

[11] Ao contrato promessa, que o Cód. Civ. regula nos arts. 410 a 413, 441, 442 e 755, n.º 1

2.1.3 Liberdade de fixação do conteúdo dos contratos

Também existe, por via de regra, *liberdade de modelação do conteúdo contratual.* Este outro segmento do princípio da liberdade de contratar significa que pertence aos contraentes, não só a selecção do tipo do negocio melhor adequado à satisfação dos seus interesses, mas ainda preenche-lo com conteúdo concreto que bem entendam. É lhes possível a escolha de um dos contratos directamente previstos pelo legislador, incluindo ou suprindo as cláusulas que queiram, ou, consoante se declara, a celebração de contratos diferentes desses, ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei (art. 405).

Com base na sua disciplina e interpretação, os contratos classificam-se em: *típicos ou nominados,* os que a lei prevê e regula, de modo expresso, através de normas comummente supletivas, que, enquanto tais, valem no silencio das partes (arts. 874 a 1250); *atípicos ou inominados*, os que as partes criam fora dos moldes daqueles; e *mistos*, quando se reunam num único contrato as características de dois ou mais contratos tipificados.

Verifica-se, portanto, que no âmbito do direito das obrigações, vigoram os princípios do *"numerus apertus"* e da *atipicidade*, que se contrapõem aos princípios do *"numerus clausus"* e da *tipicidade*. São estes últimos que orientam os direitos reais, o direito da família e o direito sucessório.

Mas a referida regra da livre conformação dos contratos conhece restrições. Pode mesmo dizer-se que estas têm vindo a aumentar, em consequência da fisionomia do direito contratual contemporâneo, que já se assinalou. A liberdade de fixação do conteúdo dos contratos move-se <dentro dos limites da lei> (art. 405, n.º1), limites esses que visam a tutela de interesses das partes- nomeadamente a correcção e a justiça substancial nas suas relações -, ao lado de valores colectivos- como sejam a salvaguarda de princípios de ordem pública e da facilidade e segurança do comércio jurídico. Postula-se modernamente uma concepção de contrato dominada por imperativos éticos e sociais. Sobressai o *princípio intervencionista,* em particular nos contratos que vão participando

do chamado direito social, de que representam exemplos expressivos as relações de trabalho e as de arrendamento rural e urbano, assim como a esfera da defesa do consumidor.

Recordem-se, antes de mais, os requisitos a que se subordina o objecto negocial (arts. 280 a 284). São muitas, alem disso, as normas que, em vários ramos do direito, vedam a celebração de contratos com determinado conteúdo (ex.: arts. 946, n.º 1, 1245 e 2028, n.º 2). Como numerosos se apresentam os preceitos imperativos aplicáveis a generalidade dos contratos ou tão-só a alguma ou a algumas espécies, que definem restrições a liberdade de fixação do respectivo conteúdo, tendo o frequente escopo de assegurar o equilíbrio negociatório dos intervenientes, mas que podem, ainda, ser determinados, no todo ou em parte, por outras razoes, mormente de política económica (ex: os arts 929, 1025 e 1146).

2.2 Limites impostos pelas regras que presidem à ordem pública e bons costumes

As normas de ordem pública são normas de aplicação imperativa que visam directa e essencialmente tutelar os interesses primordiais da colectividade[12].

A ordem pública consiste num agrupado dos princípios fundamentais[13], reflectidos em normas de direito privado, subjacentes ao sistema jurídico que o Estado e a sociedade estão fundamentalmente interessados em que predominem sobre as convenções privativas.

[12] COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, Direito das Obrigações, 3.ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2000, p.473.

[13] Isto significa que a determinação dos princípios caracterizadores do Direito Civil compreende imediatamente um exame dos preceitos constitucionais (*in* ASCENSÃO, JOSÉ OLIVEIRA DE - Direito Civil - Teoria Geral, Vol. I, Coimbra Editora, 1997).

O conceito de ordem pública pode ser analisado sob duas perspectivas: a perspectiva da ordem pública interna, respectivamente às normas e princípios que não podem ser afastados pela vontade das partes, agindo como marco limitador à actividade individual de contratar; e sob a perspectiva da ordem pública internacional[14], que está vinculada aos actos praticados no exterior que têm repercussão em território nacional e funciona como filtro de leis, sentenças e actos em geral, impedindo a sua eficácia quando proeminentes valores de justiça e moral são ameaçados.

Isto significa que as normas de ordem pública, tanto no direito interno como no direito internacional, constituem os princípios indispensáveis para organização da vida social, conforme os preceitos do direito, consubstanciando um conjunto de regras e princípios, que tendem a garantir a singularidade das instituições de determinado país e a proteger os sentimentos de justiça e moral de determinada sociedade.

No Direito Civil[15], a expressão é utilizada quando se estabelecem limites à autonomia da vontade privada[16] perante valores que o ordenamento quer preservar que

[14] Cfr., artigos 22.º e n.º 2 do artigo 280.º (requisitos do objecto negocial) do Código Civil.

[15] No que se refere ao direito civil, eram exemplo de norma de ordem pública as disposições previstas no Código Civil, tais como o n.º 2 do artigo 280.: "É nulo o negócio contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes"; alínea a) do artigo 465.º: "Conformar-se com o interesse e a vontade, real ou presumível, do dono do negócio, sempre que esta não seja contrária à lei ou à ordem pública, ou ofensiva dos bons costumes".

[16] Segundo Menezes Leitão, o Princípio da autonomia privada cifra-se na possibilidade que alguém tem de estabelecer as suas próprias regras ou efeitos jurídicos que se irão repercutir na sua esfera jurídica. Por esse motivo a autonomia privada não se confunde com o direito subjectivo. Na autonomia privada existe uma permissão genérica de conduta, a todos os sujeitos da ordem jurídica é reconhecida esta possibilidade de produção de efeitos jurídicos. De uma forma geral esta liberdade reflecte-se em duas dimensões, liberdade quanto à celebração do contrato e liberdade quanto à fixação de conteúdo do mesmo. Ao aproveitamento desmesurado da autonomia privada segue-se a constatação de que o contrato não assentava numa igualdade jurídico-económica, mas representava, segundo M. VILLEY, "a distorção entre a teoria e a realidade". Com efeito, chegou-se à conclusão que o Estado, no interesse colectivo, não podia permitir que a liberdade

poderão estar consagrados ou não no texto da norma. No âmbito jurídico, o conceito de ordem pública designa um mínimo de condições essenciais a uma vida social adequada e com segurança. Na arbitragem, onde vigora o princípio da autonomia privada, em termos mais ou menos alargados, ordem pública é elemento limitador da liberdade das partes em contratar, é, também, questão delimitadora da actuação do árbitro, que deve atentar para os aspectos de ordem pública ao realizar os procedimentos arbitrais e proferir a sua decisão, sob pena de não se revestir de validade.

Em sede de matéria contratual, um dos princípios mais valorizados e de difícil enumeração[17] e classificação normativas é aquele inerente a preponderância da ordem pública, pois através dele, subordina-se à vontade individual. As questões de ordem pública, que espelham a supremacia do interesse público sobre o interesse particular, são normas imperativas que devem ser reconhecidos *ex officio* pelo juiz para que se tenha a prestação jurisdicional correcta por parte do Estado.

As questões de ordem pública encontram-se no controle concreto de constitucionalidade das leis; nas questões expressamente definidas em lei; nas nulidades e quaisquer outros valores negativos geradores de invalidade dos negócios e das decisões quer judiciais, quer arbitrais.

Por bons costumes entende-se um conjunto de regras, de práticas de vida, que, num dado meio e em certo momento, as pessoas honestas, correctas e de boa fé aceitam comummente. Neste sentido, o exercício de um direito apresenta-se contrário aos bons costumes se envolver conotações de imoralidade ou de violação das normas elementares impostas pela Sociedade.

---

contratual se vertesse num jogo desleal, em proveito do mais forte. Essa preocupação conduziu à intervenção do Estado e à contenção da liberdade contratual, através de dois comandos: a "ordem pública" e os "bons costumes".

[17] Tais preceitos não são susceptíveis de uma indicação exaustiva, até porque a noção de ordem pública varia com a evolução da Sociedade ao longo do tempo.

Alguns autores compreenderam já não haver diferença entre os bons costumes e a boa fé, porque a convicção de que a boa fé e os bons costumes seriam simplesmente alusões "retórico-formais, a utilizar em apoio verbal de soluções baseadas noutras latitudes", deve ser simplesmente afastada.

O Código Civil menciona várias vezes os bons costumes e/ou a ordem pública nos seus preceitos legais, a referir:

• O negócio jurídico subordinado a uma condição24 contrária à lei ou à ordem pública ou ofensiva dos bons costumes é nulo (n.º 1 do artigo 271.º);

• O negócio jurídico cujo objecto seja contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes é nulo (n.º 2 do artigo 280.º);

• Quando tão-só o fim do negócio jurídico seja contrário á lei, à ordem pública ou ofensivo aos bons costumes, o negócio apenas é nulo se o fim for comum a ambas as partes (artigo 281.º);

• Existe abuso de um direito25, quando o titular exceda evidentemente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito (artigo 334.º);

• O consentimento do lesado não exclui a ilicitude do acto, quando este for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes (artigo 340.º);

• Na doação, as condições ou encargos física ou legalmente impossíveis, sujeitam-se às regras testamentárias correspondentes (artigo 967.º);

• A disposição testamentária, quando da interpretação do testamento resulte que foi especialmente determinada por um fim contrário à lei ou à ordem pública, ou ofensiva dos bons costumes, é nula26 (artigo 2186.º);

• A condição incluída em testamento, contrária à lei ou à ordem pública, ou ofensiva dos bons costumes têm-se, injuntivamente, por não escrita, salvo o disposto no artigo 2186.º e no n.º 2 do artigo 2230º.

2.3 Limites impostos pelos ditames da boa-fé

O art. 227º CC, segundo o qual "quem negoceia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo regras de boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte".

A lei, consagra a tese da responsabilidade civil pré-contratual pelos danos culposamente causados à contraparte tanto no período de negociações como no momento decisivo da conclusão do contrato, abrangendo por conseguinte a tese crucial da relação final das cláusulas do contrato.

Em segundo lugar, a responsabilidade das partes não se circunscreve, à cobertura dos danos culposamente causados à contraparte pela invalidade do negócio. A responsabilidade pré-contratual, com a amplitude que lhe dá a redacção do art. 277º CC, abrange os danos provenientes de esclarecimento e de lealdade em que se desdobra o amplo aspecto negocial da boa fé.

Em terceiro lugar, além de indicar o critério pelo qual se deve pautar a conduta de ambas as partes, a lei portuguesa aponta concretamente a sanção aplicável à parte que, sob qualquer forma, se afasta da conduta exigível: a reparação dos danos causados à contra parte.

Em quarto lugar, a lei não se limita a proteger a parte contra o malogro da expectativa de conclusão do negócio, cobrindo-a de igual modo contra outros danos que ela sofra no *iter negotii*.

2.4 A autonomia da vontade e algumas modernas espécies contratuais

O princípio da autonomia da vontade encontra a máxima expressão nas figuras do contrato do tipo clássico. Entretanto, ao lado destas, têm surgido modernamente novas categorias contratuais, que se individualizam pelas particularidades do seu modo formativo e pela maior ou menor debilitação do aspecto voluntarista.

Em determinados casos, a liberdade dos contraentes quase se elimina, tornando problemática a inclusão de tais hipóteses no conceito de contrato. Alguns autores referem-se, então, a *situações de paracontratualidade*, cuja medida de submissão ao direito contratual é por vezes difícil de apurar. Assim acontece com os chamados *contratos impostos* ou *ditados*, em que a intervenção da autoridade pública não só força à sua celebração, mas também modela o respectivo conteúdo.

Compreende-se, por consequência, que se percorra um terreno que ainda evidencia certa fluidez e imprecisão de tipos e de nomenclatura, tanto do ponto de vista legislativo como doutrinal. Analisaremos as principais dessas situações, que embora discutivelmente, costumam em regra ser aproximadas e submetidas ao modelo do contrato.

Capítulo III Contratos de Adesão

3.1 Génese e Evolução do Contrato de Adesão

Anteriormente, a vinculatividade dos contratos estava dependente de um controlo da sua justiça intrínseca. De tal maneira que na Idade Média Justiça e Direito quase se confundiam.

Mas o voluntarismo germina e desenvolve-se, acabando por ser acolhido como a causa geral da vinculatividade do Direito. No plano dos contratos trouxe a

fundamentação destes na autonomia da vontade. O contrato vale porque foi querido *pacta sunt servanda*.

O individualismo e o liberalismo, a seguir triunfantes, levaram ao extremo esta orientação. O conteúdo dos contratos torna-se irrelevante, a obrigatoriedade destes assenta no consentimento, pois se a parte consentiu não se pode desvincular.

O relativismo, o positivismo e o formalismo, que se desenvolvem no século XIX e persistem até hoje, dão um bom caldo de cultura para esta visão. Só um vicio do consentimento pode por em causa a validade do contrato. A Justiça é incognoscível, não é operacional como determinante da validade dos contratos.

Mas logo a partir do século XIX este paradigma começa a ser posto em causa, pelos resultados a que conduz.

A sociedade industrial trouxe as grandes concentrações urbanas e profundas desigualdades. Nasce a sociedade de massas. E nesta, é impossível manter a negociação individualizada dos contratos. Grande número de contratos passa a ser predisposto pela parte económico-socialmetne mais forte, de modo que aos destinatários só resta aderir ou abster-se. O dialógo particular desaparece.

Mas poderá ainda falar-se, nessas circunstâncias, em contrato? A que fica reduzida a autonomia privada?

De facto não há para o aderente liberdade de criação de tipos negociais, nem liberdade de estipulação[18]. Nem sequer há na maior parte dos casos de liberdade económica de celebração, porque o aderente não pode prescindir de bens ou serviços essenciais.

[18] Cujo princípio geral, encontra-se enunciado no art. 405 do Código Civil

Mas há liberdade jurídica de celebração, desde que o aderente consentiu, fica vinculado *pacta sunt servanda*.

A discussão desloca-se então, no séc. XIX e em todo séc. XX, para a análise do consentimento do aderente. Pergunta-se se esse consentimento contém falhas que inquinem o contrato. Quer dizer de início procura-se combater as grandes anomalias destes contratos, em que o predisponente se reserva sempre todas as vantagens, através do recurso a princípios gerais do direito.

3.2 Problema e noção

Na sua feição tradicional, o contrato traduz um acordo de vontades, que deriva de uma discussão entra negociadores igualmente livres. Ambas as partes intervêm, mais ou menos, na sua efectiva elaboração.

Porém, resultam da experiência contemporânea de todos os dias frequentes negócios que se caracterizam pelo facto de as respectivas cláusulas serem de antemão e unilateralmente predispostas por um dos contraentes. Este oferece ao público um modelo uniforme, de sorte que as pessoas que com ele queiram contratar ficam confinadas a uma aceitação ou rejeição pura e simples e em bloco, sem qualquer alternativa de debate.

São as referidas cláusulas padronizadas que se designam sob influência alemã, condições negociais gerais. Para o correspondente ou paralelo negócio, quer dizer, a respeito dos sucessivos vínculos singulares que se constituem com base nesse prévio modelo uniforme e abstracto, usa-se, devido a influência francesa[19], o nome de *contrato de adesão* (contrat d´adhésion), não é nos direitos latinos, mas inclusive nos sistemas de

[19] Em França a designação difundiu-se a partir da obra de SALEILLES, *De la déclaration de vonté. Contribuition á l´etude de ´acte juridique dans le code civil allemand*, Paris, 1901, como salientam MARTY/RAYNAUD, *droite civil*, cit., *Les obligations*, tomo 1- Les sources, 2ª ed., Paris, 1988, pág. 58, 126 e 129.

<common low>, posto que nestes últimos se empregue mais a expressão *contrato estandardizado,* tal como na terminologia alemã (Standardvertage)[20].

Parece efectivamente que as duas expressões podem ser encaradas como traduzindo uma única realidade, se bem que cada uma delas acentue um angulo diverso: o da prévia formulação em abstracto das cláusulas contratuais e o da sucessiva formação das relações jurídicas concretas naquelas baseadas[21]. Daí a sua frequente utilização indistinta para designar a aludida categoria jurídica, embora venham alcançando vantagem a de *condições ou cláusulas negociais gerais* ou as equivalentes de *condições gerais dos contratos, condições uniformes de contrato* ou ainda de *predisposição de cláusulas uniformes.*

Ao qualificativo mais corrente de c*ondições* deve substituir-se, <rectius>, o de *cláusulas.* Na verdade, aquele primeiro termo possui um significado técnico preciso (arts. 270 e segs)[22], que não corresponde à realidade jurídica considerada. Enquanto a palavra *cláusula* é rigorosa para designar dispositivos inseridos em contratos ou a isso destinados. Também se prefere a expressão de *cláusulas contratuais gerais* à de *cláusulas gerais dos contratos,* a fim de afastar equívocos com as chamadas «cláusulas gerais», que constituem critérios valorativos carecidos de mediação concretizadora do intérprete.

Como quer que seja, o fenómeno produz-se em muitos domínios: por exemplo, o dos seguros, o dos transportes aéreos, marítimos e terrestres, de pessoas ou mercadorias,

---

[20] Mostram-se pertinentes as observações de A. MENEZES CORDEIRO, quanto a ser preferível a expressão *contrato por adesão* á de *contrato de adesão,* uma vez que não está em causa um problema do conteúdo do negócio, mas o seu modo de celebração.

[21] Existem, entre os autores dos vários países, discrepância sobre a definição e consequente relacionamento das cláusulas ou condições contratuais gerais e do contrato de adesão ou de série. As flutuações de conceitos e de terminologia explicam-se, em parte, pelas diversas compreensoes e construções que o comparatismo jurídico patenteia. A posição que adoptamos, embora corrente, não é pacifica. Apenas a título exemplificativo, menciona-se um outro dos critérios com que se procura distinguir as duas figuras: no contrato de adesão, os aderentes singulares limitam-se a prestar o assentimento à disciplina negócial, antecipada e inflexivelmente formulada, sem a sua intervenção, pela lei ou pelo outro contraente; ao invés, a rigidez das cláusulas contratuais gerais, predispostas privadamente, não chega ao extremo de impedir que os particulares, ao celebrarem contratos com base nelas, possam afasta-las mediante estipulações especiais que sobre as mesmas prevaleçam.

[22] A *condição, o termo e o modo* ou *cláusula modal (arts963 e 2244),* constituem, como não se ignora, elementos acidentais dos negócios jurídicos (cláusulas acessórias típicas gerais). Cfr., por ex., MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil,* cit., págs. 561 e segs).

o das operações bancárias, o dos fornecimentos de água, gás e energia. Trata-se, pois, de negociações no âmbito dos fornecimentos massificados, ou em série, de bens e serviços, que avultam em nossos dias. O traço comum consiste na referida superação do processo contratual clássico. Os clientes subordinam-se as cláusulas previamente fixadas, de modo geral e abstracto, para uma série indefinida de efectivos e concretos negócios.

Em regra, essas cláusulas traduzem uma iniciativa da própria parte ofertante, mas há as que têm outra proveniência, como as derivadas de recomendação ou imposição de associações profissionais ou empresariais do mesmo ramo ou sector, as que nascem de estipulação bilateral de representantes dos grupos interessados no tipo de relações contratuais em causa, ou ainda, as confiadas à redacção de terceiro, por exemplo, a título de mediador. Podem ou não encontrar-se submetidas a aprovação ou homologação de autoridade pública, designadamente administrativa. Além disso, as cláusulas gerais são divulgadas de várias formas: ou constam do documento de oferta de contrato, ou este se limita a remeter para elas, ou difundem-se através de anúncios, afixações (por ex., no lugar da celebração dos contratos) ou outros processos mais ou menos explícitos.

De qualquer maneira, os sucessivos clientes apenas decidem contratar ou não, sem que nenhuma influencia prática exerçam na modelação do conteúdo do negócio. O dilema é este: ou se aceitam as cláusulas preestabelecidas, ou fica-se privado do bem ou serviço pretendido. Via de regra, ou amiúde, faltará mesmo uma percepção exacta da disciplina global do negócio, ou, pelo menos, de algumas dessas frequentes numerosas cláusulas gerais, com redacção técnica, nem sempre incluídas no texto da oferta e, quando o são, muitas vezes escritas em pequenos caracteres, ou redigidas de forma disfarçada (ex.: uma cláusula de exclusão ou limitação da responsabilidade apresentada como cláusula de garantia), ou, até, só acessíveis ao contraente após a celebração do contrato e em documento confirmatório deste (ex.: factura, bilhete de viagem, talão de depósito).

Reconhece-se que as mencionadas estandardizações negociais feitas por empresas voltadas ao grande público correspondem, inúmeras vezes, a uma racionalização e

normalização necessária ou útil, inclusive para os aderentes singulares. Mas também daí podem as empresas derivar vantagens que signifiquem restrições, despesas e encargos irrazoáveis ou abusivos para os particulares. O sistema é susceptível, em suma, de produzir derrogação pouco equitativa do regime supletivo da lei num sentido desfavorável à posição dos que contratam «uti singuli», através de cláusulas negociais gerais. Facilmente se representa esse efeito, por hipótese, em cláusulas que alterem o regime da responsabilidade civil, as garantias ou os prazos de exercício de direitos.

Devido a tudo isto, discute-se a eficácia jurídica desta forma de contratação. Um problema básico se levanta no domínio da protecção da vontade. Surge, em síntese, a questão de saber até que ponto releva a falta de um preciso conhecimento de todas e cada uma das cláusulas preestabelecidas, a que o aceitante adere, de forma expressa ou tácita. Como, conexamente, interessa averiguar se uma efectiva e inteira percepção das cláusulas pelo aderente afasta questões de justiça comutativa, mercê da desigualdade das posições das partes e do processo formativo do contrato. Portanto, ao lado da *tutela da vontade*, põe-se o problema da *fiscalização do conteúdo* das cláusulas ou condições gerais do contrato.

O primeiro corpo legislativo que se ocupou deste instituto foi o actual Código Civil Italiano. A sua disciplina apresenta o seguinte alcance: declaram-se eficazes as condições gerais[23], desde que o outro contraente, no momento da celebração do contrato, as conheceu ou devia ter conhecido, usando de normal diligência, mas exige-se que, mesmo assim, sejam especificamente aprovadas, por escrito, as que estabeleçam, a favor da parte que as predispôs, limitações de responsabilidade, faculdades de resolução ou suspensão da execução do contrato, casos de caducidade dos direitos da outra parte, limites à oponibilidade de excepção, restrições à liberdade contratual nas relações com terceiros, tácitas renovações ou prorrogações de competência judicial (art. 1341)termina-se que, nos contratos concluídos mediante assinatura de modelos ou formulários, predispostos para disciplinar uniformemente determinadas relações contratuais, as cláusulas neles acrescentadas prevalecem sobre as do modelo ou formulário, sempre que

[23] A lei italiana, em paralelismo com a terminologia alemã, refere-se a "condizione generali di contratto".

se mostram incompatíveis com estas e embora as mesmas não hajam sido canceladas, reafirmando também a exigência de aprovação expressa e por escrito das condições gerais referidas na segunda parte do artigo precedente (art. 1342). E sanciona-se além disso, o princípio de que as cláusulas inseridas nas condições gerais de contrato e nos modelos ou formulários devem ser interpretadas, em caso de dúvida, contra a parte que as elaborou (art. 1370).

Observe-se que os mencionados preceitos da lei italiana abrangem apenas as condições gerais predispostas por uma empresa, grupo ou associação de empresas privadas, e não as resultantes de lei ou disposição administrativa, ou homologadas constitutivamente por entidade pública. Estas têm natureza jurídica diversa das primeiras.

Todavia, o esquema tutelar do direito italiano revelou-se muito tímido, em face de soluções ulteriores devidas à jurisprudência, à doutrina e ao próprio legislador de diversos países. O problema integra-se num outro de mais vasta amplitude, que constitui como que uma das cruzadas dos tempos modernos: a defesa do consumidor em especial do consumidor de bens e serviços, hoje considerada uma exigência de política legislativa[24]

3.3 Características

Uniformização

A uniformização é elemento imprescindível, é exigência de racionalização da actividade económica. O modelo precisa ser invariável para garantir a negociação em massa.

[24] Costuma apontar-se como muito sensibilizadora da opinião pública para tal movimento a famosa mensagem do presidente americano JONH F. KENNEDY, de 15 de Março de 1962, dirigida aos consumidores, em que lhes reconheceu certos direitos fundamentais (o direito à informação, à escolha e a serem ouvidos). Essa protecção dos particulares tem-se desenvolvido, entretanto, com crescente sucesso, à escala interna e internacional, a ponto de se falar numa neoformação jurídica: o direito de defesa do consumidor. No plano dos organismos supranacionais, registe-se a consideração do problema pela OCDE e pela CE, havendo também uma resolução percursora da Assembleia Consultiva do Conselho da Europa sobre uma carta de defesa do consumidor (Resolução n.º 543/1973).

Pré-determinação

A pré-determinação é a disposição a priori das cláusulas contratuais. Esta pré-determinação deve ser unilateral. Não há contrato de adesão se os dois contraentes, de comum acordo, traçam previamente as cláusulas do futuro contrato. Do mesmo modo, também não configura contrato de adesão quando os indivíduos adoptam formulários feitos por terceiros (ocorre muito nos contratos de locação). O elemento distintivo é a determinação por uma das partes, do contrato a ser usado em serie.

Rigidez

É um desdobramento dos caracteres anteriores. O ofertante não poderá alterar o conteúdo das cláusulas. A flexibilidade descaracterizaria o contrato de adesão.

Os contratos de adesão representam uma oposição á ideia do contrato paritário, pois enquanto esse significa igualdade entre as partes, naqueles há uma aparência de imposição de vontade. Não pretende se dizer com isso que inexistia a autonomia da vontade no contrato de adesão, pois ainda resta a liberdade de contratar, mas é observável que essa autonomia é bastante limitada.

3.4 O Problema da Terminologia

Não obstante todas as discussões que envolvem os contratos de adesão, ocorre ainda uma acesa discussão acerca da terminologia do contrato de adesão: uma para diferencia-lo das cláusulas contratuais gerais, outra distingue-o dos contratos por adesão.

A figura jurídica do contrato de adesão apresenta-se sob duplo aspecto, conforme o ângulo no qual seja focalizada. Analisando na perspectiva da formulação das cláusulas

por uma das partes, de modo uniforme e abstracto, denomina-se **cláusulas contratuais gerais.**

Quando analisado no plano efectivo, já tomado corpo na eficácia jurídica, é chamado **contrato de adesão**, sendo analisado no modo do prisma que se formam as relações jurídicas bilaterais. Vê-se, pois, que cláusulas contratuais gerais e contrato de adesão representam dois momentos cronologicamente diversos, mas inseridos em um mesmo fenómeno.

Enquanto não ingressam no comércio jurídico, tais cláusulas não têm interesse prático ou dogmático. Por seu turno, o comportamento do cliente que provoca a formulação de uma relação concreta somente reveste significação particular se implica adesão ás condições gerais previamente estatuídas pelo empresário.

Não há como precisarmos qual dos momentos é mais importante ou relevante. Pode-se afirmar sim, que são necessários, tanto se podendo baptizar o fenómeno com o nome de contrato de adesão ou de cláusulas contratuais gerais.

Cabe-nos também distinguir **contrato de adesão** dos **contratos por adesão.**

Contrato de adesão seria aquele em que o consumidor só teria uma empresa para buscar o produto, então o consumidor não poderia fugir daquele contrato, sendo uma espécie de monopólio.

Já o contrato por adesão seria exactamente aquele em que haveria outras opções para o contratante aderir, isto é, apesar de não deliberar com ninguém previamente, possuía diversas opções para aderir, por exemplo, os cartões de crédito.

Essa opção que o consumidor possuía com os contratos por adesão dava margem á existência de inúmeras cláusulas abusivas, e as empresas se eximiam alegando que o consumidor tinha outras opções, mas aderiu aquelas cláusulas.

Talvez por isso a doutrina maioritátia adopte exclusivamente o termo contrato de adesão, sem distingui-lo do contrato por adesão.

3.5 Sede legal da matéria

A Constituição da República, a Lei estroturante, a qual todas as demais leis ordinárias devem obediência, estipula no seu artigo 92 n.º. 1 que "Os consumidores têm direito á qualidade dos bens e serviços consumidos, á formação e informação, á protecção da saúde, da segurança dos seus interesses económicos, bem como a reparação de danos".

No Código Civil vigente não estão consagrados preceitos específicos dirigidos a esta figura jurídica. Apenas se encontram nele alguns princípios correspondentes aos que, além-fronteiras, na falta de normas imediatas, conduziram a certa fiscalização judicial das cláusulas contratuais gerais. Existia o caminho de fazer apelo, quanto à declaração de vontade, às virtudes de determinadas disposições (ex.: os arts. 232º., 253º. e 259º). Ao lado da operacionalidade de outras regras genéricas, como os princípios da boa fé (arts. 227.º,n.º 1, 239.º, e 762.º, n.º 2), da ordem pública e dos bons costumes (art. 280.º, n.º 2), a disciplina dos negócios usuários (arts. 282.º e 283.º), o critério dos juízos de equidade (art.400.º) e os limites da disciplina convencional da responsabilidade civil (arts. 800.º, n.º 2, e 809.º e segs.).

A utilização destes instrumentos poderia permitir a solução de algumas situações mais graves, desde que fosse embaraçada e , sobretudo, feita na perspectiva de que se trata de problema com carisma próprio. Quer dizer, não se devendo encarar tais cláusulas como se estivessem integradas num contrato normal entre dois particulares, concluindo após negociações. Mas nunca se formaram, no nosso país, uma doutrina e uma jurisprudência relevantes, a respeito deste instituto.

Sabe-se, contudo, que o problema das cláusulas contratuais gerais oferece aspectos peculiares. De tal maneira que sem normas expressas dificilmente se consegue uma sua fiscalização judicial eficaz. Logo, a criação de instrumentos legislativos

apropriados à matéria reconduz-se à observância dos imperativos constitucionais de combate aos abusos do poder económico e de defesa do consumidor.

Entretanto, a disciplina especifica das cláusulas contratuais gerais tem-se desenvolvido em todo mundo. Como vimos, em diversos sistemas jurídicos europeus e de outros continentes. Verificou-se, alias, a invenção de organismos supranacionais, de tutela dos direitos do consumidor, designadamente, o Conselho da Europa não só recomendou aos estados membros a criação de instrumentos legislativos eficazes para a protecção dos consumidores, em tal domínio, mas também estabeleceu directrizes concretas. Ainda imperativos constitucionais apontavam nesse sentido. Não admira, assim, que o legislador português promovesse a elaboração de um diploma sobre clausulas contratuais gerais. Foi a que sucedeu com o Dec.-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro.

Em Moçambique esta matéria, apesar da sua extrema importância como acima referimos, ainda não temos uma lei que tutela os interesses dos consumidores, apesar de já estar depositada na Assembleia da República uma Proposta de Lei de Defesa do Consumidor.

3.6 Da Invalidade da Cláusula de Presunção de Conhecimento

Chama-se de cláusula de presunção de conhecimento aquela que, presente num contrato de adesão, diz que o proponente leu e entendeu todas as cláusulas da proposta. O que estas disposições tentam fazer é uma presunção de conhecimento. Buscam inverter o ónus da prova, não cabendo mais ao proponente provar que o oblato tomou conhecimento do contrato, e sim o aderente que terá que provar que a cláusula não coaduna com a realidade, sendo inócua.

Contudo defendemos ser inválida, em qualquer caso de contrato de adesão, estas cláusulas de presunção de conhecimento.

Primeiramente estas cláusulas não podem constituir prova de conhecimento do contrato, tal que elas são elementos constitutivos de ditos contratos. Se contesta-se o conhecimento do contrato como um todo, indirectamente se contesta o conhecimento da própria cláusula de presunção. O elemento controvertido não pode constituir prova do próprio elemento controvertido.

E ainda podemos classificar tais cláusulas como vexatórias. Messineo, ao proceder à análise do código civil italiano no seu artigo 1341, define cláusula vexatória como sendo aquelas que estão dirigidas a manter a contraparte em condições de inferioridade jurídica, ou pior, a agravar esta inferioridade. São cláusulas que atuam em benefício dos que as têm preestabelecido.

Assim percebemos que as cláusulas de presunção de conhecimento são vexatórias, e por isso inválidas, não podendo ser consideradas.

Nesse diapasão, o Código de Defesa do Consumidor, ao dispor sobre as cláusulas abusivas, determina no artigo 51 que *"São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: estabeleçam a inversão do ónus da prova em prejuízo do consumidor."* Ou seja, a cláusula de presunção de conhecimento é abusiva, devendo ser declarada nula de pleno direito, bem como estabelecido que o ónus da prova do conhecimento pleno do conteúdo contratual cabe exclusivamente ao proponente, pois, este diploma legal não admite a inversão do ónus da prova em prejuízo do consumidor.

No nosso caso concreto, podemos ainda corroborar o posicionamento exposto por outro ângulo: se o contrato deve ser considerado nulo tal que ocorreu *reserva mental*, ou seja, falta de vontade de conteúdo, a cláusula de presunção também deve ser considerada nula, pois é parte indissociável do todo contratual. A anulabilidade alcança todo o contrato, não subsistindo cláusula alguma.

Capitulo IV Contratos por Autómato

4.1 Noção e problema

Entre as formas de manifestação da vontade de contratar têm-se os contratos por autómato ou contratos electrónicos, os quais tanto podem ser paritários ou assumir a forma de contratos de adesão, na medida em que as partes discutam o seu teor, cláusula a cláusula, ou quando uma das partes adira ao conteúdo, mediante um simples clique no mouse do computador, aceitando as condições estipuladas pelo predisponente. Os chamados contratos electrónicos poder ser definidos como **os firmados mediante uso de redes de computadores.** São os chamados contratos cibernéticos. Há quem afirme que nos contratos electrónicos a convergência de vontades para obter-se um efeito jurídico ocorre como em qualquer outro contrato.

Esta modalidade de contrato esta cada vez mais presente entre as transações celebradas actualmente, com uma forte tendência de aumentar no futuro. Afirmam alguns autores que a tendência, nos próximos 10 anos, é a de 40% da economia mundial (em suas relações transnacionais) seja operacionalizada exclusivamente pela transmissão electrónica de dados.

As normas jurídicas e o aparelho estatal não estão conseguindo acompanhar nem a complexidade nem a evolução que as *e-commerce*[25] impõe ao comércio, dado o facto de que as transações, os negócios estão a efectivar-se em tempo real.

Os contratos electrónicos são igualmente válidos, desde que não faltem os requisitos essenciais à sua validade, como capacidade e legimidade das partes, objecto fisica e legalmente possível e não contrário a ordem pública e ao bons costumes.

[25] E-commerce é uma expressão extraída da língua inglesa, em bastante uso no actual mundo globalizado, que significa Comércio Electrónico (Electronic Commerce).

Dos requisitos de validade do contrato analisados, a capacidade e a legitimidade das partes merecem especial atenção quando tratamos de contratos electrónicos, pois, a verificação desses requisitos é dificultada pela característica, inerente aos contratos electrónicos, de ser a declaração de vontade manifestada sem que as partes estejam uma perante a outra. Essas dificuldades, aliás, verificam-se na maioria dos contratos firmados sem que as partes estejam fisicamente presentes (os chamados contratos entre ausentes).

Não obstante estas dificuldades, este tipo de contrato nada perde em conteúdo. Precisa-se, apenas, que o aparelho jurídico se estruture, de modo a estabelecer parâmetros, instrumentos que assegurem, juridicamente, a prevalência da vontade dos que firmam este tipo de contrato.

O que assegura a identidade das partes nos contratos electrónicos é a chamada assinatura digital[26] que assume, no envio da mensagem enviada por redes de computadores, a mesma função da assinatura manuscrita. A moderna tecnologia aplicada à assinatura digital permite que seja cifrado, identificado, desta forma se o conteúdo da mensagem electrónica for alterado, a assinatura digital será também alterada, denunciando assim o seu reconhecimento pelo destinatário da mensagem.

Nos contratos electrónicos observa-se, também, dificuldades no que diz respeito à legitimação das partes. A identificação do usuário da rede de computadores é feita através do endereço de correio electrónico ou nome de domínio. Acontece que essas identificações podem ser realizadas por pessoas diversas do seu detentor e mesmo assim, se não desfeito a tempo, podem constituir-se num vínculo obrigacional. Assim, a parte que recebe a declaração de vontade não tem, de imediato, como identificar-se se realmente a vontade declarada por meio de identificação electrónica corresponde com a da pessoa que o sistema identifica.

[26] Assinatura digital é o processo pelo qual uma pessoa valida um procedimento informático mediante uso de computadores. É um código (senha) constituído por símbolos alfanuméricos, por letras, números ou vice-versa, identificando uma pessoa, uma vez que somente ela detém conhecimento do seu código.

Esta matéria ganha importância na mesma velocidade em que os negócios e a informação se firmam no planeta, tanto é assim que o Parlamento Europeu, em 8 de Junho de 2000, emitiu uma directiva 200/31/CE (Directiva sobre o Comércio Electrónico), relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial, do comercio electrónico no mercado europeu.

Constata-se que o contrato electrónico, inclusive com a utilização de cartões de crédito, esta sendo bastante utilizado pelos conglomerados empresariais que põe seus produtos e serviços à disposição da massa de consumidores, mediante aceitação através da rede de computadores, cuja adesão ás condições, e consequentemente ao contrato tácito, é feita simplesmente através de um clique.

Em Moçambique ainda não temos nenhum diploma legal que regula esta modalidade contratual, havendo proposta a mais de três anos.

Capítulo V Cláusulas abusivas e lesivas do interesse dos consumidores

5.1 Noção e Contextualização

Cláusulas abusivas são aquelas que estabelecem obrigações iníquas, causando desequilíbrio contratual entre as partes e ferindo os princípios da boa fé e da equidade.

Certo sector da doutrina entende que a cláusula abusiva é a manifestação por excelência do abuso do direito no contrato, pois se abusa de direito quando, apesar de se permanecer dentro dos seus limites, visa-se um fim diferente daquele que o legislador objectiva. Portanto, para estes, abusa de seu direito de contratar o contratante utiliza o pacto para obter ganhos manifestamente excessivos e injustos.

As cláusulas abusivas sempre existiram, ainda que lhes fossem atribuídas outras designações, como v. g., as de cláusulas leoninas, vexatórias, exorbitantes ou opressivas.

Não se pode definir a cláusula abusiva como cláusula ilícita, porque nesta não há exercício de um direito subjectivo (aliás, não existe nenhum direito), enquanto naquela existe um direito subjectivo, que é utilizado no intuito de favorecer uma das partes, o que provoca desequilíbrio contratual.

Portanto, a cláusula abusiva não é ilícita na essência ela gera injustiça. O abuso decorre do contexto, ou seja, ocorre quando ela se origina não de acordo de vontades, mas de predisposição unilateral. Apesar das diferenças entre as cláusulas ilícitas e as cláusulas abusivas, a consequência jurídica é a mesma, ou seja, a anulabilidade.

Podem-se enumerar diversos tipos de cláusulas abusivas, tais como: a cláusula de não indemnizar, a cláusula que fixa o foro de eleição da sede da administradora do cartão de crédito ou da instituição bancária como competente para dirimir as controvérsias decorrentes da interpretação das cláusulas contratuais; a cláusula que estabeleça juros cima do limite imposto por lei e a sua capitalização; a cláusula que determina a utilização compulsória da arbitragem, ou seja, que deixa ao critério exclusivo e unilateral do fornecedor a escolha da jurisdição estatal ou arbitral, como também a escolha do arbitro; a cláusula resolutória em contratos de adesão de longa duração, cujo objecto é a prestação de serviços considerados essenciais; a cláusula que prevê a perda total das prestações pagas pelo consumidor, e também estabeleça perdas percentuais próximas ao total das prestações, no caso de resolução contratual (ou a específica situação dos contratos de adesão a Visa Electron, em Moçambique), etc.

Capítulo VI. Cláusulas Contratuais Gerais Vs. Estágio actual da legislação sobre os direitos do consumidor

6.1 Contextualização

Sabe-se que os contratos de adesão têm conteúdo homogéneo, sendo celebrados com uma série indefinida de pessoas, sem que haja prévia discussão das cláusulas contratuais, as quais são predispostas por aquele que tem maior poder económico e, consequentemente, mais "poder de barganha". Essa fixação unilateral dos termos da avença abre espaço para que se reforce o desequilíbrio contratual, uma vez que possibilita a redacção de cláusulas pouco condizentes com a moral e ética, ou mesmo contrárias a ordem pública e ao próprio ordenamento jurídico.

Deste modo, aquela parte que já é economicamente mais forte se vê numa posição ainda mais privilegiada nas relações de consumo modernas. A sua liberdade contratual confere-lhe o poder de proteger contratualmente os seus interesses, em detrimento do outro contraente, até mesmo através da inclusão de dispositivos de difícil análise ou compreensão imediata. É nesse contexto que aparecem as chamadas **cláusulas abusivas**.

Consideram-se abusivas as condições gerais que atribuem vantagens excessivas ao predisponente, acarretando em contrapartida, exagerada onerosidade ao aderente e injusto equilíbrio contratual. O predisponente aproveita-se de seu poder contratual dominante para exonerar-se de responsabilidades ou imitá-las, para atenuar as obrigações ou facilitar a execução a seu cargo, ou – na perspectiva do aderente – para agravar ónus da prova, enfim, desequilibrar a seu favor o regulamento contratual ".

Na medida em que se percebeu que as relações de consumo consubstanciadas nos contratos de adesão podem se tornar injustas ou inequitivas, por possibilitarem ao fornecedor transferir os riscos que são profissionalmente seus à esfera do consumidor, a reavaliação do principio da autonomia da vontade mostra-se cada vez mais pertinente. Afinal, como os contratos de adesão têm um sinalagma diferente, o sentido tradicional do pacta sunt servanda não se mostra adequado à interpretação contratual.

A relação contratual moderna não pode ser observada sob prevalência do aspecto subjectivo, no sentido de se buscar a menos do participante mais forte (ou a intenção real de prejudicar), haja em vista que se está a lidar com relações de massa, impessoalizadas e dirigidas a um número imenso de pessoas.

As condições contratuais, dentro desta nova realidade, têm que ser estudadas sob aspecto objectivo, uma vez que os contratos de adesão, por serem utilizados de forma estandardizada, não envolvem apenas interesses das partes, mas os de toda a colectividade, que esta potencialmente exposta a sujeitar-se aos mesmos.

Se por um lado, os contratos de adesão trazem vantagens para o consumidor, por ser um método de contratação mais rápido, sem maiores burocracias, proporcionando a obtenção de bens de consumo de maneira mais rápida, o contrato de adesão pode ser extremamente prejudicial, uma vez que o fornecedor é quem elabora unilateralmente o contrato, e desta forma, resta a facilitada inclusão de cláusulas abusivas.

O fornecedor elabora unilateralmente as cláusulas, e fornece a adesão do consumidor, que pode ou não aderir ao contrato. Entretanto, em algumas situações, que serão tratadas no decorrer do trabalho, o consumidor não tem opção de escolha (ao que designamos de ausência de liberdade económica de celebração), tendo que aderir ao contrato, mesmo tendo conhecimento das cláusulas abusivas. É o que se verifica no nosso país onde temos apenas uma companhia aérea, uma empresa de fornecimento de energia e de água, a operar para mais de vinte milhões de habitantes, onde por mais que o cidadão não concorde com as cláusulas previamente predispostas, não pode prescindir de serviços básicos.

Capítulo VII Análise de casos concretos

Ao longo desta monografia afirmamos a necessidade de instituir na ordem jurídica moçambicana cláusulas contratuais gerais por havermos constatado que no quadro do tráfego negocial de massas alguns provedores de serviços inscrevem nos contratos de fornecimento desses serviços cláusulas abusivas.

Para ilustrarmos esta situação chamamos a colação e a titulo meramente exemplificativo três contratos de fornecimento de serviços designadamente: Contrato de transporte aéreo (LAM), Contrata de fornecimento de energia (EDM) e contrato de parqueamento de viaturas (Aeroportos de Moçambique), contratos estes que em nosso entender contêm cláusulas com um pendor marcadamente abusivo, vejamos:

7.1 Contrato de Transporte Aéreo da LAM

Da análise feita a este contrato designadamente no que tange a cláusula sob a epígrafe: **Informação sobre o limite de responsabilidade pela bagagem,** com o teor seguinte *" A responsabilidade por perda, atraso ou dano à bagagem está limitada, salvo se um valor mais elevado tiver sido previamente declarado e pagas as taxas adicionais. Para a maioria do transporte internacional (incluindo percursos domésticos de viagens internacionais), o limite de responsabilidade é de 20.00 USD (vinte dólares norte americanos) por quilo para bagagem registada e de 400.00 USD (quatrocentos dólares norte americanos) por passageiro para bagagem não registada".*

Constata-se que quando ocorra perda dano ou atraso a responsabilidade respectiva está limitada de forma aparentemente injusta, vejamos:

É princípio aceite em termos de responsabilidade civil que quando haja danos de natureza pecuniária não sendo possível a sua reconstituição *in natura* deve-se ressarcir o dano com recurso a responsabilidade por equivalente. Paradoxalmente, não é está a regra que está vertida na cláusula que vimos analisando. Nela estabelece-se como regra que nos casos de prejuízos resultantes de dano, perda ou atraso da bagagem, o limite de responsabilidade em **20.00 USD** por quilo para bagagem registada e 400.00 USD por passageiro, por bagagem não registada.

Significa, isto, que em termos práticos se alguém perde uma peça de vestuário que custe 2000 ou 3000 USD, poderá vir a ser ressarcido por está perda, por valores inferiores a 10% do valor real, isto, é clamorosamente injusto e até certa medida ridículo, pois, avaliar um bem pelo seu peso não assenta num critério pelo menos de justiça retribuitiva. Basta recordar que **normalmente às coisas mais valiosas pesam menos.** Mas este critério é adoptado para bagagem registada, porque não ressarcir a eventual perda ou dano pelo seu valor real, o que aliás, seria compaginável com o que a lei preconiza no quadro da efectivação da responsabilidade civil.

No caso concreto de Moçambique, onde normalmente as perdas são uma forma empacotada de roubos e outros desvios, compensar os danos resultantes desta situação pagando 20.00 USD (vinte dólares), por quilo, é para nós tomar uma atitude permissiva com o crime já que seja qual for a importância do bem furtado pagar-se-á uma quantia irrisória.

Este critério adoptado pela nossa companhia aérea, é condenável mesmo em termos de justiça material, pois, atenta contra o princípio da equidade, que como se sabe, assenta na boa fé. Julgamos em nosso modesto entender que não é justo nem equilibrado que alguém sofra danos de que resulte prejuízos avultados tenha de ser ressarcido desse prejuízo em valores que muitas vezes não atingem 10% do valor real.

Eis, porque preconizamos a adopção de cláusulas contratuais gerais para limitar e ou desmotivar a inserção nos contratos relativos ao tráfego negocial de massas, de cláusulas abusivas como está que é objecto da nossa análise.

7.2 Contrato de Parqueamento de Viatura (Fornecido pelos Aeroportos de Moçambique E.P)

Numa apreciação rápida e genérica, constata-se, que este contrato, antes de tudo, encera em nosso entender uma contradição como resulta do seguinte:

A certa altura, se afirma que *" Os condutores sem bilhetes serão sujeitos a apresentação do B.I. à saída do parque, isto serve como precaução contra furto de viaturas estacionadas no parque"* acresce ainda que *" Os bilhetes perdidos incorrem a multa de 500.00Mt".*

No entanto, no mesmo bilhete afirma-se que *" O operador e seus funcionários não se responsabilizam por nenhuma perda ou dano resultante de colisão, fogo, roubo, clima ou qualquer outro motivo"*.

Que paradoxo! Exigem-se documentos, impõem-se multas, alegando precauções contra furto e vêm dizer que não se responsabilizam por nenhuma perda ou dano resultante de colisão, fogo, roubo, clima ou qualquer outro motivo. Então, para que tomar precauções sobre algo de que se não têm responsabilidade?

Pior, é que o operador e os funcionários estão isentos em absoluto de qualquer responsabilidade, o que logicamente abre portas a que não cuidem de evitar danos, colisões, fogo ou qualquer outro malefício que possa causar danos. Aliás, numa leitura mais atenta, a precaução referida é apenas contra o furto.

Este exemplo ilustra de forma clara a necessidade de adopção de regras limitadoras deste tipo de cláusulas marcadamente abusivas.

7.3 Contrato de Fornecimento de Energia Eléctrica

Outro exemplo que mereceu a nossa reflexão é o Contrato de Fornecimento de Energia Eléctrica. Nele se estabelecem cláusulas de ressarcimento de danos que não se compaginam com as regras estabelecidas no CC. Para ilustrar está asserção basta ler o que se dispõe no artigo 15 das cláusulas gerais do contrato de fornecimento de energia eléctrica, que dispõe que:

6.3.1 A EDM é única responsável pelo fornecimento do serviço objecto do presente contrato, fazendo a exploração e a gesta por sua exclusiva conta e risco.

6.3.2 é ressalvada toda a responsabilidade civil e criminal:

a) Nos casos de força maior;

b) Nos casos de culpa ou negligência do lesado, devidamente comprovados;

c) Nos casos em que o acidente seja imputável a terceiros;

d) Em relação a prejuízos, danos ou desastres resultantes da própria natureza da instalação.

Constata-se que este preceito para além de determinar a responsabilidade civil e criminal do fornecedor por danos e prejuízos causados no âmbito do funcionamento e/ou exploração do serviço público de fornecimento de energia eléctrica, enumera os casos de exclusão de tal responsabilidade, o que em nosso modesto entender constitui uma cláusula abusiva, se não vejamos:

a) **Nos caso de força maior –** À luz do n.º 2 do artigo 509 CC, é considerada força maior "toda a causa exterior independente do funcionamento e utilização da coisa". As tempestades (terramotos, cheias, etc.) podem provocar a queda de cabos em tensão que, para além da interrupção do fornecimento de energia eléctrica, podem afectar pessoas e bens, causando danos (morais e patrimoniais respectivamente).

Entretanto, os casos de força maior devem ser tratados com algum cuidado, impondo-se que sejam separados dos que podem resultar da obsolescência do equipamento ou ainda da falta de manutenção, já que esta constitui uma das obrigações do fornecedor, conforme preceitua o a alínea b) do número 1 da Lei n.º 21/97, de 1 de Outubro.

Ademais, o fornecedor é chamado a tomar medidas tendo em vista a mitigação dos seus efeitos ou evitar a ocorrência de danos que, atentas as circunstâncias envolventes, não possam ser imputados à força maior porque podessem ter sido evitados com tais medida.

b) **Nos casos de culpa ou negligência do lesado, devidamente comprovados** Normalmente, estão relacionados com a falta de manutenção da instalação por parte do consumidor que vem sofrer danos por essa mesma razão. Mas, em determinadas circunstâncias, esta causa de exclusão pode concorrer com a culpa ou negligencia do fornecedor, ou seja, a falta de manutenção da instalação do consumidor pode ser apenas uma circunstância agravante a uma causa imputável ao fornecedor, aí se recomendando uma repartição de responsabilidades em função do grau de culpa ou de negligencia das partes.

d) **Nos casos em que o acidente seja imputável a terceiros –** um facto de terceiro pode, de forma negativa, afectar o funcionamento do sistema de fornecimento de energia electriza, com danos para os consumidores que, entretanto, não podem ser imputados ao fornecedor, a quem, todavia, cabe a responsabilidade de garantir o restabelecimento do funcionamento do sistema, sob pena de poder ser chamado relativamente às ocorrências posteriores e que se possa inferir que resultaram da falta de reposição atempada. A este respeito, importa ainda salientar que grande peso têm os danos que resultam do famoso fenómeno, um pouco espalhado por todo o país, de roubo de material eléctrico.

e) Em relação a prejuízos, danos ou desastres resultantes da própria natureza da instalação – Esta é a última causa de exclusão de responsabilidade do fornecedor.

Entretanto, um contrato de fornecimento de energia pode ser celebrado com uma determinada potência mas, a partir de certa altura, ocorrer uma alteração nos consumos, passando estes a situar-se acima ou abaixo da potência inicialmente contratada. Neste caso, ocorrendo um dano, fácil e erroneamente se pode concluir que se está apenas perante uma situação de exclusão de responsabilidade atenta a natureza da instalação. Mas esta pode não ser a real causa do dano, ou seja, este pode ter como origem uma causa imputável ao fornecedor, aí se prestando o inquérito administrativo.

Conforme podemos depreender da explicação acima disposta, este preceito constitui uma auto limitação das suas responsabilidades por parte da EDM, o que em nosso modesto entender consubstancia também mais uma razão para a adopção das cláusulas contratuais na ordem jurídica moçambicana, com vista a desencorajar este género de cláusulas abusivas.

Capítulo VII Conclusões e Recomendações

7.1 São principais conclusões do nosso estudo:

1. Vazio doutrinal

Há mingua de qualquer labor doutrinal, pode-se concluir sem qualquer receio de exagero que estamos neste particular perante um vazio. Não se conhecem estudos nem posições doutrinais que apontem para a necessidade de se elaborarem normas que tenham conteúdo de cláusulas limitadoras, isto é, cláusulas contratuais gerais.

2. Vazio legal

No que respeita a actividade legislante, valem aqui as consideracoes que estendemos a proposito do domínio doutrinal. Como se disse em lugares próprios deste trabalho, a abordagem das matérias relativas a proibição de cláusulas abusivas aos interesses dos consunidores é feita de forma ténua no domínio da proposta de lei do consumidor, ora, esta abordagem nao tem a dignidade de clausulas contratuais gerais, um tanto quanto se sabe, inexistem propostas tendentes a instituicao de clausulas contratuais gerais.

3. Vazio jurisprudencial

No âmbito jurisprudencial, pese embora o esforço despendido no sentido de localizar arrestos judiciais versando sobre cláusulas limitadoras da responsabilidade, tal esforço resultou infrutífero embora não hajam decisões judiciais sobre ê matéria, tal não é índice da ausência de conflitualidade processual versando sobre matérias que envolvam violação dos direitos dos consumidores.

4. Vazio Administrativo (fiscalização)

Resulta da nossa investigação que a administração pública através dos seus órgãos de fiscalização não têm exercido o seu munus, isto é, o sector da fiscalização é quase inexistente.

7.2 Recomendações

Como se pode constatar do rol das conclusões apresentadas, o nosso estudo confirmou como verdadeira a hipótese de pesquisa por nós formulada no início deste trabalho, facto que nos leva a deixar as seguintes recomendações:

1. Urge pois, que se caminhe no sentido não só da aprovação duma lei de defesa do consumidor mas antes de mais, e acima de tudo, em nosso modesto entender deve-se caminhar no sentido da aprovação de uma lei de bases referente às clàusulas contratuais gerais. Esta tem sido a orientação em muitos ornedamentos jurídicos modernos o que se afigura racional e equilibrado. Na verdade, uma lei de bases, instrumento juridico que regula de forma genérica e abstracta defende o interesse dos consumidores é a sombra sobre a qual deverão nascer outros instrumentos normativos que regulem de forma especial os interesses privativos dos consumidores.

2. O fenômeno da globalização impõe estrita relação entre a defesa do consumidor e a formação de blocos económicos, daí que sugerimos a adopção de uma política supranacional de defesas dos direitos do consumidor, que se traduza na adopção de normas de direito material em cada Estado membro

harmonizadas pelas diretivas que emanam do órgão supranacional, a semelhança do que acontece com a União Europeia.

3. Em termos precisos, sugerimos a adopção de um quadro normativo dos direitos do consumidor no âmbito da SADC.

4. Activar os órgãos de fiscalização para que exerçam à contento as suas obrigações.

Referências

I. Bibliográficas

1. **CORDEIRO**, António Menezes et COSTA, Mário Júlio de Almeida (1995). *Cláusulas Contratuais Gerais*. Almedina;
2. **CORDEIRO**, António Manuel da Rocha (1997). *Boa fé, bons costumes e ordem pública*. Colecção Teses. Almedina
3. **COSTA**, Mário Júlio de Almeida (2005). *Direito das Obrigações*. 11ª edição rev. e actual., Almedina;
4. **GOMES**, Orlando (1952). *Contrato de Adesão*: condições gerais dos contratos. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais;
5. **MESSINEO**, Francesco (1952). *Doctrina General del Contrato*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires;
6. **NUNES JÚNIOR**, Vidal Serrano e **SERRANO**, Yolanda Alves Pinto (2003). *Código de defesa do consumidor interpretado*. São Paulo : Saraiva;
7. **PRATA,** Ana (2005). *Dicionário Jurídico*. Coimbra: Edições Almedina, SA;
8. **PINTO**, Carlos Alberto Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª edição. Coimbra editora;
9. **PERREIRA,** Manuel das Neves (2007). *Introdução ao Direito e às Obrigações.* 3ª edição. Almedina;
10. **RIBEIRO**, Joaquim de Sousa (1999). *As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*. Almedina;
11. **SÁ**, Fernando Augusto Cunha de (1997). *Abuso do Direito*. Almedina, Coimbra;
12. **VENOSA**, Sílvio de Salvo (2002). Direito Civil: *Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos.* 2º ed. São Paulo : Atlas;

II. Legislativas

1. MOÇAMBIQUE, Constituição (2004). **Constituição de República de Moçambique**. Maputo: Imprensa Nacional de Moçambique, 2004;
2. Proposta de Lei de Defesa do consumidor;
3. **NETO,** Abílio (2006). Código Civil Anotado. 15.ª Edição, Editora Ediforum;
4. **Moçambique.** Portaria nº 16027, de 21 de Abril de 1962. Aprova as Condições de Venda de Energia Eléctrica de Ala Tensão e o Modelo de Apólice de Fornecimento de Energia.

III. Sites consultados

1. http://www.portolegal.com/ccg.htm. Acessado em Maio de 2009
2. http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4012. Acessado em Maio de 2009