

INCLUSÃO DE CLÁUSULAS EM CONTRATOS DE ADESÃO: UMA COMPARAÇÃO LUSO-CHINESA

Fernando Dias Simões

Professor Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Resumo: Os “contratos de adesão” marcam presença em todos os domínios da actividade económica moderna, criando essencialmente dois tipos de problemas. Em primeiro lugar, o risco de desconhecimento por parte do aderente em relação ao conteúdo do contrato. Em segundo lugar, a inclusão no contrato de cláusulas abusivas, impostas por uma das partes, dotada de maior poder negocial. O legislador procura solucionar os dois problemas de maneira distinta, através de normas que impõem um controlo “procedimental” e de regras de controlo “material”. No presente artigo analisamos os mecanismos que procuram obviar o primeiro tipo de problema. O nosso propósito é o de comparar as normas que disciplinam a inclusão de cláusulas em contratos de adesão nas ordens jurídicas portuguesa, macaense e chinesa.

Palavras-chave: Contratos de adesão, cláusulas contratuais gerais, formação do contrato, dever de informação, cláusulas-surpresa, controlo procedimental.

1. Os contratos de adesão e as cláusulas contratuais gerais

A utilização dos chamados “contratos de adesão” no tráfego jurídico moderno assume uma relevância incontestável, a qual pode ser demonstrada quer pela vulgarização deste tipo de contratos quer pelo elevado número de processos judiciais que a sua utilização suscita. Este modelo de contratação marca presença

em todos os domínios da vida económica: nos contratos comerciais, nos contratos de consumo, nos contratos laborais, etc. Será difícil conceber uma empresa de média ou grande dimensão que não recorra actualmente, na sua prática diária, a formulários ou contratos padronizados (estandardizados). Na contratação mercantil internacional este fenómeno assume especial relevância, pois as empresas pretendem racionalizar e planificar ao máximo os contratos que celebram com entidades estrangeiras, muitas vezes celebrados numa língua diferente e que merecem, por isso, o maior cuidado e atenção. Atendendo à vasta utilização de contratos de adesão no tráfego jurídico transfronteiriço, o controlo das suas cláusulas pelas leis nacionais reveste uma grande importância no Direito dos Contratos moderno.

Os contratos de adesão são contratos em que uma das partes redige *prévia e unilateralmente* as cláusulas negociais e a outra parte se limita a *aceitar* essas condições, através da adesão ao modelo ou impresso que lhe é apresentado. Deste modo, o conteúdo do contrato é definido unilateralmente por uma das partes, que o apresenta à contraparte, não podendo esta discutir as suas cláusulas: ou aceita em bloco a proposta contratual ou rejeita-a, prescindindo da celebração do contrato¹. Este tipo de contratos caracteriza-se, desta forma, por ser *redigido previamente* por um dos contraentes, normalmente uma empresa de maior poder económico, de forma *unilateral e rígida*. A característica da pré-elaboração significa que são elaboradas antes da celebração do contrato por apenas uma das partes, pelo que não estão sujeitas a qualquer processo de negociação ou discussão. A sua rigidez resulta do facto de o respectivo conteúdo ser fixado de forma invariável, não podendo ser alterado. Assim, são elaboradas previamente por uma das partes, geralmente dotada de maior poder económico e de ascendente negocial (o *bargaining power* de que falam os autores americanos), para serem impostas em bloco à contraparte, que se limita a aderir. MOTA PINTO, numa expressão feliz, falava na “tirania da letra miúda e da assinatura no tracejado”². Neste caso a única alternativa que resta à outra parte é aceitar ou rejeitar as condições, não tendo a possibilidade de modificar o conteúdo do negócio.

Muito próximo do conceito de “contratos de adesão” encontra-se o de “cláusulas contratuais gerais”. As “cláusulas contratuais gerais” surgem quando cada contrato individual irá ter as mesmas cláusulas. Deste modo, estamos perante cláusulas predispostas em vista de uma pluralidade de contratos ou de uma generalidade de pessoas³. Às características próprias dos contratos

1 Ana PRATA, Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, Almedina, Coimbra, 2010, p. 17.

2 Contratos de Adesão: uma manifestação jurídica da moderna vida económica, in “Revista de Direito e de Estudos Sociais”, ano XX (1973), n.ºs 2, 3 e 4, p. 124.

3 Almeno de SÁ, Cláusulas contratuais gerais e Directiva sobre cláusulas abusivas, 2ª edição,

de adesão (a unilateralidade, a redacção prévia e a rigidez) acresce a nota da generalidade (ou indeterminação), para dizer que tais cláusulas são redigidas em abstracto para serem aplicadas a um número indeterminado de destinatários. Os contratos de adesão são aqueles em que, independentemente de se destinarem a um número indeterminado de destinatários, as cláusulas foram redigidas prévia e unilateralmente, para serem aceites em bloco pela outra parte, que apenas tem a liberdade de aceitar ou recusar. Deste modo, todas as cláusulas contratuais gerais são contratos de adesão mas nem todos os contratos de adesão são cláusulas contratuais gerais. Neste trabalho, e por razões de simplicidade, quando nos referirmos apenas a “contratos de adesão” estaremos a incluir as duas figuras: quer os contratos de adesão propriamente ditos, quer as cláusulas contratuais gerais (que também são contratos de adesão).

Como se sabe, a liberdade contratual é um dos princípios fundamentais do Direito Privado. De acordo com o artigo 399.º do Código Civil de Macau, 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 (n.º 1). As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei (n.º 2). Outro tanto é dito no artigo 405.º do Código Civil Português.

A Lei sobre Contratos da República Popular da China (adoptada pela Segunda Sessão do nono Congresso Nacional do Povo em 15 de Março de 1999, e que entrou em vigor em 1 de Outubro de 1999) refere, no seu artigo 3.º, que as partes gozam de um estatuto legal semelhante, e que nenhuma delas pode impor a sua vontade à outra parte⁴. No artigo seguinte refere-se ainda que as partes têm o direito de concluir o contrato de forma voluntária, nos termos da lei, e que nenhuma entidade ou indivíduo pode interferir ilicitamente no exercício de tal direito.

De acordo com o protótipo tradicional da liberdade contratual, este princípio basilar divide-se em duas dimensões: a liberdade de celebração e a liberdade de estipulação.

A primeira significa que as partes são livres de celebrar ou não o contrato. Está em causa o “se” do contrato – as partes só celebram o contrato “se” quiserem, e “se” não quiserem, não podem ser forçadas a celebrar o contrato. O mesmo se aplica numa perspectiva negativa: em princípio as partes não podem ser impedidas de celebrar o contrato. Assim, as partes são livres de celebrar o contrato ou não, e não podem ser impedidas de o fazer. Como é evidente, existem excepções a este princípio – basta pensar no caso dos seguros obrigatórios (a liberdade de recusar

Almedina, Coimbra, 2005, p. 212.

4 Socorro-mo-nos da versão inglesa da lei acessível a partir do endereço <http://www.novexcn.com/contract_law_99.html>. A tradução para a língua portuguesa é da nossa responsabilidade.

a celebração do contrato encontra-se excluída) ou das pessoas que se encontram impedidas de celebrar alguns tipos de contratos, atendendo a uma incapacidade ou a outro motivo (a liberdade de celebrar o contrato não existe).

Por outro lado, a liberdade de estipulação significa que ambas as partes são livres de negociar o conteúdo do contrato. Em princípio, durante a fase pré-contratual as partes têm a mesma possibilidade de influenciar e conformar as cláusulas negociais. Estamos perante o “como” do contrato. As partes são livres de estabelecer “como” vai ser o contrato, que tipo de cláusulas terá e que efeitos irá produzir, de forma a satisfazer os seus interesses. É a esta dimensão da liberdade contratual que o artigo 399.º do Código Civil de Macau se dirige expressamente, quando refere que 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, podendo ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei.

O princípio da Liberdade Contratual é um dos mais importantes espelhos dos dois valores fundamentais que inspiram todo o Direito Privado: a igualdade e a liberdade. Ele baseia-se no pressuposto de que as partes se encontram numa posição de igualdade, e que têm mais ou menos o mesmo poder negocial. Sucede, no entanto, que em alguns casos este equilíbrio ou paridade entre as partes contratantes é mais aparente ou formal do que real. Com efeito, em vários domínios da vida jurídica deparamo-nos com situações em que um dos contraentes, devido a diferentes motivos, se encontra numa posição de ascendente negocial, dispondo de maior poder para regatear, impor ou mesmo ditar as condições em que o contrato há-de ser concluído. É justamente o que acontece no caso dos contratos de adesão⁵.

Os contratos de adesão vieram pôr em crise o paradigma tradicional da liberdade contratual. O seu surgimento pode ser explicado pela sociedade altamente industrializada e técnica em que vivemos. O comércio jurídico massificou-se: actualmente qualquer um de nós celebra imensos contratos, para aceder a bens ou serviços, sem que a conclusão do contrato seja precedida de qualquer fase de discussão ou negociação. Os contratos de adesão são como a *fast food* na sociedade actual: estão em todo o lado, adquirem-se de forma mecânica, sem tempo para reflectir ou digerir o seu conteúdo, impulsionados pela necessidade de não perder tempo nem dinheiro. A prática jurídica respondeu a uma necessidade de racionalizar e especializar a contratação: as empresas uniformizaram os seus

5 Outros exemplos clássicos de desigualdade de poder negocial entre os contraentes podem ser encontrados no contrato de trabalho ou nos contratos celebrados entre profissionais e consumidores, o que justificou a necessidade de criação de regimes legais específicos – o Direito do Trabalho e o Direito do Consumo.



modelos contratuais, procurando homogeneizar as cláusulas e as condições que propõem aos seus clientes. A estandardização permite aplicar em bloco as mesmas condições contratuais a uma imensa massa anónima, sem necessidade de discutir especificidades ou particularidades. Ao contrário do pronto-a-vestir, em que podemos escolher entre diferentes tamanhos, nos contratos de adesão um único tamanho serve para todos os clientes, sem possibilidade de quaisquer arranjos ou modificações. O regateio foi substituído pelo formulário, na identificação das partes o nome do cliente pouco importa – releva mais o número de cliente.

Tendo em conta que neste modelo os contratos são elaborados prévia e unilateralmente por uma das partes, não tendo a outra qualquer possibilidade de influenciar ou controlar a sua redacção e conteúdo, a liberdade de estipulação encontra-se excluída. Apenas uma das partes fez uso da faculdade de conformar o conteúdo do contrato – não existe qualquer bilateralidade no processo negocial. A liberdade contratual encontra-se limitada à vertente da liberdade de celebração do contrato: a contraparte apenas tem a liberdade de aceitar ou rejeitar a proposta que lhe é apresentada, tal como está – é “pegar ou largar”. A liberdade de estipulação, essa, é-lhe completamente vedada. É claro que podemos dizer que ninguém é obrigado a aceitar um formulário contratual que lhe é proposto em bloco. Se o sujeito não concorda com as condições constantes da proposta que lhe é apresentada, é livre de a recusar. A verdade, porém, é que muitas vezes o exercício da liberdade de celebração, enquanto liberdade de não contratar, corresponde a ficar sem um serviço ou bem que pode satisfazer uma necessidade importante, especialmente nos casos em que o prestador esteja numa situação de monopólio ou quase monopólio. Em tais hipóteses o aderente é verdadeiramente forçado, pela necessidade, a aceitar as condições apresentadas pela outra parte, mesmo que aquelas sejam desadequadas, desequilibradas, desfavoráveis – o que na prática se traduz numa limitação da liberdade de celebração.

Pela sua natureza, os contratos de adesão apresentam diversos perigos: limitam a liberdade factual de celebração, favorecem unilateralmente a parte que as redige, utilizam linguagem muito técnica, vinculam o aderente perante cláusulas de que não se apercebeu, etc. Tratando-se de um fenómeno global, um pouco por todo o mundo os legisladores sentiram a necessidade de criar novos mecanismos de controlo contratual. Novos problemas reclamaram novas soluções, que acrescem aos mecanismos tradicionais que já resultavam do Direito dos Contratos. Tornou-se necessário formular novas limitações à liberdade contratual, introduzindo limites à liberdade de fixação do conteúdo do contrato, com o objectivo de proteger o aderente e reequilibrar o conteúdo do negócio. Tornou-se também imperioso introduzir mecanismos de controlo da adesão à proposta, procurando assegurar o efectivo conhecimento do conteúdo pelo aderente, ocupando por via legislativa o espaço que a prática retirou à negociação, ao regateio, à discussão do clausulado.



Atendendo ao desequilíbrio entre os contraentes, que quase converteu a ideia de igualdade entre as partes em letra morta, o legislador viu-se obrigado a proteger de forma evidente uma das partes – a parte considerada mais fraca, o aderente.

Basicamente os contratos de adesão criam dois tipos de problemas.

Em primeiro lugar, o perigo de desconhecimento por parte do aderente em relação ao conteúdo das cláusulas do contrato. O aderente não participa na elaboração do contrato, não colaborando, deste modo, na sua redacção. Existe aqui um especial risco quanto à inserção de cláusulas-surpresa. Como o aderente não negocia – adere, assina, consente – nada garante que sobre tais cláusulas tenha incidido a sua atenção, análise e cuidado. A imposição de formulários complexos e de leitura pouco perceptível agrava significativamente o risco de ignorância ou desconhecimento sobre o conteúdo contratual.

O segundo problema tem a ver com a inclusão no contrato de cláusulas abusivas. As cláusulas são redigidas prévia e unilateralmente por uma parte, geralmente dotada de maior poder económico e de ascendente negocial, para serem impostas em bloco à contraparte, que se limita a aderir. Como é evidente, a parte que redige as cláusulas procura por todos os meios tutelar a sua posição da forma mais eficaz, introduzindo cláusulas que podem ser abusivas, desproporcionadas, excessivas, quando não estejam mesmo feridas de invalidade. Quem tem a oportunidade de ditar as regras do jogo não tem pudor em garantir que o resultado final lhe será favorável.

O primeiro tipo de problemas refere-se ao modo como as cláusulas são inseridas no contrato, o segundo, que logicamente se segue ao primeiro, tem a ver com o equilíbrio e justeza de tais cláusulas. O legislador acorre aos dois problemas de maneira distinta. O primeiro pode ser designado de controlo “procedimental”, o segundo de controlo “material”. Como é evidente, só se coloca o problema de saber se uma cláusula é materialmente abusiva (controlo material), se primeiro se concluir que ela faz parte do contrato (ou seja, que passou os testes de controlo procedimental). Vamos apenas ocupar-nos dos mecanismos que procuram obviar o primeiro tipo de problema: a forma como as cláusulas foram inseridas no contrato, independentemente da sua justeza ou validade material. Através de tais regras o legislador impõe deveres de natureza procedimental (nomeadamente, deveres de comunicação e de informação) que têm de ser respeitados para que uma dada cláusulas contratual se possa considerar incluída no contrato⁶. O nosso propósito é o de comparar as regras que se ocupam da inclusão de cláusulas em contratos de adesão nas ordens jurídicas portuguesa, macaense e chinesa.

6 De modo próximo, SOUSA RIBEIRO fala em “procedural duties” – Regulations of Unfair Contract Terms in Macanese and Portuguese Law: A comparative analysis, in GODINHO (Ed.), *Studies on Macau Civil, Commercial, Constitutional and Criminal Law*, Lexis Nexis, Hong Kong, 2010, p. 129.



2. O quadro legal em Portugal

Em Portugal esta matéria encontra-se regulada no Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto, pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho, e pelo Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro. A alteração efectuada pelo Decreto-Lei n.º 220/95 foi motivada pela Directiva Comunitária n.º 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados entre profissionais e consumidores⁷. Quanto à sua estrutura, o diploma português divide-se em sete capítulos: disposições gerais, inclusão de cláusulas contratuais gerais em contratos singulares, interpretação e integração de cláusulas contratuais gerais, nulidade das cláusulas contratuais gerais, cláusulas contratuais gerais proibidas, disposições processuais e disposições finais e transitórias.

Este Decreto-Lei define as “cláusulas contratuais gerais” como as que são “elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar” (artigo 1.º). O diploma também se aplica, porém, às cláusulas inseridas em “contratos individualizados mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar” (artigo 1.º, n.º 2). Deste modo, o normativo português aplica-se não apenas às “cláusulas contratuais gerais” mas também aos “contratos de adesão”. Como já tivemos oportunidade de referir, os dois conceitos não são sinónimos. Deste modo, enquanto o primeiro número se dirige às cláusulas contratuais gerais (cláusulas apresentadas tendo em vista a celebração de uma pluralidade de contratos, redigidas de forma prévia, rígida e unilateral); o segundo número abrange as “cláusulas inseridas em contratos individualizados” que, embora não sejam “gerais”, foram redigidas previamente por uma das partes, e que a outra não *pôde* (no passado, e não *pode*, no presente, como erradamente refere o legislador) influenciar. Ao incluir no âmbito de aplicação objectivo do diploma os “contratos individualizados”, o legislador está a referir-se àqueles casos em que as cláusulas foram redigidas para serem aplicadas a um único contrato, e não a uma pluralidade de contratos, mantendo, ainda assim, as restantes características (a redacção prévia, rígida e unilateral).

O artigo 2.º (forma, extensão, conteúdo e autoria) sublinha que o artigo anterior, sobre o âmbito de aplicação do diploma, abrange, salvo disposição em contrário, todas as cláusulas contratuais gerais, independentemente da forma da sua comunicação ao público, da extensão que assumam ou que venham a apresentar nos contratos a que se destinem, do conteúdo que as informe ou de terem sido elaboradas pelo proponente, pelo destinatário ou por terceiros. O legislador pretendeu abarcar diferentes cenários que eram frequentes na prática quotidiana,

7 Jornal Oficial das Comunidades Europeias L95/29, de 21 de Abril de 1993.

como por exemplo os casos em que as empresas que pretendem recorrer a este tipo de contratos obtêm primeiro a adesão dos interessados, figurando depois no contrato como destinatários das cláusulas⁸. É o que acontece, por exemplo, nos contratos de seguro de vida, em que a proposta assinada e apresentada pelo segurado é aceite pela Seguradora, de acordo com as condições gerais previamente estabelecidas pela seguradora para todas as suas apólices de seguro. A redacção do preceito pretende deixar bem claro que a posição ocupada pelo aderente é irrelevante, devendo ser protegido pelo diploma ainda que formalmente tudo se passe como se fosse ele próprio a apresentar a proposta contratual.

Por fim, o artigo 3.º contém algumas excepções ao âmbito de aplicação objectivo do diploma. Este não se aplica:

- a) A cláusulas típicas aprovadas pelo legislador;
- b) A cláusulas que resultem de tratados ou convenções internacionais vigentes em Portugal;
- c) A contratos submetidos a normas de direito público;
- d) A actos do direito da família ou do direito das sucessões;
- e) A cláusulas de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho.

3. O quadro legal em Macau

Em Macau vigora a Lei n.º 17/92/M, de 28 de Setembro. Esta lei foi fortemente influenciada pelo diploma português. A lei macaense refere, no n.º 1 do seu primeiro preceito, que o seu propósito é o de estabelecer o “regime jurídico das cláusulas contratuais gerais”. O conceito é fornecido pelo n.º 2: cláusulas que “são previamente formuladas para valer num número indeterminado de contratos e que uma das partes apresenta à outra, que se limita a aceitar, para a conclusão de um contrato singular”.

Deste modo, o diploma macaense não se aplica aos contratos de adesão que sejam redigidos propositadamente para um único caso. Quer dizer: aplica-se às *cláusulas contratuais gerais* mas não aos *contratos de adesão* que não tenham a característica da *generalidade*. O legislador deixa de fora aqueles casos em que as cláusulas foram redigidas para serem aplicadas a um único contrato, e não a uma pluralidade de contratos, mantendo, ainda assim, as restantes características (a redacção prévia, rígida e unilateral). Esta parece ser a interpretação mais correcta da letra da lei, embora não seja de chocar que se possa fazer uma interpretação menos literal⁹. Seria conveniente que a lei macaense adoptasse um âmbito de aplicação mais

8 ALMEIDA COSTA e MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais*, Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, Coimbra, Almedina, 1996, p. 18.

9 Vide, por exemplo LAM LAM CHU, O dever de informação na responsabilidade pré-contratual e no regime das cláusulas contratuais gerais, “Boletim da Faculdade de Direito da Universidade



vasto, abrangendo também as cláusulas inseridas em contratos individualizados, ainda que não apresentem a característica da *generalidade* ou *indeterminação* dos destinatários. Com efeito, o mais importante – e perigoso – neste tipo de cláusulas não é o facto de serem utilizadas num número indeterminado de contratos mas sim o facto de serem preparadas prévia e unilateralmente por uma das partes.

O diploma macaense aplica-se apenas às “cláusulas contratuais gerais”, entendidas como aquelas que “são previamente formuladas para valer num número indeterminado de contratos e que uma das partes apresenta à outra, que se limita a aceitar, para a conclusão de um contrato singular”. De acordo com SOUSA RIBEIRO, o número “indeterminado de contratos” não implica que estejamos perante “contratos em massa”, ou seja, que tenham um número muito vasto de destinatários. Com efeito, mesmo as cláusulas que se destinam a ser incluídas em três ou quatro contratos individuais podem ser consideradas como “gerais”. Devemos adoptar, deste modo, uma interpretação correctiva da Lei de Macau quando pretendermos esclarecer o que se deve entender por “um número indeterminado de contratos”¹⁰.

Enquanto o diploma português fala em “proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar”, a lei de Macau fala apenas em “cláusulas que uma das partes apresenta à outra, que se limita a aceitar”. A redacção portuguesa pretende deixar bem claro que a posição ocupada pelo aderente é irrelevante, devendo ser tutelado ainda que formalmente tudo se passe como se fosse ele próprio a apresentar a proposta contratual. O legislador de Macau não foi tão longe, num preciosismo que se pode considerar dispensável. Assim, o elemento decisivo é o facto de que o aderente “se limita a aceitar” as cláusulas, ainda que pareça ser ele quem formalmente apresenta uma proposta (ao invés da “aceitação” referida no artigo 4.º)¹¹.

É ainda de lamentar que a redacção macaense não faça referência à “falta de prévia negociação individual”, como acontece na lei portuguesa¹². Com efeito, o que distingue os contratos de adesão (quer recorram a cláusulas contratuais gerais ou não) dos outros contratos é o facto de não existir negociação. Estes contratos são subtraídos ao normal processo de negociação e discussão que resulta da configuração tradicional das regras comuns da liberdade contratual. Se as cláusulas contratuais foram alvo de negociação pelas partes, não será de aplicar as regras especiais estabelecidas por este diploma. Pode sempre dizer-se que o facto de a lei macaense

de Macau”, ano VIII, n.º 17, 2004, p. 136.

10 SOUSA RIBEIRO, Regulations of Unfair Contract Terms in Macanese and Portuguese Law: A comparative analysis, p. 126.

11 Idem, p. 127.

12 Idem, p. 128.

referir que o aderente “se limita a aceitar” as cláusulas deixa implícito que estas não foram previamente objecto de qualquer negociação. De qualquer modo, seria útil uma referência expressa a este assunto, até porque a lei macaense não dispõe de uma norma semelhante ao n.º 3 do artigo 1.º do diploma português, que estabelece que “o ónus da prova de que uma cláusula contratual resultou de negociação prévia entre as partes recai sobre quem pretenda prevalecer-se do seu conteúdo”. O que quer dizer que, mesmo num contrato de adesão, algumas cláusulas podem ser fruto de negociação individual. O facto de algumas ou de a maioria das cláusulas ter sido imposta rigidamente à contraparte não impede a existência de alguma ou algumas cláusulas que foram sujeitas a discussão ou negociação.

A lei macaense segue basicamente a estrutura da lei portuguesa. Assim, o diploma estabelece algumas regras sobre a inclusão de cláusulas contratuais gerais em contratos singulares e fornece algumas regras sobre a sua interpretação (Capítulos II e III), apresentando igualmente normas que proíbem a utilização de alguns tipos de cláusulas contratuais gerais (Capítulo IV). À semelhança do que acontece na lei portuguesa, estabelece-se um processo especial (acção inibitória) no Capítulo V. O último Capítulo (Capítulo VI) é dedicado às disposições finais e transitórias.

O âmbito de aplicação subjectivo dos diplomas é semelhante. À imagem do que acontece na lei portuguesa, são protegidos todos os aderentes, independentemente de serem consumidores ou profissionais. Deste modo, ambos os diplomas centram-se num critério mais objectivo, que tem a ver com o modo como o contrato foi concluído, e não na natureza do sujeito que adere a tal contrato. O diploma macaense aplica-se sempre que cláusulas contratuais gerais (previamente formuladas para valer num número indeterminado de contratos) sejam apresentadas por uma das partes à outra, que se limita a aceitar, para a conclusão de um contrato singular. A aplicação desta lei parece estar relacionada, deste modo, com um “certo tipo de situação” e não com um “certo tipo de pessoas”¹³. Assim, não releva a qualidade de profissional ou consumidor do aderente, o que importa é a sua qualidade de aderente, que se encontra numa posição contratual mais frágil, que suscita a necessidade de protecção legal.

De notar que, apesar de ambos os diplomas se aplicarem a todos os aderentes, independentemente da sua qualidade de profissionais ou consumidores, o diploma português distingue entre “empresários” ou contraentes que “exerçam profissões liberais, singulares ou colectivos” e “consumidores finais” para efeitos da aplicação da secção II e III do Capítulo V (cláusulas contratuais gerais proibidas, artigos 17.º a 22.º).

13 SOUSA RIBEIRO, Regulations of Unfair Contract Terms in Macanese and Portuguese Law: A comparative analysis, p. 122.



4. O quadro legal na China

Embora os contratos de adesão já sejam frequentes na prática comercial chinesa há vários anos, a verdade é que as três leis vigentes sobre contratos até 1999 (a Lei dos Contratos Económicos, a Lei dos Contratos Económicos com o Exterior e a Lei dos Contratos sobre Tecnologia¹⁴) não continham quaisquer disposições sobre cláusulas contratuais gerais, o que se encontrava desfasado das necessidades resultantes do desenvolvimento económico e social.

Os contratos de adesão são cada vez mais utilizados na China, o que não é de estranhar tendo em conta o seu telúrico processo de desenvolvimento económico. A sua utilização é frequente em contratos de seguro, de transporte, contratos concluídos através da internet, *etc.*¹⁵. As cláusulas contratuais gerais foram usadas amiúde como um meio de impor os planos estatais obrigatórios. O governo impunha cláusulas contratuais gerais que as partes não podiam derrogar. Mais recentemente, estas cláusulas são utilizadas por indústrias governamentais que se encontram em situação de monopólio e por empresas controladas pelo Estado, ou por empresas fortemente reguladas como a Banca, os Correios, as Comunicações, os transportes e os serviços públicos¹⁶.

A Lei sobre Contratos da República Popular da China (adoptada pela Segunda Sessão do nono Congresso Nacional do Povo em 15 de Março de 1999, e que revogou a Lei dos Contratos Económicos, a Lei dos Contratos Económicos com o Exterior e a Lei dos Contratos sobre Tecnologia)¹⁷ veio introduzir algumas normas inovadoras sobre as cláusulas contratuais gerais, mais especificamente no capítulo segundo, dedicado à formação do contrato. É a primeira vez que isto sucede no Direito chinês dos contratos. A partir do dia 1 de Outubro de 1999, dia de entrada em vigor da Lei, a China dispõe de normas próprias sobre esta matéria.

Esta Lei recebeu clara influência dos Princípios UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law) relativos aos contratos comerciais¹⁸.

14 The Economic Contract Law of the People's Republic of China (1981), the Foreign-related Economic Contract Law of the People's Republic of China (1988), and the Technology Contract Law of the People's Republic of China (1987), disponíveis online a partir de <<http://www.novexc.com>>.

15 ZHANG, Chinese Contract Law. Theory and Practice, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, pp. 138, 140.

16 LING, Contract Law in China, Sweet & Maxwell Asia, Hong Kong, 2002, p. 108.

17 Vide JUNWEI, Modern European and Chinese Contract Law. A comparative study of party autonomy, Wolters Kluwer, 2011, pp. 19-20.

18 Vide YUQING e DANHAN, The New Contract Law in the People's Republic of China and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: A Brief Comparison, in "Revue de Droit Uniforme", 2000, n.º 3, pp. 429-440. Os Princípios podem ser consultados em <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm>>.

Os artigos 2.1.19, 2.1.20, 2.1.21 e 2.1.22 dos Princípios foram visível fonte de inspiração para os artigos 39.º a 41.º da Lei Chinesa. Os dois textos apresentam formulações bastante próximas quanto ao conceito de “cláusulas contratuais gerais”. De acordo com o segundo parágrafo do artigo 39.º, cláusulas contratuais gerais são cláusulas que são preparadas previamente por uma parte para uso geral e repetido e que não são negociados com a outra parte aquando da celebração de um contrato¹⁹. O artigo 40.º considera algumas cláusulas nulas e o artigo 41.º ocupa-se da interpretação das cláusulas contratuais gerais. Parece-nos uma regulamentação ainda muito escassa do fenómeno, já que vários problemas abundantemente identificados pela doutrina e jurisprudência de diversos quadrantes ficaram sem resposta. Pode dizer-se que o diploma chinês, de cariz geral, fornece apenas alguns mecanismos mínimos de controlo da equidade contratual.

5. A inclusão das cláusulas no contrato

Como já tivemos oportunidade de referir, um dos principais problemas suscitados pelos contratos de adesão diz respeito ao modo como as cláusulas são inseridas no contrato. A questão é basicamente a seguinte: embora o aderente tenha assinado o contrato (na maior parte dos casos a aceitação consubstancia-se na assinatura do documento), e logo, aceitado voluntariamente vincular-se ao seu clausulado, quem nos pode garantir que tem real conhecimento sobre o conteúdo das suas cláusulas, ou mesmo que está ciente da existência de tais cláusulas? Podemos afirmar, absolutamente, que o aderente teve conhecimento de uma cláusula, “afogada no magma tipográfico”²⁰?

O legislador procura solucionar o problema, restabelecendo o equilíbrio contratual, através de mecanismos de controlo procedimental, que procuram assegurar o real e efectivo conhecimento do aderente acerca do conteúdo das cláusulas que foram inseridas no contrato. Para que uma cláusula se considere validamente inserida no contrato deve respeitar determinados parâmetros de cognoscibilidade. Estamos perante deveres de natureza pré-contratual que correspondem a uma obrigação de meios – nomeadamente, a obrigação de adoptar as medidas necessárias de molde a permitir o conhecimento adequado das cláusulas pelo aderente²¹.

19 “Standard terms are clauses which are prepared in advance for general and repeated use by one party and which are not negotiated with the other party in concluding a contract”. De acordo com o artigo 2.1.19 (2) dos Principles of International Commercial Contracts, “standard terms are provisions which are prepared in advance for general and repeated use by one party and which are actually used without negotiation with the other party”.

20 A expressão, de rara eloquência, é de MOTA PINTO, *Contratos de Adesão: uma manifestação jurídica da moderna vida económica*, p. 128.

21 ALMEIDA COSTA e MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais*, Anotação ao

Se o contraente que se serve de tais cláusulas não respeitar estas regras de procedimento, tais cláusulas, que escapam ao conhecimento efectivo da contraparte, não serão consideradas como fazendo parte do conteúdo contratual. Tudo se passa como se não existissem. Os tribunais alemães falam, a este propósito, de um princípio de transparência – o princípio da boa fé obriga o utilizador a tornar patentes, com a maior clareza possível, os direitos e deveres da contraparte. Segundo uma sentença de um tribunal alemão, “as exigências de transparência são proporcionais – quanto mais desvantajoso o conteúdo da cláusula, mais perceptível e clara deve ser a sua formulação”²².

O Decreto-Lei português dedica dois capítulos a este problema. O segundo capítulo ocupa-se da inclusão de cláusulas contratuais gerais em contratos singulares, enquanto o terceiro capítulo dispõe sobre a interpretação e integração de cláusulas contratuais gerais. O segundo capítulo, sob a epígrafe “inclusão de cláusulas contratuais gerais em contratos singulares”, fornece vários mecanismos de controlo procedimental da validade das cláusulas. Este capítulo contém seis artigos: o artigo 4.º (inclusão em contratos singulares), o artigo 5.º (comunicação), o artigo 6.º (dever de informação), o artigo 7.º (cláusulas prevalentes), o artigo 8.º (cláusulas excluídas dos contratos singulares) e o artigo 9.º (subsistência dos contratos singulares).

Em Macau a estrutura é bastante semelhante, embora se encontre dispersa por dois capítulos, o capítulo segundo (também designado “inclusão de cláusulas contratuais gerais em contratos singulares”) e o capítulo terceiro “cláusulas contratuais gerais inexistentes”). O segundo capítulo contém cinco artigos: o artigo 4.º (inclusão em contratos singulares), o artigo 5.º (apropriadamente intitulado “*dever de comunicação*”), o artigo 6.º (dever de informação) e o artigo 7.º (cláusulas prevalentes), para além do artigo 8.º.

A semelhança com o diploma português cessa aqui, pois os artigos referentes às “cláusulas excluídas dos contratos singulares” e à “subsistência dos contratos singulares” foram relegados para um capítulo adicional (o terceiro), sob o n.º 9 e n.º 10. De permeio surge o artigo 8.º, sobre interpretação e integração das cláusulas contratuais gerais, que em Portugal consta de um capítulo próprio e distinto (o terceiro). A redacção portuguesa faz mais sentido pois só se deve interpretar e eventualmente integrar as cláusulas que, tendo passado os testes do capítulo segundo, se considerem incluídas no contrato. Deste modo, não faz sentido que no diploma macaense o artigo sobre “interpretação e integração das cláusulas contratuais gerais” (artigo 8.º) conste do capítulo II (sobre inclusão de cláusulas contratuais gerais em

Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, nota 361, p. 24 e seguinte; GODINHO, Macau Business Law and Legal System, Lexis Nexis, Hong Kong, 2007, nota 362, p. 104.

22 Vide SOUSA RIBEIRO, O problema do Contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual”, Almedina, Coimbra, 1999, p. 394.



contratos singulares), quando, para mais, no artigo 9.º, primeiro artigo do capítulo seguinte (capítulo III) se excluem dos contratos singulares algumas cláusulas – as quais não carecerão, deste modo, de qualquer interpretação. O desvio em relação à sistemática do diploma português não se compreende.

Deste modo, são comuns aos dois diplomas os seguintes artigos:

Artigo 4.º (inclusão em contratos singulares)

Artigo 5.º (dever de comunicação)

Artigo 6.º (dever de informação)

Artigo 7.º (cláusulas prevalentes)

Artigo 8.º (9.º em Macau – cláusulas excluídas dos contratos singulares)

Artigo 9.º (10.º em Macau – subsistência dos contratos singulares).

5.1 A inclusão das cláusulas no contrato

O artigo 4.º do diploma português refere que “as cláusulas contratuais gerais inseridas em propostas de contratos singulares incluem-se nos mesmos, para todos os efeitos, pela aceitação, com observância do disposto neste capítulo”. O texto macaense adota uma formulação muito próxima: “As cláusulas contratuais gerais inseridas em propostas de contratos singulares consideram-se incluídas nestes pela aceitação, desde que observadas as disposições seguintes”. Quer isto dizer que as disposições contratuais passam a fazer parte integrante do contrato se a proposta em que se inserem for aceite pela contraparte do utilizador. As cláusulas contratuais só ganham relevância à medida em que vão sendo aceites, assim se constituindo os contratos singulares²³. Isto sem prejuízo, como vimos, de o diploma ser também aplicável naqueles casos em que formalmente tudo se passa como se fosse o aderente a apresentar a proposta contratual. A posição ocupada pela contraparte de quem redige as cláusulas (proponente ou declaratório) é indiferente – considera-se que as cláusulas contratuais passam a fazer parte de um contrato através da aceitação.

Torna-se necessário, ademais, verificar se os mecanismos de controlo procedimental se encontram cumpridos. Para que as cláusulas se considerem validamente inseridas no contrato devem ser respeitados os parâmetros de cognoscibilidade. Se o contraente que se serve de tais cláusulas não respeitar estas regras de procedimento, tais cláusulas não serão consideradas como fazendo parte do conteúdo contratual.

5.2 O dever de comunicação

O artigo 5.º dos diplomas português e macaense ocupa-se do mesmo

23 Ana PRATA, Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, p. 203.



problema: o dever de comunicação, embora o legislador português tenha apenas usado a epígrafe “comunicação”, ao contrário do legislador de Macau, que mais apropriadamente se refere ao “dever de comunicação”. Ambos os artigos possuem três números que importa analisar.

O n.º 1 é bastante semelhante. Enquanto o diploma português estabelece que “as cláusulas contratuais gerais devem ser comunicadas na íntegra aos aderentes que se limitem a subscrevê-las ou a aceitá-las”, a lei macaense diz: “as cláusulas contratuais gerais devem ser comunicadas na íntegra àqueles que se limitem a subscrevê-las ou aceitá-las”. O n.º 2 é perfeitamente idêntico: “a comunicação deve ser realizada de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo por quem use de comum diligência”. Assim, não basta a mera comunicação para que as condições gerais se considerem incluídas no contrato singular. É ainda necessário que ela seja feita de tal modo que proporcione à contraparte a possibilidade de um conhecimento completo e efectivo do clausulado.

O n.º 3 é bastante semelhante. Enquanto o normativo português prescreve que “o ónus da prova da comunicação adequada e efectiva cabe ao contratante que submeta a outrem as cláusulas contratuais gerais”, o diploma de Macau refere que “o ónus da prova da comunicação das cláusulas contratuais gerais, efectuada nos termos dos números anteriores, incumbe ao contratante que delas se prevaleça”. Deste modo, o ónus da prova da comunicação adequada e efectiva das cláusulas recai sobre o utilizador. Não é o aderente quem deve, por iniciativa própria, tentar efectivamente conhecer as condições gerais, é ao utilizador que compete proporcionar-lhe condições para tal.

5.3 O dever de informação

Em relação ao dever de informação, o artigo 6.º do decreto-lei português refere:

1 - O contratante que recorra a cláusulas contratuais gerais deve informar, de acordo com as circunstâncias, a outra parte dos aspectos nelas compreendidos cuja aclaração se justifique.

2 - Devem ainda ser prestados todos os esclarecimentos razoáveis solicitados.

O legislador macaense resumiu estes dois números num único, ao referir que “o contratante que recorra a cláusulas contratuais gerais no âmbito da sua actividade deve informar a outra parte dos aspectos nelas compreendidos, prestando-lhe, ainda, os esclarecimentos solicitados”.

A realidade é algo diferente na China. Devido a preocupações com a justiça



material no caso específico dos contratos de adesão, existem algumas regras que são geralmente aceites para regular a utilização de cláusulas contratuais gerais. Segundo uma dessas regras, as cláusulas contratuais gerais, quer constituam em si mesmo o contrato, quer sejam apenas parte de um contrato, apenas irão produzir efeito após terem sido aceites pela outra parte²⁴.

No que tange o dever de comunicação e informação, de acordo com o artigo 39.º da Lei chinesa sobre contratos, quando forem usadas cláusulas contratuais gerais na formação de um contrato, o contraente que fornece as cláusulas deve esclarecer os direitos e obrigações entre as partes respeitando o princípio da equidade, solicitar à outra parte que note a exclusão ou limitação da sua responsabilidade de maneira razoável, e explicar as cláusulas contratuais gerais de acordo com o pedido da outra parte²⁵. Os requisitos deste dever de informação aplicam-se mesmo quando a outra parte tenha expressa ou implicitamente consentido na utilização de cláusulas contratuais gerais²⁶.

Os principais problemas que se colocam passam pela interpretação dos conceitos de *equidade* (que podemos também traduzir por *justeza*) e de *razoabilidade*. A Lei chinesa estabelece um dever de comunicação que se rege por um padrão de razoabilidade (“reasonable ways”, *de modo razoável*). Para determinar se este dever foi cumprido de forma razoável devem ter-se em conta as circunstâncias concretas do caso, a natureza do negócio, a linguagem utilizada, e a amplitude com que o utilizador das cláusulas exclui a sua responsabilidade. Quem se serve deste tipo de cláusulas pode ter de comunicar especificamente a cláusula de exclusão ou limitação de responsabilidade à outra parte, imprimi-la numa cor, tamanho ou estilo diferente, ou afixá-la nas suas instalações²⁷.

De acordo com WANG, este modo ou formas razoáveis devem ser aferidos através de cinco aspectos: a aparência externa do documento em que se presta a informação – este deve ser legível de modo a que possa atrair a atenção da outra parte; o método utilizado para transmitir a informação; o grau de clareza da linguagem utilizada; a antecedência com que se dá a informação – esta deve ser dada antes de o contrato ter sido concluído ou durante o processo de conclusão do contrato; e o grau de conhecimento da outra parte – a informação deve permitir

24 ZHANG, Chinese Contract Law. Theory and Practice, pp. 138-139.

25 “Where standard terms are adopted in concluding a contract, the party which supplies the standard terms shall define the rights and obligations between the parties abiding by the principle of fairness, request the other party to note the exclusion or restriction of its liabilities in reasonable ways, and explain the standard terms according to the requirement of the other party”.

26 LING, Contract Law in China, p. 111.

27 Idem.



um cabal esclarecimento da contraparte²⁸.

No artigo sexto da sua segunda interpretação judicial da Lei dos Contratos, o Supremo Tribunal Popular confirmou que as cláusulas contratuais gerais cumprem os requisitos exigidos pela Lei se forem utilizadas palavras, símbolos, ou uma fonte ou tipo de letra para atrair a atenção da outra parte. A informação deve ser dada antes da conclusão do contrato²⁹.

O dever de informação inclui também o dever de explicar o significado das cláusulas, se a outra parte assim o requerer. Assim, se quem utiliza cláusulas contratuais gerais não explicar o conteúdo das cláusulas, ou não as explicar de forma clara e precisa, estas não serão vinculativas. A existência de um dever de esclarecimento depende do pedido da outra parte. Na ausência de um tal pedido, não existe, em princípio, qualquer dever de esclarecimento. Trata-se do mesmo princípio seguido nas leis portuguesa e macaense. No entanto, o princípio da boa fé, que resulta do artigo 6.º da Lei dos Contratos, pode impor sobre o sujeito um dever de explicar o conteúdo de cláusulas, mesmo na ausência de qualquer pedido, se a linguagem destas for difícil ou se existir uma exclusão de responsabilidade significativa. Nestes casos, o dever de esclarecimento parece estar incorporado no dever de informar a contraparte de uma forma razoável³⁰.

O artigo 39.º tem sido criticado por falta de qualquer efeito prático, uma vez que o preceito apenas estabelece quais as obrigações que impendem sobre quem pretende recorrer a cláusulas contratuais gerais, não estabelecendo qualquer sanção para o não cumprimento dessas obrigações³¹. Segundo alguns Autores, o não cumprimento do dever de esclarecimento sobre o conteúdo de uma cláusula acarreta a invalidade dessa cláusula. Esta invalidade afecta apenas a cláusulas que não foi esclarecida, permanecendo válidas as restantes cláusulas. A *ratio* desta perspectiva é a de evitar que um contraente tire vantagens indevidas da utilização de cláusulas contratuais gerais e a de facilitar a formação de uma decisão esclarecida pela outra parte³².

O cumprimento do dever de informação e esclarecimento pode ser visto como um modo de promover os princípios da equidade e da voluntariedade que resultam dos artigos 3.º e 4.º da Lei dos Contratos. A outra parte não deve ser apanhada desprevenida por cláusulas que não deseja aceitar. O cumprimento

28 WANG, *Studies on Contract Law*, Vol. I, People's University Press, Beijing, 2002, pp. 394-395.

29 KORNET, *Contracting in China: Comparative Observations on Freedom of Contract, Contract Formation, Battle of Forms and Standard Form Contracts*, in "Electronic Journal of Comparative Law", vol. 14.1 (May 2010), pp. 25-26.

30 LING, *Contract Law in China*, p. 111.

31 ZHANG, *Chinese Contract Law. Theory and Practice*, p. 140.

32 LING, *Contract Law in China*, p. 112.



deste dever estende-se a todas as “cláusulas-surpresa” e não apenas àquelas que excluam ou limitem a responsabilidade de quem redigiu as cláusulas.

As empresas que tenham negócios na China com recurso a cláusulas contratuais gerais devem estar bem cientes dos requisitos de informação e esclarecimento que resultam da lei chinesa, certificando-se de que os seus formulários contratuais chamam suficientemente a atenção para as cláusulas de limitação e exclusão de responsabilidade, especialmente tendo em conta que os tribunais chineses tendem a aplicar estas regras mesmo quando as partes acordam em aplicar uma lei diferente ao contrato, considerando que estas regras têm uma natureza de ordem pública e não podem, deste modo, ser afastadas³³. Para além disso, é aconselhável a quem utiliza este tipo de cláusulas que forneça à outra parte um esclarecimento por escrito ou que a outra parte reconheça que recebeu tais explicações³⁴.

Para além de se referir ao conceito de “razoabilidade” ou “comunicação razoável”, o artigo 39.º também se refere ao princípio da justiça, ou equidade. Em termos gerais, o artigo 5.º da Lei refere que na estipulação dos seus direitos e obrigações as partes devem respeitar o princípio da equidade. A ideia de que os direitos e obrigações das partes nos contratos que envolvam cláusulas contratuais gerais devem ser determinados de acordo com o princípio da equidade é explicitamente referido no artigo 39.º. Deste modo, quando redige as cláusulas contratuais, o utilizador deve guiar-se pelo princípio da equidade. Este princípio procura alcançar o equilíbrio entre os direitos e as obrigações das partes contraentes e incorpora conceitos como a proporcionalidade, a razoabilidade e a justa alocação e distribuição dos direitos, obrigações e riscos³⁵.

LING refere que é rara a aplicação directa do princípio da equidade como meio de impugnar a validade de uma cláusula contratual geral. Diferentemente, a maior parte das cláusulas contratuais gerais são impugnadas através de um juízo de (não) cognoscibilidade³⁶. De acordo com o artigo 59 (1)(2) dos Princípios Gerais de Direito Civil da República Popular da China, adoptados em 12 de Abril de 1986, um contraente pode solicitar ao tribunal ou tribunal arbitral que altere ou declare a invalidade do contrato se este for claramente injusto ou gravemente não cognoscível³⁷. De acordo com o Supremo Tribunal Popular, um contrato não

33 DICKINSON, China Contract Law: going all clear on us now. China Law Blog, 4 de Junho de 2009, <http://www.chinalawblog.com/2009/06/china_gets_all_new_on_contract.html>.

34 KORNET, Contracting in China: Comparative Observations on Freedom of Contract, Contract Formation, Battle of Forms and Standard Form Contracts, p. 26.

35 ZHANG, Chinese Contract Law. Theory and Practice, pp. 74-75.

36 LING, Contract Law in China, p. 52; ZHANG, Chinese Contract Law. Theory and Practice, p. 75.

37 Acessível a partir de <<http://en.chinacourt.org/public/detail.php?id=2696>>.



cognoscível envolve dois elementos: uma parte explora a sua posição de vantagem ou a inexperiência da outra parte; e as cláusulas do contrato são claramente injustas³⁸.

5.4 Cláusulas prevalentes

O artigo 7.º das leis portuguesa e macaense é perfeitamente idêntico: “As cláusulas especificamente acordadas prevalecem sobre quaisquer cláusulas contratuais gerais, mesmo quando constantes de formulários assinados pelas partes”. Na Lei chinesa, a parte final do artigo 41.º dispõe que quando as cláusulas contratuais gerais forem incompatíveis com cláusulas que não são gerais, as últimas devem ser adoptadas³⁹.

Esta norma resulta, desde logo, do reconhecimento de que mesmo os contratos de adesão (nomeadamente aqueles que recorram a cláusulas contratuais gerais) podem sê-lo apenas parcialmente ou, dito de outro modo, admitem a existência de cláusulas que foram objecto de algum tipo de negociação. Há que distinguir, deste modo, entre cláusulas “acordadas” e “negociadas”⁴⁰. Se todas as cláusulas são acordadas (porque resultam da aceitação), apenas de algumas se pode dizer que tenham sido negociadas (discutidas, debatidas). Em caso de confronto, as últimas devem prevalecer, pois resultam de um verdadeiro (e não apenas aparente) consenso. A mesma regra encontra acolhimento no artigo 5.104 dos Princípios de Direito Europeu dos Contratos.

5.5 Cláusulas excluídas dos contratos singulares

Em Portugal, o legislador elenca alguns tipos de cláusulas que se consideram excluídas dos contratos singulares. Esta matéria consta do artigo 8.º, que pertence ao Capítulo II, sobre inclusão de cláusulas contratuais gerais em contratos singulares. Em Macau, embora o artigo tenha mais ou menos o mesmo conteúdo e sentido, consta do artigo 9.º, que faz parte do capítulo III (cláusulas contratuais gerais inexistentes). O problema não está na autonomização de um capítulo próprio sobre a matéria, mas antes no artigo 8.º do diploma macaense, que se debruça sobre a interpretação e integração das cláusulas contratuais gerais e que, como já referimos, é incluído a despropósito no Capítulo II.

38 KORNET, *Contracting in China: Comparative Observations on Freedom of Contract, Contract Formation, Battle of Forms and Standard Form Contracts*, p. 27.

39 “If a dispute over the understanding of the standard terms occurs, it shall be interpreted according to general understanding. Where there are two or more kinds of interpretation, an interpretation unfavourable to the party supplying the standard terms shall be preferred. Where the standard terms are inconsistent with non-standard terms, the latter shall be adopted”.

40 SOUSA RIBEIRO, *O regime dos contratos de adesão: algumas questões decorrentes da transposição da directiva sobre cláusulas abusivas*, in *Direito dos Contratos. Estudos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 199-201.



Uma vez mais, as duas normas em confronto (artigo 8.º da lei portuguesa e 9.º da lei macaense) são muito próximas. Referem que “consideram-se excluídas dos contratos singulares”:

“as cláusulas que não tenham sido comunicadas nos termos do artigo 5.º.

“as cláusulas comunicadas com violação do dever de informação, de molde que não seja de esperar o seu conhecimento efectivo” (“as cláusulas comunicadas com violação ou cumprimento defeituoso do dever de informação”, na versão macaense).

“As cláusulas que, pelo contexto em que surjam, pela epígrafe que as precede ou pela sua apresentação gráfica, passem despercebidas a um contratante normal, colocado na posição do contratante real;

“As cláusulas inseridas em formulários, depois da assinatura de algum dos contratantes” (“as cláusulas inseridas depois da assinatura do aderente”, no texto macaense).

A primeira alínea sanciona as cláusulas que não foram comunicadas nos termos do artigo 5.º (dever de comunicação), enquanto a segunda sanciona as cláusulas que não foram esclarecidas nos termos do artigo 6.º (dever de informação). Em relação a este último dever, a versão macaense apresenta a vantagem de lembrar que o dever de informação pode ser violado quer através de puro e simples não cumprimento (omissão), quer através de cumprimento defeituoso (informação prestada de forma imperfeita ou insuficiente).

As alíneas c) e d) do artigo 8.º do diploma português e 9.º do diploma macaense visam evitar a inclusão de cláusulas-surpresa (*unfair surprise*, na expressão anglo-saxónica), ou seja, que não correspondem a um real acordo das partes. Elas têm em comum, nas palavras de MENEZES CORDEIRO, “um condicionalismo externo que inculca (...) a ideia da inexistência de qualquer consenso”⁴¹. Enquanto a alínea c) combate as cláusulas que, pelo seu contexto, epígrafe ou apresentação gráfica, possam iludir o contratante, a alínea d) subtrai à economia do contrato as cláusulas que surjam depois das assinaturas. A hipótese de cláusulas inseridas depois da assinatura do aderente levanta a suspeita de que não foram lidas ou de que, quanto a elas, não houve acordo. Segundo PINTO MONTEIRO, o propósito desta norma é, tal como a alínea c), “impedir que se façam valer, perante o aderente, cláusulas que suscitam, justificadamente, reacções de surpresa (...) por não lhe ser exigível – pela forma ardilosa com que as mesmas foram disfarçadas ou pela forma subreptícia ou camuflada com que foram apresentadas – o seu conhecimento efectivo, ainda que previamente

41 Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, Tomo I, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2000, p. 436.



comunicadas. Protege-se, assim, a confiança depositada pelo aderente num conteúdo diverso do real, legitimada pelo comportamento fraudulento de quem as predispôs nesses termos”⁴².

A interpretação da alínea d) do artigo 8.º não tem sido isenta de escolhos, especialmente quanto à exegese do advérbio “depois”. Duas teses têm sido adoptadas quanto a este ponto: ou enquanto referência ao *tempo* (cláusula inserida em momento posterior ao da assinatura pelos contraentes); ou enquanto referência ao *espaço* (inserção da cláusula no documento em local abaixo ou para além da assinatura, nomeadamente no verso, ou em folha anexa, agrafada após a assinatura). Parece-nos ser de adoptar a visão segundo a qual o legislador se refere ao espaço, ou seja, à inserção gráfica de cláusulas após a assinatura⁴³. De um contrato só fazem parte as cláusulas que já o integravam ao tempo da sua celebração. E não seria necessário o Decreto-Lei n.º 446/85 vir dizê-lo – sempre tal resultaria das normas gerais dos negócios jurídicos, patentes no Código Civil. O comportamento normal do declaratório é, lido o contrato, pensar no seu conteúdo e assinar. A inclusão, na folha de rosto, de uma cláusula remetendo para as normas constantes do verso, e confirmando a sua aceitação, é um passo de cautela do disponente. Esta não é uma cláusula qualquer. É uma norma que remete para outras normas, que amplia o âmbito contratual e lhe adiciona mais algumas disposições. Não será, por isso mesmo, exigível que seja realçada? É por este motivo que também estas cláusulas, sub-repticiamente inseridas no contrato, são excluídas do contrato.

Em caso de incumprimento de alguns dos requisitos procedimentais (pressupostos de incorporação da cláusula no conteúdo do contrato), tal cláusula não chega sequer a fazer parte do contrato singular celebrado – considera-se pura e simplesmente excluída, o mesmo é dizer, não escrita⁴⁴.

De acordo com uma regra que geralmente é aceite na China, se as cláusulas constam de um documento separado, para serem eficazes, a parte que as pretende utilizar deve fazer referência expressa à sua existência. Para além disso, as cláusulas contratuais gerais não devem ser utilizadas sem o conhecimento razoável da outra parte ou, dito de outra forma, não devem surgir como um elemento de surpresa para a outra parte. Em certa medida pode dizer-se que estes princípios

42 PINTO MONTEIRO, Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro; Conferência proferida em 15 de Janeiro de 1986, no Conselho Distrital de Coimbra da Ordem dos Advogados, também disponível em edição policopiada, Coimbra, 2003, p. 751.

43 Vide o nosso Verso controverso, in “Revista de Estudos Politécnicos”, vol. II, n.º 4, 2005, pp. 87-100.

44 Almeno de SÁ, Cláusulas contratuais gerais e Directiva sobre cláusulas abusivas, p. 251.



básicos obtiveram acolhimento no artigo 39.º da lei. Embora este artigo não faça qualquer referência expressa às cláusulas surpresa, deve entender-se que dos requisitos relativos ao dever de informação constantes do artigo 39.º resulta uma regra implícita segundo a qual a outra parte não deve ser surpreendida por cláusulas que possam prejudicar os seus interesses⁴⁵.

5.6 Subsistência dos contratos singulares

O artigo 9.º do diploma português ocupa-se da subsistência dos contratos singulares quando algumas cláusulas tenham sido excluídas dos contratos, nos termos do artigo 8.º. De acordo com o n.º 1, nos casos previstos no artigo anterior os contratos singulares mantêm-se, vigorando na parte afectada as normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos. O n.º 2 estabelece que os referidos contratos são, todavia, nulos quando, não obstante a utilização dos elementos indicados no número anterior, ocorra uma indeterminação insuprível de aspectos essenciais ou um desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa fé.

A lei macaense adoptou uma redacção muito próxima, no artigo 10.º. De acordo com o n.º 1, nos casos previstos no artigo anterior, os contratos singulares mantêm-se, vigorando na parte omissa as normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos. Os referidos contratos são nulos quando, não obstante a utilização dos elementos indicados no número anterior, ocorra uma indeterminação insuprível de aspectos essenciais ou um desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa fé.

A Lei chinesa não contém qualquer norma semelhante, pelo que se terá de fazer apelo às regras gerais e eventualmente aos princípios fundamentais do Direito dos Contratos.

5.7 Interpretação e integração das cláusulas

Tal como em qualquer outro contrato, as cláusulas contratuais gerais têm de ser interpretadas, especialmente quando as partes têm diferentes pontos de vista quanto ao real significado e alcance de uma cláusula. No âmbito dos contratos de adesão as regras gerais sobre interpretação da declaração negocial, que constam do Código Civil, não são nem suficientes nem apropriadas. Neste caso o sentido “pretendido pelas partes” não é o parâmetro mais adequado uma vez que as cláusulas contratuais gerais não são o resultado de um processo de negociação e discussão entre as partes. O facto de estes contratos serem destinados, geralmente, a um grande número de destinatários, especialmente consumidores, suscita igualmente preocupações quanto à defesa do interesse público. Por isso, a

45 ZHANG, Chinese Contract Law. Theory and Practice, p. 139.



maior parte dos países adoptam regras próprias sobre a interpretação das cláusulas contratuais gerais.

A matéria da interpretação e integração das cláusulas contratuais gerais consta do Capítulo III (artigos 10.º e 11.º) do diploma português e (inapropriadamente) do Capítulo II (artigo 8.º) da lei de Macau.

O artigo 10.º do decreto-lei português fixa o princípio geral sobre interpretação e integração: as cláusulas contratuais gerais são interpretadas e integradas de harmonia com as regras relativas à interpretação e integração dos negócios jurídicos, mas sempre dentro do contexto de cada contrato singular em que se incluam.

A Lei de Macau dedica o artigo 8.º à interpretação e integração das cláusulas contratuais gerais. De acordo com o n.º 1, a interpretação e integração das cláusulas contratuais geral devem fazer-se de harmonia com as circunstâncias específicas do quadro contratual em que se inserem. O n.º 2 acrescenta que o sentido das cláusulas contratuais gerais deve ser limitado aos precisos termos da sua formulação. É adoptado, deste modo, um critério interpretativo marcadamente objectivo. A interpretação que é feita de uma determinada cláusula deve corresponder ao entendimento que o aderente teve no momento da conclusão do contrato. Mesmo que uma interpretação errónea da cláusula não seja imputável ao contraente que a apresentou, a interpretação feita pelo aderente prevalece se este não conhecia nem poderia razoavelmente conhecer o sentido interpretativo proposto pela outra parte⁴⁶.

A este propósito, a lei chinesa apenas fornece critérios interpretativos, não se ocupando do problema da integração. De acordo com a primeira parte do artigo 41.º, em caso de controvérsia sobre o sentido de uma cláusula contractual geral, esta deve ser interpretada de acordo com o entendimento geral. Quando o artigo 41.º fala de interpretação de “acordo com o entendimento geral” deve entender-se que a interpretação da cláusula deve ser feita de forma razoável e objectiva, uma vez que a cláusula em apreço é apresentada unilateralmente⁴⁷.

A lei portuguesa fornece um cânone interpretativo adicional para o caso das cláusulas ambíguas. De acordo com o n.º 1 do artigo 11.º, as cláusulas contratuais gerais ambíguas têm o sentido que lhes daria o contratante indeterminado normal que se limitasse a subscrevê-las ou a aceitá-las, quando colocado na posição de aderente real. Na dúvida, prevalece o sentido mais favorável ao aderente (n.º 2). Trata-se da bem conhecida regra *in dubio contra proferentem*. Este cânone interpretativo, que mergulha as suas raízes no Direito Romano, também foi

46 SOUSA RIBEIRO, Regulations of Unfair Contract Terms in Macanese and Portuguese Law: A comparative analysis, p. 131.

47 ZHANG, Chinese Contract Law. Theory and Practice, p. 142.



adoptado no artigo 5.º da Directiva 93/13/CEE de 5 de Abril de 1999⁴⁸. O uso quase universal deste princípio é facilmente perceptível se tivermos em conta a motivação quase auto-explicativa que lhe está associada: quem tem o poder exclusivo de estabelecer unilateralmente as regras do contrato (*law-making power*) e tira proveito de tal vantagem deve ser responsável pelas cláusulas formuladas. Se a sua redacção se apresenta equívoca ou ambígua, deve prevalecer o sentido mais favorável ao aderente, a quem tal equivocidade ou ambiguidade não pode ser imputada⁴⁹. O legislador esclarece, porém, que esta regra não se aplica no âmbito das acções inibitórias (n.º 3).

O artigo 41.º da lei chinesa também acolheu esta regra, sob influência do artigo 2.21 dos Princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais. Onde forem possíveis dois ou mais sentidos diferentes, deve dar-se preferência a uma interpretação desfavorável à parte que forneceu as cláusulas contratuais gerais. JUNWEI considera que esta regra constitui uma limitação à interpretação subjectiva, que constitui o cânone interpretativo geral fixado na Lei sobre Contratos da República Popular da China. Não concordamos com o Autor, pois parece-nos que o preceito, quando se refere a uma interpretação de “acordo com o entendimento geral”, faz apelo a uma interpretação de cariz objectivo. Segundo o mesmo Autor, os juízes ficam dispensados de indagar sobre a verdadeira intenção das partes, pois a única forma de proceder é através de uma interpretação contra a parte que forneceu a cláusula contratual geral⁵⁰.

O artigo 41.º da lei chinesa refere-se, deste modo, a 3 regras de interpretação, que se referem ao “entendimento geral”, a uma “interpretação desfavorável à parte que forneceu as cláusulas contratuais gerais” e ainda uma regra segundo a qual as cláusulas negociadas especificamente prevalecem sobre as cláusulas não negociadas. Quando aplicadas a um caso concreto, não existe necessariamente uma ordem de prioridade entre estas regras⁵¹.

Estranha-se o silêncio da lei de Macau a este propósito. Uma vez que a lei macaense não consagra o princípio *in dubio contra proferentem*, devemos limitar-nos ao sentido interpretativo que melhor se adequa aos precisos termos em que a cláusula foi formulada, ou seja, devemos ater-nos a uma análise de pendor objectivista.

48 Vide HONDIUS, EC Directive on unfair terms in consumer contracts: towards a European Law of Contract, in “Journal of Contract Law”, 1994, n.º 7, pp. 41-42.

49 SOUSA RIBEIRO, Regulations of Unfair Contract Terms in Macanese and Portuguese Law: A comparative analysis, p. 129.

50 JUNWEI, Modern European and Chinese Contract Law. A comparative study of party autonomy, p. 82.

51 ZHANG, Chinese Contract Law. Theory and Practice, p. 141.

Bibliografia

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, MENEZES CORDEIRO, António – Cláusulas contratuais gerais, Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, Coimbra, Almedina, 1996.

DIAS SIMÕES, Fernando – *Verso controverso*, in “Revista de Estudos Politécnicos”, vol. II, n.º 4, 2005, pp. 87-100, também disponível in <<http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/tek/n4/v2n4a06.pdf>>.

GODINHO, Jorge A. F. – Macau Business Law and Legal System, Lexis Nexis, Hong Kong, 2007.

HONDIUS, Ewoud – *EC Directive on unfair terms in consumer contracts: towards a European Law of Contract*, in “Journal of Contract Law”, 1994, n.º 7, pp. 34-52.

JUNWEI, Fu – *Modern European and Chinese Contract Law. A comparative study of party autonomy*, Wolters Kluwer, 2011.

KORNET, Nicole – *Contracting in China: Comparative Observations on Freedom of Contract, Contract Formation, Battle of Forms and Standard Form Contracts*, in “Electronic Journal of Comparative Law”, vol. 14.1 (May 2010), <<http://www.ejcl.org/141/abs141-1.html>>.

LAM LAM, Chu – *O dever de informação na responsabilidade pré-contratual e no regime das cláusulas contratuais gerais*, in “Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau”, ano VIII, n.º 17, 2004, pp. 125-141.

LING, Bing – *Contract Law in China*, Sweet & Maxwell Asia, Hong Kong, 2002.

MENEZES CORDEIRO, António – *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, Tomo I*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2000.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da – *Contratos de Adesão: uma manifestação jurídica da moderna vida económica*, in “Revista de Direito e de Estudos Sociais”, ano XX, 1973, n.ºs 2, 3 e 4.

PINTO MONTEIRO, António – *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*; Conferência proferida em 15 de Janeiro de 1986, no Conselho Distrital de Coimbra da Ordem dos Advogados, também disponível em edição policopiada, Coimbra, 2003.

PRATA, Ana – *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Almedina, Coimbra, 2010.

SÁ, Almeno de – *Cláusulas contratuais gerais e Directiva sobre cláusulas abusivas*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2005.

SOUSA RIBEIRO, Joaquim de

– *O problema do Contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999.



O regime dos contratos de adesão: algumas questões decorrentes da transposição da directiva sobre cláusulas abusivas, in *Direito dos Contratos. Estudos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 182 ss.

– Regulations of Unfair Contract Terms in Macanese and Portuguese Law: A comparative analysis, in GODINHO, Jorge A. F. (Ed.), *Studies on Macau Civil, Commercial, Constitutional and Criminal Law*, Lexis Nexis, Hong Kong, 2010, pp. 121-142.

WANG, Liming – *Studies on Contract Law*, Vol. I, People’s University Press, Beijing, 2002.

YUQING, Zhang, DANHAN, Huang – *The New Contract Law in the People’s Republic of China and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: A Brief Comparison*, in “Revue de Droit Uniforme”, 2000, n.º 3, pp. 429-440.

ZHANG, Mo – *Chinese Contract Law. Theory and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006.

Referências da internet:

CONTRACT LAW OF THE PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA – <http://www.novexcn.com/contract_law_99.html>, acedido pela última vez em 28 de Junho de 2012.

DICKINSON, Steve – China Contract Law: going all clear on us now. China Law Blog, 4 de Junho de 2009, <http://www.chinalawblog.com/2009/06/china_gets_all_new_on_contract.html>, acedido pela última vez em 28 de Junho de 2012.

ECONOMIC CONTRACT LAW OF THE PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA (1981), THE FOREIGN-RELATED ECONOMIC CONTRACT LAW OF THE PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA (1988), and THE TECHNOLOGY CONTRACT LAW OF THE PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA (1987), <<http://www.novexcn.com>>, acedidas pela última vez em 28 de Junho de 2012.

GENERAL PRINCIPLES OF THE CIVIL LAW OF THE PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA – <<http://en.chinacourt.org/public/detail.php?id=2696>> – acedido pela última vez em 28 de Junho de 2012.

UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS – <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm>>, acedido pela última vez em 28 de Junho de 2012.

