

VOLUME XLIII — N.º 1

R E V I S T A
DA FACULDADE
DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA



2 0 0 2



Coimbra Editora

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade semestral
XLIII — N.º 1 - 2002

COMISSÃO DE REDACÇÃO

Presidente - PROF. DOUTOR MARTIM DE ALBUQUERQUE
Vogais - PROF. DOUTOR JORGE MIRANDA
- PROF. DOUTOR CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL
- PROF. DOUTOR EDUARDO PAZ FERREIRA
- PROF. DOUTOR EDUARDO VERA-CRUZ PINTO (Secretário)
- MESTRE MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO
- MESTRA ISABEL ALEXANDRE
- MESTRE LUÍS MORAIS

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa — Portugal
Telefone 21 798 4600 — Telecópia 21 795 0303

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO



COIMBRA EDITORA, LIMITADA

Rua do Arnado — Apartado 101 — 3001-951 Coimbra — Portugal
Telef. 239 85 2650 — Fax 239 85 2651

Publicação subsidiada pela Junta Nacional de Investigação Científica e Tecnológica

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75 611/95

Julho de 2003

I Doutrina

<i>José de Oliveira Ascensão</i> — A reserva da intimidade da vida privada e familiar	9
<i>José de Oliveira Ascensão</i> — Direitos humanos — Uma lacuna no Tratado de Amizade Luso-Brasileiro?	27
<i>Paulo de Pitta e Cunha</i> — A via federal	31
<i>Luís de Lima Pinheiro</i> — Competência internacional em matéria de contratos com consumidores	41
<i>Maria Luísa Duarte</i> — União europeia e entidades regionais: as regiões autónomas e o processo comunitário de decisão.....	55
<i>Fernando Araújo</i> — O Tribunal Penal Internacional e o problema da jurisdição universal	71
<i>Ana Maria Guerra Martins</i> — Les valeurs communes et la place de la Charte en Europe	121
<i>Dário Moura Vicente</i> — Problemática internacional dos nomes de domínio.....	147
<i>Eduardo Vera-Cruz Pinto e Silvia Alves</i> — O “Caso da baixela Germain” os factos e o Direito.....	171
<i>Filipe da Boa Baptista</i> — Ainda a questão da distinção entre Acordos e Tratados internacionais na Ordem Constitucional Portuguesa.....	207
<i>David Duarte</i> — Os argumentos da interdefinibilidade dos modos deônticos em Alf Ross: a crítica, a inexistência de permissões fracas e a completude do ordenamento em matéria de normas primárias	257
<i>Carla Amado Gomes</i> — Le risque cet inconnu.....	283
<i>Gaetano Mosca</i> — A classe política (António Araújo).....	313
<i>Madalena Marques dos Santos e Miguel Lopes Romão</i> — Diferenças encontradas na comparação entre os Livros I e II das Ordenações Manuelinas... ..	349
<i>Alexandre Nuno Capucha</i> — Da intimação para um comportamento e sua articulação com a defesa do ambiente (Contributo para o seu reconhecimento como instrumento privilegiado para uma tutela ambiental acrescida).....	377

<i>Paula Vaz Freire</i> — O comportamento económico e o imperialismo da Economia.....	417
<i>Ana Rodrigues da Silva</i> — A responsabilidade ambiental por actos de Direito Internacional Público.....	429
<i>Sofia Tomé D'Alte</i> — O Sigilo Fiscal: um direito da administração tributária e uma garantia dos administrados	491
<i>Ivo Miguel Barroso</i> — Sobre o regime da alteração substancial de factos, na fase de julgamento, em processo-crime.....	511
<i>Helena Margarida Pires de Sousa Nunes</i> — Anglicismos em textos jurídicos portugueses	527
<i>Lourival Vilanova</i> — Política e Direito — Relação normativa.....	547
<i>Maria do Carmo Puccini Caminha</i> — O acesso à jurisdição no espaço integrado do Mercosul	555
<i>Sérgio Resende de Barros</i> — A função do senado no controle difuso de constitucionalidade no Brasil.....	577

II Trabalhos de alunos

<i>Diogo Costa Gonçalves</i> — Da “auctoritas” como elemento constitutivo da juridicidade: a génese do jurídico	585
<i>Miguel Sousa Ferro</i> — A iniciativa legislativa popular.....	611

III Jurisprudência

<i>Maria Raquel Rei</i> — Acórdão da Relação de Lisboa de 5 de Fevereiro de 2002 (Anotação).....	689
--	-----

IV Legislação

<i>Eduardo Vera-Cruz Pinto</i> — O regime jurídico-legal do Instituto Hidrográfico como laboratório de Estado: um projecto legislativo adiado que prejudica Portugal	707
<i>Luís Duarte D'Almeida, António Lamego e Sónia Reis</i> — Para reforma do direito penal e disciplinar da Marinha mercante.....	759
<i>Marco Alexandre Saias</i> — A Convenção sobre os direitos da criança.....	793

V Vida Universitária

<i>João Baptista Villela</i> — “Lectio Brevissima”	853
<i>Jorge Miranda</i> — Apreciação do relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos do ensino de uma disciplina de Direito Constitucional	

(Justiça Constitucional) para um curso de mestrado, apresentado pelo Doutor Fernando Alves Correia em provas de agregação.....	857
<i>Pedro Ferreira Múrias</i> — Programa de Direito das Obrigações (turma da noite — ano lectivo de 2001-2002).....	865
VI Recensões	
<i>Eduardo Vera-Cruz Pinto</i> — Karl Galinsky, <i>Augustan Culture-An Interpretive Introduction</i> , Princeton-New Jersey, Princeton University Press, 1996, 474 pp. ISBN 0-691-05890-3 (pbk.)	905

ACÓRDÃO DA RELAÇÃO DE LISBOA DE 5 DE FEVEREIRO DE 2002 (1)

MARIA RAQUEL REI

I — Tecnicrédito — Financ. de Aquisições a Crédito, S.A., demanda José Carvalho e mulher e Joaquim Dias em acção declarativa com processo sumário, pedindo a sua condenação solidária no pagamento da quantia de Esc. 2.618.610\$00, com juros vencidos e vincendos.

Alegou que celebrou com o 1.º R. um contrato de mútuo para aquisição de um veículo automóvel, ficando obrigado a restituir o capital e os juros em 48 prestações mensais que, no entanto, não cumpriu.

Por conta da dívida, a A. recebeu apenas a quantia de Esc. 919.580\$00 resultante da venda do veículo que lhe foi entregue pelo mutuário, a qual foi imputada nos juros.

A dívida foi contraída também em proveito da 2.ª R., casada com o mutuário. O 3.º R. interveio como fiador do mutuário.

Contestou apenas o 3.º R., alegando que o contrato de financiamento é nulo, uma vez que, sendo sujeito ao regime das cláusulas contratuais gerais, não lhe foi comunicado o seu conteúdo. Essa nulidade determina a nulidade da fiança.

Além disso, é nula a cláusula penal que estabeleceu que a falta de cumprimento de qualquer prestação implica o vencimento de todas as restantes e que fixou em 25,36% os juros devidos em caso de incumprimento, cujo recebimento sempre redundaria em abuso de direito.

Por outro lado, incluindo-se nas prestações em dívida os juros remuneratórios, a lei não permite a capitalização de juros.

Houve resposta, tendo a A. rebatido cada uma das questões suscitadas.

No despacho saneador foi proferida decisão de mérito que julgou a acção procedente.

Apelou o 3.º R.

.....
Corridos os vistos, cumpre decidir.

(1) Publicado na *Colectânea de Jurisprudência*, ano XXVII (2002), tomo 1, págs. 98 a 101.

III — Decidindo:

1. São diversas as questões suscitadas pelo apelante:

- Invalidez da fiança, decorrente da invalidade do contrato de financiamento, por não ter sido comunicado ao apelante o conteúdo deste;
- Carácter abusivo da cláusula penal que fixou os juros de 25,36% ou verificação de abuso de direito;
- Redução da cláusula penal.

2. A A. é uma sociedade financeira, sujeita ao regime jurídico constante do Dec.-Lei n.º 206/95, de 14 de Agosto.

Estando subjacente ao presente processo um contrato de aquisição a crédito inserido na actividade da A., tendo esta a qualidade de mutuante e o apelante de fiador do mutuário, importa reter ainda o disposto no Dec.-Lei n.º 359/91, de 21 de Setembro, que regula especificamente contratos dessa natureza.

E, finalmente, porque tal contrato é integrado, em parte, por cláusulas contratuais gerais, deve ainda ter-se em consideração o regime emergente do Dec.-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro.

3. Questionou o apelante a validade do contrato e da declaração de fiança, com fundamento na falta de comunicação, por parte da A., das cláusulas gerais e as cláusulas particulares.

No contrato, as condições gerais propostas pela entidade financiadora, sem prévia negociação do mutuário, que constam de fls. 11, convivem com cláusulas específicas ou particulares que constam de fls. 10.

Nos termos do art. 5.º do Dec.-Lei n.º 446/85, as cláusulas contratuais gerais devem ser integralmente comunicadas aos aderentes que se limitem a subscrevê-las ou a aceitá-las, recaindo sobre o proponente o ónus da prova da efectivação dessa comunicação. A sua falta determina que se considerem excluídas do contrato, sendo aplicável o regime legal supletivo, nos termos dos arts. 8.º, n.º 1, al. a), e 9.º (2).

O regime das cláusulas contratuais gerais visa tutelar fundamentalmente aquele que negocia com o proponente. Porém, nada obsta à sua aplicação a outros co-responsáveis.

Sendo o fiador um terceiro que garante o cumprimento da obrigação a cargo do contraente principal, impõe-se-lhe a extensão do ónus de comunicação

(2) Como refere MENEZES CORDEIRO, no crédito ao consumo são redobradas as exigências de informação, atento o disposto no Dec.-Lei n.º 359/91 (*Manual de Direito Bancário*, 2.ª ed., pág. 595).

e de informação que recai sobre o credor, já que as razões que estiveram na génese da constituição de um regime específico para os contratos de adesão são inteiramente transponíveis para a fiança acoplada a tais contratos (3).

4. Alegou o apelante que nunca lhe foi dado conhecimento do teor dos docs. 1 e 2 juntos com a petição.

No articulado de resposta a essa excepção a A. jamais afirmou que tivesse cumprido, em relação ao fiador, o dever de comunicação das condições gerais, limitando-se a alegar ainda assim em termos dubitativos, que o apelante “certamente conheceu” o seu teor e que o eventual desconhecimento do teor do contrato principal lhe seria imputável (art. 18.º).

Conquanto a aceitação do clausulado geral pelo aderente possa ser tácita, exige-se do proponente a observância das condutas que a lei prevê para que seja assegurado o seu conhecimento pelo obrigado ou co-obrigado (4).

Ora, a falta de alegação da efectiva comunicação das cláusulas gerais repercute-se inevitavelmente na ausência de prova desse facto, com o resultado antecipado, ou seja, com a exclusão das cláusulas gerais constantes do doc. de fls. 11 nas relações entre o credor e o fiador, aplicando-se o regime legal supletivo.

5. Não assim no que respeita às condições particulares.

O regime proteccionista referido apenas abarca as cláusulas gerais, as quais, por regra, estão excluídas do campo negocial, sendo, em princípio, insusceptíveis de modificação por parte do outro contraente.

Já no que concerne às cláusulas particulares do contrato, como as que constam do doc. de fls. 10, designadamente as referentes ao montante do financiamento, taxa de juros e prazo de amortização, regem as normas gerais de direito substantivo.

A validade da declaração de fiança, nos termos gerais, basta-se com a expressão da vontade pela formá exigida para a obrigação principal. Não constitui requisito substancial da fiança o conhecimento integral do âmbito da responsabilidade do fiador, bastando a determinabilidade do seu objecto (art. 628.º do CC).

No caso concreto, a alusão feita na declaração de fiança ao contrato de financiamento e a identificação do mutuário afiançado mostram-se suficientes para validar a declaração de fiança.

A invalidade exigiria a invocação de outros vícios do negócio jurídico, não dependendo, neste caso, da simples alegação e de prova da comunicação.

(3) Neste sentido, cfr. JANUÁRIO GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, pág. 103.

(4) ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais*, págs. 200 e 204.

6. A exclusão referida no anterior § 3 reflecte-se, designadamente, na cláusula 8.^a que se reporta às consequências da falta de cumprimento de alguma das prestações convencionadas e às consequências da mora.

Dela consta que a “falta de pagamento de uma prestação... implica o vencimento antecipado de todas as restantes”. E que, “em caso de mora... incidirá sobre o montante do débito, e durante o tempo de mora, a título de cláusula penal, uma indemnização correspondente à taxa de juros contratual, acrescida de 4%”.

A primeira parte praticamente se reproduz o regime que consta do art. 781.^o do CC, pelo que a exclusão cominada pelo art. 8.^o, al. a), do Dec.-Lei n.^o 446/85, e o conseqüente recurso ao regime legal supletivo acaba por conduzir ao mesmo resultado: a falta de cumprimento da 1.^a prestação (e das seguintes) implicou o vencimento de todas as prestações, nos termos do art. 781.^o do CC, como foi afirmado na sentença.

Diversa solução se projecta quanto à segunda parte.

Afastada a mesma, por exclusão legal, das relações que se estabeleceram entre a credora e o 3.^o R. fiador, por falta de alegação da sua efectiva comunicação, o recurso ao regime legal substitutivo, nos termos do art. 9.^o do Dec.-Lei n.^o 446/85, implica um ligeiro desvio em relação às consequências da mora que foram afirmadas na sentença apelada.

É inquestionável que, malgrado no termo de fiança se omitir qualquer alusão à responsabilidade, em situações de incumprimento por parte do mutuário da obrigação assumida, não obsta a que sobre o fiador também recaia, *ex lege*, a responsabilidade pelas consequências da mora, nos termos do art. 634.^o do CC.

O conteúdo dessa responsabilidade deve buscar-se recorrendo ao regime legal supletivo. Exercendo a A. uma actividade que se inscreve na área da concessão de crédito, está sujeita, tal como as restantes entidades financeiras (bancárias ou para-bancárias), ao regime constante do Dec.-Lei n.^o 344/78, de 17 de Novembro.

Sem embargo das limitações de ordem geral e das decorrentes das leis de tutela dos consumidores, as entidades que concedem financiamentos ao consumo não estão sujeitas às limitações impostas pelo art. 1146.^o do CC, conjugado com o art. 102.^o, § 2, do Cód. Comercial ⁽⁵⁾.

Por isso, em matéria de juros moratórios, salvo convenção das partes, reconhece-se ao credor o direito de exigir uma taxa correspondente à taxa de juros

(5) Neste sentido, *Rev. da Banca*, n.^o 10, págs. 108 e 109, e n.^o 19, pág. 179, SIMÕES PATRÍCIO, *Direito do Crédito*, pág. 66, nota 49, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, 2.^a ed., pág. 583, o Ac. da Rel. de Lisboa, de 27-2-89, in *CJ*, tomo 1, pág. 144, o Ac. da Rel. do Porto, de 9-11-92, in *CJ*, tomo V, pág. 209, o Ac. da Rel. de Évora, de 6-12-79, in *BMJ*, n.^o 2950, pág. 484, e o Ac. da Rel. do Porto, de 9-5-94, in *CJ*, tomo III, pág. 189.

remuneratórios acordada, acrescida da sobretaxa de 2% (art. 7.º do Dec.-Lei n.º 334/78).

Por isso, em lugar da taxa de 25,36% (21,36% + 4%) que resultaria da aplicação da cláusula geral cuja exclusão já anteriormente foi afirmada, é legítimo à A. exigir juros de mora à taxa de 23,36% (21,36% + 2%).

7. O mutuário faltou ao cumprimento de todas as prestações acordadas, desde a primeira que se venceu em 20-10-99, pelo que nos termos já anteriormente referidos, todas as restantes passaram a ser exigíveis.

O apelante não impugnou a sentença na parte em que nela se considerou que a exigibilidade se repercutia na constituição em mora relativamente a todas as prestações. Por isso, atento o disposto no art. 684.º, n.º 4, do CPC, está este Tribunal impedido de adoptar uma solução diversa, porventura extraindo do art. 781.º do CC uma interpretação que fizesse equivaler a expressão “vencimento” à de “exigibilidade”, com a consequente imposição do ónus da interpelação ⁽⁶⁾.

O vencimento de todas as prestações repercutiu-se não apenas no capital mutuado, como ainda nos juros remuneratórios e outras despesas, que entraram na composição do “custo total do crédito” a que se alude no Dec.-Lei n.º 359/91.

Na verdade, como resulta do art. 4.º do referido diploma, a quantificação das prestações é feita com utilização da taxa anual de encargos efectiva global (TAEG), de modo a traduzir prestações equivalentes ao longo de todo o período contratual, de onde resulta que em cada uma das prestações está inscrita uma determinada parte do capital e uma outra parcela referente aos juros e outras despesas.

Por isso, vencida toda a dívida, os juros moratórios sequenciais ao vencimento antecipado de todas as prestações incidem sobre a dívida global.

É esta uma das consequências que emerge do facto de o mutuário não ter cumprido, como devia, o programa contratual que foi acordado, revelando o incumprimento total da sua obrigação.

Se nos termos previstos no art. 1147.º do CC (e, em termos similares, o art. 9.º do Dec.-Lei n.º 359/91), em situações de cumprimento antecipado da obrigação de restituição do capital mutuado, recai sobre o mutuário a obrigação de satisfazer os juros por inteiro, apesar da redução do período de indisponibilidade do capital fica para o mutuante, nada justificaria que, em situações como a dos autos de total incumprimento das obrigações do mutuário, este (ou o co-responsável fiador) ficasse numa situação mais vantajosa.

⁽⁶⁾ Neste sentido, cfr. o Ac. desta Relação, de 10-2-2000, in *CJ*, tomo 1, pág. 107, com ilustração de vasta doutrina, e o Ac. da Rel. do Porto, de 18-2-93, in *CJ*, tomo 1, pág. 236. Cfr. ainda o Ac. do STJ, de 19-695, in *CJSTJ*, tomo II, pág. 131.

Aliás, a prática do anatocismo relativamente ao período mínimo de um ano é ainda legitimada pelo art. 5.º, n.º 6, do Dec.-Lei n.º 344/78 (7).

Deste modo, não procede a invocada desproporcionalidade das consequências emergentes da aplicação do regime legal supletivo.

8. Invocou o apelante que a taxa de juros moratórios representa manifestação de abuso de direito, nos termos do art. 334.º do CC.

Assim ocorreria se, porventura, fosse legítimo concluir que tal exigência constituiria violação manifesta dos fins sociais ou económicos do direito da A.

Ora, em termos formais, para além da invocação da referida figura, com natureza de excepção, o apelante não alegou quaisquer factos passíveis de integrar os conceitos indeterminados que podem levar a uma limitação ou mesmo à derrogação das consequências jurídicas emergentes das normas de direito positivo directamente aplicáveis ao caso.

De todo o modo, numa sociedade de consumo, em que o acesso a determinados bens nem sempre é imediatamente possível, o recurso ao crédito concedido por entidades que, como a A., financiam aquisições, permite obter de modo rápido os meios financeiros de que o interessado carece.

O risco envolvido neste tipo de operações de crédito ao consumo é bem mais elevado do que o suportado por outras entidades que não colocam à disposição dos interessados valores monetários nem suportam a margem de risco de insolvabilidade que existe naquele tipo de operações.

Repare-se que, no caso concreto, o mutuário conseguiu obter um financiamento no valor de Esc. 1.820.000\$00, sem intuits reprodutivos e sem ter de apresentar qualquer garantia para além da revelado pelo seu estatuto económico e pela fiança.

Assim, num sistema assente na liberalização da taxa de juros, não é de estranhar que quem pretenda aceder a crédito seja confrontado com obrigações remuneratórias mais gravosas, inscrevendo-se em tal agravamento uma parcela destinada a compensar o maior risco suportado por quem se dedica a essa actividade de financiamento.

9. Pretende ainda o apelante que se considere também a possibilidade de redução da cláusula penal, nos termos do art. 812.º do CC, opção legitimada quando se mostre manifestamente excessiva.

Trata-se de um normativo também ele integrado por conceitos indeterminados carentes de concretização fáctica.

(7) Neste sentido, cfr. ALBERTO LUÍS, O Anatocismo Bancário, na *Rev. da Ordem dos Advogados*, ano 610 (sic), págs. 1369 e segs. (pág. 1353), JOSÉ MARIA PIRES, *Direito Bancário*, vol. II, págs. 194 e 195, e SIMÕES PATRÍCIO, *Direito de Crédito — Introdução*, pág. 68, assim como o Ac. da Rel. de Lisboa, de 31-10-96, in *CJ*, tomo IV, pág. 147, Ac. da Rel. do Porto, de 9-11-92, in *CJ*, tomo V, pág. 209, e Ac. da Rel. de Évora, de 9-7-96, in *CJ*, tomo IV, pág. 278.

Considerando que já anteriormente se decidiu ser legítima a incidência dos juros moratórios sobre a totalidade das prestações, nelas incluindo a parcela correspondente aos juros remuneratórios, e afastada ainda a exceção de abuso de direito, não existe margem para envolver uma eventual redução da cláusula penal.

Arredada, por exclusão, a cláusula geral que fazia acrescer à taxa de juros moratórios a sobretaxa de 4% e decidida a aplicação da norma legal supletiva que consente na incidência de uma sobretaxa de 2% sobre a taxa de juros contratual, não se verifica qualquer desproporção que imponha tarefa redutora.

10. Em conclusão, a exclusão da cláusula geral referente às consequências da mora determina, para o fiador, um grau de responsabilidade diverso do que na sentença foi considerado para todos os RR.

O apuramento da responsabilidade do 3.º R. fiador será o resultado das seguintes operações:

- Valor total das prestações que ficaram por liquidar — Esc. 2.780.688\$00;
- Taxa de juros moratórios — $21,36\% + 2\% = 23,36\%$;
- Pagamento que foi feito por conta, em 31-10-2000 — Esc. 919.580\$00.

Considerando o capital referido e os juros moratórios vencidos desde 20-10-99 até 31-10-2000, far-se-á a dedução da quantia de Esc. 919.580\$00, imputando-a aos juros e, depois, ao capital, nos termos do art. 785.º do CC. O quantitativo encontrado continuará a vencer juros moratórios à referida taxa, até cumprimento.

IV — Conclusão:

Face ao exposto, acorda-se em julgar a apelação parcialmente procedente, pelo que, na parte respeitante ao apelante fiador, se modifica a sentença, sendo condenado solidariamente no pagamento do quantitativo que resultar da efectivação das operações referidas no § 1, com juros de mora à taxa de 23,36% até cumprimento.

Custas da apelação a cargo de ambas as partes na proporção de 2% para a A. e 98% para o apelante. As custas da acção serão da responsabilidade da A. e de todos os RR., na proporção de 2% para a A. e 98% para os RR.

Notifique.

Lisboa, 5-2-2001

António Santos Abrantes Galdes — Manuel Tomé Soares Gomes — Maria do Rosário Oliveira Morgado

Recurso n.º 12954/01-7

Comarca de Lisboa, 7.º juízo

ANOTAÇÃO

A aplicação do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais a fiança prestada relativamente a créditos emergentes de contrato de mútuo celebrado com recurso a cláusulas contratuais gerais.

1. Discute-se no presente Acórdão, para o que nos interessa, se a A., Tecnicrédito — Financiamento de aquisições a crédito, S.A., tendo celebrado, com recurso a cláusulas contratuais gerais, um contrato de mútuo com José Carvalho para aquisição, por este, de um veículo automóvel, estaria obrigada a observar, relativamente a Joaquim Dias, fiador de José Carvalho, os deveres pré-contratuais impostos pelo Dec.-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro (LCCG).

A Relação de Lisboa decidiu, em resumo, que “(o) regime das cláusulas contratuais gerais visa tutelar fundamentalmente aquele que negocia com o proponente. Porém, nada obsta à sua aplicação a outros co-responsáveis. Sendo o fiador um terceiro que garante o cumprimento da obrigação a cargo do contraente principal, impõe-se-lhe a extensão do ónus de comunicação e de informação que recai sobre o credor, já que as razões que estiveram na génese da constituição de um regime específico para os contratos de adesão são inteiramente transponíveis para a fiança acoplada a tais contratos”.

2. O Acórdão padece de uma série de incorrecções que interessa colocar em evidência antes de se passar à análise do problema sugerido pelo aresto. A primeira e a fundamental incorrecção é a falta de fundamentação das afirmações. Com efeito, a sequência das afirmações reproduzidas não foram, de modo algum, fundadas na lei pela Relação de Lisboa.

Afirma-se que “(o) regime das cláusulas contratuais gerais visa tutelar fundamentalmente aquele que negocia com o proponente”. Porquê? Do Preâmbulo do diploma, por exemplo, não se retira que se tivesse visado *fundamentalmente* tutelar aquele que negocia com o proponente ⁽⁸⁾.

Afirma-se que “*nada obsta à sua aplicação a outros co-responsáveis*”.

(8) “Proponente”, na linguagem do Acórdão, significa predisponente ou aquele que se prevalece das cláusulas contratuais gerais. A utilização do substantivo “proponente” não é correcta, pois o predisponente pode surgir em qualquer das posições da negociação (por exemplo, nos contratos de seguro, as seguradoras, predisponentes das cláusulas contratuais gerais, são destinatárias das propostas que os tomadores de seguro ou as pessoas seguras lhes dirigem). INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, “Das condições gerais dos contratos e da directiva europeia sobre cláusulas abusivas”, in *O Direito*, ano 127 (1995), III-IV, págs. 299-300, sugere o emprego das palavras *predisponente* ou *utilizador*.

Um diploma legislativo não se aplica quando *nada obste à sua aplicação*: aplica-se quando a respectiva previsão se encontra preenchida ou quando se esteja perante uma lacuna, a integrar por aplicação analógica desse diploma. Nada disto foi demonstrado no Acórdão.

Acresce que o que despoleta a aplicação do diploma não é de carácter subjectivo (“*o que negocea com o proponente*”) mas de carácter objectivo: a existência de clausulados que correspondam ao previsto no art. 1.º da LCCG. Dito de outro modo: a LCCG aplica-se a contratos e não a sujeitos, salvo enquanto partes dos contratos submetidos ao âmbito de aplicação do diploma.

Afirma-se, ainda, que “(s)endo o fiador um terceiro que garante o cumprimento da obrigação a cargo do contraente principal⁽⁹⁾, impõe-se-lhe a extensão do ónus de comunicação e de informação que recai sobre o credor⁽¹⁰⁾, já que as razões que estiveram na génese da constituição de um regime específico para os contratos de adesão são inteiramente transponíveis para a fiança acoplada a tais contratos”. Quais são as razões na génese da constituição de um regime específico para os contratos de adesão que o Tribunal invoca e quais são as particularidades da fiança que justificam a invocada transposição? Nada disso é apresentado, como se impunha, nos termos do disposto no art. 659.º, n.º 2, do Código de Processo Civil.

O percurso da decisão jurídica deveria ter sido exactamente o oposto: verificar se a LCCG era aplicável ao caso em análise e, não o sendo, se deveria ser e em que termos. É o que se passa a fazer.

3. O caso que é colocado na espécie sob análise é o de uma *declaração de fiança* respeitante a uma dívida emergente de um contrato de mútuo celebrado com recurso a cláusulas contratuais gerais, mas contendo também algumas *condições particulares*⁽¹¹⁾.

Em abstracto, é possível que uma fiança seja celebrada com utilização de cláu-

(9) Também aqui o Tribunal escolheu mal as palavras: o fiador não é contraente secundário, por oposição ao mutuário, contraente principal. Mutuário e fiador não são contraentes do mesmo contrato. Quando muito o fiador será devedor secundário ou acessório, por oposição ao devedor principal.

(10) A utilização da palavra “credor” também não é acertada: o ónus de comunicação e informação não impende sobre o “credor” mas sobre o predisponente das cláusulas, que pode ser credor ou devedor.

(11) Apesar de os elementos de facto transcritos na *Colectânea de Jurisprudência* não serem muitos, a conjugação das várias passagens do Acórdão, em que se referem os documentos 1 (fls. 10 — condições particulares) e 2 (fls. 11 — condições gerais) juntos com a p.i., o contrato de mútuo e a declaração ou o termo de fiança, leva-nos a concluir que se trata de actos diferentes, o mútuo celebrado entre mutuante e mutuário e a declaração de fiança, possivelmente um negócio unilateral em que apenas o fiador será parte. É com estes pressupostos de facto que escrevemos.

sulas contratuais gerais ⁽¹²⁾. A LCCG disciplina todas as cláusulas contratuais gerais (e, desde 1999, também as cláusulas de contratos rígidos — art. 1.º, n.º 2, da LCCG), independentemente do tipo negocial adoptado (art. 1.º da LCCG). Abrange, pois, também, uma fiança celebrada com recurso a cláusulas contratuais gerais. Importa, no entanto, distinguir os casos em que as fianças são prestadas por contrato dos casos em que são prestadas por negócio unilateral ⁽¹³⁾. Não há dúvida de que a fiança contratual se submete ao império da LCCG (art. 1.º). Já quanto à fiança prestada por declaração unilateral, há que apresentar algumas considerações.

O elemento literal da interpretação depõe no sentido de a LCCG ser aplicável apenas a contratos. De facto, sendo o contrato, relativamente ao negócio unilateral, espécie do género negócio, a circunstância de a lei empregar a palavra “contrato”, ou palavras da mesma família, como “cláusulas contratuais gerais” ou “contratante”, indicia que apenas se visou o negócio bilateral.

Por outro lado, amiúde surgem disposições apenas aplicáveis ou compreensíveis perante negócios bilaterais (as referências a “partes”, à existência de uma proposta, de um destinatário da proposta, à ausência de negociações, ou de cláusulas especificamente negociadas, a cominação de deveres relativos — de comunicação e de informação —, a regra de interpretação bem como as regras de redução do negócio, a generalidade das proibições, pensadas para contratos — e, muitas, vezes, contratos sinalagmáticos, ...).

Se atendermos à específica realidade a que a LCCG veio trazer resposta — a contratação massificada e sem prévia negociação, em que uma das partes era colocada perante um negócio, muitas vezes complexo, que apenas poderia aceitar ou rejeitar em globo — confirma-se a circunscrição da LCCG aos negócios jurídicos bilaterais. O negócio jurídico unilateral, por definição, é determinado apenas por uma parte: o declarante. Não se coloca o problema do constrangimento da liberdade negocial próprio de negócios bilaterais amputados da fase pré-contratual individualizada e necessariamente sujeitos (de facto) à regra do “pegar ou largar” ⁽¹⁴⁾ ⁽¹⁵⁾. Os negócios unilaterais encontram-se

⁽¹²⁾ Cfr. JANUÁRIO GOMES, *Assunção fidejussória de dívida*, Almedina, Coimbra, 2000, págs. 692 e segs. (ainda que referindo-se apenas à fiança *omnibus*).

⁽¹³⁾ Não nos ocupa a questão de saber se a fiança pode ser validamente celebrada por negócio unilateral: o Acórdão em análise não levantou sequer o problema, pelo que, ao menos no caso dos autos, é de admitir a fiança unilateral. Sobre esta matéria, *vide*, por todos e com indicações bibliográficas sobre os termos em que o problema tem sido discutido, seja durante a vigência do Código de Seabra, seja durante a vigência do actual Código Civil, JANUÁRIO GOMES, *Assunção fidejussória de dívida*, Almedina, Coimbra, 2000, págs. 376 e segs.

⁽¹⁴⁾ No mesmo sentido do texto, *vide* o Acórdão da Relação de Lisboa de 27-11-97, in *Colectânea de Jurisprudência*, ano XXII (1997), tomo V, págs. 110 e segs.

⁽¹⁵⁾ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 62 (2002), I, pág. 121, afirma que

necessariamente sujeitos (de Direito e por razões de estrutura) à regra do “pegar ou largar”.

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO ⁽¹⁶⁾ não exclui a aplicação analógica da LCCG a negócios unilaterais “*em que — como precisamente sucede nos concursos públicos — os particulares adiram a negócios unilaterais e, nessa base, façam investimentos de confiança, agindo em consequência*”. Perante a riqueza da realidade, admitimos que possam existir casos de lacuna legislativa, em que falte a lei para regular determinado negócio unilateral e haja analogia com a LCCG ⁽¹⁷⁾. Mas, como princípio, e pelo exposto *supra*, tal não ocorre. As regras estabelecidas na LCCG pressupõem um contrato, uma situação de interesses contrapostos, tendencialmente conflitantes, cuja regulamentação é unilateralmente fixada por apenas um dos interessados em detrimento do outro. Este é o cerne do problema.

E a referida analogia não ocorrerá, claramente, numa fiança: se existe alguém desfavorecido, com pouco poder negocial e à mercê de terceiros, quando se trata de prestar fiança, não é, com certeza, o fiador!

Portanto, admitindo que a fiança dos autos foi prestada por negócio unilateral e que tivesse sido celebrada de acordo com uma “minuta” que o credor (ou o devedor) entregasse ao fiador (o que não decorre do Acórdão), nem assim se lhe aplicava a LCCG.

4. Nada disto, porém, se passou: a fiança não foi prestada com recurso a “cláusulas contratuais gerais”. Tratou-se de uma fiança celebrada por negócio unilateral e garantindo o pagamento de dívida emergente de contrato de mútuo celebrado com recurso a cláusulas contratuais gerais. *Quid iuris?* A resposta óbvia é: se não houve recurso a cláusulas contratuais gerais não é aplicável o diploma que regula as cláusulas contratuais gerais. Isto, porém, pode não ser assim numa de duas situações: caso se conclua que o conteúdo da fiança abrange, *per relationem*, o conteúdo do negócio de que emerge a dívida garantida e, assim, o teor das cláusulas contratuais gerais; ou, caso se conclua que, não abrangendo, deverá, ainda assim, ser aplicada a LCCG, por se tratar de uma

as exclusões determinadas pelas alíneas *a)* e *b)* do art. 8.º da LCCG nada mais são que o corolário de essas cláusulas não haverem respeitado os requisitos da sua inclusão no negócio: o acordo. Ora nos negócios unilaterais nem sequer existe além do declarante qualquer outra pessoa com quem se possa estabelecer o “acordo”. Também sob esta perspectiva se evidencia que a LCCG não é aplicável a negócios jurídicos unilaterais.

⁽¹⁶⁾ *Tratado de Direito civil português*, Almedina, Coimbra, I, tomo I, 2.ª ed., 2000, págs. 430-431.

⁽¹⁷⁾ Deve tratar-se de caso muito peculiar: lei há sempre: o Código Civil. Será necessário, antes de afirmar a lacuna, concluir que o regime geral do Código Civil não é aplicável (e não existe outro aplicável).

situação análoga, não regulada na lei e em que procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei (art. 10.º, n.º 2).

A fiança é um negócio jurídico de garantia pelo qual alguém, o fiador, assume perante outrem, o credor, a obrigação de responder pelo cumprimento da obrigação de um terceiro, o devedor afiançado. Ou seja, e utilizando as palavras da lei, *o fiador garante a satisfação do direito de crédito, ficando pessoalmente obrigado perante o credor*. O conteúdo do negócio corresponde, portanto, à obrigação do fiador de, eventualmente com as diferenças resultantes do benefício da prévia excussão ou outras especificamente estipuladas (art. 631.º, n.º 1), cumprir a obrigação do devedor afiançado e, do lado activo, ao direito do credor ao cumprimento por terceiro. O fiador, porém, ainda quando renuncie ao benefício da prévia excussão, não é um devedor em sentido próprio mas um *garante*, sendo o negócio jurídico fonte da sua obrigação essencialmente diferente do negócio jurídico fonte da obrigação garantida. O fiador não *assume* a dívida do devedor: o fiador *garante* essa dívida. Prova disso mesmo é, por exemplo, a circunstância de a lei ter estabelecido regimes jurídicos diferentes para as duas figuras (arts. 595.º, n.º 2, e segs. e arts. 627.º e segs.) (18).

O conteúdo da fiança não integra, pois, o conteúdo da obrigação afiançada. A obrigação afiançada traduz o objecto da obrigação do fiador: sendo a obrigação do fiador uma obrigação de garantia de cumprimento, *rectius*, de satisfação do direito de crédito, o *quid* sobre o qual essa obrigação incide é, precisamente, a obrigação afiançada/a satisfação do direito do credor.

Dá-se aqui o que muitas vezes sucede no mundo do Direito: o objecto de uma situação jurídica é, não uma coisa existente na Natureza mas uma realidade jurídica, cuja apreensão e delimitação implica a aplicação de regras jurídicas (no caso, as regras aplicáveis ao negócio-fonte da obrigação afiançada).

5. Posto isto, cumpre retomar o ponto de partida: sendo o objecto (mediato) de uma obrigação de fiança um contrato de mútuo celebrado com recurso a cláusulas contratuais gerais, é aplicável à fiança a LCCG, designadamente para o efeito de impor ao predisponente das cláusulas contratuais gerais os deveres pré-contratuais consagrados nesse diploma? Directamente, não. O facto de a obrigação conformada por cláusulas contratuais gerais constituir objecto da fiança não torna a LCCG aplicável à fiança. O diploma regula a celebração de contratos e os contratos celebrados com recurso a cláusulas contratuais gerais e não a eventual utilização que ulteriormente se faça desses negócios tomando-os como factos jurídicos, como objectos. Também as leis que regulam a construção de edifícios não são aplicáveis à compra e venda dos edifícios depois de prontos,

(18) Ainda que o resultado puramente económico (ou contabilístico) possa ser semelhante, juridicamente são figuras (muito) distintas.

nem as regras que disciplinam a constituição de sociedades anónimas se aplicam à transmissão das respectivas acções, etc.

6. Resta-nos a hipótese da aplicação analógica da LCCG. Parece, aliás, ter sido essa a opção da Relação de Lisboa (“(s)endo o fiador um terceiro que garante o cumprimento da obrigação a cargo do contraente principal, impõe-se-lhe a *extensão* do ónus de comunicação e de informação que recai sobre o credor, já que as razões que estiveram na génese da constituição de um regime específico para os contratos de adesão são inteiramente *transponíveis* para a fiança acoplada a tais contratos”).

Conforme referimos *supra*, do Acórdão não resultam as razões que estiveram na génese da constituição de um regime específico para os contratos de adesão nem a razão pela qual são inteiramente *transponíveis* para a fiança acoplada a tais contratos as regras da LCCG (19). Pensamos, bem ao invés, que as regras de celebração de um negócio com recurso a cláusulas contratuais gerais não são transponíveis para a celebração de um outro negócio de que o negócio inicial seja apenas o objecto. Por um conjunto de razões, que se passa a expor.

7. A LCCG regula a formação e o conteúdo de contratos. O que caracteriza esses contratos e que justificou que, a par da disciplina contida no Código Civil, surgisse uma disciplina diferente foi a circunstância de se tratarem de negócios celebrados com recurso a cláusulas pré-elaboradas, dirigidas a uma generalidade de pessoas e, na intenção do respectivo predisponente, não negociáveis, *i.e.*, rígidas. O ponto de partida para a aplicação analógica do diploma terá de ser o de descobrir um caso em que a formação e/ou o conteúdo de um negócio jurídico justifiquem a aplicação do mesmo regime, nos termos do disposto no art. 10.º, n.º 2. Ora, como vimos, não é o caso: na fiança de obrigação emergente de contrato de mútuo celebrado com recurso a cláusulas contratuais gerais, o contrato de mútuo é mero objecto do negócio de fiança.

(19) No Acórdão é efectuada uma referência abonatória, em roda-pé, a JANUÁRIO GOMES (*Assunção idejussória de dívida*, Almedina, Coimbra, 2000, pág. 103). Não nos parece, no entanto, que o Autor, sufrague o que consta do Acórdão. Nesse passo o que se diz, a propósito da assunção cumulativa em garantia, é que “a utilização da solidariedade passiva para um fim de garantia não pode abrir mão da necessidade de “garantir” que o novo devedor (secundário) está informado do conteúdo da sua vinculação, independentemente de, ao caso concreto, ser ou não aplicável a regulamentação das cláusulas contratuais gerais”. Ou seja, nem o Senhor Professor afirma que a LCCG é aplicável por analogia, nem que a carga de uma das partes (*maxime* o credor) surja um dever de comunicação com o regime contido nos arts. 5.º, 6.º e 8.º da LCCG. Atentas as particularidades de uma assunção cumulativa em garantia, a necessidade de “garantir” que o novo devedor (secundário) está informado do conteúdo da sua vinculação pode bem ser alcançada através da regular aplicação do art. 227.º (esta conclusão quanto à aplicação do art. 227.º é da nossa lavra, não constando do texto de JANUÁRIO GOMES).

A formação ou o conteúdo do negócio fiança não apresentam quaisquer semelhanças com *o caso regulado na lei*.

A doutrina entende pacificamente que não é necessário ao fiador indicar com minúncia o conteúdo da obrigação afiançada: basta que o *animus fideiubendi* seja expresso, e que se identifique com clareza os aspectos individualizadores e determinantes da obrigação afiançada (20). Aliás, tradicionalmente, a fiança é um negócio em que o declarante se encontra especialmente atento ao conteúdo da obrigação afiançada. Sabendo-se que alguém prestou fiança da obrigação *x* (*i.e.*, colocou o seu património à disposição de um terceiro para pagamento de uma dívida que não era sua) e depois vem dizer que desconhecia o respectivo conteúdo, que ninguém lho comunicou ou explicitou, com muita dificuldade se poderá ter simpatia pela posição de tal fiador, por muito complexo que o negócio-fonte da obrigação afiançada fosse.

Não se verificando, pois, a necessidade jurídica de o conteúdo da obrigação afiançada ser explicitado na declaração de fiança, falece mais um dos possíveis argumentos no sentido de aplicar ao caso dos autos a LCCG.

Concentrando a análise, conforme faz a Relação de Lisboa, não na LCCG no seu todo, mas nas especiais obrigações pré-contratuais do predisponente das cláusulas contratuais gerais, mais depressa a conclusão a retirar deveria ter sido a oposta daquela que se documenta pelo Acórdão tirado. De facto, se no caso dos autos, o predisponente das cláusulas contratuais gerais era o credor beneficiário da fiança, nem sempre assim será. Suponhamos, por exemplo, que o predisponente era o devedor e que a fiança era celebrada entre fiador e credor. Sobre quem imponderia a obrigação de comunicação integral? Sobre o credor? Mas porquê, se o credor não é o predisponente das cláusulas contratuais gerais? Outra hipótese: António é titular de um seguro de capitalização celebrado com recurso a cláusulas contratuais gerais com a Companhia de Seguros B. António empenha os créditos emergentes do contrato de seguro a favor de Carlos, em garantia de uma dívida de que Carlos é credor de António. Carlos, meses depois, cede o crédito garantido a David. Teria António que respeitar os deveres dos arts. 5.º e 6.º da LCCG quando empenhou os seus direitos? E Carlos, quando cedeu o seu crédito? Parece-nos claro que não: os especiais deveres pré-contratuais destinam-se aos que contratam com utilização de cláusulas contratuais gerais e não a outras pessoas que, acidentalmente (*v.g.* utilizando os contratos ou os direitos emergentes dos contratos como objecto mediato dos seus negócios), entram em contracto com negócios celebrados com recurso a cláusulas contratuais gerais.

(20) Vide JANUÁRIO GOMES, *Assunção fidejussória de dívida*, Almedina, Coimbra, 2000, págs. 512 e segs.

Ainda no que toca à consideração, pelo Acórdão sob análise, da extensão das especiais obrigações pré-contratuais ao credor, cabe notar que a doutrina tem vindo a defender, em matéria de fiança, a existência de deveres pré-contratuais especialmente intensos a cargo, não do credor, mas do devedor. Com efeito, fazer especiais exigências ao credor corresponderia a ignorar o conflito de interesses em que se colocaria esse sujeito — a quem interessa, naturalmente, a prestação da garantia. Aquilo que se tem vindo a admitir é que a boa fé impõe ao devedor que alerte aquele que vai “ficar por si”, pelo seu cumprimento, da gravidade do passo que se prepara para dar, sobretudo em casos em que exista efectivamente especial gravidade ⁽²¹⁾.

Por último, e em qualquer caso, o carácter excepcional da LCCG ⁽²²⁾ não autorizaria, nos termos da regra revelada pelo art. 11.º, a aplicação analógica dos seus preceitos.

De facto, numa área em que impera a liberdade contratual (art. 405.º) e com suaves limitações em matéria pré-contratual (art. 227.º), a LCCG vem trazer, para os contratos que entrarem no respectivo âmbito de aplicação, uma regulamentação claramente limitadora e restritiva ⁽²³⁾, ao arrepio dos vectores fundamentais da regulamentação da formação e conteúdo dos contratos, consagrada na legislação ordinária para a generalidade dos contratos.

8. Em suma, a LCCG não é aplicável à fiança documentada no caso submetido à Relação de Lisboa aqui sob análise. Não o é por esse diploma não ser aplicável a negócios jurídicos unilaterais, nem directamente nem por analogia; não o é, ainda que se tratasse de uma fiança contratual, por a fiança não haver sido celebrada com recurso a cláusulas contratuais gerais e, portanto, tendo as cláusulas contratuais gerais consubstanciadoras do contrato de mútuo funcionado como (meramente) definidoras do objecto mediato da fiança, a LCCG não lhe ser aplicável, nem directamente nem por analogia.

⁽²¹⁾ Sobre esta matéria, vide JANUÁRIO GOMES, *Assunção fidejussória de dívida*, Almedina, Coimbra, 2000, págs. 578 e segs.

⁽²²⁾ Contra, vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito civil português*, Almedina, Coimbra, I, tomo I, 2.ª ed., 2000, págs. 430-431. Igualmente contra a qualificação, vide JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato*, Almedina, Coimbra, 1999, págs. 472 e segs. (*maxime* p. 474). Atenta a fundamentação apresentada, este último Autor talvez chegue a resultados idênticos aos do texto, ainda que rejeitando a qualificação de excepcional.

⁽²³⁾ Compare-se, por exemplo, o art. 227.º com os arts. 5.º, 6.º e 8.º da LCCG, ou os arts. 405.º, 280.º e 281.º com os arts. 15.º a 22.º da LCCG.