

Processo:
Relator:
Descritores:

1228/09.3TJLSB.L1-1
ANTÓNIO SANTOS
CONTRATO DE CRÉDITO AO CONSUMO
CLÁUSULA GERAL
NULIDADE
ACÇÃO INIBITÓRIA
PRINCÍPIO DISPOSITIVO
ÓNUS DA ALEGAÇÃO
INUTILIDADE SUPERVENIENTE DA LIDE

Nº do Documento:
Data do Acórdão:
Votação:
Texto Integral:
Meio Processual:
Decisão:
Sumário:

RL
18-01-2011
UNANIMIDADE
S
APELAÇÃO
PARCIALMENTE PROCEDENTE

I - Não obstante poder o tribunal *ad quem* conhecer de questões não suscitadas pelas partes quando se imponha o seu conhecimento oficioso, importa não olvidar o princípio do dispositivo que emana do artº 264º, do CPC, *maxime* o ónus que incumbe às partes de alegar os factos (nos momentos e locais próprios) que integram a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as excepções ;

II - Daí que, não obstante a remissão do artº 716º, nº1, do CPC, para o nº 2, do artº 660º, do mesmo diploma legal, e apesar de a excepção dilatória da litispendência ser de conhecimento oficioso (cfr. artº 495º, do CPC), porque não foram os subjacentes factos invocados pela parte/ré em sede de articulado /contestação , vedado está ao tribunal *ad quem* de tal excepção conhecer em sede de instância recursória, *maxime* quando apenas nesta a Ré apelante alegou os pertinentes factos subjacentes , estando assim e em rigor tal questão fora do objecto da acção e, portanto , também fora do objecto possível do recurso ;

III - Quando em sede de acção inibitória ,impetra o MP , não apenas a declaração de nulidade de determinadas cláusula incluídas em “contrato de crédito“, como outrossim a condenação da Ré em abster-se de delas se prevalecer e de as utilizar em contratos que de futuro venha a celebrar , não faz sentido concluir-se pela inutilidade da lide no pressuposto de que já não utiliza a Ré tais cláusulas nos contratos actuais, sendo que, ao não reconhecer sequer que padeçam elas do vício apontado pelo autor, antes considera que não violam uma qualquer disposição legal imperativa (o que tudo aumenta e justifica acautelar a possibilidade de poderem voltar a ser utilizadas), tudo justifica também o prosseguimento da instância ;

IV - Deve ter-se como proibida a cláusula contratual geral que, em sede de contrato de crédito, estipula que “ *Serão da conta do TITULAR todas as despesas judiciais e extrajudiciais, incluindo honorários de advogado e solicitado , que o Banco venha a incorrer para garantia e cobrança do seu crédito, as quais se fixam desde já em 4% do valor do capital creditado*” , por violação do disposto na al. c) do artigo 19º do DL. nº 446/85 ;

Decisão Texto Parcial:
Decisão Texto Integral:

V - Para efeitos do disposto na al. c) do artigo 19º do DL. nº 446/85 , não é de exigir que *desproporção* seja, *excessiva*, *manifesta* ou *grave* , bastando não existir uma coincidência entre os dois valores que revista uma dimensão tal que justifique o qualificativo de “desproporcionada” que a lei emprega .
(Sumário da autoria do Relator)

Acordam os Juízes na 1ª Secção do Tribunal da Relação de Lisboa

*

1.Relatório.

O Ministério Público, ao abrigo do disposto nos art. 25º, 26º, nº 1, al. c) e art. 27º, nº 2 do DL 446/85 de 25 de Outubro, intentou acção declarativa contra A, SA, com sede em Lisboa, pedindo que:

- Se declararem nulas as cláusulas 6.2; 7; 11.13; 12; 27.1 e 28.3, (1) incluídas em “ contrato de crédito “ que a Ré utiliza, condenando-se a Ré a abster-se de delas se prevalecer e de as utilizar em contratos que de futuro venha a celebrar, especificando-se na sentença o âmbito de tal proibição (art. 30º, nº1, do DL nº 446/85, de 25 de Outubro) ;
- Se condene a Ré a dar publicidade a tal proibição, e a comprovar nos autos essa publicidade.

Para tanto , alegou, em síntese, que :

- Sendo a Ré uma sociedade anónima que tem por objecto a actividade de "*Exercício da actividade bancária*", vem utilizando e celebrando no âmbito de tal actividade, contratos de concessão de crédito que por si são previamente elaborados e impressos, limitando-se os interessados na respectiva outorga a assiná-los ;
- Sucede que, tais contratos, reúnem diversas cláusulas que são proibidas num contrato do referido tipo, por violação de "*valores fundamentais do direito*", defendidos pelo princípio da boa fé.

Regularmente citada, contestou a Ré, por excepção (invocando a inutilidade superveniente da lide) e impugnação, pugnando pela absolvição do pedido.

Após resposta do autor, foi proferido despacho saneador/ sentença, que de imediato conheceu do mérito da acção, sendo do seguinte teor o respectivo comando/segmento decisório:

“ Pelo exposto, julgo parcialmente procedente a presente acção e, consequentemente, decido:

a) declarar nulas as cláusulas seguintes constantes do "Contrato de Crédito" da A, SA:

" Serão da conta do TITULAR todas as despesas judiciais e extrajudiciais, incluindo honorários de advogado e solicitador, que o A, S.A. venha a incorrer para garantia e cobrança do seu crédito, as quais se fixam desde já em 4% do valor do capital creditado" ;
"O TITULAR autoriza desde já o A, SA a ceder a sua posição contratual a outra sociedade ou entidade do mesmo grupo

económico, produzindo a cessão efeitos a partir da data em que a mesma lhe for notificada ou, caso a notificação se revele impossível por facto imputável do TITULAR, a contar da data da expedição da notificação.";

" Para todas as questões emergentes ou relacionadas com o presente Contrato é competente o foro da comarca de Lisboa ou do Porto, ou se o A., S.A. o entender o foro do domicílio do TITULAR, sem prejuízo da competência dos meios extrajudiciais existentes de resolução de conflitos de consumo, que se encontram dependentes da natureza voluntária das partes." ;

" O A, SA não pode em circunstância alguma ser responsabilizado pela eventual impossibilidade de utilização nas caixas automáticas, ou nos terminais de pagamento automático, pela não aceitação do CARTÃO em qualquer estabelecimento, bem como por deficiência de atendimento, má qualidade dos bens ou serviços obtidos através do CARTÃO ou quaisquer outros incidentes que ocorram entre o TITULAR e o estabelecimento ou o proprietário do terminal de pagamento automático.";

" O TITULAR não pode ser responsabilizado por utilizações abusivas do CARTÃO resultantes de perda, furto, roubo ou falsificação, em caso de utilizações electrónicas ou passadas 24 horas após a notificação efectuada ao A, SA nos termos da presente cláusula, salvo se, nestes últimos, forem devias a dolo ou negligência grosseira do TITULAR.".

b) condenar a Ré a não mais utilizar nos seus contratos com os particulares as cláusulas consideradas nulas, fazendo-as desaparecer das cláusulas tipo das respectivas "Condições gerais";

c) condenar a Ré a publicitar a presente decisão em dois jornais diários de maior tiragem, durante três dias consecutivos, de tamanho não inferior a 1/4 de página. (...).

Inconformados com tal saneador/sentença, apelaram então o autor e a Ré, apresentando cada um deles, nas respectivas peças recursórias, as seguintes conclusões:

O apelante MP.

- Ao processo é aplicável o Regulamento das Custas Processuais e, em consequência, a Ré devia ter sido condenada em custas por ter ficado parcialmente vencida na acção;

- A sindicada cláusula 11.13 não respeita ao risco, mas sim à exoneração de responsabilidade, pois , determina os casos em que o devedor não será obrigado a indemnizar o credor no caso de incumprimento, aliás, é a própria cláusula que utiliza o termo “*responsabilidade*”;

- Por força desta cláusula, ao subscritor do contrato é imputada toda a responsabilidade (com excepção dos casos em que ocorra culpa grave da Ré), pelos danos decorrentes das perdas, extravios, atrasos, viciações, falsificações e erros de comunicação. Porém, o dever de indemnizar os danos resultantes do não cumprimento, cumprimento defeituoso da obrigação ou da mora

não podem ser excluídos ou limitados através de prévio acordo dos contraentes, em caso de dolo ou culpa grave;

- Atento o teor da cláusula, a Ré apenas assume a responsabilidade no caso de culpa grave, ficando de fora a responsabilidade por dolo;

- O douto despacho saneador-sentença recorrido violou o Regulamento das Custas Processuais e o disposto no art. 446º do CPC, pelo que, deverá ser revogado e substituído por outro que condene a Ré em custas (art. 669º, nº 1, al. b) e art. 670º, nº 1 e 5 do CPC) ;

- O douto despacho saneador-sentença recorrido violou o disposto no art. 18º, al. c) do DL 446/85, pelo que, deverá ser revogado e substituído por outro que julgue nula a cláusula 11.13 por violação do mencionado art. 18º.

A apelante A, SA

- Nos presentes autos verifica-se a excepção dilatória de litispendência, prevista na alínea i) do artigo 494º do CC, de conhecimento officioso nos termos do artigo 495.º, cujo conteúdo o douto despacho saneador-sentença violou, assim como o dever de se abster de conhecer o pedido e absolver a Ré da instância, conforme preceitua o artigo 288.º, nº 1, alínea e), do CPC, pelo que deverá ser revogado e substituído por outro que absolva a Recorrente da instância ;

- O douto despacho saneador-sentença violou também o artigo 287º, alínea e), do CPC, por força da inutilidade superveniente da lide que opera face à exclusão para efeitos de contratos futuros das cláusulas que eram objecto da acção inibitória intentada pelo Ministério Público, razão pela qual deve este despacho ser substituído por outro que absolva a Recorrente da instância;

- Não concedendo, deve a cláusula 6.2 ser considerada como válida, por constituir um critério proporcional, estabelecedor de um limite máximo de custos que o devedor poderá acarretar em face de uma situação de incumprimento do contrato, razão porque o tribunal *a quo* fez uma errada interpretação dos artigos 15.º, 16.º alínea a) e 19.º alínea c) , do Decreto-Lei nº 446/85, de 25/10 ;

- A cláusula 7 do contrato de adesão predisposto pela Recorrente deve ser declarada válida, pois não origina diminuição alguma das garantias do consumidor, uma vez que a cessão da posição contratual - a ocorrer - dar-se-á sempre dentro dos limites do grupo económico no qual está incluída a Recorrente, estando por conseguinte sempre assegurada a certeza e a salvaguarda dos direitos do consumidor, razão porque ao considerá-la nula o tribunal *a quo* fez errada interpretação e aplicação do artigo 18.º, alínea I) , do DL n.º 446/85;

- Também a cláusula 12 do contrato deve ser declarada válida, visto que, ao contrário da errada interpretação do douto despacho saneador-sentença, não é desconforme ao disposto no

artigo 74.º, n.º 1, articulado com o artigo 110.º, ambos do CPC, incorrendo a sentença recorrida em errada interpretação e aplicação do artigo 19.º alínea g) do DL 446/85. De facto, uma quota expressiva dos titulares dos contratos corresponde a pessoas colectivas, sendo que a própria cláusula prevê a possibilidade de intentar a acção no foro de domicílio do titular, certamente para os casos de se tratar de uma pessoa singular ;

- A cláusula 27.1 também deve ser considerada válida, uma vez que a Recorrente não pretende com este preceito afastar qualquer responsabilidade ou dever. Tanto mais que, esta aplica-se a situações a que a Recorrente é alheia. Por conseguinte, o Tribunal incorreu numa interpretação errada, ao qualificá-la como nula ao abrigo dos artigos 18.º, alínea c) e 21.º, alínea d) do RGCCG ;
- Por fim, deve a cláusula 28.3 ser considerada válida, uma vez que não afasta as regras gerais respeitantes ao risco e, decorridas 24 horas, estabelece um princípio de desresponsabilização do TITULAR. Desta maneira, não se compreende a conclusão do tribunal *a quo* senão por uma errada interpretação da mesma, porquanto na verdade não desrespeita o consagrado no artigo 21.º alínea f) do RGCCG.

O apelado Ministério Público contra-alegou, pugnando pela improcedência *in totum* da apelação da recorrente Ré e, da parte desta última, não houve contra-alegações atinentes à apelação do MP.

*

Thema decidendum

Colhidos os vistos, cumpre decidir, sendo que , estando o objecto do recurso delimitado pelas conclusões da alegação da recorrente (cfr. art.ºs. 684º n.º 3 e 690º, n.º 1, do Cód. de Proc. Civil), sem prejuízo do disposto na última parte do n.º 2 do art.º 660º do mesmo Código, as questões a decidir resumem-se (2) a saber:

A- Se resulta dos autos a verificação da excepção dilatória de litispendência , razão porque deveria o tribunal *a quo* ter-se absterido de conhecer do pedido , antes se impunha ter absolvido a apelante da instância;

B- Se o tribunal *a quo* violou o artigo 287º, alínea e), do CPC, por força da inutilidade superveniente da lide que se verifica, razão pela qual deve a decisão apelada ser substituído por outro que absolva a Recorrente da instância ;

C- Se deve manter-se a decisão do tribunal *a quo* , na parte em que declarou nulas determinadas cláusulas constantes de "Contrato de Crédito" da apelante A, S.A. ;

D- Se deve manter-se a decisão "implícita do tribunal *a quo* , na parte em que declarou como não proibida a cláusula 11.13, constante de "Contrato de Crédito" da apelada A, S.A.;

2.Motivação de Facto.

Mostra-se fixada pelo tribunal *a quo* a seguinte factualidade :

2.1. - A Ré é uma sociedade comercial que tem por objecto o *"exercício da actividade bancária, incluindo todas as operações acessórias, conexas ou similares compatíveis com essa actividade e permitidas por lei, com excepção das actividades de intermediação de valores mobiliários"*.

2.2. - No exercício dessa actividade tem vindo a celebrar contratos de concessão de crédito cujas *"condições gerais"*, constantes do verso do impresso utilizado, foram previamente elaboradas pela Ré e apresentadas, já impressas, aos interessados na celebração do contrato;

2.3. - Na posse do respectivo impresso, os contraentes limitam-se a preencher os espaços em branco nele existentes respeitantes à identificação do 10 e 2º titulares, modalidade de crédito e cartão, modalidade reflexão, autorização de débito em conta, data e assinaturas ;

2.4. - Das referidas *"condições gerais"* constam cláusulas com o seguinte teor:

Cláusula 6.2 - *"Serão da conta do TITULAR todas as despesas judiciais e extrajudiciais, incluindo honorários de advogado e solicitador, que o A, SA venha a incorrer para garantia e cobrança do seu crédito, as quais se fixam desde já em 4% do valor do capital creditado."*;

Cláusula 7 - *"O TITULAR autoriza desde já o A, SA a ceder a sua posição contratual a outra sociedade ou entidade do mesmo grupo económico, produzindo a cessão efeitos a partir da data em que a mesma lhe for notificada ou, caso a notificação se revele impossível por facto imputável do TITULAR, a contar da data da expedição da notificação"* ;

Cláusula 11.13 - *"O TITULAR assume, excepto em caso de culpa grave por parte do A., S.A., toda a responsabilidade pelos danos decorrentes das perdas, extravios, atrasos, viciações, falsificações e erros de comunicação."*;

Cláusula 12 - *"Para todas as questões emergentes ou relacionadas com o presente Contrato é competente o foro da comarca de Lisboa ou do Porto, ou se o A, SA o entender o foro do domicílio do TITULAR, sem prejuízo da competência dos meios extrajudiciais existentes de resolução de conflitos de consumo, que se encontram dependentes da natureza voluntária das partes."*;

Cláusula 27.1 - *"O A, SA não pode em circunstância alguma ser responsabilizado pela eventual impossibilidade de utilização nas caixas automáticas, ou nos terminais de pagamento automático, pela não aceitação do CARTÃO em qualquer estabelecimento, bem como por deficiência de atendimento, má qualidade dos bens ou serviços obtidos através do CARTÃO ou quaisquer outros incidentes que ocorram entre o TITULAR e o estabelecimento ou o proprietário do terminal de pagamento automático."*;

Cláusula 28.3 - *"O TITULAR não pode ser responsabilizado por*

utilizações abusivas do CARTÃO resultantes de perda, furto, roubo ou falsificação, em caso de utilizações electrónicas ou passadas 24 horas após a notificação efectuada ao A, SA nos termos da presente cláusula, salvo se, nestes últimos, forem devias a dolo ou negligência grosseira do TITULAR.";

2.5. - A cláusula 11.13 está inserida no âmbito do serviço "Net banking" que permite, através da internet, a consulta e realização de diversas operações bancárias, designadamente consulta de extracto e saldo e pedido de aumento de limite de crédito, acessível através de computadores estranhos à Ré.

*

3.Motivação de direito.

3.1.- Se resulta dos autos a verificação da excepção dilatória de litispendência, razão porque deveria o tribunal a quo ter-se absterido de conhecer do pedido, antes se impunha ter absolvido a apelante A, SA, da instância.

Compulsados os autos, designadamente o respectivo articulado de contestação, manifesto é que, nele, nada diz a Ré apelante no que concerne à verificação *in casu* da excepção dilatória da litispendência, o que sucede apesar de a acção que só agora identifica nas alegações da apelação ter sido intentada já no ano de 2005 e, a presente, ter sido proposta muito depois, em 2009, e apesar de, outrossim, e como decorre do preceituado no artº 489º, nº1, do CPC, toda a defesa (por excepção e/ou impugnação), dever ser deduzida no articulado da contestação.

Ou seja, só agora e já em sede de instância recursória, é que a Ré apelante vem arguir a excepção dilatória da litispendência, nos termos do disposto nos artºs 493º, 494º e 499º, todos do Código de Processo Civil.

Ora, sucede que, como é entendimento pacífico, quer na doutrina, quer na jurisprudência, os recursos destinam-se a reexaminar decisões proferidas por uma jurisdição inferior, não servindo de todo para se obterem decisões sobre questões novas, não colocadas perante aquelas jurisdições, excepto quando se trata de matéria de conhecimento oficioso (cfr Fernando Amâncio Ferreira, “ *in* Manual dos Recursos em Processo Civil “, 8ª edição, pág. 146 a 149 e Ac do STJ de 18/3/2010, *in* www.dgsi.pt). É que, o julgamento em recurso não é o da causa, mas sim do concreto recurso, e tão só quanto às questões concretamente suscitadas e não quanto a todo o objecto da causa.

Não se olvida que, por efeito da remissão do artº 716º, nº1, do CPC, para o nº 2, do artº 660º, do mesmo diploma legal, pode o tribunal *ad quem* conhecer de questões não suscitadas pelas partes quando se imponha o seu conhecimento oficioso, sendo que a excepção dilatória da litispendência é de conhecimento oficioso (cfr. artº 495º, do CPC).

Sucedendo que, importa não olvidar o princípio do dispositivo que emana do artº 264º, do CPC, *maxime* o ónus que incumbe às

partes de alegar os factos (nos momentos e locais próprios) que integram a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as excepções, razão porque, apesar do conhecimento officioso da excepção da litispendência, sempre estava a apelante obrigada a , em sede de contestação, legar os factos (o que não fez), em que a mesma se ancorava, limitando-se depois o tribunal a, dos mesmos, extrair as necessárias consequências jurídicas.

Destarte, e sem necessidade de mais considerações, vedado está a este tribunal *ad quem* conhecer da excepção dilatória da litispendência e que só em sede de instância recursória a Ré apelante arguiu, porque em rigor está ela fora do objecto da acção e, portanto , também fora do objecto possível do recurso.

3.2.- Se o tribunal a quo violou o artigo 287º, alínea e), por força da inutilidade superveniente da lide que se verifica, razão pela qual deve a decisão apelada ser substituído por outra que absolva a Ré/apelante da instância.

No essencial, sustenta a Ré apelante que , porque deixou já de integrar nos contratos de adesão em apreço nos autos as cláusulas que são objecto do pedido de declaração de nulidade, não existe já uma qualquer utilidade no prosseguimento da acção, antes se impõe a extinção da respectiva instância, por inutilidade superveniente da lide, não se justificando assim a prolação de uma qualquer decisão de mérito.

Destarte, conclui a Ré/apelante, impunha-se que o tribunal *a quo*, em sede de saneador/sentença, tivesse desde logo enveredado por decisão que absolvesse a Ré da instância, conforme de resto preceitua o artigo 287º, nº 1, alínea e).

Ora, e sem necessidade de profundas explanações sobre a questão ora em apreço, importa não olvidar que, na respectiva petição inicial, impetra o apelado MP, não apenas a declaração de nulidade das cláusula 6.2; 7 ; 11.13 ; 12 ; 27.1 e 28.3, incluídas em “ contrato de crédito“, como outrossim a condenação da Ré em abster-se de delas se prevalecer e de as utilizar em contratos que de futuro venha a celebrar.

Em face do referido pedido, manifestamente, e não olvidando que relativamente às supra apontadas cláusulas, não reconhece sequer a apelante que padeçam elas do vício apontado pelo apelado Ministério Público, antes considera que não violam uma qualquer disposição legal imperativa (o que tudo aumenta e justifica acautelar a possibilidade de poderem voltar a ser utilizadas), designadamente prevista no DL nº 446/85, de 25 de Outubro, continua assim a justificar-se o prosseguimento da instância , pois que, *não cessou a matéria da contenda* (3) (4)

Acresce que, como bem se salienta na decisão deste mesmo tribunal, de 8/7/2007 (5) , sendo “ *verdade que o interesse das acções inibitórias se afere essencialmente pela sua projecção no futuro, com emanção de uma sentença inibitória que representa uma proibição reforçada de inserção de cláusulas absoluta ou*

relativamente proibidas em clausulado geral de contratos (...), não se resume a tal o objectivo do legislador que levou a prever a acção inibitória e a conferir legitimidade activa ao Ministério Público e às demais entidades previstas no art. 26º da LCCG.

Com efeito, acrescenta-se ainda na referida decisão, nos termos do art. 32º, nº 1, do mesmo diploma, a sentença tem ainda como efeito a proibição de inserção ou de recomendação das cláusulas proibidas ou de outras substancialmente equiparadas em contratos que o demandado venha a celebrar.

Destarte, e sem necessidade de mais considerações, e não olvidando ainda a utilidade que a prolação de uma decisão judicial que decreta a proibição de definitiva utilização de uma determinada cláusula, tem, relativamente a terceiros, nos termos do disposto no nº 2, do artº 32º do DL nº 446/85, de 25 de Outubro, bem andou portanto o tribunal *a quo* em conhecer de mérito, não absolvendo a Ré da instância, por pretensa verificação de inutilidade da lide .

The tast but not the least, compulsada de resto a factualidade assente fixada pelo tribunal *a quo*, e que não mereceu da parte da Ré/apelante qualquer impugnação (cfr. artº 685-B, do CPC), nela não se descortinam, sequer, quaisquer factos que sustentem/ comprovem a invocada eliminação das cláusulas que são objecto da acção intentada pelo apelado MP.

Em suma, nada obsta ao conhecimento do mérito da acção no âmbito da presente instância recursória, improcedendo assim a apelação da Ré com fundamento em alegada verificação de excepção dilatória.

E conhecendo.

3.3. - Se deve manter-se a decisão do tribunal *a quo*, na parte em que declarou nulas as cláusulas 6.2., 7, 12, 27.1 e 28.3, constantes de "Contrato de Crédito" da apelante A, SA.

O apelado MP intentou a presente acção, tal como do cabeçalho da respectiva petição consta, ao abrigo do disposto nos art. 25º, 26º, nº 1, al. c) e art. 27º, nº 2 do DL 446/85 de 25 de Outubro, visando abolir do comércio jurídico determinadas cláusulas, por as considerar proibidas e nulas.

No essencial, na óptica do apelado MP, em causa está a possível utilização, no futuro e pela apelante/Ré, e em sede de contratos de adesão, de cláusulas gerais elaboradas necessariamente sem a prévia negociação individual, e em que os proponentes e/ou destinatários indeterminados se limitem - passivamente - , respectivamente, a subscrever ou a aceitar, ou que, ainda que inseridas em contratos individualizados, o respectivo conteúdo, previamente elaborado por uma delas , não pôde ser influenciado pelo respectivo destinatário (cfr. artº 1º. nºs 1 e 2, do DL 446/85 , de 25 de Outubro) .

É que, como decorre do preâmbulo do citado diploma legal, constituindo a liberdade contratual um dos princípios básicos do

direito privado, a verdade é que a acentuada introdução/ utilização de cláusulas contratuais gerais no âmbito de contratos *standard* e massificados (6) - impostas unilateralmente pelo contraente mais *poderoso* (o fornecedor-empresário) ao consumidor - determina inevitavelmente algumas limitações àqueles que eram os seus parâmetros tradicionais, na medida em que tal liberdade limita-se, nesses casos, à possibilidade de aceitar ou não aceitar celebrar o contrato nos termos impostos. Em última análise, pretende-se pois aferir da legalidade de cláusulas contratuais que a apelada já utilizou em contrato de crédito padronizado, e que *pode* no futuro voltar a utilizar, sendo que, em face da factualidade assente, manifesto é que *in casu* se está na presença de verdadeiras cláusulas contratuais gerais insertas em contratos de adesão denominados de contratos de crédito.

Analisemos, de seguida, cada uma das cláusulas.

3.3.1.-Da cláusula 6.2 .

Reza tal cláusula que "Serão da conta do TITULAR todas as despesas judiciais e extrajudiciais, incluindo honorários de advogado e solicitador, que o A, SA venha a incorrer para garantia e cobrança do seu crédito, as quais se fixam desde já em 4 % do valor do capital creditado.".

Relativamente a tal cláusula, que o tribunal *a quo* considerou proibida, à luz do disposto nos artºs 15º, 16º, alínea a), e 19º, alínea c), do DL 446/85, teceram-se na decisão apelada as seguintes considerações :

" (...) Trata-se de uma cláusula penal desproporcionada, na medida em que não estabelece um critério que permita estabelecer qualquer relação causal entre as despesas e a indemnização. Quando se fala de proporção, pressupõe-se uma relação entre dois termos, cada um deles interferindo causalmente no outro. Ora, nos termos em que está redigida a cláusula em apreço, o Banco terá direito a haver uma verba desprovida de qualquer relação com as despesas concretas que o incumprimento do titular do cartão lhe venha a causar, tornando impossível, numa perspectiva abstracta, formular qualquer juízo de proporcionalidade.

A arbitrariedade do critério estipulado não suscita a confiança pelo sentido global das cláusulas contratuais em causa, por não ser perceptível tal sentido global, nomeadamente quando são previstos outros mecanismos destinados a penalizar a mora (cláusula 5.1) e a facilitar a cobrança do crédito e juros moratórios (cláusula 16.1). Acresce que, tanto as taxas de justiça que vierem a ser pagas pela Ré nas correspondentes acções tendentes à cobrança de eventuais créditos, como os encargos efectivamente suportados por ela, bem como as remunerações pagas ao agente de execução e as despesas por este efectuadas, para além, desde logo, dos honorários do mandatário e as despesas por este efectuadas, estão compreendidas nas custas de parte da parte vencedora, sendo suportadas pela parte

vencida, pelo que, esta cláusula "duplica" - por acrescer ao que resulta da regra de custas - o ressarcimento das despesas com a cobrança do que estiver em dívida por parte do Cliente, acabando, na verdade, por não corresponder a qualquer medida de compensação por tais despesas “.

Ao invés, já à apelante não se lhe afigura como contrária à boa fé a cláusula ora em apreço, considerando que o valor definido de 4 % mostra-se calculado com base em critérios equitativos, bem como em valores médios de despesas cobráveis, o que tudo “(...) constitui, em última análise, um princípio de salvaguarda da determinabilidade dos custos que o consumidor possa vir a ter por força do incumprimento do contrato, permitindo-lhe desde o primeiro momento avaliar as opções que tem ao seu dispor, nomeadamente mediante a possibilidade de contrabalançar as vantagens e desvantagens entre uma situação de cumprimento voluntário ou de uma resolução judicial.

Considerando as posições de cada uma das partes, manifesto é que a cláusula em apreço será de considerar relativamente proibida, caso seja ela susceptível de integrar a *fattispecie* da alínea c), do artº 19º do DL nº 446/85, posto que, como qualquer uma delas o reconhece, ainda que implicitamente, consubstancia ela como que uma efectiva *cláusula penal* (7) , que na prática o é em rigor, porque fixa antecipadamente (*a forfaitaire*) qual o valor devido para ressarcimento das despesas da apelante relacionadas com os custos que for obrigada a suportar em sede de cobrança do crédito em caso de incumprimento (artigo 810º nº 1 do Código Civil).

E, porque de alguma forma de natureza compulsória, visando outrossim incutir na outra parte a necessidade de respeitar as obrigações assumidas, natural é que integre uma *pena* capaz e idónea para incentivar o devedor ao cumprimento, nada obstando (antes é a regra), assim ,que seja superior ao *dano* a ressarcir .

O que não pode , como o refere o apelado MP, e como decorre do já citado artº 19º, alínea c), do DL nº 446/85, é integrar uma *pena* que seja desproporcionada ao dano a ressarcir, sob pena de ser então relativamente proibida, logo nula.

Ora, o conceito indeterminado de cláusula desproporcionada, consubstanciando uma noção de tipo descritivo, e não apontando o qualificativo "*desproporcionadas*" para uma pura e simples superioridade das *penas* fixadas em relação ao montante dos danos a ressarcir, levou a que , e a propósito, os Profs. Almeida Costa e Menezes Cordeiro (8), tenham vindo sustentar que a *desproporcionalidade* há-de aferir-se "*de harmonia com as exigências do tráfico e segundo um juízo de razoabilidade, pelo que a hipótese em análise só ficará preenchida quando se detectar uma desproporção sensível".*

Também para Almeno de Sá (9) , apenas será de concluir "*por*

uma violação do escopo da norma singular de proibição, se a composição de direitos e deveres resultantes da conformação do contrato, considerado no seu todo, e tendo em conta o quadro negocial padronizado, não corresponder à "medida" do equilíbrio pressuposto pela ordem jurídica, verificando-se, ao invés, uma "desrazoável perturbação" desse equilíbrio, em detrimento da contraparte do utilizador" .

Ao invés, mais recentemente, e alinhando com Sousa Ribeiro (10), vem Ana Prata (11) sustentar que a “ (...) *desproporção não tem de ser qualificada, isto é, não tem de ser sensível, excessiva, manifesta, grave ... (...*), ponto é que ,acrescenta, “ (...) *exista desproporção e esta não é uma simples não coincidência entre a cláusula penal e o valor dos danos .*

Explicando-se melhor, clarifica logo a seguir Ana Prata que a *desproporção não tem de ter gravidade, bastando a indicação da necessidade de desproporção para apontar para uma não coincidência entre os dois valores que tenha de revestir uma dimensão que justifique o qualificativo de “ desproporcionada” que a lei emprega .*

Chamado este Tribunal da Relação de Lisboa a pronunciar-se sobre a *validade* de cláusula inserta em contrato de adesão, e de conteúdo algo semelhante àquele agora em equação, considerou-se em Acórdão de 16-01-2007 (12) , que “ *Para que uma cláusula penal deva ser tida por proibida, ao abrigo da al. c) do artigo 19º do cit. DL. nº 446/85, não se faz mister que exista uma desproporção sensível e flagrante entre o montante da pena convencionada e o montante dos danos a reparar, bastando para tanto que a pena predisposta seja superior aos danos que, provavelmente, em face das circunstâncias típicas e segundo o normal decurso das coisas, o predisponte venha a sofrer, mesmo que essa superioridade não seja gritante e escandalosa”.*

Já mais recentemente, em Ac. de 12/11/2009 (13), e em sede de *sumário*, veio este mesmo Tribunal da Relação a sufragar o entendimento de Almeno de Sá, *supra* referido.

Postas estas breves considerações, considerando que, ao invés do que entendeu por conveniente o legislador deixar claro e frisar, em sede de redacção do nº1, do art.º 812º, do Código Civil (14), que a cláusula penal pode ser reduzida quando *manifestamente excessiva*, nada disse ele (no artº 19º do DL. nº 446/85), todavia, em termos de qualificação do nível da desproporção *relevante e exigível* , para efeitos de padecer uma qualquer cláusula contratual geral do vício da proibição relativa a que se refere a alínea c), do citado artº 19º, afigura-se-nos que , para o efeito, não se nos impõe uma qualquer tarefa qualificativa .

Acresce que, como bem refere Ana Prata (*in ob. citada*, pág. 417) ,e em rigor, porque a *manifesta desproporção ou excessividade* só podem ser avaliadas *ex post*, face à comparação do valor da pena convencionalmente fixada com os danos efectivamente sofridos,

mais se justifica que em sede de uma acção inibitória (como o é a presente) não se imponha uma qualificação da desproporção entre os dois *pólos* a que alude a alínea c), do artº 19º do DL. nº 446/85 .

Para o efeito, bastará, assim, como o entende Ana Prata (15), que da cláusula em análise resulte uma *não coincidência entre os dois valores* contrapostos (o da cláusula e o dos danos a ressarcir) e *em equação, devendo ela - a não coincidência - revestir uma dimensão tal que justifique o qualificativo de “ desproporcionada”*

Para se efectuar tal aferição, porque no âmbito de uma acção inibitória, que não em sede de apreciação concreta de um qualquer contrato concluído com base em cláusulas contratuais gerais, não sendo possível *in casu* partir de uma análise, quer do concreto valor da cláusula penal, quer outrossim do efectivo dano que visa ela ressarcir, ter-se-á que partir de uma ponderação assente numa avaliação prospectiva *guiada por cálculos de probabilidade e por valores médios e usuais, tendo em conta os factores que, em casos do mesmo género, habitualmente relevam na produção e na medida dos prejuízos* (16) .

Dito isto, e desde logo, vemos que a cláusula em apreço permite que a Ré/apelada, quando se veja *obrigada* a intentar uma qualquer acção judicial (declarativa e/ou executiva) para lograr a cobrança do seu crédito, ou parte dele, possa exigir à parte com que contratou uma quantia equivalente a 4 % do valor do capital creditado , que não apenas 4 % do valor do capital em dívida.

Tal equivale a dizer que, apesar de as despesas relacionadas com a propositura de uma acção judicial variarem em função do valor do respectivo processo (considerando e desde logo os valores das taxas de justiça, os quais dependem do valor da acção - cfr. artºs 6º, 7º, 11º, 12º e 13º, e Tabela I do Regulamento das Custas Processuais), ou seja, existe sempre alguma “*proporcionalidade*” entre o valor da acção e o valor das despesas processuais respectivas , na referida cláusula 6.2. nenhuma proporcionalidade existe entre o valor da dívida a cobrar e o valor da quantia a exigir do devedor para ressarcimento das despesas de cobrança (será sempre equivalente a 4 % do valor do capital creditado, independentemente de, em relação v.g. a um crédito total de € 10 000,00 , v.g. permanecer por liquidar uma sua parcela de 90 % ou apenas de 10%).

Trata-se pois, como refere o tribunal *a quo*, de uma cláusula penal desproporcionada, na medida em que não estabelece um qualquer critério que permita estabelecer e perceber qual a relação causal entre as despesas/danos eventualmente a suportar e o valor da indemnização fixada .

De resto, e ainda com base num juízo de mera probabilidade e previsibilidade, basta atentar/ponderar que, v.g., com referência a um crédito total de € 10 000,00 , estando em dívida apenas uma quantia/parcela de € 500,00 (o que inclui já, quer o parte do

capital financiado e em dívida, quer os juros, quer as despesas e impostos), para total liquidação do capital creditado/financiado, pode a apelada exigir do *cliente* a cobrança de uma quantia de € 400,00 a título de despesas judiciais e extrajudiciais, o que é manifestamente *desproporcional* .

Depois, se não olvidarmos que, como decorre do preceituado no artº 455º do Código de Processo Civil, “ *As custas da execução , incluindo os honorários e despesas suportadas pelo agente de execução, apensos e respectiva acção declarativa saem precípua do produto dos bens penhorados* “ , vemos que a Ré/apelada, em sede de cobrança judicial da quantia mutuada, em rigor e em última análise , não suportará quaisquer despesas/custos que justifiquem, em termos de razoabilidade e de proporção, o teor da cláusula 6.2..

Finalmente, é ainda a mesma cláusula pouco clarificadora no que concerne à informação e identificação das concretas (integrando ela a alusão a uma lata e vaga extensão de eventuais despesas a suportar, ainda assim *justificam* todavia uma cláusula penal de montante certo/*fixo*), previsíveis e estimadas despesas a suportar pela Ré/apelada em caso de necessária cobrança coerciva do capital - ou parte dele - mutuado, o que tudo , considerando o princípio da boa fé a que aludem os artºs 15 e 16 do DL. nº 446/85 (17), permite outrossim sustentar/fundamentar a respectiva nulidade.

Concluindo, na linha do já decidido por este Tribunal da Relação de Lisboa (18), e com referência a cláusulas contratuais gerais de conteúdo algo semelhante, deve portanto a apelação improceder nesta parte.

De resto, no citado Ac. desta Relação, de 12/11/2009, considerou-se como proibida a cláusula penal que determinava que “ *O cliente é ainda responsável por todas e quaisquer despesas de natureza judicial e/ou extrajudicial em que o DB venha a incorrer com vista à protecção e exercício dos direitos que lhe assistem ao abrigo do presente contrato, incluindo honorários de advogados e solicitadores, as quais se fixam desde já em quatro por cento do montante do capital em dívida, nunca podendo este montante ser inferior a EUR 150 (cento e cinquenta euros)*”, quando a cláusula nestes autos em apreço é , no nosso entendimento, mais desproporcional ainda , pois a percentagem de 4 % incide sobre o valor do capital creditado.

3.3.2.-Da cláusula 7 .

Reza tal cláusula que “ *O Titular autoriza desde já o A, SA a ceder a sua posição contratual a outra sociedade ou entidade do mesmo grupo económico, produzindo a cessão efeitos a partir da data em que a mesma lhe for notificada ou, caso a notificação se revele impossível por facto imputável do TITULAR, a contar da data da expedição da notificação*” .

Relativamente a tal cláusula, que o tribunal *a quo* considerou

proibida, à luz do disposto no artº 18º alínea l), do DL 446/85, aduziu-se na decisão apelada , de entre várias outras, sobretudo as seguintes considerações :

“(...)a cessão da posição "autorizada" na cláusula em apreço não salvaguarda necessariamente as garantias do titular/aderente, não se vendo que a mesma se possa traduzir num "acordo" nos termos previstos no art. 18º, alínea l), do D.L. nº 446/85, de 25/10, sendo certo que não se verifica também a exceção da exigência de tal acordo, por não estar identificado o terceiro cessionário.

Ao invés, já à apelante entende que deve tal cláusula 7 ser declarada como válida, pois não origina diminuição alguma das garantias do consumidor, por um lado, uma vez que a cessão da posição contratual - a ocorrer - dar-se-á sempre dentro dos limites do grupo económico no qual está incluída a Recorrente, estando por conseguinte sempre asseverada a certeza e a salvaguarda dos direitos do consumidor, a que acresce que , o aderente, quando procede à aposição da sua assinatura no contrato de adesão, está a acordar todo o seu conteúdo.

Quid Juris ?

Quer Menezes Cordeiro, quer Menezes Leitão (19), consideram que a *ratio* da proibição inserta na disposição ora em apreço (20) , visa prevenir que, a coberto de esquemas de transmissão do contrato, se limite, de facto, a responsabilidade , pois que , para o efeito ,basta a transferência da posição para uma entidade que não tenha adequada cobertura patrimonial para, na prática, se esvaziar o conteúdo de qualquer imputação de danos.

A propósito da *validade* de uma cláusula de conteúdo algo equivalente àquela ora em análise, decidiu-se o STJ (21) pela respectiva *validade*, justificando-a da forma sintética que passamos a descrever :

“ Através do cláusula 10.5, o “Citibank” pode ceder a sua posição contratual, desde que para outra entidade do “Citigroup”, a qual será eficaz, a partir da data da sua comunicação

Estará esta cláusula abrangida pela proibição do artigo 18º, alínea l), do Decreto-lei nº 446/85 ?

O entendimento das instâncias foi no sentido positivo da resposta. Uma leitura, minimamente atenta, da redacção da dita cláusula permite conclusão contrária.

Vejamos: é, realmente, proibida a cessão sem o acordo da contraparte, a menos que do contrato conste a identificação do terceiro.

É isso mesmo que acontece: a cessão, a verificar-se, será para uma entidade do “Citigroup”.

Desta forma, impõe-se, também, a revogação do julgado a este propósito”.

Já este Tribunal da Relação , no Ac. já citado de 12/11/2009, ao invés, e outrossim em sede de análise de uma clausula contratual geral de conteúdo algo semelhante, decidiu-se pela respectiva

proibição , considerando que, por um lado, “ *a lei ao excepcionar da exigência de tal acordo a hipótese de a identidade do terceiro cessionário constar do contrato inicial não está a contemplar a mera identificabilidade do terceiro cessionário, em cada momento do contrato, isto por um lado e , por outro, o “acordo” da contraparte relativo à possibilidade de cessão da posição contratual, previsto no art.º 18º, n.º 1, da LCCG, é algo de acrescido relativamente à celebração do contrato, encontrando correspondente no consentimento na transmissão, anterior ou posterior à celebração daquele, cuja necessidade se estabelece no art.º 424º, do Código Civil* “.

Ora, no nosso entendimento, considerando a *ratio* da proibição em apreço , ou seja, evitar que a coberto de uma transmissão da posição contratual para uma entidade terceira , possa o predisponente transferir para uma entidade de credibilidade *duvidosa* a sua posição contratual (22), afigura-se-nos que, quando na alínea l), do artº 18º se alude a “identidade de terceiro“, não basta a possibilidade da sua identificação, ou seja, a mera identificabilidade.

De resto, de todo o clausulado do contrato de adesão em apreço, não consta, sequer , quais as sociedades do grupo em causa, designadamente quais as que poderão servir de entidades cessionárias da posição contratual da Ré/apelada, o que tudo se impunha constar do contrato, quanto mais não seja em obediência ao disposto no artº 6º do DL nº 446/85.

Tal equivale a dizer que, da forma como a cláusula 7 se mostra redigida, teria o devedor originário subscrito um título de crédito em branco, atribuindo ao credor originário a possibilidade de o completar/preencher *a posteriori*, e sem que, em rigor, e no que concerne à exacta identificação do possível credor/terceiro cessionário, tivesse desde logo outorgado sequer um qualquer pacto de preenchimento.

Não resultando de tal cláusula a identidade do terceiro, por arrastamento, dela não resulta outrossim o acordo da contraparte relativamente à possibilidade de cessão da posição contratual do credor, pois que tal acordo pressupõe o conhecimento da identidade da pessoa que vai ocupar - no âmbito de uma modificação contratual subjectiva - a posição contratual do cedente (cfr. artº 424º do Cód. Civil).

Acresce que, como bem se refere no Ac. deste Tribunal da Relação, de 12/11/2009 (já citado) “ *o acordo da contraparte previsto é, como resulta meridiano, algo de acrescido relativamente à celebração do contrato, encontrando correspondente no “consentimento” na transmissão, anterior ou posterior à celebração daquele, cuja necessidade se estabelece no art.º 424º, do Código Civil* “.

É que (diz-se no mesmo e citado Ac) “ *Uma coisa é uma entidade terceira identificada, outra uma entidade terceira que mediante um*

processo de individualização a que o “outro contraente” é alheio, pode vir a ser – consumada a cessão – tornada conhecida deste. Não comporta pois essa referência expressa à necessidade de indicação da “identidade do terceiro” a aceitação da mera “determinabilidade” daquela, ademais num universo potencialmente mutável, e de evolução imprevisível, como é o de um “grupo de sociedades”.

Concluindo, e sem necessidade de mais considerações, bem andou portanto o tribunal *a quo* em, porque subsumível à *fattispecie* da alínea l), do artº 18º do DL nº 446/85, em considerar como absolutamente proibida a cláusula 7 ora em análise.

3.3.3.-Da cláusula 12.

Reza tal cláusula que “ Para todas as questões emergentes ou relacionadas com o presente Contrato é competente o foro da comarca de Lisboa ou do Porto, ou se o A, SA o entender, o foro do domicílio do TITULAR, sem prejuízo da competência dos meios extrajudiciais existentes de resolução de conflitos de consumo, que se encontram dependentes da natureza voluntária das partes.”

Relativamente a tal cláusula, que o tribunal *a quo* considerou relativamente proibida, à luz do disposto no artº 19º alínea g), do DL 446/85, aduziu-se na decisão apelada , de entre várias outras, sobretudo as seguintes considerações :

“(...) O que está em causa não é determinar se a comarca de Lisboa ou do Porto nunca é competente para julgar questões emergentes do contrato ou se a apreciação de tal competência terá de ser feita casuisticamente.

O problema, para o tipo de acções acima mencionadas e constantes da nova redacção do art. 74º, nº 1, é que a determinação da competência obedece a critérios definidos nessa mesma norma e que não se compadecem com um regime de competência fixado por via convencional. (...)

A cláusula em apreço será proibida na medida em que viole o disposto nos arts. 100º, nº 1, e 110º do Cód. Proc. Civil. Ou seja, nomeadamente, quando as regras de competência que as partes contratualmente afastem sejam as concernentes a acções como as previstas no art. 74º, nº 1. “

Sustentando a apelação, considera todavia a Ré/recorrente que nada resulta do CPC que impeça as partes de convencionalmente afastarem as regras territoriais de competência em relação a pessoas colectivas, sendo que , o que o artº 110º, nº1, alínea a) do CPC , quis forçosamente limitar, foi o âmbito de aplicação do artº 74º, nº1, *maxime* através da limitação às excepções à competência convencional para os casos em que o demandado é uma pessoa singular.

Dito isto, reza a alínea g), do artº 19º do DL 446/85, que são proibidas, as cláusulas contratuais gerais que: “ *Estabeleçam um foro competente que envolva graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem “.*

Prima facie, aponta a redacção da disposição legal referida que, apenas em concreto, que não em abstracto, e sopesando os possíveis inconvenientes do aderente em relação aos interesses do predisponente, se poderá aferir da validade de uma cláusula atributiva de jurisdição inserida em contrato de adesão (23). Porém, porque no âmbito de uma acção inibitória, logo, em sede de fiscalização abstracta, nada obsta, antes tal se justifica e impõe, que a avaliação dos graves inconvenientes para uma das partes possa e deva efectuar-se com base em juízos de probabilidade, subscrevendo-se pois nesta matéria o entendimento de Ana Prata (24).

Ora, como actualmente é por todos aceite, importa antes de mais reconhecer que a cláusula atributiva de jurisdição agora em análise, tem hoje um âmbito reduzido de aplicação/eficácia, considerando a redacção dada (25) ao artigo 74º, nº1 e à alínea a) do artigo 110º, ambos do C.P.C., e considerando ainda a prolação do acórdão de uniformização de jurisprudência de 18-10-2007 (26), razão porque a referida cláusula 12 e qualquer outra de conteúdo semelhante, apenas será aplicável em situações que pouco engrossarão os números das estatísticas (27).

Seja como for, em termos abstractos e de previsibilidade, afigura-se-nos manifesto que uma cláusula que atribua a competência para a discussão de algumas acções, necessariamente, à comarca de Lisboa ou do Porto (onde tem o predisponente, é certo , serviços centrais, mas onde um número considerável de aderentes não dispõe de domicílio, o que tudo implica um aumento de despesas consideráveis para os segundos), a que acresce que , o predisponente, para além de outrossim desenvolver uma actividade disseminada pela totalidade do território nacional, dispõe ainda de uma maior facilidade (em face de poder aceder sem dificuldades a meios económicos e financeiros de monta, e a recursos humanos) em suportar as despesas de acções judiciais que necessariamente tenham de correr termos em outras comarcas do território nacional, manifesto é a subsunção da cláusula 12 à previsão da alínea g), do artº 19º do DL nº 446/85. Acresce que, como decorre expressamente da cláusula em apreço, não permite ela, de todo, a possibilidade de o aderente poder optar por outros tribunais, designadamente pelo foro do respectivo domicílio, apenas o podendo fazer se o predisponente o entender, ou seja, aceitar .

A propósito dos interesses a salvaguardar no que concerne à necessidade de se banir do formulário contratual determinadas cláusulas que derogam regras de competência territorial, Ana Prata (28) chama a atenção para que : “ (...) na generalidade das situações (ou dos contratos) a que esta cláusula se destina, encontrar-se-ão, com grande probabilidade, compreendidas algumas, em que a atribuição de exclusiva competência a tribunal da comarca de Lisboa, com as consequentes dificuldades e

dispêndios, nunca podem ser justificados pelas vantagens do predisponente ? Para este juízo e a inerente conclusão, deve considerar-se que aquelas dificuldades, acrescendo aos factores gerais dissuasores do recurso aos tribunais pelos aderentes, constituem obstáculo suplementar ao exercício dos direitos que a lei confere aos contraentes que celebrem contratos por adesão ; está-se perante um custo pessoal e também social que uma lei como esta não pode autorizar “.

Subscrevendo *in totum* tais considerações , tal como o considerou o tribunal *a quo*, também para este Tribunal a cláusula 12 do contrato dos autos constitui cláusula relativamente proibida, por conseguinte nula, porque em abstracto estabelece um foro competente que envolve graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem .

Improcede, assim, nesta parte a apelação da Ré.

3.3.4.-Da cláusula 27.1.

Reza tal cláusula que *"O A, SA não pode em circunstância alguma ser responsabilizado pela eventual impossibilidade de utilização nas caixas automáticas, ou nos terminais de pagamento automático, pela não aceitação do CARTÃO em qualquer estabelecimento, bem como por deficiência de atendimento, má qualidade dos bens ou serviços obtidos através do CARTÃO ou quaisquer outros incidentes que ocorram entre o TITULAR e o estabelecimento ou o proprietário do terminal de pagamento automático."*

Tal cláusula, também o tribunal *a quo* a considerou absolutamente proibida, à luz do disposto nos artºs 18º, alínea c), e 21º, alínea d), do DL 446/85, explicando tal decisão nos seguintes termos :

“ Prende-se esta cláusula não directamente com a relação banco - cliente mas antes com a relação cliente - terceiro/comerciante/prestador de serviços. Não obstante, como é consabido, as obrigações decorrentes de um contrato podem ter efeitos externos. Um contrato pode ter reflexos noutro. É legalmente e/ou jurisprudencialmente configurável que qualquer vício de um determinado contrato possa ter reflexos noutro. Atente-se, por exemplo, no que respeita à disciplina jurídica do crédito ao consumo ou das vendas à distância.

Nesta conformidade, ao excluir, à partida, qualquer responsabilidade do banco perante o incumprimento ou o cumprimento defeituoso dos contratos celebrados por intermédio do uso do cartão, está a violar o disposto nos arts. 18º, al. c), e 21º, al. d), do diploma em análise, pelo que, é absolutamente proibida “.

Ao invés, já a apelante/Ré, entende, designadamente, que não se lhe pode, de todo, ser atribuída uma qualquer responsabilidade em caso de incumprimento ou *cumprimento defeituoso por parte de terceiros*, na sua relação com o titular do contrato, razão porque inexistente qualquer fundamento para a nulidade da cláusula em apreço.

Ora, antes de mais, importa tentar o que dizem as disposições legais que sustentam a decisão apelada.

Assim, diz-nos a alínea c), do artº 18, que são em absoluto proibidas as cláusulas contratuais gerais que *excluam ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por não cumprimento definitivo, mora ou cumprimento defeituoso, em caso de dolo ou de culpa grave.*

Por sua vez, reza a alínea d), do artº 21º, que são em absoluto proibidas as cláusulas contratuais gerais que “ *Excluam os deveres que recaem sobre o predisponente, em resultado de vícios da prestação, ou estabeleçam, nesse âmbito, reparações ou indemnizações pecuniárias predeterminadas* “.

A segunda das apontadas disposições legais, como bem refere Ana Prata (29), como que *repete* o que o legislador já consagra em disposições legais antecedentes do mesmo DL 446/85, designadamente nas alíneas c) e d), do art.º 18º, razão porque relativamente à mesma não se impõem quaisquer considerações sobre a pertinência e sentido útil de tal norma, a que acresce que não é de resto este o local indicado para o efeito.

Do mesmo modo, também a alínea c), do art.º 18, de alguma forma, como que encontra um *espaço* de utilidade de aplicação algo reduzido em face do disposto no art.º 809º, do Código Civil, sendo este último de resto mais abrangente (e portanto o aplicável em consonância com o disposto no artº 37º do DL 446/85), *maxime* se interpretado de modo a abarcar as cláusulas que afastam a responsabilidade, não apenas em casos de dolo ou culpa grave, como também nos casos de mera culpa ou culpa leve , como o entendem Pires de Lima e Antunes Varela (30), e Calvão da Silva (31).

Seja como for, tem sido ao abrigo do disposto na alínea c), do artº 18º do DL 446/85, que têm sido consideradas - em acções inibitórias - nulas determinadas cláusulas que afastavam à partida a responsabilidade do predisponente , e ainda que no âmbito de materialidade fáctica relacionada com incumprimento ou *cumprimento defeituoso* por parte de terceiros e quando em relação directa com o aderente.

A propósito, e em situação algo semelhante com aquela que aqui e agora está em equação, decidiu já o STJ (32) que , uma Cláusula através da qual uma entidade bancária, não podia “(...)em circunstância alguma, ser responsabilizada pela não aceitação do cartão nem pelas deficiências de atendimento ou má qualidade dos bens e serviços obtidos por seu intermédio”, se justificava ser considerada como nula, por violação do disposto nos art. 18º, al. c) e 21º, al. g), do Dec.-Lei 446/85, pois que consagrava um regime de irresponsabilidade - não admissível - do predisponente .

É que, no entendimento do STJ, não podia o banco, sem mais, ficar alheio a essas relações entre o titular do cartão e o terceiro comerciante ou prestador de bens ou serviços, sob pena de se

excluir a responsabilidade do banco, mesmo nos casos em que uma sua actuação danosa lhe fosse imputada a título de dolo ou culpa grave.

De resto, acentua ainda o STJ (no citado Ac. de 15/5/2008), o banco “(...) *não é de todo alheio a essas relações entre o titular do cartão e o terceiro, comerciante ou prestador de serviços - há aqui uma interligação entre o banco e o aderente/utilizador do cartão, entre esse titular do cartão e o terceiro, comerciante ou prestador de serviços, e entre o banco emissor do cartão e esses terceiros com quem o banco acordou a aceitação do cartão como meio de pagamento .*

Esta tríplice relação interpenetra-se (diz-se ainda no mesmo Ac.), não podendo, sem mais, ser dissociadas uma da outra, excluindo-se o banco de toda e qualquer responsabilidade por eventuais danos, designadamente , resultante de vícios da sua prestação “.

Ainda que com algumas reticências, admite Ana Prata (in ob.citada) que uma cláusula com teor algo semelhante possa caber, em parte (no que concerne à obrigação de aceitação do cartão) e para se justificar a sua eliminação do comércio jurídico, na previsão da disposição legal da alínea c), do art.º 18º , do Dec.-Lei 446/85, mas desde que , v.g., tenha o Banco predisponente assumido - o que não será habitual - uma obrigação de facto de terceiros, pelo seu não cumprimento , respondendo então directamente.

Já mais recentemente, porém, o STJ, em Acórdão de 2/3/2010 (33), e tendo como referência uma cláusula com o seguinte teor: “*O AA não poderá ser responsabilizado pela não-aceitação do cartão em qualquer estabelecimento, por deficiência ou anomalia no atendimento, pela deficiente qualidade dos bens ou serviços obtidos por intermédio do cartão*”, veio considerar não ser ela absolutamente proibida, nos termos da alínea c), do artº 18º, pois que a exclusão de responsabilidade situa-se fora do âmbito da sua natural acção (a actuação dos comerciantes não pode responsabilizar o Banco, nem este pode garantir o produto). Chegados aqui, no seguimento do decidido pelo STJ no seu Ac. de 15/5/2008 (*supra* referido) e, bem assim, no seu Ac. mais recente de 15/10/2009 (34), manifesto é que da cláusula 27.1, ora em análise, resulta uma desresponsabilização genérica previamente fixada pelo apelado/ré, *maxime* quando assente em actos/ operações realizadas entre o aderente e terceiros, e mesmo em caso de dolo ou de culpa grave.

Sucede que, como bem se refere no citado Ac. do STJ, de 15/10/2009, o predisponente, não é de todo alheio às relações estabelecidas entre o aderente e os apontados terceiros, prestadores de serviços, porquanto, a verdade é que foi com eles que acordou a realização de operações a efectivar v.g. com um cartão (de crédito) como meio de pagamento.

Destarte, ao pôr-se à margem, de um modo genérico e prévio , de

todo e qualquer conflito que possa surgir entre o titular do cartão e o terceiro prestador do serviço, está à partida o predisponente a eximir-se a uma qualquer responsabilidade que possa surgir e que seja decorrente das operações realizadas com um cartão, e mesmo que venha a ocorrer uma sua actuação dolosa ou gravemente culposa.

Acresce que, para além de o predisponente não se situar, repete-se, totalmente à margem do relacionamento que vem a estabelecer-se entre o aderente e o terceiro prestador do serviço, em rigor este último surge como um auxiliar no cumprimento da obrigação do primeiro - o predisponente -, razão porque, à luz do disposto no art.º 800º, n.º 1, do Código Civil, será ele o responsável como se tais actos fossem praticados pelo próprio. Tal equivale a dizer que, como referem Pires de Lima e Antunes Varela, “ (...) *se o facto não for imputável ao auxiliar, se ele não tiver culpa, não é o devedor responsável, a não ser que tenha culpa directa, por ter sido negligente na escolha do auxiliar, nas deficientes instruções que lhe deu ou na forma como acompanhou a sua actuação*”.

Tudo para concluir que, a cláusula contratual geral 27.1., susceptível de no futuro ser utilizada pela apelante em contratos de adesão, ao consagrar e afastar, à partida, qualquer responsabilidade do predisponente no âmbito da prestação por terceiros de quaisquer serviços ao aderente, ainda que reconhecidamente deficientes e de má qualidade, consubstancia uma cláusula absolutamente proibida, senão à luz do art.º 18º, alínea c), do Dec.-Lei 446/85, pelo menos e certamente à luz da al. d) do mesmo art.º 18º.

Destarte, e mais uma vez, bem andou o tribunal *a quo* em considerar de nula a cláusula contratual geral 27.1..

Improcede, assim, nesta parte a apelação da Ré.

3.3.5.-Da cláusula 28.3.

Reza a cláusula ora em análise que "*O TITULAR não pode ser responsabilizado por utilizações abusivas do CARTÃO resultantes de perda, furto, roubo ou falsificação, em caso de utilizações electrónicas ou passadas 24 horas após a notificação efectuada ao A, SA nos termos da presente cláusula, salvo se, nestes últimos, forem devidas a dolo ou negligência grosseira do TITULAR.*".

Esta cláusula, foi pelo tribunal *a quo* considerada de absolutamente proibida, à luz do disposto no artº 21º, alínea f), do DL 446/85, mostrando-se tal decisão ancorada, em parte, nos seguintes fundamentos :

“ (...)A questão que se coloca é a de saber se o risco corre pelo banco ou pelo utilizador do cartão no período de tempo que decorre entre o momento da perda do cartão e 24 horas após o momento em que é feita a comunicação ao banco.

Independentemente da qualificação jurídica que se faça do depósito bancário e da falta de culpa na perda, furto, roubo ou falsificação

do cartão por parte do utilizador, este tem o dever acessório de colaboração, decorrente do princípio da boa-fé, de comunicar ao banco com a máxima prontidão aquela ocorrência, sendo certo que o banco apenas pode impedir a movimentação da conta associada ao cartão após tal comunicação lhe ser feita pelo respectivo titular. Mas já se vê como demasiado onerosa para o titular a sua responsabilização para além da comunicação, até às 24 horas seguintes.

Com a comunicação da perda ou extravio quebra-se o nexo causal entre os danos e a eventual actuação negligente do cliente, dispondo o Banco de mecanismos que permitem o cancelamento imediato do cartão.

Assim, esta cláusula não se mostra equitativa na distribuição do risco, sendo proibida nos termos do disposto no art. 21º, al. f), do D.L. nº 446/85, de 25/10. “.

Mais uma vez, todavia, reafirma a apelante/Ré a validade da cláusula em apreço, de resto decalcada de aviso do Banco de Portugal, limitando-se ela a afastar a responsabilidade do titular, uma vez passadas 24 horas sobre a comunicação à predisponente, sendo que no período entre a comunicação e a vigésima quarta hora subsequente o risco corre nos termos das regras gerais do artº 796 º, do CC.

Percebido o que separa a decisão do tribunal a quo da apelante, importa agora precisar que, a propósito da distribuição do risco, prescreve a al. f) do art. 21º do Dec-Lei 446/85 , que são absolutamente proibidas as cláusulas contratuais gerais que “ alterem as regras respeitantes à distribuição do risco “.

Visa tal preceito legal, no essencial, afastar do comércio jurídico a vigência de cláusulas que , de alguma forma, não se mostrem de todo ajustadas na forma de, equitativamente, distribuírem pelas partes (predisponentes e aderentes), os danos resultantes de situações anómalas relacionadas v.g.com a utilização de cartões de crédito.

*Verificando-se, v.g.,que em determinada cláusula standartizada , a repartição do risco mostra-se efectuada num plano acentuadamente inclinado para o lado do aderente/consumidor, sendo portanto excessiva ou desajustada , *maxime* em função do princípio da boa Fé, nos termos do disposto nos artºs 15º e 16º ambos do Dec-Lei 446/85, compreende-se que deva ela considerar-se proibida e , portanto, nula (cfr. artº 12º do mesmo diploma legal).*

De resto, a propósito do reconhecimento da natureza abusiva das cláusulas que regulam o risco, esclarece (36) que tal é “(...) o corolário da verificação da sua frequência ,mas é também uma importante alteração no paradigma do direito da responsabilidade civil, assente na culpa como seu pressuposto necessário, sendo que , adverte ainda Ana Prata , “ No domínio contratual, a atribuição pela empresa dos riscos à contraparte mais não é do que uma forma

de alienar custos que lhe caberiam no regime geral”.

Ora, inquestionável é que , como refere Ana Prata (37), um contrato semelhante ao em apreço nos autos , em abstracto, tem vantagens para ambas as partes, pois que, por um lado, possibilita ao banco a possibilidade de economizar meios, designadamente humanos e, por outro, permite ao cliente/aderente aceder a montantes disponíveis na conta em qualquer momento e em qualquer lugar.

Destarte, ainda segundo Ana Prata (38) , *parece certa a conclusão de que uma repartição de riscos associados ao contrato seja conforme com a boa fé, conclusão reforçada pelo facto de a cláusula não atribuir todo o risco de abusiva utilização ao seu titular, mas o fazer apenas até um montante.*

Estando o portador do cartão incumbido da respectiva guarda , e , devendo conservá-lo e utilizá-lo observando determinadas obrigações e cautelas relativas à sua segurança, bem se compreende que, logo que tenha conhecimento do respectivo extravio e/ou furto, e para sua própria segurança ,deva de imediato comunicar o sucedido ao banco emitente para que este de pronto tome as adequadas providências, designadamente com vista a impedir que o cartão venha a cair na posse de terceiros sem escrúpulos .

Daí que, ainda de acordo com a boa fé, bem se compreende e aceite, porque justo e equitativo, que em caso de extravio e/ou furto, seja o aderente o responsável por qualquer utilização indevida até ao momento em que, junto do banco predisponente, cumpra a sua obrigação de denúncia/aviso de situação na *perigosa*.

Porém, já não é de aceitar, porque de uma distribuição de risco excessiva e desajustada se trata, que após tal comunicação e podendo de pronto o predisponente diligenciar para a impossibilidade imediata de o portador do cartão poder utiliza-lo , ainda assim , fique o aderente sujeito a levantamentos indevidos efectuados no período de 24 horas após o cumprimento do seu dever de diligência e aviso.

Tal é o entendimento, designadamente, de Maria Raquel Guimarães (39) , ao sustentar que , em sede de responsabilidade pela utilização fraudulenta de um cartão por um terceiro , deverá proceder-se a uma distribuição equitativa dos prejuízos causados, devendo tal distribuição da responsabilidade assentar “ (...) *num critério temporal, tomando-se como decisivo o momento em que o titular do cartão cumpre o dever contratual de comunicar ao banco a sua perda ou furto, decorrente do princípio geral de boa-fé no cumprimento dos contratos, de comunicar ao banco a sua perda ou furto. Com a comunicação referida quebra-se o nexo de causalidade que une os danos sofridos à actuação eventualmente negligente do titular do cartão: a responsabilidade pelo uso indevido do cartão transfere-se para a entidade bancária, que, de*

resto, não sofrerá prejuízos se, diligentemente, tomar todas as medidas de segurança adequadas.

Mais adiante precisa que, “A própria segurança do sistema sai favorecida com uma distribuição da responsabilidade deste tipo, na medida em que a diligência dos contraentes é incentivada, para além de se conseguir, desta forma, uma simplificação dos problemas levantados pelas operações automáticas em matéria de responsabilidade”.

Tal entendimento, de alguma forma, foi já sufragado pelo STJ nos seus Acs. de 19/11/2002 e de 2/3/2010, ambos mencionados por Ana Prata (40), considerando-se que “o titular do cartão será responsável na medida do cumprimento das suas obrigações relativas à segurança desse cartão e do código de acesso que lhe foi atribuído, sendo que tal responsabilidade se estende até ao momento em que comunicar ao banco o extravio ou furto do cartão”. Da mesma forma, a instituição bancária responde pelos prejuízos causados, posteriormente, quando já podia e devia ter accionado todos os mecanismos necessários, de modo a evitar novas utilizações.

*Subscrevendo-se na íntegra tal entendimento, porque mais de acordo com o princípio da boa fé , da forma como se mostra ele concretizada na alínea a) do art.º 16º, do Dec-Lei 446/85, e ao resultar da cláusula 28.3 a responsabilidade do aderente no decurso ainda do período de 24 horas após a notificação efectuada à apelante A, SA de que o cartão foi extraviado, só nos resta reafirmar que bem andou o tribunal *a quo* em considerar tal clausula de absolutamente proibida, nula portanto, nos termos do artº 21º , alínea f), do citado diploma legal.*

Improcede, assim a apelação nesta parte.

3.3.6.-Da cláusula 11.13 - Apelação do MP.

Reza a cláusula ora em análise, na sequência da apelação do MP, que “O TITULAR assume, excepto em caso de culpa grave por parte do A, SA, toda a responsabilidade pelos danos decorrentes das perdas, extravios, atrasos, viciações, falsificações e erros de comunicação.”;

*Esta cláusula, foi pelo tribunal *a quo* considerada como não proibida, mostrando-se tal decisão ancorada , em parte, nos seguintes fundamentos :*

“ Esta cláusula prende-se com o risco em caso de perdas, extravios, atrasos, viciações, falsificações e erros de comunicação, no que respeita à utilização do serviço “Net banking” que permite, através da internet, a consulta e realização de diversas operações bancárias através de computadores estranhos à Ré.

A prestação de serviços através da “Internet” é feita quer no interesse do banco quer no do cliente. O cliente, para aceder a tal serviço, faz uma inscrição e cria uma password e é-lhe fornecido um Código de acesso, de uso exclusivo. Ou seja, o Banco cria um sistema para garantir a maior segurança na utilização do serviço,

que implica um risco próprio, que não lhe é possível eliminar na totalidade, cabendo também ao titular o dever de diligência na utilização do mesmo.

Assim, tendo em conta o princípio da liberdade contratual, não se vê que esta cláusula seja contrária ao princípio da boa fé nem que viole as regras respeitantes à distribuição do risco.

Discordando de tal decisão, da mesma veio o MP apelar, considerando, designadamente, que ao atribuir ela ao aderente toda a responsabilidade (com excepção dos casos em que ocorra culpa grave de Ré) , pelos danos decorrentes das perdas, extravios, atrasos, viciações , falsificações e erros de comunicação “ , padece a mesma do *vício* a que alude a alínea c), do artº 18º do DL 446/85.

É que, sustenta o MP apelante, atribui tal cláusula ao aderente toda a responsabilidade (com excepção dos casos em que ocorra culpa grave da predisponente), pelos danos decorrentes das perdas , extravios, atrasos, viciações , falsificações e erros de comunicação , quando a verdade é que o dever de indemnizar os danos resultantes do não cumprimento, cumprimento defeituoso da obrigação ou da mora, não podem ser excluídos ou limitados através de prévio acordo dos contraentes, em caso de dolo ou de culpa grave, porque eliminariam a eficácia preventiva do direito da responsabilidade contratual, quando existisse dolo, ou quando o não cumprimento fosse intencional ou voluntário.

Dito isto, e como vimos já no item 3.3.4., do presente Ac., diz-nos a alínea c), do artº 18, que são em absoluto proibidas as cláusulas contratuais gerais que *excluam ou limitem , de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por não cumprimento definitivo, mora ou cumprimento defeituoso, em caso de dolo ou de culpa grave.*

Do mesmo modo, como vimos já também (no item 3.3.4.) , a apontada alínea c), do artº 18º do DL 446/85 , como que vem *repetir o* que já dispunha o Código Civil, no seu artº 809º, cominando igualmente esta disposição legal de nulidade as cláusulas de renúncia antecipada a quaisquer direitos em casos de não cumprimento ou mora do devedor.

De resto, ao contrário do que é lícito/possível extrair da disposição legal *supra* citada do Cód. Civil (41), o preceito legal da alínea c), do artº 18º do DL 446/85, como que tem um âmbito de aplicação ainda mais restrito (porque deixa de fora as situações de incumprimento em caso de mera culpa ou culpa leve) , razão porque será a disposição legal do Código Civil em última análise a aplicável nas situações ora em análise (por força do disposto no artº 37º do DL 446/85).

Seja como for, qualquer que seja a interpretação a extrair do artº 809º , do Código Civil [mais lata ou mais restrita (42)], ao não resultar expressamente da cláusula 11.13, que a responsabilidade do titular/aderente, nos casos de *danos decorrentes das perdas, extravios, atrasos, viciações, falsificações e erros de comunicação,*

fica excluída *em casos de dolo ou de culpa grave por parte do predisponente* , manifesto é que é ela em absoluto proibida por força da alínea c), do artº 18º do 446/85, logo nula (cfr. artº 12º). Destarte, e sem necessidade de mais considerações, manifesto é que procede a apelação do MP, impondo-se a revogação da decisão do tribunal *a quo* na parte em que, implicitamente, considerou como não proibida a cláusula 11.13.

4- Sumário

- a) - Não obstante poder o tribunal *ad quem* conhecer de questões não suscitadas pelas partes quando se imponha o seu conhecimento oficioso, importa não olvidar o princípio do dispositivo que emana do artº 264º, do CPC, *maxime* o ónus que incumbe às partes de alegar os factos (nos momentos e locais próprios) que integram a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as excepções ;
- b) - Daí que, não obstante a remissão do artº 716º, nº1, do CPC, para o nº 2, do artº 660º, do mesmo diploma legal , e apesar de a excepção dilatória da litispendência ser de conhecimento oficioso (cfr. artº 495º, do CPC), porque não foram os subjacentes factos invocados pela parte/ré em sede de articulado /contestação , vedado está ao tribunal *ad quem* de tal excepção conhecer em sede de instância recursória , *maxime* quando apenas nesta a Ré apelante alegou os pertinentes factos subjacentes , estando assim e em rigor tal questão fora do objecto da acção e, portanto , também fora do objecto possível do recurso ;
- c) - Quando em sede de acção inibitória ,impetra o MP , não apenas a declaração de nulidade de determinadas cláusula incluídas em “contrato de crédito“, como outrossim a condenação da Ré em abster-se de delas se prevalecer e de as utilizar em contratos que de futuro venha a celebrar , não faz sentido concluir-se pela inutilidade da lide no pressuposto de que já não utiliza a Ré tais cláusulas nos contratos actuais, sendo que, ao não reconhecer sequer que padeçam elas do vício apontado pelo autor, antes considera que não violam uma qualquer disposição legal imperativa (o que tudo aumenta e justifica acautelar a possibilidade de poderem voltar a ser utilizadas), tudo justifica também o prosseguimento da instância ;
- d) - Deve ter-se como proibida a cláusula contratual geral que, em sede de contrato de crédito, estipula que “ *Serão da conta do TITULAR todas as despesas judiciais e extrajudiciais, incluindo honorários de advogado e solicitador , que o A, SA venha a incorrer para garantia e cobrança do seu crédito, as quais se fixam desde já em 4% do valor do capital creditado*” , por violação do disposto na al. c) do artigo 19º do DL. nº 446/85 ;
- e) - Para efeitos do disposto na al. c) do artigo 19º do DL. nº 446/85 , não é de exigir que *desproporção* seja, *excessiva, manifesta* ou *grave* , bastando não existir uma coincidência entre

os dois valores que revista uma dimensão tal que justifique o qualificativo de “desproporcionada” que a lei emprega .

5. Decisão.

Termos em que,

acordam os Juízes na 1ª Secção do Tribunal da Relação de Lisboa , em :

5.1.- **Julgando** a apelação da Ré **A**, SA, **improcedente**, manter a decisão/sentença recorrida na parte em que declarou nulas as cláusulas 6.2 , 7 , 12 , 27.1 e 28.3 , todas do "*Contrato de Crédito*" utilizado pela Ré ;

5.2.- **Julgando** a apelação do autor/MP **procedente**, declarar nula a cláusula 11.13 do "*Contrato de Crédito* " utilizado pela Ré/ apelada, revogando-se pois nesta parte a decisão/sentença recorrida do tribunal *a quo* ;

5.3.- **condenar** a Ré a não mais utilizar nos seus contratos com os particulares as cláusulas consideradas nulas, fazendo-as desaparecer das cláusulas tipo das respectivas "*Condições gerais*";

5.4.- **condenar** a Ré a publicitar a presente decisão em dois jornais diários de maior tiragem, durante três dias consecutivos, de tamanho não inferior a 1/4 de página ;

5.5.- **determinar** que seja dado cumprimento ao disposto no art.º 34º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, remetendo-se ao Gabinete de Direito Europeu do Ministério da Justiça, para os efeitos previstos no art.º 35º, n.º 1, do mesmo Decreto-Lei, certidão da sentença recorrida e deste acórdão, transitado que seja o mesmo em julgado.

Custas pela apelante Ré **A**, SA .

(1) E não, como por lapso se refere na petição inicial, 6.2. , 7 , 12.13 , 13, 28.1 e 29.3 ;

(2) A questão relacionada com a omissão de condenação em custas , incluída no objecto da apelação do MP, mostra-se ultrapassada, em face do despacho do tribunal *a quo de* 4/10/20010 (a fls. 240), que *reformou* a decisão apelada na parte referente a custas, dando assim seguimento à pretensão do MP.

(3) Cfr. Prof. José Alberto dos Reis, *in* Comentário ao Código de Processo Civil, Vol. 3, pág. 369 e Acs. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28/6/2001 e de 27/11/2003, ambos citados por João Botelho, *in* Cláusulas Contratuais Gerais, Notas de Jurisprudência, Petrony.

(4) No mesmo sentido, discordando da defendida inutilidade da lide , designadamente “ *Considerando não só os efeitos específicos do caso julgado, como também por se entender que somente com a decisão judicial, transitada em julgado, proferida numa acção*

inibitória é possível garantir que o utilizador da cláusula contratual declarada nula não a voltará a inserir em contratos futuros (...) “ , vide os Acs. desta Relação, de 15/1/2009 e de 2/7/2009, ambos in www.dgsi.pt.

(5) De António Santos Abrantes Geraldès , disponível em www.dgsi.pt.

(6) Que importa reconhecer, são, não obstante , algo de necessário, resultando das características e amplitude das sociedades modernas, favorecendo o dinamismo do tráfico jurídico e conduzindo a uma racionalização ou normalização, e a uma eficácia benéfica dos próprios consumidores – cfr. preâmbulo do DL 446/85.

(7) Cfr. v.g. Pinto Monteiro, *in* Cláusula Penal, pág.432 e Vaz Serra, *in* Pena Convencional, BMJ 67, págs.185 .

(8) *In " Cláusulas Contratuais Gerais "*, Coimbra, 1986, pág. 46/47.

(9) *In "Cláusulas Contratuais Gerais"*, 1999, pág. 220.

(10) *In “Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais “*, in *Direito dos Contratos, Estudos*, Coimbra, 2007, págs.142/143.

(11) *In “Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais “*, 2010, Almedina .

(12) Disponível em www.dgsi.pt.

(13) Proc. 3197/06-2, disponível in www.dgsi.pt/jtrl.

(14) Reza o respectivo nº 1, que “ *A cláusula penal pode ser reduzida pelo tribunal, de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva , ainda que por causa superveniente, é nula qualquer estipulação em contrário “*.

(15) *Ibidem*, pág. 420.

(16) Cfr. Joaquim de Sousa Ribeiro , *ibidem*, Págs. 138 e segs. .

(17) Cfr. Fernando de Gravato Morais, *in* Contratos de Crédito ao Consumo, Almedina, pág. 147 .

(18) Vide Acs. de 16-01-2007, de 15/1/2009 e de 12/11/2009 , todos disponíveis in www.dgsi.pt

(19) Citados por Ana Prata, *In “Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais “*, 2010, Almedina , pág. 408.

(20) Reza tal disposição legal que são em absoluto proibidas as cláusulas contratuais gerais que “ *Consagrem , a favor de quem as predisponha, a possibilidade de cessão da posição contratual, de transmissão de dívidas ou de subcontratar, sem o acordo da contraparte, salvo se a identidade do terceiro constar do contrato inicial .”*

(21) Em Ac. de 2/3/2010, in www.dgsi.pt.

(22) Basta pensar na possibilidade de, no âmbito de um mesmo grupo económico, existir a regra/possibilidade de uma empresa poder transferir para uma outra do mesmo Grupo determinada posição contratual, sendo a empresa cessionária aquela que, porque destituída de cobertura patrimonial sustentável, está por

regra destinada e vocacionada para servir de “*depósito*” a todos os activos tóxicos da actividade económica do grupo.

(23) Cfr Ac. do STJ de 19/9/2006, citado por Ana Prata, *In “Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais”*, 2010, Almedina , pág. 455.

(24) *Ibidem*, pág. 456.

(25) Através da Lei nº 14/2006, de 26 de Abril.

(26) Uniformizou jurisprudência no sentido de que : “*As normas dos artigos 74º, nº 1 e 110º, nº 1, alínea a), ambos do Código de Processo Civil, resultantes da alteração decorrente do artigo 1º da Lei nº 14/2006, de 26 de Abril, aplicam-se às acções instauradas após a sua entrada em vigor, ainda que reportadas a litígios derivados de contratos celebrados antes desse início de vigência com cláusula de convenção de foro de sentido diverso.*”.

(27) Cfr. o refere o Ac. do STJ de 20/1/2010, relatado por Salazar Casanova , *in www.dgsi.pt* e citado por Ana Prata, *Ibidem*, pág. 455.

(28) *Ibidem*, pág. 456.

(29) *Ibidem*, pág. 482 e segs..

(30) *In Código Civil Anotado*, volume II, pág. 62.

(31) Citado por Ana Prata, *Ibidem*, pág. 374.

(32) Ac. de 15 de Maio de 2008, *in www.dgsi.pt*.

(33) *In www.dgsi.pt* e referido por Ana Prata *Ibidem*, pág. 390.

(34) *In www.dgsi.pt* e referido pelo apelado MP .

(35) *In Código Civil Anotado*, volume II, pág. 50.

(36) *Ibidem*, pág. 496.

(37) *Ibidem*, pág. 502.

(38) *Ibidem*, pág. 502.

(39) *In “As Transferências Electrónicas de Fundos e os Cartões de Débito”*, Almedina, 1999 , págs. 11 e segs.

(40) *Ibidem*, pág. 506.

(41) No sentido de que o artº 809º do CC proíbe quaisquer cláusulas de exclusão ou limitação da responsabilidade , qualquer que seja o grau de culpa do devedor, tal como o defendem Pires de Lima e Antunes Varela, e Calvão da Silva, *Ibidem*.

(41) Já António Pinto Monteiro , *in Contratos de Adesão : O Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais, instituído pelo Decreto-lei nº 446/85, de 25 de Outubro* , *in Revista da Ordem dos Advogado* , Ano 46, considera todavia que não padece do vício de nulidade a cláusula de exclusão de responsabilidade nos casos de simples culpa leve, segundo uma sua interpretação do disposto no artº 809º do CC .

Lisboa, 18 de Janeiro de 2011

António Santos
Folque de Magalhães.

Maria Alexandrina Branquinho.