

# O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE E AS CLÁUSULAS LIMITATIVAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

(Noções Gerais)

Comunicação ao Instituto da Conferência da Ordem dos Advogados

Pelo Dr. JOSÉ DE AZEREDO PERDIGÃO

## I

### A VONTADE COMO ELEMENTO CRIADOR DO DIREITO

#### O MODERNO CONTEÚDO DO DIREITO CIVIL

I — Emmanuel Gounot, no seu livro *O princípio da autonomia da vontade no direito privado*, glosando Windscheid, o genial autor da *teoria da presuposição*, afirma, elegantemente, numa síntese perfeita, que *a vontade individual possui, no domínio do direito, uma verdadeira potência criadora*.

Essa potência criadora manifesta-se, quer na *formação do acto jurídico*, quer na *determinação dos seus efeitos*.

E dela deriva o chamado *princípio da autonomia da vontade*, assim formulado no artigo 1.134.º do Código Civil Francês :

*As convenções legalmente celebradas têm, para aqueles que as celebram, a força ou o valor de leis.*

As consequências teóricas deste princípio são várias e podem resumir-se assim :

- 1.<sup>a</sup> — os indivíduos têm a faculdade de contratar ou não contratar, como entenderem ;
- 2.<sup>a</sup> — podem, livremente, ajuntar, aos contratos que celebram, as cláusulas, principais ou acessórias, que julgarem convenientes ;
- 3.<sup>a</sup> — são igualmente livres para determinarem os efeitos das obrigações contratuais, efeitos que somente devem ser os que as partes previram e quiseram ; e
- 4.<sup>a</sup> — na ordem internacional, podem, ainda, escolher, de entre várias legislações concorrentes, a competente para regular a relação jurídica por eles criada.

Esta concepção da vontade soberana, tem, segundo *Planiol e Ripert — Tratado Prático de Direito Civil Francês — Tomo VI*, pág. 21, as suas fontes longínquas no direito canónico, apoia-se nos princípios da *escola do direito natural* e deve em grande parte a sua consagração à filosofia individualista do século XVIII.

2 — Compreende-se, porém, que a força criadora da vontade não seja absoluta, isto é, que haja limites às suas manifestações.

Esses limites constituem processos de resolver o eterno conflito entre o interesse individual e o interesse colectivo.

Assim, a força geradora da vontade encontra as suas restrições, naturais e legais, nos princípios da *equidade*, da *Justiça social* e da *ordem pública*.

O *direito*, como norma, é regra de conduta social, que tem por fim a realização do *bem comum*.

A posição, a este respeito, pode enunciar-se conforme a fórmula de Ihering — *a vontade está ao serviço do direito e não o direito ao serviço da vontade*, ou, segundo a definição de Saleilles, e que no fundo é o mesmo, *o direito subjectivo é um poder posto ao serviço de interesses colectivos de carácter social, exercido por uma vontade autónoma*.

Isto significa, que o direito não protege a vontade em si mesma, independentemente do seu conteúdo e do seu fim; protege, sim,

o *interesse individual legítimo*, no quadro dos superiores interesses colectivos.

A ideia tradicional de que o direito se funda no livre arbítrio, opõe-se, hoje, o conceito do *direito social*.

A *autonomia da vontade* é, pois, como diz Gounot, uma larga *competência*.

3 — Na evolução da vida social, assistimos, progressivamente, à redução da área dentro da qual a vontade do indivíduo se pode manifestar livremente em ordem a produzir efeitos jurídicos.

Essa redução de espaço reservado à *autonomia da vontade* é, em parte, consequência necessária, quer da intensificação das relações económicas, quer do alargamento dos poderes de Estado em tudo que respeita à solução dos problemas nascidos da chamada *questão social*.

Como escreve Eugène Gaudemet — *Teoria Geral das Obrigações* — as tendências da doutrina contemporânea e do direito comparado, em matéria de *autonomia da vontade*, são no sentido de restringir o seu alcance, o que se explica quer pelas novas exigências do crédito consequente do desenvolvimento económico, quer por uma reacção mais geral contra os abusos individualistas do século XVIII.

Não cabe nesta singela *comunicação* expor todas as teorias reveladoras daquela tendência, mas não podemos deixar de destacar a *teoria da solidariedade social*, criada por Duguit, no seu livro admirável *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, segundo a qual o direito nasce da solidariedade social que une os indivíduos. A vontade sòmente produz efeito jurídico quando é conforme às regras do direito positivo nascidas dessa solidariedade.

A crítica que se faz ao solidarismo assenta, sobretudo, no risco de suprimir a liberdade individual e de conduzir ao socialismo do Estado.

O primeiro inconveniente só pode existir no caso de uma aplicação exagerada da doutrina. E, quanto ao segundo — conduzir ao socialismo do Estado — no momento da evolução dos acontecimentos mundiais, não sei se não será dentro dessa fórmula de organização jurídico-económica que ainda poderemos encontrar um pouco de paz.

4 — O direito civil não tem hoje, como sustentavam Gabba e Pisanelli, um conteúdo exclusivamente económico, nem do seu conteúdo pode excluir-se a utilidade colectiva.

Pelo contrário, como já notava o Dr. Abel de Andrade, no fim do século passo — *A Vida do Direito Civil*, Opúsculo III, pág. 145 — apenas o desconhecimento completo da vida social moderna explica este misonismo censurável.

*Convém atender aos interesses singulares e à utilidade social, não permitindo a lesão de qualquer actividade; e, no conflito dos dois interesses, a necessidade de existência do Estado, como condição primária da vida normal dos indivíduos, aconselha o sacrifício das actividades individuais, se a utilidade social traduzir um evidente interesse orgânico do Estado.*

O direito civil deve, pois, regular os interesses singulares, orgânicamente coordenados com os interesses gerais.

E o mesmo professor, reproduzindo as ideias de D'Agüano, expostas no seu estudo *A reforma integral da legislação civil*, publicado na revista *Ciência do Direito Privado*, concluía, sem receio de confundir o direito privado com o direito público, que o direito civil moderno, animado pela utilidade geral, propõe-se conciliar os interesses singulares, para o que não basta a universal garantia da liberdade individual.

Por isso, na sua definição, o direito civil é o complexo de normas jurídicas respectivas ao interesse individual, orientadas pela coordenação orgânica das actividades individuais com o interesse social, reguladoras das relações entre os elementos sociais singularmente considerados.

Se não estivesse numa assembleia de juristas, eu teria de abrir aqui um parentese para evitar uma confusão que variadíssimas vezes tenho visto fazer, qual é a de se pensar que o conceito social do direito civil restringe ou prejudica, só por si, necessariamente, o exercício das liberdades políticas do cidadão.

Trata-se, porém, de duas categorias de fenómenos perfeitamente diferenciados e independentes.

Em outro lugar, e em melhor oportunidade, espero poder um

dia demonstrá-lo àqueles que ainda o não compreenderam, e que, por isso, se mostram hostis ao desenvolvimento do *direito social*.

5 — O *princípio da autonomia de vontade*, considerado como um princípio absoluto, apresenta-se-nos, hoje, anti-social e, portanto, anti-jurídico.

Como escreveu Gounot na obra já citada, a teoria do *contrato social* de Rousseau, em direito público, e o princípio da *autonomia da vontade*, em direito privado, não são mais do que a transposição, para a ordem jurídica, dessa concepção anti-natural do homem Robinson, em si mesmo titular de poderes e deveres.

Ora, é óbvio que, onde não há sociedade, onde não há convivência, não podem existir, nem ser exercidos, direitos e obrigações.

Se o sujeito activo de um direito é o homem, o sujeito passivo desse direito tem de, necessariamente, ser outro homem.

Os próprios direitos que, aparentemente, o homem exerce sobre as cousas, são poderes a que, correlativamente, correspondem deveres da parte dos outros homens e são, precisamente, estes *deveres* correlativos que constituem o conteúdo real daqueles *poderes*.

O contrato que, nos tempos modernos, representa a mais rica fonte de direitos e obrigações, resulta, essencialmente, da vida social e não pode conceber-se sem ela.

É bom, todavia, prevenir, que eu não recaio no erro oposto, de aceitar a doutrina da *escola hegeliana alemã* ou da *escola sociológica francesa*.

Eu não sei o que seja o *eu social*, figura abstracta, em que aquelas escolas diluem ou perdem o *eu individual*.

Mas, porque muitas vezes a sinto, eu sei o que seja a *consciência colectiva*, isto é, uma corrente dominante de vontades individuais, dirigida no mesmo sentido, impelida pela mesma força, procurando realizar os mesmos interesses, materiais ou espirituais.

*No indivíduo tudo é social excepto a sua própria individualidade.*

Por consequência, embora a vontade individual tenha uma

relativa autonomia jurídica, essa autonomia está limitada pelo *direito objectivo*, que não é o produto de um *direito natural*, anterior ou superior ao homem, mas sim uma *emanação espontânea* da vida de relação, que se manifesta ao mesmo tempo que se forma a sociedade humana, e que os próprios homens vão transformando e corrigindo, não pelo exercício do seu livre arbítrio, mas determinados pelas condições de existência e de progresso dessa mesma sociedade.

É perante esta evidência — que, para mim, tem carácter definitivo, pois está situada numa linha de evolução perfeitamente demarcada — que *Pierre Louis Lucas*, na sua obra *Vontade e Causa*, criteriosamente afirma :

*A medida que a vontade traduz um interesse menos estritamente individual e mais directamente social, o que ela cria é mais uma instituição do que uma operação privada; e a ordem pública acrescenta ao poder normal da vontade individual este suplemento de poder social, que é a detenção, de facto e de direito, de uma parcela, mais ou menos considerável, do poder regulamentar.*

É evidente que todo o direito individual é um poder de acção e, por consequência, a *vontade* apresenta-se-nos, à primeira vista, como sendo o próprio fundamento do direito.

Mas não é assim.

Para que esse poder de acção (*direito subjectivo*) exista, é indispensável que, anteriormente a ele, exista um *direito objectivo de tutela*, que reconheça e defenda esse poder.

O *direito subjectivo* é um interesse protegido pela lei; logo a fonte originária do direito é a lei e não a vontade.

Ora a lei é criação, não do *indivíduo*, considerado em si mesmo, mas dos órgãos próprios das sociedades organizadas em *estados*; e se é certo que, na criação da lei, se atende aos interesses individuais, não é menos certo que a protecção jurídica destes só se produz no limite em que ela não determina um prejuízo dos interesses gerais e superiores da comunidade.

Se a vontade individual tivesse a protecção da lei, independentemente do seu conteúdo e do seu fim, não se justificavam,

nem explicavam, todas as disposições legais proibitivas que os códigos encerram e que constituem uma conquista da moral individual e social.

Essas proibições, temos de concordar, não são *queridas*, pelo menos, por aqueles contra quem se dirigem, contra aqueles que, ao infringirem a lei proibitiva, se colocam sob a alçada das respectivas sanções.

## II

### RESTRICÇÕES NATURAIS E RESTRICÇÕES LEGAIS AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

6 — A liberdade individual na criação do acto jurídico e na determinação dos seus efeitos, tem fronteiras naturais e tem fronteiras jurídicas.

As primeiras são aquelas que, embora não formuladas em preceitos imperativos, representam, todavia, em cada época e em cada povo, *regras de conduta*, indiscutíveis e indiscutidas, cujo conteúdo superior forma a moral, social e individual.

As segundas são aquelas que o direito consagrou e converteu em preceitos legais ou regulamentares.

Para que a vontade produza efeitos jurídicos é indispensável que ela seja, em primeiro lugar, *conforme ao direito*, em segundo lugar, *sã*, isto é, não sofra de qualquer vício, e, finalmente, que, tratando-se de actos bilateriais, se harmonize com outra vontade que lhe corresponda.

As derrogações ou limitações ao *princípio da autonomia da vontade* são, pois, como escreve Louis Josserand — *Curso de Direito Civil Positivo Francês* — 2.<sup>a</sup> edição, pág. 88 — de duas categorias, umas respeitantes à *forma* e outras respeitantes ao *fundo* dos actos jurídicos.

As derrogações ou limitações quanto à *forma* são a base da distinção entre *actos consensuais* e *actos formais*.

Não nos interessam estas limitações.

As que nos conduzem à finalidade que pretendemos atingir são as limitações quanto ao *fundo*.

7 — Durante muito tempo, de harmonia com os princípios individualistas, teve-se como certo que, em direito, *tudo que não é proibido é permitido*.

Mas esta regra, que para mim nunca foi absoluta, tem, hoje, mais do que em qualquer outra época anterior, de ser devidamente entendida.

A este respeito, suscita-se uma *questão prévia*, essencial, que formulo nestes termos :

— Que *forma* deve revestir a proibição para ser eficaz ?

— São unicamente proibições relevantes as formuladas em *normas de direito imperativas*, ou, pelo contrário, a proibição, e, por consequência, a nulidade, pode resultar, também, da circunstância de o *acto jurídico* querido pelas partes estar em conflito com determinados princípios gerais que constituem a estrutura e a garantia da vida social, tal como, em cada idade e em cada território nacional, existe e é praticada ?

Como deriva do que já deixei dito, em meu critério, o acto jurídico deve ser inválido, não só quando é praticado contra uma expressa disposição de lei, proibitiva ou preceptiva, mas também *quando ofenda a consciência colectiva e afecte essencialmente o bem comum*.

Encontro, já, nas leis vigentes, nacionais e estrangeiras, regras em que assentar, com segurança, esta afirmação.

É com o próprio Código Civil Português, cuja influência individualista, apesar de tudo, se revela bem vincada, que espero pode fazer, sumariamente, a demonstração do que afirmo.

No artigo 10.º, depois de se declarar que os actos praticados contra lei envolvem, em regra, nulidade, acrescenta-se que esta nulidade pode contudo sanar-se pelo consentimento dos interessados, *se a lei infringida não for de interesse e ordem pública*.

Ora isto importa, necessariamente, por parte do nosso sistema jurídico vigente, o reconhecimento da existência de dois elementos *de coexistência social*, aliás similares, o *interesse público* e a *ordem pública*.

É certo que, como o preceito legal está redigido, para que a *infracção* produza nulidade insanável, é necessário, primeiro, que o acto jurídico seja praticada contra uma *regra de direito escrito*,

e, segundo, que essa regra tenha a natureza de *lei de ordem pública*.

Assim, o chamado *arbitrio judicial* somente pode exercer-se na *qualificação* da lei, mas a existência desta não é dispensável.

A violação de um princípio de *coexistência social*, não formulado em regras de direito positivo, não seria bastante para, com base unicamente no artigo 10.º do Código Civil, determinar a nulidade do acto jurídico respectivo.

Temos de procurar outros alicerces em que assentar tal conclusão indispensável à paz pública e ao progresso jurídico.

8 — Como é sabido, o nosso Código Civil não faz, propriamente, uma *teoria geral das obrigações*. É, sobretudo, partindo das suas disposições gerais sobre *contratos*, que aquela teoria se constrói.

Ora, no tocante ao *objecto do contrato*, o artigo 669.º dispõe que é nulo o contrato, cujo *objecto* não seja física e legalmente possível, e, logo a seguir, no art. 671.º n.º 4, prescreve-se que não podem, legalmente, ser *objecto do contrato*,

«os actos contrários à moral pública».

Temos, assim, uma outra *categoria social*, além do *interesse público* ou da *ordem pública*, que as partes não podem ofender com os seus contratos.

Esta *categoria social* não está definida na lei.

Pertence ao Juiz resolver, de consciência, segundo o seu prudente arbitrio, em que consiste a *moral pública* e, por consequência, julgar se o acto jurídico é ou não contrário a ela.

Depois, no artigo 692.º, estabelece-se uma sanção especial para os contratos que tiverem, por *causa* ou *fim*, algum facto criminoso ou «*reprovado*». *Reprovado* não é sinónimo de legalmente *proibido*.

O seu significado é mais amplo, mais genérico; deve considerar-se *acto reprovado* todo aquele que afecta directamente o *bem comum*, cuja prática pode provocar uma reacção da *consciência colectiva*.

Na interpretação dos contratos manda ainda o art. 684.º que se atenda aos usos e aos *costumes*.

E quanto aos próprios *efeitos dos contratos* legalmente celebrados, o art. 704.º preceitua que os mesmos obrigam, tanto ao que neles é expresso, como às suas consequências *usuais e legais*.

Temos, portanto, mais uma *categoria social* — o *uso comum* — equiparado, em força obrigatória, à lei, no tocante às consequências dos contratos, e considerado como elemento operante da sua interpretação quando se trate de apurar a vontade ou a intenção dos contraentes sobre o objecto principal da relação jurídica.

Proíbe ainda o Código Civil, no art. 668.º, que os contraentes renunciem, previamente, à *nulidade* do acto jurídico *proveniente de dolo* ou coacção, e a lei consigna esta proibição, não por ser especial, mas por a sua imoralidade ser mais flagrante.

E, embora o Código Civil Português não contenha, como sucede com outros códigos estrangeiros, uma regra expressa no sentido de que os contratos se interpretam e executam de *boa fé*, creio que o princípio da boa fé em matéria contratual resulta, imperativamente, dos preceitos de lei já citados em conjugação com o disposto nos artigos 14.º, 15.º, 684.º, 685.º e 705.º do mesmo Código.

Deste modo, quando lemos, no artigo 672.º, que os contraentes podem ajuntar aos seus contratos as condições e cláusulas que bem lhes parecerem — *preceito legal que consagra o princípio da autonomia da vontade, com carácter aparentemente absoluto* — temos de concluir que a tal regra fazem excepção, não somente o § único do mesmo artigo, sobre os direitos do senhorio directo no caso de falta de pagamento de foros, mas também, além deste e de muitos outros preceitos especiais que as leis encerram, as regras de ética social e os princípios da ordem pública e do interesse público, próprios de cada sociedade humana civilizada e que constituem as condições da sua existência e do seu desenvolvimento.

## III

O CONTRATO. A EVOLUÇÃO DA SUA TÉCNICA.  
A FICÇÃO DA LIBERDADE CONTRATUAL

9 — É, todavia, no campo das relações contratuais, que o princípio da autonomia da vontade ainda hoje exerce o seu mais largo império.

Mas o *contrato moderno* afasta-se, cada vez mais, do *contrato antigo*, a tal ponto que, por vezes, é difícil encontrar qualquer traço de semelhança.

Como nota Edmond Sallé no seu livro *A evolução técnica do contrato e as suas consequências jurídicas*, o contrato moderno diferencia-se do contrato clássico pela sua natureza e pelos seus fins; o primeiro é nitidamente de fonte colectiva, ao passo que o segundo é de inspiração essencial individualista.

O contrato moderno não é, pode dizer-se, obra exclusiva dos contraentes.

É, em grande parte, produto de um condicionalismo económico e social, imposto pelo direito positivo, que restringe, em larga escala, a vontade individual.

Recordemos, por instantes, o que se passa, por exemplo, com os *contratos de transportes*, com os *contratos de seguro*, com os *contratos de trabalho* e com os diversos tipos de *contratos colectivos*.

Nos *contratos de transporte*, sempre que os mesmos revestem a natureza de um serviço público, ou, embora constituindo uma actividade privada, são de interesse público, nem o transportador, nem aquele que solicita o transporte, seja de pessoas ou de mercadorias, realiza, livremente, uma convenção bilateral.

O preço do transporte, as condições materiais em que o mesmo se deve realizar, os itinerários da viatura, os dias e horas da partida e da chegada, a própria responsabilidade civil do transportador, estão definidos num *contrato-tipo*, imposto pela empresa, quase sempre aprovado pelo Governo, que o interessado em que o serviço se realize tem de aceitar, tal como no contrato se contém, sob pena de não poder utilizar esse meio de transporte

e, portanto, não poder satisfazer a *necessidade* que o determina a celebrar o respectivo contrato.

Dir-se-á que, nestes casos, a vontade se exerce ainda livremente e se manifesta pela *adesão* que o interessado dá às cláusulas do *contrato-tipo* estabelecido pela empresa.

Mas este argumento é uma pura ficção.

Se alguém tem necessidade de se deslocar de Lisboa ao Porto, em combóio ou em avião, esse próprio *estado de necessidade* coage-o a aceitar as *condições gerais* em que a empresa presta o serviço.

Seria inútil discuti-las, porque a empresa não concorda, ou não pode concordar, em quaisquer outras.

E, então, ou a pessoa que carece de ser transportada, não satisfaz essa *necessidade*, ou aceita, tácitamente, pela compra do bilhete, as condições tarifárias que lhe são impostas.

Esta aceitação só aparentemente é livre.

É livre no querer o *acto jurídico* transporte, mas não no querer as *condições* em que este se realiza, condições que, aliás, na grande maioria dos casos, a pessoa transportada ou o dono das cousas objecto do contrato totalmente desconhecem.

Se o carregador de uma mercadoria, a transportar por via marítima, lesse e meditasse, previamente, as cláusulas do *conhecimento*, é muito possível que desistisse de a confiar ao poder quase discricionário do armador ou do patrão.

Todavia, por virtude das necessidades do comércio de cabotagem ou internacional, o transporte marítimo cada vez se desenvolve mais.

Com o *contrato de seguro*, hoje moralizado e disciplinado, mercê, precisamente, da fiscalização oficial, sucede, também, que nenhum segurado pode, por mútuo acordo com a seguradora, alterar as tarifas ou as condições da apólice.

O segurado, para poder realizar o seguro, tem de aceitar, por adesão, as cláusulas acessórias que a companhia lhe impõe.

Ora, como o seguro ou é uma garantia do património ou um meio de assegurar um capital ou uma renda que compense o prejuízo material resultante da morte ou da incapacidade, absoluta ou relativa, das faculdades de trabalho do homem, é evidente que, na maior parte dos casos, quem faz um seguro protege um

interesse seu fundamental, e assim, também neste caso, a liberdade contratual é illusória, e pode dizer-se que ela desaparece completamente quando é a própria lei que impõe o seguro como contrato acessório de um outro contrato principal.

No campo de trabalho, então, o princípio da autonomia da vontade está reduzido a proporções imperceptíveis.

O período do contrato, as causas rescisórias, a remuneração, as indemnizações por incumprimento e várias outras cláusulas principais são impostas pela lei, que pouco ou nada deixa à autonomia da vontade.

Nas próprias relações jurídicas de crédito, muitos são os estabelecimentos, públicos ou privados, que somente o concedem quando o devedor aceita os contratos-tipo estatuídos pelas respectivas administrações.

Hoje vai-se até mais longe.

Há contratos que, por uma ficção do *instituto da representação*, obrigam quem nele não intervém e não conferiu mandato para a sua celebração. Os chamados *contratos colectivos* estão nestas circunstâncias.

Em relação a esta espécie de *contratos*, escreve M. Rouast no seu *Ensaio sobre a noção jurídica do contrato colectivo*:

«A obrigação decorre de um direito novo, fundado sobre a necessidade, em vez de ser fundado sobre a vontade».

10 — Estamos, na verdade, assistindo a um profundo movimento transformador de todos os princípios base do direito privado e ao abandono da *escola exegetica* francesa do século passado.

A um socialismo económico tinha, necessariamente, de corresponder um socialismo jurídico. *Menger* foi um precursor, mas *Radbruch* vê já o fenómeno em pleno desenvolvimento.

Aquelas doutrinas a que *Bonnet* ainda há pouco chamava *românticas*, têm, hoje, foros de cidade e constantes aplicações práticas na vida do direito.

O direito público tem vindo, a pouco e pouco, a roubar espaço vital ao direito privado.

O legislador sujeita, por vezes, os contratos válidamente celebrados à revisão dos tribunais.

O que se passa com a *cláusula penal* — cujo estudo desenvolvido espero poder realizar um dia neste *Instituto da Conferência* — é bem significativo.

A faculdade de o juiz a reduzir quando exceda o dano efectivamente causado está expressamente reconhecida em várias leis estrangeiras — artigo 182.º do Código Civil Suíço das Obrigações, artigo 343.º do Código Civil Alemão e artigo 1.231.º do Código Civil Francês, este último só no caso de ter havido execução parcial.

É curioso notar que a nossa lei n.º 1.952, que regula o *regime jurídico do contrato de trabalho*, no § 4.º do seu artigo 1.º, estabelece que as *indemnizações provenientes da falta de aviso prévio poderão ser reduzidas por prudente arbítrio do Juiz quando se prove que excedem o prejuízo efectivamente sofrido por um ou outro dos contraentes*.

Com o *contrato de usura*, as restrições à liberdade contratual são ainda mais extensas, porquanto o decreto n.º 21.700, de 1 de Outubro de 1932, que as instituiu, declara-as aplicáveis aos contratos celebrados no domínio da legislação anterior.

E não me referirei, em especial, aos *contratos de arrendamento* de prédios urbanos, porque, nesse capítulo, vive-se em regime de perfeita desordem jurídica, pois nunca se levou tão longe, e praticou tão mal, o intervencionismo do Estado em matéria contratual.

Creio que os exemplos que deixo indicados ilustram, por forma bem expressiva, que, mesmo no campo das relações jurídicas contratuais, o *princípio da autonomia de vontade* perdeu, muito, do seu valor doutrinal e prático.

II — O contrato moderno sofre, no mais alto grau, a influência do alargamento sempre crescente da esfera de acção do direito público, que hoje domina muitas instituições jurídicas que outrora eram exclusivamente de direito privado.

E este fenómeno é, precisamente, consequência ou efeito da socialização geral do direito ou, se preferirem, do desenvolvimento do direito social.

Mas não é sòmente o *factor social* que determina esta evolução.

O próprio *factor económico* concorre decisivamente para ela. O *esforço individual* revela-se cada vez mais insuficiente para desenvolver a produção e a circulação da riqueza.

O capital e o trabalho organizam-se, concentrando-se.

O poder da empresa tem de ser directamente proporcional à dificuldade e à grandeza do empreendimento.

Assim, torna-se cada vez mais incompatível com as condições materiais da vida contemporânea, deixar que as relações, entre os indivíduos, se regulem, exclusiva ou principalmente, pela sua vontade arbitrária.

É um facto irrefutável, apontado por *Lambert* no seu prefácio ao *Código dos Soviets*, que o *contrato* está a pouco e pouco a ser substituído pela *lei*. E quem diz *lei* diz *vontade colectiva* ou melhor diz *interesse social*.

O Dr. Manuel Gomes da Silva, no seu livro *Conceito e estrutura da obrigação*, acusa, também, a existência de um fenómeno, cada vez mais generalizado, que vai, a pouco a pouco, pulverizando muitos dos princípios base das relações jurídicas contratuais definidos no Código Civil.

Escreve este ilustre professor :

*...encontramos hoje grupos de obrigações que, embora constituídas isoladamente, se acham enquadradas em sistema de relações jurídicas, de natureza variada, mas todas ordenadas para determinado fim social.*

*Em resumo, podemos dizer que são poucos os contratos regulados no Código Civil, ao qual não correspondem, hoje, instituições que absorvem as mais importantes manifestações práticas desses contratos, instituições nas quais estes se encontram regulados de forma especialíssima em atenção ao fim social que os domina.*

*É este fenómeno, característico da organização jurídica actual, que nós designamos pelo nome de institucionalização das obrigações, porque nele se manifesta aquele enquadramento de pessoas e das relações que os unem em*

*organismos sociais dominados por um fim, enquadramento que é próprio do moderno conceito de instituição.*

Ora, a evolução não atingiu o seu termo e, no entretanto, o *princípio da autonomia da vontade*, ainda que profundamente abalado, continua a ser considerado um princípio vivo no campo das relações jurídicas contratuais.

12 — Interessa, portanto, ver sobre que *elementos* do contrato tal princípio pode actuar.

Seguindo a tradição romanista, o Dr. José Gabriel Pinto Coelho, na introdução à sua *Dissertação Inaugural — Das cláusulas acessórias dos negócios jurídicos*, distingue entre *elementos essenciais* do negócio jurídico (*essentialia negotii*), *elementos naturais* (*naturalia negotii*) e *elementos accidentais* (*accidentalia negotii*).

São *elementos essenciais* do negócio jurídico os que definem e caracterizam a sua *espécie*, na falta dos quais o negócio jurídico não existe ou existe com uma identidade diversa daquela que a vontade que o criou quiz produzir.

Por exemplo, no *contrato de sociedade*, é elemento essencial o facto de os sócios porem em comum bens ou indústria, ou bens e indústria conjuntamente, com o intuito de repartirem, entre si, os proveitos ou perdas que possam resultar dessa comunhão — artigo 1.240.º do Código Civil.

São *elementos naturais* aqueles que a lei, normalmente, considera parte da convenção, mas que os contraentes podem excluir por uma manifestação expressa de vontade.

A lei declara que a sociedade acaba pela morte ou pela interdição de algum dos sócios — artigo 1.276.º n.º 4 do mesmo Código — mas, no artigo 1.277.º admite, contudo, que a sociedade continue ainda que faleça qualquer deles, *se tal tiver sido estipulado*.

São, finalmente, *elementos accidentais*, aquelas cláusulas acessórias que as partes podem juntar aos negócios jurídicos, no sentido, quer de lhe modificar um *elemento natural*, quer de lhe determinar um efeito que a lei não prevê, nem proíbe.

Como diz Arias Ramos, a pág. 129 do vol. I do seu *Manual*

de *Direito Romano*, os requisitos acidentais não fazem falta para que o negócio jurídico exista, nem a lei os supõe existentes.

Estes *elementos acidentais* são os que o nosso Código Civil admite no artigo 672.º, ao estabelecer que os *contraentes podem ajuntar aos seus contratos as condições ou cláusulas que bem lhe parecerem, condições e cláusulas que formam parte integrante dos mesmos contratos e se governam pelas mesmas regras, excepto nos casos em que a lei ordena o contrário.*

O princípio da *autonomia da vontade* somente pode exercer-se em relação aos *elementos naturais* e aos *elementos acidentais dos negócios jurídicos.*

Os *essentialia negotii* têm de ser conservados, sob pena do negócio jurídico não chegar a ter existência, afirmação que, todavia, não exclui a possibilidade de se celebrarem, válidamente, *contratos inominados*, desde que, bem entendido, satisfaçam aos requisitos essenciais enumerados no artigo 643.º do Código Civil.

O meu pensamento é somente este : quando os contraentes pretendem celebrar um contrato de *certa espécie* não podem eliminar dele os seus *elementos essenciais.*

As cláusulas reguladoras da responsabilidade civil contratual são *elementos acidentais do contrato.*

Parece, pois, à primeira vista, mas só à primeira vista, que as partes podem, a tal respeito, convencionar o que bem entenderem.

#### IV

### AS CLAUSULAS REGULADORAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL. ISENÇÕES E LIMITAÇÕES

13 — Quem ler e considerar objectivamente os artigos 672.º, 673.º, 674.º e 708.º do Código Civil e abstrair de outras disposições, da elaboração doutrinal do direito e da sua transformação evolutiva, realizada através da interpretação que juizes e juriconsultos fazem da norma escrita, concluirá que os contraentes podem, livremente, não só excluir, em absoluto, a responsabilidade civil por falta voluntária de cumprimento do contrato, mas, também,

restringi-la *ad libitum*, ou, ainda, inversamente, impor responsabilidade ao contraente faltoso, mesmo nos casos em que a falta é involuntária ou é devida a facto do outro contraente.

No artigo 672.º permite-se que os contraentes incluam nos seus contratos as condições ou cláusulas que bem lhes parecerem.

No artigo 673.º autoriza-se que os contraentes estipulem certa prestação como pena do não cumprimento do contrato.

No artigo 674.º concede-se, às partes, a faculdade de fixarem, previamente, a importância da cláusula penal.

E, por último, no artigo 708.º preceitua-se que a responsabilidade civil pode ser regulada por acordo dos pactuantes, salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrário.

Tomando à letra estes artigos e desprendendo-os das restantes disposições do nosso sistema legislativo e das ideias dominantes no campo da filosofia do direito, poder-se-ia afirmar que os mesmos autorizam as conclusões mais liberais em matéria de responsabilidade civil contratual.

A vontade poderia, neste capítulo, ditar, livremente, a lei da convenção.

Mas tal conclusão é manifestamente errada.

*O princípio da responsabilidade civil, contratual ou extra-contratual, é, nas sociedades civilizadas, um princípio base de coexistência social.*

Assim como se não concebe direito sem força obrigatória, não pode conceber-se, em matéria contratual, incumprimento voluntário sem sanção.

Como escreve Bonnecase, no tomo II do suplemento ao *Tra-  
tado Teórico e Prático de Direito Civil de Baudry-Lacantenerie*,

*A noção da responsabilidade traduz essencialmente a  
vida das regras de direito e a sua força obrigatória.*

*Se as regras de direito são voluntariamente observadas  
a sua acção não se faz sentir de uma maneira tangível.*

*Aquela só se revela logo que os indivíduos ou os con-  
traentes entram mais ou menos abertamente em revolta  
contra o direito rompendo assim o equilíbrio social preju-*

*dicando a outrém. É então que surge a noção da responsabilidade civil, isto é a necessidade do contraventor reparar as consequências nocivas da sua acção indemnizando a vítima.*

É em conformidade com estes princípios que no artigo 705.º do nosso Código Civil se formula a seguinte regra fundamental :

*O contraente que falta ao cumprimento do contrato torna-se responsável pelos prejuízos que causa ao outro contraente, regra a que a lei faz unicamente as seguintes excepções :*

- a) — ter sido o contraente faltoso impedido de cumprir por facto de outro contraente ;
- b) — ter sido impedido de cumprir por força maior ;
- c) — ter sido impedido de cumprir por caso fortuito para que de nenhum modo haja contribuído.

Fora destes casos, o contraente faltoso, segundo a norma geral do artigo 705.º, responde por perdas e danos.

— Mas qual é a natureza desta norma ?

— Será imperativa ou supletiva ?

— E, sendo imperativa, poderá considerar-se uma norma de interesse e ordem pública ?

Para respondermos a esta pergunta, temos de, preliminarmente, considerar o que dispõe o artigo 10.º.

14 — O que deve entender-se, então, por lei, de *interesse e ordem pública* ?

O Dr. Guilherme Moreira — *Instituições* — vol. I pág. 64 — depois de incluir, entre as leis de direito privado de *ordem pública*, as que determinam o estado das pessoas, a organização da família, as que fixam a cota legitimária, as que regulam a organização da propriedade e as que tem por fim acautelar interesses de terceiros, acrescenta :

*Têm carácter de normas de interesse público aquelas cujo fim é assegurar o respeito pela ordem social, impondo*

*a quem injustamente lese um direito a obrigação de indemnização de perdas e danos.*

E acrescenta :

*Como critério geral para determinar as leis de interesse e ordem pública, deve atender-se a que, como as próprias palavras indicam, se fixam por essas lei as regras que o legislador julga indispensáveis para assegurar a existência do interesse colectivo do Estado.*

A palavra *Estado* foi aqui manifestamente mal aplicada, porquanto, no pensamento do ilustre civilista, como se vê das considerações subsequentes, são normas de interesse e ordem pública todas as que tutelam «os interesses que são comuns ao agregado social».

E, entre essas normas, como dissémos, o Dr. Guilherme Moreira insere as que impõem, «a quem injustamente lese um direito, a obrigação de indemnização de perdas e danos».

O Dr. José Tavares — *Os princípios fundamentais do direito civil* — vol. I, págs. 142 — apresenta a seguinte conclusão :

*Nesta matéria é forçoso confessar que a ciência moderna não consegue ir além da definição clássica, que considera de ordem pública os preceitos destinados a garantir e defender principalmente os interesses da colectividade, isto é, as condições fundamentais da vida moral e jurídica da sociedade.»*

E, depois de ter afirmado um tal princípio, considera de interesse e ordem pública «as disposições que obrigam o autor dum delito a reparar o dano causado».

Creio, porém, que a palavra «*delito*» está aqui empregada, tanto no sentido de *ilícito penal*, como de *ilícito civil*, no que o Dr. José Tavares concorda com o Dr. Guilherme Moreira, pois, de contrário, nem seria necessário fazer referência especial à obrigação de indemnizar os danos resultantes dos delitos penais, uma

vez que as *leis penais* são de *direito público* e todas as normas de direito público são por natureza de *ordem pública*.

O Dr. Cunha Gonçalves, a fls. 410 do vol. I, inclui entre as leis de ordem pública as «*leis sobre organização económica*» e, entre elas, menciona as «*relativas à responsabilidade civil*».

Auxilia esta conclusão o facto de a diferença entre responsabilidade contratual e responsabilidade delitual ser cada vez mais apagada, e no que respeita ao nosso direito, a responsabilidade contratual e a extra-contratual ou aquiliana se regerem pelos mesmos princípios — art. 2.393.º do Código Civil.

E porque, como opina Borsari, a *ordem pública* consiste, não só no estado político do país, mas na tranquilidade e no «*sentimento da honestidade geral*», é perfeitamente compreensível que este conceito de leis de interesse e ordem pública evolua e se alargue à medida que o conceito deixa de ter um conteúdo puramente económico e particularista e se vai reconhecendo que a ilicitude do incumprimento pode afectar, na frase do Dr. José Tavares, «*as condições da vida moral e jurídica da sociedade*».

E, assim, quanto mais nos vamos afastando dos princípios individualistas, mais amplitude temos de dar ao conceito da *ordem pública*, ordem social e jurídica, bem entendido, e não *ordem política*, que é fenómeno de espécie diferente.

Por isso, já numa larga esfera do *conceito* que acidentalmente estou analisando. Pierre Louis Lucas, na obra «*Vontade e Causa*», que já tive oportunidade de citar, define, assim, *ordem pública* :

«*É a delimitação do mínimo de utilidade social a baixo do qual a obrigação nascida de um facto lícito não pode praticamente ser mantida como obrigação juridicamente válida ;*»

ou

«*É a delimitação, fixada segundo as normas actualmente aceites, do mínimo de licitude abaixo do qual a obrigação não pode praticamente ser mantida como obrigação juridicamente válida.*»

E depois conclui :

*A obrigação não é legítima quando ultrapasse, de uma maneira certa, o conteúdo normal, segundo os usos actuais, do direito que ele pretende pôr em movimento.*

*A obrigação não é legítima logo que o seu objecto constitui um atentado certo à moralidade pública, tal como ela resulta do consenso de cada época.*

*A obrigação não é legítima logo que ela contradiz, de uma maneira certa, o regime social actualmente vigente.*

Estas ideias têm vindo, a pouco e pouco, a infiltrar-se, mesmo nas camadas profundas da ordem jurídica, estractificadas em normas aparentemente rígidas e imutáveis.

Veja-se o que ainda recentemente o Supremo Tribunal de Justiça decidiu no seu acórdão de 10 de Julho de 1945.

Nesse acórdão, com argumentos, na hipótese discutíveis, mas em princípio certos e, em todo o caso, doutamente elaborados, para o efeito de não se aplicar uma *cláusula penal*, inserta num contrato de promessa de compra e venda, igual a dezasseis vezes o *sinal passado*, julgou-se, por maioria, que o artigo 1.548.º do Código Civil, na parte em que se preceitua que a perda do sinal ou a sua restituição em dobro valerá como compensação de perdas e danos, íntegra uma disposição preceptiva, e não supletiva, afecta ao interesse e à ordem pública.

É um mundo novo que por este caminho se pode descobrir.

15 — E o que pensar, então, do artigo 705.º do Código Civil?

Se, por um alargamento que no estado actual da vida económica e jurídica ainda me parece excessivo, pudesse considerar aquela disposição legal inteiramente de interesse público, a questão que estou tentando solucionar ficaria resolvida.

Toda a cláusula contratual em contrário ou além do que naquele artigo se dispõe seria absolutamente nula por virtude do disposto no artigo 10.º do Código Civil.

Falta-me, porém, coragem para formular regra aparentemente tão revolucionária.

Evolução não é revolução, embora muitas vezes a revolução não seja mais do que o prelúdio da evolução.

No meu espírito fica, porém, pairando a ideia claríssima de Bonnecase quando pergunta se *admitir*, em princípio, a validade das cláusulas de não responsabilidade, não será admitir uma tentativa de uma espécie de desarticulação do mecanismo da vida jurídica nos seus elementos primários.

E o ilustre professor de Bordeus continua :

*As leis aplicam-se aos interessados e atingem o seu fim, por intermédio de actos jurídicos e de factos jurídicos.*

*Estes constituem, portanto, duas noções técnicas fundamentais formando respectivamente um todo cuja essência é conduzir à aparição de situações jurídicas que se traduzem por direitos e obrigações.*

*Desde que se possa suprimir arbitrariamente as obrigações nascidas de uma situação jurídica determinada, chega-se a consagrar uma noção contraditória, ou melhor ainda uma monstruosidade jurídica; a vida jurídica seria inteiramente falseada, como seria violada a própria ideia do direito.*

*É por isso que as cláusulas de não responsabilidade se condenam a si mesmo como contrárias à essência do acto jurídico e do facto jurídico — Suplemento — Tomo II, pág. 651.*

*Esmein — Les clauses de non responsabilité, apud Revue Trimestrielle — 1926, pág. 323 — pronuncia-se pela ineficácia das cláusulas de irresponsabilidade com base na doutrina da causa final que, segundo Capitant, nos contratos sinalagmáticos, é a vontade de obter a execução da prestação prometida em troca. As cláusulas de irresponsabilidade, a serem válidas, anulariam a causa do contrato em relação a aquele dos contraentes contra quem fossem estabelecidas.*

Ripert, no seu conhecido livro *La Regle Morale dans les Obligations Civiles*, pág. 58, emite este parecer :

*A cláusula de não responsabilidade ou de limitação de responsabilidade não pode ter por resultado permitir ao*

*autor do prejuízo a violação da regra moral permittindo-lhe comprar a preço de dinheiro o direito de prejudicar os outros.*

*A jurisprudência declara nulas as cláusulas pelas quais alguém se oxonera do seu dolo ou da sua falta grave, equivalente a dolo.*

*É bem o respeito pela regra moral que ele assegura. A liberdade contratual detém-se quando ensaia escapar à observância do dever de não prejudicar a outrem.*

A questão vista sob este aspecto tem um interesse jurídico secundário, a menos que se entendesse que o fundamento da responsabilidade civil é unicamente moral.

Mas não; esse fundamento é particularmente jurídico, porque é a essência do próprio direito.

Na impossibilidade de desenvolver, aqui, a discussão doutrinária do problema posto, que tanto interesse desperta, temos de nos circunscrever ao estudo das soluções mais adequadas em face do direito positivo português.

E, então, voltamos a perguntar :

— Qual será a natureza do artigo 705.º do nosso Código Civil?

— Estaremos perante uma norma inteiramente supletiva?

Para se ver que o artigo 705.º não encerra uma norma inteiramente *supletiva*, basta pensar que, a ter esse artigo tal natureza, seria válida a cláusula pela qual o contraente faltoso tivesse de responder por perdas e danos mesmo que fosse impedido de cumprir por facto do outro contraente.

Atrevo-me a afirmar que todos estamos de acordo em que uma cláusula com esse alcance seria considerada absolutamente nula, quer por contrária à *moral pública*, quer por autorizar um verdadeiro *enriquecimento sem causa*.

O contraente que impediu que o contrato fosse cumprido não pode receber qualquer indemnização. Seria compensar a própria falta.

Podemos considerar este ponto assente.

— Mas será possível, por uma cláusula contratual, constituir em responsabilidade civil o contraente que não cumpriu por *força*

maior ou por caso fortuito para o qual de nenhum modo haja contribuído?

É de admitir a resposta afirmativa, porque tanto a *força maior*, como o *caso fortuito*, produzem-se independentemente da vontade dos contraentes.

Constituem um verdadeiro *risco* do negócio jurídico.

Ora, as consequências do *risco* — facto incerto, inevitável ou imprevisível quanto ao momento em que se produz — podem, por mútuo acordo, ser suportadas por ambas as partes ou por qualquer delas.

O *onus do risco*, assumido por um dos pactuantes, deve ter, e tem naturalmente, a sua compensação na contraprestação que o outro pactuante prestou ou se obrigou a prestar.

Da análise do artigo 705.º tiramos, portanto, estas conclusões: *a ineficácia de qualquer cláusula contratual que responsabilize o contraente que faltou ao cumprimento do contrato por facto voluntário do próprio contraente; a eficácia das cláusulas que impõem responsabilidade ao contraente faltoso mesmo que o incumprimento seja devido a força maior ou a caso fortuito.*

16 — O problema que, até aqui, se apresenta simples, principia a complicar-se quando temos de nos pronunciar sobre as *cláusulas de irresponsabilidade* no caso em que a falta do cumprimento ou o cumprimento imperfeito se deve, não a facto do outro contraente, não a força maior ou a caso fortuito, mas a facto do próprio *contraente faltoso*.

Essas cláusulas são de duas espécies:

- a) — umas de irresponsabilidade total; e
- b) — outras de responsabilidade limitada, limitação que pode verificar-se, quer no tocante aos casos em que o devedor é responsável, quer no tocante à importância da indemnização.

É preciso, todavia, não confundir *cláusulas de irresponsabilidade*, com as chamadas *condições meramente potestativas*, ou, o que para mim é o mesmo, com as cláusulas segundo as quais o contraente só cumpre *se quiser*.

E digo é o mesmo, porque, neste caso, o *facto condição* confunde-se com a *vontade* daquele que se obriga condicionalmente.

Se os pactuantes têm a faculdade de não realizar a prestação a que respectivamente ficam adstritos, não se realiza um *contrato*, porque, por esse acordo, não se transfere qualquer direito, nem se cria qualquer obrigação — artigo 641.º do Código Civil.

Tal convenção só produz efeitos jurídicos a partir do momento em que há execução.

Mas a situação é diversa se a chamada condição *mèramente potestativa* é estipulada só em favor de um dos contraentes.

Nessa hipótese, como bem sustenta o Doutor Pinto Coelho, na sua referida obra, *fica existindo uma promessa unilateral de contrato, que há-de necessariamente produzir os seus efeitos, uma promessa preparatória de um futuro e eventual contrato bilateral, que se torna perfeito logo que o contraente, em favor de quem a condição potestativa opera, manifesta a sua vontade no sentido de aceitar a promessa do outro contraente.*

É preciso também não confundir a convenção pela qual o devedor cumpre *se quizer*, com as convenções em que o *tempo da prestação* é deixado às possibilidades do devedor (*cum potuerit*) — artigo 743.º do Código Civil — ou é deixado ao arbítrio do devedor (*cum voluerit*).

No primeiro caso, não há *vínculo obrigatório*; no segundo, há *vínculo obrigatório exigível* logo que o credor prove que o devedor pode cumprir; no terceiro caso, que o nosso Código Civil não prevê, há *vínculo obrigatório*, cuja exigibilidade, para alguns códigos estrangeiros, depende da fixação de um prazo razoável pelo juiz, e, para outros, se a obrigação é meramente pessoal, depende de o juiz fixar o prazo de cumprimento, mas, se a obrigação não é pessoal, o credor sòmente pode exigir o cumprimento dos herdeiros do devedor.

Feita esta distinção, diremos que, relativamente às convenções em que se encontra inserta uma *condição potestativa* que aproveita aos dois contraentes, a questão da validade ou invalidade das cláusulas de irresponsabilidade não se põe, porque não existe contrato de que tal cláusula seja *elemento acessório*.

Mas tem perfeito cabimento nos contratos em que a *condição potestativa* é *unilateral*, porque, nesse caso, o problema da respon-

sabilidade civil suscita-se, imediatamente, em relação ao contraente que promete, e, logo após a aceitação, relativamente também aquele que aceita a promessa.

17 — Delimitadas, assim, as fronteiras do nosso raciocínio, podemos já estudar a questão fundamental ainda por resolver, ou seja apurar se, no nosso direito, a cláusula de exoneração total da responsabilidade ou as cláusulas limitativas de responsabilidade são válidas nos casos em que o incumprimento ou o cumprimento imperfeito se deve a facto voluntário do devedor, *doloso* ou *culposo*.

Considero doutrina pacífica que, salvos os casos em que as nossas leis estabelecem a *responsabilidade objectiva*, a culpa é *um elemento mínimo da responsabilidade civil contratual*.

Portanto, quando a lei não determina o contrário, onde não há *culpa*, não há responsabilidade contratual.

E por *culpa* deve entender-se a *imprevisão ou a falta de diligência* não determinada pelo propósito de causar um prejuízo.

Na falta de intenção de praticar um facto ilícito e de causar uma lesão é que está a diferença entre *culpa* e *dolo*.

Como, em matéria penal, doutamente ensina o professor Cavaleiro Ferreira, «*a distinção entre dolo e culpa assenta no conteúdo da vontade e nas suas relações com o facto*».

O Código Civil dá-nos uma noção de *culpa*, que equipara à *negligência*, no § 2.º do artigo 717.º, e no § 3.º do mesmo artigo determina que a *culpa* seja apreciada *em concreto*, isto é, conforme as circunstâncias do facto, do contrato e da pessoa.

Relativamente ao *dolo*, o Código só o define como *vício de vontade* no § único do artigo 663.º.

Em matéria de responsabilidade civil, o conceito de *dolo* é, unanimemente, o da *lesão intencional*.

Será válida uma cláusula de irresponsabilidade que cubra o *incumprimento doloso*?

Afirmo, abertamente, que não é.

Segundo o artigo 668.º do Código Civil, *não é lícito renunciar, previamente, à nulidade proveniente do dolo ou da coacção*.

O *dolo* e a *coacção* são vícios de vontade; affectam o *mútuo*

*consentimento* que, nos termos do n.º 2 do artigo 643.º, é um dos requisitos da validade dos contratos.

A aceitar-se e a aplicar-se sem restrições o princípio da autonomia da vontade, poderia clausular-se a renúncia à nulidade por *dolo* que a lei comina.

O legislador, proibindo que se renunciie, previamente, à nulidade proveniente do *dolo*, obedeceu, porém, a um imperativo de *consciência colectiva*, que, necessariamente, considera tal renúncia imoral. Seria dar efeito jurídico a uma vontade aparente, como é sempre a vontade viciada por *erro*, *dolo* ou *coacção*.

O legislador não necessitava, todavia, de formular a regra do artigo 668.º para que a renúncia fosse ineficaz. A sua invalidade teria de resultar, sempre, da falta, no contrato, do requisito *mútuo consenso*. Mas, se a formulou, foi, como tantas vezes sucede, por mera aplicação do princípio fundamental que informa todas as relações jurídicas contratuais — *a boa fé* — e não pela necessidade de impor um princípio novo.

Olhemos, agora, para os artigos 1.051.º e 1.055.º.

Estamos no campo da *evicção*. Pelo artigo 1.051.º, n.ºs 1 e 2, o alheador não responde pela *evicção* :

1.º) — se assim foi estipulado ou se, sendo advertido o adquirente do risco da *evicção*, o tomou sobre si ;

2.º) — se, conhecendo o adquirente o direito do evictor, *dolosamente* o tiver ocultado ao alheador.

A *primeira excepção* está de perfeita harmonia com as ideias já expostas a propósito do artigo 705.º do Código Civil. A *evicção* é um *risco* e, portanto, desde que o adquirente, sendo advertido dele, o toma sobre si, é perfeitamente lógico que o alheador não responda.

A *segunda excepção* é ainda a aplicação da regra de que a *boa fé* é, na celebração, na interpretação e na execução, um pressuposto de todos os contratos.

Se o adquirente conhece o direito do evictor e o oculta *dolosamente* do alheador, este não deve responder, porque o adquirente procedeu de *má fé*, mantendo o alheador na ignorância do *risco* que corria contratando.

Lògicamente, no artigo 1.055.º, o legislador preceitua :

*Os contraentes podem aumentar ou diminuir, convencionalmente, os efeitos da evicção, mas não renunciar à responsabilidade que possa resultar do seu dolo ou má fé.*

No caso de o contrato não ter sido devidamente cumprido por *dolo*, a cláusula de irresponsabilidade deve ser proscrita.

É esta a opinião consagrada pelos Autores — Dr. Jaime Gouveia — *ob. cit.*, pág. 456, Dr. Cunha Gonçalves — *Tratado de Direito Civil*, vol. IV, pág. 317, Dr. Pinto Coelho «*A responsabilidade do transportador nos transportes aéreos e a validade de cláusula de irresponsabilidade por accidentes ocorridos às pessoas*», no *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, — vols. X e XI.

No mesmo sentido se pronunciam muitos autores estrangeiros.

Além dos já citados, apontarei Louis Josseland — *Cours de Droit Civil Positif Français* — Boutard — *Etudes sur les clauses d'irresponsabilité* — Durand — *Des conventions d'irresponsabilité* — Henri Lalou — *La responsabilité civile* — Henri e Leon Mazeaud — *Traité Theorique et Pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle*.

Todos estes escritores estão de acordo que, contra o *facto intencional* e contra a *culpa grave*, qualquer cláusula de exoneração de irresponsabilidade é impotente.

A *regra moral* e a *ordem pública* excluem a sua validade.

Efectivamente, é inadmissível conceber que alguém, com  *vontade sã*, aceite uma cláusula pela qual dispense a pessoa com quem contrata de o indemnizar do prejuízo que lhe determine pelo intencional incumprimento do contrato.

Quer se trilhe um ou outro caminho, chegamos, fácil e necessariamente, à invalidade de tais cláusulas.

18 — E relativamente à *mera culpa* ?

— As cláusulas de irresponsabilidade serão válidas ?

O problema não oferece segura solução, fora da doutrina da sua nulidade absoluta.

Em primeiro lugar, o *conceito de culpa* não está perfeitamente

definido, havendo ainda quem o gradue distinguindo entre *culpa grave, leve ou levíssima*.

— Até que grau poderá ir a culpa, de modo que, sem ofensa da ordem pública, da moral e do princípio que a vontade deve ser sã para ser plenamente eficaz, uma cláusula contratual isente de responsabilidade o autor da lesão?

Além disso, segundo a *teoria da representação*, defendida por *Listz e Austin*, ainda que, no momento da prática do facto ilícito, a *previsão da nocividade* seja fraca — como sucede quando o seu autor está na suposição de que o prejuízo pode deixar de produzir-se — a figura do *dolo* verifica-se do mesmo modo.

Por outro lado, a equiparação do *dolo* à *culpa grave* está doutrinalmente aceita e tem a sua consagração em vários textos da lei — artigo 100.º do Código federal suíço das obrigações e artigo 105.º do projecto do Código franco-italiano.

Tanto um, como outro, declaram nula qualquer estipulação tendente a exonerar, por antecipação, o devedor das responsabilidades em que incorre, tanto nos casos de *dolo*, como de *falta grave*.

A equiparação do *dolo* à *culpa lata* é tradicional: *culpa lata dolus equiparatur*.

Os escritores *Mazeaud*, todavia, não vão tão longe, pois, limitam-se a afirmar que a *falta grave* deve, até prova em contrário, presumir-se *dolosa*.

A face do nosso direito afigura-se-me tal presunção *juris et de jure*, dado que o código civil iguala a *culpa* à *negligência* — artigos 248.º, 719.º, § 1.º, 1.258.º, além de outros — e no conceito de *negligência* não se enquadra o de *falta grave*.

Portanto, verificada a *culpa lata*, a cláusula de irresponsabilidade está necessariamente prejudicada.

Deste modo, só cabe no campo da validade das cláusulas de irresponsabilidade a *culpa leve*, isto é, aquela em que o autor da lesão, não só não quis causar um prejuízo, como de nenhum modo previu que ele pudesse resultar do acto querido.

Nestas hipóteses a *culpa* é parente afim do *caso fortuito*.

A imprevisão e a negligência são, em certo limite, inerentes à natureza humana, e ainda hoje ninguém conseguiu criar um padrão

por onde aferir a negligência desculpável e a negligência indesculpável.

Uma e outra constituem, digamos, um *risco natural*, em certos casos, uma verdadeiro *risco profissional*.

O autor da lesão não desejou prejudicar o lesado.

Tal como sucede com o *caso fortuito*, que é imprevisível, o pactuante que age por *mera culpa*, não prevê as consequências lesivas do seu acto, porque, se as tivesse previstos e as não houvesse evitado, teria procedido intencionalmente, quer dizer com *dolo*.

*Por consequência, a cláusula de irresponsabilidade, neste caso, seria válida, por uma razão análoga àquela por que são válidas as cláusulas de inversão do encargo de suportar os efeitos da verificação do risco.*

É de notar que não pretendo equiparar a negligência ou a imprevisão, isto é, a culpa, ao *caso fortuito*, porque, se as equiparasse, não poderia responsabilizar o contraente culposo.

Simplesmente buscava, Tateando, por via de uma extensão dos princípios gerais sobre a pessoa que deve suportar os efeitos do risco, um fundamento jurídico para validar as *cláusulas de irresponsabilidade* nos casos de incumprimento imperfeito, por negligência ou imprevisão.

Este fundamento é, porém, demasiado frágil, pois exige que se aproxime a negligência do *caso fortuito*, o que, reconheço, ser facilmente contestável.

Sou, assim, de novo, impelido a procurar a explicação da validade de tais cláusulas, ainda dentro do *princípio da autonomia da vontade*.

Este princípio não pode ir contra a *ordem jurídica* e, na base da ordem jurídica, está, efectivamente, o *princípio da responsabilidade civil contratual*.

Mas a *ordem económica* é ainda um *aspecto de ordem pública*, e um dos fins da *ordem jurídica* consiste, precisamente, em estruturar e alicerçar o *interesse público* e a *ordem pública*.

Ora o *interesse público* não é constante, nem no espaço, nem no tempo, e, por vezes, tem, até, aparências contraditórias.

Sucede, assim, que a satisfação de determinadas *necessidades económicas de interesse geral*, exige que a *ordem jurídica* valide,

em certas circunstâncias e em certos limites, as cláusulas de irresponsabilidade.

E, então, o *princípio da autonomia da vontade*, que se achava comprimido pelo *princípio da responsabilidade civil*, alarga-se por uma razão nova, também de interesse público, que o veio libertar dessa compressão.

Validar as cláusulas de irresponsabilidade só com o que se dispõe nos artigos 672.º, 673.º, 705.º e 708.º do Código Civil, é parecer ainda mais contestável.

O artigo 672.º formula uma regra geral, que tem de admitir, todas as excepções, directa ou indirectamente resultantes da lei ou dos princípios base da *ordem jurídica*.

Os artigos 673.º e 708.º prevêm a existência e a efectivação da responsabilidade e não a irresponsabilidade.

A *cláusula penal* é garantia do cumprimento e não exoneração da responsabilidade por incumprimento, total ou parcial.

E o artigo 708.º, autorizando que a responsabilidade civil seja regulada por acordo das partes, pressupõe, necessariamente — aliás de acordo com a norma-regra do artigo 705.º — que aquele que falta ao cumprimento do contrato se torna responsável pelos prejuízos que causa ao outro contraente.

Razão tem, por isso, o Dr. Jaime Gouveia (aliás defensor acérrimo da validade das cláusulas liberatórias da responsabilidade em todos os casos, excepto quando a inexecução das obrigações for intencional) ao dizer que debalde se procurarão elementos decisivos, na legislação vigente, para defender a solução da validade das chamadas cláusulas de irresponsabilidade.

Mas a ser assim, como é, parecia-me lógico que se fosse menos liberal na sua aceitação, tanto mais que os princípios gerais de direito lhes são manifestamente hóstis.

19 — Cumpre-me concluir rapidamente, porque o abuso da paciência do auditório é tão censurável como qualquer outro *abuso de direito*, e eu confesso, ao convidar V. Ex.<sup>as</sup> a assistirem a esta *comunicação*, não me premuni de uma cláusula de irresponsabilidade pelo dano intelectual que lhes estou causando.

Acreditem, todavia, na minha boa fé.

Vou, por isso, formular uma última ordem de considerações.

Sucede que a lei, além de estabelecer o princípio geral da responsabilidade civil, aplica-o, por vezes, a determinados casos concretos, com efeitos que, pelo menos aparentemente, não são idênticos.

Tomemos dois exemplos: — o do artigo 2.398.º do Código Civil e o do artigo 393.º do Código Comercial.

No primeiro afirma-se a responsabilidade dos empreendedores, ou executores de edificações, quer proprietários, quer empreiteiros da obra, dos donos de estabelecimentos industriais, comerciais ou agrícolas, das companhias ou dos indivíduos construtores de estradas e de caminhos de ferro ou de outras obras públicas, bem como dos empresários de viação por vapor, ou por qualquer outro sistema de transporte, *não só pelos danos ou prejuízos causados à propriedade alheia, mas também pelos accidentes, que, por culpa sua ou de agentes seus, ocorrerem à pessoa de alguém, quer esses danos procedam de factos, quer de omissão de factos*, se os primeiros forem contrários aos regulamentos gerais ou aos particulares de semelhantes obras, indústrias, trabalhos ou empresas, e os segundos exigidos nos ditos regulamentos.

No artigo 393 do Código Comercial declaram-se nulos e sem efeito quaisquer regulamentos das administrações dos caminhos de ferro em que estas excluam ou limitem as obrigações e a responsabilidade impostas no respectivo título do mesmo Código.

Na primeira das disposições legais citadas não se comina a nulidade que se comina na segunda.

— Quer isto dizer que a nulidade só é de aplicar no caso do artigo 393.º do Código Comercial e nos outros em que a lei claramente a determina?

Entendo que não.

A nulidade deve ser declarada, não só quando a lei expressamente a comina, mas sempre que, pelas cláusulas de exoneração, se infrinja a *ordem pública*, a *moral* ou o *bem comum*, conceitos que, à primeira vista, são muito vagos, mas de que não podemos de modo algum prescindir e que se nos apresentam, ao mesmo tempo, o núcleo e o involtório de toda a vida do direito.

E, neste capítulo, temos de ser particularmente rigorosos na defesa das *regras de segurança*.

Por isso, se qualquer empresa, industrial, comercial ou agrícola, construtora ou transportadora, embora não seja de caminhos de ferro, pelos regulamentos das suas administrações ou por qualquer cláusula contratual pròpriamente dita, *sem lei expressa que tanto autorize*, exonera a sua responsabilidade por actos ou omissões, embora só culposos, dos seus dirigentes ou do pessoal ao seu serviço, essas disposições regulamentares ou contratuais devem considerar-se nulas e de nenhum efeito.

Está em jogo, mais do que o simples interesse privado de cada pessoa que contrata com essas empresas ou utiliza os seus serviços. Está em causa um princípio de *segurança colectiva*, porque todos nós, indistintamente, pelas necessidades da vida quotidiana, temos, *quer queiramos, quer não*, de estabelecer relações contratuais com essas empresas.

Com relação aos respectivos contratos, como já foi posto em destaque, o princípio da autonomia da vontade sofre todas as restricções.

Os particulares não contratam com quem querem, nem como querem.

A maior parte das vezes, essas empresas são titulares de um monopólio, de facto ou de direito.

Além disso, os particulares que aproveitam os seus serviços não podem conhecer o estado do seu material, a diligência, a cautela ou a competência dos respectivos agentes ou empregados; não podem escolher, para lhes confiar a sua vida, fazenda ou interesses, as tènicamente mais bem apetrechadas e as dotadas de pessoal mais habilitado.

Nestes casos, por consequência, dadas a extensão e a gravidade dos efeitos que a imprevisão ou a negligência podem determinar, há uma razão de *interesse público*, que impede, ou devia impedir, que a responsabilidade emergente dessa imprevidência ou negligência pudesse ser afastada.

No *Código Federal suíço das obrigações* existe uma disposição manifestamente determinada pelas considerações que acabo de fazer.

No já citado artigo 100.º desse código, depois de se declarar nula qualquer estipulação tendente a exonerar, antecipadamente,

o devedor da responsabilidade em que ele possa incorrer nos casos de dolo ou de falta grave, acrescenta-se :

*O Juiz pode, em virtude do seu poder de apreciação, ter por nula uma cláusula que exonere o devedor de toda a responsabilidade no caso de falta leve, se o credor no momento em que renunciou ao direito de ser indenizado, se encontrava ao serviço do devedor, ou se a responsabilidade resulta do exercício de uma indústria concedida pela autoridade.*

— Há, por vezes, como vimos, considerações particulares de interesse público, aparentemente incompreensíveis, que levam o legislador a validar, por disposições especiais, determinadas cláusulas de irresponsabilidade que nos termos gerais de direito seriam nulas. Foi o que sucedeu, em França, com os transportes por o ar.

A lei francesa de 31 de Maio de 1924, justificada pelos riscos inerentes à navegação aérea e, sobretudo, pela necessidade de proteger as respectivas empresas na exploração de uma indústria que então se apresentava de resultados tão precários, permitiu que o transportador se exonerasse de responsabilidade civil, quer em razão dos riscos do ar, quer em razão das faltas cometidas por todo o pessoal empregado na condução do aparelho, isto quer se tratasse de viajantes, quer de mercadorias, *desde que os aparelhos estivessem em bom estado de navegabilidade no momento da partida e o pessoal munido dos brevets e certificados regulamentares.*

A jurisprudência e a doutrina francesas interpretaram e aplicaram, todavia, esta lei, no sentido de as cláusulas de exoneração não poderem cobrir o *dolo*, nem a *falta grave intencional*, do transportador.

Todavia, pela Convenção internacional de *Varsóvia*, de 12 de Outubro de 1929, celebrada numa altura, portanto, em que a navegação aérea já havia feito novos progressos técnicos, as companhias transportadoras somente podem limitar a sua responsabilidade a 125.000 francos por cada passageiro, mas havendo *dolo* ou *falta grave* da parte da empresa ou dos seus empregados, nenhuma limitação produz efeito.

Em matéria de *acidentes de trabalho*, uma outra ordem de considerações — neste caso a defesa do interesse do trabalhador que, ao celebrar o contrato, não se encontra em situação de igualdade com a entidade patronal — levou o legislador a declarar nulas todas as convenções pelas quais os empregados ou assalariados renunciem, no todo ou em parte, às indemnizações legais, ressaltando-se, porém, o que for estabelecido em contratos ou acordos colectivos de trabalho, legalmente aprovados — artigo 31.º da Lei 1.942, de 27 de Janeiro de 1942.

Também a lei 1.952, de 10 de Março de 1942, sobre *regime jurídico do contrato de trabalho*, por idênticos motivos, prescreve a nulidade de todas as convenções que importem renúncia ao gozo de férias ou à substituição destas por qualquer remuneração suplementar.

21 — Também, pelo facto de a lei, algumas vezes, introduzir nos contratos, por via de normas preceptivas, determinadas obrigações, não pode afirmar-se, de modo definitivo, que as cláusulas de irresponsabilidade, nesses casos, são nulas.

É o que sucede, por exemplo, com a *evicção*.

Uma das obrigações em que a lei constitui o vendedor é a de *prestar a evicção*. Mas a própria lei admite que o alheador não responda pela *evicção*, *quando assim haja sido estipulado*.

Em última análise temos de atender à *natureza da norma preceptiva*, para podermos averiguar se a obrigação que ela impõe pode ou não ser arredada por convenção das partes.

Do que fica exposto — que é uma parte mínima do muito que haveria para dizer — verifica-se que a intervenção legislativa é constante, determinada sempre por motivos de interesse público, quer concedendo, quer recusando, valor jurídico às cláusulas liberatórias ou de exoneração, quer limitando a sua eficácia.

Mas da circunstância de, algumas vezes, o legislador, expressamente, invalidar as cláusulas desta espécie, não deve concluir-se, por argumento à *contrário senso*, que, nos demais casos, tais cláusulas são inteiramente válidas.

O legislador intervém, ou pela necessidade de permitir aquilo, que, em regra, não era legalmente possível, ou para reforçar uma regra de segurança geral ou de protecção a determinada categoria

de contraentes, afirmando-a em termos de não se poderem suscitar quaisquer dúvidas.

Na falta de uma norma especial, há que aplicar os *princípios gerais*, e foi à definição dos mesmos, abandonando as múltiplas particularidades dos vários casos concretos que a lei especialmente resolve, que entendi dever aplicar a minha atenção.

22 — Quero ainda deixar manifestada a minha discordância dos autores que, como os professores Mazeaud, ao apreciarem a validade das cláusulas de irresponsabilidade, fazem uma distinção substancial entre danos causados às cousas e danos causados às pessoas.

Para estes escritores o facto de a pessoa humana não estar em comércio impede a validade das cláusulas de exoneração da responsabilidade pelos danos que as possam atingir.

Mas não é assim.

A responsabilidade civil, seja qual for a natureza do dano, tem sempre um conteúdo material. O argumento dos referidos escritores deveria, logicamente, conduzir-nos à conclusão extrema de que os danos causados às pessoas nunca poderiam determinar uma reparação civil.

Sob outro aspecto, se é certo que às pessoas se deve uma maior protecção do que às cousas, não é menos certo que há danos corporais, ou mesmo morais, muito menos graves de que certos danos patrimoniais.

Acresce que a questão deve resolver-se no domínio dos princípios e estes não acusam diferença que justifique a nulidade das cláusulas de irresponsabilidade por danos causados às pessoas, desde que, como eu sustento em relação aos danos causados ao património, essas cláusulas sejam válidas somente quando a falta não for intencional.

23 — O que acabo de expor relativamente às cláusulas de exoneração total, é de observar, em absoluto, no tocante às cláusulas de irresponsabilidade atenuada.

A diferença que se verifica nos dados dos dois problemas é só quantitativa e não qualitativa.

Além disso, precisamos ter presente que, a aumentar-se o raio de círculo da validade das cláusulas de irresponsabilidade mitigada, tornar-se-ia possível que, por um processo de fraude à lei, se estabelecessem verdadeiras cláusulas de irresponsabilidade dissimuladas em cláusulas de responsabilidade limitada.

#### 24 — Conclusões :

1.<sup>a</sup> — Em face dos textos legais do direito português comum, não é fácil fundamentar, devida e completamente, a validade das cláusulas de exoneração de responsabilidade, por incumprimento ou por cumprimento imperfeito, de obrigações contratuais ; todavia,

2.<sup>a</sup> — Reconhece-se que, em certos casos, as mesmas cláusulas satisfazem determinadas exigências da vida social e não afectam os princípios, morais ou jurídicos, em que ela assenta ;

3.<sup>a</sup> — Deste modo, mesmo na falta de lei que expressamente as valide, os Tribunais poderão reconhecer os seus efeitos, nas hipóteses prevenidas nas alíneas seguintes :

a) — quando o contraente faltoso tiver agido por mera negligência ou inadvertência, e, portanto, com exclusão de toda a falta intencional, sendo, nesta matéria, perfeitamente equiparáveis, quer no que se refere aos efeitos, quer no que se refere ao ónus da prova, o dolo e a culpa grave ;

b) — quando o acto ilícito não importe violação de qualquer lei, preceptiva ou proibitiva, de ordem pública ou de interesse público, devendo ser consideradas leis desta natureza todas as que, em cada época e em cada povo, se destinam a assegurar as condições fundamentais de existência, de solidariedade, de segurança e de

progresso da Nação, do Estado, dos indivíduos e das instituições ;

c) — quando o acto ilícito não for contrário aos bons costumes, à moral pública e ao interesse colectivo, tal como geralmente são entendidos ou praticados, mesmo na falta de lei escrita que os defina ou proteja.

4.<sup>a</sup> — As cláusulas de irresponsabilidade, quando válidas, podem aplicar-se, tanto aos danos causados às cousas, como às pessoas ;

5.<sup>a</sup> — Os limites em que as cláusulas da exoneração de responsabilidade se consideram juridicamente defensáveis, são os mesmos em que podem defender-se as cláusulas de responsabilidade mitigada ;

6.<sup>a</sup> — A verificação das condições previstas nas alíneas b) e c) da conclusão 3.<sup>a</sup>, exige que se concedam aos Tribunais amplos poderes na qualificação das leis de *ordem pública e de interesse público* e na definição do que sejam *bons costumes, moral pública e interesse colectivo*, o que está na linha de evolução dos princípios informadores da função judiciária, concessão de poderes que a profunda renovação económica, jurídica e moral a que assistimos torna ainda mais necessária.