

**Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa
(Escola de Lisboa)**

Mestrado em Direito Forense



CATÓLICA
FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DE LISBOA

**A validade das cláusulas de *sole remedy* à luz do artigo
809.º do Código Civil**

Trabalho Final na modalidade de Dissertação apresentado à Universidade
Católica Portuguesa para obtenção do grau de mestre em Direito

por

José Eduardo Baptista Sequeira

sob orientação de
Professora Doutora Ana Filipa Morais Antunes

Julho de 2023

Ao Pai e à Mãe do Céu, que nunca me deixaram desamparado.

Aos meus pais, que tudo me possibilitaram e a quem tudo devo.

À minha irmã e aos meus avós, pelo apoio e presença constantes.

Aos meus amigos, presentes em todas as ocasiões.

*À Senhora Professora Doutora Ana Filipa Morais Antunes, orientadora desta dissertação,
pelas valiosas contribuições.*

Lista de siglas e abreviaturas

Al.	Alínea
Art.	Artigo
CC	Código Civil
DCFR	<i>Draft Common Frame of Reference</i>
Ed.	Edição
LCCG	Lei das Cláusulas Contratuais Gerais
PECL	<i>Principles of European Contractual Law</i>
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto

Resumo

O tema da validade das cláusulas de *sole remedy* no ordenamento jurídico português constitui um verdadeiro desafio para a Doutrina e Jurisprudência nacionais. O facto de corresponder a uma importação de figuras praticadas em países da *common law*, sistema jurídico com especificidades relativamente aos ordenamentos jurídicos da *civil law*, torna a tarefa ainda mais difícil.

A análise da admissibilidade deste tipo de cláusulas é de vital importância, considerando que, na prática contratual, tem proliferado a sua utilização, tanto em contratos internacionais, como em contratos puramente domésticos.

Partindo da compreensão das cláusulas de *sole remedy* como expressão de uma verdadeira renúncia aos meios de reação ao incumprimento que a lei coloca à disposição do credor, procuraremos analisar a sua validade no confronto com o artigo 809.º do Código Civil.

Esta coordenada normativa, ao proibir a renúncia antecipada a certos mecanismos de tutela jurídica, convoca para a discussão quesitos sobre a validade das cláusulas de *sole remedy*, mas também, num plano mais basilar, traz para o debate o papel interventivo e limitativo do legislador no Direito Privado e o fundamento e razão de ser do paternalismo estadual.

Palavras-chave: Cláusulas de *sole remedy* – Autonomia Privada – Renúncia Antecipada – Resolução – *Commodum* de representação – Exclusão – Limitação – Responsabilidade – Cumprimento – Incumprimento

Abstract

The issue of the validity of sole remedy clauses in the Portuguese legal system constitutes a real challenge for Portuguese Doctrine and Jurisprudence. The fact that it corresponds to an import of clauses practised in common law countries, a legal system with specific features in relation to civil law countries, makes the task even harder.

The analysis of the admissibility of this type of clause is of vital importance considering that in contractual practice its use has increased both in international contracts and in purely domestic ones.

Departing from the understanding of sole remedy clauses as an expression of a true waiver of the means of reaction to non-compliance that the law places at the creditor's disposal, we shall seek to analyse their validity in confrontation with Article 809 of the Civil Code.

By forbidding the early waiver of certain legal remedies, this norm brings into discussion questions regarding the validity of sole remedy clauses, but also, on a more fundamental level, the intervening and limiting role of the legislator in private law and the grounds and rationale of state intervention.

Keywords: Cláusulas de *sole remedy* – Autonomia Privada – Renúncia – Resolução Antecipada – *Commodum* de representação – Exclusão – Limitação – Responsabilidade – Cumprimento – Incumprimento

Índice

Introdução.....	7
1. Cláusulas de <i>sole remedy</i>	8
1.2. Conceito.....	8
1.2. Origem.....	9
2. O artigo 809.º do Código Civil e a proibição de renúncia antecipada.....	12
2.1. As normas imperativas como limites à autonomia privada.....	13
2.2. Breve nota histórica sobre os antecedentes do artigo 809.º.....	16
2.3. A renúncia antecipada	17
2.4. A (in)existência de um princípio geral de proibição da renúncia antecipada.....	22
2.5. O âmbito objetivo do artigo 809.º.....	24
3. Confronto entre as cláusulas de <i>sole remedy</i> e o artigo 809.º	26
3.1. Renúncia à resolução	26
3.2. Renúncia ao <i>commodum</i> de representação	33
3.3. Exclusão e limitação do direito à indemnização	34
3.4. Renúncia ao direito de exigir o cumprimento	44
Conclusão	49
Bibliografia.....	52
Lista de Jurisprudência	58

Introdução

A globalização do mercado e a dinamização e internacionalização das relações comerciais levaram à importação de um conjunto de práticas contratuais próprias dos sistemas da família da *common law*, os quais são, por excelência, os grandes centros do mercado internacional.

No seio deste ambiente de intercâmbio, Portugal não foi exceção. Todavia, fazendo parte da família da *civil law*, os valores, as características e os pilares do seu ordenamento jurídico são distintos e, como tal, o seu respeito deve ser acautelado.

Focando o nosso estudo na receção das cláusulas de *sole remedy* pela prática contratual portuguesa, pretendemos analisar a validade destas disposições, nas suas várias manifestações, à luz de determinadas coordenadas normativas do nosso ordenamento.

Neste âmbito, tomam lugar central os arts. 405.º e 809.º do CC, os quais, respetivamente, consagram a autonomia privada no âmbito contratual (através da diretriz da liberdade contratual) e da proibição da renúncia antecipada a certos meios de reação ao incumprimento.

A redação do art. 809.º parece, numa primeira leitura, apontar no sentido de se encontrar vedado qualquer tipo de renúncia antecipada aos mecanismos de reação ao incumprimento. Todavia, a interpretação e o alcance deste preceito legal estão longe de ser líquidos e unívocos, tanto na Doutrina como na Jurisprudência portuguesas.

Como procuraremos demonstrar, a problemática da validade das cláusulas de *sole remedy* tem ancorado um conjunto de outras questões que, mais do que circunscritas ao âmbito específico de aplicação do artigo, trazem para o debate os pilares do ordenamento jurídico português, o papel do legislador e a razão de ser das normas por si criadas, mormente, no âmbito do Direito Privado e dos contratos.

Neste sentido, a resposta cabal e satisfatória à questão que nos propomos responder, exige o esclarecimento dos seguintes pontos: (i) o significado e a origem das cláusulas de *sole remedy*, permitindo-nos entender a função e os interesses que procuram acautelar e servir; (ii) o alcance e fundamentos da autonomia privada, enquanto base do Direito dos contratos; (iii) a razão de ser da existência de normas imperativas limitativas da autonomia privada; (iv) a origem, os fundamentos e a intenção do legislador na consagração do art.

809.º; e (v) a interpretação e o alcance desta norma, individualizando, na nossa análise, cada meio de reação por ela abrangido.

1. Cláusulas de *sole remedy*

1.2. Conceito

Entende-se como cláusulas de *sole remedy* ou de *exclusive remedy*, cuja tradução literal é cláusulas de remédio único ou exclusivo, aquelas que têm como função, no âmbito do contrato, delimitar os meios de reação a que as partes contraentes podem recorrer, no caso de uma determinada perturbação contratual, como a mora, o incumprimento definitivo, a alteração das circunstâncias ou, mesmo, a invalidade do contrato fundamentada na existência de vícios da vontade ou da declaração negocial.¹

A forma como estas estipulações contratuais desempenham, no caso concreto, o seu papel permite distinguir, numa primeira abordagem, as cláusulas de *sole remedy* amplas ou absolutas e as cláusulas de *sole remedy* restritas ou de alcance limitado.² Estamos perante as primeiras quando, no respetivo contrato, apenas se prevê um único meio de reação para qualquer tipo de perturbação contratual, independentemente da natureza desta. Por outro lado, a alocação do *remédio* contratualmente previsto a determinadas e circunscritas vicissitudes, coloca-nos na segunda modalidade. Ainda no âmbito deste critério de distinção, a via adotada para a demarcação dos mecanismos ao alcance das partes pode ser positiva ou negativa.³ Por outras palavras, pode operar através da definição expressa dos meios aos quais as partes podem recorrer, ou através da exclusão de um ou mais meios de reação que a lei coloca à disposição das partes.

¹ Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, “Ainda o problema da fixação contratual dos direitos do credor: As cláusulas *sole remedy*, *basket amount* e no *consequential loss*”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano. 80, Vol. 1, p. 141, José Ferreira Gomes, *M&A – Aquisição de empresas e de participações sociais*, 2022, p. 314, José Dias Gonçalves, “A validade das cláusulas de *sole remedy* nos contratos de distribuição comercial”, in *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano 1, 2019, p. 1232 e Catarina Monteiro Pires, “Cláusulas de acordo integral e cláusulas de solução única ou de “remédio” único”, in *II Encontros de Direito Civil - A tutela dos credores*, 2020, p. 74 e *Aquisição de empresas e de participações acionistas – Problemas e Litígios*, 2018, p. 81.

² Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, “Ainda o problema ...”, cit., p. 141, José Ferreira Gomes, *M&A ...*, cit., p. 314, José Dias Gonçalves, “A validade ...”, cit., pp. 1232 e 1233 e Catarina Monteiro Pires, “Cláusulas ...”, cit., p. 74.

³ Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, “Ainda o problema ...”, cit., p. 141 e Catarina Monteiro Pires, “Cláusulas ...”, cit., p. 74.

A diversidade que caracteriza estas cláusulas é observável também do ponto de vista dos mecanismos de reação contratualmente consagrados ou excluídos.

No que concerne aos mecanismos de reação consagrados, a prática demonstra que estes podem ser de natureza pecuniária, através da consagração de um determinado ou, pelo menos, determinável limite indemnizatório, aproximando-se da figura da cláusula penal; ou não pecuniária, através da previsão, por exemplo, da obrigação de renegociação do contrato ou da possibilidade de resolução fora dos termos definidos pela lei.

Deste percurso introdutório pela figura das cláusulas de *sole remedy*, torna-se evidente o seu carácter metamórfico, ou seja, que o modo como se revelam e o conteúdo que as enforma variará necessariamente consoante o contrato e a vontade que as partes quiseram expressar. Neste sentido, estas cláusulas podem, nomeadamente, traduzir-se em cláusulas de exclusão ou limitação da responsabilidade civil, cláusulas de irresolubilidade, cláusulas de renúncia à invocação da anulabilidade do negócio por erro, cláusulas penais ou cláusulas de indemnizações específicas (ou *specific indemnities clauses*) e de indemnizações relacionadas com as cláusulas de declarações e garantias (ou *representations and warranties*).

A constatação da maleabilidade enquanto característica preponderante das cláusulas de *sole remedy* é um dos primeiros passos para a sua análise através dos olhos do ordenamento jurídico português, uma vez que permite reconhecer que o juízo sobre a sua validade não poderá ser universal, geral e abstrato, em detrimento de uma análise aprofundada do caso concreto. Por outras palavras, só analisando cada cláusula no específico contexto que lhe deu origem e que, como consequência necessária, condicionou o seu desenho, é que se pode chegar a uma conclusão informada sobre a visão do Direito nacional relativamente às mesmas.

1.2. Origem

A origem destas cláusulas remonta aos ordenamentos jurídicos que compõem os sistemas da *common law*.

Nos sistemas anglo-saxónicos, maioritariamente em transações estabelecidas entre agentes económicos caracterizados por uma maior sofisticação, observa-se a preponderância de contratos com um conteúdo complexo e extenso, através dos quais se procura regular todos os aspetos relativos à relação contratual em causa. O regime contratual aspira, assim,

a ser autossuficiente e reduzir, ao mínimo possível, a necessidade de recorrer a disposições legais, mormente, por razões de certeza jurídica.

No Reino Unido, o *Court of Appeal*, em 1997, numa decisão que opôs *Strachan & Henshaw Limited a Stein Industrie (UK) Limited e Gec Alsthom Limited*⁴, afirmou que se cada parte tem a intenção de limitar a sua possível responsabilidade perante a outra, não existe qualquer razão que justifique uma intervenção da lei no sentido de as impedir de seguirem este caminho.

Por sua vez, nos Estados Unidos da América, mantendo-se fiel a um precedente há muito definido, no ano de 2017, em *Nomura Home Equity Loan, Inc., Series 2006-FM2 contra Nomura Credit & Capital, Inc.*⁵, o *Court of Appeals* nova-iorquino declarou que os tribunais devem honrar as provisões contratuais que limitam a responsabilidade ou o valor dos danos, uma vez que este conteúdo contratual representa a intenção das partes no sentido de alocar o risco de perda económica. Assim, mesmo que as partes se venham a arrepender, cabe aos tribunais “deixá-las deitarem-se na cama que fizeram”⁶. O mesmo tribunal, em 2018, volta a reiterar esta posição.⁷ Seguindo este raciocínio, se uma determinada cláusula é suficientemente clara e precisa ao estabelecer que as partes não quiseram prever qualquer outro meio de reação, tendo o contrato sido negociado por partes sofisticadas numa posição de paridade, então nenhum tribunal se pode subtrair à aplicação de tal provisão.

Mas se é verdade que a preponderância deste precedente leva a que seja incomum a verificação de disputas em que algum dos contraentes põe em causa a validade da cláusula de *sole remedy*, também é verdade que é frequente a ocorrência de divergências entre as partes relativamente à questão de saber se determinados pedidos e o recurso a determinados meios estarão ou não excluídos pelo contrato.⁸

⁴ Cfr. *Strachan & Henshaw Ltd v Stein Industrie (UK) Ltd and GEC Alsthom Ltd*, 87 BLR 52, 1997, in www.isurv.com.

⁵ Cfr. *Nomura Home Equity Loan, Inc., Series 2006-FM2 v Nomura Credit & Capital, Inc.*, 2017, NY Slip Op 08622, n.º 39, in <https://law.justia.com/cases/new-york/court-of-appeals/2017/39.html>.

⁶ *Idem*.

⁷ Cfr. *Ambac Assurance v. Countrywide Home Loan*, 2018, NY Lexis 1542, n.º 79, in <https://casetext.com/case/ambac-assurance-corp-v-countrywide-home-loans-inc-59>.

⁸ Cfr. Tom Coulson, *Exclusive remedies regimes: how exclusive is “exclusive”?* in <http://constructionblog.practicallaw.com/exclusive-remedies-regimes-how-exclusive-is-exclusive/>, consultado em 1 de maio de 2023.

Em 2016, no caso *Scottish Power UK plc* contra *BP Exploration Operating Company Ltd*⁹ o cerne da disputa assentava na questão de saber se o incumprimento de uma cláusula que obrigava a *Scottish Power* a manter em funcionamento um conjunto de instalações produtoras de combustíveis, se incluía ou não no âmbito de outra cláusula do contrato que estabelecia as consequências aplicáveis em caso de incumprimento quanto à entrega das quantidades de combustível contratadas. Os tribunais escoceses ancoraram a sua argumentação numa presunção resultante de um precedente, a qual dispõe que as partes, de um modo geral, não têm a intenção de abdicar de direitos que a lei lhes atribui. Nesse sentido, interpretaram a cláusula de *sole remedy* de forma restritiva, colocando o incumprimento da *Scottish Power* fora do seu âmbito de aplicação.

Todavia, o *Court of Appeal* discordou da argumentação seguida e da solução alcançada, afirmando que na tarefa interpretativa de uma cláusula contratual é necessário lançar mão de todos os instrumentos acessíveis ao intérprete, como os elementos literal, sistemático, teleológico e até de senso comum. Só assim, segundo este tribunal, se chegará ao sentido último da cláusula. Se, depois de concluído este processo, a resposta for clara, o tribunal deve dar total eficácia à cláusula mesmo que esta restrinja os direitos atribuídos pela lei a uma das partes.

Na decisão sobre o caso *Baese Pty Ltd* contra *RA Bracken Building Pty Ltd*¹⁰ datada de 1989, o Supremo Tribunal da Nova Gales do Sul, na Austrália, demonstrando alguma contenção, declarou que para se concluir que uma cláusula exclui todos os meios reação não previstos pelas partes é necessária a existência de uma evidência clara nesse sentido. Por outras palavras, tal intenção tem que resultar de forma clara e inambígua do clausulado contratual.

Em 1994, esta posição foi suavizada no caso *Turner Corporation Ltd (Receiver and Manager Appointed)* contra *Austotel Pty Ltd*¹¹, no qual o tribunal decidiu que basta que a intenção das partes no sentido de excluir certos mecanismos de reação resulte do contrato como um todo para que a exigência de clareza anteriormente enunciada se tenha como

⁹ Cfr. *Scottish Power UK plc v. BP Exploration Operating Company Ltd*, EWCA Civ 1043, 2016, in www.casemine.com/judgement/uk/5b2897d92c94e06b9e19c42c.

¹⁰ Cfr. *Baese Pty Ltd v. RA Bracken Building Pty Ltd*, 52 BLR 130, 1989, in www.isurv.com/directory_record/3814/baese_pty_ltd_v_r_a_bracken.

¹¹ Cfr. *Turner Corporation Ltd (Receiver and Manager Appointed)* contra *Austotel Pty Ltd*, 13 BCL 378, 1994, in www.isurv.com.

cumprida. Seguindo este raciocínio, não seria necessária a manifestação de forma expressa dessa vontade.

Num sistema assente na primazia do precedente jurisprudencial, da análise desta amostra de decisões é possível retirar uma tendência generalizada nos ordenamentos da *common law*, no sentido de colocar a liberdade negocial das partes numa posição cimeira. Assim, seguindo esta lógica anglo-saxónica, o papel do tribunal, no âmbito negocial e contratual, é o de reconhecer e honrar a vontade das partes.

Contudo, em consequência da afirmação dos países anglo-saxónicos como verdadeiros pontos nevrálgicos da economia e cultura mundiais, bem como da crescente tendência de globalização, a prática contratual destes países depressa permeou os demais ordenamentos jurídicos.¹²

Esta importação de instrumentos e institutos jurídicos que acontece de forma crescente, mormente, na prática transacional, tem lugar, muitas vezes, de forma automática, acrítica e irrefletida. Por outras palavras, os agentes económicos socorrem-se de modelos, mesmo em contratos celebrados num âmbito puramente doméstico, sem ponderarem a forma como os mesmos se encaixam no contexto de um sistema jurídico marcadamente diverso daquele que os viu nascer.

Coerentemente, no ordenamento jurídico português, revela-se necessária a análise das normas e dos princípios que o enformam, mormente do art. 809.º do CC, de modo a compreender a posição que o sistema nacional toma perante o acolhimento das cláusulas de *sole remedy*.

2. O artigo 809.º do Código Civil e a proibição de renúncia antecipada

Conforme já referimos, o art. 809.º do CC preceitua que “é nula a cláusula pela qual o credor renuncia antecipadamente a qualquer dos direitos que lhe são facultados nas divisões anteriores nos casos de não cumprimento ou mora do devedor, salvo o disposto no n.º 2 do artigo 800.º”.

À primeira vista, a norma parece apontar no sentido de que toda e qualquer renúncia antecipada, incluindo, mas não limitada àquela que ocorre por via da consagração contratual

¹² Cfr. António Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, 2019, p. 53 e José Dias Gonçalves, “A validade ...”, cit., p. 1231.

de cláusulas de *sole remedy*, se encontra vedada. Contudo, consideramos que a resposta que aqui procuramos não se basta com a análise literal da norma. Assim, torna-se necessário compreender o regime e a razão que levou o legislador, num âmbito marcado pela autonomia privada, a consagrar esta norma limitadora da liberdade negocial.

2.1. As normas imperativas como limites à autonomia privada

O Direito Privado tem na autonomia privada o seu grande princípio orientador.¹³ Tal como defende Menezes Cordeiro, este conceito pode traduzir duas realidades: (i) um espaço de liberdade reconhecido a cada um, abrangendo tudo o que as pessoas podem fazer, de um ponto de vista material ou jurídico e (ii) um espaço de liberdade jurígena, ou seja, restringido ao âmbito das atividades jurídicas que podem ser livremente desenvolvidas¹⁴. Menezes Leitão, por sua vez, coloca a tónica no espaço de liberdade que a autonomia privada representa¹⁵, a qual permitirá a cada um estabelecer comandos e efeitos jurídicos que se repercutirão de forma reflexiva na esfera jurídica individual de quem os determina.¹⁶

Cumprir ainda referir que existe alguma dissonância na Doutrina relativamente à amplitude do espaço de autonomia privada. Assim, enquanto alguns afirmam que estarão compreendidos, quer a celebração de negócios jurídicos, quer o exercício de um direito subjetivo¹⁷, outros reconduzem a autonomia privada exclusivamente à liberdade negocial, evitando que esta se confunda com a liberdade genérica e perca o seu carácter identitário distintivo¹⁸.

Sem objetivo de exaustão deste tema, consideramos que a autonomia privada corresponderá a um espaço de liberdade de atuação, no qual o indivíduo se autorregula e age,

¹³ Cfr. Carlos da Mota Pinto (António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), *Teoria Geral do Direito Civil*, 5ª Ed., 2020, p. 102 e Ana Filipa Morais Antunes, “Comentário ao artigo 405.º do Código Civil”, in *Comentário ao Código Civil – Direito das Obrigações, Das obrigações em geral* (coord. de José Brandão Proença), 2018, p. 53.

¹⁴ Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado do Direito Civil – Parte Geral*, Tomo I, 4ª Ed., 2012, p. 951.

¹⁵ Neste sentido, Pedro Romano Martinez, “Autonomia Privada no Contrato de Empreitada”, in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. III, 2007, p. 981.

¹⁶ Cfr. Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 16ª Ed., 2022, pp. 19 e 20.

¹⁷ Neste sentido, Jorge Morais Carvalho, *Os Limites à Liberdade Contratual*, 2016, p. 12, Carlos da Mota Pinto (António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), *Teoria...*, cit., p. 103 e João Calvão da Silva, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4ª Ed., 1987, p. 33.

¹⁸ Neste sentido, Joaquim de Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, 2003, p. 21 e Ana Prata, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, 1982, p. 13.

dentro de certos limites, da forma que considera que melhor serve os seus interesses. Neste sentido, como coloca de forma feliz Menezes Cordeiro, existe uma “permissão genérica de produção de efeitos jurídicos”¹⁹, logo, ao contrário do que acontece no Direito Público, em que é necessária uma atribuição por parte da lei que legitime uma determinada ação, no Direito Privado rege a velha máxima que dispõe que tudo é permitido menos o que está proibido, não sendo necessária uma norma fundamentadora de cada atuação do agente.

O expoente máximo de manifestação da autonomia privada reside na figura do negócio jurídico, o qual se caracteriza, em regra, pela existência dos dois corolários da autonomia privada: a liberdade de celebração e a liberdade de estipulação.²⁰ A primeira, presente também nos atos jurídicos, permite a cada indivíduo praticar ou celebrar um determinado ato ou negócio jurídico, respetivamente. Por sua vez, a liberdade de estipulação, corresponde à possibilidade de as partes envolvidas definirem o conteúdo e os efeitos que se produzirão com a celebração do contrato.

Todavia, se o ordenamento jurídico atribui esta liberdade a cada um, não o faz de forma ilimitada. Tal como coloca Pais de Vasconcelos, o espaço de autonomia situa-se dentro de uma área de licitude.²¹ Por outras palavras, uma atuação ou um objeto contratual que extravase os limites do permitido já não poderá ser reconduzido à liberdade da autonomia privada, sendo censurados pelo Direito. Cingindo-nos ao âmbito contratual, tais limites podem ser encontrados, mormente, nas normas ínsitas dos arts. 280.º, 281.º, 294.º e 405.º, n.º 1, *in fine*, do CC e correspondem à possibilidade física e legal, à determinabilidade, à conformidade à Ordem Pública, aos bons costumes e à lei (imperativa).

Centrando a nossa atenção nas normas imperativas²², resulta claro que a sua introdução pelo legislador consubstancia uma restrição à liberdade reconhecida a cada sujeito, devendo, por isso, emergir de uma ponderação da qual resulte a conclusão de que o interesse prevalecente tem um valor superior à autonomia privada sacrificada.²³ Por outras

¹⁹ Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado...*, cit., p. 952. O que permite distinguir a autonomia privada do direito subjetivo, na medida em que, no caso deste último não existe uma permissão geral, mas sim uma permissão específica de aproveitamento de um determinado bem, cfr. Luís Menezes Leitão, *Direito...*, Vol. I, cit., p. 20.

²⁰ Ana Filipa Morais Antunes acrescenta um terceiro corolário: a liberdade de seleção do tipo negocial, cfr. Ana Filipa Morais Antunes, “Comentário...”, cit., p. 54.

²¹ Cfr. Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9ª Ed., 2019, p. 429.

²² Para uma análise mais aprofundada deste tema, v. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil. Teoria Geral*, Vol. II, 2ª Ed., 2003, pp. 314 e 315.

²³ Cfr. Jorge Morais Carvalho, *Os Limites...*, cit., p. 168.

palavras, a autonomia privada é, ela própria, uma exigência de contenção ao legislador no recurso a normas imperativas.²⁴ Logo, esta fuga ao princípio da subsidiariedade da lei numa área do Direito marcada pelo amplo espaço de autorregulação reconhecido aos privados deve ser entendida como uma verdadeira exceção.

Os interesses que legitimam a intervenção da lei neste âmbito podem ser: (i) gerais, quando não é possível identificar os destinatários da proteção operada pela norma, o que denota uma intenção por parte do legislador de proteger todas as pessoas que possam vir a ser potencialmente afetadas, de forma direta ou indireta, por um determinado ato;²⁵ (ii) de terceiros, sendo possível, nesses casos, determinar os destinatários da proteção conferida, nomeadamente pela pertença a um determinado grupo de referência;²⁶ (iii) de ambas as partes, procurando a lei, numa verdadeira atitude de paternalismo, escudar as partes de si próprias;²⁷ e (iv) de apenas uma parte, a qual o legislador procura proteger das demais e de si própria, partindo de uma lógica de reconhecimento de uma tendencial fraqueza da mesma, limitando a sua liberdade contratual.²⁸

Retomando a matéria que nos ocupa, ao atentarmos no art. 809.º, resulta evidente que esta norma se reveste de natureza imperativa, não só porque a sua violação é sancionada com a nulidade (tal como se determina nos arts. 280.º, 294.º e no próprio art. 809.º), como pelo facto de, tal como referimos *infra* com maior grau de detalhe, ser possível identificar um conjunto de interesses protegidos, mormente, a salvaguarda da posição do credor e, num âmbito mais geral, a manutenção da força vinculativa e coercitiva das obrigações de natureza civil.

Todavia, como bem alerta Jorge Morais Carvalho²⁹, no juízo de conformidade de uma determinada situação a uma norma imperativa, não nos podemos bastar com a identificação do interesse cuja proteção se almeja, sendo também necessário identificar se a teleologia de tal regra, no caso concreto, se justifica e se o resultado cuja aplicação conduz se revela o mais adequado. Neste sentido, nos casos em que não existe mais nenhum interesse a considerar que não o das partes e em que a relação contratual não denota a existência de uma parte mais

²⁴ Cfr. Catarina Monteiro Pires, “Cláusulas ...”, cit., p. 68.

²⁵ Cfr. Jorge Morais Carvalho, *Os Limites...*, cit., p. 181.

²⁶ Idem, p. 183.

²⁷ Idem, p. 185.

²⁸ Idem, p. 187.

²⁹ Idem, p. 180.

fraca ou, pelo menos, tão mais fraca que fundamente uma intervenção paternalista do legislador, – *i.e.*, se ambas as partes envolvidas forem capazes de compreender os interesses que estão em causa e que a norma visa acautelar –, não encontramos justificação para a norma se continuar a impor, podendo, aliás, a sua aplicação prejudicar o interesse protegido e revelar-se inadequada. Como coloca Ana Perestrelo de Oliveira³⁰, a igualdade entre as partes é requisito fundamental e condição básica da liberdade de contratar, devendo os desequilíbrios ser colmatados por uma intervenção do Direito. Todavia, “havendo paridade, a tutela do sujeito contra si próprio encontra difícil fundamentação no quadro de um sistema assente na liberdade do contrato”³¹, como é o nosso.

Deste modo, consideramos que o papel de quem estiver a interpretar um determinado contrato não passa por, de forma imediata e quase automática, afirmar que uma norma imperativa foi violada e que, portanto, há lugar à nulidade, mas, antes, pela identificação do interesse em causa e por uma análise aprofundada sobre se o mesmo foi devidamente acautelado pelas partes de forma esclarecida, intencional e, acima de tudo, capaz de o proteger, muitas vezes de forma mais eficaz.

2.2. Breve nota histórica sobre os antecedentes do artigo 809.º

O art. 809.º do atual CC encontra o seu antecedente no art. 708.º do CC de 1867. Este artigo dispunha que “a responsabilidade civil pode ser regulada por acordo das partes, salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrário”. Além do mais, o art. 672.º do referido Código prescrevia que os contraentes podiam “ajuntar aos seus contratos as condições ou cláusulas que bem lhes parecerem”. Destas duas normas poder-se-ia, à partida, retirar a convicção de que, pelo menos, as cláusulas consagradoras da irresponsabilidade das partes eram permitidas. Todavia, conforme demonstra Pinto Monteiro, a Doutrina da altura não considerava estas normas elementos suficientemente fortes para sustentar de forma inequívoca a validade destas cláusulas.³² Assim, a opinião generalizada, assente na harmonização entre o princípio da autonomia privada e da responsabilidade civil, orientava-se no sentido de permitir a existência de cláusulas de exclusão de responsabilidade, a par das

³⁰ Cfr. Ana Perestrelo de Oliveira, *Desvinculação programa do contrato*, 2021, p. 64.

³¹ *Idem.*

³² Cfr. António Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, 2003, pp. 159, 160 e 161.

cláusulas de fixação do montante indemnizatório, apenas em caso de incumprimento por culpa leve do devedor e nunca em caso de dolo ou culpa grave.³³

Vaz Serra, mantendo-se fiel à doutrina dominante, por ocasião dos Trabalhos Preparatórios do Código Civil de 1966, propunha um artigo do qual constava que “1. As convenções que excluem ou limitam antecipadamente a responsabilidade do devedor por dolo ou culpa grave são nulas, ainda que apenas estabeleçam o máximo a que pode ir a indemnização a pagar pelo mesmo devedor ou a inversão do encargo da prova. 2. São também nulas as convenções de exclusão ou limitação de responsabilidade para os casos em que o facto do devedor represente violação de obrigações resultantes de normas de ordem pública. 3. O disposto nos parágrafos antecedentes é aplicável também à responsabilidade extracontratual (...)”³⁴.

Esta redação manteve-se no normativo relativo ao Direito das Obrigações, tendo igualmente permanecido inalterada no âmbito da 1.^a Revisão Ministerial, sob a epígrafe “Cláusulas de irresponsabilidade”.

Todavia, a 2.^a Revisão Ministerial, ao introduzir o art. 809.º, representou uma mudança profunda e inesperada nesta matéria, na medida em que passou a consagrar de forma genérica, como já aludimos *supra*, a nulidade de qualquer cláusula pela qual o credor renuncia a qualquer dos direitos facultados nas divisões precedentes do Código Civil. Cai, assim, a distinção entre responsabilidade por culpa leve e por dolo ou culpa grave, operada nas versões anteriores do Código de 1966 e do Anteprojecto.

2.3. A renúncia antecipada

O art. 809.º do CC, como já tivemos oportunidade de aflorar, proíbe a cláusula através da qual o credor “renuncia antecipadamente”. Por esta razão, revela-se cabal, em primeiro lugar, densificar aquilo que, para efeitos desta norma, consubstancia uma renúncia e, num passo subsequente, identificar quando é que estamos perante uma renúncia antecipada.

Um olhar sobre o nosso ordenamento jurídico demonstra que não existe um tratamento unitário da figura, inexistindo um regime comum regulador da extinção de

³³ Neste sentido, entre outros, Manuel de Andrade, *Teoria Geral das Obrigações*, 3ª Ed., 1966, p. 346 e Inocêncio Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 7ª Ed., 1997, pp. 422 e seguintes.

³⁴ Cfr. Adriano Vaz Serra, “Cláusulas modificadoras da responsabilidade civil. Obrigação de garantia contra responsabilidade por danos de terceiros”, in *BMJ*, n.º 79, 1958, pp. 146 a 148.

direitos. Como tal, o conceito de renúncia acaba por surgir em diversas normas do Direito português, não existindo um regime de *numerus clausus* no que a esta figura diz respeito.

Francisco Pereira Coelho opera uma distinção entre as figuras da renúncia atributiva ou translativa e da renúncia abdicativa ou *stricto sensu*.^{35,36} Para o Autor, o critério fundamental que sustenta esta distinção reside na vontade do renunciante.

Neste sentido, será atributiva a renúncia que tiver como propósito atribuir uma vantagem ou transmitir o direito renunciado a uma determinada pessoa que se torna o seu titular por força do ato renunciativo.³⁷

Todavia, para o nosso estudo, tendo presente a formulação gramatical do art. 809.º, toma lugar cimeiro a renúncia abdicativa³⁸, a qual tem lugar quando “o titular do direito subjetivo em lugar de o conservar, ou de o exercer, ou de não o exercer (...) declara pretender (...) a extinção (ao menos subjetiva) daquele direito, e a produção *apenas* desse efeito”³⁹. Numa palavra, a vontade reconduz-se ao efeito extintivo do direito e não à atribuição de qualquer vantagem ou benefício a outra pessoa. Este entendimento leva Pereira Coelho a propor um critério em termos residuais, segundo o qual será abdicativa a renúncia que não visar uma atribuição de qualquer natureza ao conseqüente beneficiário.⁴⁰ Deste modo, ocorre, por esta via, uma diminuição da esfera patrimonial do renunciante, visto que, na sua essência, a renúncia abdicativa não deve vir acompanhada do reconhecimento ou da estipulação de qualquer vantagem patrimonial relevante e significativa para o renunciante.⁴¹

No que concerne às vestes de que a vontade de renunciar se irá revestir, não existem dúvidas de que essas serão, por excelência, as de um negócio ou ato unilateral.⁴²

³⁵ Cfr. Francisco Pereira Coelho, “A renúncia abdicativa no Direito Civil (Algumas notas tendentes à definição do seu regime)”, in *BFDUC/Studia Iuridica*, 8, 1995, pp. 33 e seguintes.

³⁶ O Autor opera ainda uma segunda categorização entre renúncias causais e renúncias abstratas, cfr. Francisco Pereira Coelho, “A renúncia...”, cit., pp. 73 e seguintes.

³⁷ Cfr. Francisco Manuel de Brito Coelho, “A renúncia...”, cit., p. 33.

³⁸ Sobre a renúncia abdicativa, v. Acórdão do TRP de 26.02.2008 (Vieira da Cunha) e Acórdão do STJ de 19.10.2004 (Nuno Cameira), in em www.dgsi.pt

³⁹ Cfr. Francisco Pereira Coelho, “A renúncia...”, cit., p. 13.

⁴⁰ *Idem*, p. 59.

⁴¹ Cfr. Ana Filipa Morais Antunes, “Da renúncia antecipada aos meios de tutela patrimonial”, in *II Encontros de Direito Civil – A tutela dos credores*, Vol. II, 2020, p. 13.

⁴² Neste sentido, Francisco Pereira Coelho, “A renúncia...”, cit., p. 103; Ana Filipa Morais Antunes, “Da renúncia...”, cit., p. 13; Fernando Pires de Lima e João Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 4ª Ed., 1997, p. 135; Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 12ª Ed., 2009, p. 128; Guilherme Moreira, *Instituições do direito civil português – Das obrigações*, Vol. II, 1925, pp. 286 a 288; Luís Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, 6ª Ed., 2009, p. 261.

Concordando com Pereira Coelho, como a renúncia é uma manifestação do exercício de um direito, mais concretamente, a disposição do mesmo, este será um ato marcadamente unilateral, dispensando a intervenção de qualquer terceiro para a verificação do seu resultado abdicativo, uma vez que, pelo menos de um ponto de vista direto, a única esfera jurídica afetada será a do próprio renunciante.⁴³ Além do mais, esta afirmação não ignora o princípio da taxatividade dos negócios unilaterais, decorrente do art. 457.º do CC, uma vez que este princípio deve ser entendido como norteador dos negócios constitutivos de obrigações, o que não acontece no caso da renúncia.⁴⁴

Ana Prata considera, todavia, que, por força do seu carácter demasiado restritivo, este entendimento afasta do seu âmbito a renúncia cuja produção de efeitos depende de um acordo entre as partes.⁴⁵ Ora, para a Autora, o art. 809.º ao fazer referência ao conceito de “cláusula” como meio de renúncia, tem em mente as convenções que o credor e o devedor celebram com o objetivo de subtrair da esfera jurídica do primeiro o direito que a lei lhe atribui, perdendo, conseqüentemente, o segundo, a sua posição de sujeito passivo no que toca àquela situação jurídica.⁴⁶

No nosso entendimento, é certo que o ato de renúncia abdicativa, na sua pureza, será sempre um ato unilateral, mesmo que incluído no clausulado de um contrato, uma vez que, em termos rigorosos, ainda que o contrato, no seu todo, seja um acordo de vontades e, portanto, exija uma proposta e uma aceitação, o ato de renúncia vale como um só, bastando existir a declaração do credor nesse sentido para que seja plenamente eficaz. Assim, não consideramos, ao contrário do que propõe Ana Prata, que o art. 809.º afirma a bilateralidade da renúncia, visto que não existem, nesses casos, interesses concorrentes, pois, apesar de poderem existir vantagens colaterais para o devedor, a única vontade e o único propósito da renúncia são a extinção do direito do credor.

Contudo, se nos afastarmos dos cânones puros desta figura, é possível conceber situações em que a renúncia apresentará uma estrutura fundamentalmente bilateral. Tal ocorre, a título de exemplo, quando da equação económica do contrato se retira que existe uma contrapartida para o ato de renúncia. Nessa situação, perante a existência de um

⁴³ Cfr. Francisco Pereira Coelho, “A renúncia...”, cit., pp. 103 e 104.

⁴⁴ Idem, p. 104.

⁴⁵ Cfr. Ana Prata, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, 2005, pp. 517 e 518.

⁴⁶ Idem, p. 517.

sinalagma, podemos afirmar a bilateralidade da renúncia, pois existe a colaboração e a atuação de ambas as partes no alcance do efeito renunciativo.

Cumpramos ainda tecer algumas considerações sobre o carácter recipiendi ou não recipiendi da renúncia.

Como já tivemos oportunidade de referir, a renúncia tem como efeito direto a extinção do direito, ocorrendo, pois, primordialmente, no âmbito da esfera jurídica do renunciante. Além do mais, na medida em que o entendemos como um contrato com eficácia real, apesar de poderem existir beneficiários indiretos, não existe, em regra, um específico destinatário. Assim, consideramos que não estamos perante um negócio recipiendi ou recitício, não se aplicando o raciocínio subjacente à primeira parte do n.º 1 do art. 224.º do CC.⁴⁷ Todavia, podemos conceder que, no âmbito contratual, na consagração de uma cláusula de *sole remedy*, o afastamento de um meio de reação ao incumprimento tem um beneficiário bem definido, nomeadamente por força do carácter *inter partes* do contrato. Nesses casos, já conhece total aplicação a norma *supra* mencionada, visto que a renúncia está inserida num contrato.

Terminado este enquadramento, cabe referir que o âmbito do art. 809.º não se tem como preenchido perante qualquer tipo de renúncia.

Tal como se retira do texto normativo, a renúncia, para ser nula, tem de ser antecipada, ou seja, tem que ter como objeto um direito ainda não formado ou consolidado na esfera jurídica daquele que pretende renunciar⁴⁸, o que teria como consequência a sua extinção no momento exatamente posterior à sua formação ou, no limite, impedir por completo o seu surgimento.

Como coloca Pereira Coelho, há, contudo, que questionar, na fixação do momento temporal relevante, quando é que um determinado direito deixa de ser considerado futuro e, por essa razão, pode ser renunciado.⁴⁹ A questão torna-se ainda mais dúbia relativamente ao

⁴⁷ Neste sentido, Francisco Pereira Coelho, “A renúncia...”, cit., pp. 124 e 125. Em sentido contrário, Ana Filipa Morais Antunes, “Da renúncia...”, cit., p. 28.

⁴⁸ Neste sentido, Francisco Pereira Coelho, “A renúncia...”, cit., pp. 142 e seguintes, Ana Filipa Morais Antunes, “Da renúncia...”, cit., pp. 29 e 30 e “Comentário ao artigo 809.º do Código Civil”, in *Comentário ao Código Civil – Direito das Obrigações, Das obrigações em geral* (coord. de José Brandão Proença), 2019, p. 1148, António Menezes Cordeiro, *Tratado do Direito Civil – Parte Geral*, Tomo II, 5ª Ed., 2021, p. 668; Fernando Pires de Lima e João Antunes Varela, *Código...*, cit., p. 72; Ana Prata, *Cláusulas...*, cit., pp. 522 a 525; Fernando Pessoa Jorge, “A limitação convencional da responsabilidade Civil”, in *BMJ* 281, 1978, pp. 6 a 9.

⁴⁹ Cfr. Francisco Pereira Coelho, “A renúncia...”, cit., p. 149.

direito que não estando ainda consolidado na esfera jurídica do renunciante, já se manifestou nesta, nomeadamente, através da existência de meios prévios de proteção. Neste ponto, concordamos com o Autor, o qual distingue entre direitos sujeitos a condição ou termo e direitos meramente eventuais.⁵⁰ Nos primeiros, o direito já existiria na sua normal expressão, estando apenas limitado na sua eficácia, devendo, por isso, ser equiparado a um direito atual. Ao passo que nos segundos estariam incluídos os direitos assentes numa mera expectativa e os direitos que, apesar de terem a sua base numa relação contratual já em execução, apenas surgirão no futuro.⁵¹

A doutrina já indicou várias razões de ser para a consagração da proibição da renúncia antecipada. Menezes Cordeiro⁵² e Pereira Coelho⁵³ estabelecem um paralelismo entre a proibição de doação de bens futuros, ínsita do art. 942.º do CC. Por sua vez, Pires de Lima e Antunes Varela⁵⁴ e Menezes Leitão⁵⁵, defendem que sem a proibição presente no art. 809.º, facilmente uma obrigação se tornaria, por mera vontade das partes, numa obrigação natural. Calvão da Silva⁵⁶ chega até a escrever que esta é a solução “mais racional, mais normal e mais defensável”, uma vez que o contrário seria permitir “uma decisão em branco, *in futurum*, sem pleno conhecimento de causa”⁵⁷.

Como já referimos, entendemos que esta proibição visa salvaguardar a vinculatividade das obrigações civis e tutelar aqueles que, por qualquer razão, tenham a intenção de renunciar a uma situação jurídica que, por ainda não se ter formado definitivamente na sua esfera de atuação, não lhes permite conhecer, de forma plena, o objeto e os efeitos de tal ato.⁵⁸

Contudo, a afirmação da preocupação do legislador com a cognoscibilidade do renunciante relativamente às consequências e à amplitude do seu ato de renúncia também deve ser acompanhada pelo reconhecimento da possibilidade de aquele conseguir prever e antecipar a situação jurídica e os seus contornos, mesmo antes de esta existir. Havendo e

⁵⁰ Idem.

⁵¹ Idem, pp. 149 e 150.

⁵² Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado...*, cit., Tomo II, pp. 668 e seguintes.

⁵³ Cfr. Francisco Pereira Coelho, *A renúncia...*, cit., pp. 149 e 150.

⁵⁴ Cfr. Fernando Pires de Lima e João Antunes Varela, *Código...*, cit., pp. 72 e 73.

⁵⁵ Cfr. Luís Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, Vol. II, 13ª Ed., 2021, p. 288.

⁵⁶ Cfr. João Calvão da Silva, *Cumprimento...*, cit., p. 179.

⁵⁷ Idem, pp. 182 e 183.

⁵⁸ Cfr. Francisco Pereira Coelho, “A renúncia...”, cit., p. 143.

sendo demonstrado o efetivo conhecimento do conteúdo do direito ainda não formado e, conseqüentemente, existindo uma vontade informada e esclarecida⁵⁹, tal circunstância não pode ser ignorada e deve ser tida em conta aquando do juízo de admissibilidade sobre o ato.

2.4. A (in)existência de um princípio geral de proibição da renúncia antecipada

Alguma Doutrina nacional conjuga o art. 809.º com outras normas do Código Civil, retirando daí a conclusão de que subjaz no ordenamento jurídico português um princípio geral de inadmissibilidade da renúncia antecipada⁶⁰. Menezes Cordeiro faz, contudo, a ressalva de que este princípio pode ver-se afastado por outros mais fortes ou por normas⁶¹.

Não podemos, todavia, concordar com a afirmação da existência de tal princípio geral. Tal como tivemos ocasião de frisar, no Direito dos contratos estamos no âmago do Direito Civil e, como tal, no campo de maior expressão do princípio da autonomia privada, devendo a existência de normas jurídicas injuntivas ser devida e solidamente sustentada, na medida em que constituem uma limitação a esse princípio.⁶² Assim, a intervenção limitativa do legislador deve ser pontual, fundamentada e, acima de tudo, excepcional.

Ora, um princípio como o da inadmissibilidade da renúncia antecipada, por força da sua natureza, terá um amplo espaço de aplicação, consubstanciando, por conseguinte, um ainda mais forte e, segundo a nossa posição, inaceitável entrave ao livre exercício da autonomia privada. Além do mais, corresponderia a uma inversão do sentido global do nosso ordenamento, uma vez que a exceção – *i.e.* a proibição de renúncia antecipada e a consequente limitação da liberdade contratual das partes – se tornaria a regra. Deste modo,

⁵⁹ Sobre o critério da cognoscibilidade e da vontade esclarecida enquanto critério de admissibilidade do ato de renúncia, v. Ana Filipa Morais Antunes, “Da renúncia...”, cit., p. 29.

⁶⁰ Ana Filipa Morais Antunes faz referência aos arts. 288.º, n.º 2, 302.º, n.º 1, 942.º, n.º 1, 977.º, 994.º, 1730.º, 1882.º, 2008.º, 2101.º, n.º 2, 2170.º e 2311.º, cfr. Ana Filipa Morais Antunes, “Da renúncia...”, cit., pp. 34 a 37. Por sua vez, Menezes Cordeiro utiliza os arts. 448.º, n.º 1, 457.º, 812.º, n.º 1, 863.º, n.º 1, 942.º, n.º 1, 947.º, n.º 2, 669.º, n.º 1, 1129.º, 1142.º, 1144.º, 1185.º e 994.º, para sustentar a existência de tal princípio, cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado do Direito Civil – Direito das Obrigações*, Tomo IV, 3ª Ed., 2019, p. 67.

⁶¹ Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado...*, cit., Tomo IV, 2019, p. 68.

⁶² Tal como coloca Reis Novais, num Estado não paternalista como é essencialmente o Estado de Direito, a autonomia e o desenvolvimento da personalidade individual são um valor fundamental, devendo o Estado só em situações excecionais arrogar-se o poder/dever de defender o indivíduo contra si próprio e intervir ativamente no espaço de liberdade do cidadão, cfr. Jorge Reis Novais, *Renúncia a direitos fundamentais*, Separata do 1º Suplemento do Dicionário Jurídico da Administração Pública, p. 412.

apesar de não se ignorar que este princípio não tornaria desnecessária uma análise do caso e da situação jurídica em causa, revela-se claro que o ato de renúncia antecipada, mesmo em hipóteses em que a lei, por não reconhecer qualquer perigo, não a sanciona, mas também não a permite de forma expressa, estaria, à cabeça, vedada pela aplicação deste princípio.

Neste sentido, perante a existência de uma renúncia antecipada, o raciocínio não deve partir de um imediato juízo de inadmissibilidade de tal ato, fundamentado numa coordenada geral do nosso ordenamento. Deve, sim, partir da identificação dos interesses em causa na situação concreta, seguida da análise sobre se algum deles corresponde a um interesse protegido por alguma norma, mormente, de natureza imperativa. Caso tal não se verifique, deve-se reconhecer que se está perante um exercício válido da autonomia privada e, conseqüentemente, admitir o ato renunciativo em causa. Por outro lado, se for possível identificar uma norma legal que proíba a renúncia antecipada, apesar de o juízo inicial ser o da inadmissibilidade de tal ato, nos termos já enunciados, deve-se procurar perceber se algum dos interesses que levou à consagração de tal proibição se encontra acautelado no caso concreto, nomeadamente, tendo em conta as características das partes e as relações de poder negocial que se estabelecem entre elas. Assim, se tomarmos como exemplo uma situação em que as partes se caracterizam por serem informadas, totalmente conscientes das conseqüências jurídicas das suas decisões, existindo, portanto, uma posição de equilíbrio e igualdade entre elas, não existirá uma parte mais fraca digna de uma tutela diferenciada, não fazendo sentido impor uma limitação exacerbada da sua autonomia privada.⁶³ Poder-se-á até questionar a legitimidade constitucional de uma restrição da autonomia privada, nesses casos.⁶⁴

Conclui-se, pois, que a consagração de um princípio geral de inadmissibilidade da renúncia antecipada é desadequada aos interesses que visa proteger, desligada da realidade

⁶³ Neste sentido, Ana Perestrelo de Oliveira afirma que “dificilmente no âmbito do *primo contratto* – em que as partes estão em posição de igualdade de poder negocial e de acesso à informação - é possível encontrar razões plausíveis para a limitação da autonomia privada que não se reconduzam a um paternalismo vazio de significado e, portanto, ilegítimo (...). Assim, (...) no domínio do *primo contratto*, assume-se uma genérica inaplicabilidade de um princípio de irrenunciabilidade antecipada a direitos, salvo quando excepcionalmente o sistema jurídico o reclame.” cfr. Ana Perestrelo de Oliveira, *Desvinculação...*, cit., pp. 66 a 69.

⁶⁴ Cfr. Ana Perestrelo de Oliveira, *Desvinculação...*, cit., p. 161.

prática⁶⁵ e, em certos casos, por falta de uma razão ou interesse que legitime uma amputação à autonomia privada, fonte de soluções inconstitucionais ⁶⁶.

2.5. O âmbito objetivo do artigo 809.º

A figura da renúncia pode debruçar-se sobre as mais variadas situações jurídicas. No Direito dos contratos é possível, por exemplo, encontrarmos situações de renúncia a direitos de crédito, direitos potestativos e outras situações jurídicas que se poderão integrar na tutela patrimonial do crédito, como o direito de exigir o cumprimento coercivo da prestação ou o direito de recorrer à impugnação pauliana.⁶⁷ Além do mais, a renúncia pode ainda ser dirigida a direitos não relacionados com o incumprimento das partes, como acontece quando estas dispensam a exigência do cumprimento de certas formalidades impostas por lei, *vide* art. 410.º, n.º 3 do CC.

No caso do art. 809.º, a norma especifica o seu âmbito objetivo de aplicação, delimitando os direitos em relação aos quais, à primeira vista, a renúncia antecipada se encontra vedada. Todavia, não é pacífica entre a Doutrina a amplitude deste âmbito, existindo Autores que defendem uma interpretação restritiva do artigo⁶⁸, ao passo que outros são partidários do alargamento da proibição da renúncia antecipada a direitos que extravasam o

⁶⁵ Pessoa Jorge, sobre a consagração do art. 809.º do CC, refere que “o legislador levou a proteção do credor a um exagero só explicável por razões puramente teóricas, com total inatenção às necessidades reais da vida prática”, cfr. Fernando Pessoa Jorge, “A limitação...”, cit., p. 9.

⁶⁶ A Jurisprudência já afirmou, várias vezes, a dignidade constitucional do princípio da autonomia privada, nomeadamente o TRC, numa decisão datada de 03.12.2009 (Alberto Ruço). Sérvulo Correia, sobre este tema, afirma que “o princípio da autonomia privada tem dignidade constitucional, podendo ser inferido dos preceitos da nossa lei fundamental que consagram os princípios da igualdade (artigo 13.º), da liberdade (artigo 27.º, n.º 1), da propriedade (artigo 62.º, n.º 1), da liberdade de trabalho (artigo 53.º, n.º 3) e da liberdade de empresa (artigo 85.º, n.º 1). Cremos, aliás, que se pode ler no artigo 26.º da Constituição a sua afirmação expressa e não meramente implícita: o direito fundamental a uma capacidade civil que só pode ser restringida nos casos e termos previstos na lei significa que, salvo proibição legal, o sujeito pode produzir os efeitos jurídico-privados que considerar convenientes à prossecução dos seus interesses”, cfr. José Manuel Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, 1987, p. 438.

⁶⁷ Cfr. Ana Filipa Morais Antunes, “Da irrenunciabilidade antecipada a direitos”, in *Livro em homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Vol. I, 2020, p. 80

⁶⁸ Defendendo uma interpretação restritiva do preceito, cfr. António Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas...*, cit., pp. 212 e ss.

elemento literal da previsão da norma.⁶⁹ Os tribunais portugueses já se têm debruçado sobre a questão de saber se certos direitos fazem ou não parte do âmbito objetivo do art. 809.º.⁷⁰

A norma, ao utilizar a expressão “direitos que lhe são facultados nas divisões anteriores”, engloba primordialmente o direito à indemnização por danos, decorrente, nomeadamente, da aplicação do regime da responsabilidade contratual por incumprimento ou mora (arts. 798.º, 801.º e 804.º do CC), o *commodum* de representação (arts. 794.º e 803.º do CC) e o direito de resolução do contrato (arts. 801.º, n.º 2, 802.º do CC). Cremos serem ainda passíveis de ser incluídos, contudo, neste elenco, pelas razões que subjazem ao art. 809.º, o direito de exigir o cumprimento (arts. 817.º e seguintes do CC) e o direito de recorrer à execução específica (arts. 827.º e seguintes do CC)⁷¹, conforme se detalhará adiante.

Todavia, se reconhecemos que todos estes direitos estão sob a alçada da proibição do art. 809.º, não podemos conceder que a questão da inadmissibilidade da sua renúncia antecipada, possa ser decidida em abstrato, desligada do caso concreto e espelhando um paternalismo que se pode vir a revelar prejudicial. Tal como coloca Catarina Monteiro Pires, “as generalizações revestem sempre algum perigo, o qual pode ser tanto mais evidente quanto o contrato em apreço consista num contrato bilateralmente comercial, sem desníveis de literacia e de capacidades de compreensão do negócio por parte dos contraentes”⁷² e em que, portanto, não existe qualquer parte mais fraca merecedora de especial tutela ou a necessidade de garantir o equilíbrio da relação jurídica, uma vez que o mesmo já existe.

Consideramos, por isso, que a análise tem que ser segmentada relativamente a cada meio de reação, nunca esquecendo o que cada um especificamente visa proteger, se na situação concreta esses interesses se encontram ou não acautelados e o circunstancialismo que envolve a relação contratual, nomeadamente a sofisticação das partes envolvidas.

⁶⁹ Assim escreve Menezes Cordeiro que defende que o elenco do art. 809.º, não só não pode ser reduzido como deve ser alargado, nomeadamente, à prescrição e à exceção de não cumprimento (arts. 300.º e 428.º, n.º 2 do CC, respetivamente), cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado do Direito Civil – Direito das obrigações*, Tomo IX, 3ª Ed., 2019, p. 439. Ana Prata faz um excuro sobre um conjunto de direitos cuja inclusão no âmbito de aplicação do art. 809.º se manifesta como questionável, cfr. Ana Prata, *Cláusulas...*, cit., pp. 458 e ss.

⁷⁰ Pronunciando-se no sentido da admissibilidade da renúncia antecipada ao direito de anular o contrato, v. Acórdão do STJ de 06.05.2004 (Araújo Barros). O mesmo tribunal declarou nula uma cláusula que plasmava a renúncia ao direito à indemnização de clientela num acórdão datado de 12.05.2011 (Granja da Fonseca).

⁷¹ Neste sentido, Luís Menezes Leitão, *Direito...*, Vol. II, cit., p. 287.

⁷² Cfr. Catarina Monteiro Pires, “Cláusulas...”, cit., p. 69.

3. Confronto entre as cláusulas de *sole remedy* e o artigo 809.º

Tal como já tivemos oportunidade de aflorar *supra*, a consagração num contrato de uma cláusula de *sole remedy* consubstancia uma renúncia em todos os sentidos, seja quando formulada pela via positiva como pela via negativa.

Contudo, antes de confrontar o art. 809.º com estas cláusulas, cumpre fazer duas salvaguardas iniciais.

Em primeiro lugar, a renúncia a um determinado direito ou mecanismo disponibilizado pela lei, operada através de um contrato, não implica necessariamente a existência de uma cláusula de *sole remedy*. Tal como demonstrámos, o objeto do ato de renúncia pode ter diversas e variadas configurações, ao passo que as cláusulas de *sole remedy* incidem apenas sobre os mecanismos de reação ao incumprimento das partes.

Em segundo lugar, estas cláusulas não têm o seu âmbito de aplicação cingido aos mecanismos que, no nosso entendimento, se encontram cobertos pela proibição do art. 809.º (v.g. afastamento do regime da anulação por erro⁷³ ou do recurso a uma sanção pecuniária compulsória⁷⁴). Todavia, tendo em conta o objeto do nosso estudo, apenas analisaremos, individualmente, a validade das cláusulas de *sole remedy* quando impliquem a renúncia aos meios de defesa que consideramos incluídos no âmbito de aplicação do art. 809.º.

3.1. Renúncia à resolução

Prevista genericamente nos arts. 432.º a 436.º do CC, a resolução é o meio mediante o qual uma das partes, perante uma determinada circunstância devidamente fundamentada na lei ou no contrato, põe termo ao vínculo contratual, de forma definitiva, mediante declaração unilateral à contraparte.

A par do regime geral, é ainda possível encontrar a consagração da resolução como reação a certas vicissitudes, tais como a alteração anormal das circunstâncias (art. 437.º do CC), a impossibilidade culposa (art. 801.º do CC) e a impossibilidade parcial (art. 802.º do CC). Estranhamente, contudo, a lei é silente no que toca à possibilidade de resolução do

⁷³ Para uma análise mais aprofundada da renúncia a este regime, Catarina Monteiro Pires, “Cláusulas...”, cit., pp. 76 a 78 e José Ferreira Gomes, *M&A ...*, cit., p. 316.

⁷⁴ Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, “Ainda o problema ...”, cit., p. 147, José Dias Gonçalves, “A validade ...”, cit., pp. 1232 e 1233 e Catarina Monteiro Pires, “Cláusulas...”, cit., p. 1254

contrato em caso de incumprimento (art. 808.º do CC), ignorando por completo as contribuições de Vaz Serra⁷⁵ e de Antunes Varela⁷⁶ em sede de preparação inicial do Código Civil e durante a 2.ª Revisão Ministerial, respetivamente. Como coloca Menezes Cordeiro, “tratar-se-á do maior lapso cometido, no domínio das obrigações”⁷⁷.

A Doutrina tem, todavia, sido clara na forma como esta lacuna deve ser integrada. Neste sentido, diversos Autores⁷⁸ têm entendido que a referência ao incumprimento definitivo vertido no art. 808.º do CC deve ser entendido como uma remissão para o regime da impossibilidade culposa constante do art. 801.º do mesmo diploma. Deste modo, quer o incumprimento definitivo por perda de interesse na prestação, quer pela ultrapassagem do prazo definido pelo credor em sede de interpelação admonitória, permitiriam a resolução do contrato, nos termos do art. 801.º, n.º 2 do CC. Menezes Cordeiro reforça esta conclusão através de um argumento sistemático ao referir que, em diversas disposições específicas, o Código prevê a possibilidade de resolução por incumprimento.⁷⁹

Também a Jurisprudência tem sido perentória no entendimento de que a lei faculta ao credor a possibilidade de resolver o contrato como reação ao incumprimento definitivo.⁸⁰

A par dos fundamentos legais, quer subjetivos quer objetivos, de resolução do contrato, é ainda comum que as partes, fazendo uso da sua liberdade contratual, regulem, pela via convencional, o regime resolutivo aplicável ao seu contrato em concreto. Mediante acordo, os contraentes podem atribuir ao credor um direito de resolução em circunstâncias

⁷⁵ Vaz Serra propôs que “ao direito de recusar a prestação tardia e exigir indemnização por incumprimento são extensivas, na parte aplicável, as disposições relativas ao direito de resolução”, cfr. Adriano Vaz Serra, “Mora do devedor”, in *BMJ*, n.º 48, 1955, p. 311.

⁷⁶ Antunes Varela propôs a seguinte redação ao art. 808.º, n.º 1 do CC, “Se o credor, em consequência da mora, perder o interesse que tinha na prestação, ou esta não for realizada dentro do prazo que razoavelmente for fixado pelo credor, considera-se para todos os efeitos impossível o cumprimento.”, cfr. *2.ª Revisão*, p. 154

⁷⁷ Cfr. António Menezes Cordeiro, “Da Resolução do Contrato”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 80, n.º 3 – 4, 2020, p. 456.

⁷⁸ Cfr. António Menezes Cordeiro, “Da Resolução...”, cit., pp. 456 e 457, Fernando Pires de Lima e João Antunes Varela, *Código...*, cit., p. 71, João Baptista Machado, “Pressupostos da resolução por incumprimento”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim*, 1979, p. 159; José Brandão Proença, *A resolução do contrato no direito civil. Do enquadramento e do regime*, 1996, pp. 114 e 115, Luís Menezes Leitão, *Direito...*, Vol. II, cit., p. 103 e Ana Perestrelo de Oliveira e Madalena Perestrelo de Oliveira, *Incumprimento resolutório: uma introdução*, 2019, pp. 41 e ss.

⁷⁹ Tais disposições constam dos arts. 891.º (compra e venda), 934.º e 936.º, n.º 2 (venda a prestações), 966.º (doação), 1047.º a 1050.º (locação), 1083.º a 1087.º (arrendamento urbano), 1140.º (comodato), 1150.º (mútuo), 1222.º, n.º 1 (empreitada), 1235.º (renda perpétua) e 1242.º (renda vitalícia) do CC, cfr. António Menezes Cordeiro, “Da Resolução...”, cit., p.457

⁸⁰ Cfr. Acórdãos do STJ de 4.11.1999 (Herculano Namora), de 09.05.2006 (Urbano Dias), de 04.06.2013 (Hélder Roque), de 24.01.2017 (Pinto de Almeida), do TRL de 11.11.1999 (Silva Pereira) e de 06.12.2007 (Fernanda Isabel Pereira), in em *www.dgsi.pt*.

em que a lei já o fazia, reforçando-o e dissipando quaisquer dúvidas quanto à existência desse direito; atribuir ao credor um direito de resolução perante factos que a lei não reconhece como fundamentadores do recurso ao *remédio* resolutivo; ou limitar ou excluir o direito de resolução atribuído pela lei.⁸¹

É relativamente ao terceiro tipo de casos, ou seja, quando as cláusulas de *sole remedy*, afastam o regime legal da resolução, que se coloca a questão da sua validade face ao art. 809.º.

A resposta a esta problemática não é unívoca na Doutrina portuguesa, tendo a admissibilidade e validade destas cláusulas de renúncia à resolução, tantos defensores como opositores. Vejamos, em primeiro lugar, os argumentos que permitem sustentar a inadmissibilidade da renúncia antecipada à resolução.

Em primeiro lugar, o elemento literal do art. 809.º permite inferir, de forma clara, a inclusão do direito à resolução do contrato em caso de incumprimento ou impossibilidade no âmbito da proibição da norma, tendo em conta a sua previsão nas “divisões anteriores”.⁸² Consideramos, contudo, que este argumento não é suficiente para, *per se*, sustentar a inadmissibilidade deste tipo de cláusulas, uma vez que representa apenas um dos passos da complexa tarefa hermenêutica e, por força do seu carácter estático, não se revelar, muitas vezes, sensível à materialidade da situação concreta em causa.

Em segundo lugar, tal como referem alguns Autores⁸³, a resolução corresponde a um *remédio* fundamental e natural do credor perante o incumprimento do devedor. Como tal,

⁸¹ Cfr. Nuno Pinto Oliveira, *Princípios de Direito dos Contratos*, 2011, p. 917 e Pedro Romano Martinez, *Da cessação do contrato*, 3ª Ed., 2017, pp. 80 e ss.

⁸² Cfr. Fernando Pires de Lima e João Antunes Varela, *Código...*, cit., p. 72, João Baptista Machado, “Pressupostos...”, cit., p. 65, António Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas...*, cit., pp. 211 e 212, José Brandão Proença, *A resolução...*, cit., p. 85, Pedro Romano Martinez, *Da cessação...*, cit., p. 81 e *Cumprimento defeituoso - em especial, na compra e venda e na empreitada*, 2015, pp. 500 e 502, Nuno Pinto Oliveira, *Princípios...*, cit., pp. 919 e 920, Ana Filipa Morais Antunes, “Comentário...”, cit., p. 1147, António Menezes Cordeiro, *Tratado...*, cit., Tomo IX, p. 439. Estes últimos autores são perentórios na afirmação de que o art. 809.º não pode ser reduzido no seu âmbito de aplicação, devendo, pelo contrário, ser aplicado na sua plena amplitude.

⁸³ Cfr. José Dias Gonçalves, “A validade ...”, cit., pp. 1252 e 1253 e Mafalda Miranda Barbosa, “Ainda o problema ...”, cit., p. 146. Estes Autores, apesar de concordarem na proibição da renúncia antecipada à resolução fundada no incumprimento, discordam quanto à solução a adotar em caso de alteração anormal das circunstâncias. Enquanto para Dias Gonçalves tal cláusula continua a estar vedada, para Mafalda Barbosa não existe, nesses casos, o mesmo risco de tornar a obrigação civil numa obrigação natural, na medida em que, como resulta das cláusulas de *hardship*, cuja validade é amplamente aceite, as partes apenas se procuram precaver de uma possível alteração da base do negócio. Logo, o juízo assentaria em aferir se a alteração ocorrida foi considerada pelas partes aquando da celebração do contrato.

estariamos perante uma defesa identitária do direito de crédito e, portanto, absolutamente irrenunciável. Por outras palavras, ao afastarem a possibilidade de o credor recorrer ao meio resolutivo, as partes estariam a enfraquecer de forma inaceitável a força vinculativa da obrigação, contribuindo para a sua transformação numa obrigação natural.⁸⁴ Consideramos, todavia, que este argumento também não procede, uma vez que, segundo o art. 402.º do CC, uma obrigação “diz-se natural, quando se funda num mero dever de ordem moral ou social, cujo cumprimento não é judicialmente exigível, mas corresponde a um dever de justiça”. Ora, a renúncia à resolução não implica o afastamento dos demais mecanismos de reação que a lei atribui ao credor, deixando intocável, nomeadamente, a ação de cumprimento. Logo, não só o direito de crédito continua a estar devidamente tutelado e protegido, como a prestação que consubstancia o objeto do contrato continua a ser passível de ser exigida judicialmente, revelando-se falacioso o risco de transformação da obrigação civil numa obrigação natural. Além do mais, como coloca acertadamente Ana Perestrelo de Oliveira, a renúncia ao direito à resolução corresponde apenas à antecipação de uma escolha que a lei já coloca à disposição do credor, uma vez que, em caso de inadimplemento, encontra-se vedado o recurso simultâneo à resolução e à ação de cumprimento.⁸⁵ Por fim, acresce ainda o facto de as cláusulas de *sole remedy* corresponderem a cláusulas complexas que, na mesma medida em que afastam certos *remédios*, elegem e atribuem aos contraentes outros mais adequados aos seus interesses. Em termos práticos, as partes podem optar por, perante a verificação de uma determinada situação de inadimplemento, ao invés de consagrar a possibilidade de resolver o contrato, aplicar um determinado regime indemnizatório específico, cujas regras são criadas *à medida* para o contrato em causa. Fica assim demonstrado que a utilização de cláusulas de *sole remedy* não conduz a um vazio na proteção da obrigação, mas a uma substituição do regime de tutela da posição do credor em termos mais adequados à situação concreta.

Um terceiro argumento de ordem sistemática que poderia também ser invocado em favor desta posição relaciona-se com a al. f) do art. 18.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro. Segundo esta norma, são absolutamente proibidas e, conseqüentemente, nulas as cláusulas que “excluam a exceção de não cumprimento do contrato ou a resolução por

⁸⁴ Cfr. Fernando Pires de Lima e João Antunes Varela, *Código...*, cit., p. 72.

⁸⁵ Cfr. Ana Perestrelo de Oliveira, *Desvinculação...*, cit., p. 158.

incumprimento”. Desta redação poder-se-ia retirar uma confirmação da intenção do legislador em proibir de forma inequívoca a renúncia antecipada à resolução do contrato.⁸⁶ Não consideramos, todavia, que assim se possa entender e que tal solução normativa possa ser estendida aos casos fora do âmbito de aplicação da LCCG. Este regime legal tem uma função e um âmbito de aplicação específicos, visando situações em que existe uma disparidade e um desequilíbrio entre as partes contratantes. Neste sentido, nas cláusulas abrangidas por este diploma, não existe qualquer negociação relevante do seu conteúdo. Existe apenas uma parte mais forte que impõe a totalidade ou a maioria do clausulado do contrato à contraparte, a qual verá a sua liberdade limitada à aceitação e celebração do contrato nas exatas condições em que ele lhe é apresentado, ou, em alternativa, não celebrar qualquer acordo. Deste modo, torna-se evidente que as normas da LCCG devem ser entendidas dentro dos limites do seu âmbito de aplicação. Isto significa que, existindo uma possibilidade real de negociação do conteúdo do contrato, acompanhada de uma total paridade entre as partes, do ponto de vista do seu poder negocial, da sua sofisticação e compreensão do mercado, da lei e dos direitos que esta lhes atribui, as razões e fundamentos que motivaram a intervenção do legislador e a cristalização de normas mais protetoras neste regime legal, não se verificam. Como tal, não se poderá aceitar que o raciocínio que enformou a criação desta regulamentação e, por conseguinte, as suas soluções normativas, possa ser extrapolado com vista a permitir a sua aplicação fora do seu âmbito.

Por sua vez, cumpre, agora, analisar os argumentos que fundamentam a admissibilidade deste tipo de cláusulas.

Primeiramente, considerando que o incumprimento definitivo tem lugar quando se ultrapassa o prazo fixado na interpelação admonitória ou quando o credor perde interesse na realização da prestação, a renúncia à resolução traduzir-se-ia apenas numa admissão, por parte do credor, de que o incumprimento de determinadas regras do contrato, não poria em causa o seu interesse no recebimento da prestação devida, subsistindo, em todo o caso, entre outras, a via indemnizatória.⁸⁷ Quanto a este ponto, consideramos que o argumento não permite, de forma sólida, sustentar uma posição de admissibilidade deste tipo de renúncia. A razão pela qual assim o entendemos prende-se com o facto de, como resulta do n.º 2 do art.

⁸⁶ Neste sentido parece apontar Nuno Pinto Oliveira, *Princípios...*, cit., pp. 919 e 920.

⁸⁷ Cfr. Catarina Monteiro Pires, “Cláusulas...”, cit., pp. 83 e 84 e José Ferreira Gomes, *M&A...*, cit., pp. 317 e 318.

808.º do CC, já densificado pela Doutrina⁸⁸ e Jurisprudência⁸⁹, o interesse relevante para a convalidação da mora em incumprimento definitivo dever ser analisado segundo um critério objetivo, de razoabilidade e de acordo com a bitola do homem médio. Como o STJ já teve oportunidade de referir, este critério de apreciação “significa que o valor da prestação deve ser aferido pelo tribunal em função das utilidades que a prestação teria para o credor, tendo em conta a justificá-lo um critério de razoabilidade próprio do comum das pessoas e a sua correspondência à realidade das coisas”⁹⁰. Assim, resulta claro que a análise da perda do interesse na realização da prestação não depende, exclusivamente, da vontade do credor, não sendo, deste modo, suficiente para a sua não verificação, a mera afirmação nesse sentido.

Por outro lado, mesmo que assim não se entendesse, tendo em conta os critérios supramencionados que pautam o juízo sobre a perda do interesse, nomeadamente se, no plano material, ainda existe justificação e necessidade de realização da prestação, consideramos impossível que tal juízo possa ser feito *ex ante*. Caso contrário, poderia acabar por se verificar uma solução contraditória. Tomemos, por exemplo, uma situação em que duas partes celebram um contrato de transporte de determinados materiais, mas em que o devedor não cumpre, obrigando o credor a recorrer a outros meios para realizar o respetivo transporte. Neste exemplo, mesmo já não fazendo sentido a realização da prestação pelo devedor originário, por já ter sido satisfeita a pretensão do credor, se seguíssemos o argumento referido, continuava a existir interesse na sua realização, em função de uma escolha do credor aquando da celebração do contrato, expressa na renúncia à resolução. Ora, tal solução não parece fazer sentido.

Por fim, se levado ao extremo, este argumento traduzir-se-ia, ainda, numa relação contratual em que só existiria incumprimento definitivo depois de decorrido o prazo da interpelação admonitória e nunca pela perda do respetivo interesse.

Um segundo argumento a favor da admissibilidade da renúncia antecipada ao direito à resolução prende-se com a desadequação deste meio de reação e dos seus efeitos

⁸⁸ Cfr. Maria da Graça Trigo e Mariana Nunes Martins, “Comentário ao artigo 808.º do Código Civil”, in *Comentário ao Código Civil – Direito das Obrigações, Das obrigações em geral* (coord. de José Brandão Proença), 2019, pp. 1142 e 1143, Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito...*, cit., p. 1054, João Baptista Machado, “Pressupostos...”, cit., p. 136 e 137, António Menezes Cordeiro, *Tratado...*, cit., Tomo IX, pp. 267 e 268.

⁸⁹ Cfr. Acórdãos do STJ de 25.06.2009 (Maria dos Prazeres Pizarro Beleza), de 20.10.2009 (Sebastião Póvoas), de 14.04.2011 (Pereira da Silva), de 07.02.2008 (Salvador da Costa) de 24.05.2022 (Manuel Capelo), in *www.dgsi.pt*.

⁹⁰ Cfr. Acórdão do STJ de 27.05.2010 (Cardoso de Albuquerque), in *www.dgsi.pt*.

relativamente a determinados contratos.⁹¹ Ora, se tomarmos como exemplo um contrato de compra e venda de uma sociedade comercial, (i) em que as partes, como a realidade do mercado permite evidenciar, se caracterizam pela sofisticação e pela paridade, (ii) em que todo o processo envolve um grande investimento, monetário e de tempo, mormente, com a negociação e preparação do contrato e (iii) em que o sucesso da operação tem consequências profundas na posição das partes no mercado, a possibilidade e o efetivo recurso a um meio que implica a destruição da relação contratual, revelar-se-ia desastrosa. Como tal, coaduna-se mais com os interesses que se procuram proteger, o afastamento da resolução e a eleição de “remédios positivos”⁹², como o poderá ser a renegociação do preço de aquisição.

Por sua vez, a possibilidade de renunciar à resolução, na medida em que expressa uma vontade de, perante alguma perturbação contratual, manter o respetivo vínculo, revela-se coerente com o nosso ordenamento jurídico, o qual assenta em princípios como o *favor contractus* e o cumprimento natural⁹³.

Também a teleologia do art. 809.º parece apontar no sentido da admissibilidade deste tipo de cláusulas, uma vez que, considerando que um dos interesses protegidos pela norma é a salvaguarda da posição do credor, se, no caso concreto, esta se encontrar plenamente realizada e tutelada, deixa de haver fundamento para a aplicação desta proibição.

Assim, tal como avança corretamente Ana Perestrelo de Oliveira⁹⁴, deve-se ter em consideração que o papel do Estado não é o de ser um guardião extremamente zeloso dos cidadãos e que a Constituição promove e potencializa a liberdade e consequentemente a autorresponsabilidade do indivíduo. Partindo desta premissa, releva-se claro que se há circunstâncias em que o legislador deve intervir mais ativamente, tal não se revela necessário ou fundamentado quando a renúncia à resolução ocorre no âmbito de uma relação contratual entre partes informadas, que se encontram numa posição paritária e em que não existe um exercício desfigurador da autonomia privada, nem, como já referimos, uma perda da força vinculativa do contrato e das obrigações que o compõem⁹⁵ ou da tutela do direito.

⁹¹ Cfr. Ana Perestrelo de Oliveira, *Desvinculação...*, cit., p. 158.

⁹² *Idem*.

⁹³ *Idem*, p. 157.

⁹⁴ *Idem*, p. 170.

⁹⁵ Cfr. Manuel Carneiro da Frada, “A ordem pública no domínio dos contratos”, in *Ars ludicandi - Estudos em Homenagem ao Prof Doutor António Castanheira Neves*, Vol. II, 2008, pp. 255 a 268.

No plano transnacional, os PECL e o DCFR, ao consagrarem uma valorização da autonomia e da vontade das partes, reconhecem de forma expressa a possibilidade de se afastarem alguns meios de reação ao cumprimento, nos quais se inclui a resolução, conforme o 8:109 dos PECL e o III – 3:105 do DCFR. Como limite, figura a necessidade de se respeitar o princípio de *fair dealing* e a impossibilidade de se abdicar deste *remédio* quando esteja em causa um incumprimento doloso ou com negligência grosseira.

Por todas estas razões, consideramos que se deve interpretar restritivamente o art. 809.º do CC e aceitar a validade das cláusulas de *sole remedy* que impliquem uma renúncia antecipada à resolução em determinadas condições. Todavia, afastadas estariam as situações de incumprimento doloso ou grave, cuja renúncia apenas pode ocorrer *ex post*⁹⁶, uma vez que, nesses casos, se atinge, muitas vezes de maneira irremediável, a confiança, a lealdade e a colaboração⁹⁷ que devem existir entre as partes. Por outras palavras, a boa-fé que deve reger o contrato pode ficar de tal forma afetada que só perante a situação concreta, muitas vezes imprevisível, poderá o credor tomar uma decisão esclarecida sobre a manutenção do vínculo, não podendo, portanto, ficar, logo à partida sem a possibilidade de abandonar o contrato.

3.2. Renúncia ao *commodum de representação*

Consagrado no art. 794.º do CC, o *commodum de representação* traduz o mecanismo através do qual o credor, perante a impossibilidade do cumprimento da prestação por facto imputado ao devedor, tem o direito de exigir aquilo que este recebeu ou a sub-rogar-se no direito que este adquiriu contra um terceiro como consequência do facto que levou à impossibilitação.⁹⁸ Isto significa que o credor, se recorrer a este meio de reação, beneficiará daquilo que, após a efetivação da impossibilidade de cumprimento, passou a ocupar o lugar de objeto da prestação na esfera jurídica do devedor.⁹⁹

Todavia, tal como sublinham Pires de Lima e Antunes Varela¹⁰⁰, esta substituição do objeto da prestação não ocorre de forma automática e imediata por mero efeito da lei,

⁹⁶ Neste sentido, Ana Perestrelo de Oliveira, *Desvinculação...*, cit., p. 168.

⁹⁷ Cfr. António Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas...*, cit., p. 233.

⁹⁸ Cfr. Ana Prata, *Cláusulas...*, cit., p. 992.

⁹⁹ Cfr. Catarina Monteiro Pires, *Novo coronavírus e crise contratual – Anotação ao Código Civil*, 2020, p. 107.

¹⁰⁰ Cfr. Fernando Pires de Lima e João Antunes Varela, *Código...*, cit., p. 47.

considerando que, mais uma vez, o recurso a este mecanismo corporiza um direito potestativo do credor.

Cumpra ainda referir que, nas palavras de Vaz Serra, “o direito ao *commodum* representativo substitui o direito à prestação originária e deve, portanto, sujeitar-se, em princípio, às mesmas regras”¹⁰¹, nomeadamente no que concerne à subsistência da obrigação de cumprir com a contraprestação.

No que à renúncia a este *remédio* diz respeito, Pires de Lima e Antunes Varela¹⁰², Menezes Cordeiro¹⁰³ e Pessoa Jorge¹⁰⁴ defendem que o *commodum* de representação, ao estar abrangido pelo âmbito de aplicação objetivo do art 809.º, faz parte da “armadura irredutível do direito de crédito”¹⁰⁵, não podendo ser reduzido. Não cremos, todavia, que, mais uma vez, o argumento literal seja suficiente para se defender a proibição da renúncia antecipada.

Da nossa parte, entendemos que a argumentação que despendemos para defender a admissibilidade da renúncia à resolução pode ser estendida ao *commodum*, visto que, uma vez mais, estamos no âmbito de um direito cuja escolha a lei sempre colocou na disponibilidade do credor e perante um mecanismo cujo afastamento não enfraquece a vinculatividade do direito, mormente, por se manterem outros mecanismos de reação ao incumprimento, de natureza legal ou contratual. Fortalecendo, ainda, este juízo de admissibilidade destas cláusulas, destaca-se o facto de a realidade prática demonstrar o papel diminuto e marginal que este meio tem na relação contratual, visto que as partes pouco ou nada a ele recorrem em situações de incumprimento.¹⁰⁶

Conclui-se, deste modo, pela admissibilidade da renúncia ao *commodum* de representação, em certas circunstâncias.

3.3. Exclusão e limitação do direito à indemnização

Consideramos que a análise da validade das cláusulas de *sole remedy* que tenham como objeto o direito à indemnização do credor pelos prejuízos resultantes da mora, do

¹⁰¹ Cfr. Adriano Vaz Serra, “Impossibilidade superveniente por causa não imputável ao devedor e desaparecimento do interesse do credor”, in *BMJ* 46, 1955, p. 57.

¹⁰² Cfr. Fernando Pires de Lima e João Antunes Varela, *Código...*, cit., p. 56.

¹⁰³ Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado...*, cit., Tomo IX, p. 439.

¹⁰⁴ Cfr. Fernando Pessoa Jorge, “A limitação...”, cit., pp. 5 e ss.

¹⁰⁵ Cfr. João Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, Vol. II, 7ª Ed., 2001, p. 137.

¹⁰⁶ No mesmo sentido, Dias Gonçalves, “A validade ...”, cit., p. 1254.

cumprimento defeituoso e do incumprimento definitivo, deve ser iniciada com a distinção entre limitação e exclusão da possibilidade de recurso ao regime geral da responsabilidade civil contratual, previsto nos arts. 798.º e seguintes do CC.¹⁰⁷ Só assim se poderá entender a verdadeira extensão da proibição do art. 809.º relativamente às cláusulas que operem este afastamento.

As cláusulas que excluem a responsabilidade são aquelas que retiram por completo do contrato a obrigação de indemnização que recai sobre o devedor em caso de incumprimento ou mora, nos termos do supramencionado regime geral, revelando-se irrelevante a factualidade que envolve o inadimplemento.

Por sua vez, tal como a designação já permite transparecer, as cláusulas limitativas são cláusulas que regulam o próprio regime legal, procedendo a uma restrição, ou, por outras palavras, a um afastamento meramente parcial da responsabilidade.¹⁰⁸ Por força do seu carácter abrangente, este tipo de cláusulas pode manifestar-se de formas variadas, nomeadamente, na definição de um montante máximo indemnizatório (“*indemnity cap*”)¹⁰⁹ ou no condicionamento da responsabilidade a situações de dolo ou culpa grave, afastando a pretensão indemnizatória quando a culpa seja meramente leve ou levíssima.

No que concerne à validade da exclusão pura e simples do direito do credor à indemnização, a Doutrina¹¹⁰ é unívoca na defesa da sua inadmissibilidade face ao art. 809.º.

¹⁰⁷ Cfr. Ana Filipa Morais Antunes, “Comentário...”, cit., p. 1150, António Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas...*, cit., pp. 103 a 114, Inocêncio Galvão Telles, *Direito...*, cit., pp. 423 e ss., Fernando Pessoa Jorge, “A limitação...”, cit., p. 7, Carlos da Mota Pinto, *Teoria...*, cit., pp. 601 e 602, Mafalda Miranda Barbosa, “Ainda o problema ...”, cit., pp. 136 e ss.

¹⁰⁸ Cfr. Ana Filipa Morais Antunes, “Comentário...”, cit. p. 1150, António Pinto Monteiro, “Cláusulas de exclusão e de limitação da responsabilidade contratual. Cláusulas penais”, in *Colóquio de Direito Civil de Santo Tirso – O Código Civil 50 anos depois: balanço e perspectivas*, 2017, p. 261 e Inocêncio Galvão Telles, *Direito...*, cit., p. 425.

¹⁰⁹ A cláusula limitativa do montante da indemnização não se deve confundir com a cláusula penal, permitida pelo art. 810.º do CC, na medida em que, enquanto a segunda estipula um valor exato e imutável para a indemnização, podendo este vir a revelar-se superior ou inferior aos danos reais; as primeiras apenas definem um limite máximo inultrapassável ao valor a indemnizar. Deste modo, caso o dano real a ser indemnizado tiver um valor inferior ao limite contratualmente fixado, é de acordo com o valor do dano efetivo que o montante da indemnização se irá fixar, cfr. Carlos da Mota Pinto, *Teoria...*, cit., p. 600, Ana Filipa Morais Antunes, “Comentário...”, cit., p. 1150, António Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas...*, cit., pp. 557 e ss., Ana Prata, *Cláusulas...*, cit., p. 87 e Inocêncio Galvão Telles, *Direito...*, cit., p. 430.

¹¹⁰ Cfr. António Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas...*, cit., pp. 182 e ss., António Menezes Cordeiro, *Tratado...*, cit., p. 435, Ana Filipa Morais Antunes, “Comentário...”, cit., p. 1147, Luís Menezes Leitão, *Direito...*, Vol. II, cit., p. 287, João Antunes Varela, *Das obrigações...*, cit., p. 137, Inocêncio Galvão Telles, *Direito...*, cit., pp. 426 e 427, José Ferreira Gomes, *M&A ...*, cit., p. 305, Nuno Pinto Oliveira, *Cláusulas acessórias ao contrato – Cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indemnizar, cláusulas penais*, 2005, pp. 11 e ss.,

A razão de ser deste entendimento reside fundamentalmente no facto de, ao se permitir uma renúncia total e absoluta a este direito, se estar a pôr em causa o sentido jurídico da obrigação, esvaziando-a.

Conforme ensina, quanto a nós corretamente, Pinto Oliveira¹¹¹, considerar válida a exclusão ou eliminação do direito à reparação dos prejuízos enfraqueceria, de forma profunda, a força coercitiva do vínculo obrigacional, uma vez que “o devedor estaria simultaneamente obrigado a cumprir e desobrigado da responsabilidade pelo não cumprimento”. Por outras palavras, a obrigação tornar-se-ia numa mera ilusão¹¹², visto que apesar de vinculado ao cumprimento da obrigação, o devedor poderia incumpri-la sem que daí adviesse qualquer consequência do ponto de vista da responsabilidade, subvertendo o seu efeito preventivo.

Além do mais, por esta via ocorreria, de certa forma, a atribuição ao devedor de um direito a proceder com dolo ou negligência grosseira, absolvendo-o de qualquer dever de diligência no cumprimento da obrigação a que está adstrito, o que se revelaria inaceitável perante o nosso ordenamento jurídico. Por outro lado, esta renúncia poria ainda em causa a função da responsabilidade civil contratual, não só do ponto de vista indemnizatório, como sancionatório, deixando “à mercê das partes, uma regra cujo valor moral e social imporá que lhes seja subtraída”¹¹³.

Todavia, esta aparente concordância doutrinária já não existe relativamente às suprarreferidas cláusulas limitativas da responsabilidade.

Atentemos, em primeiro lugar, nas cláusulas que consagram um limite máximo ao montante indemnizatório. Através destas cláusulas, as partes procuram acautelar que independentemente do valor concreto e efetivo a que os danos, resultantes do incumprimento ou da mora, possam ascender, o devedor apenas responderá, a título de indemnização, até um determinado montante por elas acordado. Os contraentes pretendem, assim, reduzir os custos económicos do contrato¹¹⁴, afastando a possibilidade de terem de vir a desembolsar valores demasiados avultados resultantes da aplicação pura e simples do regime legal da

Manuel de Andrade, *Teoria...*, cit., p. 347, Fernando Pessoa Jorge, “A limitação...”, cit., p. 12, José Dias Gonçalves, “A validade ...”, cit., p. 1253 e Ana Prata, *Cláusulas...*, cit., pp. 516 e ss.

¹¹¹ Cfr. Nuno Pinto Oliveira, *Cláusulas...*, cit., pp. 11 e 12.

¹¹² Cfr. António Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas...*, cit., p. 214

¹¹³ *Idem*, p. 185.

¹¹⁴ Cfr. Ana Filipa Morais Antunes, “Comentário...”, cit., p. 1151.

responsabilidade contratual. Numa palavra, operam uma “suavização da responsabilidade”¹¹⁵.

Em favor da validade destas cláusulas, podem ser apresentados vários argumentos.

Em primeiro lugar, o art. 809.º, como já tivemos oportunidade de referir, proíbe a renúncia *tout court* aos meios de reação ao incumprimento. Ora, no caso das cláusulas de limitação do montante indemnizatório não existe uma verdadeira renúncia, não conhecendo esta norma qualquer aplicação.¹¹⁶ A este argumento são, contudo, apontadas várias críticas, a saber: (i) assim como não é possível concluir com total certeza que as cláusulas limitativas estão abrangidas pela proibição do art. 809.º, também não é possível fazê-lo no sentido de estarem totalmente fora do seu âmbito de aplicação¹¹⁷; (ii) a única forma de atribuir efeito útil à exceção da última parte do art. 809.º, em conjugação com o 800.º, n.º 2, seria a existência de uma regra de invalidade geral das cláusulas de limitação e exclusão¹¹⁸; e (iii) as cláusulas limitativas e de exclusão ou exoneratórias são, muitas vezes de difícil distinção, nomeadamente quando se convencionam limites indemnizatórios muito reduzidos¹¹⁹.

Quanto a nós, consideramos que as críticas apontadas não devem ser acolhidas, mantendo-se a procedência do argumento *supra* avançado. Em primeiro lugar, não está em causa uma verdadeira renúncia ao direito de indemnização, uma vez que este continua a subsistir apesar de balizado. Logo, à partida, as razões da proibição não se aplicam. Aliás, mesmo que dúvidas houvesse sobre se estaríamos ou não perante uma renúncia antecipada para efeitos do art. 809.º, tal como demonstra Pinto Monteiro¹²⁰, a dissipação dessas dúvidas, perante o carácter excepcional da norma, enquanto limitação da autonomia privada, deve passar pela interpretação restritiva do artigo e, conseqüentemente, pela admissibilidade destas cláusulas. Em segundo lugar, relativamente ao art. 800.º, n.º 2, não consideramos que a admissibilidade das cláusulas limitativas da indemnização ponha em causa o efeito útil da norma, visto que estão em causa realidades diferentes, dirigindo-se o art. 800.º apenas à

¹¹⁵ Cfr. José Brandão Proença, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, 2ª Ed., 2017, p. 475.

¹¹⁶ Cfr. Carlos da Mota Pinto, *Teoria...*, cit., pp. 601, António Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas...*, cit., p. 171, Luís Menezes Leitão, *Direito...*, Vol. II, cit., p. 289. Na Jurisprudência, o STJ, num Acórdão datado de 02.07.1981, pela pena de Solano Viana decidiu que “o artigo 809.º do Código Civil (...) não se opõe a uma cláusula onde não se estabelece qualquer renúncia à indemnização, apenas se convencionando o momento máximo desta.”

¹¹⁷ Cfr. Ana Prata, *Cláusulas...*, cit., p. 619.

¹¹⁸ *Idem*, pp. 620 e 621.

¹¹⁹ *Idem*, pp. 664 e ss.

¹²⁰ Cfr. António Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas...*, cit., p. 172.

responsabilidade por atos praticados por representantes legais e não pelo próprio. Logo, não deverá ser feita qualquer extrapolação. Por fim, também não procede a crítica final pois, tal como refere Ana Filipa Morais Antunes¹²¹, o critério de distinção entre cláusulas limitativas e de exclusão deve ser um critério material. Desta forma, uma cláusula que defina como limite máximo um valor totalmente irrisório, deve ser considerada uma cláusula de exclusão total do dever de indemnizar, inadmissível nos termos já por nós expostos.

Outro argumento fundamentador da tese da admissibilidade, resulta de um paralelismo com a cláusula penal, permitida pelo art. 810.º. Neste sentido, apesar de ambas as cláusulas serem conceptualmente distintas, a forma como o art. 810.º está redigido permite “que a fixação do montante exigível possa consistir na estipulação de um limite máximo ao *quantum respondeatur*”¹²², nomeadamente, se atentarmos no art. 811.º, n.º 2, o qual proíbe a exigência pelo credor do dano excedente.¹²³ Tem ainda sido invocado o art. 602.º, o qual, ao permitir às partes limitar validamente a responsabilidade dos devedores a alguns bens, não só abre espaço à restrição do montante indemnizatório, como manifesta um voto favorável do legislador à existência de desequilíbrios entre os contraentes.¹²⁴

Todavia, também estas premissas têm sido alvo de críticas fundamentadas, nomeadamente, na impossibilidade de se estabelecer qualquer paralelismo entre as cláusulas, tendo em conta as profundas diferenças funcionais, substanciais e teleológicas que as caracterizam.¹²⁵

Consideramos, contudo, que, apesar das críticas, não se pode ignorar a semelhança, do ponto de vista dos efeitos práticos que existe entre este tipo de cláusulas limitativas e a cláusula penal ou de limitação do património que irá responder a título de indemnização. A impossibilidade de o credor exigir o valor dos danos excedentes, no caso da cláusula penal, e a possibilidade de as partes poderem limitar a responsabilidade patrimonial a um conjunto determinado de bens, os quais têm necessariamente um definido valor monetário associado, traduz-se, em termos práticos, numa verdadeira limitação da indemnização. Deste modo,

¹²¹ Cfr. Ana Filipa Morais Antunes, “Comentário...”, cit., p. 1151.

¹²² Cfr. Carlos da Mota Pinto, *Teoria...*, cit., p. 594.

¹²³ Cfr. Carlos da Mota Pinto, *Teoria...*, cit., p. 601 e António Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas...*, cit., p. 172.

¹²⁴ Cfr. Inocêncio Galvão Telles, *Direito...*, cit., p. 427 e António Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas...*, cit., p. 172.

¹²⁵ Ana Prata chega a afirmar que utilizar a limitação do património como forma de limitar a indemnização corresponderia a um caso de fraude à lei, cfr. Ana Prata, *Cláusulas...*, cit., p. 662.

consideramos que o legislador, ao consagrar estas soluções normativas, mostrou abertura ao recurso a mecanismos de limitação do montante da indemnização. Refira-se ainda que, nestes casos, o devedor sai mais beneficiado do que no caso da consagração de uma cláusula penal, uma vez que, se os danos forem inferiores ao limite acordado, será esse o valor a ter em consideração para o cálculo da indemnização, ao passo que a cláusula penal tem um valor imutável e independente do valor dos danos efetivos, apenas podendo ser reduzida se se revelar manifestamente excessiva.

Por fim, mais uma vez, cumpre, ainda, referir que estas cláusulas permitem criar contratos que melhor se ajustam à vontade das partes e às circunstâncias do caso.¹²⁶

Tendo tudo isto em conta, consideramos que as cláusulas que definem um limite máximo à indemnização devem ser consideradas válidas à luz do ordenamento jurídico português.

Tal como referimos *supra*, as cláusulas limitativas podem também debruçar-se sobre os pressupostos da responsabilidade, mais concretamente o pressuposto da culpa. Também nesta matéria não existe concordância sobre a admissibilidade das cláusulas com estes contornos.

Direcionemos, em primeiro lugar, a nossa atenção para os argumentos fundamentadores da tese da oposição às cláusulas de limitação da responsabilidade com base no grau de culpa.

Um dos primeiros argumentos que pode ser invocado, prende-se com o elemento histórico do art. 809.º. Como já referimos *supra*, o legislador ao criar esta norma, introduziu uma solução drasticamente oposta àquela que tinha vigorado até aí e que permitia a limitação da responsabilidade com base no grau de culpa. Desta constatação resultaria, nessa medida, o reconhecimento de uma intenção inequívoca de não abrir qualquer exceção à proibição da renúncia antecipada.¹²⁷

Apesar de preponderante, esta premissa não é, todavia, livre de críticas. Se é certo que existiu por parte do legislador uma intenção restritiva da autonomia privada, tal

¹²⁶ Cfr. José Ferreira Gomes, *M&A ...*, cit., pp. 304 e 305.

¹²⁷ Cfr. Fernando Pires de Lima e João Antunes Varela, *Código...*, cit., Vol. I, pp. 58 e 59 e Vol. II, pp. 72 e 73 e João Antunes Varela, *Das obrigações...*, cit., p. 137. Apesar de discordar da tomada de posição do legislador, Pessoa Jorge concorda que, face ao regime atual, está proibido este tipo de cláusulas, cfr. Fernando Pessoa Jorge, “A limitação...”, cit., p. 18.

reconhecimento do elemento histórico não é, por si só, suscetível de ditar a interpretação atual do quadro normativo. O Direito e, conseqüentemente as soluções legais, não podem permanecer presos ao tempo histórico em que surgiram, nem ao pensamento legislativo que motivou a sua consagração. Como tal, concordamos, neste ponto, com Pinto Oliveira¹²⁸, no sentido da necessidade de fazer uma interpretação atualista da norma do art. 809.º, adequando-a à realidade atual, que em tanto difere da presente no momento em que, pela primeira vez, ficou consagrada a referida norma. Isto não significa, todavia, afirmar que o Direito se deve vergar à realidade prática, mas sim, no que concerne aos casos em estudo, reconhecer que os intervenientes do mercado são cada vez mais sofisticados e que, portanto, o paternalismo e as preocupações do legislador histórico não só não são necessários, em determinadas circunstâncias, como podem ser prejudiciais.

Por outro lado, poderia também referir-se que ao permitir-se a restrição da responsabilidade aos casos de dolo ou culpa grave, não só, mais uma vez, se estaria a enfraquecer profundamente o carácter coercitivo da obrigação, como a “retirar o carácter ilícito à conduta que a lei considera como tal”¹²⁹.

Contudo, este argumento não procede, visto que a admissibilidade de tal cláusula não se traduz no levantamento da ilicitude do incumprimento ou num convite ao mesmo¹³⁰, já que continuam a subsistir intocados outros meios sancionatórios do inadimplemento e coercitivos do cumprimento, como a sanção pecuniária compulsória, a ação de cumprimento e a execução específica. Afastada fica, assim também, a premissa do risco de transformação da obrigação numa obrigação natural. Além do mais, como refere Pinto Monteiro¹³¹, o legislador, na tentativa de salvaguardar o sentido jurídico da obrigação, foi demasiado longe na forma como o fez, uma vez que, ficaram abrangidos pelo preceito casos a que a *ratio* da norma não se aplica, sendo, por conseguinte, necessária uma interpretação restritiva do art. 809.º.

¹²⁸ O autor refere que por força de uma “mudança da situação normativa ou dos princípios jurídicos outrora determinantes, a interpretação originariamente legitimada há-de ceder a uma outra que se oriente pelas pautas atuais”, cfr. Nuno Pinto Oliveira, *Cláusulas...*, cit., p. 27.

¹²⁹ Cfr. João Antunes Varela, *Das obrigações...*, cit., p. 137, nota 1.

¹³⁰ Cfr. António Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas...*, cit., 189.

¹³¹ Cfr. António Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas...*, cit., p. 181 e “As cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade sob o olhar da jurisprudência portuguesa recente”, in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Vol. I, p. 300.

Alguns Autores¹³² têm também referido que permitir tais cláusulas subverteria o ónus da prova, na medida em que, apesar de nesses casos o dolo e a culpa grave se continuarem a presumir, o devedor limitar-se-ia a invocar a mera negligência, tornando-se profundamente difícil ao credor fazer contraprova, demonstrando o dolo.

Cumpre, sobre este ponto, dizer que, seguindo Paulo Mota Pinto¹³³, as cláusulas de limitação de responsabilidade não implicam, necessariamente e sem acordo expresso das partes nesse sentido, qualquer efeito em matéria de ónus da prova.¹³⁴ Deste modo, a culpa continua a presumir-se e cabe ao devedor a prova de que, aplicando-se a cláusula, agiu sem dolo ou culpa grave. Esta solução não só coloca devedor numa posição mais favorável, visto que, segundo o regime geral, para se exonerar da responsabilidade teria que demonstrar que agiu sem qualquer culpa, como se coaduna mais com a vontade das partes que, sabendo do regime da presunção de culpa e da possibilidade de convencionarem a inversão do ónus da prova, escolhem nada fazer em relação a ele.

Outros argumentos têm também sido apresentados como favoráveis à tese da inadmissibilidade, desde logo: (i) o facto de o Direito civil lusófono, à exceção do caso do art. 494.º, não distinguir o dolo da negligência em matéria contratual;¹³⁵ (ii) a impossibilidade de interpretar restritivamente o art. 809.º, por este corresponder a um mecanismo de defesa do direito de crédito; estar em consonância com o princípio da nulidade das situações intermináveis; e corporizar uma manifestação da irrenunciabilidade antecipada;¹³⁶ e (iii) a necessidade de, mesmo nos casos de incumprimento por culpa leve, ser necessário tutelar o credor, tendo em conta a fragilização da sua posição e a permissão que se estaria a dar ao devedor para que este pudesse atuar com incúria no cumprimento das suas obrigações.¹³⁷

¹³² Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado...*, cit., Tomo IX, p. 440 e Ana Filipa Morais Antunes, “Comentário...”, cit., p. 1154.

¹³³ Cfr. Paulo Mota Pinto, “Ónus da prova da culpa do devedor que beneficia da cláusula de exclusão ou de limitação de responsabilidade”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 148.º, n.º 4012, 2018, p. 43.

¹³⁴ Neste sentido, António Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas...*, cit., p. 42, Ana Prata, *Cláusulas...*, cit., p. 99. Com uma posição diferente, Nuno Pinto Oliveira, *Cláusulas...*, cit., nota 119 e Inocêncio Galvão Telles, *Direito...*, cit., 433.

¹³⁵ Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado...*, cit., Tomo IX, p. 440 e Ana Filipa Morais Antunes, “Comentário...”, cit., p. 1154

¹³⁶ Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado...*, cit., Tomo IX, p. 439.

¹³⁷ Cfr. Ana Filipa Morais Antunes, “Comentário...”, cit., pp. 1153 e 1154, Luís Menezes Leitão, *Direito...*, Vol. II, cit., pp. 288 e 289, Ana Prata, *Cláusulas...*, cit., pp. 564 e ss., João Calvão da Silva, *Compra e venda de coisas defeituosas (Conformidade e Segurança)*, 2008, p. 137, Jorge Ribeiro de Faria, *Direito das Obrigações*, Vol. II, 1990, p. 404 e nota 2.

Consideramos, mais uma vez, que nenhum destes argumentos merece acolhimento, uma vez que, (i) o legislador distingue entre dolo e negligência, nomeadamente no art. 18.º, al. c) das LCCG a propósito da limitação da responsabilidade; (ii) tal como já foi por nós referido, não parece existir no ordenamento jurídico português um princípio geral de inadmissibilidade da renúncia antecipada; não é pelo afastamento de um determinado meio de reação ao incumprimento que o direito de crédito do credor deixa de estar protegido, na medida em que subsistem os demais mecanismos de tutela; e ainda, estando as partes conscientes dos contornos e efeitos do seu ato renunciativo e os seus interesses acautelados não existe qualquer perigo que fundamente uma proteção especial; e (iii) quanto ao argumento final, como já explicado, não só as características das partes podem demonstrar que não existe qualquer fragilidade ou desequilíbrio entre elas, como o incumprimento não se torna, por via da aplicação destas cláusulas, permitido.

A favor da admissibilidade das cláusulas limitativas, a par das críticas já feitas aos argumentos supramencionados, pode ainda ser convocada uma premissa relacionada com a necessidade de coerência sistemática¹³⁸, decorrente da existência da al. c) do art. 18.º da LCCG. Esta norma permite às partes restringir a responsabilidade aos casos de dolo ou culpa grave em sede de relações contratuais que caibam no âmbito de aplicação deste diploma. Apesar de ser um argumento que já mereceu várias críticas fundadas na impossibilidade de estabelecer qualquer paralelismo entre as normas, considerando que os fins que subjazem ao art. 18.º e os mecanismos presentes na LCCG são específicos, não podendo ser alargados a casos fora do seu âmbito de aplicação¹³⁹, consideramos que o argumento sistemático deve ter vencimento. Ora, em primeiro lugar, o facto de o legislador ter consagrado a possibilidade de limitar a responsabilidade ao dolo no âmbito desta lei, demonstra uma atualização do pensamento legislativo pós 2.ª Revisão Ministerial. Seguidamente, não parece fazer sentido que, em relações de paridade entre as partes, as limitações à autonomia privada sejam mais severas, proibindo-se de forma radical a limitação da responsabilidade, do que as previstas para relações contratuais marcadamente desequilibradas, em que a necessidade de tutela é mais intensa.

¹³⁸ Cfr. Nuno Pinto Oliveira, *Cláusulas...*, cit., pp. 28 a 31 e Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito...*, cit., pp. 734 e 735.

¹³⁹ Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado...*, cit., Tomo IX, pp. 438 e 439.

Esta posição tem sido vastamente aceite na Doutrina, nomeadamente por, a par dos Autores já referidos, Galvão Telles¹⁴⁰, Ferreira Gomes¹⁴¹, Carlos Mota Pinto¹⁴², Almeida Costa¹⁴³, Romano Martinez¹⁴⁴, Carneiro da Frada¹⁴⁵, Maria da Graça Trigo¹⁴⁶, Brandão Proença¹⁴⁷, Sousa Ribeiro¹⁴⁸, Mafalda Miranda¹⁴⁹ e Dias Gonçalves¹⁵⁰.

Também na Jurisprudência, que começou por defender a tese tradicional da inadmissibilidade¹⁵¹, se tem notado uma crescente defesa da validade destas cláusulas.

Seguindo de perto a posição defendida por Pinto Monteiro, o Acórdão do STJ de 19 de Março de 2002, com o relator Garcia Marques, prescreve que ao aceitar-se a validade de cláusulas que afastam a responsabilidade em caso de culpa leve, “não se estará perante uma renúncia ao direito de indemnização (cuja proibição resulta do art. 809.º)”¹⁵², assim como que “de tais cláusulas não resultará qualquer ofensa da ordem pública, limite expressamente referido pelo n.º 2 do art. 800.º, in fine”¹⁵³. Sufragando o mesmo entendimento, destacamos o Acórdão do TRL de 15 de novembro de 2007, cujo relator é Jorge Real.

Cumprindo ainda acrescentar que, no âmbito das relações de consumo, o TC pronunciou-se, nos Acórdãos n.º 153/90, de 3 de maio e n.º 650/2004, de 16 de novembro¹⁵⁴, no sentido de não serem inconstitucionais as cláusulas que limitem a responsabilidade aos casos de dolo

¹⁴⁰ O Autor defende que a renúncia do art. 809.º diz respeito à renúncia total ao direito à indemnização, a qual existiria nos casos de exclusão de dolo ou culpa grave, mas já não nos casos de culpa leve, cfr. Inocêncio Galvão Telles, *Direito...*, cit., p. 428.

¹⁴¹ Cfr. José Ferreira Gomes, *M&A ...*, cit., pp. 304 e 305.

¹⁴² Mota Pinto refere que, entre outros argumentos, a admissibilidade deste tipo de cláusulas não põe em causa o art. 809.º, visto que não existe uma renúncia, mas sim um condicionamento da responsabilidade a uma culpa qualificada, cfr. Carlos da Mota Pinto, *Teoria...*, cit., p. 595.

¹⁴³ A par da do argumento sistemático já referido, Almeida Costa também relembra que não existe uma verdadeira renúncia, mas sim uma limitação do alcance da responsabilidade, não perdendo, o credor, os demais meios de reação ao incumprimento.

¹⁴⁴ Cfr. Pedro Romano Martinez, *Cumprimento...*, cit., pp. 728 e ss.

¹⁴⁵ Cfr. Manuel Carneiro da Frada, *Teoria da confiança*, 2019, pp. 322 a 325.

¹⁴⁶ Cfr. Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*, 2009, pp. 240 e ss., e nota 556.

¹⁴⁷ Cfr. José Brandão Proença, *Lições...*, cit., pp. 471 e ss.

¹⁴⁸ Cfr. Joaquim Sousa Ribeiro, *Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais*, 1992, p. 23, nota 33.

¹⁴⁹ Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, “Ainda o problema ...”, cit., pp. 136 e ss. e “As cláusulas de limitação e exclusão da responsabilidade – limites de validade”, in *Scientia Juridica*, n.º 345, Vol. I, 2016, pp. 421 a 441.

¹⁵⁰ Cfr. José Dias Gonçalves, “A validade ...”, pp. 1253 e 1254.

¹⁵¹ Cfr. Acórdãos do STJ de 09.07.1991 (Miguel Montenegro) e de 21.05.1998 (Lúcio Teixeira). Sem prejuízo, ainda existem decisões recentes neste sentido, mormente do TRC de 13.11.2018 (Alberto Ruço), in *www.dgsi.pt*.

¹⁵² Acórdão do STJ de 19.03.2002 (Garcia Marques), in *www.dgsi.pt*.

¹⁵³ Idem.

¹⁵⁴ Cfr. Acórdão do TC de 16.11.2004 (Bravo Serra), in *www.tribunalconstitucional.pt*.

ou culpa grave, uma vez que estas não retiram qualquer proteção ao consumidor, não permitem o incumprimento, nem despem o direito da sua coercibilidade.

Por fim, também os já referidos arts. 8:109 dos PECL e III.-3: 105 do DCFR, bem como o art. 7.1.6. dos Princípios UNIDROIT, dispõem no sentido pelo qual pugnamos.

Por tudo o que foi dito, consideramos que devem ser consideradas válidas as cláusulas que permitem a limitação da responsabilidade nos casos de dolo ou culpa grave.

3.4. Renúncia ao direito de exigir o cumprimento

Antes de nos debruçarmos sobre a renúncia ao direito a exigir o cumprimento, cumpre esclarecer o seu conteúdo. Este direito traduz-se fundamentalmente (i) na possibilidade de o credor recorrer aos tribunais com vista à condenação do devedor na realização da prestação devida e (ii) no recurso à execução específica, nos termos dos arts. 817.º e 827.º e seguintes do CC, respetivamente.

A discussão em torno da renúncia a este direito, em ambas as suas manifestações, deve ser colocada em dois parâmetros: a sua inclusão no âmbito de aplicação do art. 809.º e a sua admissibilidade.

O argumento fundamental da tese da admissibilidade destas cláusulas de renúncia reside no elemento literal da norma. Se atentarmos na redação desta, numa primeira análise, os direitos de exigir o cumprimento e de recorrer à execução específica, por não estarem previstos nas divisões que antecedem o art. 809.º, não estariam abrangidos pelo âmbito de aplicação desta norma.¹⁵⁵

Todavia, consideramos que a sua teleologia permite fundamentar uma tese diferente. Recordando aquilo que já foi por nós escrito, a razão de ser que subjaz a esta solução legal é a proteção da posição do credor e a manutenção da força vinculativa das obrigações. Estas preocupações também se aplicam às situações de renúncia ao direito de exigir o cumprimento. Em primeiro lugar, a posição do credor pode vir a ficar severamente afetada, uma vez que, não existindo a possibilidade de recorrer a ações que promovam o cumprimento, aumenta exponencialmente o risco de o devedor se subtrair aos deveres de

¹⁵⁵ Cfr. Paulo Mota Pinto, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Vol. I, 2009, p. 378, nota 1139, José Ferreira Gomes, *M&A ...*, cit., pp. 316 e 317, Catarina Monteiro Pires, “Cláusulas...”, cit., p. 79 e já anteriormente, *Impossibilidade da Prestação*, 2017, p. 79.

diligência e de empenho no cumprimento da prestação principal a que está adstrito, podendo optar por simplesmente proceder ao pagamento da indemnização. É certo que o devedor também tem interesse no cumprimento natural, mas esse é um mero interesse subordinado e sucedâneo ao do credor de obter a prestação acordada. Em segundo lugar, atendendo ao art. 402.º, consideramos que retirar, à cabeça, a possibilidade de exigir o cumprimento, se traduz na constituição de uma obrigação natural, tendo em conta que o objeto da obrigação deixa de ser passível de ser judicialmente exigido.

A favor da inclusão da renúncia antecipada ao cumprimento no âmbito da proibição do art. 809.º, tem sido avançado que este direito estaria implicitamente abrangido pela norma. Segundo este argumento, o art. 809.º ao proibir a renúncia antecipada ao direito à indemnização, também proibiria a renúncia antecipada ao direito de exigir o cumprimento, visto que “se o credor estivesse privado desta possibilidade de fazer condenar judicialmente o devedor no cumprimento, também não poderia, em rigor, fazê-lo condenar na indemnização pelo não cumprimento”¹⁵⁶. O direito à indemnização seria, neste sentido, “um direito sucedâneo do direito à prestação e o poder de judicialmente o exercer funda-se no poder de judicialmente exercer este”¹⁵⁷. Não consideramos, contudo, que este argumento permita sustentar de forma incontornável a inclusão da proibição da renúncia ao direito de exigir o cumprimento no elenco do art. 809.º, uma vez que, no nosso entendimento, o direito à indemnização não resulta da existência de um direito a exigir o cumprimento, mas sim da própria obrigação e do respetivo inadimplemento. Deste modo, apesar de, como procuraremos explicar *infra*, considerarmos que o direito ao cumprimento se encontra afastado da disponibilidade das partes, não consideramos que a impossibilidade de recurso à execução específica ou a uma ação de condenação no cumprimento da prestação, prejudique a possibilidade de recorrer ao instituto da responsabilidade contratual, como este argumento parece apontar.

Cumpre ainda referir que também tem sido invocado que o art. 802.º, n.º 1, ao investir o credor no direito de exigir o cumprimento parcial, implicitamente, também estaria a incluir nesta previsão o direito ao cumprimento total. Neste sentido, seria um mecanismo de reação resultante de uma norma integrante das secções anteriores ao art. 809.º, incluindo-se

¹⁵⁶ Cfr. Ana Prata, *Cláusulas...*, cit., pp. 600 e 601.

¹⁵⁷ *Idem*.

indubitavelmente no seu espaço de aplicação.¹⁵⁸ Consideramos, contudo, tal como Ana Prata¹⁵⁹, que esta referência no art. 802.º, n.º 1 serve apenas um propósito de esclarecimento sobre que meios o credor dispõe perante a específica situação de mero incumprimento parcial. Logo, não deve proceder.

Por tudo o que foi dito, consideramos que, o que justifica de forma incontornável a ampliação do âmbito de aplicação do art. 809.º, reside no elemento teleológico da norma, na medida em que estão em causa, como se disse, os mesmos riscos que o legislador procurou acautelar.

Aliado ao argumento literal, tem ainda sido referido pelos defensores da admissibilidade deste tipo de renúncia que “o contrato na sua função económica de instrumento de afetação e fixação de riscos – uma das suas mais importantes funções – basta-se normalmente com a consequência indemnizatória, sem necessidade de exigência de cumprimento”¹⁶⁰. Para além disso, é ainda afirmado que o sentido da obrigação deve ser aquele que as partes lhe quiserem conferir, devendo a sua liberdade traduzir-se, não só numa liberdade de conformação da prestação, como na liberdade de definição dos meios de reação ao incumprimento.¹⁶¹ Estas premissas, não devem, contudo, proceder. Primeiramente, não cremos que a realização da função e da razão de ser do contrato se baste com a indemnização, na medida em que, aquando da sua celebração, o seu objeto é a realização de uma determinada prestação, na qual o credor tem interesse. Logo, estando em causa uma obrigação com apenas um único objeto, e tendo as partes optado por não configurar a obrigação como uma obrigação alternativa ou de facto alternativo, renunciar ao cumprimento é esvaziá-la e tirar-lhe qualquer efeito útil. Não ignoramos que o contrato tem uma importante função de distribuição de riscos e que cabe às partes fazer essa alocação da forma como entendem. Contudo, um contrato, antes de tudo o resto, é, voltamos a frisar, celebrado para a realização de uma certa prestação e para a satisfação de um determinado interesse. Neste sentido, como demonstra, Calvão da Silva, o direito a exigir o cumprimento é o “traço capital,

¹⁵⁸ Cfr. Nuno Pinto Oliveira, *Princípios...*, cit., pp. 900 e 901.

¹⁵⁹ Cfr. Ana Prata, *Cláusulas...*, cit., pp. 508 e 509.

¹⁶⁰ Cfr. Paulo Mota Pinto, *Interesse...*, cit., p. 378, nota 1139.

¹⁶¹ Cfr. Paulo Mota Pinto, *Interesse...*, cit., p. 378, nota 1139, José Ferreira Gomes, *M&A ...*, cit., pp. 316 e 317, Catarina Monteiro Pires, “Cláusulas...”, cit., p. 81 e *Impossibilidade...*, cit., p. 79. Catarina Monteiro Pires escreve ainda que, resultando a renúncia de uma disposição contratual, não está em causa a discussão do modelo legal, o qual é favorável ao cumprimento natural.

marcante e distintivo”¹⁶² das obrigações civis face às naturais. Logo, celebrar um contrato no qual se renuncia a este direito equivaleria a celebrar um contrato “vazio e oco (...), a um fantasma para ignorar”¹⁶³. Por outro lado, como bem ressalva Paulo Mota Pinto, existindo normas imperativas que condicionam a liberdade de conformação das partes, o sentido jurídico da obrigação não é apenas ditado segundo a vontade das mesmas.¹⁶⁴ Ora, como, segundo o nosso entendimento, o art. 809.º, enquanto norma imperativa, se aplica à renúncia ao direito a exigir cumprimento, não se pode, pura e simplesmente, justificar o afastamento de tal meio de reação no exercício da autonomia privada das partes, já que esta se encontra amputada.

Por fim, a admissibilidade da renúncia ao direito ao cumprimento tem ainda sido justificada por referência à expressa admissibilidade legal de convenção em contrário à execução específica, prevista no art. 830.º, assim como como da derrogação dos direitos à expurgação dos ónus e à reparação ou substituição da coisa defeituosa (arts. 907.º, 912.º e 914.º do CC).¹⁶⁵ Mais uma vez, um argumento que procura tomar o todo pela parte não deve merecer acolhimento. O legislador permitiu, de forma cirúrgica, o afastamento destes *remédios* relativamente a situações específicas. A convenção em contrário ao recurso à execução específica permitida pelo 830.º, por exemplo, está pensada para o caso concreto do contrato-promessa. Como tal, não pode sustentar um entendimento de admissibilidade geral deste tipo de exclusão. O mesmo poderá ser dito quanto aos arts. 907.º, 912.º e 914.º, os quais se dirigem a situações muito concretas.

Também no sentido da aplicação do art. 809.º e da proibição de renúncia ao direito de exigir o cumprimento, figuram Pinto Monteiro¹⁶⁶, Almeida Costa¹⁶⁷, Antunes Varela e Pires de Lima¹⁶⁸, Ana Filipa Morais Antunes¹⁶⁹, Menezes Cordeiro¹⁷⁰ e Menezes Leitão¹⁷¹.

¹⁶² Cfr. João Calvão da Silva, *Cumprimento...*, cit., p.180.

¹⁶³ *Idem*, p. 181.

¹⁶⁴ Cfr. Paulo Mota Pinto, *Interesse...*, cit., p. 378, nota 1139.

¹⁶⁵ Cfr. Paulo Mota Pinto, *Interesse...*, cit., p. 378, nota 1139, José Ferreira Gomes, *M&A ...*, cit., pp. 316 e 317 e Catarina Monteiro Pires, “Cláusulas...”, cit., pp. 78 e ss.

¹⁶⁶ Cfr. António Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas...*, cit., pp. 180 e 181.

¹⁶⁷ Cfr. Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito...*, cit., pp. 540 e 760.

¹⁶⁸ Cfr. Fernando Pires de Lima e João Antunes Varela, *Código...*, cit., p. 72.

¹⁶⁹ Cfr. Ana Filipa Morais Antunes, “Comentário...”, cit., p. 1147.

¹⁷⁰ Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado...*, cit., Tomo IX, p. 435.

¹⁷¹ Cfr. Luís Menezes Leitão, *Direito...*, Vol. II, cit., p. 287.

Concluindo, apesar de reconhecermos que a ideia de proteção do credor de si próprio não se adequa à presente discussão, tendo em conta o perfil de contratante que, em condições normais, participa em contratos suficientemente sofisticados para a introdução de cláusulas de *sole remedy*, consideramos que, estando em causa a própria integridade da obrigação, deve o direito a exigir o cumprimento estar subtraído da vontade das partes. Tal solução está também em harmonia com o ordenamento jurídico português, o qual dá primazia ao cumprimento natural sobre a via indemnizatória (art. 566.º do CC).

Conclusão

As cláusulas de *sole remedy* visam definir os meios de reação do credor ao incumprimento contratual através da eleição dos mecanismos aos quais as partes podem recorrer ou através do seu afastamento.

O art. 809.º do CC, ao proibir a renúncia antecipada do credor a determinados meios de reação ao incumprimento, parece retirar da disponibilidade das partes a possibilidade de estipularem cláusulas de *sole remedy*. Além do mais, na medida em que visa proteger, não só os interesses individuais do credor, incluindo de si próprio, mas também um interesse geral de defesa da força vinculativa das obrigações, esta norma tem um carácter imperativo.

Todavia, não se poderá retirar desta coordenada normativa qualquer orientação no sentido de existir no ordenamento jurídico português um princípio geral de proibição da renúncia antecipada. O reconhecimento de um princípio nesses termos e com tal conteúdo, revela-se desadequado à proteção dos interesses que visa acautelar, corresponde a uma intervenção injustificada do legislador e traduz-se numa limitação profunda e infundada da autonomia privada das partes.

Por outro lado, o âmbito objetivo de aplicação do art. 809.º, uma vez que abrange um leque muito distinto de mecanismos de reação ao incumprimento, cada um com as suas especificidades, não permite uma análise unitária sobre a validade das cláusulas de *sole remedy*. Deste modo, a questão deve ser abordada de forma individual face ao direito à resolução, ao *commodum* de representação, ao direito à indemnização por incumprimento e ao direito a exigir o cumprimento.

Relativamente à renúncia à resolução, o art. 809.º deve ser interpretado restritivamente, visto que (i) a renúncia à resolução, *per si*, não enfraquece a obrigação ao ponto de a converter numa obrigação natural, subsistindo outros mecanismos de reação mais consentâneos com o princípio do *favor contractus*; (ii) estando as partes contratantes numa situação de paridade e tendo ambas sofisticação suficiente que lhes permita compreender o significado e os efeitos do seu ato de renúncia, a necessidade de proteção do credor de si próprio, não se verifica. Deste modo, nesses casos, não existe justificação para uma limitação da autonomia privada das partes. Todavia, a renúncia *ex ante* não pode ter lugar em caso de incumprimento doloso ou grave.

A renúncia ao *commodum* de representação, em certas circunstâncias e atendendo às características das partes, deve também ser admitida, já que este meio de reação tem, como demonstra a prática, um papel de reduzida importância, e a sua renúncia, à semelhança da resolução, não fere de forma inaceitável a vinculatividade da obrigação.

Quanto às cláusulas que operam uma limitação ou uma exclusão do regime legal da responsabilidade contratual, é necessário distinguir claramente cada uma delas.

As cláusulas que afastam, na sua totalidade e independentemente de qualquer circunstância, a possibilidade de recurso ao regime da responsabilidade estão vedadas. Permitir tal exclusão traduzir-se-ia num enfraquecimento completo da obrigação, uma vez que, desde a sua génese, estaria subtraída do devedor qualquer responsabilidade em caso de incumprimento, originando uma situação jurídica sem qualquer força vinculativa. Por outras palavras, qualquer efeito preventivo do incumprimento estaria perdido.

Por sua vez, as cláusulas de limitação da responsabilidade, quer do valor indemnizatório quer quanto aos pressupostos, devem ser admitidas.

As cláusulas que limitam o *quantum* indemnizatório a um determinado valor máximo não devem estar vedadas à autonomia das partes, visto que, (i) não existe uma verdadeira renúncia, já que o direito de exigir uma indemnização continua a existir, não merecendo o art. 809.º aplicação; (ii) apesar das diferenças conceptuais é possível, de um ponto de vista prático, estabelecer um paralelismo entre esta cláusula, a cláusula penal e a cláusula de limitação dos bens indemnizáveis, mostrando o legislador abertura à possibilidade de limitação do valor da indemnização ao permitir de forma expressa as duas últimas.

No que concerne às cláusulas que limitam a responsabilidade através dos seus pressupostos, mais concretamente do grau de culpa, devem estas ser consideradas válidas em caso de incumprimento com culpa leve. A favor desta posição dispõe, fundamentalmente, (i) o facto de a sua admissibilidade não fazer com que a obrigação perca o seu carácter civil, visto que, entre outros aspetos a prestação continua a poder ser exigida judicialmente; e (ii) a existência do art. 18.º, al. c) das LCCG que, no âmbito de um regime marcada e justificadamente protecionista, autoriza a limitação da responsabilidade ao incumprimento com dolo ou culpa grave, o que implica, mormente, em nome da coerência sistemática, uma interpretação conforme do art. 809.º.

Por fim, no que toca ao direito a exigir o cumprimento, apesar de não ser óbvia a sua inclusão no âmbito de aplicação do art. 809.º, esta encontra-se justificada, tendo em conta as finalidades de proteção do credor e da vinculatividade da obrigação visadas pela norma. Feita esta inclusão, não pode ser considerado válido o afastamento deste direito, por mera vontade das partes, visto que (i) a obrigação se converteria numa verdadeira obrigação natural, já que deixaria de ser passível de ser exigida judicialmente; (ii) seria dar um cheque em branco ao devedor, uma vez que os deveres de diligência que sobre ele recaem e que visam acautelar o cumprimento pontual do contrato perderiam toda a sua força, podendo o devedor simplesmente optar pelo pagamento da indemnização; e (iii) estaríamos a esvaziar o contrato do seu objeto, já que, apesar de se debruçar sobre uma prestação específica, esta facilmente seria afastada sem qualquer fundamento atendível.

Pelo exposto, nos casos em que, no nosso entendimento, poderá existir uma renúncia antecipada aos respetivos meios de reação, poderão ser celebradas validamente cláusulas de *sole remedy*.

Bibliografia

ANDRADE, MANUEL DE, 1996, *Teoria Geral das Obrigações*, 3ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra.

ANTUNES, ANA FILIPA MORAIS, 2018, " Comentário ao artigo 405.º do Código Civil", *Comentário ao Código Civil - Direito das Obrigações. Das Obrigações em Geral*, (coord. de José Carlos Brandão Proença), UCP Editora, Lisboa.

ANTUNES, ANA FILIPA MORAIS, 2019, " Comentário ao artigo 809.º do Código Civil", *Comentário ao Código Civil - Direito das Obrigações. Das Obrigações em Geral*, (coord. de José Carlos Brandão Proença), UCP Editora, Lisboa.

ANTUNES, ANA FILIPA MORAIS, 2020, "Da renúncia antecipada aos meios de tutela patrimonial", in *II Encontros de Direito Civil – A tutela dos credores*, Vol. II, UCP Editora, Lisboa.

ANTUNES, ANA FILIPA MORAIS, 2020, "Da irrenunciabilidade antecipada a direitos", in *Livro em homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Vol. I, UCP Editora, Lisboa.

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, 2003, *Direito Civil. Teoria Geral*, Vol. II, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra.

BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, 2016, "As cláusulas de limitação e exclusão da responsabilidade – limites de validade", in *Scientia Juridica*, n.º 345, Vol. I.

BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, 2020, "Ainda o problema da fixação contratual dos direitos do credor: As cláusulas sole remedy, basket amount e no consequential loss", in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano. 80, Vol. I.

CARVALHO, JORGE MORAIS, 2016, *Os Limites à Liberdade Contratual*, Almedina, Coimbra.

COELHO, FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA, 1995, “A renúncia abdicativa no Direito Civil (Algumas notas tendentes à definição do seu regime)” in *BFDUC/Studia Iuridica*, 8, Coimbra Editora, Coimbra.

CORDEIRO, ANTÓNIO BARRETO MENEZES, 2019, *Do Trust no Direito Civil*, Almedina, Coimbra.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, 2012, *Tratado do Direito Civil – Parte Geral*, Tomo I, 4.^a Edição, Almedina, Coimbra.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, 2019, *Tratado do Direito Civil – Direito das obrigações*, Tomo IX, 3.^a Edição, Almedina, Coimbra.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, 2019, *Tratado do Direito Civil – Direito das Obrigações*, Tomo IV, 3.^a Edição, Almedina, Coimbra.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, 2020, “Da Resolução do Contrato”, in *Revista da Ordem das Advogados*, ano 80, n.º 3 – 4.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, 2021, *Tratado do Direito Civil – Parte Geral*, Tomo II, 5.^a Edição, Almedina, Coimbra.

CORREIA, JOSÉ MANUEL SÉRVULO, 1987, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra.

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, 2009, *Direito das Obrigações*, 12.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra.

COULSON, TOM, 2017, *Exclusive remedies regimes: how exclusive is “exclusive”?* in <http://constructionblog.practicallaw.com/exclusive-remedies-regimes-how-exclusive-is-exclusive/> (01.05.2023)

FARIA, JORGE RIBEIRO, 1990, Jorge Ribeiro de Faria, *Direito das Obrigações*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra.

FERNANDES, LUÍS ALBERTO CARVALHO, 2009, *Lições de Direitos Reais*, 6.^a Edição, Quid Juris, Lisboa.

FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, 2008, “A ordem pública no domínio dos contratos”, in *Ars Iudicandi - Estudos em Homenagem ao Prof Doutor António Castanheira Neves*, Vol. II, Coimbra.

FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, 2019, *Teoria da confiança*, Almedina, Coimbra.

GOMES, JOSÉ FERREIRA, 2022, *M&A – Aquisição de empresas e de participações sociais*, AAFDL Editora, Lisboa.

GONÇALVES, JOSÉ DIAS GONÇALVES, 2019, “A validade das cláusulas de sole remedy nos contratos de distribuição comercial”, in *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano 1.

JORGE, FERNANDO PESSOA, 1978, “A limitação convencional da responsabilidade Civil”, in *BMJ* 281.

LEITÃO, LUÍS MENEZES, 2021, *Direito das obrigações*, Vol. II, 13.^a Edição, Almedina, Coimbra.

LEITÃO, LUÍS MENEZES, 2022, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 16.^a Edição, Almedina, Coimbra.

LIMA, FERNANDO PIRES DE / VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, 1997, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra.

MACHADO, JOÃO BAPTISTA, 1979, “Pressupostos da resolução por incumprimento”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim*.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, 2007, “Autonomia Privada no Contrato de Empreitada”, in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, *Stvdia Jvridica*.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, 2015, *Cumprimento defeituoso - em especial, na compra e venda e na empreitada*, Almedina, Coimbra.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, 2017, *Da cessação do contrato*, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra.

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, 2003, António Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra.

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, 2011, “As cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade sob o olhar da jurisprudência portuguesa recente”, in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Direito e Justiça, Vol. I.

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, 2017, “Cláusulas de exclusão e de limitação da responsabilidade contratual. Cláusulas penais”, in *Colóquio de Direito Civil de Santo Tirso – O Código Civil 50 anos depois: balanço e perspectivas*, Almedina, Coimbra.

MOREIRA, GUILHERME, 1925, *Instituições do direito civil português – Das obrigações*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra.

NOVAIS, JORGE REIS, 2007, *Renúncia a direitos fundamentais*, Separata do 1º Suplemento do Dicionário Jurídico da Administração Pública.

OLIVEIRA, ANA PERESTRELO DE, 2021, *Desvinculação programa do contrato*, Almedina, Coimbra.

OLIVEIRA, ANA PERESTRELO DE/OLIVEIRA, MADALENA PERESTRELO DE, 2019, *Incumprimento resolutório: uma introdução*, Almedina, Coimbra.

OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO, 2005, *Cláusulas acessórias ao contrato – Cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indemnizar, cláusulas penais*, Almedina, Coimbra.

OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO, 2011, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, Coimbra.

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA (António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), 2020, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5ª Edição, Gestlegal Editora, Coimbra.

PINTO, PAULO MOTA, 2009, *Interesse Contratual negativo e interesse contratual positivo*, Vol. I, Almedina, Coimbra.

PINTO, PAULO MOTA, 2018, “Ónus da prova da culpa do devedor que beneficia da cláusula de exclusão ou de limitação de responsabilidade”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 148.º, n.º 4012.

PIRES, CATARINA MONTEIRO, 2017, *Impossibilidade da Prestação*, Almedina, Coimbra.

PIRES, CATARINA MONTEIRO, 2018, Catarina Monteiro Pires, *Aquisição de empresas e de participações acionistas – Problemas e Litígios*, Almedina, Coimbra.

PIRES, CATARINA MONTEIRO, 2020, “Cláusulas de acordo integral e cláusulas de solução única ou de “remédio” único”, in *II Encontros de Direito Civil - A tutela dos credores*, UCP Editora, Lisboa.

PIRES, CATARINA MONTEIRO, 2020, Catarina Monteiro Pires, *Novo coronavírus e crise contratual – Anotação ao Código Civil*, AAFDL Editora, Lisboa.

PRATA, ANA, 2005, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Almedina, Coimbra.
PROENÇA, JOSÉ CARLOS BRANDÃO, 1996, *A resolução do contrato no direito civil. Do enquadramento e do regime*, Coimbra Editora, Coimbra.

PROENÇA, JOSÉ CARLOS BRANDÃO, 2017, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, 2.º Edição, UCP Editora, Porto.

RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA, 2003, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Almedina, Coimbra.

RIBEIRO, JOAQUIM SOUSA, 1992, *Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais*, Coimbra Editora, Coimbra.

SERRA, ADRIANO VAZ, 1955, “Impossibilidade superveniente por causa não imputável ao devedor e desaparecimento do interesse do credor” in *BMJ* 46.

SERRA, ADRIANO VAZ, 1955, “Mora do devedor”, in *BMJ*, n.º 48.

SERRA, ADRIANO VAZ, 1958, “Cláusulas modificadoras da responsabilidade civil. Obrigação de garantia contra responsabilidade por danos de terceiros”, in *BMJ*, n.º 79.

SILVA, JOÃO CALVÃO DA, 2008, *Compra e venda de coisas defeituosas (Conformidade e Segurança)*, Almedina, Coimbra.

SILVA, JOÃO CALVÃO, 1987, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4ª Edição, Almedina, Coimbra.

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, 1997, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 7ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra.

TRIGO, MARIA DA GRAÇA, 2009, *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*, Coimbra Editora, Coimbra.

TRIGO, MARIA DA GRAÇA/MARTINS, MARIANA NUNES, 2019, “Comentário ao artigo 808.º do Código Civil”, *Comentário ao Código Civil – Direito das Obrigações. Das obrigações em geral* (coord. de José Carlos Brandão Proença), UCP Editora, Lisboa.

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, 2001, *Das obrigações em geral*, Vol. II, 7ª Edição, Almedina, Coimbra.

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, 2019, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9ª Edição, Almedina, Coimbra.

Lista de Jurisprudência

Jurisprudência estrangeira:

Baese Pty Ltd v. RA Bracken Building Pty Ltd, 52 BLR 130, 1989, in www.isurv.com/directory_record/3814/baese_pty_ltd_v_r_a_bracken.

Turner Corporation Ltd (Receiver and Manager Appointed) contra Austotel Pty Ltd, 13 BCL 378, 1994, in www.isurv.com.

Strachan & Henshaw Ltd v Stein Industrie (UK) Ltd and GEC Alsthom Ltd, 1997, 87 BLR 52, in www.isurv.com.

Scottish Power UK plc v. BP Exploration Operating Company Ltd, 2016, EWCA Civ 1043, in www.casemine.com/judgement/uk/5b2897d92c94e06b9e19c42c.

Nomura Home Equity Loan, Inc., Series 2006-FM2 v Nomura Credit & Capital, Inc., 2017, NY Slip Op 08622, n.º 39, in <https://law.justia.com/cases/new-york/court-of-appeals/2017/39.html>.

Ambac Assurance v. Countrywide Home Loan, 2018, NY Lexis 1542, n.º 79, in <https://casetext.com/case/ambac-assurance-corp-v-countrywide-home-loans-inc-59>.

Jurisprudência nacional:

Acórdão do Tribunal Constitucional de 3 de maio de 1990 (Bravo Serra), in www.tribunalconstitucional.pt.

Acórdão do Tribunal Constitucional de 16 de novembro de 2004 (Bravo Serra), in www.tribunalconstitucional.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 julho de 1981 (Solano Viana), in www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de julho de 1991 (Miguel Montenegro), in www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de maio de 1998 (Lúcio Teixeira), in www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 novembro de 1999 (Herculano Namora), in www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de março de 2002 (Garcia Marques), in www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06 de maio de 2004 (Araújo Barros), in www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de outubro de 2004 (Nuno Cameira), in www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de maio de 2006 (Urbano Dias), in www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07 de fevereiro de 2008 (Salvador da Costa), in www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de junho de 2009 (Maria dos Prazeres Pizarro Beleza), in *www.dgsi.pt*.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de Outubro de 2009 (Sebastião Póvoas), in *www.dgsi.pt*.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de maio de 2010 (Cardoso de Albuquerque), in *www.dgsi.pt*.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Abril de 2011 (Pereira da Silva), in *www.dgsi.pt*.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de maio de 2011 (Granja da Fonseca), in *www.dgsi.pt*.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de junho de 2013 (Hélder Roque), in *www.dgsi.pt*.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de janeiro de 2017 (Pinto de Almeida), in *www.dgsi.pt*.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de maio de 2022, (Manuel Capelo), in *www.dgsi.pt*.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 13 de novembro de 2018 (Alberto Ruço), in *www.dgsi.pt*.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11 de novembro de 1999 (Silva Pereira), in *www.dgsi.pt*.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de novembro de 2007 (Jorge Real), in *www.dgsi.pt*.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 06 de dezembro de 2007 (Fernanda Isabel Pereira), in *www.dgsi.pt*.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26 de fevereiro de 2008 (Vieira da Cunha), in *www.dgsi.pt*.