

CLÁUSULAS LIMITATIVAS DO CONTEÚDO CONTRATUAL*

António Pinto Monteiro

1. Oportunidade

O Direito Contratual e o Projeto de Código Europeu dos Contratos foi o tema do Congresso Internacional de Direito Comparado em boa hora promovido pelo Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro. O evento decorreu no Rio de Janeiro, de 23 a 25 de setembro de 1999.

Honrou-nos o Ilustre Presidente do Instituto e nosso querido Amigo, Prof. Francisco Amaral, com um convite para intervirmos na Sessão do dia 23, à tarde, sobre *O conteúdo contratual*. Fizemo-lo com uma exposição dedicada às *Cláusulas limitativas do conteúdo contratual*. A importância, a frequência e a atualidade do tema – como se comprovará pelos exemplos que vamos apresentar já de seguida – convenceram-nos de que seria oportuno e adequado o seu tratamento.

A nossa intervenção no Congresso apoiou-se em tópicos escritos que levamos conosco. O presente texto desenvolve esses tópicos, mas mantém o seu *traço* original, enquanto

*Este trabalho destina-se aos Estudos em Homenagem ao *Prof. Dr. Mário Júlio de Almeida Costa*.

discurso corrido sobre os *problemas* que tais cláusulas suscitam e acerca das *vias* que propugnamos para a sua *solução*.

2. Exemplos práticos

Para termos uma percepção mais clara do tema a tratar e antes mesmo de avançarmos com qualquer noção, figuremos alguns exemplos práticos.

Uma oficina de reparação de automóveis, uma garagem de recolha de automóveis (de um hotel, p. ex.) ou um qualquer parque de estacionamento (no interior da cidade, num aeroporto, num centro comercial etc.) declara, através de um aviso ou letreiro afixado no local de cumprimento do contrato ou no “ticket” destinado ao utente do mesmo, que “*não se responsabiliza pelo desaparecimento de objetos deixados no interior dos veículos*”; ou que “*não responde pelo furto dos veículos*”; ou, ainda, de um modo mais explícito, que “*a empresa não assume a obrigação de vigilância*”, que “*a empresa limita-se a proporcionar um espaço para estacionamento da viatura*”, que “*não há contrato de depósito*” etc.

Este tipo de declarações surge, igualmente, com frequência, em hotéis (e em clínicas de saúde), relativamente aos objetos de valor que os clientes deixem no quarto; ou até em parques de campismo, quanto ao material dos campistas; e não deixam de aparecer, por vezes, em contratos de locação de cofre-forte, desejando os bancos definir as suas obrigações, ou em contratos de seguro, no tocante aos riscos assumidos.

3. Sequência

São muitos os problemas suscitados por tais declarações. Elas não deixam de ter, aliás, implicações de vários tipos. No presente contexto iremos reter os aspectos que nos parecem mais importantes, tendo fundamentalmente em conta o seu alcance e condições de validade.

Começaremos por *identificar* tais declarações, apresentando a respectiva *noção* e procurando compreender o seu *alcance*.

Procederemos, ao mesmo tempo, a uma tentativa de *delimitação*, distinguindo-as de figuras próximas, designadamente das *cláusulas de exclusão de responsabilidade*, com as quais são freqüentemente confundidas. Mas abordaremos ainda outras figuras e situações, que convém, igualmente, separar.

Por último, analisaremos a sempre difícil e delicada questão do seu *regime jurídico*. A tal propósito, convirá desde já adiantar que, não sendo este um problema novo, a verdade é que ele vem sendo reproposto e a merecer uma especial atenção na atualidade, por razões várias, entre as quais as que se prendem com a *proteção do consumidor*. Daí que, além de nos debruçarmos sobre o *regime geral*, também ponderemos certas situações que justificam um tratamento *especial*, designadamente no caso dos contratos de adesão e nas relações de consumo.

4. Noção

Nos exemplos que figuramos, algumas das declarações afirmam *não se ser responsável*, enquanto outras *afastam determinada obrigação*, seja de modo expresso, seja de modo implícito. Mas mesmo em relação às primeiras, pese embora a terminologia adotada, do que se trata, muitas vezes, não é propriamente de uma *cláusula de exclusão de responsabilidade*, antes de uma *cláusula limitativa do conteúdo contratual*. Isto é, ambas as situações se reconduzem, com freqüência, a esta última cláusula, uma vez interpretada a declaração negocial à luz dos critérios legais pertinentes (cf. art. 236 do Código Civil Português e art. 10 do Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de outubro, com as modificações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 220/95, de 31 de agosto).

Há que ter em conta, efetivamente, que muitas vezes as partes *acordam no afastamento de determinada obrigação*, ainda que, para o efeito, utilizem impropriamente o termo “responsabilidade”. Ora, estamos perante uma cláusula limitativa do conteúdo contratual quando *por acordo prévio das partes se afasta do contrato uma obrigação que, sem esse acordo prévio, dele faria parte*, seja por força da lei, seja em atenção ao princípio da boa-fé ou ao fim contratual. É o que poderá suceder em todos os exemplos que figuramos: afastamento da *obrigação de guarda*, seja do veículo, seja de objetos deixados no interior do veículo ou no quarto do hotel, no parque de campismo etc.

5. Delimitação

Para precisarmos melhor o alcance destas cláusulas vamos agora confrontá-las com outras, com as quais por vezes se confundem, como temos dito.

5.1. Cláusulas de exclusão de responsabilidade

As cláusulas de exclusão de responsabilidade constituem um meio de o devedor se prevenir das conseqüências desfavoráveis que a situação de não cumprimento lhe acarretará. Mais precisamente, o devedor pretende furtar-se antecipadamente à *responsabilidade* que sobre si poderá recair.

Mas para que o devedor se exonere, *graças à cláusula de irresponsabilidade*, é necessário que, *sem ela*, tivesse de indenizar o credor. Desde logo, terá de tratar-se de um caso de falta de cumprimento de uma obrigação *assumida* pelo devedor, ou, de todo modo, *compreendida* no âmbito do contrato, atento o fim contratual prosseguido, ou por força de norma legal nesse sentido.

Ora, o que pode acontecer, é as partes, ao contratar, afastarem obrigações que, *sem tal acordo*, fariam parte do contrato, nos termos referidos.

Trata-se, neste caso, de cláusulas destinadas a *definir o objeto do contrato*, precisando o seu conteúdo e extensão, ao abrigo da liberdade contratual, na sua vertente de liberdade de *modelação* (art. 405)¹.

Não estamos, pois, perante uma cláusula de irresponsabilidade (ainda que impropriamente se empregue, muitas vezes, essa expressão, repete-se), quando o escopo das partes for o de precisar o conteúdo da prestação ou balizar os limites da relação contratual, mediante o afastamento expresso de certa obrigação. Não se trata, numa palavra, de excluir a *responsabilidade*, mas de suprimir uma *obrigação* – e ninguém poderá ser responsabilizado pelo não cumprimento de uma obrigação que não faz parte do contrato.

Esta distinção (a que Paul Durand deu particular ênfase, já em 1931, na sua tese de doutoramento intitulada *Des conventions d'irresponsabilité*) é em si mesmo carreta. Pois uma coisa é assumir-se determinada obrigação, ainda que afastando previamente a responsabilidade pelo seu não cumprimento, e outra, diferente, é nem sequer assumir o devedor essa obrigação – neste último caso não há responsabilidade porque não há, sequer, incumprimento, visto que *a obrigação não faz parte do contrato*.

Todavia, na prática, acontece freqüentemente ser esta uma forma de *iludir* proibições legais às cláusulas exoneratórias, convencionando-se o afastamento de certa obrigação em vez de se excluir a responsabilidade! A situação, neste caso, é ainda *mais grave* do que quando se estipula uma cláusula exoneratória, pois enquanto esta última *só exclui* o direito de *indenização*, a primeira, pelo contrário, prejudica *todos os direitos* do credor, uma vez que *afasta* do contrato a própria *obrigação*.

¹Pertencem ao Código Civil Português em vigor as disposições legais que se citem sem indicação da sua proveniência.

Efetivamente, como temos realçado², a cláusula exoneratória, se for válida e eficaz, só prejudica o credor quanto à indenização. Permanecem, para sua defesa, *todos os outros direitos* que a lei lhe faculta para reagir contra o não cumprimento do devedor. Assim, mesmo que a cláusula exoneratória seja válida e eficaz e, portanto, esteja impedido de exigir uma indenização, o credor pode, por exemplo, resolver o contrato (art. 801), exigir o cumprimento da obrigação (podendo até requerer, se for o caso, que o tribunal decrete, nos termos do art. 829-A, uma sanção pecuniária compulsória), recorrer à execução específica (art. 827, seg.), socorrer-se da “exceto num adimplente contactos” (art. 428) ou do direito de retenção (art. 754) etc. É que o credor, ao aceitar uma cláusula exoneratória, *não autoriza o devedor a deixar de cumprir, não prescinde do direito de exigir o cumprimento nem renuncia à proteção jurídica que a lei lhe concede*. Só o direito de indenização é que fica condicionado.

Já não assim, porém, relativamente às cláusulas limitativas do conteúdo ou objeto contratual, uma vez que estas *afastam* do contrato a própria obrigação, o que impede o credor, como é óbvio, de reagir contra o inadimplemento de uma obrigação que o devedor não assumiu, que, numa palavra, *não faz parte do contrato*. A situação do credor é, neste caso, bem mais grave e, por outro lado, *diferente* da anterior.

Essa a razão por que, a nosso ver, se deve ser especialmente rigoroso na apreciação da validade de tais cláusulas. Mas o seu controlo, em princípio, deve efetuar-se através de medidas diferentes das que se aplicam às cláusulas de exclusão de responsabilidade propriamente ditas³.

²Para maiores desenvolvimentos e fundamentação das nossas posições, ver a nossa dissertação sobre *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Coimbra, 1985, pp. 116, seg., 186, seg. e *passim*.

³Estas são nulas em caso de *dolo* ou *culpa grave*, apesar de, em certos casos, serem *totalmente proibidas*, por razões *especiais* de ordem pública e/ou de proteção do consumidor (v., p. ex., art. 504, n.º 4, do Código Civil, e 10, do Decreto-

5.2. “Avisos” e “cartazes” a declinar a responsabilidade

Uma outra situação que convém abordar neste contexto é a que se prende com o valor de certos *avisos* ou *cartazes* em que se *declina a responsabilidade extracontratual* de alguém. Tais “avisos” surgem com alguma frequência em estradas (ou em edifícios) em reparação, chamando-se a atenção para as obras em curso e excluindo-se a responsabilidade por qualquer acidente que venha a ocorrer, do tipo: “*Atenção, obras, responsabilidade excluída*”.

Tratar-se-á de *cláusulas exoneratórias*? Neste caso, a responsabilidade que se estaria a excluir seria a responsabilidade *extracontratual*. Ou será que estaremos, mesmo, perante cláusulas limitativas do *conteúdo contratual*, em que se afastaria do contrato a *obrigação de cuidado*? Começemos pelo primeiro ponto.

Em termos gerais, as cláusulas exoneratórias destinam-se a excluir, através de acordo prévio das partes, a responsabilidade em que, sem esse acordo prévio, incorreria o devedor, pelo não cumprimento (ou pela mora ou cumprimento defeituoso) da obrigação.

Mas em vez de serem estipuladas a fim de afastar a responsabilidade *contratual*, as convenções exoneratórias podem ser celebradas entre pessoas que não estão vinculadas entre si por qualquer relação contratual prévia com o objetivo de excluir antecipadamente a responsabilidade *extracontratual* resultante de determinado ato ilícito.

As convenções exoneratórias podem visar, por isso, quer a responsabilidade contratual, quer a responsabilidade extracontratual.

Lei nº 383/89, de 6 de novembro, sobre a responsabilidade do produtor). Para uma fundamentação desenvolvida da nossa posição acerca do regime *geral* e do regime *especial* das cláusulas exoneratórias, cf. a nossa dissertação já citada *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, pp. 159, seg., 258, seg., 304, seg., 335, seg., 389, seg. e *passim*.

Neste último caso, a convenção pode ter algum interesse prático como forma de regulamentação pacífica de problemas emergentes das *relações de vizinhança*. Mas é rara. Apontam-se, por vezes, outros casos, entre os quais, precisamente, o de exclusões de responsabilidade através de *avisos* ou de *cartazes* afixados em locais onde há obras (construção ou reparação de estradas, de edifícios etc., do genero que apontamos atrás: “atenção, obras, responsabilidade excluída”).

Não parece, todavia, que a simples declaração *unilateral* de irresponsabilidade possa valer por si, independentemente da *aceitação* da outra parte, indispensável para haver *acordo*; e não parece, por outro lado, que o normal comportamento do público que passa por esses locais possa ser interpretado como *aceitação tácita* de tal declaração de irresponsabilidade. Igualmente não colheria aqui o recurso a uma pretensa aceitação tácita ou implícita de *riscos* (uma espécie de “Handeln auf eigene Gefahr”) para fundar o *consentimento* prévio do lesado.

Mas isso não significa que tais declarações, sendo embora irrelevantes do ponto de vista da exclusão da responsabilidade, sejam destituídas de toda a eficácia. Creio que sempre poderão valer como cumprimento de um dever de *advertência* ou de *prevenção* de um perigo especial, que os trabalhos em curso poderão representar ou envolver (dever esse, de *prevenção de um risco ou perigo especial*, que poderemos considerar incluído nos chamados “Verkehrssicherungspflichten”, da doutrina e jurisprudência alemãs).

Mas isso não liberta a empresa, evidentemente, de outras medidas de segurança que deva tomar. Em todo o caso, poderão esses avisos ou cartazes *isentar* de responsabilidade o lesante se o dano ficar a dever-se apenas à falta de *precauções* do lesado perante a situação de *perigo* para que foi *especialmente alertado*. Assim como poderão conduzir a situações de *concorrência de culpas* ou, em todo o caso,

a uma *limitação eqüitativa* da indenização (art. 570 e 494, respectivamente).

Não podendo o normal comportamento do público que utiliza tais estradas valer como aceitação tácita dessa declaração unilateral de irresponsabilidade, também não poderá ele ser visto como aceitação tácita de uma declaração unilateral que afastaria do contrato uma obrigação de cuidado. Além de tal convenção, a existir, a ter sido objeto de acordo, dever considerar-se *inválida* – pois seria contrário à *ordem pública*, como vamos ver, afastar a obrigação de cuidado relativamente ao bem da incolumidade pessoal –, a verdade é que não há, sequer, um *contrato*, cujo *conteúdo* se estivesse a *limitar* desse modo!

5.3. *Em auto-estradas*

O problema pode assumir contornos diferentes numa auto-estrada. Imagine-se que uma declaração desse tipo consta do “ticket” que se recebe ao entrar na auto-estrada (ou está afixado em todas as entradas), onde se declara, por exemplo: “*não nos responsabilizamos pelos acidentes devidos a cães ou outros animais que atravessem a via nem por danos causados por pedras ou outros objetos que sejam arremessados contra os automobilistas*”. E dizemos que aqui o problema pode assumir contornos diferentes porque estamos em crer que tal declaração se integra no quadro *contratual* entre o utente da auto-estrada e a entidade que a explora. Ponto é que sejam cumpridos os deveres de comunicação e de informação para que tais cláusulas se considerem *incluídas* no contrato com cada utente, nos termos dos art. 5º e 6º da lei das cláusulas contratuais gerais.

Assim sendo, já poderá defender-se ser esta uma cláusula limitativa do conteúdo contratual: ficaria *afastada* do contrato a obrigação de *guarda*, de *vigilância* ou de *segurança*.

Adiantando um pouco do que vamos dizer já de seguida, parece-nos que será de considerar *nula* tal declaração, trate-se de uma convenção exoneratória ou de uma cláusula limitativa do conteúdo contratual. Isto, por razões de *ordem pública*, seja em atenção à índole dos *bens* envolvidos (a pessoa humana), seja em atenção à *essencialidade* desses deveres ao *fim contratual* – pois uma auto-estrada, como via rápida, e pela qual o utente paga, deve possibilitar uma circulação *em segurança*, que não se compagina com o *afastamento* dos referidos deveres, cujo cumprimento é indispensável ao fim contratual –, seja, por último, em atenção à natureza imperativa destes deveres de *proteção* ou de *segurança*.

O juízo que acabamos de emitir, sobre a *invalidade* de tal declaração, significa que a entidade que explora a auto-estrada não poderá socorrer-se dela para se furtar ao pagamento da indenização devida. E isto quer se trate de uma cláusula limitativa do conteúdo contratual – que pressupõe a aceitação de que haverá uma *relação contratual* com o utente (construção, esta, que nos parece preferível) –, quer se entenda ser ela uma convenção exoneratória de responsabilidade, seja contratual, seja extracontratual (para quem defenda, neste último caso, não ser contratual a relação com o utente), seja, ainda, de uma responsabilidade constitutiva de uma “terceira via” (Canaris), para quem entenda ser este o enquadramento adequado ao desrespeito dos deveres de proteção.

Mas é claro que o fato de se perfilhar a tese contratualista – quanto à relação com o utente – não implica, necessariamente, que a qualifiquemos como cláusula limitativa do conteúdo contratual. Pois poderá tratar-se de uma *exclusão da responsabilidade contratual* – depende do que se apurar por via hermenêutica –, por violação de deveres de proteção, de deveres acessórios ou laterais, de cuidado, acarretando tal violação um cumprimento *defeituoso* do contrato e, portanto, uma responsabilidade *contratual*.

Assim como a aceitação da via contratualista na relação com o utente não impede que se veja a cláusula – apesar de continuar a ser nula – como de exclusão da responsabilidade *extracontratual*, para quem aceita, como nós, a tese do *concurso e cúmulo* de responsabilidades, tendo em conta que se trata da lesão de direitos absolutos, ainda que compreendidos no âmbito do contrato, o que permite ao lesado a *opção* pela via que mais lhe convier.

Este é já um problema que nos levaria a fazer, contudo, um longo *desvio*, pelo que voltamos ao *percurso* que decidimos seguir⁴. Não sem antes sublinhar, porém, que a *nulidade* de tal cláusula ou convenção, pelas razões que adiantamos, *não conduz* de modo *necessário* a responsabilizar a entidade que explora a auto-estrada; tudo está em saber se ela é ou não responsável, para o que importa ter em conta os *requisitos* de que a mesma depende. Numa palavra, sendo *nula* a cláusula de exclusão, a responsabilidade apurar-se-á *nos termos gerais*.

6. Regime jurídico geral

Posto isto, analisemos agora o regime jurídico das cláusulas limitativas do conteúdo contratual. Falamos, aqui, de regime *geral* ou comum, a fim de o separarmos do regime *especial* para os contratos de adesão e, eventualmente, para as relações de consumo.

6.1. Princípio da liberdade contratual

Não pode duvidar-se da validade de princípio de tais cláusulas: a *liberdade contratual*, na sua vertente de liberdade de *modelação* do conteúdo contratual (*Gestaltungsfreiheit*), permite que cada parte decida *livremente* acerca dos deveres

⁴Pode ver-se o nosso *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, cit., pp. 413, seg., esp. 425-437, onde tratamos o problema do cúmulo e se esclarece a nossa posição.

que assume, das obrigações que contrai, desde que obtenha o *acordo* do outro contraente.

No direito português, esse princípio fundamental do direito dos contratos – ele próprio, afinal, expressão e, ao mesmo tempo, meio de realização da *autonomia privada* – tem assento legal no art. 405 do Código Civil.

Mas repare-se que este preceito legal, antes mesmo de estabelecer que “as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos”, adverte que tal liberdade se deve exercer “*dentro dos limites da lei*”. Desde logo, poderá tal acordo ser *anulado* por erro, dolo, cação moral ou outro qualquer vício da vontade relevante. Deixando de lado estes limites *gerais* – aplicáveis aqui, como em qualquer outra manifestação da autonomia negocial –, vejamos quais os limites que, de modo *especial*, nos parece dever assinalar.

6.2. Normas imperativas

É de referir, antes de mais, os deveres impostos por *normas imperativas*, efetivamente, onde isso suceda, onde haja deveres impostos por normas imperativas, não podem as partes, *por definição*, afastar tais deveres. A maior dificuldade poderá residir, neste caso, por vezes, em determinar se a norma é ou não imperativa.

6.3. Ordem pública

É de mencionar também a ordem pública. Não vamos entrar aqui, como é óbvio, na discussão sobre o sentido e a evolução deste princípio. Damos por adquirido o que a ciência jurídica vem destacando a tal respeito⁵.

⁵Nós próprios já nos pronunciamos sobre o sentido, a importância e as dimensões da ordem pública: cf. MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, *cit.*, pp. 44, seg., esp. 49, seg..

Assim, começamos por salientar que seria contrária à ordem pública uma cláusula que afastasse o *dever de vigilância* de crianças de tenra idade, entregues ao cuidado de uma creche ou infantário; o mesmo se diria relativamente a doentes do foro psiquiátrico, internados em estabelecimentos hospitalares adequados. Em situações desta índole, a obrigação de vigilância não deve poder ser afastada do contrato, tendo em conta a idade ou a doença de que padecem as pessoas em causa. A solução deverá ser a mesma, parece-nos, quando se trate de *deveres de cuidado* relativos ao bem da *incolumidade pessoal*, indispensáveis à segurança da pessoa humana, bem que deve considerar-se *indisponível*.

Acresce, como vamos ver, que esta solução é igualmente ditada por outra ordem de razões, tendo em conta a *essencialidade* desses deveres para a obtenção do próprio *fim contratual*.

6.4. Obrigações essenciais ao tipo contratual

Antes, porém, vejamos em que medida o *tipo* contratual limita a liberdade das partes.

Efetivamente, parece-nos que não poderão excluir-se do contrato obrigações que constituam *elementos essenciais* do negócio *típico ou nominado* escolhido pelas partes, sob pena de total descaracterização do mesmo. Isto é, não poderão afastar-se obrigações que constituam precisamente o *elemento de identificação* do contrato celebrado, a sua *causa*, ou seja, a função *econômico-social* própria desse contrato. Assim, por ex., num contrato de compra e venda, o comprador não pode excluir a obrigação de pagar o preço (art. 874); o mesmo se diga da hipotética supressão, pelo locador, do dever de proporcionar à outra parte, num contrato de locação, o gozo da coisa (art. 1022); ou do afastamento da obrigação de guarda, num contrato de depósito (art. 1185).

Tais obrigações integram o dever principal de prestação, definem o tipo contratual, pelo que seria *contraditório* permitir o seu afastamento⁶.

6.5. *Obrigações essenciais ao fim contratual*

Maiores dificuldades poderão surgir quando as obrigações que se pretende afastar do contrato, não fazendo parte dos elementos essenciais definidores do *tipo* negocial, se apresentam, em todo o caso, como obrigações essenciais na *economia do contrato*, tendo em conta o *escopo* prosseguido pelas partes.

Por outras palavras, pode acontecer que as obrigações excluídas, embora não aditem a *causa negotii*, obstem, contudo, de forma radical, à obtenção do resultado pretendido, por se tratar de obrigações *essenciais ao fim contratual*. Parece, também neste caso, impor-se a proibição de afastamento destas obrigações, por razões de ordem pública contratual, *máxime* em contratos de adesão.

Assim, voltando aos exemplos de há pouco, uma clínica psiquiátrica não poderá afastar a obrigação de guardar e vigiar os doentes, pois esse dever é *essencial* à realização do fim do contrato, que passa necessariamente pela segurança e

⁶O Supremo Tribunal de Justiça, no seu Acórdão de 17 de março de 1983 (BMJ n.º 325, pp. 564, seg.), considerou o furto, “*por si mesmo* [!], uma causa *não imputável ao depositário*”, pelo que afastou a responsabilidade do hotel pelo furto do veículo guardado na garagem, apesar de ter qualificado o contrato como de depósito. Esta solução – de que discordamos vivamente, pois poderá, sim, dizer-se, é que o furto do veículo é, à partida, sinal de que *o dever de guarda não foi cumprido*, competindo ao depositário então provar que não teve culpa, e não o inverso, como pretende o STJ – fez com que o Supremo não tivesse de analisar a validade de uma cláusula afixada na garagem, nos seguintes termos: “Não nos responsabilizamos por danos causados por roubo ou incêndio.” Esta cláusula não poderia valer como cláusula de afastamento da obrigação de guarda, uma vez qualificado tal contrato como depósito, pois essa obrigação é *essencial* a este *tipo* de contrato; e como cláusula de exclusão de responsabilidade só poderia valer, *em princípio*, mediante prova a produzir pelo hotel, em caso de culpa leve – mas haveria que ponderar outros fatores para apurar se ela não deveria ser totalmente nula.

proteção do doente; o mesmo se diga a respeito de uma creche ou infantário, que não poderá excluir a obrigação de guarda e proteção das crianças que o freqüentam.

Será interessante referir, a este propósito, uma curiosa situação, colhida na jurisprudência francesa. Uma empresa de transportes por “wagons” frigoríficos havia inserido nos seus contratos uma cláusula mediante a qual a empresa não garantia o congelamento dos “wagons”. A *Cour* de Paris invalidou esta cláusula num caso em que o destinatário de uma encomenda de frangos os recebera em péssimo estado, em virtude de a temperatura no interior do “wagon” rondar os 42, com a justificação de que se excluir aquela obrigação (de congelamento) – obrigação essencial – implicaria *suprimir-se o próprio objeto do contrato*.

Esta decisão viria a ser anulada, no entanto, pela *Cassation*, afirmando que “só o dolo ou a culpa grave da parte que invoca, para se subtrair à sua obrigação, uma cláusula de irresponsabilidade (...), podem afastar a aplicação dessa cláusula”. Decisão lamentável, porém, assentando, além do mais, num equívoco, pois não se invoca uma cláusula de *irresponsabilidade* para fugir ao cumprimento da *obrigação*, mas para se exonerar da responsabilidade.

É certo que não será fácil determinar quais sejam as obrigações *essenciais* de um contrato, sendo ineliminável, porventura, uma certa margem de liberdade de apreciação em cada caso concreto e, por isso, uma certa dose de insegurança em decidir quais as obrigações que podem, ou não, excluir-se do contrato.

Pensamos, a este respeito, que serão *essenciais* as obrigações que se mostrem *imprescindíveis*, quer para que seja realizada, como vimos atrás, a *função econômica objetiva correspondente ao tipo contratual*, quer para que seja alcançada, acrescentamos agora, a *intenção prática prosseguida pelas partes*.

O *critério* de decisão deverá assentar, a nosso ver, numa perspectiva do contrato como *unidade*, em que importa tomar em conta não só o *tipo* escolhido pelas partes, mas também o *fim contratual* concretamente pretendido.

Sabe-se que é o escopo ou *fim contratual* visado pelas partes que *conforma o conteúdo da relação contratual*. Deste modo, cremos que, uma vez determinado o fim concretamente visado pelas partes com a operação negocial a que deram vida – a apurar segundo as regras da hermenêutica negocial (art. 236) e/ou de acordo com os critérios de integração, designadamente a boa-fé (art. 239) –, ficar-se-á em condições de poder julgar da essencialidade de certa obrigação para se alcançar o escopo prosseguido.

Por outras palavras, o fim do contrato – elemento *conformador* da relação contratual, fato determinante do *conteúdo interno* desta relação – orientar-nos-á na decisão do que é (ou não é) essencial para a sua cabal realização.

Obrigações essenciais serão aquelas cujo afastamento comprometerá *decisivamente* o fim contratual, frustrando-se, *à partida*, o escopo pretendido. Haverá, em suma, uma *contradição* entre o *fim* que se visa alcançar, com o contrato, e os *meios* predispostos para o efeito, cuja evidente insuficiência ou impropriedade deverá ressaltar do próprio fato de serem eliminados aqueles que eram *indispensáveis* para tal.

Cremos que o princípio da *boa-fé*, e especialmente os art. 239 e 762, nº 2, fornecem o suporte legal adequado a estas soluções.

A este propósito – e para além do fundamento legal nos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais, que vamos analisar de seguida, e do relevo que ele pode ter para o regime geral da figura –, será oportuno referir o art. 51, § 1º, inciso II, do (chamado) Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), bem como o art. 32, nº 1, al. *b*) e *d*), do Anteprojeto do Código Europeu dos Contratos, elaborado pela Academia de Jus-

privatistas Europeus, sob a coordenação do Prof. Giuseppe Gandolfi.

A referida norma brasileira preceitua que se presume exagerada a vantagem que “restringe direitos ou obrigações fundamentais *inerentes à natureza do contrato*, de tal modo a ameaçar *seu objeto* ou o *equilíbrio contratual*”. E a regra proposta no Código Europeu dos Contratos considera que formam o conteúdo dos contratos, para além das cláusulas expressas, entre outras, as cláusulas que “decorrem do dever de *boa-fé*” (al. b)) e as que “devem reputar-se *necessárias* para que o contrato *possa produzir os efeitos queridos pelas partes*” (al. d)).

Parece-nos que não será ousado concluir que estes preceitos comungam da preocupação de que demos conta e evidenciam a importância que revestem o fim contratual e o princípio da boa-fé para a solução do problema.

7. Em contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais

Justifica-se um esclarecimento prévio relativo à epígrafe deste número. Falamos de contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais porque entendemos, para este efeito, que o regime será o mesmo. Por outras palavras, o regime instituído, em Portugal, pelo Decreto-Lei nº 446/85, sobre *cláusulas contratuais gerais*, entretanto modificado pelo Decreto-Lei nº 220/95, aplica-se, neste caso, a *todos os contratos de adesão*, isto é, *mesmo àqueles que não sejam formados através de cláusulas contratuais gerais*.

Também não vamos, mais uma vez, meter-nos por este caminho, que nos *desviaria* do tema a tratar⁷. Mas sempre diremos, telegraficamente, o seguinte.

⁷Caminho esse, no entanto, que em outras ocasiões temos percorrido: cf. MONTEIRO, Antônio Pinto. *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei nº 446/85*. In *Revista da Ordem*

Via de regra, o contrato de adesão é formado através de cláusulas contratuais gerais; mas pode não o ser, devendo aplicar-se, todavia, no essencial – salvo medidas de índole preventiva, como a ação inibitória –, os mecanismos de controlo legalmente consagrados para as cláusulas contratuais gerais. É a solução da Defectiva 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas nos contratos com os consumidores, e é também a solução que, para os *Verbraucherverträge*, foi consagrada, por ex., na Alemanha, graças à modificação introduzida na *AGB – Gesetz* pela lei de 19 de julho de 1996, bem como, ainda que em termos pouco felizes, em Portugal, para todos os contratos de adesão, pelo Decreto-Lei nº 249/99, de 7 de julho, diploma que modificou o Decreto-Lei nº 446/85.

Em suma, e numa palavra, o regime jurídico que aqui vamos expor valerá para todos os contratos de adesão – e não só para os que tenham sido formados através de cláusulas contratuais gerais.

Posto isto, importa convocar os art. 15 e 16 deste diploma. Estatui-se, no primeiro, que “são proibidas as cláusulas contratuais gerais contrários à *boa-fé*”. E esclarece-se, no segundo, alínea b), que na aplicação da norma anterior (o art. 15) devem ponderar-se os valores fundamentais do direito, relevantes em face da situação considerada, e, especialmente, “o objetivo que as partes visam atingir *negocialmente*, procurando-se a sua efetivação à luz do tipo de contrato utilizado”.

Não será arriscado acrescentar, como é óbvio, que temos assim um *preceito legal* a fundamentar claramente a po-

dos Advogados, ano 46. Lisboa, 1986, pp. 733, seg.; *Idem. The Impact of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts on Portuguese Law In European Review of Private Law. ERPL, 1995, pp. 235, seg.; Idem. El problema de las condiciones generales de los contratos y la directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumidores. In Revista de Derecho Mercantil. Madrid, 1996, pp. 79, seg.; Idem. La transposition de la directive européenne sur les clauses abusives au Portugal. In ERPL, 1997, pp. 197, seg.*

sição que expusemos atrás a respeito das obrigações essenciais, quer à luz do *tipo contratual*, que à luz do *objetivo que as partes visam alcançar*. O afastamento de tais obrigações será *contrário à boa-fé*, considerando, para o efeito, o disposto nos art. 15 e 16, al. *b)* – e até, pode acrescentar-se, o disposto, igualmente, na al. *c)* do art. 16, onde se mencionam “a *confiança* suscitada, nas partes, pelo sentido global das cláusulas contratuais em causa” –, pelo que tais cláusulas são *proibidas* e, conseqüentemente, *nulas* (art. 12).

Em conclusão, para que sejam válidas, as cláusulas limitativas do conteúdo contratual devem respeitar as obrigações *essenciais ao tipo* ou ao *fim* contratual, cujo afastamento será *contrário à boa-fé*.

Resta acrescentar, a este respeito, mormente a respeito do *fundamento* encontrado, que a *densificação* do princípio da boa-fé, feita pelo art. 16, não é exclusiva dos contratos de adesão, antes acolhendo esta norma os contributos e os avanços da melhor doutrina, pelo que, adicionalmente, esta densificação pode servir de critério auxiliar de integração do princípio da boa-fé que, com alcance geral, elegemos atrás como matriz das obrigações essenciais ao fim contratual.

Voltando aos contratos de adesão e ao diploma legal em vigor, haverá que mencionar, ainda, o recurso que sempre poderá fazer-se ao art. 18, al. *a)* a *d)*, onde se proíbem, em determinados termos, cláusulas que excluam ou limitem, “*de modo direto* ou *indireto*”, a responsabilidade. Ora, a sempre poderá dizer-se, ainda que porventura impropriamente, que as cláusulas limitativas do conteúdo contratual acabam por traduzir-se num modo *indireto* de excluir a responsabilidade, sendo, por isso, abrangidas por estas proibições.

É convém lembrar que o *controlo de fundo* que açamos de mencionar, relativo à *nulidade* da cláusula nos casos em que ela é *proibida – in casu*, nos termos dos art. 15 e 16 –, deve articular-se com os outros tipos de controlo instituídos pelo Decreto-Lei nº 446/85 e, desde logo, com o que

este diploma consagra no âmbito da *formação do acordo*, sobre o *consentimento*.

Assim, consideram-se *excluídas* do contrato, entre outras (art. 8º), as cláusulas que não tenham sido *comunicadas* nos termos do art. 5º ou relativamente às quais não hajam sido cumpridos os *deveres de esclarecimento e informação* previstos no art. 6º. O que significa que, em tais casos, a cláusula limitativa do conteúdo contratual *não fará sequer parte do contrato*.

Parece-nos ser este um aspecto muito importante e que convém não perder de vista, até porque na maioria dos casos tais cláusulas surgem no âmbito de um contrato de adesão.

8. Proteção do consumidor

Antes de concluir, convém fazer uma breve referência ao postulado da defesa do consumidor e à sua *influência* neste domínio.

Como se sabe, a defesa do consumidor é hoje uma *tarefa* fundamental da sociedade. Em Portugal, a Constituição de 1976 coloca-a entre as “*incumbências prioritárias do Estado*”; e com as revisões constitucionais de 1982 e de 1989 os direitos dos consumidores alcançaram a dignidade de *direitos fundamentais*. Entretanto, *imensa* legislação tem sido publicada com o objetivo último de defesa do consumidor.

Mais uma vez não vamos fazer uma *incursão* por um outro domínio, o que nos desviaria do nosso percurso⁸. Mas é

⁸Apesar de ser este um domínio em que temos especiais responsabilidades, pois decorrem entre nós os trabalhos de preparação de um Código do Consumidor, a cargo de uma Comissão a que temos a honra de presidir (ver, a propósito, o nosso discurso na cerimônia da tomada de posse, publicado no **Boletim da Faculdade de Direito** (Coimbra, 1996, pp. 403, seg.). Entre as várias intervenções nossas neste domínio, v., p. ex., de caráter geral, *O direito do consumidor em Portugal*, in **Revista Brasileira de Direito Comparado**, nº 17 (Rio de Janeiro, 1999, pp. 128, seg.), e *Do direito do consumo ao Código do Consumidor*, in **Estudos de**

imperioso salientar que o *ambiente* favorável à defesa do consumidor, nos planos político, social, econômico e jurídico – e, neste caso, tanto nas leis como na doutrina e na jurisprudência –, também vai deixando *marcas* na problemática que temos em análise.

Na verdade, não sendo embora um problema novo, o certo é que a perspectiva jurídica das cláusulas limitativas do conteúdo contratual não podia ficar imune ao movimento *favorável* ao consumidor. Independentemente das soluções legislativamente consagradas a favor do consumidor, o *espírito* de simpatia que esta *causa* despertou acaba por se fazer sentir no plano da interpretação e, conseqüentemente, nas soluções judiciais que vai *inspirando*, mesmo quando não exista um preceito diretamente aplicável ao problema *sub judice*.

Haja em vista, a este propósito, a decisão do Tribunal Supremo espanhol, de 22 de outubro de 1996, que qualificou o chamado “*contrato de estacionamento*” de *veículos automóveis* como contrato misto de *arrendamento* e de *depósito*, com a inerente obrigação de *custódia* do veículo, pelo que julgou *responsável* pelo *desaparecimento* do mesmo a empresa que explora o estacionamento destinado ao público, em determinado aeroporto espanhol. Entre as razões que apresentou em abono desta decisão, o Tribunal Supremo não deixou de mencionar expressamente a *defesa do consumidor*.

Entre nós, em Portugal, no domínio das cláusulas de exclusão de responsabilidade, deve recordar-se o Acórdão nº 153/90 do Tribunal Constitucional. Em termos breves, a situação era a seguinte:

Por se terem extraviado alguns vales postais, o destinatário só veio a recebê-los cerca de seis meses depois de eles

Direito do Consumidor, nº 1, Centro de Direito do Consumo/Faculdade de Direito (Coimbra, 1999, pp. 201, seg.), bem como, além deste volume do CDC que acabamos de citar, o volume do IJC sobre *Comunicação e defesa do consumidor*, Instituto Jurídico da Comunicação/Faculdade de Direito (Coimbra, 1996, *passim*).

lhe terem sido enviados. Isto lhe causou prejuízo, em virtude do atraso com que recebeu as importâncias dos vales. Pretendeu, por isso, ser indenizado pelos Correios (CTT), entidade responsável pelo extravio dos vales. Perante a recusa dos CTT, promoveu o lesado ação judicial contra essa empresa. O tribunal absolveu os CTT com fundamento numa norma jurídica do estatuto desta empresa (nº 3 do art. 53 do anexo I ao Decreto-Lei nº 49 638, de 10 de novembro de 1969), segundo a qual “em relação aos utentes, a responsabilidade dos CTT não poderá abranger, em caso algum, lucros cessantes (...)”.

Desta sentença recorreu o Autor para o Tribunal Constitucional, pedindo que fosse julgado inconstitucional o referido art. 53, nº 3. O Tribunal Constitucional, pelo Acórdão nº 153/90, de 3 de maio de 1990, deu razão ao Autor, julgando *inconstitucional* essa norma. E isto porque ela violava o imperativo constitucional de *proteção do consumidor*, que faz parte da *ordem pública*, contrariando o art. 110, nº 1 da Constituição (hoje, após as revisões constitucionais, o art. 60, nº 1), onde se consagra o direito dos consumidores à reparação dos danos. Se, em princípio, nas palavras do Tribunal, são de admitir cláusulas de exclusão quando não estejam em causa casos de dolo ou de culpa grave do devedor, a solução deve ser outra, porém, quando especiais razões de proteção social justifiquem uma proibição absoluta dessas cláusulas. Era o que se passava, no caso concreto, por razões de proteção do consumidor, com a norma que isentava de responsabilidade os CTT e que o Tribunal julgou inconstitucional.

9. Conclusão

Parece-nos que são de sublinhar duas ou três breves notas, em jeito de conclusão.

O problema que discutimos neste trabalho é complexo e delicado. Afinal, como todos os que têm a ver com os limi-

tes da *autonomia privada* e, mais precisamente, da *liberdade contratual*.

É ao abrigo deste princípio que as partes escolhem o *tipo contratual* – locação ou depósito, por exemplo – e decidem *que obrigações* assume cada uma delas perante a outra. Daí, justamente, a *validade* das cláusulas limitativas do conteúdo contratual, que mais não constituem do que uma forma de, por acordo prévio, as partes definirem o *âmbito* do contrato (diferentemente do que sucede com as cláusulas de exclusão de responsabilidade, caso em que a obrigação é assumida, mas se afasta a responsabilidade, isto é, o dever de indenizar pelo não cumprimento).

Ora, parece-nos que a validade de princípio daquelas cláusulas tem como *limites* as normas imperativas, a ordem pública e as obrigações essenciais, essenciais quer ao tipo, quer ao conteúdo contratual. Na verdade, não poderia afirmar-se, tranqüilamente, que tais cláusulas seriam válidas por terem que ver apenas com a *qualificação* do tipo contratual ou com a *delimitação* do seu conteúdo, uma vez que elas podem ser radicalmente *contraditórias* com o tipo escolhido ou, de todo modo, afastarem obrigações *essenciais* ao fim contratual, ao escopo determinante do negócio, tendo designadamente em conta o princípio da *boa-fé*.

Em suma, perguntar-se-á, quando e até que ponto haverá obrigações *impostas* às partes, para além dos casos em que a lei expressamente o afirme? Essa, afinal, a *pergunta* e o *desafio* que suscitam as cláusulas limitativas do conteúdo contratual. Ficam algumas sugestões... algumas pistas... ou tão-só alguns problemas que tivemos em ponderação.