

AINDA O PROBLEMA DA FIXAÇÃO CONTRATUAL DOS DIREITOS DO CREDOR: AS CLÁUSULAS *SOLE REMEDY*, *BASKET AMOUNT* E *NO CONSEQUENTIAL LOSS*

Por Mafalda Miranda Barbosa⁽¹⁾

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. As cláusulas *no consequential loss*. 2.1. Os danos consequenciais e o alcance da cláusula de *no consequential damages*. 3. As cláusulas *sole remedy*. 4. As cláusulas *basket amount*. 5. Breve conclusão.

1. Introdução

Um dos problemas que, ao longo dos tempos, tem motivado forte discussão entre os autores prende-se com a admissibilidade ou não de cláusulas de exclusão e de limitação de responsabilidade. Não obstante a riqueza da temática assim identificada, não é nossa pretensão revisitar os quadros de inteligibilidade da categoria. Uma razão pesa na nossa opção discursiva. Na verdade, a profundidade do trabalho apresentado a esse propósito, em 1984, por António Pinto Monteiro⁽²⁾ tornaria irrelevante qualquer esforço dialógico da nossa parte a esse ensejo, não obstante termos já procurado oferecer um contributo mínimo na matéria, não em geral, mas a

(1) Univ. Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/University of Coimbra Institute for Legal Research, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

(2) ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Almedina, 2003.

propósito das cláusulas de limitação e exclusão da responsabilidade extra-contratual⁽³⁾. É também a Pinto Monteiro que devemos um aprofundado estudo sobre a cláusula penal, nas suas diversas modalidades, superando-se com isso um entendimento tradicional e unitário acerca da figura⁽⁴⁾.

A prática negocial, sobretudo internacional, tem, porém, forjado cláusulas típicas que, mantendo uma proximidade bastante com estas cláusulas acessórias, delas diferem em alguns aspetos. Falamos das cláusulas de *sole remedy*, das cláusulas *basket amount*, das cláusulas de *no consequential loss*. O nosso propósito, nas páginas que se seguem, é olhar para cada uma destas estipulações negociais, para, à luz do nosso ordenamento jurídico, da sua intencionalidade, e dos ensinamentos da doutrina em sede de cláusulas de fixação antecipada dos direitos do credor, podermos extrair algumas conclusões acerca da sua validade. Sobre elas pouco se tem escrito entre nós, embora além-fronteiras, sobretudo no espaço anglo-saxónico, seja considerável a produção científica na matéria.

Uma investigação deste tipo afigura-se, aos nossos olhos, tão mais importante quanto a globalização arrasta consigo a nítida influência da prática negocial estrangeira sobre o nosso ordenamento jurídico. Assim, há que, em primeiro lugar, perceber o que é cada uma destas cláusulas; em segundo lugar, indagar se acrescentam ou não algo ao que já resultaria das simples cláusulas de limitação ou exclusão da responsabilidade e das outras cláusulas de fixação dos direitos do credor; para, *in fine*, tecermos sobre a sua validade e regime um nosso juízo fundamentado.

2. As cláusulas *no consequential loss*

As cláusulas de *no consequential damages (no consequential damages clauses)*, pela sua inclusão frequente em contratos, sobretudo em contratos internacionais, têm sido objeto de atenção por parte dos operadores judiciários. Em causa estão, segundo a interpretação que delas se vem fazendo, cláusulas acessórias que excluem a responsabilidade por danos reflexos, ou seja, por danos que surgem como consequências indiretas do

(3) MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “As cláusulas de limitação e exclusão da responsabilidade extra-contratual — limites de validade”, *Scientia Iuridica*, Tomo LXVI, N.º 354, Set-Dez. 2017, 421 s. Veja-se, a este propósito, GLENN D. WEST/W. BENTON LEWIS JR., “Contracting to avoid extra-contractual liability — Can your contractual deal ever really be the entire deal?”, *The Business Lawyer*, 64, 2009, 999 s.

(4) ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, Coimbra, 1999.

incumprimento contratual⁽⁵⁾. A simples referência aos danos reflexos não é, porém, de molde a eliminar todas as dúvidas acerca da sua operacionalidade⁽⁶⁾. Na verdade, o conceito de dano consequencial é um conceito ambivalente, não unívoco, que pode referir-se a diversas realidades no quadro da dogmática responsabilizatória. A jurisprudência e doutrina norte-americana consideraram já que o termo *consequential* se refere a danos especiais, reservando-se o termo *general damages* para os danos diretos. Não parece, contudo, que o critério possa servir como guia da diferenciação que se procura. Em muitos casos, a prática mostra que o que se procura afastar é a indemnização de danos como lucros cessantes, perda de oportunidade de negócios, os danos gerados pelo não cumprimento dos standards de qualidade de um produto que havia sido garantida pelo vendedor, os danos resultantes da suspensão de uma unidade produtiva, pelo defeito de um ou mais equipamentos fornecidos ao abrigo do contrato de aquisição⁽⁷⁾. Perante hipóteses tão diversas, os autores (ou alguns autores) evidenciam a dificuldade em formular um critério que garanta a certeza da decisão⁽⁸⁾. No caso *Pharmaceutical Product Development Inc. v. TVM Life Science Ventures VI L.P.*, o vendedor de uma sociedade garantiu a eficácia de um determinado medicamento. Contudo, esta eficácia foi infirmada, o que levou o comprador a gastar milhões de dólares a tentar desenvolver o produto no mercado. O vendedor veio, posteriormente, invocar uma cláusula de *no consequential damages* para obstar à compensação devida por estes danos. Victor Goldberg considera que, nestas hipóteses de quebra de garantia, estamos diante de um dano direto⁽⁹⁾. Foi também esse o veredito da *Court of Appeal* de Nova Iorque no caso *Biotronik A. G. v. Conor Med-systems Ireland Ltd*, no qual se colocou uma questão relativamente ao fim de um contrato de distribuição, que causou ao distribuidor avultados

(5) Exemplo de uma *no consequential damage clause*, tal como conformada pela prática: “notwithstanding anything to the contrary elsewhere in this agreement or provided for under any applicable law, no party shall, in any event, be liable to any other person, either in contract, tort or otherwise, for any consequential, incidental, indirect, special or punitive damages or such other person, including loss of future revenue, income or profits, diminution of value or loss of business reputation or opportunity relating to the breach or alleged breach hereof, whether or not the possibility of such damages has been disclosed to the other party in advance or could have been reasonably foreseen by such other party” (cf. <<https://www.lawinsider.com/clause/no-consequential-damages>>).

(6) Evidenciando essas dificuldades, cf. VICTOR GOLDBERG, “Consequential damages and exclusion clauses”, *Columbia Law & Economics Working Paper Series* no. 582, 2018.

(7) Para alguns destes exemplos, cf. ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *As cláusulas de no consequential damages*, 2017, 2.

(8) VICTOR GOLDBERG, “Consequential damages and exclusion clauses”, 4 s.

(9) VICTOR GOLDBERG, “Consequential damages and exclusion clauses”, 27.

danos. Relativamente a hipóteses como esta, Goldberg considera que está em causa a perda de lucros, não sendo o lesado pago pelos seus serviços, o que configura igualmente um dano direto. Mas já não nas situações de danos resultantes de um atraso na prestação⁽¹⁰⁾. Para o autor, os conceitos de previsibilidade, naturalidade e colateralidade negocial não são aptos a concretizar o âmbito de relevância destas cláusulas.

Importa, por isso, perceber o que são danos consequenciais e como devem ser entendidos a este nível. Só assim estaremos aptos a perceber se as cláusulas que analisamos podem ou não ser consideradas válidas no nosso ordenamento jurídico.

2.1. Os danos consequenciais e o alcance da cláusula de *no consequential damages*

a) A doutrina do dano direto e imediato e a adequação

O conceito de danos consequenciais — afastados por força da estipulação negocial das partes — pode ser entendido, em primeira linha, com o sentido de danos não diretos e não imediatos. Esta é, porém, uma aceção que não encontra acolhimento no quadro do modelo ressarcitório português. Contra o que sucede em alguns ordenamentos jurídicos, há muito que, em Portugal, se afastou a noção de dano direto e imediato como critério de delimitação dos danos indemnizáveis⁽¹¹⁾.

A teoria do dano direto e imediato foi formulada, a par de outras, como uma tentativa de limitação do excesso de responsabilidade a que o jurista era conduzido pela doutrina da *conditio sine qua non*. Na verdade, em face das inconcludências da *condicionalidade sem a qual*, alguns autores propuseram entendimentos que, partindo do conceito de condição, visavam eleger, entre todas, aquela ou aquelas que pudessem ser relevantes do ponto de vista da imputação. Surgiram, então, doutrinas como a da consequência necessária; a da causa eficiente; a da consequência direta; a

⁽¹⁰⁾ VICTOR GOLDBERG, “Consequential damages and exclusion clauses”, 24 s.

⁽¹¹⁾ No caso *Polemis v. Furness, Withy and Co.* definiu-se o critério do dano direto, considerado como aquele que se pode reconduzir à culpa de uma maneira suficientemente direta e que não é devido a causas independentes em relação àquela. Note-se que o critério haveria de, logo em 1933, sofrer uma restrição no tocante ao seu âmbito de aplicação — passava a aplicar-se apenas às consequências físicas imediatas de um ato ilícito, ou seja, o conceito de dano direto haveria de sofrer uma limitação com a jurisprudência fixada no precedente *Liesbosch Dredger v. Edison S.S.*

da consequência imediata; a da causa próxima. Simplesmente, as dificuldades patenteadas pelo critério tornaram-se desde cedo evidentes. Desde logo, parece não ser claro o que deve compreender-se por dano direto, na sua relação com o dano imediato. Em segundo lugar, a aplicação estrita do critério conduz a soluções que não só se mostram falhas de fundamento, como não correspondem à tradição judicativa na matéria⁽¹²⁾.

(12) Cf. A. M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XI, *Torts* (André Tunc, ed.), chapter 7, Tübingen, Paris, New York, 1971, 41 e toda a discussão em torno do tema a que se assiste em Itália. Não só se patenteiam dificuldades na diluição do carácter indireto ou direto da consequência, como, no plano do direito positivo, se assiste as mais das vezes à indemnização de danos indiretos. Donde é possível extrair duas conclusões. Uma primeira para mostrar que a doutrina acaba por, muitas vezes, ser conduzida à determinação ou não da normalidade da consequência experimentada, pelo que redundia, afinal, num juízo probabilístico próximo da adequação [Saliente-se, contudo, que muitos são os autores que vêm perentoriamente afirmar a não coincidência entre um juízo de adequação e um juízo de normalidade. Assim, KLUG, “Erfordernisse des adäquaten Kausalzusammenhangs. Verhältnis von Verursachung und Schuldfrage”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 150, 452]. Não é em vão que em Itália, onde o ordenamento jurídico positivo consagra o dito critério, muitos autores o interpretam no sentido aqui explicitado. Uma segunda nota para vincar que o efeito útil dela parece ser o de excluir do âmbito do ressarcimento os danos reflexos. Mas, se assim é, o que parece estar em causa é verdadeiramente uma circunscrição de danos a partir da conceção de ilicitude. Com o que se percebe melhor, agora de uma perspetiva comparatística que perscruta mais fundo que a mera formulação divergente das categorias, o modo como o problema é tratado no sempre presente ordenamento italiano. Na verdade, centra-se, ali, o debate em torno da noção de dano injusto. Parece, então, fazer sentido o alerta de Honoré (cf. p. 42) de que em jogo estariam verdadeiramente *policy considerations*. Entre nós, com grande importância sobre o tema, veja-se VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização. Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexa causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização. Direito de abstenção e de remoção”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 84, Março 1959, 5 a 301, 45 e s. São dois os elementos integradores daquela: a dificuldade de operar a distinção entre danos diretos e indiretos e a injustiça de, podendo ser estabelecida a cesura, ficarem aquém da reparação certos danos. Concordando genericamente com a impostação das coisas apresentada pelo insigne civilista, a adesão incondicional à doutrina da causalidade adequada implica que, na escarpelização crítica, se apresentem exemplos a nosso ver de duvidoso acerto judicativo. Fala-se ali do caso tratado na jurisprudência alemã do senhor que tem de usar uma perna artificial em virtude de um acidente, caindo passado um tempo como consequência da limitação física de que padece. Considera Vaz Serra ser este um exemplo de um dano indireto que merece ser indemnizado, solução que nos concita as maiores dúvidas. Paradigmático a este ensejo é a asserção fornecida pelo autor (cf. p. 45) — “o resultado pode ter outras condições mais importantes e próximas e, todavia, dever ser ligado a certo facto pelo laço da conexão causal”. Uma vez mais estamos em sintonia com a ideia expressa. Contudo — e adiantando algumas considerações subsequentes — custa-nos a perceber que a mesma ideia força não seja atentamente tida em conta quando nos debruçamos sobre a doutrina da causalidade adequada. Se não vejamos. Um facto pode ser adequado a produzir o dano e interpor-se outro que, não sendo anormal, não pode deixar de ser sopeado, sobretudo se for intencional. António é ferido por Bernardo e, no transporte para o hospital, é furtado nos seus haveres, sendo certo que aquela zona era conhecida por todos pelos elevados índices de criminalidade que ali ocorriam. Deve Bernardo responder pela subtração da coisa? E qualquer que seja a resposta, considerada que seja a probabilidade de tal ocorrer, não deveríamos perceber que se trata aqui de um problema de imputação do dano a alguém e não uma mera questão causal?

A este propósito, Forchielli esclarece que se deve excluir um conteúdo perceptivo temporal para o conceito de *imediato*, tal como se deve excluir que aquele só queira indicar que o dano ressarcível é o que não é consequência de outros danos, mas se liga diretamente à conduta ilícita. É que, neste sentido, seria imediata a destruição de um automóvel e seria mediato o lucro cessante daí derivado, e tais soluções prático-normativas mostram-se falhas de justificação. Forchielli evidencia, também, a perplexidade a que pode conduzir a contraposição entre os danos diretos e os danos indiretos. Mostra, designadamente, as diferentes interpretações a que os conceitos estão sujeitos: dano indireto é aquele que não consiste na lesão direta de um bem, sendo, neste caso, indireto o lucro cessante; dano indireto é aquele que é consequência reflexa de um dano previamente produzido; dano indireto é aquele sofrido por um sujeito que era garantido pela pessoa que sofre o dano direto⁽¹³⁾.

A nota dominante quando se lida com o conceito de dano direto e imediato (ou, em contraposição, com o conceito de dano indireto e não imediato) é, então, a ambivalência conceptual. A evolução doutrinal na matéria levou, inclusivamente, a que a doutrina viesse a ser interpretada no sentido da causalidade adequada⁽¹⁴⁾.

(13) PAOLO FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, CEDAM, Padova, 1960, 34 s. Note-se que o autor acaba por rejeitar o critério como solução para o problema da inquirição causal. Na verdade, numa interpretação de tipo histórico, o insigne jurista procura ir além da letra do art. 1223.º CC italiano para descobrir, apoiado nos cânones hermenêuticos tradicionais, a *ratio legis* da norma. Remontando ao direito romano e à distinção entre *id quod interest circa rem* e *id quod interest extra rem*, ao jusnaturalismo de Pothier (e à sua ideia de que o ressarcimento de todo o dano mesmo que remoto fica dependente da existência de um nexo de causalidade necessária), à Pandetística alemã (e à solução de identificação do *quod circa rem consistiti* com o dano que é consequência certa e inevitável do facto ilícito), Forchielli conclui que o pensamento de Pothier representa o precedente histórico mais importante no sentido da interpretação do art. 1223.º CC. Assim, o insigne jurista italiano abraça a ideia de causalidade necessária, ao mesmo tempo que alerta para a excessiva importância que doutrina e jurisprudência atribuem ao preceito citado.

(14) Para maiores desenvolvimentos acerca da possível interpretação da doutrina das consequências diretas e imediatas, a que, no ordenamento jurídico italiano, o jurista acaba por ser conduzido por via do art. 1223.º Código Civil, cf. CARLO ROSSELLO, *Il danno evitabile. La misura della responsabilità tra diligenza ed efficienza*, Cedam, Padova, 1990, 18 s. Dois são os olhares possivelmente derramados sobre a teoria: interpretação segundo a ideia de nexo de regularidade causal (que o autor critica pelas aporias a que conduz, designadamente a incerteza quanto ao critério de avaliação daquela, a oscilar entre a normalidade da experiência ou a ancoragem em parâmetros de regularidade estatística); enquanto causalidade específica, levando à afirmação dela quando o evento, segundo a experiência, constitua a realização de um risco criado para um determinado antecedente, vindo a coincidir com o escopo da norma violada (cf. p. 19). Salienta Rossetto que “as consequências mediatas segundo um ângulo visual (metanormativo) da regularidade estatística podem considerar-se imediatas e diretas (no sentido normativo qualificado) quando se refiram e sejam reconduzidas ao evento danoso” (p. 21). Cf., ainda, N. COVIELLO, “Intorno alla risarcibilità dei danni indiretti e mediati”, *Giurisprudenza ita-*

Simplemente, há que referir, em primeiro lugar, que não se vislumbra confusão possível entre elas; e, em segundo lugar, que, aos nossos olhos, também a doutrina da causalidade adequada não se mostra suficiente para permitir encontrar uma decisão que se pretende normativamente adequada e materialmente justa em matéria de causalidade. Dito de outro modo, não só uma consequência adequada do comportamento ilícito e culposo pode não ser imediata e direta, na sua pureza, como a adequação não é critério suficiente para garantir uma decisão que se pretende justa.

Como tivemos oportunidade de sublinhar a outro ensejo, a causalidade adequada enreda-nos em inúmeros problemas. Pensada para fazer face às inconcludências da doutrina da condicionalidade *sine qua non* (e, portanto, perspetivada para determinar se o comportamento do lesante, em abstrato, é ou não idóneo a produzir um dano daquele tipo, com o que se encontra, assim, o ponto de clivagem entre esta teoria e as doutrinas que se integram naquilo que Honoré apelidou de *necessity theories* e de *explanatory theories*)⁽¹⁵⁾, a teoria da causalidade adequada não pode ser entendida como um magma uniforme. Pelo contrário, no seu seio, albergam-se formulações absolutamente díspares que vão desde uma visão probabilística-estatística, que quadra mal com a intencionalidade jurídica, até um conceito normativizado de causalidade. O certo, porém, é que mesmo numa visão normativa da adequação as inconcludências a que a doutrina aporta o jurista não são de pequena monta⁽¹⁶⁾.

Assim, colocam-se desde logo problemas ao nível da descrição dos *relatas*, isto é, dos termos a relacionar. Na verdade, se se perguntar “é normal e provável que um pequeno golpe na face provoque a morte de uma pessoa?”, a resposta será, em princípio, negativa. Mas se se perguntar “é

liana, 1897, I, 23 s.; D. MANDRIOLI, “Le conseguenze immediate e dirette dell’inadempimento doloso”, *Rivista di Diritto Commercial*, I, 1921, 56 s.; CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno*, Turin, 1879, 486 s.

(15) A propósito da classificação das teorias causais, cf. CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2010, 23 s. Para outros desenvolvimentos e uma enunciação destas diversas doutrinas, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Princípiã, 2013, 86 s. A questão que passa a orientar o jurista é — numa formulação positiva — a de saber se é normal e adequado (provável) que aquele tipo de comportamento gere aquele tipo de dano; ou — numa formulação negativa — a de saber se é de todo indiferente para a produção de um dano daquele tipo um comportamento como o do lesante.

(16) Para um acompanhamento mais pormenorizado das diversas críticas que lançamos sobre a causalidade adequada, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação*, 99 s., bem como a demais bibliografia aí citada; e MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Responsabilidade civil extracontratual: novas perspetivas em matéria de nexa de causalidade*, Princípiã, 2014; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, Princípiã, 2017.

normal e provável que um pequeno golpe na face provoque a morte de um hemofílico em último grau?”, a resposta pode já ser afirmativa. Quer isto dizer que consoante a descrição que se faça dos eventos, assim a resposta já vai contida na indagação. E não será fácil optar por uma descrição dos *relata* em abstrato — porque se perde a necessária relevância do caso concreto — ou em concreto, porque a pormenorização pode, de facto, condicionar uma solução que, *a priori*, não deveria estar estabelecida. Isto quer dizer, no fundo, que — consoante afirmam certos autores — a adequação é critério de coisa alguma, uma fórmula vazia (*Leeformel*)⁽¹⁷⁾.

Por outro lado, coloca-se o problema de saber qual o ponto de vista que se deve adotar nesta indagação: o ponto de vista do sujeito que atuou, o ponto de vista do homem médio ou o ponto de vista do observador ótimo e experiente? E devem ou não ter-se em conta os conhecimentos efetivos do lesante que, em concreto, podem alterar o juízo de prognose a encetar? Basta pensar, por exemplo, na hipótese em que o sujeito sabia da hemofilia da vítima e por isso desferiu contra ela um golpe. Mas, ao considerarmos esta probabilidade corrigida por índices de subjetividade, não estamos a aproximar-nos da culpa e da previsibilidade, sendo certo que os autores a rejeitam — e bem — para estabelecer o nexó de causalidade? O mesmo não se poderá perguntar se o nosso juízo for um juízo *ex ante*? Mas, por outro lado, se o juízo for absolutamente objetivo e formulado *ex post*, não estaremos a condenar-nos a uma resposta de tipo estatístico que quadra mal com a intencionalidade predicativa da juridicidade e nos afasta de soluções justas, como no exemplo apresentado anteriormente? E, *in fine*, qual o grau de probabilidade que deve ser requerido?

A causalidade adequada mostra-se ainda falha noutras situações. Em primeiro lugar, ela não nos oferece uma resposta satisfatória sempre que esteja em causa a chamada causalidade psicológica, isto é, sempre que o sujeito atua para levar o lesado ou um terceiro a agir. Do mesmo modo, mostra-se insuficiente nas hipóteses de causalidade cumulativa necessária. Por último, ao partir de uma ideia de condicionalidade, acaba por ficar refém dos problemas patenteados por esta teoria.

A interpretação da cláusula de *no consequential damages* no sentido da exclusão dos danos não diretos e não imediatos perde, portanto, sentido

(17) MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, Lisboa, 1999, 534, ao afirmar que ela não é bitola de coisa nenhuma, mas “espaço que iremos preenchendo com base no senso comum e em juízos de tipo ético”; MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português*, Almedina, Coimbra, 2005, 325; GÜNTHER BERNERT, “Die Leeformel von der Adäquanz”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 169, 1969, 421-442.

por duas ordens de razões: porque a referência aos danos imediatos e direitos não serve como critério de limitação da indemnização, mesmo que interpretada na remissão para a causalidade adequada, razão pela qual continuamos sem saber, afinal, o que são os danos consequenciais; e porque, ainda que fizesse sentido, a conclusão seria a da não indemnizabilidade dos danos que não apresentassem aquelas características, donde a cláusula perderia qualquer efeito útil.

b) A mudança de perspectiva em matéria de causalidade

A mutação de perspectiva em matéria de causalidade é possível a partir do momento em que olhamos para a responsabilidade do ponto de vista ético-axiológico e não apenas dogmático⁽¹⁸⁾. A própria ação, de onde se parte, deve ser vista como uma categoria onto-axiológica, o que, no diálogo com a pressuposição do risco, nos permite inverter alguns dos aspetos tradicionais do problema. Assim, e desde logo, podemos afirmar que o filão fundamental da imputação objetiva não pode deixar de se encontrar numa *esfera de risco que se assume*. Não basta, porém, contemplar a esfera de risco assumida pelo agente de uma forma atomística, desenraizada da tessitura antropológico-social e mundanal em que ele está inserido. Dito de outro modo, porque o referencial de sentido de que partimos é a pessoa humana, matizada pelo dialético encontro entre o *eu*, componente da sua individualidade, e o *tu*, potenciador do desenvolvimento integral da sua personalidade, há que cotejá-la, depois, com a *esfera de risco encabeçada pelo lesado, pelos terceiros* que compõem teluricamente o horizonte de atuação daquele, e ainda com a *esfera de risco geral da vida*.

A pessoa, ao agir, porque é livre, assume uma *role responsibility*, tendo de, no encontro com o seu semelhante, cumprir uma série de deveres de cuidado. Duas hipóteses são, então, em teoria, viáveis: ou a pessoa atua investida num especial papel/função ou se integra numa comunidade de perigo concretamente definida e, neste caso, a esfera de risco apta a alicerçar o juízo imputacional fica *a priori* desenhada; ou a esfera de risco/responsabilidade que abraça não é suficientemente definida para garantir o acerto daquele juízo. Exige-se, por isso, que haja um aumento do risco, que pode ser comprovado, exatamente, pela preterição daqueles deveres no tráfego. Estes cumprem uma dupla função. Por um lado, permitem des-

⁽¹⁸⁾ Cf., para maiores desenvolvimentos, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexó de causalidade ao nexó de imputação*, 890 s. e 1130 s., bem como a demais bibliografia aí citada e que aqui damos por reproduzida. Repristinamos algumas das conclusões a que, naquela investigação, chegámos.

velar a culpa (devido, para tanto, haver previsibilidade da lesão e exigibilidade do comportamento contrário tendo como referente o homem médio); por outro lado, alicerçam o juízo imputacional, ao definirem um círculo de responsabilidade, a partir do qual se tem de determinar, posteriormente, se o dano pertence ou não ao seu núcleo.

Assim, para que haja imputação objetiva, tem de verificar-se a *assunção de uma esfera de risco*, donde a primeira tarefa do julgador será a de procurar o gérmen da sua emergência. No quadro da responsabilidade contratual ela é desenhada pelo próprio esquema contratual firmado pelas partes e conformado, simultaneamente, pela boa-fé. São-lhe, então, em princípio, imputáveis todos os danos que tenham a sua raiz naquela esfera, donde, *a priori*, podemos fixar dois polos de desvelação da imputação: um negativo, a excluir a responsabilidade nos casos em que o dano se mostra impossível (*impossibilidade do dano*), ou por falta de objeto, ou por inidoneidade do meio; outro positivo, a afirmá-la diante de situações de *aumento do risco*. Exclui-se a imputação quando o risco não foi criado (*não criação do risco*), quando haja *diminuição do risco* e quando ocorra um *facto fortuito ou de força maior*. Impõe-se, ademais, a ponderação da problemática atinente ao *comportamento lícito alternativo*.

Abre-se, seguidamente, o segundo patamar da indagação “causal” do modelo que edificamos. Contemplando, *prima facie*, a *esfera de risco geral da vida*, diremos que a imputação deveria ser recusada quando o facto do lesante, criando embora uma esfera de risco, apenas determina a presença do bem ou direito ofendido no tempo e lugar da lesão do mesmo. O cotejo com a esfera de risco natural permite antever que esta absorve o risco criado pelo agente, porquanto seja sempre presente e mais amplo que aquele. A pergunta que nos orienta é: um evento danoso do tipo do ocorrido distribui-se de modo substancialmente uniforme nesse tempo e nesse espaço, ou, de uma forma mais simplista, trata-se ou não de um risco a que todos — indiferenciadamente — estão expostos?

O confronto com a *esfera de risco titulada pelo lesado* impõe-se de igual modo. São a este nível ponderadas as tradicionais hipóteses da existência de uma predisposição constitucional do lesado para sofrer o dano. Lidando-se com a questão das debilidades constitucionais do lesado, duas hipóteses são cogitáveis. Se elas forem conhecidas do lesante, afirma-se, em regra, a imputação, exceto se não for razoável considerar que ele fica, por esse especial conhecimento, investido numa posição de garante. Se não forem conhecidas, então a ponderação há de ser outra. Partindo da contemplação da esfera de risco edificada pelo lesante, dir-se-á que, ao agir em contravenção com os deveres do tráfego que sobre ele impendem,

assume a responsabilidade pelos danos que ali se inscrevam, pelo que haverá de suportar o risco de se cruzar com um lesado dotado de idiosincrasias que agravem a lesão perpetrada. Excluir-se-á, contudo, a imputação quando o lesado, em face de debilidades tão atípicas e tão profundas, devesse assumir especiais deveres para consigo mesmo. A mesma estrutura valorativa se mobiliza quando em causa não esteja uma dimensão constitutiva do lesado, mas sim uma conduta dele que permita erigir uma esfera de responsabilidade, pelo que, também nos casos de um comportamento não condicionado pelo seu biopsiquismo, a solução alcançada pelo cotejo referido pode ser intuída, em termos sistemáticos, a partir da ponderação aqui posta a nu. Há que determinar nestes casos em que medida existe ou não uma atuação livre do lesado que convoque uma ideia de autorresponsabilidade pela lesão sofrida. Não é outro o raciocínio encetado a propósito das debilidades constitucionais dele, tanto que a imputação só é negada quando se verifique a omissão de determinados deveres que nos oneram enquanto pessoas para salvaguarda de nós mesmos.

Não se estranha, por isso, que o pensamento jurídico — mormente o pensamento jurídico transfronteiriço — tenha gizado como critério guia do decidente o *critério da provocação*. Tornam-se, também, operantes a este nível ideias como a autocolocação em risco ou a heterocolocação em risco consentido.

Havendo essa atuação livre do lesado, temos que ver até que ponto os deveres que oneravam o lesante tinham ou não como objetivo obviar o comportamento do lesado. Tido isto em mente, bem como a gravidade da atuação de cada um, poderemos saber que esfera de risco absorve a outra ou, em alternativa, se se deve estabelecer um concurso entre ambas.

O juízo comparatístico encetado e justificado não dista sobremaneira pelo facto de a titularidade da segunda *esfera de risco*, concorrente com aquela, vir *encabeçada por um terceiro*. A triangular assunção problemática a que nos referimos leva implícita uma prévia alocação imputacional, posto que ela envolve que, a jusante, se determine que o comportamento dele não é simples meio ou instrumento de atuação do primeiro lesante. Donde, afinal, o que está em causa é a distinção entre uma autoria mediata e um verdadeiro concurso de esferas de risco e responsabilidade, a fazer rememorar a lição de Forst, embora não a acolhamos plenamente. O segundo agente, que causa efetivamente o dano sofrido pelo lesado, não tem o domínio absoluto da sua vontade, ou porque houve indução à prática do ato, ou porque não lhe era exigível outro tipo de comportamento, atenta a conduta do primeiro agente (o nosso lesante, a quem queremos imputar a lesão). Neste caso, ou este último surge como um autor mediato e é responsável, ou a

ulterior conduta lesiva se integra ainda na esfera de responsabilidade por ele erigida e a imputação também não pode ser negada.

Maiores problemas se colocam, portanto, quando existe uma atuação livre por parte do terceiro que conduz ao dano. Há, aí, que ter em conta alguns aspetos. Desde logo, temos de saber se os deveres do tráfego que coloram a esfera de risco/responsabilidade encabeçada pelo lesante tinham ou não por finalidade imediata obviar o comportamento do terceiro, pois, nesse caso, torna-se líquida a resposta afirmativa à indagação imputacional. Não tendo tal finalidade, o juízo há de ser outro. O confronto entre o círculo de responsabilidade desenhado pelo lesante e o círculo titulado pelo terceiro — independentemente de, em concreto, se verificarem, quanto a ele, os restantes requisitos delituais — torna-se urgente e leva o jurista decidente a ponderar se há ou não consumpção de um pelo outro. Dito de outro modo, a gravidade do comportamento do terceiro pode ser de molde a consumir a responsabilidade do primeiro lesante. Mas, ao invés, a obliteração dos deveres de respeito — deveres de evitar o resultado — pelo primeiro lesante, levando à atualização da esfera de responsabilidade a jusante, pode implicar que a lesão perpetrada pelo terceiro seja imputável àquele. Como fatores relevantes de ponderação de uma e outra hipótese encontramos a intencionalidade da intervenção dita interruptiva e o nível de risco que foi assumido ou incrementado pelo lesante. Entre ambas, pode também estabelecer-se o devido concurso.

Do ponto de vista da responsabilidade contratual, a causalidade transmutada em imputação há de compreender-se por referência à esfera de risco que cada um dos contraentes assumiu ao celebrar o contrato. Ademais, importa considerar a finalidade e o fundamento da hipótese ressarcitória em causa. Trata-se, na verdade, de um mecanismo que visa satisfazer por outra via o interesse do credor. Ora, assim sendo, a indemnização há de ser determinada em função desse mesmo interesse e do âmbito do dever contratualmente assumido que foi preterido.

Significa isto que a diferenciação entre os danos diretos e indiretos perde razão de ser. Não é ela que determina os limites do ressarcimento. Assim sendo, poderia fazer sentido estabelecer uma cláusula nos termos da qual os danos indiretos não seriam indemnizados. Contudo, o problema que resta é exatamente saber o que se deve entender por danos indiretos, já que o que predica a questão imputacional é a recondução (ou não) do dano ao núcleo de relevância contratual.

c) A causalidade fundamentadora da responsabilidade e a causalidade preenchedora da responsabilidade

A *no consequential damages clause* é denominada, como se sabe, por referência aos danos consequenciais. Ora, quanto a estes, algo mais haverá a acrescentar. No quadro da responsabilidade extracontratual distingue-se entre a chamada causalidade fundamentadora da responsabilidade e a causalidade preenchedora da responsabilidade⁽¹⁹⁾. A primeira liga o compor-

(19) Sobre o ponto, cf. TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf und Zivilrecht*, Elwert, Malburg, 1904, 219; ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, Teilband 1, 8 Aufl., 1995, 210 (cf. também p. 521, afirmando que o nexo de causalidade cumpre uma função positiva de imputação e uma função negativa de delimitação dos danos); LARENZ, *Lehrbuch*, I, 432; ENNECCERUS-LEHMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse*, 15 Aufl., Mohr, Tübingen, 1958, 60; ULRICH MAGNUS, “Causation in german tort law”, *Unification of Tort Law: causation*, J. SPIER (ed.), *Principles of European Tort Law*, Vol. 4, European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, London, Boston, 2000, 63; GERT BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht*, 545 s.; FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 9 Aufl., De Gruyter, Berlin, New York, 1997, 290-292 (Cf., também, FIKENTSCHER/HEINEMANN, *Schuldrecht*, 10 Aufl., De Gruyter, Berlin, 2006, 299 s.); ERWIN DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. völlig neugestaltete end erw. Aufl., Carl Heymanns Köln, Berlin, Bonn, München, 1996, 84 (considerando, ademais, que a causalidade fundamentadora da responsabilidade não necessita de ser adequada, não tendo de se verificar o requisito da adequação também ao nível das disposições de proteção de interesses alheios); HERMANN LANGE, GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts. Schadenersatz*, 3 Aufl., Mohr, Tübingen, 2003, 77 s.; HENNIG LÖWE, *Der Gedanke der Prävention im deutschen Schadenersatzrecht. Die Flucht in den Geldersatz immaterieller Schäden. Zugleich eine Besprechung der Caroleine — Urteil des Bundesgerichtshofs und des Draehmpaehl — Urteil des Europäischen Gerichtshofs*, Peter Lang, Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Rechtswissenschaft, Frankfurt, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 1999/2000, 106, 115 e 230 s.; HANS STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht. Eine Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage*, C.F. Müller, Heidelberg, 1993, 392 s.; CEES VAN DAM, *European Tort Law*, 270 s.; B. WINIGER/H. KOZIOL/B.A.KOCH/R. ZIMMERMANN (eds.), *Digest of European Tort Law*, Vol. 1, *Essential Cases on Natural Causation*, Springer, Wien, New York, 2007, 7 e 593 s.; KRAMER, “Schutzgesetze und adäquate Kausalität”, *Juristenzeitung*, 31, Heft 11/12, 1976, 338 s., onde, estabelecendo-se a mesma distinção, o autor fala de *Folgeschäden* como sinónimo de *haftungsausfüllende Kausalität*; GOTZLER, *Rechtmässiges Alternativverhalten im haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang*, Beck, München, 1977, 101 s.; FRITZ LINDENMAIER, „Adäquate Ursache und nächste Ursache. Zur Kausalität im allgemeinen bürgerlichen Recht und in den Allgemeinen Deutschen Seeversicherungsbedingungen“, *Festschrift für Wüstendörfer, Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, Hundertdreuzehnter Band (113), 1950, 207 s., em especial pág. 214 s. (distinguindo a dupla função da causalidade: *haftungsauslösender Kausalität* e *haftungsbegründende Kausalität*); ULRICH HUBER, *Normzwecktheorie und Adäquanztheorie. Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH v. 7.6.1968*“, *Juristenzeitung*, 21, 1969, 678; GREGOR CHRISTANDL, BHG, 12 febbraio 2008, VI ZR 221/06 (OLG Saarbrücken) — *Responsabilità medica: causalità e onere della prova nel diritto tedesco*“, *Persona e Danno*, <www.personaedanno.it/cms/data/articoli/010849.aspx>; HEIN KÖTZ, / GERHARD WAGNER, *Deliktsrecht*, 11. neu bearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2010, 59; STEPHAN PHILIPP FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter haftungsbegründender Kausalität*, Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, München, 2000, 25-26. No quadro da doutrina portuguesa, veja-se, igualmente, CARNEIRO DA FRADA, *Contrato* 337, *Teoria da confiança*, 304; e *Direito Civil/Responsabilidade civil. O método do caso*, Almedina, Coimbra, 2006, 100; BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado*, 429-430; CUNHA GONÇALVES,

tamento do agente à lesão do direito absoluto ou do interesse; a segunda liga a lesão do direito ou interesse aos danos subsequentes advindos. Tendo em conta este duplo nexos de imputação, pode falar-se de um primeiro dano, ou dano evento, para rememorarmos a lição italiana quanto ao ponto, e de danos subsequentes ou danos consequência/consequenciais. Se com a estipulação das partes se pretender excluir do ressarcimento todos os danos consequenciais, assim entendidos, isso significa que a cláusula tende a excluir toda a indemnização, já que é por referência aos danos subsequentes (e não ao primeiro dano) que a indemnização é calculada. Quanto muito, poder-se-ia aventar a possibilidade de se indemnizar o lesado pelo valor do bem perdido.

Nessa medida, a *no consequential damages clause* seria uma cláusula de exclusão da responsabilidade — cuja validade teria de ser aferida em concreto, atentos os critérios predispostos pela doutrina nacional.

Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português, Coimbra, 1929, XII, 441; RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Vol. I, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003, 507; PITTA e CUNHA, *Omissão e dever de agir em direito civil*, 50; GOMES DA SILVA, *O dever de prestar*, 65 s.; ANA PERESTRELO OLIVEIRA, *Causalidade e imputação* 67, n. 157 [não considerando a distinção, refere-se, contudo, expressamente a ela]; PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo*, Almedina, Coimbra, 2006, 143, n. 426 [em sentido crítico]; e, com grande desenvolvimento (bem como com uma extensa lista de referências bibliográficas), PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo*, 640 s.; 924 s., nota 1834. Considerando que a formulação rigorosa dela suscita problemas, a que não é imune a própria relevância da coisa (v. pp. 924-925), vem afirmar que há vantagens claras no seu estabelecimento: permite separar o direito da responsabilidade do direito da indemnização, ao mesmo tempo que pode ser relevante para delimitar os poderes do Tribunal na decisão sobre a existência de um dano e o seu quantitativo, permitindo-se um aligeiramento da prova para a causalidade preenchedora da responsabilidade. Para Paulo Mota Pinto, a quem devemos, aliás, importantes referências bibliográficas na matéria, a “distinção não é uma determinação da natureza das coisas, mas deve ser adotada e como distinção entre dois nexos de causalidade e não apenas como um problema de causalidade e um outro de avaliação e medida dos danos” (cf. p. 927). E deve sê-lo porque “a distinção é necessária nos casos em que a conduta do responsável não seja relevante sem mais mas apenas na medida em que preenche uma previsão legal que concede relevância a um resultado lesivo”. Ou seja, e acompanhando a fundamentação da dicotomia oferecida pelo autor, ela “compreende-se se considerarmos a necessidade delimitadora da responsabilidade segundo certas hipóteses: dada a ausência de uma responsabilidade por danos patrimoniais (isto é, dada a responsabilidade civil estar delimitada por hipóteses de responsabilidade que consideram relevantes determinadas ofensas e portanto a imediata relação entre um comportamento e certos prejuízos não ser, só por si, relevante para a sua imputação juridicamente relevante), a admissão do dever de indemnizar tem de exigir não só a relação entre o comportamento e um determinado evento lesivo integrador da responsabilidade, como a relação entre aquele e os danos a reparar”, assentando positivamente na diferença que separa a previsão do art. 563.^o — referente à causalidade preenchedora da responsabilidade — da pressuposição da causalidade fundamentadora da responsabilidade contida no art. 483.^o (cf. p. 928 s. e n. 2605). Cf., ainda, p. 640. Com amplo desenvolvimento, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexos de causalidade ao nexos de imputação e Lições de Responsabilidade civil*.

Simplemente, a dicotomia entre a fundamentação da responsabilidade e o seu preenchimento deve ser compreendida no âmbito da responsabilidade contratual. A cisão torna-se particularmente relevante, ao nível delitual, no quadro de um ordenamento jurídico como o nosso em que somos confrontados — como requisito inultrapassável para a procedência de uma pretensão indemnizatória — com a exigência de verificação de ilicitude assente no resultado (violação de um direito absoluto ou de um interesse legalmente protegido). Na ausência de uma proteção geral do património, o art. 483.º CC desenha como centro nevrálgico da responsabilidade a violação de direitos. Ademais, a ilicitude é — para salvaguarda da separação entre o ilícito e a culpa — desvelada por via do resultado⁽²⁰⁾. Isto faz com que, do ponto de vista dogmático, seja imperioso saber se a lesão do direito pode ou não ser reconduzida ao comportamento do pretense lesante. Em determinadas situações, será, aliás, esta a única via para se extrair uma conclusão acerca da própria ilicitude. É que, como bem se compreenderá, não é possível dizer que há ilicitude quando a morte, podendo estar relacionada com o comportamento do sujeito x, é o resultado das forças da natureza. Não obstante, a eleição destas forças como “autoras” da lesão não deriva, exclusivamente ou sequer, do apego a um pensamento naturalista, de tipo determinista ou não. Só os critérios forjados com base na intencionalidade predicativa da juridicidade são aptos a encontrar uma resposta que se pretende normativamente justa e materialmente adequada. Por outro lado, esta cisão revela-se ainda determinante à luz da finalidade reipersecutória da própria responsabilidade. Gert Brügemeier afirma que a dicotomia espelha a diferença que se estabelece entre a lesão do interesse e o dano. Para que haja responsabilidade, é necessário que haja uma lesão de um bem jurídico ou de um interesse protegido que seja imputável a um sujeito diverso daquele que o titula. Problematiza-se, assim, o fundamento da responsabilidade, devendo-se posteriormente saber que danos são indemnizáveis ou não, na medida em que devem ser causados através da lesão do interesse⁽²¹⁾. Se assim é, então, percebemos que a maior ou menor relevância da cisão (e a maior ou menor dificuldade de ela se operar) fica dependente da modalidade de ilicitude com base na qual se fundamenta a responsabilidade. Hermann Lange e Gottfried Schiemann chegam mesmo a afirmar que a distinção entre estas duas for-

⁽²⁰⁾ Dando conta disto mesmo, com amplo desenvolvimento entre nós, cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Volumes I e II, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 640 s.; 924 s., n. 1834

⁽²¹⁾ GERT BRÜGEMEIER, *Haftungsrecht*, 545 s.

mas de causalidade não se aplica se a lei se fixar nonexo de causalidade entre um comportamento específico — como, por exemplo, a condução em excesso de velocidade, relevante nos termos do § 823 II BGB — ou um determinado processo operativo — responsabilidade objectiva — e o prejuízo⁽²²⁾. A conclusão dos autores não pode ser acolhida sem mais. Na verdade, no quadro da segunda modalidade de ilicitude, porque não nos confrontamos apenas com um desvalor de conduta, mas também de resultado, a distinção continua a fazer sentido. Ela fica, contudo, dependente da estrutura da própria norma violada. Já no tocante ao abuso do direito, a importância da distinção parece esbater-se.

Compreende-se, portanto, que ao nível da responsabilidade contractual — na qual somos confrontados com um modelo diverso assente na *faute* (isto é, no âmbito da qual se prescindido do duplo juízo ilicitude e culpa, para se abraçar um juízo unitário que nos remete para a violação culposa do dever objetivo) — se questione se a distinção continua a ser relevante. Num primeiro momento, poderemos pensar que a sua operacionalidade ficará confinada às hipóteses de violação positiva do contrato, nas quais nos deparamos com a preterição de deveres de conduta que conduzem à lesão de interesses patrimoniais e pessoais do credor ou de terceiro, ou naquelas hipóteses em que o interesse contratual passa pela salvaguarda de um determinado bem jurídico. Não cremos, porém, que a solução seja consentânea com os dados sistemáticos com que temos de operar: é que, mesmo quando seja preterido um certo interesse patrimonial puro, porque o dano é aferido em concreto, teremos de pensar na concreta repercussão que a sua lesão tem na esfera do sujeito e, nessa medida, na recondução de ulteriores interesses ao núcleo do interesse violado.

Mas se assim é, porque a responsabilidade apenas avulta na presença de danos, a cláusula de *no consequential damages* significaria, então, uma cláusula de exclusão da responsabilidade.

d) O problema dos danos reflexos

Como última alternativa discursiva, aventamos a hipótese de, com a referência aos danos consequenciais, se pretender postergar o ressarcimento dos danos reflexos. Sendo esta, talvez, a interpretação mais corrente da estipulação de *no consequential damages*, nem por isso o grau de problematicidade se atenua. As dificuldades resultam, agora, do próprio con-

(22) HERMANN LANGE/ GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts, Schadensersatz*, 3. Aufl., Mohr, Tübingen, 2003, 327 s.

ceito de dano consequencial. Na verdade, no âmbito do ordenamento jurídico português e de todos aqueles que se estruturam com base na dualidade tornada célebre por Ihering entre a ilicitude e a culpa, os danos reflexos *a priori* não passam no filtro objetivo de seleção das pretensões indemnizatórias procedentes, no quadro da responsabilidade extracontratual, exatamente porque os danos reflexos seriam, nesse contexto, aqueles que seriam sofridos por um terceiro que não o titular do direito subjetivo absoluto. No fundo, estar-se-ia diante de uma hipótese de danos puramente patrimoniais, a determinar a sua não ressarcibilidade de princípio.

Já não seria assim no quadro da responsabilidade contratual, onde a imputação se alicerça na *faute*. Nesses casos, o que determina o ressarcimento dos danos é a possível recondução deles ao núcleo da contratualidade, ao ponto de se poder afirmar que, se forem reconduzíveis, então não se trata de danos reflexos. Assim sendo, podemos concluir que os danos reflexos não são, à partida, indemnizados no ordenamento jurídico português. A cláusula que previsse o seu não ressarcimento estaria, desta feita, privada de conteúdo útil.

e) O problema como um problema de interpretação das declarações negociais

Mobilizados a traços largos alguns conceitos básicos em matéria de responsabilidade civil, podemos extrair algumas conclusões. Em primeiro lugar, não sendo, numa determinada perspectiva e por referência a certas hipóteses ressarcitórias, indemnizados os danos consequenciais (vistos como danos reflexos), perde sentido a cláusula que os pretende excluir da compensação. Em segundo lugar, quando os danos consequenciais não tenham o significado de danos reflexos, do que se trata é de excluir todo o ressarcimento, já que é por referência aos danos subsequentes (e não ao primeiro dano) que a indemnização é calculada, falando-se a esse propósito do preenchimento da responsabilidade. Em terceiro lugar, naquelas hipóteses em que não existe um dano-evento e, portanto, em que a fundamentação e o preenchimento da responsabilidade tendem a confluir, ficamos sem critério de determinação do que é um dano consequencial. Naquela primeira hipótese com que nos confrontamos, a cláusula é desnecessária, não tendo conteúdo útil⁽²³⁾; na segunda hipótese, do que se trataria

(23) Ou porque o dano sofrido, porque reflexo, é um dano de um terceiro que não o credor, ou porque é um dano experimentado por um sujeito que não é titular de um direito absoluto violado. Esclareça-se que, nesta segunda alternativa, porque adentramos no domínio delitual, a cláusula só faria sentido naquelas situações de concurso de fundamentos de uma mesma pretensão indemnizatória. Ou

seria de uma verdadeira cláusula de exclusão da responsabilidade; na terceira hipótese, entraria em jogo uma cláusula de limitação da responsabilidade, sendo necessário determinar quais os danos que, de acordo com o sentido da impressão do destinatário, deveriam ficar de fora da indemnização.

Assim sendo, a primeira tarefa que o jurista há de enfrentar quando confrontado com uma cláusula de exclusão do ressarcimento dos danos consequenciais é determinar a sua amplitude. A tarefa será, portanto, eminentemente interpretativa. Nessa interpretação, para além de procurarmos determinar o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório dela extrairia, haveremos que remeter as declarações das partes e o negócio como um todo para o ordenamento jurídico com o qual ele dialoga (e no qual se insere)⁽²⁴⁾. Simplesmente, como percebemos, este não nos oferece uma noção clara do que são os danos consequenciais, donde a tarefa interpretativa, agigantando-se em importância e dificuldade, há de assumir uma feição casuística, oferecendo-nos o conteúdo perçetivo do conceito, em concreto.

f) O problema da validade

Do que ficou dito até aqui podemos, assim, concluir que, quando possa ter algum efeito útil, a cláusula de *no consequential damages* assume a feição de uma cláusula de exclusão ou limitação de responsabilidade. Importa, por isso, indagar da sua validade, matéria onde o nome de Pinto Monteiro se assume como incontornável na civilística portuguesa.

As cláusulas de limitação e exclusão da responsabilidade, operando ao nível da indemnização, são estipulações acessórias típicas, nos termos das quais os contraentes acordam em limitar ou excluir, consoante os casos, a responsabilidade do devedor pelo não cumprimento (entendido em sentido amplo) de uma obrigação assumida⁽²⁵⁾.

então estaria em causa um contrato que visava disciplinar a responsabilidade delitual que pudesse emergir numa concreta situação. Não é, porém, este o domínio por excelência onde, na prática negocial internacional, estas estipulações avultam. Quanto a esta subtileza, embora por referência a uma realidade negocial que, sendo próxima (como veremos), com esta não se confunde, cf. A. PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Almedina, 2003, Coimbra.

(24) Cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de carácter metodológico — algumas reflexões”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Volume II, *A parte geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, 367-392

(25) Sobre o ponto, cf. C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. por A. PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, 2005, Coimbra, 599; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Almedina, 2003, Coimbra, 100.

Compreendidas desta forma em termos amplos, o certo é que as mesmas podem assumir diversas modalidades, a saber: cláusulas de limitação e exclusão da responsabilidade por atos próprios, cláusulas de limitação e exclusão da responsabilidade por atos de auxiliares do devedor, cláusulas de limitação do montante da indemnização, cláusulas de limitação dos fundamentos da responsabilidade, cláusulas de equiparação de certas situações a casos de força maior, cláusulas de inversão do ónus da prova, cláusulas de redução dos prazos de prescrição e de caducidade, cláusulas de limitação da garantia patrimonial⁽²⁶⁾. Como bem se entenderá, os problemas patenteados por cada uma delas não serão os mesmos. No mais, importa reconhecer que algumas das cláusulas que foram enunciadas — v.g., as cláusulas de inversão do ónus da prova, cláusulas de redução dos prazos de prescrição e de caducidade, cláusulas de limitação da garantia patrimonial — apenas indiretamente (e em termos práticos, pelas dificuldades a que conduzem o lesado) terão como efeito a limitação da responsabilidade propriamente dita⁽²⁷⁾. As cláusulas de *no consequential damages*, numa dada interpretação delas, configurariam, assim, mais uma modalidade de cláusula de limitação da indemnização.

Apesar da recorrência destas cláusulas na prática negocial, nem sempre é pacífica a sua validade. O problema foi, como referido, amplamente tratado por Pinto Monteiro, que acabou por oferecer argumentos suficientemente seguros para sustentar, no plano do direito constituído, a legitimidade das estipulações em questão. Mais do que isso, o civilista parece ter operado uma inflexão na própria doutrina que, à época, se mostrava maioritariamente — mesmo quando crítica da solução legal — defensora da invalidade das referidas cláusulas, em face do art. 809.º CC e da génese do preceito.

Na verdade, se os autores anteriores ao Código de 1966 eram inequívocos na afirmação da validade de cláusulas desse jaez, quando circunscritas à culpa leve, e se essa parece ter sido a doutrina acolhida no anteprojeto

(26) ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 103-114. Sobre as cláusulas de limitação da garantia patrimonial, cf., porém, as nossas considerações em “Do sentido da Responsabilidade aos sentidos da responsabilidade: da role responsibility à liability; a responsabilidade contratual e a responsabilidade patrimonial”, *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano II, 2020, 15-55.

(27) Reconhecendo isso mesmo, cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 114. Sobre as cláusulas de limitação de garantia e, mais concretamente, sobre as cláusulas de subordinação, cf., novamente, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Do sentido da Responsabilidade aos sentidos da responsabilidade: da role responsibility à liability; a responsabilidade contratual e a responsabilidade patrimonial”, 15 s.

de Vaz Serra⁽²⁸⁾, a segunda revisão ministerial determinaria que art. 809.º CC passasse a ter a formulação que hoje lhe conhecemos: “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 art. 800.º”.

Ora, porque um dos direitos do credor em face do incumprimento ou mora do devedor é o direito à indemnização, os autores rapidamente interpretaram o preceito no sentido da inclusão no seu âmbito de relevância das cláusulas de limitação ou exclusão da responsabilidade e, concomitantemente, afirmaram a sua nulidade. Antunes Varela, por exemplo, passou a sustentar que o texto do art. 809.º CC é inequívoco, não deixando margem para outra interpretação que não a nulidade das estipulações em causa, até porque entender de outra forma configuraria uma forma de excluir a própria ilicitude do incumprimento⁽²⁹⁾. Outros, mesmo podendo não concordar com a solução que era ditada pelo diploma mãe em matéria de direito civil, aderiram ao entendimento⁽³⁰⁾. Curiosamente, no tocante às cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade por atos de auxiliares, em face do art. 800.º/2 CC e do elemento histórico da interpretação, tida como um problema hermenêutico, os autores mostravam-se favoráveis à validade das estipulações em causa.

Torna-se, por isso, inestimável o contributo de Pinto Monteiro na matéria. Para o autor, o art. 809.º CC não abrangeria, desde logo, no seu âmbito de relevância as cláusulas de limitação da responsabilidade. Não só estas não envolvem uma renúncia do devedor ao direito à indemnização, mas tão-só uma sua limitação, como o art. 810.º CC admite a estipulação de uma cláusula penal que, na sua modalidade de fixação antecipada do montante indemnizatório, pode funcionar, na prática, como uma limitação à indemnização⁽³¹⁾. No tocante às cláusulas de exclusão da responsabilidade, o autor

⁽²⁸⁾ Cf. ADRIANO VAZ SERRA, “Cláusulas modificadoras da responsabilidade. Obrigação de garantia contra responsabilidade por danos a terceiros”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 79, 1958, 105 s. Na proposta do autor, podia ler-se “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. 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”. O autor estendia a solução à responsabilidade extracontratual, domínio que, aliás, motiva o nosso excursus. Sobre o ponto, teceremos a seu tempo as devidas considerações.

⁽²⁹⁾ J. ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Vol. II, 6.ª ed., Almedina, 2000, Coimbra, 136 s. e 197.

⁽³⁰⁾ Cf. PESSOA JORGE, “Limitação convencional da responsabilidade”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 281, 1979, 11 s.

⁽³¹⁾ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 171 s.

opera uma redução teleológica do citado art. 809.º CC. Se a preocupação do legislador foi a de “evitar que fosse desfigurado o sentido jurídico da obrigação, transformando-a, em certos casos, numa simples obrigação natural, como se o credor perdesse o direito de exigir o cumprimento da obrigação ou a indemnização pelo prejuízo”⁽³²⁾, então, a teleologia da norma só vale para afastar a validade das cláusulas de exclusão por dolo ou culpa grave, pois “só nesses casos ela implicaria, de certa forma, deixar-se à mercê das partes uma regra cujo valor moral e social imporá que lhes seja subtraída”⁽³³⁾. De acordo com a explicitação do autor, “a cláusula de exclusão não concede ao devedor (...) a faculdade de não cumprir, destinando-se apenas a afastar a sua responsabilidade. O credor mantém, por isso — e apesar da referida cláusula — (...) o direito de exigir o cumprimento do contrato”⁽³⁴⁾, bem como todos os outros direitos que a vinculação negocial lhe confere. No entanto, isto só será assim quando a cláusula se contenha nos estritos limites da culpa leve, pois, no tocante ao dolo e à culpa grave, poder-se-ia, de facto, aventar a possibilidade de a cláusula afetar a natureza jurídica da obrigação⁽³⁵⁾. É que, nos casos de dolo, “afirmar-se (...) que o credor mantém o direito de exigir o cumprimento da obrigação traduzir-se-ia em ameaçar o devedor com um direito vazio, porque ineficaz ou quase, do ponto de vista prático-sancionatório”⁽³⁶⁾. Esta solução é reforçada por um outro argumento, de índole sistemática. Na verdade, o DL nº446/85 vem considerar como cláusulas absolutamente proibidas, e portanto nulas, nos termos do art. 12.º, as cláusulas que excluam ou limitem, de modo direto ou indireto, a responsabilidade por não cumprimento definitivo, mora ou cumprimento defeituoso, em caso de dolo ou culpa grave, quer por ato próprio, quer por ato de representante ou auxiliar⁽³⁷⁾. Ora, se num domínio onde existem fortes restrições à autonomia privada tais cláusulas são admitidas, por maioria de razão, elas devem ser permitidas no quadro de contratos negociados⁽³⁸⁾.

(32) Cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 182 e PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, II, art. 809.º, 4.º ed., Coimbra Editora, 1986, Coimbra, 73. Esta ideia era suficiente para que Pires de Lima e Antunes Varela defendessem a invalidade das cláusulas em apreço, mesmo quando confinadas à culpa leve. É essa também a orientação seguida por MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, II, Almedina, 2002, Coimbra, 321. Também ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e de limitação da responsabilidade contratual*, Almedina, 2005, Coimbra, 750, defende a nulidade das estipulações.

(33) ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 185.

(34) ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 187.

(35) ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 214.

(36) ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 214.

(37) Cf. art. 18.º/ c) e d).

(38) ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*,

A posição do civilista que temos vindo a acompanhar de muito perto não é, contra o que se poderia pensar, ímpar. Mas, não só ela foi amplamente acolhida pela jurisprudência, como acaba por ser partilhada por outros autores. Assim, Galvão Telles, considerando que a exclusão da responsabilidade por culpa leve não corresponde a uma renúncia total do direito do credor⁽³⁹⁾, Almeida Costa, distinguindo entre a renúncia ao direito e o condicionamento a um determinado grau de culpa⁽⁴⁰⁾, Nuno Pinto de Oliveira⁽⁴¹⁾, entre outros.

Haverá, contudo, de considerar regimes especiais, sustentando-se a invalidade das referidas cláusulas quando razões de ordem pública ou de proteção do consumidor o determinem.

Também no tocante às cláusulas de exclusão da responsabilidade por atos de auxiliares, Pinto Monteiro, contra o teor literal do art. 800.º/2 CC, vem sustentar que elas só são válidas nas mesmas condições que as cláusulas de exclusão da responsabilidade por ato próprio. Já não será assim no que respeita às cláusulas de exclusão da responsabilidade por atos de auxiliares independentes, relativamente às quais se poderia admitir a validade mesmo nos casos de dolo⁽⁴²⁾. Trata-se de uma posição não unânime, que convive paredes-meias com o entendimento de autores que defendem a validade das cláusulas, independentemente de se tratar de um ato de um auxiliar dependente ou independente e independentemente do grau de culpa⁽⁴³⁾, e com o entendimento que defende a sua invalidade⁽⁴⁴⁾, mas que, não obstante, nos parece de aplaudir. Na verdade, a moderna estrutura produtiva leva-nos a perceber que muitas das obrigações contraídas por um sujeito são cumpridas por recurso a terceiros (auxiliares) que se integram nessa mesma estrutura produtiva. Ora, admitir a validade das referidas cláusulas, mesmo em caso de dolo ou culpa grave, equivaleria a encontrar um expediente para contornar a restrição imposta pelo art. 809.º CC, razão pela qual se deve considerar que a mencionada validade fica limitada aos

386-g. No mesmo sentido, cf. M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, Almedina, 2001, Coimbra, 725; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/1, Almedina, 1999, Coimbra, 582; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das obrigações*, 7.ª ed., Coimbra Editora, 1997, Coimbra, 432.

(39) INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das obrigações*, 431 s.

(40) M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 734 s.

(41) NUNO PINTO DE OLIVEIRA, *Cláusulas acessórias ao contrato — cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indemnizar e cláusulas penais*, 3.ª ed., Almedina, 2008, Coimbra, 36 s.

(42) ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 258 s.

(43) J. ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Vol. II, 138.

(44) ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e de limitação da responsabilidade contratual*, 757 s.

casos de culpa leve, exceto nas hipóteses em que a atuação seja de um auxiliar independente.

As mesmas soluções devem ser defendidas por referência às cláusulas de limitação da responsabilidade.

Assim, as cláusulas de *no consequential damages*, quando possam ter algum efeito útil — o que passará pela compreensão do que podem ser os danos consequenciais —, devem obedecer aos requisitos de validade em geral traçados para qualquer cláusula de limitação da responsabilidade.

3. As cláusulas *sole remedy*

Além das cláusulas de *no consequential damages*, a prática negocial internacional oferece-nos outras estipulações negociais, sobre as quais importa refletir⁽⁴⁵⁾.

A doutrina tem definido as *sole remedy clauses*, também designadas por *exclusive remedy* ou *single remedy*, como as estipulações negociais nos termos das quais as partes num contrato determinam quais os meios de reação (*remedies/remédios*) que o credor terá ao seu dispor em caso não cumprimento, cumprimento defeituoso ou mora. De uma forma mais ampla, tem-se considerado que as *sole remedy clauses* podem estender o seu impacto a outras perturbações do contrato como “a perda de interesse, a perda de confiança, a alteração das circunstâncias e também a invalidade do negócio por vícios da vontade (v.g. erro ou dolo)”⁽⁴⁶⁾.

Em termos de modalidades, a doutrina tem procurado arrumá-las segundo a classificação de amplas (absolutas) ou restritas (de alcance limitado). No que diz respeito às cláusulas *sole remedy* absolutas ou amplas, estaria em causa a previsão de um único meio de reação para qualquer perturbação do contrato; no que às segundas concerne, a previsão do meio de reação ou remédio ficaria circunscrita para determinadas perturbações⁽⁴⁷⁾. Por outro lado, a prática mostra que a restrição dos meios de reação pode

(45) Cf. ROY RYDEN ANDERSON, “Contractual limitations on remedies”, *Nebraska Law Review*, 6773, 1988, 549 s.

(46) Entre nós, JOSÉ LUÍS DIAS GONÇALVES, “A validade das cláusulas de *sole remedy* nos contratos de distribuição comercial”, *Revista de Direito da Responsabilidade*, I, 2019, 1232 e CATARINA MONTEIRO PIRES, *Aquisição de Empresas e de Participações acionistas*, Almedina, Coimbra, 2019, 81.

(47) JOSÉ LUÍS DIAS GONÇALVES, “A validade das cláusulas de *sole remedy* nos contratos de distribuição comercial”, 1233; CATARINA MONTEIRO PIRES, *Aquisição de Empresas e de Participações acionistas*, 81.

operar por via positiva ou negativa, ou seja, as cláusulas em questão podem prever expressamente um ou mais mecanismos de reação ou podem excluir um ou mais específicos remédios.

Significa isto que, dependendo da sua conformação concreta, as cláusulas a que agora nos referimos podem assumir figurinos muito diversos, aproximando-se das cláusulas de limitação ou exclusão da responsabilidade, da cláusula penal ou assumindo uma modelação específica.

A compreensão do impacto que as mesmas podem ter na economia contratual fica dependente, como se perceberá, do concreto desenho que assumam. De facto, consoante a cláusula eleja um remédio como exclusivo para o incumprimento do negócio ou circunscreva um leque de remédios a afastar; consoante preveja a solução para o incumprimento ou para outras patologias associadas ao contrato, assim será diferente a intencionalidade da estipulação e, conseqüentemente, o juízo acerca da sua validade.

Em qualquer dos casos, a cláusula *sole remedy* surgirá a afastar um ou mais remédios que o credor tem à sua disposição em face de uma situação de não cumprimento (em sentido lato) ou em face de outra perturbação no contrato. O que se haverá, portanto, de indagar é em que medida estamos, por referência a cada um desses direitos, perante faculdades disponíveis.

Para tanto, há que ter em conta o art. 809.º CC, nos termos do qual “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 art. 800.º”. Tendo isto em mente e considerando os possíveis remédios/direitos do credor e caso de não cumprimento — direito a exigir o cumprimento, direito de resolver o contrato, direito a uma indemnização pelos danos sofridos, *commodum* de representação e sanção pecuniária compulsória —, José Luís Dias Gonçalves conclui que “no que respeita ao direito a exigir o cumprimento (judicial ou extrajudicialmente) — esclarecendo-se que tal direito apenas existe nos casos em que o incumprimento do devedor não tenha, obviamente, redundado na perda de interesse da contraparte na manutenção do vínculo —, não parece admissível, a luz do direito nacional, o afastamento convencional de tal direito. Com efeito, no direito a — perante um qualquer incumprimento do devedor — exigir o cumprimento do contrato reside a própria natureza da obrigação, sendo este um dos *remédios* que qualificaríamos como *primários* do credor”⁽⁴⁸⁾.

(48) JOSÉ LUIS DIAS GONÇALVES, “A validade das cláusulas de *sole remedy* nos contratos de distribuição comercial”, 1252.

Não cremos, contudo, que a conclusão se possa aceitar sem mais. Para explicitarmos o nosso ponto de vista, haveremos de ter presente o carácter caleidoscópico das cláusulas que estamos a considerar. De facto, não é o mesmo lidarmos com uma cláusula que exclui todos os mecanismos de reacção do credor, entre os quais o direito a exigir o cumprimento, limitando-os, v.g., ao direito à resolução, ou com uma cláusula que aponta como remédio único o direito a uma indemnização. É que, neste último caso, se ela for fixada previamente estamos muito próximos de uma cláusula penal ou de uma multa penitencial.

Ora, quanto a esta dispõe o art. 810.º/1 CC que “as partes podem, porém, fixar por acordo o montante da indemnização exigível: é o que se chama cláusula penal”. E Pinto Monteiro ensina — em superação da teoria tradicional acerca da figura — que devemos reconhecer não uma, mas várias modalidades de cláusula penal. A saber: a cláusula de fixação antecipada da indemnização, a cláusula penal em sentido estrito e a cláusula penal estritamente compulsória⁽⁴⁹⁾. As três distinguem-se não só pela finalidade que cumprem, como também em termos de operacionalidade dogmática.

Estando em causa uma cláusula penal de fixação antecipada da indemnização, a pena substitui a indemnização, por ser a própria indemnização, fixada de forma antecipada e invariável pelos contraentes. Ela está, portanto, ao serviço quer do interesse do credor — que garante o direito a uma compensação, sem ter de fazer prova dos danos —, quer do interesse do devedor, que se desonera com o pagamento da pena, ainda que os danos verificados em concreto superem o montante daquela. E, nessa medida, o credor — verificado o evento que determina a possibilidade de exercer o direito à pena — não pode optar por exigir a indemnização em vez daquela⁽⁵⁰⁾. Repare-se, ademais, que, por estarmos diante de uma pena que substitui a própria indemnização, ela só é devida se houver culpa. Do mesmo modo, ainda que prescindida da prova dos danos, caso estes não se verifiquem em absoluto — porque eles são um pressuposto da responsabilidade contratual — não poderá exigir-se a pena⁽⁵¹⁾.

Já não será assim nas hipóteses de cláusula penal em sentido estrito e de cláusula penal puramente compulsória. Neste último caso, a pena

⁽⁴⁹⁾ A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, Almedina, Coimbra, 1999.

⁽⁵⁰⁾ Nos termos do art. 811.º/2, pode ser estipulada pelas partes uma convenção pelo dano excedente. Ou seja, as partes podem prever que, caso os danos sejam superiores à pena, o devedor terá de pagar ao credor uma indemnização pelo excedente. Nesse caso, contudo, o valor da pena somado ao valor convencionado para o dano excedente não pode superar o valor do prejuízo verificado. O montante do dano funcionará aqui como limite.

⁽⁵¹⁾ Cf., por todos, A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, 632.

acresce à indemnização ou à execução específica, funcionando como um *plus* que visa compelir o devedor ao cumprimento; na primeira hipótese, a pena substitui também a indemnização, não por ser a própria indemnização, mas por satisfazer por outra via o interesse do credor, que pode, assim, optar ou por exigir a pena, ou por exigir a indemnização⁽⁵²⁾.

Sendo todas estas cláusulas consideradas válidas à luz da autonomia da vontade que se reconhece, nem todas encontram assento no Código Civil. Tal como explicitado por Pinto Monteiro⁽⁵³⁾, os arts. 810.º e seguintes CC apenas preveem a cláusula de fixação antecipada da indemnização, embora o art. 812.º CC possa ser aplicado às demais modalidades, interpretando-se o preceito no sentido de conter um princípio geral de redução equitativa da pena.

Ao prever expressamente a possibilidade de estipulação de uma cláusula de fixação antecipada da indemnização, o legislador prevê também a possibilidade de limitação da indemnização — por ser esse um possível efeito prático da fixação da pena⁽⁵⁴⁾ —, bem como a possibilidade de o credor prescindir do cumprimento coercivo da prestação principal. Em bom rigor, como a pena representa a própria indemnização e esta só tem lugar em face de uma situação de incumprimento, o credor não poderá exigir simultaneamente a pena e o cumprimento coercivo, exceto se a cláusula penal for moratória⁽⁵⁵⁾. Haveremos, contudo, de ser cautelosos nesta exclusão — é que, como adverte Pinto Monteiro, será necessário ter em conta os interesses envolvidos, só havendo cúmulo, que se afasta pelo funcionamento da cláusula, quando haja identidade de interesses. Pense-se, por exemplo, na hipótese, também considerada pelo autor, em que a pena é acordada para compensar o custo que representa para o credor ter de recorrer à execução específica, caso em que terá direito à pena, mesmo que recorra ao cumprimento coercivo⁽⁵⁶⁾. Por outro lado, importa notar que o direito à pena só surge diante do não cumprimento e que este pressupõe a

⁽⁵²⁾ A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, 697 s.

⁽⁵³⁾ A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, 698.

⁽⁵⁴⁾ PINTO MONTEIRO, aliás, encontra aqui um importante argumento para sustentar a validade — dentro de alguns limites — das cláusulas de limitação e exclusão da indemnização. Cf., *supra*, o que se disse a esse respeito.

⁽⁵⁵⁾ A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, 631

⁽⁵⁶⁾ A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, 695. No exemplo do autor, A trespassa um estabelecimento comercial a B, prevendo-se uma cláusula nos termos da qual B não pode abrir nenhum estabelecimento comercial concorrente e se o fizer tem de pagar x por cada mês em que estiver aberto. Neste caso, quando ocorrer o incumprimento, A pode exigir a pena e o encerramento do estabelecimento, uma vez que a pena se reporta aos danos já produzidos e o encerramento pretende evitar novos danos.

conversão da mora em incumprimento definitivo, o que implica que o credor haja perdido o interesse na prestação, donde a opção pelo cumprimento coercivo é uma (falsa) questão, que só se poderá colocar quando essa identidade de interesses de que fala Pinto Monteiro exista⁽⁵⁷⁾. Significa isto, em rigor, que não estamos — pela estipulação de uma pena — a prescindir do direito ao cumprimento coercivo da obrigação, mas que é o funcionamento da cláusula penal que, em determinadas circunstâncias, implica o afastamento daquele. Nisso se distingue, aliás, a cláusula penal da multa penitencial⁽⁵⁸⁾. Nesta, as partes estipulam a faculdade de se desvincularem do contrato, mediante o pagamento de uma determinada quantia em dinheiro.

Parece, pois, que o ordenamento jurídico admite, por um lado, que se convencie a possibilidade de retratação ou livre arrependimento, mediante o pagamento de uma quantia pecuniária, e, por outro lado, que a previsão de uma pena convencional pode, na prática, redundar — sem que isso implique a renúncia antecipada ao direito — na não possibilidade de recorrer aos meios coercivos para obter o cumprimento. Assim sendo, não parece haver um obstáculo de princípio à admissibilidade de uma cláusula *sole remedy* que afaste o direito ao cumprimento coercivo. Dependendo da interpretação que se faça da cláusula, podemos, na verdade, chegar à conclusão que estamos diante de uma multa penitencial ou, ao invés, diante de uma cláusula penal que, só podendo ser acionada em caso de não cumprimento, conduz necessariamente ao afastamento de recurso aos meios coercivos.

Nenhum obstáculo de princípio parece, então, haver à validade de tais cláusulas. Aliás, o próprio ordenamento jurídico admite a exclusão do recurso à execução específica, em caso de constituição de sinal, nas hipóteses de contrato promessa. Ademais, a intencionalidade do art. 809.º CC é clara: “evitar que fosse desfigurado o sentido jurídico da obrigação, transformando-a, em certos casos, numa simples obrigação natural, como se o credor perdesse o direito de exigir o cumprimento da obrigação ou a indemnização pelo prejuízo”⁽⁵⁹⁾. Ora, essa desfiguração não existe quando se afasta o direito ao cumprimento coercivo, estabelecendo para tanto uma obrigação de indemnização.

(57) A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, 698.

(58) A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, 185; Vaz SERRA, “Pena convencional”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 67, 38 s.; CALVÃO DA SILVA, *Sinal e contrato promessa (Do Decreto-lei n.º 236/80 ao Decreto-Lei n.º 379/86)*, Almedina, Coimbra, 1987, 20 s.

(59) Cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 182 e PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, II, art. 809.º, 73.

O mesmo não se pode dizer da exclusão de outros direitos do credor. No que ao direito à indemnização diz respeito, haveremos de ter em conta os mesmos critérios que se aplicam às cláusulas de limitação ou exclusão da responsabilidade em geral, referidos *supra*; no que ao direito à resolução concerne, temos de considerar estar diante de um verdadeiro direito do credor, ao qual não se pode renunciar nos termos do art. 809.º CC⁽⁶⁰⁾. Acresce que, tratando-se de um contrato celebrado com recurso a cláusulas contratuais gerais, o art. 18.º/f) DL n.º446/85, de 25 de outubro, veda expressamente a possibilidade de se estipular uma cláusula que exclua a exceção de não cumprimento do contrato ou a resolução por incumprimento. Trata-se, na verdade, de uma cláusula absolutamente proibida, tanto nas relações entre empresários ou entidades equiparadas, como nas relações com consumidores, e, como tal, nula, de acordo com o art. 12.º do mesmo diploma.

Não cremos, porém, que a solução possa ser transposta sem mais para as hipóteses de resolução por alteração anormal das circunstâncias. Quanto a esta alternativa, José Luís Dias Gonçalves considera que “também não poderão os contraentes afastar, através de uma cláusula de *sole remedy*, a possibilidade de, (...) perante uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar, (...) resolver o contrato”⁽⁶¹⁾. Na verdade, não só a doutrina tem vindo a considerar admissíveis as chamadas cláusulas de *hardship*⁽⁶²⁾, como, em rigor, não se trata aqui de prescindir ou não de um direito do credor, com o inerente perigo de transformação de uma obrigação civil numa obrigação natural, mas de, prevenindo a possibilidade de alteração da base do negócio no futuro, as partes se precaverem, estabelecendo regras para essa situação. Tais regras podem passar, aos nossos olhos, pela estipulação de uma compensação que não envolva a resolução do contrato. Fundamental, em todo este processo aferidor da validade da cláusula, será a interpretação que dela se faça: haveremos, na verdade, de determinar se a alteração ocorrida foi ou não tida em conta pelas partes no momento em que formularam a sua vontade futura. Dito de outro modo, haveremos de perscrutar qual o âmbito da alteração que foi pressuposta e solucionada pelas partes, para se

⁽⁶⁰⁾ No mesmo sentido, JOSÉ LUÍS DIAS GONÇALVES, “A validade das cláusulas de *sole remedy* nos contratos de distribuição comercial”, 1253.

⁽⁶¹⁾ JOSÉ LUÍS DIAS GONÇALVES, “A validade das cláusulas de *sole remedy* nos contratos de distribuição comercial”, 1253

⁽⁶²⁾ Sobre elas, cf. A. PINTO MONTEIRO/JÚLIO GOMES, “A hardship clause e o problema da alteração das circunstâncias (breve apontamento)”, *Juris et de Jure: nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Porto, 1998.

concluir, a partir daí, se a alteração verificada se integra no problema resolvido pela autonomia da vontade ou se lhe deve ser dispensada uma solução de acordo com as regras gerais do art. 473.º CC. O busílis da questão, no que respeita às *sole remedy clauses*, está, então, em saber qual a sua amplitude: que remédio estipulam para a alteração superveniente das circunstâncias, em alternativa à resolução do contrato? Preveem-no para toda e qualquer alteração superveniente ou apenas para um tipo de alterações que tenha sido pressuposta? Dependendo da amplitude, a autonomia da vontade pode chocar com o princípio da boa-fé, hipótese em que as exigências de sentido por ela comunicadas não podem deixar de ser tidas em conta.

Dada a abrangência das *sole remedy*, elas podem, ainda, excluir a possibilidade de recurso à sanção pecuniária compulsória. Quanto a ela, José Luís Dias Gonçalves aduz que “a mesma não se encontra abrangida pela proibição contida no art. 809.º, sendo, por conseguinte, possível aos contraentes, designadamente num contrato de distribuição, excluir a sua aplicabilidade através de cláusula de *sole remedy* que estabeleça, por exemplo, que, em caso de mora, a parte não faltosa apenas tem direito a uma indemnização até determinado montante. Com efeito, e desde logo literalmente, a sanção pecuniária compulsória não está legalmente prevista em nenhuma disposição constante das divisões precedentes àquela em que está inscrito o mencionado art. 809.º”⁽⁶³⁾. O autor considera que não estamos aqui diante de um remédio primário, razão pela qual seria disponível.

Não cremos que o argumento sistemático seja inultrapassável. Ainda que seja certo que a norma que prevê a possibilidade de condenação numa sanção pecuniária compulsória não está integrada nas divisões a que o art. 809.º CC se refere, é sempre possível operar extensões teleológicas dos preceitos, para garantir a assimilação da intencionalidade problemática do caso pela intencionalidade problemática da norma. Mais seguro parece ser, portanto, a consideração da teleologia do artigo, por nós referida diversas vezes. Ora, estando-se diante de um mecanismo que visa compelir o devedor ao cumprimento, cuja natureza difere das penas privadas, por ser diferente o destino a dar ao montante a que o devedor fica obrigado, por não ser a sanção pecuniária compulsória prevista pelas partes e por não poder ser reduzido o seu montante nos termos do art. 812.º CC, o seu afastamento não condena a obrigação à desqualificação de civil para natural. Em rigor, aliás, a sanção pecuniária compulsória vê limitada

(63) JOSÉ LUÍS DIAS GONÇALVES, “A validade das cláusulas de *sole remedy* nos contratos de distribuição comercial”, 1254.

a sua eficácia às obrigações de prestação de facto infungível, quando não sejam requeridas especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado.

Parece, portanto, que, por outra via, chegamos ao mesmo resultado que José Luís Dias Gonçalves. Mas, estando em causa um contrato celebrado com recurso a cláusulas contratuais gerais, há que ter em conta o disposto no art. 21.º/h) DL n.º 446/85, de 25 de outubro, nos termos do qual são absolutamente proibidas as cláusulas que excluam ou limitem de antemão a possibilidade de requerer tutela judicial para situações litigiosas que surjam entre os contraentes. De facto, a sanção pecuniária compulsória, afastando-se de uma pena prevista pelas partes, vem a traduzir-se num mecanismo coercitivo que o ordenamento disponibiliza, por via da atuação jurisdicional, para tornar efetivo o cumprimento de uma obrigação. Trata-se, pois, de uma forma de tutela judicial compulsória, havendo de ponderar se, por via da exclusão, não se poderá excluir também a efetividade da garantia que subjaz à relação creditícia. Importa notar, contudo, que a proibição apenas se aplica às relações com consumidores finais.

Podendo a *sole remedy clause* fazer incidir a sua eficácia numa situação patológica atinente à própria validade do negócio jurídico, importa indagar — neste breve excurso acerca da possibilidade de aposição válida de uma estipulação deste jaez num contrato — se é ou não possível afastar o direito a arguir a nulidade ou anulabilidade do negócio por meio dela. Em qualquer dos casos, estamos diante de direitos potestativos. Mas, embora a sua natureza seja a mesma, e os seus efeitos confluem, haveremos de atender às diferenças de regime que entre ambas as formas de invalidade se denotam. Assim, no tocante à nulidade, uma estipulação negocial que procurasse afastar a sua invocação teria um reduzido efeito prático, já que aquela é de conhecimento officioso e pode ser arguida por qualquer interessado, nos termos do art. 286.º CC. Por outro lado, estando em causa em muitas das situações geradoras dessa mesma nulidade interesses públicos — o que, segundo alguns autores pode justificar as diferenças de regime — sempre se poderia argumentar que o afastamento da sanção (ou da possibilidade de ela ser invocada) não poderia dar-se por válida.

Já não seria assim no tocante à anulabilidade, tanto mais que os atos anuláveis são passíveis de confirmação. No entanto, tem-se entendido que não é possível prescindir do direito potestativo antes do seu surgimento. Por outro lado, dependendo do vício que fundasse a invalidade, poderíamos correr o risco de propor uma solução contrária ao sentido do próprio direito. Acresce que as perturbações na formulação e na formação da vontade implicam que o negócio não corresponde efetivamente ao exercício da liberdade do contraente que incorreu no vício ou a quem faltou a von-

tade, donde não fará sentido que ele — desconhecedor da realidade em que assenta a vontade de contratar, coagido ou receoso de um mal — seja levado, validamente, a prescindir do poder de, por um ato de livre vontade, por fim ao negócio celebrado.

Nesse sentido, Christian Iannaccone e Giorgia Grande⁽⁶⁴⁾ sustentam, no quadro do ordenamento jurídico italiano, que uma *sole remedy clause* não pode deixar de considerar a aplicação das normas relativas à invalidade dos negócios. Segundo as suas palavras, “the provisions regulating the validity of an agreement are set forth in the general interest (*i.e.* the provisions regulating the nullity) or in the non-disposable interest of one of the parties (as it is for those provisions regulating the void ability (“annullabilità”) or rescission (“rescissione”) of the agreement as well). The first kind of provisions (*i.e.* the ones on the nullity) cannot be derogated by definition; the second kind of provisions (*i.e.* the other ones on the void ability (“annullabilità”) or rescission (“rescissione”) gives a protection which cannot be derogated a priori, but only a posteriori, when the protected party becomes aware of the defects affecting the agreement in which such party entered into”.

Na análise que os autores citados encetam, torna-se claro que a operacionalidade da cláusula *sole remedy* fica dependente da suscetibilidade de serem ou não afastados os mecanismos de reação ao dispor do credor. A exclusão de algumas dessas formas de reação não poderá contender com as normas imperativas do ordenamento em que o contrato é firmado, o que, em última instância, poderá determinar uma redução da referida estipulação. Em muitos casos, elas redundarão em cláusulas de limitação da indemnização, sendo-lhes aplicáveis os mesmos critérios. Noutras situações, poderemos estar diante de multas penitenciais ou, consoante o desenho concreto que assumam, de cláusulas penais.

4. As cláusulas *basket amount*

Relevantes neste contexto são também as *basket amount clauses*. Estas são estipulações negociais, por meio das quais as partes num contrato estabelecem um limite à obrigação de indemnizar. Contudo, contrariamente ao que é habitual, não definem um *plafond* máximo acima do

(64) CHRISTIAN IANACCONI/GIORGIA GRANDE, “The sole remedy clause and its compatibility with the Italian law”, IPSOA, Wolters Kluwer, (7 de setembro) 2019, 1 s.

qual o devedor não terá de compensar o credor, mas determinam que o obrigado a indemnizar não terá de o fazer até que os danos excedam um certo montante acordado. De acordo com a prática negocial, sobretudo internacional, uma vez perfeito o montante dos danos estabelecido como limiar de acesso ao ressarcimento, o devedor pode ser responsável pelo pagamento de uma indemnização equivalente à totalidade dos danos⁽⁶⁵⁾ ou, ao invés, pelo pagamento do valor equivalente aos danos que superem o montante acordado. No primeiro caso, as cláusulas são conhecidas por *tiping basket*; no segundo caso por *excess liability basket*⁽⁶⁶⁾.

Em causa estão, em rigor, cláusulas de exclusão ou de limitação da indemnização, pelo que a sua validade ficará, uma vez mais, dependente dos critérios que foram sendo sedimentados para resolver o problema da validade daquelas em geral.

A previsão de um montante abaixo do qual não haverá direito à indemnização pode redundar, na prática, ou na exclusão da indemnização ou na sua limitação. Não se trata, porém, de uma renúncia ao direito, que tornaria a estipulação inválida nos termos do art. 809.º CC, mas de um seu condicionamento. Na verdade, ficando o dano sempre dependente do impacto que o comportamento do lesante tem na esfera do lesado e sendo, por isso, muito variável na sua configuração concreta, a estipulação em causa não constitui um desincentivo ao cumprimento por parte do devedor. Não se desconfigura, assim, a natureza coerciva da obrigação, que aliás continua a poder ser exigida pelo credor. Parece, porém, dever excluir-se a validade de tais cláusulas quando esteja em causa um comportamento doloso ou gravemente culposo. Tratando-se de um contrato celebrado com recurso a cláusulas contratuais gerais, a solução decorre do art. 18.º c) DL n.º 446/85, de 25 de outubro, estendendo-se, nos termos da alínea d) do mesmo preceito, às hipóteses de responsabilidade por atos de representantes ou auxiliares. Já no caso de contratos negociados, o regime é diverso: devendo defender-se, ainda, a nulidade da estipulação em caso de dolo ou culpa grave, a invalidade desaparece tratando-se de responsabilidade por atos de auxiliares.

(65) Por exemplo, “Notwithstanding anything in subsections 5.3 and 5.4 to the contrary, Purchaser shall not be entitled to any indemnification under such subsections if the aggregate amount of all claims thereunder is less than \$10,000 (the “Exception Amount”), but if the aggregate amount of all claims equals or exceeds the Exception Amount, then Purchaser shall be entitled to full indemnification of all claims and there shall be no Exception Amount” (<<https://www.lawinsider.com/clause/basket-amount>>).

(66) Cf. “Basket”, *Thomson Reuters Practical Law*, <[https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-382-3264?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-382-3264?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1)>.

Repare-se que esta solução é consentânea com o ordenamento jurídico globalmente considerado. O próprio legislador prevê a possibilidade de a indemnização dos danos ficar dependente da verificação de um montante mínimo. De acordo com o art. 9.º DL n.º 383/89, de 6 de novembro, no quadro da responsabilidade do produtor, os danos causados em coisas diversas do produto defeituoso e destinadas ao uso ou consumo privado, quando o lesado lhes tenha dado principalmente esse destino, só são indemnizáveis na medida em que excedam o valor de 500 euros.

5. Breve conclusão

A transposição de estipulações acessórias típicas da prática negocial anglo-saxónica para o nosso ordenamento jurídico suscita dificuldades óbvias, no que respeita à determinação do seu conteúdo, dos seus limites de validade e à sua operatividade e eficácia. Em face destas dificuldades, e se a tarefa preliminar do jurista, quando confrontado com tais cláusulas-tipo, é a da determinação do sentido correspondente à impressão do destinatário, à luz do art. 236.º CC, não podem deixar de se remeter as referidas estipulações para o ordenamento jurídico globalmente considerado — onde aquela normatividade particular gizada pelas partes, ao abrigo da sua liberdade contratual, irá operar. Com esse exercício, conseguimos recortar um conteúdo útil para as ditas cláusulas, encontrando o seu sentido e utilidade.