

LIÇÕES DE
TEORIA GERAL DO
DIREITO
CIVIL



LIÇÕES DE TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL

Autor:

MAFALDA MIRANDA BARBOSA

COLEÇÃO MANUAIS

Editor:

Coimbra Editora®

Av. Fernão de Magalhães, 136, 2.º U-T

3000-171 Coimbra – Portugal

+351 239 105 109

editora@coimbraeditora.pt

www.coimbraeditora.pt

Coimbra Editora é uma chancela da Gestlegal, Lda.

Design editorial: José Soler

Impressão: Artipol, Lda.

4.ª edição: agosto 2026

ISBN: 978-972-32-2392-7

Depósito legal: 568748/26

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são da exclusiva responsabilidade do(s) seu(s) autor(es).

Os direitos de utilização e reprodução da presente obra encontram-se reservados ao seu Autor e ao Editor.

Esta obra não pode ser reproduzida, copiada ou transmitida, por quaisquer meios, nomeadamente eletrónico, mecânico, fotocópia, gravação ou outros, sem prévia autorização expressa dos titulares dos direitos.

É ainda expressamente proibida a utilização, reprodução total ou parcial desta obra, designadamente para fins de prospeção de textos e dados, seja em ferramentas de inteligência artificial ou noutras bases de dados *sui generis*, ainda que com o único intuito de integrar ou treinar tecnologias.

Reservados todos os direitos de acordo com a legislação em vigor.

GRUPO

GESTLEGAL

MAFALDA MIRANDA BARBOSA

LIÇÕES DE
TEORIA GERAL DO
DIREITO
CIVIL

4.^A EDIÇÃO



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora

MAFALDA MIRANDA BARBOSA

Professora Catedrática

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*

Orcid: 0000-0003-0578-4249

Publicações na Editora:

A Dignidade da Pessoa — A Fundamentação do Jurídico,
a (Re)compreensão do Direito à Luz do Dever e o Bloqueio da
Simple Aspiration

Causalidade Fundamentadora e Causalidade Preenchedora da
Responsabilidade Civil

Cláusulas Acessórias Típicas

Direito (Civil) em Tempos de Pandemia

Falta e Vícios da Vontade — Dogmática e Jurisprudência em
Diálogo

Instrumentos Financeiros — Valores mobiliários, Valores
monetários. Derivados de crédito. Produtos de *Bancassurance*

Inteligência Artificial — Entre a Utopia e a Distopia, Alguns
Problemas Jurídicos

Lições de Teoria Geral do Direito Civil

Maiores Acompanhados — A Disciplina da Lei n.º 49/2018, de 14
de Agosto

O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade — Sentido
e Limites

O Novo Estatuto Jurídico dos Animais

O Tríptico da Exclusão da Ilícitude — Causas de Legitimação,
Causas de Justificação e Causas de Não-Imputação

Proteção de Dados e Responsabilidade Civil — Problemas
Especiais

Responsabilidade Civil Anotada e Comentada — Comentário aos
Artigos do Código Civil Relativos à Responsabilidade Civil

Teoria Geral do Direito Civil — Relatório Sobre o Programa,
Conteúdo e Métodos de Ensino e Avaliação da Disciplina

A Nosso Senhor, a Nossa Senhora

Ao meu Pai, à minha Mãe

NOTA À 4.^A EDIÇÃO

A 3.^a edição das nossas Lições de Teoria Geral do Direito Civil encontra-se esgotada. Tendo isso em conta, resolvemos atualizá-las, em termos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais. A 4.^a edição que agora se dá à estampa surge assim revista e atualizada, mantendo a sua estrutura e a sua intencionalidade.

CAPÍTULO I

O DIREITO CIVIL

Para quem se confronta, pela primeira vez, com o direito civil a primeira grande questão é saber o que ele é. Defini-lo, porém, com base no recorte do seu núcleo de relevância, isto é, com base na delimitação do leque — mais ou menos alargado — de questões que disciplina, mostra-se insuficiente. Por um lado, a abrangência que o ramo do direito em questão conhece tornaria ingloria a tarefa, que se resumiria, afinal, na enunciação formal do direito civil como direito privado geral; por outro lado, se assim fosse, tornar-se-ia impossível o conhecimento quer de algumas das suas características dogmáticas, quer da intencionalidade predicativa do mesmo. Responder à questão *o que é o direito civil?* implica, pois, uma dupla tarefa: em primeiro lugar, haveremos de tentar perceber qual a posição do direito civil no horizonte global do ordenamento jurídico; em segundo lugar, impõe-se olhar para alguns dos princípios fundamentais do direito civil.

1. O DIREITO CIVIL COMO DIREITO PRIVADO GERAL

O direito civil é direito privado geral. Esta simples afirmação encerra em si algumas ideias fundamentais: por um lado, o direito civil insere-se no direito privado, por contraposição ao direito público; por outro lado, dentro do direito privado, o direito civil é direito geral, o que implica o seu confronto com ramos do direito privado especiais.

1.1. A distinção entre o direito privado e o direito público

A adequada compreensão do enunciado requer, por isso, que se

distinga o direito privado do direito público ⁽¹⁾. Para tanto, a doutrina tem, ao longo dos tempos, mobilizado inúmeros critérios distintivos.

1.1.1. Critérios objetivos

O primeiro critério é aquele que, remontando a Ulpianus ⁽²⁾, se pode designar por *teoria dos interesses* (*Interessentheorie*), de acordo com o qual o direito privado é composto por normas que tutelam interesses particulares; o direito público é composto por normas que tutelam interesses da coletividade/interesses públicos ⁽³⁾. Trata-se, porém, de um critério que não pode ser aceite. De facto, não só há normas de direito privado que tutelam, igualmente, interesses públicos ⁽⁴⁾, como encontramos normas de direito público que pretendem proteger adequadamente interesses privados ⁽⁵⁾. Aliás, em rigor, não sendo o ordenamento jurídico estanque, e como afirma Mota Pinto, “o direito — público e

⁽¹⁾ Sobre o ponto, cf. Carlos Alberto Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a edição por A. Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, 35-62 e Rabindranath Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 9 s., que aqui acompanhamos de muito perto. Veja-se, igualmente, Oliveira ASCENSÃO, *O direito — Introdução e Teoria Geral*, 11.^a ed., Almedina, Coimbra, 2001, 325; Heinrich Ewald HÖRSTER, *A parte geral do código civil português*, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1992, 31 s.; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I. Parte Geral, tomo I, Almedina, Coimbra, 2005, 31-58; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil I*, Almedina, Coimbra, 3.^a edição, 2012, 47 s.; Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.^a edição, Almedina, Coimbra, 2019, 5 s.; Karl Larenz/Mannfred Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Aufl., 2004, 5 s.

⁽²⁾ Digesto D. 1,1,1, 2: *Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*. A este propósito, note-se, porém, que os autores chamam a atenção para o facto de a formulação do Digesto não é inequívoca. De acordo com a explicitação de Capelo de Sousa, “durante bastante tempo, com base na segunda parte [da] [...] e numa glosa acrescida a esta parte (*“sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim”*)”, considerou-se decisiva a referência à utilidade pública e privada, o que forneceu a base de apoio ao critério distintivo da natureza do interesse. Mais tarde, foi dada prevalência à frase “*publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat*”, o que serviu de fundamentação ao critério da identidade dos sujeitos” — Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 10.

⁽³⁾ Cf. Guilherme MOREIRA, *Instituições de direito civil português*, I, 1907, 7 s.

⁽⁴⁾ Pense-se, por exemplo, nas normas que impõem uma determinada formalidade obrigatória para a celebração de negócios jurídicos. Para outros exemplos, cf. Carlos Alberto Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 36-37; Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 11 s.

⁽⁵⁾ Carlos Alberto Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 37; Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 11. Basta pensar, por exemplo, nas normas de direito

privado — visa proteger simultaneamente interesses públicos e interesses particulares”. No fundo, os interesses públicos e os interesses particulares surgem interligados na maior parte das normas jurídicas, o que se justifica pela intervenção do Estado e pelo primado da Pessoa no quadro de fundamentação de todo o ordenamento jurídico ⁽⁶⁾.

De acordo com Menezes Cordeiro, “a teoria faz sentido, pelo prisma do Direito público: este, a ser caracterizado como um corpo normativo ao serviço do Estado e tendencialmente vocacionado para limitar a autonomia privada — pense-se no Direito Fiscal ou no Direito Público do Urbanismo — só pode mesmo justificar-se pelo interesse público. Pelo prisma do direito civil, porém, não é assim. Desde o antigo direito romano, há a clara percepção da presença de regras civis que, por estarem ao serviço do interesse comum, não podem ser afastadas pelos particulares” ⁽⁷⁾.

Tendo em conta estas críticas, alguns autores propuseram uma alteração à teoria, fazendo incluir nela um elemento de predomínio ⁽⁸⁾. Assim, de acordo com a *teoria do interesse predominante ou prevalecente* ⁽⁹⁾, o direito privado é composto por normas que tutelam, predominantemente (em primeira linha), interesses particulares; o direito público é composto por normas que tutelam predominantemente (em primeira linha) interesses gerais da coletividade/interesses públicos. Apesar da correção, este critério também não pode ser atendido. Em primeiro lugar, nem sempre é fácil hierarquizar os interesses tutelados por uma norma. Se é possível aceder à teleologia da norma, através da sua adequada interpretação — para o que sempre se terá de convocar o problema concreto *decidendum*, o que, de si, já não nos permitirá olhar para a regra ditada pelo legislador na sua estanquicidade —, pode não ser viável estabelecer uma ordenação hierárquica entre os interesses que ela visa tutelar ⁽¹⁰⁾.

penal que, tutelando bens jurídicos individuais, para além da defesa da segurança da coletividade e da justiça, prosseguem interesses dos titulares desses mesmos bens.

⁽⁶⁾ Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 12.

⁽⁷⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, 37 s.

⁽⁸⁾ Veja-se, entre nós, Marcello CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I, Coimbra Editora, 1973, 49 s. Veja-se, igualmente Cabral de Moncada, *Lições de Direito Civil*, I, 4.^a edição, 1995, 44.

⁽⁹⁾ Carlos Alberto Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 37; Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 12 s.

⁽¹⁰⁾ Mostrando isso mesmo, cf., novamente, Carlos Alberto Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 37; Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 13.

Em segundo lugar, há normas de direito público que parecem tutelar, predominantemente, interesses particulares — pense-se, por exemplo, nas normas que fixam os estatutos dos funcionários públicos —, do mesmo modo que existem normas de direito privado que tutelam preferencialmente interesses gerais da coletividade. Basta, para o perceber, ter em mente as normas que regulam as fundações, bem como a maioria das normas imperativas que pacificamente se integram no direito civil ⁽¹¹⁾.

1.1.2. Teorias subjetivas

Em face das inconcludências das teorias baseadas na consideração dos interesses tutelados pela norma, tentou-se operar a distinção entre o direito privado e o direito público a partir da consideração dos sujeitos da relação jurídica, seja da posição relativa que cada um ocupa, seja da identidade dos mesmos, seja da sua qualidade.

De acordo com a *teoria da posição relativa dos sujeitos da relação jurídica*, o direito público disciplina relações entre entidades que estão numa *relação de supra-infra-ordenação* (supremacia/subordinação); o direito privado disciplina relações entre sujeitos que estão numa *posição de paridade ou igualdade*. O critério, tal como os anteriores, não pode ser aceite. Na verdade, o direito público, por vezes, regula relações entre sujeitos que estão numa posição de paridade. Pense-se nas relações entre Estados (disciplinadas pelo Direito Internacional Público) ou nas relações entre Autarquias locais ⁽¹²⁾. Paralelamente, o direito privado, por vezes, regula relações entre sujeitos que estão numa posição de supra-infra-ordenação. O direito do trabalho é disso exemplo bastante. Também as regras que, no âmbito do direito da família, regulam as responsabilidades parentais (poder paternal) evidenciam uma relação em que os sujeitos não estão numa posição de equivalência, quanto aos seus poderes.

Por seu turno, a *teoria da identidade dos sujeitos* vem-nos dizer que o direito privado regula as relações entre particulares, enquanto o direito público regula as relações entre o Estado e outros entes públicos entre

⁽¹¹⁾ Cf., uma vez mais, Carlos Alberto Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 37; Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 13.

⁽¹²⁾ Veja-se, neste sentido, Carlos Alberto Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 39; Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 14-15.

si ou entre o Estado e os particulares ⁽¹³⁾. A integração de uma norma no direito público ou no direito privado ficaria, assim, dependente dos sujeitos a quem se dirige, bastando a presença do Estado ou de outro ente público para que o qualificativo público tivesse lugar. Simplesmente, este critério também se mostra falho ⁽¹⁴⁾. Não só há situações em que o Estado surge a atuar como um particular, como existem hipóteses de os particulares se relacionarem entre si através de regras próprias do direito público. Capelo de Sousa relembra-nos a este propósito um concurso para acesso à função pública, no qual há critérios e procedimentos de natureza administrativa para selecionar os candidatos ⁽¹⁵⁾.

Torna-se, por isso, inviável olhar para a distinção de um ponto de vista formal. A mera identidade dos sujeitos, desligada da qualidade que os mesmos ostentam, não nos pode satisfazer. É nessa medida que o critério genericamente (mas não unanimemente) aceite pela doutrina atende não à identidade, mas à *qualidade dos sujeitos*. Nessa medida, o direito privado regula as relações entre particulares ou entre particulares e o Estado, desde que despidido de *ius imperium* ⁽¹⁶⁾; o direito público regula das relações entre o Estado e demais entes públicos ou entre o Estado e demais entes públicos com os particulares, desde que o Estado apareça munido de poderes de autoridade pública ⁽¹⁷⁾. O que está em causa é o poder de autoridade pública e não um poder hierárquico qualquer, que nos remeteria para o critério da posição relativa dos sujeitos.

1.1.3. Ponderação crítica

I. A teoria da qualidade dos sujeitos parece ser, de facto, não só a teoria aceite pela generalidade da doutrina, como também o critério

⁽¹³⁾ Cf. José TAVARES, *Os princípios fundamentais do direito civil*, I, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2.^a edição, 1929, 99.

⁽¹⁴⁾ Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 15.

⁽¹⁵⁾ Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 15.

⁽¹⁶⁾ Manuel de Andrade definia o *ius imperium* como “a possibilidade de, por via normativa ou através de determinações concretas, emitir comandos vinculativos (juridicamente eficazes), executáveis pela força, sendo caso disso, contra aqueles a quem são dirigidos (destinatários)”. Cf. Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, Almedina, Coimbra, 1974, 72.

⁽¹⁷⁾ Carlos Alberto Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 40; Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 16 s.

distintivo acolhido pelo nosso ordenamento jurídico. De acordo com Capelo de Sousa, “certas normas jurídicas atuais permitem-nos avançar na definição do critério distintivo em causa”. Em causa está, desde logo, o artigo 1304.º CC, nos termos do qual “o domínio das coisas pertencentes ao Estado ou a quaisquer outras pessoas coletivas públicas está igualmente sujeito às disposições deste código, em tudo o que não for especialmente regulado e não contrarie a natureza própria daquele domínio”, a mostrar que o Estado pode surgir, numa relação jurídica, com uma dupla qualidade, ficando, em função disso, sujeito a regras diferentes. Mas em causa está também o artigo 2153.º CC, conjugado com o artigo 2133.º CC. Podendo o Estado ser herdeiro, de acordo com a ordem de sucessíveis fixada no último preceito citado, dispõe o artigo 2153.º CC que, nesse caso, tem, relativamente à herança, os mesmos direitos e obrigações que qualquer outro herdeiro, o que quer dizer que o nosso legislador admite hipóteses — reguladas pelo direito civil (privado) — em que o Estado surge como qualquer particular, ocupando uma posição jurídica similar, com isto se mostrando que é à qualidade dos sujeitos que se atende.

À mesma conclusão podemos chegar através da análise do artigo 501.º CC, que submete o Estado e as demais pessoas coletivas públicas ao regime da responsabilidade civil do direito privado, sempre que o dano ocorra como consequência de um ato de gestão privada. Tratando-se de um dano provocado no quadro de um ato de gestão pública, aplicar-se-á o regime da Lei n.º 67/2007. A existência de dois regimes aptos a disciplinar situações lesivas que diferem entre si pela qualidade em que o Estado surge, enquanto entidade lesante, mostra-nos o acolhimento da doutrina da qualidade dos sujeitos.

Não obstante, têm-se levantando alguns problemas no que respeita à concretização do critério. Assim, por exemplo, no tocante à determinação do regime aplicável à responsabilidade civil.

A Lei n.º 67/2007 disciplina a responsabilidade extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas de direito público pelos danos que resultem do exercício da função legislativa, jurisdicional e administrativa, bem como a responsabilidade civil dos titulares dos órgãos, dos funcionários, agentes públicos e demais trabalhadores ao serviço das entidades abrangidas pelos danos decorrentes de ações ou omissões praticadas no exercício das funções administrativa e jurisdicional e por causa desse exercício. Além disso, as normas referentes à responsabilidade pelo exercício da função administrativa são também aplicáveis à responsabilidade civil das pessoas coletivas de direito privado e respetivos trabalhadores, titulares de órgãos sociais, representantes legais

e auxiliares, por ações ou omissões que adotem no exercício de prerrogativas de poder público ou que sejam reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo.

A disciplina legal vigente estrutura-se em torno da delimitação das funções que os entes públicos podem levar a cabo, com potencialidades lesivas para os cidadãos, e evidencia uma clara preocupação com a materialidade das situações, afastando soluções formais assentes meramente na identidade do sujeito responsável. Na verdade, o artigo 1.º/5 estende o regime predisposto para os entes públicos às entidades privadas que exerçam a sua atividade com prerrogativas de poder público e sejam reguladas pelo direito administrativo. A solução parece ser de aplaudir num contexto em que a continuidade entre o público e o privado é crescente. De acordo com a explicitação de João Caupers ⁽¹⁸⁾, “o que está em causa é a ideia fundamental de que nada do que acontece em nome do Estado e no suposto interesse da coletividade, mediante as ações ou omissões das suas instituições, pode ser imune ao dever de reparar os danos provocados aos particulares”, e, nessa medida, “muito embora subsista a referência ao Estado e demais pessoas coletivas de direito público, o legislador alarga o âmbito de aplicação subjetiva do novo regime legal às pessoas coletivas de direito privado que atuem com prerrogativas de poder público ou sob a égide de princípios e regras de direito administrativo, aproximando-se assim de uma conceção material da administração pública (como atividade e não como organização)”.

Esta conceção material não pode ser posta de lado quando se enfrentam problemas de sentido inverso. Dito de outro modo, se um privado atuando ao abrigo dos princípios e regras de direito administrativo e exercendo prerrogativas de poder público pode — até pelo pendor analógico que contamina toda a racionalidade jurídica — fundar a responsabilidade do Estado, ao lado dos entes públicos, pelos danos causados no exercício da função administrativa, parece-nos seguro que, se um ente público pratica um ato que não se integre na função administrativa e com ele causa um dano, deve ser responsabilizado à luz do regime geral da responsabilidade civil.

Significa isto que, apesar de ter desaparecido a referência aos atos de gestão pública, que existia no anterior regime, a cisão entre estes

⁽¹⁸⁾ João CAUPERS, *Responsabilidade do Estado e Outros Entes Públicos*, FDUNL, 82 (www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jc_MA_5351.doc).

e os atos de gestão privada continua a ser relevante. Nesse sentido depõem, também, autores como João Caupers⁽¹⁹⁾, Vieira de Andrade⁽²⁰⁾, Freitas do Amaral⁽²¹⁾, Carla Amado Gomes⁽²²⁾, Francisca Costa Gonçalves⁽²³⁾.

A doutrina vê-se, assim, enredada na mesma dificuldade que já outrora enfrentava: estabelecer a diferença entre ambos.

Freitas do Amaral sintetiza os diversos critérios que podem ser chamados à colação para orientar a solução do problema prejudicial com que nos confrontamos, catalogando-os segundo a teoria da natureza material da atividade, a teoria dos poderes de autoridade e a teoria do enquadramento institucional⁽²⁴⁾. Detendo-nos na natureza

⁽¹⁹⁾ João CAUPERS, *Responsabilidade do Estado e Outros Entes Públicos*, 82: “muito embora tenha desaparecido a referência a atos de gestão pública, a verdade é que a situação da dualidade de regimes substantivos de responsabilidade se mantém, com todas as dificuldades inerentes: é que a nova lei se aplica apenas a ações e omissões adotadas no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo. Dúvidas não existem quanto a este ponto: é precisamente por isso que o artigo 501.º do Código Civil não foi revogado pelo novo diploma legal”. Vide, igualmente, João CAUPERS/Vera EIRÓ, *Introdução ao Direito Administrativo*, Âncora Editora, 12.ª edição, 2016, 313 s.

⁽²⁰⁾ José Carlos Vieira de ANDRADE, “A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 137.º, n. 3951, 2008, 360 s.; ID., “A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado social”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 140.º, n. 3969, 2011, 346 s.

⁽²¹⁾ Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, Almedina, Coimbra, 2016, 574.

⁽²²⁾ Carla Amado GOMES, “A responsabilidade civil extracontratual da Administração por facto ilícito. Reflexões avulsas sobre o novo regime da Lei 67/2007, de 31 de dezembro”, *Textos Dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas*, AAFDL, Lisboa, 2010, 52.

⁽²³⁾ Francisca Costa GONÇALVES, “A Desvalorização da Culpa na Responsabilidade Civil pelo Exercício da Função Administrativa”, *Revista de Direito da Responsabilidade*, I-2019, 1048.

⁽²⁴⁾ Diogo Freitas do AMARAL, “Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos praticados em Estabelecimentos Públicos de Saúde”, *Direito da Saúde e Bio-ética*, Lex, Lisboa, 1991, 125 s. Cf., também, Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, 575 s., sustentando que, com vista à qualificação de um ato como gestão privada ou gestão pública, há que fazer uma distinção “conforme o facto danoso seja um ato jurídico ou um facto integrado numa atividade que em si mesma revista natureza jurídica ou, pelo contrário, seja uma operação material ou um facto integrado numa atividade não jurídica.” Sobre a distinção, veja-se, ainda, Vaz SERRA, “Responsabilidade civil do Estado e dos seus órgãos ou agentes”,

material da atividade, pondera-se se ela, quando exercida pelo autor do facto danoso, é ou não materialmente distinta daquela que é levada a cabo pelos privados nas suas relações. Diametralmente oposta seria a solução se nos encaminhássemos pela luz emanada pela terceira das enunciadas teorias, já que, aí, o relevante é saber se o ato foi praticado por um órgão ou agente da Administração, no seio de uma função jurídico-pública, sob domínio de normas de direito público⁽²⁵⁾. Poder-se-á aventar se a mesma não implica um refinamento da proposta de Antunes Varela e Pires de Lima. Diz-nos o primeiro que “os atos de gestão privada são, de modo geral, aqueles que, embora praticados pelos órgãos, agentes ou representantes do Estado ou de outras pessoas coletivas públicas, estão sujeitos às mesmas regras que vigorariam para a hipótese de serem praticados por simples particulares”, fazendo, portanto, apelo à inexistência, *in casu*, de qualquer manifestação de *ius imperium* ou *ius auctoritatis*, enquanto os atos de gestão pública se traduziriam naqueles que, “visando a satisfação de interesses coletivos, realizam fins específicos do Estado ou outro ente público e que muitas vezes assentam sobre o *ius auctoritatis* da entidade que os pratica”⁽²⁶⁾.

Trata-se de uma formulação já expressa no Comentário ao Código Civil, elaborado pelos autores citados em último lugar⁽²⁷⁾, que parece

Boletim do Ministério da Justiça, 85; Vaz SERRA, “Anotação ao Acórdão do STJ de 19-10-1975”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 110, 308 s.

⁽²⁵⁾ Freitas do AMARAL, “Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos praticados em Estabelecimentos Públicos de Saúde”, 125.; Margarida CORTEZ, *Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado*, 21.

⁽²⁶⁾ Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.^a edição, 2000, Almedina, Coimbra, 648.

⁽²⁷⁾ Cf. Pires de LIMA e Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, artigo 501.^o

Sublinhe-se que a própria formulação do critério não isenta o jurista de dúvidas. Na verdade, enquanto na anotação ao artigo 501.^o os autores expressamente referem a atividade docente como um ato de gestão pública, recentemente Afonso Patrão vem aduzir, na sua tese de mestrado, que, caso se optasse pelo critério, não se integrariam no âmbito da responsabilidade do Estado os danos decorrentes da atuação de um professor, porquanto ela não consubstancia a utilização de poderes de autoridade. Cf. Afonso PATRÃO, *A Responsabilidade Extracontratual da Comunidade Europeia*, Coimbra, 2007, 122. Refira-se, sem querermos entrar no amplo e dilemático debate acerca das fronteiras entre as zonas de atuação, que nos parece, ainda assim, diversa, na sua intencionalidade e idiossincrasia, a atuação do médico e a do professor, porquanto a função deste pode ser, ainda, entendida como uma

seguir a linha doutrinal de Marcello Caetano, para quem reveste a natureza de ato de gestão pública “toda a atividade da Administração que seja regulada por uma lei que confira poderes de autoridade para o prosseguimento do interesse público, discipline o seu exercício ou organize os meios necessários para esse efeito” ⁽²⁸⁾, numa concepção que seria objeto de crítica por muitas das atividades compreendidas na função técnica do Estado terem natureza pública, sem que envolvam o exercício de poderes de autoridade, e por haver normas administrativas que, sem lançarem mão desse poder de emanar comandos vinculativos executáveis pela força, impõem ao destinatário restrições em nome do interesse coletivo ⁽²⁹⁾. Orienta-se a crítica, como se depreende, pela urgência de incluir a função técnica do Estado entre as atividades capazes de aceder à qualificação de gestão pública, optando-se assim pelo alargamento do conceito, ainda que à custa da materialidade que subjaz a cada uma das realidades em confronto. A este propósito, diz-nos Maria da Glória Garcia que “a qualificação de uma atividade como de gestão pública ou de gestão privada depende, assim, do seu enquadramento normativo, que o mesmo é dizer, das respetivas normas disciplinadoras” ⁽³⁰⁾. Mas adianta que “a caracterização que se acaba de fazer não fica, porém, completa, se não se acrescentar algo mais. Com efeito, muitas vezes, tudo está em saber qual a norma a que deve sujeitar-se determinada atividade, sabido, além do mais, haver atividades desenvolvidas pela Administração Pública que materialmente não se distinguem das desenvolvidas por um privado. Um professor dá aulas numa Universidade estadual e numa Universidade privada: será que as duas atividades integram a qualificação de gestão privada ou, pelo contrário, a primeira se deve qualificar como de gestão pública e a segunda de gestão privada? Situação idêntica se pode ver na atividade desenvolvida por um cirurgião num hospital público e numa clínica privada. A pergunta é, pois,

decorrência do exercício de poderes de autoridade (a materializarem-se no processo avaliativo como um ato administrativo, aliás, passível de recurso).

⁽²⁸⁾ Marcello CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, II, 10.^a edição 1222.

⁽²⁹⁾ Freitas do AMARAL, “Natureza da responsabilidade civil por actos médicos praticados em estabelecimentos públicos de saúde”, 128. Cf., igualmente, Ana Raquel MONIZ, *Responsabilidade civil extracontratual por danos resultantes da prestação de cuidados de saúde: o acesso à justiça administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, 36 s.

⁽³⁰⁾ Maria da Glória GARCIA, *A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas*, 19.

a seguinte: que critérios permitem qualificar estas atividades como de gestão pública ou de gestão privada?”.

É exatamente a esta pergunta que a larga maioria dos autores e juízes tem respondido no segundo sentido. E assim também Maria da Glória Garcia, que, àquelas palavras, acresce outras: “Entende-se, em primeiro lugar, que atividades de gestão pública são todas aquelas em que transparece o poder de autoridade característico da intervenção de uma pessoa coletiva pública (...) e [que] as atividades de gestão privada (...) coincidirão com as atividades em que o Estado despe a sua veste de *ius imperii* e estabelece relações com terceiros num plano de igualdade (...). Mas nem sempre a distinção é clara. Quando um professor dá aulas ou examina um aluno, quando um médico faz uma operação ou dá uma consulta clínica não pratica atos de autoridade e, no entanto, se o médico e o professor integram a organização administrativa estadual, a sua atividade é de enquadrar na gestão pública”, para o que “é necessário fazer intervir um outro critério, ao lado do anterior baseado na ideia de autoridade e no nexo de subordinação (...) [que se funda agora] no fim específico a prosseguir, fazendo uso dos meios próprios dos órgãos ou agentes administrativos no contexto de uma organização que funciona com uma disciplina típica” ⁽³¹⁾.

A aplicação do critério — tal como vem proposto pela doutrina maioritária — acaba por conduzir a soluções iníquas. Pense-se, por exemplo, na dualidade de regimes a que fica sujeita a responsabilidade civil do médico, quando o ato praticado no SNS e numa clínica privada são, na maioria dos casos, materialmente análogos, só não o sendo em situações específicas, essas sim a merecer ponderação diferenciada.

Seja como for, em face do artigo 1.º/2 Lei n.º 67/2007, que dispõe que “correspondem ao exercício da função administrativa as ações e omissões adotadas no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo”, estamos em crer que haverá margem para uma interpretação da norma em consonância com a intencionalidade que deve presidir à concreta realização do direito.

II. Na prática parece, de facto, haver dificuldades na concretização do critério predisposto para a distinção entre o direito privado

⁽³¹⁾ Maria da Glória GARCIA, *A responsabilidade civil do Estado*, 20.

e o direito público ⁽³²⁾. Tais dificuldades resultam não só da complexidade das situações concretas, como do facto de a atividade administrativa se ter modificado ao longo dos anos. Apesar disso, e não obstante o mesmo não conseguir, consoante adianta Capelo de Sousa, explicar totalmente a integração das normas que regulam o funcionamento das pessoas coletivas públicas no direito público ou as situações em que o Estado não atua como particular, mas também não está em causa o exercício de autoridade pública, como por exemplo nas regras que atividades de assistência social ⁽³³⁾, o critério da qualidade dos sujeitos é aquele que corresponde melhor à intencionalidade do ordenamento jurídico ⁽³⁴⁾.

III. Importa, contudo, notar que surgem novos ramos do direito que são penetrados, simultaneamente, por regras de direito público e de direito privado que tornam mais fluida a distinção. Pense-se, por exemplo, no direito do trabalho, no direito bancário, no direito do consumo ⁽³⁵⁾. Esta realidade torna mais fluida a distinção entre o direito público e o direito privado, levando alguns autores a pôr em causa a diferenciação ⁽³⁶⁾. Menezes Cordeiro rejeita tais posições negacionistas. Para o autor, “o estudo dessas disciplinas mostra que a contraposição entre o direito público e o direito privado assume, no seu seio, um máximo de relevância jurídica, justamente por condicionar o funcionamento concreto dos institutos” ⁽³⁷⁾. Mais acrescenta o autor que “a contraposição entre o direito público e o direito privado surge, hoje, reforçada e aprofundada, graças às aplicações da ideia de sistema” ⁽³⁸⁾. Para o autor, a ideia de sistema permite novos índices de diferenciação.

⁽³²⁾ A dificuldade passa, também, por alguma ambivalência na própria doutrina. Como explica Menezes Cordeiro, na publicística tem-se mantido uma ligação preferencial à teoria do interesse — A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, 52.

⁽³³⁾ Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 16-17.

⁽³⁴⁾ É também aquele que é comumente aceite pela civilística. Veja-se, porém, Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9, considerando que o direito público e o direito privado se distinguem graças à confluência de diversos critérios.

⁽³⁵⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 40 s.; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, 44.

⁽³⁶⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, 34.

⁽³⁷⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, 44.

⁽³⁸⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, 44.

Nas suas palavras, “num plano cultural, o direito privado radica na tradição românica [...]. Pelo contrário, o direito público assenta numa elaboração jusracionalista do tecido normativo [...]. Num plano teórico, o direito privado apresenta-se como uma regulação de relações interindividuais, (...) [sendo] pouco sensível a modificações bruscas, antes acompanhando a evolução da ciência jurídica; o direito público figura, por seu turno, o regime do relacionamento do Estado com os particulares e, ainda, certos esquemas hierarquizados de distribuição de bens; traduzindo o devir das ideias diretoras humanas, ele comporta saltos, podendo ver modificadas, num certo espaço de tempo, muitas das suas bases fundamentais. Num plano prático, a integração de dada problemática no campo público e no privado faculta, de imediato, inúmeras informações sobre o seu perfil académico, literário, jurisprudencial ou profissional (...). Num plano significativo-ideológico, o direito privado corresponde à expressão cultural mais profunda de cada sociedade (...)” ⁽³⁹⁾.

A distinção entre o direito público e o direito privado afigura-se, de facto, essencial. Não só a competência dos tribunais é determinada em função dessa cisão, como os regimes jurídicos aplicáveis são diversos. Por outro lado, os dois ramos do direito apresentam intencionalidades diversas — o direito público é dominado por uma ideia de legalidade; o direito privado é dominado por uma ideia de liberdade — que são relevantes para a adequada compreensão das soluções predispostas para cada um dos problemas que possam emergir e que devem ser reconduzidos a cada um deles.

IV. A consideração de tal intencionalidade pode ser determinante em muitas hipóteses. Nessa medida, não deve ser esquecida. Em termos teóricos, a sua ponderação tem-se afigurado essencial para garantir a autonomia do direito privado, não obstante algumas tentativas de publicização ou de constitucionalização do mesmo ⁽⁴⁰⁾.

As relações entre o direito privado e o direito constitucional têm vindo a ser debatidas entre os autores.

O impacto do direito constitucional no seio do direito privado, mormente no direito civil, é inequívoco. Em primeiro lugar, as normas de direito civil têm de se mostrar compatíveis com as regras constitucionais,

⁽³⁹⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, 44-45.

⁽⁴⁰⁾ Cf., numa referência a este problema, C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 42 s.

sob pena de inconstitucionalidade. Em segundo lugar, os direitos, liberdades e garantias vinculam, diretamente, os particulares nas suas relações, nos termos do artigo 18.º CRP ⁽⁴¹⁾.

O problema das relações entre a Constituição e o Direito Privado, nomeadamente no que tange com a relevância e eficácia dos direitos fundamentais ao nível das relações entre particulares e com a exigência de cumprimento, por parte destes sujeitos, do princípio da igualdade, constitui, hodiernamente, um nódulo dogmático que em muito tem despertado o interesse da doutrina, mormente por parte dos cultores do direito civil e do direito constitucional. São conhecidas as expressões de Basil Markensius e de Alberto Trabucchi que se referem ao fenómeno da “existência” de uma “constitutionalisation of private law”, de uma “costituzionalizzazione anhe del diritto privato” ⁽⁴²⁾. E hoje, decerto por influência da doutrina alemã, o problema da influência dos direitos fundamentais na esfera do direito privado tem sido colocado num plano de discussão que leva forçosamente implícito uma reponderação dos quadros tradicionais que apartavam a dogmática dos direitos fundamentais da esfera *jus privatística*. Abandona-se, de facto, uma perspetiva restritiva que olha para os direitos fundamentais do ponto de vista da pura relação vertical perante o Estado. Tal concepção restritiva começou a por ser posta *em crise* quando na doutrina e a jurisprudência alemãs se começou a assumir a eficácia externa (*Drittwirkung*) e horizontal dos direitos fundamentais — traduzida, como esclarece Canaris, na eficácia de tais direitos no âmbito das relações estabelecidas, *tout court*, entre sujeitos de direito privado — para além do âmbito de titularidade desses direitos perante o Estado. Para tal contribuiu, de certo, a afirmação de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que, como destaca Vieira de Andrade, se assumem também como “valores constitucionais que aos poderes públicos

⁽⁴¹⁾ Para maiores desenvolvimentos, cf. Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 36 s.

Sobre o ponto, veja-se, ainda, Mafalda Miranda BARBOSA/João Pedro RODRIGUES, “Nós (eu e tu) e o outro (Estado) ou o outro entre nós?: Breves notas a propósito do impacto da Directiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de Junho de 2000, sobre o princípio da liberdade contratual — morte do princípio ou manutenção do status quo ante?”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 87, 2011, 319 s., que aqui damos por reproduzido em muitos pontos.

⁽⁴²⁾ *Apud* CANARIS, “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha”, *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Porto Alegre, 2003, 225.

cabe respeitar, mas igualmente fazer respeitar como interesses públicos fundamentais”, bem como a “necessidade de proteção dos particulares não apenas perante o Estado, mas também, através do Estado, perante outros particulares, pelo menos, perante indivíduos ou entidades privadas que sobre eles exercem ou estão em condições de exercer verdadeiros poderes, jurídicos ou de facto” ⁽⁴³⁾. É certo que, para alguns autores, “a *Drittwirkung* pode assumir-se como uma espécie de ‘cavalo de Troia’ suscetível de destruir o sistema construído com base na autonomia privada”, assim se excluindo, radicalmente, qualquer interferência da Constituição nas relações jurídico-privadas em homenagem à liberdade contratual, erigida, deste modo, em muralha inexpugnável em face dos direitos fundamentais ⁽⁴⁴⁾. Todavia — e sobretudo após o acórdão do *Bundesverfassungsgericht* que ficou na história como a decisão “*Lüth*” —, a generalidade da doutrina — abandonando a direta negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas — passou a considerar o problema da eficácia externa dos direitos fundamentais em torno da perspetivação do sentido, do conteúdo e dos limites de tal *Drittwirkung*. Assim, foi num ambiente tendencialmente pacificado quanto ao problema da relevância dos direitos fundamentais na esfera das relações jurídico-privadas que a dogmática jurídica desvelou uma outra encruzilhada doutrinal, projetada no desfazer do *nó górdio* de apurar em que termos deve conceber-se tal eficácia externa. Por um lado, afirmou-se, na esteira de Günter Dürig, a teoria da eficácia externa *mediata* dos direitos fundamentais; por outro, no trilho de Nipperdey, sustentou-se uma eficácia imediata desses mesmos direitos no domínio do direito privado. Para a primeira posição — que, de uma determinada perspetiva, pode ser compreendida como uma construção intermédia entre a estrita negação da eficácia externa e a afirmação da sua relevância direta no direito privado ⁽⁴⁵⁾ —, a vinculação aos direitos fundamentais é, na essência, dirigida ao Estado e não aos particulares. Contudo, tal não implica que se afaste liminarmente a “operatividade dos direitos fundamentais

⁽⁴³⁾ Vieira de ANDRADE, “Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares”, *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Porto Alegre, 2003, 273-274.

⁽⁴⁴⁾ Juan María Bilbao UBILLOS, “En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”, *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Porto Alegre, 2003, 309 s.

⁽⁴⁵⁾ Assim, expressamente, Daniel SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro, 2004, 238.

no campo das relações privadas”, outrossim que exista, uma “mediação de um órgão do Estado, que além de estar diretamente vinculado a estes direitos, tem de ser consequente com o dever de proteção que deriva da dimensão objetiva dos direitos fundamentais” ⁽⁴⁶⁾, sendo tal mediação realizada nas fronteiras do direito privado. Como salienta Vieira de Andrade, não se nega que o Estado, enquanto sujeito passivo dos direitos fundamentais, tenha “o dever de proteger esses direitos contra os ataques que lhe sejam movidos (mesmo) por entidades privadas”, mas “essa proteção deveria fazer-se *através do direito privado*”, pelo que, como esclarece o mesmo autor, “a força jurídica dos preceitos constitucionais em relação aos particulares (*terceiros*) não se afirmaria de modo imediato, mas apenas *mediatamente*, através dos princípios e normas próprios do direito privado. Quando muito, os preceitos constitucionais serviriam como *princípios de interpretação* das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, clarificando-os (*Wertverdeutlichung*), acentuando ou desacentuando determinados elementos do seu conteúdo (*Wertakzentuierung*, *Wertverschärfung*), ou, em casos extremos, colmatando as lacunas (*Wertschutzlückenschliessung*), mas sempre do ‘espírito’ do direito privado” ⁽⁴⁷⁾. Assim estaria construída, na engenharia de Dürig, a “ponte” entre o direito privado e o direito constitucional ⁽⁴⁸⁾. Assim estaria defendida, na pintura de Konrad Hesse, a fisionomia própria do direito civil ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁶⁾ Juan María Bilbao UBILLOS, “En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”, 309 s.

⁽⁴⁷⁾ Vieira de ANDRADE, “Os direitos, liberdades e garantias”, 276.

⁽⁴⁸⁾ Como precisa Daniel SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 238 s., essa “ponte é representada pelas cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados acolhidos pelo legislador — verdadeiras fontes de irrupção dos direitos fundamentais no Direito Privado — os quais devem ser interpretados e aplicados pelos juízes sempre em conformidade com a ordem de valores subjacente aos direitos fundamentais”.

⁽⁴⁹⁾ Relembre-se que, para este autor, “mediante o recurso imediato aos direitos fundamentais ameaça perder-se a identidade do Direito Privado, marcada pela larga história sobre a qual repousa, em prejuízo da adequação à sua própria matéria de regulação e ao seu desenvolvimento ulterior, para o qual depende de especiais circunstâncias materiais que não cabe processar, sem mais, com critérios de direitos fundamentais (...) [correndo] perigo o princípio fundamental do nosso Direito Privado, a autonomia privada, se os particulares, nas suas relações recíprocas, não pudessem renunciar às normas de direitos fundamentais que são indisponíveis para a atuação estatal” — cf. Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Madrid, 1995, 60-61.

Já para outros autores, diferenciadamente, os direitos fundamentais podem ser invocados diretamente nas relações privadas, revestindo-se, assim, de uma eficácia externa imediata, justificada com base na “constatação de que os perigos que espreitam os direitos fundamentais no mundo contemporâneo não provêm apenas do Estado, mas também dos poderes sociais e dos terceiros em geral” ⁽⁵⁰⁾, devendo, por isso, reconhecer-se que esses direitos contêm “princípios ordenadores para a vida social” cujo valor se espalha no âmbito da ordem jurídica globalmente considerada. Neste domínio, o direito privado sofre o impacto dos direitos fundamentais, que aí valem, como direitos subjetivos, independentemente de qualquer mediação que os “privatize” ou que, em sede metodológica, os assuma como parâmetro da interpretação jurídica das normas de direito privado. Nessa medida — e para esta perspetiva — os direitos fundamentais mantêm a sua natureza independentemente de operarem em face do Estado ou perante particulares ⁽⁵¹⁾, partindo da ideia, cunhada por Leisner, de que “pela unidade da ordem jurídica, não seria admissível conceber o direito privado como um *gueto*, à margem da Constituição e dos direitos fundamentais” ⁽⁵²⁾. O que seria particularmente sensível no âmbito daquelas relações privadas marcadas por uma assimetria entre as partes, onde não deixa de ser discernível o exercício de um “poder formalmente privado” que é exercido com “formas de coação e autoridade substancialmente assemelháveis às características dos poderes públicos” ⁽⁵³⁾.

Entre nós — e diferentemente do que sucede na Alemanha —, a Constituição, no artigo 18.º/1, afirma taxativamente que os direitos, liberdades e garantias vinculam entidades públicas e privadas. Contudo, como adverte Vieira de Andrade, o preceito não esclarece *em que termos se processa tal vinculação*, pelo que se imporá uma breve reflexão sobre o sentido normativo que emerge da imposição

⁽⁵⁰⁾ Cf. Daniel SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 245.

⁽⁵¹⁾ Assim, expressamente, Juan María Bilbao UBILLOS, “En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”, 307 s.

⁽⁵²⁾ A expressão foi colhida em Daniel SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 245.

⁽⁵³⁾ Cf. Juan María Bilbao UBILLOS, “En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”, 301 s. Assim sendo, não causa particular estranheza que se reconheça no direito do trabalho um domínio de particular relevância quanto à efetiva realização desta teoria, para a qual muito contribuíram os trabalhos de Nipperdey, presidente do *Bundesarbeitsgericht*.

constitucional no horizonte do direito privado, importando advertir, desde já, que, na nossa opinião, o problema não pode ser acriticamente configurado em redor de uma *opção* dogmática por um dos polos, suscetível de conduzir a um “totalitarismo” constitucional, aniquilador da autonomia da pessoa ou a um “autismo” juscivilista, que se afasta da direta consideração da dignidade humana cuja tutela perpassa positivamente pelo reconhecimento dos direitos fundamentais ⁽⁵⁴⁾.

Os direitos fundamentais não são apenas oponíveis ao Estado. A relevância destes direitos no plano das relações jurídico-privadas perfila-se igualmente como inegável e ineliminável. Contudo, não podemos deixar de relevar que a intencionalidade e a intensidade da projeção dos direitos fundamentais no domínio do direito privado não é suscetível de ser configurada segundo uma estrita relação de identidade com as relações onde o Estado emerge como sujeito passivo desses direitos ⁽⁵⁵⁾. A determinação do sentido e da relevância dos direitos fundamentais nas relações entre particulares deve, impreterivelmente, ter em conta a intencionalidade própria do direito privado, cujos princípios estruturantes são também constitucionalmente reconhecidos e, mesmo fora desse hemisfério, devem ser compreendidos, para lá da sua inegável transpositividade, como dimensão suprapositiva que encarna na própria ideia de direito e, assim, no reconhecimento

⁽⁵⁴⁾ Aliás, o direito civil é impensável sem a referência à pessoa humana, diferente do indivíduo, que é colocada no centro da sua reflexão, na exata medida em que é uma decorrência imediata da ideia de direito. Alicerçando-se os direitos fundamentais na mesma matriz axiologia da dignidade do ser humano, pensamos que as mesmas soluções, materialmente cunhadas, poderiam ser obtidas sem recurso ao direito constitucional. A constituição não pode ser vista como constitutiva de direitos, antes como um diploma declarativo de direitos e princípios aos quais podemos aceder pela consideração imediata do princípio normativo do direito e dos restantes princípios normativos daquele decorrentes. Não obstante, a questão suscitada, seja pelo apego ainda existente à positividade, seja pela natureza estanque de durante largo tempo foi apontada aos dois domínios, seja pelas especificidades de cada um dos ramos do direito concretamente em questão, não deixa de ser relevantíssima.

⁽⁵⁵⁾ Cf. Vieira de ANDRADE, “Os direitos, liberdades e garantias”, 276. Também Daniel SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 223, assume claramente que “não seria correto simplesmente transplantar o particular para a posição de sujeito passivo do direito fundamental, equiparando o seu regime jurídico ao dos Poderes Públicos, pois o indivíduo, diversamente do Estado, é titular de direitos fundamentais, e está investido pela própria Constituição em um poder de autodeterminação dos seus interesses privados”.

da dignidade ética da pessoa humana. Com isto pretendemos afirmar que a *irradiação* dos direitos fundamentais pelo “território” do direito privado não pode deixar de sofrer o choque com os valores substantivadores deste domínio dogmático do direito que, no reconhecimento da autonomia do sujeito, levam pressuposta a compreensão do homem como *pessoa*, tornando-se, assim, imperioso reconhecer, acompanhando Konrad Hesse, que “um direito civil que repouse sobre a proteção da personalidade e sobre a autonomia privada é parte das condições fundamentais do ordenamento constitucional e da Lei fundamental” ⁽⁵⁶⁾. Nessa medida, mais do que a referência a uma *irradiação* dos direitos fundamentais que leve apenas pressuposta, na sua conceção, a necessidade de se reconhecer a existência de uma *ponte* entre as margens do direito privado e do direito constitucional, impor-se-á, segundo cremos, que se fale num verdadeiro *efeito de refração* dos direitos fundamentais que se projeta na necessidade de conciliar e harmonizar o seu âmbito de relevância com os valores fundamentais materialmente densificadores do direito privado. Ou seja, a determinação, em concreto, do sentido normativo dos direitos fundamentais no domínio das relações entre privados só pode ser lograda em resultado de uma ponderação que tenha em conta, na conformação do conteúdo do direito, a autonomia do ser pessoa ⁽⁵⁷⁾. Há, pois, uma apodítica necessidade de relevar, em tal operação, a intencionalidade própria do direito privado. E, contra o exposto, não pode afirmar-se que tal proposta se traduz numa interpretação dos direitos fundamentais *conforme* ao direito ordinário, porquanto, em rigor, e mantendo-nos ao nível do direito constitucional, não subsistem quaisquer dúvidas quanto à *fundamentalidade* e à dignidade (*supra*)constitucional desses pilares do direito privado. Assim sendo, tal *refração* há de implicar que o *feixe de luz* projetado pelos direitos fundamentais penetre no âmbito das relações reguladas pelo direito privado respeitando este ambiente dogmático.

⁽⁵⁶⁾ Cf. Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, 86-87.

⁽⁵⁷⁾ Nesse sentido, Vieira de Andrade esclarece que “aquilo que se deve entender por *mediação* na aplicabilidade dos preceitos constitucionais às relações entre iguais é, afinal, a necessidade de conciliar esses valores com a *liberdade* negocial e a *autonomia* privada (...) [existindo] um imperativo de *adaptação* e de *harmonização* dos preceitos relativos aos direitos fundamentais na sua aplicação à esfera de relações entre indivíduos iguais, tendo em conta a autonomia privada, na medida em que é também constitucionalmente reconhecida” — cf. Vieira de ANDRADE, “Os direitos, liberdades e garantias”, 290.

Significa isto que, apesar da influência que o direito constitucional não pode deixar de derramar sobre o direito civil, este mantém intocável a sua intencionalidade e a sua dogmática próprias. Este aspeto — fundamental para a compreensão de alguns problemas, como seja, como veremos *infra*, o da relevância do princípio da igualdade nas relações entre privados, mormente nas relações entre credores — determina, ainda, que o direito civil mantenha as suas sanções próprias. Não se fala a este nível de inconstitucionalidade de normas, mas de invalidade de atos e de ilicitude ou licitude de comportamentos, a poder determinar uma pretensão indemnizatória.

1.2. O direito civil e os outros ramos de direito privado especiais

Localizado no quadro do direito privado, o direito civil há de ser compreendido como direito privado geral ⁽⁵⁸⁾. Em rigor, nas suas origens o direito civil identificava, por antonomásia, todo o direito privado, regulando todas as relações entre particulares. Só progressivamente, fruto da autonomização de certos ramos do direito, em face da complexificação de alguns setores de atividade (*v. g.* direito comercial) ou de especiais necessidades de proteção (*v. g.* o direito do trabalho), é que o direito civil deixou de equivaler à totalidade do direito privado, restando como direito geral, por estabelecer um regime regra. Além disso, o direito civil funciona como Direito-mãe, do qual derivam os outros ramos do direito privado especiais, tendo, por isso, o papel de direito subsidiário ⁽⁵⁹⁾.

A sua vocação generalista permite-nos afirmar que o direito civil regula a generalidade das relações entre privados, sendo o ramo do direito que atinge o homem mais intensamente e mais extensivamente. Com efeito, e no que à sua extensão diz respeito, o direito civil acompanha toda a vida do homem, protegendo-o nos seus direitos mesmo antes do nascimento e atingindo-o mesmo depois da morte (basta pensar nos problemas relativos ao fenómeno sucessório e na tutela *post-mortem* dos direitos de personalidade). Ao longo da sua existência, o direito civil disciplina as relações do dia a dia, do ponto de vista pessoal e patrimonial, derramando a sua influência sobre a generalidade dos atos da pessoa, o que justifica o carácter intensivo deste ramo do direito.

⁽⁵⁸⁾ Com amplo desenvolvimento sobre o tema, cf. Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 23 s.; Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, 53 s.; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil I*, 67 s.

⁽⁵⁹⁾ Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 25.

Ao disciplinar os mais variados aspetos da vida do ser humano e ao regular as relações do quotidiano de cada um, o direito civil não se apresenta como neutro do ponto de vista axiológico. Pelo contrário, ele convoca uma específica intencionalidade, que convoca como vetores essenciais a autonomia e a responsabilidade.

Importa, por isso, aceder ao sentido e à intencionalidade do ramo do direito em questão, para o que será fundamental estudar alguns dos princípios fundamentais que o estruturam.

2. O SENTIDO E A INTENCIONALIDADE DO DIREITO CIVIL. OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

2.1. O personalismo ético

Se é certo que o Direito Civil português continua, ainda hoje, a ser tributário da conceptualização germânica herdada da Pandectística, não menos seguro é que, com a superação do pensamento normativista, se caminhou de um direito civil tendencialmente formal para um direito civil material, assente na Pessoa e na sua ineliminável dignidade ética.

O personalismo ético torna-se, assim, a marca distintiva da disciplina jus-privatística, contaminando com a sua intencionalidade muitas das (se não todas as) soluções pensadas para os diversos problemas de *quid iuris*, com que a este nível nos confrontamos. o núcleo mais fundo da fundamentação do Direito na Pessoa, diversa do indivíduo. Se este era uma construção oitocentista, que encerrava o homem sobre si mesmo e o tornava antagonista de qualquer outro homem, visto como um obstáculo à livre fruição do mundo por si, a Pessoa é necessariamente um ser de relação. O homem, porque é pessoa, só se realiza no encontro com o outro, ao qual dirige uma pretensão de respeito e ao qual se dirige reconhecendo a sua ineliminável dignidade ética. Repare-se que esta necessidade do outro não é uma necessidade materialística e finalística, mas uma necessidade ética, já que sem o outro o «eu» deixa de o ser na sua plenitude. A Pessoa a que nos referimos não é, portanto, uma categoria ontológica ou antropológica, mas ético-axiológica ⁽⁶⁰⁾. Resulta daqui que

⁽⁶⁰⁾ Sobre o ponto, cf. Diogo Costa GONÇALVES, “O que é o homem?”, *Pessoa e direitos de personalidade. Fundamentação ontológica da tutela*, Almedina,

o Direito Civil não é axiologicamente neutro. Se muitos procuram arvorar, aproblematicamente, a (nunca realizável) neutralidade no quadro do Direito Civil, iremos perceber claramente o contrário: a sua matriz é determinada uma axiologia específica, a única compatível com um ordenamento jurídico que verdadeiramente o queira ser.

De uma forma simplificada e generalista, podemos enunciar as diversas consequências deste personalismo ético ao nível do Direito Civil. Porque o Direito Civil — e a Teoria Geral do Direito Civil — se alicerça na Pessoa, transmuta-se a própria compreensão que se tem do direito subjetivo, enquanto categoria central da sistemática civilística; exige-se o reconhecimento do ser humano como alguém dotado de dignidade originária e própria, que lhe é inerente desde a conceção ⁽⁶¹⁾; impõe-se o reconhecimento dos direitos de personalidade, que passam a ser compreendidos na direta relação com a pessoalidade que os funda; passa a compreender-se a liberdade não como uma liberdade negativa ou mesmo como uma liberdade positiva vazia de conteúdo, mas como liberdade que só é pensável no encontro com o outro, com o qual se estabelecem pontes de solidariedade, pelo que envolve sempre a responsabilidade, como forma de atualização dessa própria autonomia; deixa de se pensar a responsabilidade como um limite da liberdade, mas como a outra face de uma autonomia que só se compreende materialmente; proscrevem-se as formas de egoísmo individualista, com consequências óbvias não só na imposição de deveres de comportamento nas condutas quotidianas, mas também ao nível da atuação no tráfego negocial; exige-se o reconhecimento de personalidade e capacidade a todos os seres humanos, só sendo admissíveis formas de incapacitação que sirvam para tutelar o próprio incapaz; passa a compreender-se a propriedade — enquanto arquétipo dos direitos subjetivos, tal como foram forjados — com uma dimensão não individualística; olha-se para a família como um núcleo fundamental do pleno desenvolvimento da personalidade de cada um.

É à luz deste personalismo ético que podemos compreender muitos dos princípios fundamentais e fundamentantes do direito civil.

Coimbra, 2008, 38 s.; Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Princípiã, 2013, cap. V.

⁽⁶¹⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 12.

2.2. O princípio da autonomia

2.2.1. O sentido ético-axiológico da autonomia

O nosso é um tempo de liberdade. Castanheira Neves ⁽⁶²⁾ diz-nos que “todas as civilizações conheceram “capitais polaridades referenciais” que são “os agônicos matizes culturais dessas épocas e de compreensão do homem nelas”. Para os gregos, a determinante polaridade cultural era a de o Ser e a tragédia; para o homem medieval (e também para todo o bíblico Cristianismo e também o atual) foi a de Deus e do pecado; a da modernidade a do homem e a ciência; e a nossa atual, a da liberdade e o sentido. O nosso tempo é, segundo o diagnóstico do pensador, caracterizado por diferentes mortes: a morte de Deus (Nietzsche), a morte da história (Fukuyama), a morte da responsabilidade (Perry Anderson), a morte da consciência na sua explicativa redução bio-psicológica (Freud), a morte do próprio homem (Foucault). E isso leva-o a questionar ⁽⁶³⁾: “mortes todas essas para que viva o quê?” Para que viva a liberdade. Só que “essa liberdade consequente ao vazio não pode ser ela mesma uma abertura vazia — o que seria uma liberdade de absurdo e que desse modo a si mesma se negaria — assim como não será, em alternativa, a da vontade absoluta da autonomia incondicional que em si mesma assuma o infinito (...), já que nessa liberdade (...) também menos o homem autenticamente se reconheceria, pois o homem só o é na sua existência, no ser e na história, pelo transcender-se a algo convocante com que dialogue na procura da resposta às perguntas fundamentais”. Mais explicitamente, Castanheira Neves diz-nos que “a liberdade não a podemos compreender hoje como a mera disponibilidade de um vazio residual e redutor que como tal nos anulasse, mas como a abertura convocada e responsabilizada por referências transcendentais que nos realizem na nossa humanidade. Pela proclamação das mortes referidas, e seja ou não fundada essa proclamação, não se pretenderá que regressemos

⁽⁶²⁾ A. Castanheira NEVES, “O “jurisprudencialismo” — proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito”, *Teoria do direito: direito interrogado hoje — o jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao doutor António Castanheira Neves* (coord. Nuno Coelho; António Silva), Salvador, 2012, 9-79, 24 s.

⁽⁶³⁾ A. Castanheira NEVES, O “jurisprudencialismo” — proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito, 27.

radicalmente a nós para aí ficarmos vazios e sim para nos abriremos sem obstáculos à possibilidade dessa nossa realização (...). O sentido e os sentidos não os temos de compreender como meras criações humanas e de que o homem de todo disponha (...), antes o vemos (...) como respostas humanas histórico-culturais humanas, ao apelo absoluto da Transcendência”.

A verdade é que, herdeiros que somos do pensamento moderno, a liberdade surge muitas vezes pensada num sentido empobrecedor, como uma mera ausência de constrição heterónoma ⁽⁶⁴⁾. O homem, tido por autossuficiente, é compreendido, nesse quadro, como um ente que se situa antes de qualquer contacto social, um indivíduo, em confronto com os demais — tidos como obstáculos à realização das suas aspirações — e com o Estado. A grande preocupação que avulta é, portanto, a da limitação do poder daquele — forjado com base no mecanismo do contrato, através do qual o indivíduo lhe transfere parte dos seus direitos, de modo a garantir a ordem e sair do estado de natureza — e qualquer imposição ou proibição surge como anómala, como uma limitação da vontade do indivíduo ⁽⁶⁵⁾. A liberdade seria, então, a mera liberdade negativa, como ausência de constrição. A ela associar-se-ia uma ideia de liberdade positiva, entendida como autonomia ou poder de autodeterminação. Sem que, contudo, essa liberdade positiva seja, também ela, sempre adequadamente compreendida. Em Kant, a liberdade é posta na dependência do cumprimento do imperativo categórico. O homem é livre não quando, à deriva, vai agindo instintivamente, mas quando, guiado pela razão prática, faz da sua vontade a instância que dita as regras de conduta ⁽⁶⁶⁾. Acontece que a vontade a que se alude está sujeita, para que essa liberdade

⁽⁶⁴⁾ Diogo Leite CAMPOS, *As relações de associação, — o direito sem direitos*, Coimbra: Almedina, 2011, 104 s.

⁽⁶⁵⁾ Para o pensamento moderno, arauto do liberalismo, a liberdade — estribada no indivíduo — era vista de um prisma meramente negativo (cf., a este propósito, Lucien JAUME, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris: Fayard, 1997 e *La liberté et la loi. Les origines philosophiques du libéralisme*, Paris: Fayard, 2000). Mas a visão libertária da liberdade não se confina ao passado, apresentando, atualmente, um peso específico grande. Pense-se em Rawls, Nozick e Hayek. Veja-se, ainda, Stuart MILL, *Sobre a liberdade*, Edições 70, Lisboa, 2006, 106.

⁽⁶⁶⁾ Criticando a tradição alemã de polarização da liberdade na vontade do homem, cf. António Braz TEIXEIRA, *Sentido e valor do direito. Introdução à filosofia jurídica*, 3.^a edição, revista e aumentada, Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2006, 132 s.

seja alcançada, à moralidade, ou dito de outro modo, deve agir segundo a sua máxima de tal modo que ela possa ser convertida em lei universal ⁽⁶⁷⁾. Nem só em Kant, porém, se alicerça a dimensão positiva da liberdade ⁽⁶⁸⁾ ⁽⁶⁹⁾. Se, na divisão entre o fenoménico e o numénico, ela fica reservada para o segundo e se realiza na prossecução de máximas que se transformem em leis universais, com a dialética hegeliana, a liberdade — positivamente entendida — encontra a sua expressão nas instituições culturais — família, sociedade civil, Estado — em que se efetiva. Conforme salienta Schapp, na explicitação da categoria ética no pensamento do autor, “à pessoa oferece-se, nas instituições, uma multiplicidade de possibilidades de escolha, de tal maneira que a orientação valorativa das ações nas instituições é acompanhada pela liberdade de eleição” ⁽⁷⁰⁾.

A estrutura dialética do pensamento hegeliano parece afastar-nos da negatividade do agir livre, para nos encaminhar para a afirmação

⁽⁶⁷⁾ Cf. E. KANT, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Textos Filosóficos, Edições 70, 1992, tradução de Paulo Quintela. Interpretando o pensamento kantiano no sentido de dele extrair o suporte da afirmação de uma liberdade positiva, isto é, positivamente fundada na razão prática, “ou seja, como condição da moralidade da intenção prática”, cf. A. KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, (tradução de António Ulisses Cortês), 2.^a edição, 2007, 361. Refira-se, aliás, que, na exposição da sua conceção de liberdade, o autor afirma expressamente não ser a liberdade aquilo que os modernos pensaram.

⁽⁶⁸⁾ Para uma análise da influência da conceção de liberdade kantiana na modelação do Estado moderno e na juridificação do direito à liberdade, cf. WRIGHT, “Right, Justice and Tort Law”, *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford: Clarendon Press, 1996, 159 a 182, 164-165.

⁽⁶⁹⁾ Cf., a este ensejo, G. C. MACCALLUM, “Negative and Positive Freedom”, *Philosophical Review*, 76, 1967, 314 s.

⁽⁷⁰⁾ Cf. Jan SCHAPP, *Derecho Civil y Filosofía del Derecho: la libertad en el derecho*, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, n.º 8, Universidad Externado de Colombia (tradução de Luís Villar Borda), 40. Cf., também, do autor, “Die Grenzen der Freiheit”, *Juristenzeitung*, 12, 61. Jahrgang, 2006, 581 e s. A controvérsia entre Kant e Hegel acaba por resvalar na atual oposição entre liberalismo e comunitarismo, sendo importante, segundo a visão de Schapp, procurar compreender outros contributos, designadamente o modelo platónico de limitação da liberdade e a doutrina cristã. Aquele modelo platónico implica que seja dada atenção à limitação do desejo e da razão. Segundo Platão, o desejo e a paixão tendem para o excesso, dominados que são pela vontade de se ter sempre mais, competindo à razão a missão de prevenir e combater tais consequências, para o que chama a depor a virtude da prudência, que só se atinge com a sabedoria. Este modelo acaba por se dissolver noutros. Com o Cristianismo, a Pessoa é transformada pela Fé, passando o homem a ser livre em Deus e por meio de Deus.

da liberdade como indissociável de uma conduta orientada valorativamente. E é esta nota de orientação valorativa da conduta que não podemos deixar de sublinhar, exatamente porque é ela que nos permitirá afastar decisivamente da concepção de liberdade tal como vinha pensada pelos modernos ⁽⁷¹⁾.

Na verdade, quer se colime na vontade, quer se imbrique no espírito, a liberdade positiva concretiza-se, não pelo afastamento dos demais relativamente à nossa esfera de domínio, mas pela possibilidade de autodeterminação, isto é, de, optando entre diversas alternativas de ação,

⁽⁷¹⁾ Advirta-se, porém, que no período moderno a liberdade não vinha pensada em termos de puro arbítrio. Como alerta Castanheira Neves (cf. “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 6, 1996, 9 a 43, 20), ela “assimilaria a razão e se especificaria em direitos naturais”, sendo, portanto, vista como “categoria nova que à autonomia identificava o livre arbítrio, a autodeterminação em último termo da *res cogitans*”. A entrada em cena do sujeito transcendental kantiano — com a consequente desvinculação dos condicionamentos do mundo físico — não depõe, portanto, por si só no sentido da matização eticamente conformada da liberdade a que o autor alude, tudo dependendo, como se perceberá, da interpretação que se derrame sobre o seu pensamento. Pessoa ou indivíduo serão, pois, os polos de dilucidação do modo como olhamos para o ser livre. E a verdade é que, tal como aduz Castanheira Neves (cf. “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, cit., p. 33), Kant não distingue o sujeito da pessoa e “o primeiro é uma entidade antropológica, o segundo é uma aquisição axiológica”.

A este propósito, veja-se, ainda, René DESCARTES, *Meditações sobre Filosofia Primeira*, Almedina, Coimbra, 1992, 172. Analisando o pensamento do filósofo a propósito do conceito de liberdade, cf. Isabel BANOND, “Notas acerca da liberdade e o livre-arbítrio no pensamento setecentista oitocentista”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol., XLIX, n.ºs 1 e 2, 2008, 13.

Advirta-se, ainda, que com a asserção inscrita em texto não pretendemos anunciar qualquer abertura ao acolhimento globalizante das doutrinas neohegelianas, de que o ordinalismo concreto é expressão, para o qual o direito é perspetivado como uma ordem concreta, expressão sintética e ontológica da normatividade e da realidade. Afirma, simultaneamente, quer a dimensão histórica do direito, quer a sua dimensão axiológica. Consegue-o pela superação hegeliana da dualidade entre ser e dever ser, a permitir a definitória problematização do jurídico como a ideia ética imanente a uma comunidade concreta. No fundo, a própria realidade levava insita uma determinada norma que vincularia o comportamento dos indivíduos.

Percebe-se, na enunciação exageradamente simplista que aqui trouxemos, que os termos dialéticos em que se louva a perspetiva outra coisa não podem ditar senão a sua imprestabilidade. Na verdade, a mesma realidade seria objeto e norma de valoração, transformando-se o direito numa metafísica. Para maiores desenvolvimentos, cf. Castanheira Neves, *Questão de Facto e Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. A Crise, Almedina, Coimbra, 1967, 670 s.

elevarmo-nos ao estatuto de definidores do rumo que seguimos. Dito de um modo mais direto, damos a nós mesmos as nossas regras, que, em última instância, mobilizamos diante do dilema ou mais amplamente da necessidade de escolha. Esta liberdade positiva ainda não será suficiente para afirmar a eticidade que funda a normatividade.

Simplesmente, não há de ser qualquer critério optativo que pode ascender ao estatuto de móbil orientador de condutas a ser chancelado pelo direito. Ao admitir-se tal impositação do mundo, facilmente resvalaríamos na afirmação do direito como uma pura forma, desnudada que qualquer intenção material subjacente, e bem assim na afirmação do seu modo-de-ser totalmente dependente da prescrição legislativa. Ou seja, a afirmação de uma liberdade positiva desarraigada de um sentido ético subjacente que a vivifique só poderia ser logicamente aceite se, *a priori*, aderíssemos a duas teses redutivistas. A primeira a sustentar um arquétipo jurídico meramente formal, dado que a tutela da liberdade como mera possibilidade de escolha pessoal — independentemente da materialidade que subjaza ao critério mobilizado pelo agente — só é configurável se e na medida em que o direito se contentasse com a mera ordenação de condutas que aparentemente cairiam sob a chancela da liberdade. Donde, uma segunda tese redutivista teria de necessariamente ser abençoada: aquela que reduzisse a juridicidade a um acervo de normas postas pelo órgão legitimado politicamente para o fazer. Pois que, só assim seria pensável *a posteriori* a eliminação da problematicidade do agir, como se tudo redundasse no binómio: a lei proíbe e há uma restrição à liberdade; a lei não o proíbe pelo que o comportamento é permitido, sendo tutelado pela nota do valor — embora desvalioso — que se assumia como cimeiro. É que, ao pressupormos que a juridicidade é mais ampla que a legalidade, somos instados a estender o nosso raciocínio de forma congruente e levados a pensar que, diante de uma dada situação que, colocando um problema de partilha do mundo, convoque a cobertura do direito, ela só pode ser solucionada com apelo a um mínimo de eticidade que, em primeira instância, nos vai permitir relevar o seu cunho jurídico ⁽⁷²⁾. E mesmo que — o que só por facilidade argumentativa aceitamos — admitamos o raciocínio do

⁽⁷²⁾ Cf. Mariá BROCHADO, *Direito e ética: a eticidade do fenómeno jurídico*, São Paulo: Landy, 2006. Cf., também, Germano Marques da SILVA, «Justiça, liberdade, direito e ética — diferença na unidade», *Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, vol. XI, tomo I, 1997, 5 a 13.

tipo *o que não é proibido por lei é permitido*, como justificar a opção do legislador de salvaguardar uma dada posição em detrimento de uma antagónica, sem a pressuposição de um valor ético que, transcendendo a situação concreta, a permita ajuizar? ⁽⁷³⁾ E se tudo isto depõe no sentido da imprestabilidade da compreensão do direito como pura forma, na total dependência da *voluntas* do legislador, sempre tendencialmente arbitrária, implica também a impossibilidade de a liberdade — no direito — ser ancorada na pura vontade subjetiva do agente decisor ⁽⁷⁴⁾, sob pena de se cancelar como valiosa uma conduta materialmente desvaliosa só porque vestida com a capa formal da liberdade e, com isso, se contrariar a intencionalidade do próprio jurídico.

Concita-se, então, uma dúvida: como pensar a liberdade, essa liberdade positiva — compreendida como autodeterminação — preenchendo o seu conteúdo com a nota do valor?

O mesmo é — num outro plano — questionar qual o fundamento material da juridicidade se não se quiser ficar preso ao formalismo de que somos herdeiros diretos, e sem que com isso se resvale na impoção jusnaturalista do direito, pouco consentânea, no seu dedutivismo, com a especificidade das exigências que são colocadas ao direito, e arredada da historicidade e complexidade informadoras do mundo tal como o concebemos ⁽⁷⁵⁾.

Encontrada a resposta para esta *vexata quaestio*, dir-se-á que fica respondida a primeira das cogitações, dado que o direito só pode cobrir com o seu manto aquilo que for reconhecido, ao extrapolar-se do sistema positivo, como juridicamente valioso ⁽⁷⁶⁾.

⁽⁷³⁾ A dúvida não é exclusivamente nossa, tendo sido colocada anteriormente por diversos autores. Nesse sentido, cf. A. Castanheira NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, 27. Veja-se, numa linha procedimentalista diversa, Chaïm PERELMAN, *Ética e Direito*, tradução de João Duarte, Instituto Piaget, 1990, 65.

⁽⁷⁴⁾ Ligando o modo como concebemos a liberdade a uma dada conceção de juridicidade, cf. A. Castanheira NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, 17.

⁽⁷⁵⁾ Cf., para além de outras referências ao pensamento do autor, A. Castanheira NEVES, “O Direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito”, *Digesta, Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outro*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, 287 a 310; ID., *O problema actual do direito. Um curso de Filosofia do Direito*, Coimbra-Lisboa, 1994.

⁽⁷⁶⁾ Ligando a ideia de direito, à qual é inerente um sentido ou um conteúdo axiológico, à ideia de liberdade, cf. António Braz TEIXEIRA, *Sentido e valor*, 150. Veja-se, também, Cf. Castanheira NEVES, *Questão-de-facto e questão-de-direito*.

Deixamos, portanto, de postular uma pura forma para eivarmos a normatividade com a nota da eticidade sem a qual o direito não pode ser reconhecido como ordem justa, de direito e do direito. A ação livre não pode, pois, continuar a ser vista na solidão atomizante do homem-vazio que atende à sua vontade no sentido instintivo do seu ser. O posso, quero e mando em que ela se vem a traduzir desvirtua a dimensão em que se polariza e converte um valor num não-valor. A escolha livre deve, então, ser vista como a decisão que, na autodeterminação pessoal, não olvida a essência prediativa do ser pessoa ⁽⁷⁷⁾. Ou dito de outro modo, a liberdade só o é verdadeiramente, enquanto dimensão ontológica da pessoa, se ela não se descaracterizar, isto é, se for e enquanto for a manifestação da pessoalidade de quem a reivindica ⁽⁷⁸⁾.

No seu denso diálogo filosófico, fornece pistas incontornáveis de inteligibilidade do direito enquanto tal.

⁽⁷⁷⁾ Cf. Cabral de MONCADA, *Filosofia do Direito do Direito e do Estado*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 38-39.

⁽⁷⁸⁾ No fundo, o que se pretende salientar é que a liberdade não se reduz a um decidir no vago entre duas possibilidades de ação, porque isso não distinguiria, verdadeiramente, o homem de qualquer outro animal. A decisão livre implica — não sendo possível nunca a redução da complexidade da eleição pelo absoluto conhecimento das consequências da ação — um salto qualitativo que, na sua radicalidade, e com toda a angústia mínima ou máxima que carrega, não pode ser dado no vazio, antes implicando uma referência de sentido: a pressuposição de algo, numa perspetiva empírica do tipo analógico, que, transcendendo a própria vontade arbitrária (ou a dimensão instintiva do desejo), o sustente. É por isso que uma decisão — qualquer que ela seja — pode ser explicada e fundamentada, havendo infundáveis — e quantas vezes insindicáveis — motivos para cumprir tal desiderato. Só que, do ponto de vista ético e jurídico — já que este faz apelo ao primeiro —, torna-se improcedente o acolhimento da panóplia global de motivações individuais, na medida em que tal implicaria desconsiderar o cerne da pessoalidade em que ambas as ordens normativas se colimam. Donde resultam duas consequências. Do ponto de vista da liberdade, se esta é um atributo essencial da pessoa, o seu uso em contradição com a eticidade que a enforma e informa implica uma degradação da própria liberdade.

Por outro turno, do prisma da fundamentação do jurídico e da judicativa realização em que ele se cumpre, o desvalioso — porque contrário à dignidade da pessoa humana — não pode ser chancelado, num autismo obnubilador da axiologia fundamentante, como valioso por mero apelo a uma carapaça formal.

Cf. Castanheira NEVES, *Questão de facto*, cit., 472 a 474. Afirma o autor que, “no comportamento ético, o ego é pessoa, realidade axiológica, que se constitui pela referência e na vivência de uma ordem de valores, que não são objeto a apreender teoricamente, pois são a constitutiva dimensão axiológica da pessoa a revelar-se no seu

Pelo que é, afinal, na caracterização do modo como o homem se concebe a si, no momento histórico-cultural que nos situa e condiciona, que vamos encontrar a matriz enformadora daquela, a partir da qual devemos pautar a nossa análise judicativa. Importa, então, perceber quem é, afinal, a pessoa ⁽⁷⁹⁾. De facto, se o homem enquanto tal existe desde sempre, o olhar que, reflexivamente, sobre si derramou nem sempre foi coincidente. Da imersão no cosmos ao tempo hodierno, passando pela individualização iluminista, muitas foram as formas como se compreendeu até à afirmação contundente da pessoalidade como categoria ética capaz de captar a essência informadora do ser humano ⁽⁸⁰⁾. E se o mundo de oitocentos foi dominado pela ideia de individualidade, o ficcionismo que imbuía a forma de autocompreensão do *eu* — isolado e solitário no confronto com os demais — acabou por ser ferido de morte pelos contributos de filósofos como Heidegger ⁽⁸¹⁾, Lévinas ⁽⁸²⁾, Max Scheler ⁽⁸³⁾ e pelo pensamento cristão.

próprio comportamento”. E mais à frente sustenta, impressivamente, que “o sujeito pode ter de abster-se de concluir cognitivamente, mas já não pode haver abstenção ética. A abstenção, a suspensão da ação e do juízo, é sempre no domínio ético ou farisaísmo [sendo o fariseu aquele que “se fecha à compreensão, que corta a comunicação da coresponsabilidade, isolando-se do outro, através de um véu de suposta pureza] ou imoral abdicação [própria do desinteresse ou da indiferença ética, que rompe a comunicação e se recusa à humana solidariedade]”. Castanheira Neves sublinha, portanto, a natureza do ser humano como um “ser com os outros numa coresponsabilidade moral”.

⁽⁷⁹⁾ Sobre o ponto, cf. o estudo de D. Costa GONÇALVES, “Pessoa e ontologia: uma questão prévia da ordem jurídica”, *Estudos de Direito da Bioética*, vol. 2, Coimbra: Almedina, 2008, 125 s. Veja-se, ainda, em resposta à questão “O que é o homem?”, *Pessoa e direitos de personalidade. Fundamentação ontológica da tutela*, Coimbra: Almedina, 2008, 38 s. Em sentido concordante, Oliveira Ascensão, *Prefácio* da obra anteriormente citada, considerando que hoje a autonomia surge desligada da sua finalidade essencial, que é a realização da pessoa, transformando-se a dignidade num conceito vazio.

⁽⁸⁰⁾ Cf. V. Duarte de ALMEIDA, “Sobre o valor da dignidade da pessoa humana”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2005, 623-648, aqui 626.

Cf., ainda, D. Costa GONÇALVES, “Pessoa e ontologia”, 130 s. e ID., *Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela*, Coimbra: Almedina, 2008, 23.

⁽⁸¹⁾ Cf., para maiores desenvolvimentos, Frederick A. OLAFSON, *Heidegger and the grounds of Ethics. A study of Mitsein*, Cambridge University Press, 1998.

Cf., igualmente, para uma perspectiva generalista, Nicola ABBAGNANO, *História da Filosofia*, vol. XIV, Lisboa: Editorial Presença, 1978, 192 s.

⁽⁸²⁾ Cf. Jonathan CROWE, “Levisian Ethics and Legal Obligation”, *Ratio Iuris*, vol. 19, issue 4, 2006, 421-433. Analisando as implicações da ética de Lévinas na

No exercício de busca pelo fundamento explicativo da dignidade humana, que nos possa oferecer as coordenadas do seu entendimento e pistas de densificação do seu conteúdo, é incontornável o nome de Immanuel Kant ⁽⁸⁴⁾. Na sua obra, é central o conceito de dignidade, que todas as pessoas, de modo igual e inato, possuem ⁽⁸⁵⁾.

Da Fundamentação da Metafísica dos Costumes resulta que, ao tornar as suas escolhas individuais dignas em termos morais, através do cumprimento do imperativo categórico, em qualquer das suas formulações (“age como se a máxima da tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza”; “age de tal modo que tornes a humanidade, tanto na tua pessoa, quanto na pessoa de qualquer outro, como um fim e nunca como um meio”), o homem eleva-se acima dos restantes animais, assumindo a dignidade de um ser que tem um valor incomensurável. Esta dignidade funda-se, no pensamento do autor, na autonomia do sujeito e na sua capacidade para definir os fins da própria ação ⁽⁸⁶⁾. Nas palavras de Kant, “supondo, porém, que haveria algo cuja existência tenha em si um valor absoluto — o que, enquanto fim em si mesmo, poderia ser um fundamento de leis determinadas —,

conformação legal da noção de obrigação, e centrando-se sobretudo na noção de terceiro de que o filósofo fala, Crowe sustenta a sua incompatibilidade com teorias como as de Hart, na proposta de distinção entre obrigações morais e obrigações legais.

⁽⁸³⁾ Como veremos, entendemos não ser possível fundar a juridicidade — e concretamente o sentido positivo da liberdade tal como ela vem pensado — na pura descoberta fenomenológica do ser humano.

Abona a favor dela, no entanto, o apego ao dado concreto, fugindo do racionalizante modelo de pensamento típico da modernidade.

⁽⁸⁴⁾ Immanuel KANT, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Textos Filosóficos, Edições 70, 1992, tradução de Paulo Quintela

⁽⁸⁵⁾ Cf., a este propósito, Thomas E. HILL, “Kantian perspectives on the rational basis of human dignity”, *The Cambridge Handbook of Human Dignity* (ed. Marcus Düwell, Jens Braarvig, Roger Brownsword, Dietmar Mieth), Cambridge University Press, 2014, 215 s.

⁽⁸⁶⁾ Sobre o ponto, cf. Lucas Mateus DALSOTTO/Odair CAMATI, “Dignidade humana em Kant”, *Theoria - Revista Eletrônica de Filosofia Faculdade Católica de Pouso Alegre*, vol. V, n.14, 2013, 129 s., considerando que não é idêntico pensar que a fundamentação da dignidade se encontra na dignidade ou na definição dos próprios fins. Segundo os autores, as consequências de uma e outra interpretação não são totalmente coincidentes, na medida em que, na primeira hipótese, apenas os seres autônomos possuem dignidade, enquanto na derradeira todos os seres humanos possuem dignidade independente de sua condição, mesmo aqueles que não são capazes de em concreto exercer a autonomia que lhes deveria ser inerente.

então encontrar-se-ia nele e tão-somente nele o fundamento de um possível imperativo categórico, isto é, de uma lei prática. Ora, eu digo: o homem — e de modo geral todo ser racional — existe com um fim em si mesmo, não meramente como meio à disposição desta ou daquela vontade para ser usado a seu bel-prazer, mas tem de ser considerado em todas as suas ações, tanto as dirigidas a si mesmo quanto a outros sempre ao mesmo tempo como fim” ⁽⁸⁷⁾.

A universalidade do conceito de dignidade está bem patente na obra kantiana. Mas o filósofo de Königsberg não alicerça a obrigação de respeito associada à dignidade em nenhum valor intrínseco e absoluto que o ser humano possua ⁽⁸⁸⁾. No reino dos fins, “tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade. O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um preço venal; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é a uma satisfação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades anímicas; aquilo, porém, que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é dignidade” ⁽⁸⁹⁾. Simplesmente, a pressuposição de um fim em si mesmo significa que não pode atender-se a qualquer particularidade, donde a dignidade se extrai de uma pura forma.

Kant, na fundamentação da moral que nos oferece, defende que nos devemos orientar por princípios *a priori*, fundados na razão pura e não nos dados empíricos da experiência. De acordo com as palavras do filósofo, “a boa vontade não é boa pelos efeitos que se promove ou realiza, pela aptidão para alcançar a finalidade proposta, mas tão-somente pelo querer, isto é, em si mesma, e considerada em si mesma, deve ser avaliada em grau muito mais alto do que tudo o que possa ser alcançado em proveito de qualquer inclinação, ou mesmo, se quiser, da soma de todas as inclinações” ⁽⁹⁰⁾, pelo que “nada senão a representação da lei em si mesma, que em verdade só

⁽⁸⁷⁾ Immanuel KANT, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, 159 s.

⁽⁸⁸⁾ Oliver SENSEN, “Dignity: Kant’s Revolutionary Conception”, *Dignity: A History*, Oxford University Press, New York, 2017, 237 s.

⁽⁸⁹⁾ Immanuel KANT, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, 77 s.

⁽⁹⁰⁾ Immanuel KANT, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, 32 s.

no ser racional se realiza, enquanto é ela, e não o esperado efeito, que determina a vontade, pode constituir o bem excelente a que chamamos moral” ⁽⁹¹⁾.

Para o autor, “aquilo que eu reconheço imediatamente como lei para mim reconheço-o com um sentimento de respeito que não significa senão a consciência de subordinação da minha vontade a uma lei, sem intervenção de outras influências sobre a minha sensibilidade” ⁽⁹²⁾. O imperativo categórico surge, assim, profundamente ligado à dignidade que se quer ver reconhecida. E, nessa medida, importa sublinhar que, segundo Kant, ele não pode ser reduzido à regra de ouro bíblica (“O que quereis que os homens vos façam, fazei-o também a eles”): “Não vá pensar-se que aqui o trivial *quod tibi non vis fieri* possa servir de diretriz ou princípio. Pois este preceito, posto que com várias restrições, só pode derivar daquele; não pode ser uma lei universal, visto não conter o princípio dos deveres para consigo mesmo, nem o dos deveres de caridade para com os outros (porque muitos renunciaram de bom grado a que outros lhe fizessem bem se isso os dispensasse de eles fazerem bem aos outros), nem mesmo, finalmente, o princípio dos deveres mútuos; porque o criminoso poderia por esta razão argumentar contra os juízes que o punem, etc.”.

A dignidade do ser humano resulta, portanto, das estruturas *a priori e formais da razão prática*, de modo universalizável. Simplesmente, esta visão formal e racionalista conduz à despersonalização do ser humano e, eventualmente, à sua degradação ⁽⁹³⁾.

Em primeiro lugar, colocam-se problemas no que respeita aos seres humanos que, pelas suas idiossincrasias, não detêm a capacidade de eleger fins e de agir autonomamente, não possuindo a racionalidade requerida pela dignidade, pese embora a sua vocação universalista. De forma correlata, corremos o risco de, diante do aparecimento de entes capazes de definir fins, ver o lugar do homem e da sua dignidade ser postergados para segundo plano. Pense-se na ameaça, utópica ou distópica, consoante as perspetivas, de se suplantar a razão humana pelo surgimento de entes dotados de inteligência artificial ⁽⁹⁴⁾.

⁽⁹¹⁾ Immanuel KANT, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, 38.

⁽⁹²⁾ Immanuel KANT, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, 39.

⁽⁹³⁾ Cf. Zachary DAVIS, “Scheler and human dignity”, 271 s.

⁽⁹⁴⁾ Cf. Nick BOSTROM, “In defence of Posthuman dignity”, *Journal of Bioethics*, 2005. Em apreciação crítica do autor, v. Martin WEISS, “Posthuman dignity”, *The Cambridge Handbook of Human Dignity* (ed. Marcus Düwell, Jens

Em segundo lugar, ao não nos oferecer um conteúdo material e axiologicamente conformado para a recondução da máxima da ação a um princípio universal, deixa-nos desamparados no momento da determinação do que é o tratamento do outro como um meio e não como um fim. No fundo, ao abstrairmos do modo como são desenvolvidas as capacidades racionais do ser humano, corremos o risco de aceitarmos como boas, num ficcionismo que põe em causa a própria essência do ser humano, soluções degradantes das dimensões essenciais da pessoalidade que são ignoradas. De facto, o ficcionismo a que nos referimos condena-nos à compreensão do ser humano em função da razão, esquecendo outras dimensões que lhe são essenciais. E uma razão pura, afastada de uma visão instrumental que nos levaria a analisar a bondade da ação em função dos fins (das consequências) a que nos conduzissem. Trata-se de uma razão que, mais do que mostrar que meios devemos mobilizar para atingir certos fins, como em Hume, nos fornece leis categóricas, dizendo o que se deve fazer porque tal corresponde ao dever. Como tal, são leis universais e impessoais, no sentido de que naquelas circunstâncias está certo adotar uma determinada conduta sempre, independentemente da pessoa do agente, já que o valor de uma ação deriva da sua máxima que ela incorpora e não das consequências que pode comportar. Consoante explica Elliot Sober ⁽⁹⁵⁾, “se o comerciante age aplicando a máxima «sê sempre honesto», a sua ação tem valor moral. Todavia, se a sua ação é o resultado da máxima «não enganes as pessoas se é provável que isso te cause prejuízos financeiros», ela é meramente prudencial, e não moral. O valor moral depende dos motivos e os motivos são dados pela máxima que o agente aplica ao decidir o que fazer”. Daí que os imperativos categóricos sejam universalizáveis.

Simplesmente, e continuando a acompanhar Elliott Sober, há um problema evidente na universalização das máximas da ação, que é o de Kant não ter percebido que a mesma ação pode incorporar mais do que uma máxima. Nas palavras do autor, “Kant parece pressupor que cada ação incorpora apenas uma máxima, de maneira que podemos testar a moralidade de um ato universalizando a sua máxima. O problema é que há várias máximas que podem conduzir a uma

Braarvig, Roger Brownsword, Dietmar Mieth), Cambridge University Press, 2014, 319 s.

⁽⁹⁵⁾ Elliott SOBER, “A teoria moral de Kant”, *Crítica na rede*, 2006 (https://criticanarede.com/eti_kant.html).

determinada ação; algumas podem ser universalizadas, enquanto outras não (...). Alguém tem de decidir se pede dinheiro emprestado prometendo que paga o empréstimo, embora não tenha a intenção de cumprir a promessa. O que significaria isto caso todos se comportassem assim? Uma maneira de descrever esta ação decorre da máxima “Faz uma promessa mesmo que tenhas a intenção de a quebrar”. Kant afirma que universalizar esta máxima é impossível porque a proposição seguinte é uma contradição: Todos fazem promessas mesmo que ninguém tenha a intenção de cumprir as promessas que faz. Todavia, também podemos descrever a ação do homem como decorrendo de uma máxima bastante diferente: “Não faças promessas a menos que tenhas a intenção de as cumprir, exceto se estiveres numa situação de vida ou de morte e se a tua intenção de quebrar a promessa não for evidente para os outros”. Universalizar esta máxima não conduz a contradição, uma vez que é perfeitamente possível que o mundo seja da seguinte maneira: Todos fazem promessas e em geral as pessoas esperam cumprir as promessas. A exceção surge quando há uma enorme vantagem pessoal em fazer a promessa sem a intenção de a cumprir e a intenção de quebrar a promessa não é evidente para os outros. Longe de ser impossível, esta generalização parece descrever de maneira bastante exata o mundo em que efetivamente vivemos” ⁽⁹⁶⁾.

Uma importante consequência do teste da universalização é a afirmação da dignidade do ser humano, porque ele conduz-nos à ideia de que devemos tratar os outros como fins e nunca como meios. Simplesmente, se o teste da universalização falha e nos deixa sem critério de ação — porque não é plausível que a moralidade assuma como absolutamente errado mentir em qualquer circunstância, mesmo que em causa esteja a salvaguarda da vida de outro, por exemplo —, parece também falhar o fundamento da dignidade que se busca. Mais do que isso, ao conduzir-nos a um pensamento de tipo formal, sem apelo a qualquer fundamento transcendente, que rejeita para aderir a uma perspectiva transcendental, anunciadora da revolução copernicana que protagoniza, Kant deixa-nos desamparados no que respeita a saber quais as situações em que a dignidade é posta em causa (tudo dependendo da forma como se descreve e considera a máxima da ação), ao mesmo tempo que não atende às condições da própria dignidade, ignorando uma segunda vertente do problema que seria depois

⁽⁹⁶⁾ Elliott SOBER, “A teoria moral de Kant”.

recuperado por autores como Amartya Sen e Martha Nussbaum ⁽⁹⁷⁾, numa visão da qual também nos afastamos liminarmente.

Embora a filosofia moral de Kant seja tributária da ideia de dever, enquanto necessidade de obediência ao imperativo categórico, ao ponto de ser imprescindível conceber-se a existência de deveres para consigo mesmo, porque o sujeito está “submetido à obrigação a outros somente na medida em que eu simultaneamente submeto a mim mesmo à obrigação, uma vez que a lei em virtude da qual julgo a mim mesmo como estando submetido à obrigação procede em todos os casos de minha própria razão prática e no ser constrangido por minha própria razão, sou também aquele que constrange a mim mesmo” ⁽⁹⁸⁾, estes deveres são os que resultam do razão pura do homem *numénico* ⁽⁹⁹⁾, não sendo projeção de um critério material de moralidade que permita alicerçar consistentemente a dignidade ⁽¹⁰⁰⁾.

Por último, alguns autores entendem que se sobrevaloriza demasiado a influência do autor no desenvolvimento histórico da noção de dignidade e respeito ⁽¹⁰¹⁾.

De facto, em certa medida, a possibilidade de se extrair a dignidade humana da racionalidade estaria já presente em autores como Pico della Mirandola, na sua *De hominis dignitate oratio*. Se Mirandola extrai

⁽⁹⁷⁾ Rutger CLAASSEN, “Human dignity in the capability approach”, *The Cambridge Handbook of Human Dignity* (ed. Marcus Düwell, Jens Braarvig, Roger Brownsword, Dietmar Mieth), Cambridge University Press, 2014, 240 s. V., igualmente, Amartya SEN, *Commodities and Capabilities*, Oxford University Press, New Delhi, 1987; Martha NUSSBAUM/Amartya SEN, *The Quality of Life*, Clarendon Press, Oxford, 1993.

⁽⁹⁸⁾ KANT, *A metafísica dos costumes*, Edições 70, 2019, 260 s.

⁽⁹⁹⁾ Nas palavras de Kant, “o ser humano, como um ser natural possuidor da razão (*homo phaenomenon*), pode ser determinado por sua razão, como uma causa, às ações no mundo sensível e, até aqui, o conceito de obrigação não é considerado. Mas o mesmo ser humano pensado em termos de sua personalidade, ou seja, como um ser dotado de liberdade interior (*homo noumenon*), é considerado como um ser que pode ser submetido à obrigação e, com efeito, à obrigação para consigo mesmo (para com a humanidade em sua própria pessoa). Assim, o ser humano (tomado nestes dois sentidos distintos) pode reconhecer um dever consigo mesmo, sem cair em contradição (porque o conceito de ser humano não é pensado em um e mesmo sentido) — cf. *A metafísica dos costumes*, 260.

⁽¹⁰⁰⁾ Trata-se do dever de obedecer à lei da universalização e não de deveres que, tendo como objetivo a proteção da própria pessoa, fundam a sua autorresponsabilidade.

⁽¹⁰¹⁾ Remy DEBES, “Respect: A History”, *Respect: Philosophical Essays* (ed. Richard Dean/Oliver Sensen, Oxford University Press, Oxford/New York, 2021, 1-28 e Remy DEBES, “Dignity”.

a dignidade da antiga doutrina cristã da *Imago Dei*, o homem feito à imagem e semelhança de Deus, como explica Copenhaver ⁽¹⁰²⁾, o seu pensamento surge fortemente influenciado pela cabala e pelas ideias de superação do corpo, próprias dos gnósticos e dos cátaros, por forma a aproximar-se dos anjos, de tal modo que a dignidade surge como uma aspiração e com uma dimensão desencarnada e racional ⁽¹⁰³⁾.

Em relação ao tempo futuro, Pico della Mirandola haveria de preparar o caminho para a lenta desencarnação da dignidade de que nos fala Puppink, a culminar nas posições defendidas por Huxley, numa linha evolutiva que retira ao homem parte da sua dignidade, por o amputar de dimensões essenciais.

Não se pense, contudo, que a chamada à colação da ideia de *imago Dei* encontra em Mirandola a sua génese. Muito pelo contrário, esta ideia já se encontra em muitos textos medievais ⁽¹⁰⁴⁾. Ao contrário da filosofia mais antiga que olhava para o ser humano como um ser racional, social e político, passa a compreender-se o homem como um ser criado à imagem e semelhança de Deus ⁽¹⁰⁵⁾. Ao participar de Deus, sendo Sua imagem, o ser humano participa da razão de Deus, podendo exercer o seu livre arbítrio ⁽¹⁰⁶⁾. O homem, com a sua racionalidade, torna-se, assim, capaz de avaliar as possíveis alternativas de ação, decidindo agir num dado sentido, sendo este *secundum rationem agere* não apenas fonte de liberdade, mas também de responsabilidade.

⁽¹⁰²⁾ Brian COPENHAVER, “Dignity, Vile Bodies, and Nakedness: Giovanni Pico and Giannozzo Manetti”, *Dignity: A History*, Oxford University Press, New York, 2017, 134 s.

⁽¹⁰³⁾ Veja-se, também, Remy DEBES, “Dignity”.

⁽¹⁰⁴⁾ Dieter MIETH, “Human dignity in late-medieval spiritual and political conflicts”, *The Cambridge Handbook of Human Dignity* (ed. Marcus Düwell, Jens Braarvig, Roger Brownsword, Dietmar Mieth), Cambridge University Press, 2014, 74 s.

⁽¹⁰⁵⁾ Dieter MIETH, “Human dignity in late-medieval spiritual and political conflicts”, 79 s., explicando que os Padres da Igreja ligaram a antiga ideia de que os seres humanos têm um lugar especial no mundo devido às suas capacidades racionais (Cícero) com a doutrina cristã do ser criado à imagem de Deus (*Imago Dei*) ou o humano redimido (batizado) ou semelhante a Deus (*similitudo*). No mesmo sentido, cf. Ruedi IMBACH, “Human dignity in the Middle Ages”, *The Cambridge Handbook of Human Dignity* (ed. Marcus Düwell, Jens Braarvig, Roger Brownsword, Dietmar Mieth), Cambridge University Press, 2014, 64 s.

⁽¹⁰⁶⁾ Dieter MIETH, “Human dignity in late-medieval spiritual and political conflicts”, 80 s.

A dignidade já não decorreria, aí, de uma qualquer característica do ser humano, mas da qualidade de ser pessoa. Trata-se, agora, de um conceito axiologicamente densificado que foi aprofundado à luz do debate sobre a Trindade e a natureza de Deus.

Para a afirmação desse sentido de dignidade muito terá contribuído, ao longo do tempo, a teologia cristã e a sua noção de pessoa, que, afastando-se da *persona* do teatro grego, é agora tributária quer do dogma da Santíssima Trindade, quer do mistério da Encarnação do Verbo, na pessoa de Jesus Cristo, quer na conceção do homem como criatura feita à imagem e semelhança de Deus ⁽¹⁰⁷⁾. Como explica Angelino Coelho, “o rosto humano reflete o rosto de Deus” ⁽¹⁰⁸⁾ e, ao fazer-Se Homem, Deus comunica a cada um de nós a máximo da dignificação.

No período da filosofia grega, a pessoa era a *pessoa dramaturgica*, já que a *persona* identificava as máscaras (*prosopon*) que se colocavam diante dos olhos para esconder o rosto, no teatro ⁽¹⁰⁹⁾. Do mesmo modo, em Roma, embora no seio do direito romano houvesse referência à personalidade ⁽¹¹⁰⁾, é muito duvidoso que se pudesse autonomizar-se o conceito.

⁽¹⁰⁷⁾ Cf. Diogo Costa GONÇALVES, “O que é o homem?”, *Pessoa e direitos de personalidade. Fundamentação ontológica da tutela*, Coimbra: Almedina, 2008, 51 s.

⁽¹⁰⁸⁾ Angelino COELHO, *Personalidade jurídica: redimensionamento do conceito à luz da perspectiva personalista*, Instituto Jurídico, 2021, 17 s. No mesmo sentido, Grégor PUPPINCK, *Os direitos do homem desnaturado*, Princípios, 2019, 38 s., considerando que Deus coloca o homem acima de todas as criaturas, infundindo-lhe uma alma espiritual, que lhe permite ter acesso à vida eterna, assumindo-se como Pai. O homem-filho tem a sua dignidade na síntese entre corpo e alma, de tal modo que «o corpo participa da dignidade do Homem, não sendo, portanto, desprezível nem separável dele». Na síntese que nos oferece, Puppincq afirma que «a natureza é digna (...) porque é boa. (...) porque ele foi criado à imagem de Deus».

⁽¹⁰⁹⁾ Joseph RATZINGER, “Concerning the notion of person in theology”, *Communio — International Catholic Review*, 17/3, 1990, 439 s., www.communio-ici.com/files/ratzinger17-3.pdf; Manuel Porto CRUZ, *O conceito de pessoa por W. Norris Clarke: integração entre a tradição metafísica de pessoa e a tradição fenomenológica contemporânea sob a ótica de Tomás de Aquino*, Brasília, 2014, 10 s.

⁽¹¹⁰⁾ A menção da personalidade jurídica aparece já no direito romano, com referência às pessoas coletivas — *universitates personarum et rerum*, a corresponder às atuais corporações e fundações. Contudo, a construção sistematizada do conceito fica a dever-se à Pandectística, muito mais tarde. Sobre o ponto, cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, 5.^a edição com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro, 2019, 371. Veja-se, ainda, Mafalda Miranda BARBOSA, *Inteligência artificial. Entre a utopia e a distopia — alguns problemas jurídicos*, Gestlegal, 2021, 21 s.

Seria apenas na Idade Média, para solucionar questões teológicas, cristológicas, trinitárias e para a solução de heresias, que ele surgiria ⁽¹¹¹⁾.

O primeiro problema que, nos primeiros anos do cristianismo, a patrística teve de resolver foi o da Trindade — um Deus uno e trino. A explicação foi encontrada através da diferença entre natureza e pessoa. Em Deus, há uma só natureza, mas três Pessoas diferentes. O conceito de pessoa surge como um conceito relacional ⁽¹¹²⁾, permitindo que a pessoa humana fosse compreendida a esta luz. O homem, porque feito à imagem e semelhança de Deus, é, tal como Ele, Pessoa. E Pessoa, em Deus, significa relação.

Com Santo Agostinho, porém, não se dá uma total transferência da pessoalidade para o seio da humanidade. Projetando as Pessoas divinas para o interior da pessoa humana, para Santo Agostinho, a Trindade fica encerrada no interior de Deus, que se torna, exteriormente, um simples Eu ⁽¹¹³⁾. Onde, se acentuam a individualidade e singularidade como notas do conceito de pessoa, aparecendo, como integrantes do conceito, as notas da inteligência, da memória e da

⁽¹¹¹⁾ Manuel Porto CRUZ, *O conceito de pessoa por W. Norris Clarke*, 15 s.

Veja-se, ainda, a este propósito, Diogo Costa GONÇALVES, “Pessoa e ontologia: uma questão prévia da ordem jurídica”, 132 s. Consoante esclarece o autor, a pessoa aparece na Grécia antiga ligada ao teatro, e à máscara da tragédia, conduzindo “à identificação do conceito (...) com a própria personagem representada” (cf. p. 132). “Da personagem do teatro, pessoa passará a designar cada indivíduo humano que, no palco da vida e da polis grega, representa o seu papel” (cf. p. 132), tornando-se uma categoria mobilizável para designar o indivíduo em contraste com a humanidade e desconhecendo qualquer sentido metafísico (p. 134), que só aportaria com o cristianismo e a teologia cristã (cf. p. 135). [cf., ainda, do autor e no mesmo sentido, *Pessoa e direitos de personalidade fundamentação ontológica da tutela*, Almeida, Coimbra, 2008, 23: o homem, na antropologia antiga, não passa de uma *res* bem ordenada. A filosofia antiga não sistematizou um conceito ôntico de pessoa, sendo a individualidade humana vista sob os augúrios da máscara trágica]. “Ao ser introduzido na teologia cristã, o conceito *persona* alterou-se substancialmente, e (...) passou a ser uma verdadeira categoria ontológica. A noção de pessoa é, em justiça, uma criação da teologia cristã” (cf. p. 135), surgindo ligada a três questões: o problema da Santíssima Trindade, o problema da Encarnação do Verbo e o problema da semelhança ontológica entre o Homem e Deus (cf. *Pessoa e direitos de personalidade fundamentação ontológica da tutela*, 24).

⁽¹¹²⁾ “Eu e o Pai somos um só”, evidenciando uma só natureza. Mas o Pai só é Pai em função do Filho, o Filho só é Filho em função do Pai e o Espírito promana do Pai e do Filho.

⁽¹¹³⁾ Joseph RATZINGER, “Concerning the notion of person in theology”, 453.

vontade ⁽¹¹⁴⁾. Denotava-se no santo a influência da Escola de Antioquia, para a qual a pessoa surgia como um conceito de natureza concreta, ou seja, determinada pelas suas propriedades concretas.

Já para a Escola de Alexandria, da qual faziam parte nomes como Apolinário de Laodiceia, Santo Atanásio, Cirilo de Alexandria, a pessoa foi compreendida segundo um estatuto ontológico. Para Boécio, a pessoa é *substância individual de natureza racional*, sendo este o conceito que seria aprofundado por São Tomás de Aquino ⁽¹¹⁵⁾. Para o pensador, a substância individual que se coloca na definição de pessoa implica uma substância completa, que subsiste por si, separadamente dos demais (*subsisten in rationalis natura*), o que permitiria, igualmente, explicar que Cristo tivesse duas naturezas e fosse uma só pessoa (divina).

A ideia da existência de duas naturezas numa só pessoa conduz, igualmente, a uma ideia relacional. Como explica Joseph Ratzinger, “é da natureza do espírito colocar-se em relação”. Ao ser com os outros, “o espírito está a ser ele próprio”, porque “apenas quem se nega a si pode encontrar-se”. Em Cristo, ser com os outros é realizar-se de forma radical. Ser com os outros não cancela o ser consigo mesmo, mas permite que ele se realize totalmente, continua Bento XVI ⁽¹¹⁶⁾.

O erro de São Tomás de Aquino foi ter perspectivado o aspeto relacional e autocomunicacional apenas à luz da explicação da Trindade e já não da natureza de Cristo, porque com isto deixou na sombra esta dimensão fundamental da noção de pessoa. A teologia católica posterior haveria, porém, de tentar superar este lapso ⁽¹¹⁷⁾.

Norris Clarke reafirma a ideia tomista da pessoa humana como um ser de natureza intelectual e um espírito incorporado ⁽¹¹⁸⁾, mas procura superar a perda de sentido relacional e comunicacional. O ser humano é, por natureza, um espírito encarnado finito, em busca do Infinito, na solidariedade social com os seus companheiros ⁽¹¹⁹⁾.

O homem é composto por corpo e alma espiritual, formando uma unidade, embora a alma, possuindo a sua própria existência, possa

⁽¹¹⁴⁾ Diogo Costa GONÇALVES, *Pessoa e direitos de personalidade*, 28 s.

⁽¹¹⁵⁾ Manuel Porto CRUZ, *O conceito de pessoa por W. Norris Clarke*, 35 s.

⁽¹¹⁶⁾ Joseph RATZINGER, “Concerning the notion of person in theology”, 451 s.

⁽¹¹⁷⁾ Manuel Porto CRUZ, *O conceito de pessoa por W. Norris Clarke*, 37 s.

⁽¹¹⁸⁾ W. Norris CLARKE, “Person, Being and St. Thomas”, *Communio — International Catholic Review*, 19, 1992, 601 s.; W. Norris CLARKE, *Person and Being, The Aquinas Lecture*, Marquette University Press, 2004, 32 s.

⁽¹¹⁹⁾ W. Norris CLARKE, *Person and Being*, 41.

manter-se mesmo quando separada do corpo. Da natureza intelectual da alma flui a faculdade de ação do homem, necessariamente orientada para o Bem, não obstante o homem seja livre de escolher o seu próprio caminho em direção ao Infinito, até mesmo de escolher outros bens aparentemente bons ao invés do autêntico Bem. Simplesmente, o intelecto humano, como capacidade de ser, é naturalmente ordenado e apenas se pode mostrar satisfeito ao encontrar a fonte de saber diretamente em Deus ⁽¹²⁰⁾. Nas palavras de Manuel Porto Cruz, “assim também como a vontade humana, a faculdade da inteligência tende a ser tão boa e naturalmente ordenada para toda a ordem do bem, sem restrições. Por isso, também não pode, em última análise, se satisfazer com nada menos do que união amorosa com Deus como plenitude infinita de toda a bondade” ⁽¹²¹⁾.

Mais continua o autor explicando que “o ser humano, por causa de sua dupla natureza de espírito incorporado, espírito apegado à matéria, torna-se de fato um “microcosmo”, como os antigos colocavam-no: isto é, uma síntese de todo o universo. Por seu corpo, ele afunda suas raízes profundamente ao cosmo material, o que proporciona a entrada inicial de seu pensamento e de ação nesta vida para sua jornada em direção à auto-realização. Mas pela alma espiritual, ele se eleva acima da dispersão do espaço e do tempo para viver no horizonte espiritual de significados e valores supra-primeiros, e volta suas atenções para o Infinito e Eterno”, sendo “esta jornada humana [...] social, em comunidade com os outros seres humanos. Os seres humanos são intrinsecamente de natureza social, não só por causa da dependência mútua e de complementaridade, mas também porque é natural para nós “ter prazer na convivência com outros seres humanos” ⁽¹²²⁾.

O ser humano apresentaria, assim, três principais dimensões: pessoa como *auto-possuidora* (cada homem existe, primeiramente, como unidade-identidade-totalidade no meio da comunidade de existentes, donde resulta o seu autodomínio, a sua autoconsciência, a sua autodeterminação, a permitir que o homem se afirme como responsável); pessoa como *auto-comunicativa* (a vincar o seu aspeto relacional, na medida em que “todo o ser está inserido nessa dialética interminável do interior e do

⁽¹²⁰⁾ Manuel Porto CRUZ, *O conceito de pessoa por W. Norris Clarke*, 37, que aqui acompanhamos de muito perto, por facilidade expositiva.

⁽¹²¹⁾ Manuel Porto CRUZ, *O conceito de pessoa por W. Norris Clarke*, 37.

⁽¹²²⁾ Manuel Porto CRUZ, *O conceito de pessoa por W. Norris Clarke*, 37.

exterior, o em-si e o para-os-outros”, uma “síntese entre substancialidade e relacionalidade”, de tal modo que só através da mediação do outro o ser humano pode descobrir-se como único e auto-consciente); e pessoa como *auto-transcendente* (porque, ao sair de si para se dirigir ao outro, numa relação de amor e de cuidado, o homem transcende-se, deixando de lado o egocentrismo natural) ⁽¹²³⁾.

A relacionalidade a que assim chegamos, por influência dos pensadores cristãos, anda longe do sentido fenomenológico do diálogo. Não só a fenomenologia não foi capaz de compreender a dimensão de substancialidade ⁽¹²⁴⁾, como acaba por, na sua redução fenomenológica e eidética, olhar para a relação como puro diálogo.

Ora, como bem explicita Joseph Ratzinger, a “relatividade em relação aos outros” que constitui a pessoa humana não se traduz numa mera ideia dialógica, mas está em causa o Nós (Pai, Filho e Espírito). Ou seja, não há um puro *Eu*, nem um puro *Tu*, mas um integrador Nós. E é exatamente o Nós divino que prepara o nós humano ⁽¹²⁵⁾.

Na transposição para o plano humano, a pessoa passa a ser entendida, durante toda a Idade Média, como um membro de uma comunidade, ordenada por Deus, a Quem deve obediência, com consequências diretas do ponto de vista da fundamentação do direito.

Seria o iluminismo racionalista a não deixar incólume esta compreensão que o homem tinha de si mesmo. A primazia da subjetivação associada à exaltação da razão, entendida à boa maneira cartesiana em termos puramente dedutivos, enfatizaria no homem a sua dimensão psíquica, a sua consciência. A precisão do raciocínio matemático conduziria a um empobrecimento da inteligência globalmente considerada e condenaria o homem ao fechamento de si mesmo, ao abstrato solipsismo. Trata-se, na verdade, de um período no qual a pessoa perde o seu conteúdo ontológico, para passar a ser definida como uma realidade psíquica (Descartes), uma consciência (Locke), uma consciência moral, um *eu do dever ser* (Kant), ou uma manifestação do espírito (Hegel), o que resulta, necessariamente, num entendimento empobrecedor e ficcional ⁽¹²⁶⁾.

⁽¹²³⁾ Manuel Porto CRUZ, *O conceito de pessoa por W. Norris Clarke*, 38-42.

⁽¹²⁴⁾ Manuel Porto CRUZ, *O conceito de pessoa por W. Norris Clarke*, 38.

⁽¹²⁵⁾ Joseph RATZINGER, “Concerning the notion of person in theology”, 458.

⁽¹²⁶⁾ Em Descartes, eu sou na medida em que tenho consciência de pensar.

A pessoa convola-se num conteúdo psíquico, autoconsciente do seu pensamento, tal como em Locke que a reduz à consciência. Em Kant, a autoconsciência surge

Encerrada sobre si mesma e impulsionada pelo iluminismo, a pessoa dá origem ao indivíduo. Razão, consciência, vontade, auto-domínio, dimensão espiritual e moral passam a ser as notas preditivas do ser humano, afastando-se a nota da relatividade ou da relacionalidade, que só seria recuperada pelos pensadores fenomenologistas ⁽¹²⁷⁾.

Se a época moderna forjou o homem indivíduo centrado na sua racionalidade cartesiana, variadas correntes filosóficas posteriores mostraram a insuficiência da visão alicerçada na autista consideração da inteligência entendida como possibilidade de cálculo e de gestão de informação e na compreensão do homem como pura subjetividade ⁽¹²⁸⁾.

No caminho de superação contemporâneo, assume especial importância o existencialismo. Consoante a explicação de Diogo Costa Gonçalves, para o existencialismo, a pessoa é “um projeto de si”, “o desafio permanente a ser mais ou a ser algo”, dividindo-se numa *matriz ateia*, quando “a realização [se] limita (...) à realidade fáctica e histórica da civilização e da sociedade”, e numa *matriz cristã*, quando o homem se realiza “na abertura à transcendência, na realização do seu ser face ao Eterno (...)” ⁽¹²⁹⁾. Para esta última perspectiva, o homem deixa de ser compreendido na sua autossubsistência para se compreender na sua relação com Deus, de Quem colhe a filiação e de Quem recebe a sua dignidade. Perfila-se, assim, como um ser de relação.

com o eu da subjetividade lógica ou como a consciência da razão prática. Com Hegel, a pessoa reduz-se a uma propriedade do espírito absoluto no seu ser através da história, donde acaba por se ver transformado na pessoa jurídico-económica relacionada com o conceito de propriedade. Sobre o ponto, para mais desenvolvimentos, cf. Manuel Porto CRUZ, *O conceito de pessoa por W. Norris Clarke*, 25 s.; Diogo Costa GONÇALVES, “Pessoa e ontologia: uma questão prévia da ordem jurídica”, 142 s.

⁽¹²⁷⁾ Atterton PETER, “Dignity and the other: dignity and the phenomenological tradition”, *The Cambridge Handbook of Human Dignity* (ed. Marcus Düwell, Jens Braarvig, Roger Brownsword, Dietmar Mieth), Cambridge University Press, 2014, 276.

⁽¹²⁸⁾ Cf. Diogo Costa GONÇALVES, “O que é o homem?”, *Pessoa e direitos de personalidade. Fundamentação ontológica da tutela*, Coimbra: Almedina, 2008, 51 s. e “Pessoa e ontologia: uma questão prévia da ordem jurídica”, *Estudos de Direito da Bioética*, vol. 2, Coimbra: Almedina, 2008, 141 s., caracterizando o período como de *Antropologia da Subjetividade*.

⁽¹²⁹⁾ Diogo Costa GONÇALVES, “Pessoa e ontologia: uma questão prévia da ordem jurídica”, 146-147.

A nota de intersubjetividade — comunicada pela abertura necessária ao outro — constitui também a marca de água da pessoalidade, tal como compreendida pelos autores fenomenologistas.

Para autores como Heidegger ⁽¹³⁰⁾ e Lévinas ⁽¹³¹⁾, homem já não é identificado com o dessolidário eu, mas passa a ser compreendido na pressuposição de um tu. Como nos diz Cabral de Moncada, “a ideia de personalidade reclama a de outras personalidades (...). O *Eu* pressupõe e reclama o *Outro*; o *ego*, o *alter*. Ninguém pode sentir-se plenamente eu, pessoa, senão em frente de outros *eus*, outras pessoas ou personalidades” ⁽¹³²⁾. Porque o homem encerrado na sua identidade não é capaz de desenvolver a sua personalidade, ele só é pensável no encontro com o seu semelhante — através do qual se reconhece. Ao *Dasein* (ser aí) heideggeriano alia-se sempre o *Mitsein* (o ser com os outros).

A alteridade intersubjetiva a que assim fazemos referência não é exclusiva do existencialismo, do personalismo ou do pensamento fenomenológico. Ao invés, está presente (e assume centralidade) no seio da antropologia cristã, que a compreende de forma enriquecida quando comparada com o que resulta do *eu fenomenológico*. O *eu fenomenológico*, se bem que dialógico, levando à autotranscendência pela necessária relação com o outro, acaba por esquecer a importante dimensão de substancialidade que caracteriza o ser humano. Ora, parece ser nessa dimensão substancial, porque o espírito humano reflete o conceito de Deus, que, por um lado, reside a historicidade da pessoa, ou seja, o seu dinamismo como ser que tende a algo, e, por outro lado, assenta a dimensão relacional. Esta não é, como ficou esclarecido anteriormente, meramente dialógica, mas auto-transcendente, porque o homem se dirige

⁽¹³⁰⁾ Cf., para maiores desenvolvimentos, Frederick A. OLAFSON, *Heidegger and the grounds of Ethics. A study of Mitsein*, Cambridge University Press, 1998.

Cf., igualmente, para uma perspetiva generalista, Nicola ABBAGNANO, *História da Filosofia*, vol. XIV, Lisboa: Editorial Presença, 1978, 192 s.

⁽¹³¹⁾ Cf. Jonathan CROWE, “Levisian Ethics and Legal Obligation”, *Ratio Iuris*, vol. 19, issue 4, 2006, 421-433.

⁽¹³²⁾ Cabral de MONCADA, *Filosofia do Direito*, vol. I, 39. Mais acutilantemente, o autor chega a dizer que “trata-se (...) dum singular que não pode jamais pensar-se sem o seu plural”.

Saliente-se, porém, que em Lévinas o conhecimento do ser não se baseia numa estrutura dialógica, já que se toma conhecimento do outro porque ele nos atinge, ficando o eu passivo na afirmação do “eis-me aqui” de Abraão. Cf., para mais desenvolvimentos sobre o ponto, Castanheira NEVES, *Questão de Facto e Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. A Crise, Almedina, Coimbra, 1967, 725.

ao outro para amar e cuidar, procurando o seu bem. Estamos diante não do eu e do tu, mas do nós, de que nos fala Joseph Ratzinger ⁽¹³³⁾.

Como esclarece Costa Gonçalves, o homem não é só abertura relacional, “perspetiva que nos levaria a negar qualquer verdadeira realidade ôntica subsistente”, “nem só também uma exclusiva clausura ontológica, em razão da qual a intersubjetividade aparecesse como verdadeiramente accidental e dispensável” ⁽¹³⁴⁾, mas afirma-se e realiza-se como ser em relação, a primeira e mais fundamental das quais estabelece com Deus ⁽¹³⁵⁾.

Se o cume da dignidade humana é, numa perspetiva cristã, encontrado na sua filiação divina, o homem criatura, para quem a vida não surge como uma realidade estática, perfeita e a acabada, mas como um projeto ⁽¹³⁶⁾, pode desfigurar-se e desencarnar-se pela errada eleição de fins. Nessa medida, perde-se no esquecimento da sua dignidade e deixa de reconhecer no outro um igual absolutamente merecedor de respeito.

Como explica Diogo Costa Gonçalves, “a liberdade humana radica na realidade da autopossessão. Na verdade, ser livre, para o Homem, não é para tanto poder fazer o que quiser quanto pode ser o que é... a verdadeira dimensão da liberdade radica, uma vez mais, no próprio ato de ser; o homem, porque se autopossui, é livremente aquilo que é! Mas esta consideração conduz-nos, também, ao limiar da tragédia da liberdade: o Homem, porque é livre, pode escolher, tão simplesmente, não ser... Na autopertença radica também a sua autonomia e o senhorio sobre os seus próprios atos. Neste senhorio se funda a responsabilidade e, por isso, só o Homem é capaz de culpa e de mérito” ⁽¹³⁷⁾. Reconhecendo ainda uma dimensão ontológica relacional e uma dimensão ontológica finalista, inerente à constante e instantânea procura de

⁽¹³³⁾ Joseph RATZINGER, “Concerning the notion of person in theology”, 38.

⁽¹³⁴⁾ Diogo Costa GONÇALVES, “Pessoa e ontologia: uma questão prévia da ordem jurídica”, 159.

⁽¹³⁵⁾ Nas palavras de Costa Gonçalves, o “homem é em relação e só é em relação. Não existe verdadeira realidade pessoal sem relação, sendo que a primeira e mais fundamental dimensão relacional é com Deus, o *Tu* eterno face ao qual o *eu* de cada Homem se explica e se compreende” (cf. Diogo Costa GONÇALVES, “Pessoa e ontologia: uma questão prévia da ordem jurídica”, 156).

⁽¹³⁶⁾ Diogo Costa GONÇALVES, “Pessoa e ontologia: uma questão prévia da ordem jurídica”, 161.

⁽¹³⁷⁾ Diogo Costa GONÇALVES, “Pessoa e ontologia: uma questão prévia da ordem jurídica”, 154 s.

realização que o faz eleger fins e atuar de acordo com eles, Diogo Costa Gonçalves salienta que “a liberdade humana não é concebível sem o desafio dos fins... de que aproveita ao Homem ser livre, se a sua liberdade não o permitir eleger a verdade de si mesmo; de que lhe serve ser livre, se cada sentido eleito pela sua escolha for tão relativo quanto o sentido contrário?” e acrescenta que “afastar do discurso antropológico o problema dos fins do Homem é rebaixar a sua própria liberdade, é roubar-lhe dignidade (...)” ⁽¹³⁸⁾. Observa, portanto, a este ensejo que “por mais reservas que se possam colocar na identificação dos fins do Homem, é por mais evidente que nem todas as formas de realização pessoal são verdadeiramente humanas... A liberdade do Homem pode eleger, e elege muitas vezes, fins que o destroem, fins que não são expressão de ser mas antes, simplesmente, de não ser. (...) Não é o homem que define o que o realiza, num exercício arbitrário e neutro do sentido da vida... o Homem não é a medida dos seus fins. Há, na verdade, uma dimensão objetiva da realização humana que se torna conhecida quando olhamos a realidade ontológica da pessoa; e essa dimensão — objetivada na ordem do ser — é a que atrás identificámos como categoria da realização: O homem, um ser para o outro” ⁽¹³⁹⁾.

O salto para o plano axiológico torna-se, pois, evidente, mas ele acaba por não contaminar a compreensão da liberdade do autor. Na verdade, considera Diogo Costa Gonçalves que “porque é livre, o homem pode escolher fins (...) que não realizam aquilo que ele é... Só o homem pode não ser aquilo que é. Mas esta dimensão negativa da liberdade tem, no seu reverso, que também o homem só se realiza voluntariamente. Nada nem ninguém pode substituir a ação humana na busca da sua realização. (...) A realização humana é (...) tão única, singular e irrepetível quanto cada pessoa. No entanto, esse percurso singular e único não realizará o Homem que o percorre se não se encontrar marcado por aquela dimensão própria do ser para. Sem ser para, o Homem nunca chegará a ser mais” ⁽¹⁴⁰⁾. Para tanto, o homem revê-se em ideais, que busca alcançar e que, se no quadro de um pensamento cristão, se identificam com a santidade, nas sociedades modernas ou

⁽¹³⁸⁾ Diogo Costa GONÇALVES, “Pessoa e ontologia: uma questão prévia da ordem jurídica”, 163.

⁽¹³⁹⁾ Diogo Costa GONÇALVES, “Pessoa e ontologia: uma questão prévia da ordem jurídica”, 165.

⁽¹⁴⁰⁾ Diogo Costa GONÇALVES, “Pessoa e ontologia: uma questão prévia da ordem jurídica”, 165.

pós-modernas se encontram fragmentados entre uma multiplicidade de objetivos de vida, aparecendo “o problema da realização do homem sem uma verdadeira resposta”. Ou como conclui o autor, “mercê desta marcada ausência, o Homem contemporâneo vai vivendo... (...) vive como se nunca morresse e morre sem saber, afinal, para que tinha vivido” ⁽¹⁴¹⁾.

Significa isto que a dignidade não pode encontrar o seu fundamento na simples (se bem que profundíssima) afirmação tomasiana da pessoa como *subsisten in rationalis natura*, antes o devendo procurar na pressuposição de uma Razão Criadora que ofereça à natureza e à humanidade os seus valores e os seus princípios, de tal sorte que o homem — com a sua inteligência, a sua memória e a sua vontade, de que falava Santo Agostinho —, ao afirmar-se como pessoa, não pode deixar de estabelecer com o outro — igualmente pessoa — uma relação de cuidado misericordioso. Dito de outro modo, não nos podemos bastar com uma pressuposição ontológica ou onto-antropológica, exigindo-se o salto para uma dimensão onto-axiológica.

Na verdade, se o homem se pode degradar — perdendo o sentido da autotranscendência, da autocomunicação e da autopossessão —, então, teremos de concluir que não pode ser na mera ontologia que apenas atenta nas suas características essenciais, sem ligação à razão fundadora e criadora de todas elas, que nos comunica um quadro valorativo específico, que podemos encontrar a raiz fundamentadora do direito. Na verdade, não é o encontro do Eu com o Tu que garante o respeito cuidadoso pelo outro, no respeito pela sua dignidade, mas o encontro do Eu que, reconhecendo-se como pessoa, dotada de uma ineliminável dignidade ética, vê no Tu um semelhante igual a si, com o qual estabelece uma plena comunhão. Exige-se uma dimensão axiológica, a pressuposição de um quadro valorativo que necessariamente nos encaminha para o sentido cristão da transcendência. A dignidade é conhecida através da palavra revelada de Deus e pela razão.

O homem já não é identificado com o dessolidário eu, mas passa a ser compreendido na pressuposição de um tu. Como nos diz Cabral de Moncada, “a ideia de personalidade reclama a de outras personalidades (...). O *Eu* pressupõe e reclama o *Outro*; o *ego*, o *alter*. Ninguém pode sentir-se plenamente eu, pessoa, senão em frente de

⁽¹⁴¹⁾ Diogo Costa GONÇALVES, “Pessoa e ontologia: uma questão prévia da ordem jurídica”, 168.

outros *eus*, outras pessoas ou personalidades” ⁽¹⁴²⁾. Porque o homem encerrado na sua identidade não é capaz de desenvolver a sua personalidade, ele só é pensável no encontro com o seu semelhante — através do qual se reconhece. Ao *Dasein* (ser aí) heideggeriano alia-se sempre o *Mitsein* (o ser com os outros). Simplesmente, o outro a quem me dirijo não pode ser visto numa perspectiva instrumental. Como diria Castanheira Neves, o outro de que aqui se cura não é mera “condição de existência (pense-se na *Lebenswelt* e na linguagem)”, “condição empírica (pense-se na situação de carência e a necessidade da sua superação pela complementaridade e a participação dos outros)” ou “condição ontológica (pense-se no nível cultural e da existência, no nível de possibilidade do ser, que a herança e a integração histórico-comunitárias oferecem)” ⁽¹⁴³⁾. Pois se todas estas dimensões são relevantes na vivência da individualidade, elas por si só não arredam da conformação da ipseidade a recusa ética, pelo que só o respeito e o reconhecimento do outro como um fim em si mesmo podem permitir a plena assunção da dignidade de cada um. Com o que se encontra a dignidade do ser humano, não por derivação de uma qualquer característica ontológica, mas porque as exigências de sentido que lhe são comunicadas inculcam a necessidade do salto para o patamar da axiologia ⁽¹⁴⁴⁾.

O homem como pessoa transforma-se, portanto, no centro gravitacional do jurídico. Se, por um lado, já aduzimos argumentos suficientemente seguros no sentido de mostrar a imprestabilidade de um

⁽¹⁴²⁾ Cabral de MONCADA, *Filosofia do Direito*, vol. I, 39. Cf., para mais desenvolvimentos sobre o ponto, Castanheira NEVES, *Questão de facto*, 725 e D. Costa GONÇALVES, “Pessoa e ontologia”, 155 s.

⁽¹⁴³⁾ Cf. Castanheira NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, 34.

⁽¹⁴⁴⁾ Cf. Castanheira NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, 34.

Cf., a este propósito, a interessante perspectiva comunicada por Bento XVI ao Parlamento Federal da Alemanha na sua viagem apostólica, a 22 de Setembro de 2011, referindo-se à dicotomia entre o ser e o dever ser e evidenciando que a fundamentação do jurídico no plano ontológico e da natureza só não é possível quando se olhe para esta de uma perspectiva que abandone a pressuposição de uma Razão Criadora que comunique à própria natureza determinadas regras. No fundo, a dimensão axiológica de que falamos continua presente na lição do Santo Padre, não se gerando, para o crente, qualquer contradição entre as duas leituras da juridicidade. Na verdade, o necessário salto axiológico a que nos referimos não implica a negação de uma Entidade Suprema, que dê ao ser os Seus princípios, antes evidenciando que não é possível colher o sentido do direito na realidade de que nos falam os autores que ainda comungam, consciente ou inconscientemente, de uma visão positivista da natureza.

ponto de vista estritamente individualista ⁽¹⁴⁵⁾, quer pelo ficcionismo intelectualizante que o mesmo comporta, quer pelo autismo desagregador dos laços comunitários em que verte, por outro lado, cremos não ter ficado ainda suficientemente explicitado por que razão se opera aquele salto do plano ontológico para o plano axiológico ⁽¹⁴⁶⁾.

No fundo, o vetor central do nosso discurso passa pela correta colocação metodológico — filosófica dos dados do problema. E refrate-se em dois níveis.

Por um lado, se partimos exclusivamente do dado onto-antropológico não conseguimos, concludentemente, aceder ao agir ético porque ele, colocando-se no plano do dever ser, não pode ser colhido dedutivamente — à semelhança do que pretendia uma visão dedutiva jusnaturalista — do ser. O que este nos transmite é a impertinência racionalizante dos extremos: a solidão atomizante do individualismo e a sufocante hipertrofia socializante. Mas, se o plano do ser nos permite, logo, afastar determinadas mundividências jus-culturais, ela não logra, só por si, fundar a normatividade. A necessidade do outro não é impreterivelmente, como nos mostrou Castanheira Neves, a necessidade do agir ético, podendo cumprir-se na indiferença da sobreposição adjacente de existências que não se abrem ao outro nem atuam no âmago da sua dignidade humana. Do plano filosófico e metodológico, a conclusão não será diversa. A fundamentação do jurídico no ontológico, do dever ser no ser não pode ser aceite na medida em que o direito não pode cumprir a sua função de validade “com o seu simples ser na realidade e com a

⁽¹⁴⁵⁾ Esta imprestabilidade redundava, afinal, na insusceptibilidade de com base nele se criarem vínculos normativos, quaisquer que eles sejam.

⁽¹⁴⁶⁾ Não queremos, com isto, incutir no leitor a ideia da autoria do salto axiológico de que se cura. Tempestivamente, tivemos oportunidade de, através da exigível citação, o atribuímos ao seu verdadeiro autor: Castanheira Neves.

Sobre esse salto do patamar ontológico para o plano axiológico importa tecer algumas considerações, a refratarem-se em dois níveis: no exercício da liberdade e na fundamentação da juridicidade.

Dir-se-á, no que ao segundo denominador diz respeito, que o encontro de subjetividades não garante a validade de uma ordem normativa. Só o olhar axiológicamente conformado, pelo reconhecimento do outro como pessoa, portadora de uma ineliminável dignidade ética, a reivindicar o meu análogo estatuto, garante que se alcance tal desiderato. Mais se diga que, a ser assim, a liberdade de que se fala — como valiosa do ponto de vista jurídico — não pode ser a mera autodeterminação ontologicamente predicada, mas há-de ser axiologicamente informada. Onde resulta uma matização própria que, em texto, caracterizaremos.

realidade, mas mediante o transcender a realidade pressuposta numa intenção de validade que visa justamente realizar”⁽¹⁴⁷⁾. Ora, a verdade é que o direito é uma ordem normativa. Tem como finalidade ordenar condutas, para o que assume uma determinada intencionalidade, a traduzir uma validade. E, para que essa validade não resvale num sem sentido ordenador do encontro no mundo, ela não pode deixar de convocar — para ser verdadeiramente válida — uma axiologia fundamentante. Que vem a encontrar-se, afinal, naquele sentido de *dignitas* que a ética descobre no encontro — entendido no sentido do reconhecimento e do respeito — do *eu* com o *tu*. Pelo que o reconhecimento da liberdade do homem e, concomitantemente, da sua responsabilidade terá de surgir como um mínimo de sentido com base no qual o jurídico se edifica e cumpre o seu papel no todo social. Esta liberdade, porque a ela recorremos na pressuposição da leitura ético-axiológica do dado ontológico, não é mera definição de uma esfera de não interferência do outro, sequer uma estrita possibilidade de escolha entre possibilidades de ação que olvide o outro — o *tu* — que, com a sua pretensão de respeito, e o convite à abertura de pontes de solidariedade comunicantes entre humanos, permite o reconhecimento da ineliminável dignidade ética do *eu*. É antes uma liberdade eticamente informada e enformada. Dessa liberdade — ainda pensável do ponto de vista atomizante da individualidade — decorre a ilegitimidade de qualquer imposição heterónoma que não tenha por objetivo a garantia da compossibilidade prática de existências paralelas, bem como o desvalor de qualquer comportamento que contenda com a esfera de domínio do sujeito. O acesso ao dado ontológico viabiliza a percepção da insustentabilidade de tal impostação, quando pensada na sua autossuficiência. Ela revela-se, na verdade,

⁽¹⁴⁷⁾ Cf. Castanheira Neves, *Questão de facto*, 668.

Aliás, se não resistíssemos à tentação de deduzir a validade a partir da realidade do ser, poderíamos ser condenados a um modelo de juridicidade aparentado com o dedutivismo criticado em outros tempos e ficar enredados num conceptualismo que olvida o caso concreto.

Note-se, porém, que ao lançarmos mão do contributo fenomenológico, acabamos por negar, de todo o modo, uma mera referência cognitiva ao real e o formalismo — cf. *Questão de facto*, 696.

Cf. Simone GOYARD-FABRE, *Os fundamentos da ordem jurídica*, tradução de Cláudia Berliner, São Paulo: Martins Fontes, 2002, 5 s., para a caracterização da tradição jusnaturalista, quer de base onto-teológica, quer de base obsessivamente individualista, mostrando-se, assim, a distância que dessa impostação do jurídico nos separa.

ficcional, intelectualizante e contraditória com o dado do ser real. O homem é incapaz de viver no isolamento da sua subjetividade, só se realizando plenamente, no plano material e espiritual, no encontro com o outro. A liberdade deixa de ser pensada de um prisma negativo para reclamar uma compreensão positiva, a traduzir-se na possibilidade de autodeterminação. Uma autodeterminação que coenvolve, na sua projeção efetiva, a possibilidade de escolha entre diversas possibilidades de ação. Nessa atuação optativa, nessa seleção de oportunidades, nesse dar a si mesmo a sua própria norma de conduta, prosseguindo os seus interesses, o ser humano leva a cabo uma tarefa judicativa, porque, no inapagável salto que qualquer decisão implica, ela reclama — na sua radicalidade — um mínimo de fundamentação, isto é, a mobilização de razões que justifiquem a eleição operada. Quantas vezes insindicáveis, elas podem estribar-se em diversas racionalidades. Sem que possam, indistintamente, ser consideradas valiosas do ponto de vista jurídico. Dá-se o salto do plano ontológico para o plano axiológico para, fundadamente, sustentar que uma validade que o queira ser não pode extrair do puro encontro de subjetividades o critério da sua fundamentação, pois que nada garante que o outro seja visto na sua total dignidade ⁽¹⁴⁸⁾. De outro modo, dir-se-á, acompanhando o ensinamento dos mestres em que nos estribamos e que oportunamente citámos, que, ao situarmo-nos nessa dimensão do ser, não conseguiremos nunca determinar qual das posições subjetivas — eventualmente em conflito — deve prevalecer, posto que só na pressuposição de uma intencionalidade, colhida numa ordem valorativa também pressuposta, é possível salvaguardar uma em detrimento da outra, sem resvalar no puro arbítrio. O fundamento da normatividade não pode deixar de ser colhido na ética, exceto se — posição que liminarmente rejeitamos — entendermos ver na juridicidade uma mera forma ordenadora de condutas. Não é o encontro do *Eu* com o *Tu* que permite fundar o dever ser. Mas já o

(148) Por isso, considera-se também inconcludente a perspectiva filosófica de responsabilidade proposta por HABERMAS, decorrente da edificação das condições transcendentais da comunicação. Cf. HABERMAS, *Direito e democracia entre facticidade e validade*, tradução de Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, 2003 (original: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtsstaats*, 4.^a edição, Frankfurt, Ed. Suhrkamp, 1994).

Não é a definição das regras que viabilizem a situação discursiva ideal que logram a obtenção do reconhecimento ético entre iguais, no qual se pudesse fundar a responsabilidade.

será o encontro do *Eu* que olha para o *Tu* no sentido do respeito, o encontro do *Eu* que, reconhecendo-se como pessoa, dotada de uma ineliminável dignidade ética, vê no *Tu* um semelhante igual a si ⁽¹⁴⁹⁾.

As consequências prático-normativas de todas estas considerações são evidentes. Em primeiro lugar, esta autonomia que assim se compreende repercutir-se-á ao nível da própria conformação da responsabilidade; em segundo lugar, a autonomia assim concebida impede que o sujeito invoque a sua liberdade para levar a cabo atos que atentam diretamente contra a sua liberdade — não estaria em causa o exercício da sua autonomia, mas o abuso da sua autonomia/liberdade. Pense-se, por exemplo, na tentativa de invocação da liberdade para fundamentar um ato de suicídio, para legitimar a prostituição, o consumo de drogas ou outros atos análogos. Nenhum deles cabe no direito.

A autonomia privada (da pessoa, e não do indivíduo) deve, então, ser compreendida como a possibilidade de cada um conformar autonomamente as suas relações jurídicas e gerir os seus interesses, dentro dos limites impostos pelo direito já constituído e pelo direito a constituir, à luz da dimensão ético-axiológica que o fundamenta e o informa. Sousa Ribeiro define-a como um “processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação de relações jurídicas pelos sujeitos que nelas participam, que ficam obrigados à observância dos efeitos vinculativos da regra por si criada” ⁽¹⁵⁰⁾.

2.2.2. Os instrumentos de realização da autonomia no quadro do direito privado

Se a autonomia é um dos princípios fundamentais do direito civil, importa perceber em que termos ela se pode realizar. Dir-se-á, em resposta, que o direito civil oferece dois instrumentos privilegiados

⁽¹⁴⁹⁾ Nesse reconhecimento do *tu* interpõe-se a comunidade ética onde ambos se inserem e por meio da qual se responsabilizam eticamente com os outros. Cf., sobre o ponto, Castanheira NEVES, “O direito interrogado pelo tempo presente na perspetiva do futuro”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXIII, Coimbra, 2007, 52 s. É que o reconhecimento da personalidade do outro implica um referente de sentido — e portanto o salto do plano ontológico para o plano axiológico — através do qual a presença dele como um igual se torna visível. A experiência solipsista — a mera consciência do *eu* — não logra garantir tal desiderato, pelas idiossincráticas e por vezes perturbantes percepções individuais. Daí a referência ao terceiro de que nos fala Castanheira Neves.

⁽¹⁵⁰⁾ SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, 21 s.

de realização dessa autonomia privada: por um lado, o direito subjetivo; por outro lado, o contrato.

a. O direito subjetivo (remissão)

O direito subjetivo, enquanto categoria central do direito civil, surge como um instrumento privilegiado de exercício da autonomia privada. Importa, por isso, perceber o que é o direito subjetivo e perceber em que medida o modo como se perspetiva essa autonomia tem impacto na forma como se concebe tal posição jus-subjetiva. Remetemos, contudo, para um momento posterior os desenvolvimentos que se exigem.

b. O contrato

O contrato, figura que também será estudada pormenorizadamente *infra*, surge como o outro instrumento privilegiado para exercer a autonomia privada no quadro do direito civil. Entendido como o ato jurídico voluntário cujo núcleo essencial é integrado por, pelo menos, duas declarações de vontade de sentido oposto, mas convergente, o contrato baseia-se na vontade dos contraentes e, portanto, na sua liberdade. Importa, contudo, notar que a autonomia que pode ser realizada por intermédio dele não conhece sempre a mesma amplitude. Pelo contrário, esta fica dependente do domínio específico do direito civil que se mobiliza ⁽¹⁵¹⁾. Assim ⁽¹⁵²⁾:

No quadro da limitação voluntária dos direitos de personalidade, encontraremos muitas restrições à autonomia privada, que, em rigor, e de acordo com a conceção de autonomia eticamente conformada a que

⁽¹⁵¹⁾ Note-se, ainda, que o princípio da autonomia privada não se esgota no princípio da liberdade contratual. A este propósito, cf. Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, Almedina, Coimbra, 2003, 226 s., considerando que “a autonomia privada é um princípio de área bastante mais dilatada do que a liberdade contratual, pois compreende ainda a liberdade de associação (para a constituição de pessoas coletivas), a liberdade de tomar deliberações de órgãos colegiais, a liberdade de testar, a liberdade de celebrar acordos que não são contratos (como os que abundam na vida da sociedade conjugal) e a liberdade de praticar os numerosos atos unilaterais (passar procuração, perfilhar, anular, revogar, resolver ou denunciar negócios jurídicos, etc) que concitam a tutela do direito”. Ou seja, apesar de falarmos no contrato como um instrumento de realização da autonomia privada, devemos ter em conta que muitas das restrições a que nos referimos, por referência a cada um dos domínios do direito civil, não dizem respeito a hipóteses de celebração de contratos, mas de negócios unilaterais ou mesmo de simples atos jurídicos.

acedemos, não podem ser vistas, em muitos casos, como verdadeiras limitações, mas como delimitações do âmbito de eficácia do comportamento autónomo do sujeito-pessoa, diferente do indivíduo.

Também no tocante ao direito da família, as limitações são evidentes. Se é verdade que a pessoa é livre para casar e para decidir com quem casar, é livre para escolher o regime de bens do casal, é livre para constituir ou não família, é livre para se divorciar ou separar judicialmente de pessoas e bens, não é menos certo que não é possível renunciar ao estatuto de familiar, nem é possível conformar livremente o conteúdo das relações jurídicas familiares. Acresce que as relações jurídicas familiares estão sujeitas ao princípio da tipicidade e são regidas por inúmeras normas imperativas, impostas em nome da ordem pública ⁽¹⁵³⁾.

Do mesmo modo, no quadro dos direitos reais, são abundantes os regimes imperativos e vigora, igualmente, o princípio da tipicidade quer no que respeita aos modos de aquisição da propriedade, quer no que respeita aos direitos reais que se podem constituir (artigos 1306.º e 1316.º CC) ⁽¹⁵⁴⁾; e, no quadro do direito das sucessões, não obstante a liberdade de celebrar um testamento ⁽¹⁵⁵⁾ ou não e a liberdade de transmissão sucessória, deparamo-nos, *mutatis mutandi*, com inúmeras regras imperativas e, entre outros aspetos, com a necessidade de salvaguardar a legítima ⁽¹⁵⁶⁾.

Parece, então, ser no domínio do direito obrigacional que a liberdade associada ao contrato se galvaniza. Não significa isto, porém, que a ideia de autonomia privada conheça a mesma amplitude em todos os domínios do direito das obrigações. Se é certo que ela estará presente na conformação das soluções concretas dispensadas por certos institutos onde tradicionalmente não era problematizada

⁽¹⁵²⁾ Para nota de todas estas limitações, com grande pormenorização, cf. Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 61 s. Note-se, porém, que enquanto o autor entende que as limitações à autonomia privada são impostas por lei (p. 59), da nossa perspectiva essas limitações decorrem mais amplamente da ordem jurídica eticamente conformada.

⁽¹⁵³⁾ Cf. Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 62. Veja-se, ainda, C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 117.

⁽¹⁵⁴⁾ Para outros desenvolvimentos, Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 61. Veja-se, ainda, C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 117.

⁽¹⁵⁵⁾ Note-se, porém, que o testamento não é um contrato, mas um negócio jurídico unilateral.

⁽¹⁵⁶⁾ Para outros desenvolvimentos, Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 61. Veja-se, ainda, C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 117.

(v. g. a responsabilidade civil) ⁽¹⁵⁷⁾, não é menos seguro que a liberdade associada a um ato voluntário, cujos efeitos são pretendidos, conhece nuances consoante se esteja a lidar com negócios jurídicos unilaterais ou com contratos.

Os primeiros caracterizam-se por serem integrados por apenas uma declaração de vontade ou várias, mas todas no mesmo sentido, de maneira a formar uma só parte ou um só lado; os segundos são integrados por, pelo menos, duas declarações de vontade, de sentido oposto, mas convergente. Ora, enquanto, no tocante aos últimos, vigora uma ampla margem de autonomia privada — ao ponto de se falar de um *princípio de liberdade contratual* —, os primeiros estão sujeitos a um princípio de tipicidade, ou seja, apenas podem ser celebrados os negócios jurídicos unilaterais previstos pelo legislador.

Entende-se que assim seja: sendo o ato de um único sujeito e tendo efeitos na esfera de terceiros, não seria aceitável que a pessoa pudesse celebrar os negócios unilaterais que lhe aprouvesse. A mesma lógica já não é aplicável em relação ao contrato. Resultando o acordo em que o mesmo se consubstancia na convergência de duas vontades opostas, parte-se do pressuposto que os interesses de ambos os lados estão suficientemente assegurados. Daí que cada um possa celebrar os contratos que entender ⁽¹⁵⁸⁾.

Se a autonomia é entendida como a faculdade de cada um gerir livremente a sua esfera de interesses, é ao nível obrigacional que ela se galvaniza, traduzindo-se na já referida liberdade contratual.

Compreende-se, por isso, a estrita conexão do princípio com os vetores que norteiam a estrutura económica das sociedades nascidas com as revoluções liberais. Como salienta Mota Pinto, a liberdade contratual pressupõe “determinadas regras de organização económica e social (...). É o caso dos princípios da livre empresa ou da iniciativa privada, da economia de mercado e da propriedade privada das unidades de produção”. E acrescenta que “podemos dizer que a regra da liberdade contratual é o instrumento jurídico necessário à atuação do princípio económico da empresa livre, ao sistema de economia de mercado e ao exercício da propriedade privada” ⁽¹⁵⁹⁾. Mais do que isso,

⁽¹⁵⁷⁾ Em sentido diverso, cf. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 104.

⁽¹⁵⁸⁾ No mesmo sentido, cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 105.

⁽¹⁵⁹⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral*, 109. Cf., ainda, nessa obra, p. 111 e 112. O autor refere que “no domínio económico onde vigora a economia planificada e onde a produção está organizada pelas empresas do Estado, das cooperativas, das autarquias

compreende-se o clima de favor com que o princípio foi recebido no período liberal. Num momento histórico em que os abusos dos estados absolutistas tinham de ser controlados, o direito civil passa a ser visto como o espaço privilegiado de ação. Colocando um particular em face de outro particular, passa a ser entendido como “um sistema de liberdades, um espaço próprio sem intromissão do Estado” ⁽¹⁶⁰⁾. O homem, entendido então como indivíduo, era livre. Negativamente livre, no confronto com o Estado, que se queria ausente, e no confronto com os outros indivíduos, vistos como barreiras intransponíveis ao livre desenvolvimento de cada um. Neste âmbito, a liberdade contratual, mais do que um princípio fundamentante, era visto como um operador eficiente de realização na prática dos postulados da organização política e económica das sociedades que então emergiam ⁽¹⁶¹⁾. O Estado era visto como um ente a evitar porque funcionaria sempre pior que os particulares. O mercado, a “mão invisível” de que falava Adam Smith, seria o instrumento que tudo regularia e permitiria a correta afetação dos bens. E por isso, juridicamente, foi remetido para as empresas e para os particulares em geral — entendidos aqui como pessoas singulares — a concreta composição da sua esfera de interesses, decidindo quando contratar, com quem contratar e como contratar. O encontro de vontades garantiria a justeza do acordo estabelecido, porque se presumia que se as partes chegavam a um acordo é porque os efeitos do contrato são ajustados às pretensões de ambos, sendo considerados os interesses dos dois contraentes. Pelo confronto de pretensões egoístas, acaba por se modelar um resultado justo, afastando qualquer desproporção tendencial ⁽¹⁶²⁾. Com as alterações

locais ou de outras organizações sociais, como é o sector tendencialmente exclusivista da economia dos países socialistas, o contrato e a liberdade contratual têm muitíssimo menos importância do que no quadro da economia capitalista”.

⁽¹⁶⁰⁾ Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Madrid, 1995, 38. O autor afirma mesmo que o direito privado aparecia como o autêntico baluarte da liberdade burguesa, entendida como uma liberdade dos particulares de dispor de um espaço próprio sem intromissões do Estado.

⁽¹⁶¹⁾ Não só a liberdade contratual cumpria essa função de garantia de um espaço de atuação autónoma do sujeito, entendida nos moldes plasmados. Os direitos absolutos exerciam idêntica função. Os direitos reais permitiam mesmo alcançar o grau máximo de autonomia, porque, contrariamente ao âmbito contratual, esta era independente do concurso da vontade dos outros. Neste sentido, Sousa RIBEIRO, *O problema do contrato*, 76 s., que aqui acompanhamos de muito perto.

⁽¹⁶²⁾ A teoria da “garantia da justeza” (entendida como o resultado da síntese operada entre a justiça, a conveniência, a certeza e segurança jurídica) do mecanismo

verificadas, traduzíveis na passagem de um Estado de Direito Liberal para um Estado de Direito Social, a problemática do contrato não ficaria intocável ⁽¹⁶³⁾. A pressuposta igualdade formal, que acabava por se confundir com a própria ideia de liberdade, já não seria suficiente para garantir a justeza do contrato. O homem deixa de ser entendido no sentido do *homo oeconomicus* e passa a ser compreendido como o homem concreta e historicamente situado, ao que se alia uma crescente intervenção do estado na economia. Aos crescentes desequilíbrios constatáveis entre os contraentes, os diversos legisladores responderam com a preocupação de garantir uma verdadeira igualdade material entre eles, a despeito da igualdade formalmente pressuposta. Assim se explica o surgimento de um número crescente de normas imperativas no domínio contratual, a imposição de obrigações de contratar, bem como limitações na possibilidade de escolha da contraparte no acordo ⁽¹⁶⁴⁾. Sentindo-se com maior acuidade o desequilíbrio de que falávamos em determinados sectores da contratação, chega-se mesmo a constituir nichos normativos com intencionalidade próprias,

contratual remonta a Schmidt-Rimpler, *apud* SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato*, 75 s. Na mesma obra, podemos ainda recolher o comentário de Hart, que afirma que a tese de Schmidt-Rimpler transpõe para “o plano do contrato a representação liberal de harmonia no plano global do mercado”.

Sublinhe-se o alerta de Sousa Ribeiro. Apesar da designação da teoria, não se defende aqui qualquer correspondência entre o conteúdo do contrato e uma representação objetiva de justiça. O que se pretende salientar é que o mecanismo contratual, ele mesmo, garantiria um equilíbrio entre as partes.

Note-se que, de acordo com o que podemos apurar pela leitura atenta de SOUSA RIBEIRO, a posição de Schmidt-Rimpler não se pode compreender no sentido de um conceito formal de autodeterminação. Caso contrário, a ideia de justeza do conteúdo não faria qualquer sentido. De facto, o autor admite que a justeza do conteúdo pelo mecanismo contratual está sempre dependente da verificação de determinados pressupostos mínimos e reconhece que há situações em que ela falha, mas estes casos seriam *a priori* expurgados do próprio sistema concebido. Cf. SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato*, 83 s.

⁽¹⁶³⁾ Sobre o impacto que as alterações económicas, políticas e sociais tiveram ao nível do desenho contratual e da sua disciplina jurídica, *v.*, *inter alios*, Orlando GOMES, *Transformações gerais do direito das obrigações*, 2.^a edição, 1980, 81 s. e SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 3.^a edição, 1964, 26 s., e Carlos Alberto BITTAR, “O dirigismo económico e o direito contratual”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XXVI, 1979, 123 s.

⁽¹⁶⁴⁾ SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato*, 99.

A este propósito veja-se, igualmente, o que nos diz Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 51, nota 90.

de que são exemplo, a par do direito do trabalho, com foros de autonomia, o direito do arrendamento ou o direito do consumo, este último caracterizado por uma transversalidade que o aproxima, em muitas matérias do direito público, sobretudo pelo constante apelo ao regime contraordenacional como forma privilegiada de sanção para os profissionais que não cumpram as suas obrigações em face dos consumidores.

Sousa Ribeiro fala-nos, a este propósito, de uma materialização do princípio da liberdade contratual.

Simultaneamente, o pensamento jurídico trouxe à epifania a ideia de pessoa, em oposição à de indivíduo, como referimos anteriormente. Não estamos agora diante do ser isolado na sua esfera jurídica, no confronto com os demais indivíduos, vistos como obstáculos intransponíveis à livre satisfação dos interesses de cada um, mas perante um ser livre que se realiza necessariamente na comunicação com o outro ⁽¹⁶⁵⁾. Exatamente porque a nota da inserção comunitária passa a ser determinante do modo de ser pessoa, entende-se que esta, ao atuar como ser livre, tem para com os demais uma série de deveres de solidariedade, mesmo quando age no âmbito da sua esfera de direitos. Ao nível do exercício da liberdade contratual, surge uma clara noção de participação e de coordenação de esferas jurídicas no sentido de criar um plano normativo particular tendente à satisfação de um interesse do credor digno de tutela.

Nessa medida entende-se que a intencionalidade axiológica ínsita ao princípio da liberdade contratual não se cumpra exceto se se impuserem limites que visam impedir que o negócio jurídico se transforme num instrumento de imposição arbitrária de condições pela parte com maior supremacia. De acordo com a explicitação de Antunes Varela, “além de não haver liberdades que em si próprias não se limitem, para que o contrato goze da tutela que a lei lhe concede, não pode cada um dos contraentes ignorar os valores fundamentais que

⁽¹⁶⁵⁾ Note-se que, numa perspetiva identificada por SOUSA RIBEIRO como *ordo-liberal*, a liberdade passa a radicar na essência da personalidade humana e a liberdade contratual começa a ser vista como um princípio de organização e integração social, que haveria de ter em conta o próprio mecanismo de funcionamento do mercado. Daí que a liberdade contratual assuma uma dimensão institucional, como elemento de uma constituição económica, justificando-se as restrições a essa mesma liberdade em nome da salvaguarda da concorrência, pelo que, por exemplo, a tutela do consumidor seria ainda perspetivada em nome da salvaguarda da própria concorrência. Cf. SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato*, 183 s., onde igualmente podemos encontrar uma crítica a esta perspetiva.

estão na base do sistema legislativo, nem as limitações destinadas imediatamente a salvaguardar as justificadas expectativas da outra parte e os legítimos interesses de terceiro. Tal como não pode o legislador descuar os limites da liberdade individual necessários para corrigir as profundas e frequentes desigualdades substanciais entre os contraentes (...)” ⁽¹⁶⁶⁾. Mais acrescenta o autor que “o contrato não é hoje apenas uma expressão da autonomia privada nas zonas de interesses vitais dominadas pelo direito; é também um instrumento de cooperação entre as pessoas, no plano dos valores que o direito é chamado a servir (...). Vontade dos contraentes e lei integram, assim, quase sempre em estreita união, o todo incindível que é a disciplina do contrato” ⁽¹⁶⁷⁾.

2.2.3. O princípio da liberdade contratual

O princípio da liberdade contratual envolve diversas dimensões e, como bem decorre das nossas palavras anteriores, conhece limitações ⁽¹⁶⁸⁾.

Em primeiro lugar, está em causa a *liberdade de celebrar ou não o contrato*. Significa isto que cada um é livre de decidir se celebra um contrato, não podendo ser forçado a fazê-lo caso tal não corresponda à sua vontade. Por outro lado, ninguém pode ser impedido de celebrar um contrato.

Contudo, esta liberdade não é, como se compreende, irrestrita. Existem, de facto, deveres jurídicos de contratar, que, uma vez violados,

⁽¹⁶⁶⁾ Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 230-231, nota 5.

⁽¹⁶⁷⁾ Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 230-231, nota 5.

⁽¹⁶⁸⁾ Sobre o princípio da liberdade contratual e a autonomia privada, cf., igualmente, PUGLIATTI, “Autonomia privada”, n. 5, *Enciclopedia del diritto*; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts I, Allgemeiner Teil*, 14 Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1987, 145 s.

Entre nós, com amplo desenvolvimento, cf., *inter alia*, Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 234 s.

Com uma formulação um pouco diversa, cf. Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 10.^a edição, Almedina, Coimbra, 2006, 229 s. (falando de liberdade para contratar ou não contratar, de liberdade de fixação do conteúdo das relações contratuais, de liberdade de forma do contrato e referindo que o princípio tem ainda grande importância em matéria de interpretação e integração dos contratos e em matéria de aplicação da lei no tempo; e sistematizando o conteúdo da liberdade contratual com base no seguinte tríptico: liberdade de celebração; liberdade de seleção do tipo contratual; liberdade de estipulação).

podem gerar responsabilidade do infrator diante de quem queira celebrar o negócio ⁽¹⁶⁹⁾.

Pense-se, por exemplo, na obrigatoriedade de celebração de certos contratos (como, por exemplo, alguns contratos obrigatórios de seguro de responsabilidade civil) ⁽¹⁷⁰⁾, ou na imposição de celebração de contratos a quem, estando numa situação de monopólio, presta um determinado serviço vital ⁽¹⁷¹⁾, e bem assim na obrigatoriedade de celebração de contratos de prestação de serviços públicos essenciais ou na impossibilidade de recusa de contratação por parte de certos profissionais liberais como os médicos, em determinadas situações ⁽¹⁷²⁾.

Por outro lado, há situações em que se condiciona a validade de

⁽¹⁶⁹⁾ Cf. Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 235.

⁽¹⁷⁰⁾ Os seguros obrigatórios de responsabilidade civil têm como finalidade a proteção de terceiros, para além dos interesses do tomador do seguro. A doutrina tem, aliás, de acordo com aquele que é o sentido as soluções legais, entendido que essa é a sua finalidade primacial.

⁽¹⁷¹⁾ A este propósito, v. Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 239. Questiona o autor se, fora das situações em que não existe o dever legal (isto é, imposto por lei) de contratar, poderá chegar-se à afirmação de um dever jurídico de celebrar o negócio. Pergunta, assim, “não haverá uma obrigação de contratar, por exemplo, quanto aos estabelecimentos fornecedores de bens destinados a satisfazer necessidades vitais do cliente? E quanto à empresa proprietária da única sala de espetáculos ou do único restaurante existente na localidade; terá liberdade de recusar a entrada de qualquer pessoa, cuja presença não lhe agrade?”. Em resposta, o autor refere a posição que aponta para uma solução restritiva da liberdade de contratar, com base na ideia de monopólio, com base no critério da importância vital dos bens, ou com base numa ideia de abuso do direito. Contudo, na sua ponderação, “tais limitações, funcionando como exceções ao princípio da liberdade de contratar consagrado no artigo 405.º, só deveriam ter-se como válidas quando a lei explícita ou implicitamente as estabelecesse, sem violação dos princípios constitucionais”. Mas acrescenta “há, todavia, uma disposição constitucional com manifesto interesse para o problema em exame. Trata-se do princípio da igualdade, que parece condenar (...) toda a recusa de contratar que envolva caráter discriminatório, em termos que ofendam o preceito constitucional”. Sobre este outro princípio, teceremos *infra* as nossas considerações.

Colocando idêntico problema, cf. Almeida COSTA, *Direito das obrigações*, 234 s.

⁽¹⁷²⁾ Sobre o ponto, cf. com diversos exemplos, A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 103 s.; Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 234 s.; Almeida COSTA, *Direito das obrigações*, 237 s.

Entre as situações de obrigatoriedade de celebração de contratos não incluímos o dever de contratar resultante da celebração de um contrato promessa. Na verdade, embora o dever exista, ele não resulta de uma imposição heterónoma, mas é ele próprio o resultado do exercício da autonomia do sujeito. Em sentido inverso, v. Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 235 e Almeida COSTA, *Direito das obrigações*, 231.

determinados contratos à obtenção de autorização de um terceiro ⁽¹⁷³⁾; e situações em que se impõe a transmissão do contrato que havia sido celebrada (*v. g.* o artigo 57.º NRAU) ⁽¹⁷⁴⁾.

Numa segunda dimensão, o princípio da liberdade contratual envolve a *liberdade de escolha da contraparte*, ou seja, não pode ser imposta a identidade da pessoa com quem se vai celebrar um contrato; nem se pode impedir um contraente de escolher a pessoa com quem quer celebrar um contrato. Porém, tal como ocorre ao nível da primeira dimensão do princípio, conhecem-se restrições ou limitações a esta liberdade. Em determinadas situações, o legislador pode estabelecer a proibição de contratar com certas pessoas. É o que acontece no caso das *indisponibilidades relativas* (artigo 953.º CC e 2192.º e seguintes CC), mas também no caso dos artigos 579.º e 876.º ⁽¹⁷⁵⁾.

Por outro lado, é possível que se imponha a contratação com uma determinada pessoa ou com um sujeito que se encontre numa certa situação. Pense-se no caso da existência de um direito legal de preferência ⁽¹⁷⁶⁾. Também o princípio da igualdade pode introduzir restrições à liberdade de escolha da contraparte. Remetemos, contudo, para um momento posterior a cabal escarpelização do sentido e intencionalidade do princípio da igualdade nas relações entre privados, uma vez que o seu âmbito será diverso do que vigora nas relações de direito público. Na verdade, o direito privado é, pela sua natureza, profundamente discriminatório, o que significa que — fora das situações em que há um atentado contra um bem jurídico fundamental, um bem da personalidade — um sujeito pode escolher celebrar um contrato com um outro em detrimento e prejuízo de um terceiro, sem que para isso tenha de prestar qualquer justificação ⁽¹⁷⁷⁾.

⁽¹⁷³⁾ Pense-se, por exemplo, no artigo 877.º CC (venda de pais a filhos) e nos artigos 1682.º e seguintes CC.

⁽¹⁷⁴⁾ Cf. Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 241.

⁽¹⁷⁵⁾ Cf. Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 240.

⁽¹⁷⁶⁾ Mas já não no caso dos direitos convencionais de preferência. A justificação é a mesma que se avançou para o caso da existência de um dever de contratar resultante da celebração de um contrato promessa. Em sentido contrário, incluindo os pactos de preferência entre as limitações ao princípio da liberdade contratual nesta segunda dimensão, cf. Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 245. Porém, o autor esclarece que porque resultam da vontade das partes, “por se tratar de auto-limitações, não constituem, em bom rigor, restrições à liberdade contratual).

⁽¹⁷⁷⁾ Sobre este ponto, cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 109.

A última dimensão do princípio da liberdade contratual aponta para a *liberdade de conformação do conteúdo do contrato*. Sendo a única vertente do princípio que está positivamente consagrado, no artigo 405.º CC, ela implica que o conteúdo do contrato pode ser livremente fixado pelas partes, de tal modo que podem celebrar contratos previstos na lei (contratos típicos), acrescentar aos contratos típicos as cláusulas que lhes aprouver, celebrar contratos não previstos pelo legislador (contratos atípicos) ou conjugar diversos tipos contratuais (contratos mistos) ⁽¹⁷⁸⁾.

Embora fundamental, esta dimensão do princípio da liberdade contratual sofre igualmente limitações. Estas resultam, em termos axiológicos, da necessidade de o ordenamento jurídico, no seio do qual se estabelece a regulamentação particularizada pelo contrato, integrar — por via de comandos imperativos — o conteúdo negocial. De acordo com Antunes Varela, “uma vez destruídos os pressupostos fundamentais em que assentava o liberalismo económico e afastada pelo intervencionismo político-económico a relutância do Estado em se intrometer nas relações do comércio privado, essas limitações [têm-se] multiplicado de forma acentuada” ⁽¹⁷⁹⁾, visando preferencialmente garantir a justiça comutativa, tanto quanto possível, proteger a parte economicamente mais frágil ou preservar determinados valores ⁽¹⁸⁰⁾.

Exige-se, entre outros aspetos, o cumprimento dos requisitos de validade do objeto do negócio jurídico (artigo 280.º CC); prevêm-se normas imperativas pelo legislador; estabelecem-se condições especiais de validade de certas cláusulas ou certos tipos negociais ⁽¹⁸¹⁾. Tendo em conta que o ordenamento jurídico não é apenas integrado por normas, alguns dos limites a esta dimensão da liberdade contratual são também impostos por força da interação de outros princípios normativos. As exigências comunicadas pelo princípio da

⁽¹⁷⁸⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 109-110; Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 246 s.; Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 240 s.

⁽¹⁷⁹⁾ Cf. Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 247. Note-se que, para o autor, a função social do contrato “não se revela apenas através de normas imperativas que restringem ostensivamente a autonomia individual. Reflete-se também em larga escala nas regras supletivas destinadas a integrar o conteúdo do contrato ou a disciplinar a sua execução e no frequente apelo da lei a critérios de equidade”.

⁽¹⁸⁰⁾ Apontando estes fins, cf. Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 248.

⁽¹⁸¹⁾ Cf. Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 249, para diversos exemplos.

boa-fé, que, *infra*, analisaremos, são a este nível extremamente importantes.

Limitações de outra ordem — pela sua dupla dimensão normativa e fáctica — são comunicadas pela figura dos contratos de adesão, ou, mais amplamente pela contratação com base em cláusulas contratuais gerais.

2.2.4. Contratos de adesão

Se o contrato é, como se viu anteriormente, um ato jurídico de vontade integrado por, pelo menos, duas declarações de vontade de sentido oposto, mas convergente, traduzindo-se, em última instância, num acordo de vontades, percebe-se que entre as duas declarações negociais que o integram — a proposta e a aceitação — medeia uma concreta negociação. É essa negociação que, permitindo o encontro de vontades das partes, garante que, excluídas que sejam situações patológicas, o efetivamente acordado corresponda ao efetivamente querido pelos contraentes.

Há, porém, determinados contratos em cuja celebração está ausente a negociação a que se alude. São os chamados contratos de adesão, ou seja, contratos cujas cláusulas são elaboradas de forma prévia e rígida por uma das partes (o predisponente), limitando-se a outra parte (o aderente) a aceitar ou não os termos previamente definidos. Quando as cláusulas em questão são elaboradas para todos os contratos futuros que serão celebrados pelo predisponentes, diz-se que o contrato de adesão foi celebrado com recurso a cláusulas contratuais gerais. Estas caracterizam-se, a par do carácter prévio e rígido, pela sua generalidade ⁽¹⁸²⁾.

⁽¹⁸²⁾ Sobre o ponto, cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 113 s.; Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 242 s.; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/I, 609 s.; Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 251 s.; Almeida COSTA/Menezes CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais — anotação ao DL n.º 446/85, de 25 de outubro*, Coimbra, 1986; Pinto MONTEIRO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo DL n.º 446/85, de 25 de outubro”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 46, 733 s.; Id., “O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 62, 2002, 111 s.; Sousa RIBEIRO, *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*; Oliveira ASCENSÃO, “Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 60-II, 573 s.; Id., *Direito Civil — Teoria Geral*, III, Coimbra Editora, Coimbra,

Percebe-se que o esquema contratual assim gizado, ao comportar riscos evidentes, envolva também limitações à liberdade contratual. Vejamos.

A doutrina tem apontado três principais riscos deste tipo de contratação que vem dar resposta às necessidades da moderna vida económica, caracterizada pela distribuição e consumo em massa: risco de desconhecimento das cláusulas; risco de adesão a cláusulas abusivas; e risco processual. Os dois primeiros riscos, a verificarem-se, implicam, na verdade limitações de ordem fáctica à liberdade contratual do aderente ⁽¹⁸³⁾.

Cada um destes riscos pode ser facilmente compreendido se tivermos em conta a realidade negocial que a categoria envolve. Na verdade, estamos a falar de contratos *standard*, elaborados por apenas um dos contraentes, pelo que existe o risco de o aderente não ler todas as cláusulas, não as conhecendo, ou, lendo-as, porque são elaboradas em termos demasiado técnicos ou apresentadas de modo pouco perceptível, não entender o seu efetivo alcance. Caso o risco anunciado se concretize, o contrato individual celebrado não corresponderá ao exercício da liberdade por parte do aderente.

Mesmo que o aderente conheça todas as cláusulas e perceba o seu sentido e alcance, a sua liberdade contratual surge limitada: com efeito, como explicita Mota Pinto, “o consumidor do bem ou serviço, se não está de acordo com as condições constantes do modelo ou impresso elaborado pelo fornecedor, é livre de rejeitar o contrato. Simplesmente, esta liberdade seria a liberdade de...rejeitar o contrato” ⁽¹⁸⁴⁾, o que se mostraria particularmente gravoso, por estarmos a falar de setores de atividade que muitas vezes correspondem a bens essenciais, por um lado, e, por outro lado, por estarmos, também muitas vezes, diante de empresas que operam em situação de monopólio ou oligopólio ⁽¹⁸⁵⁾. Significa isto que o aderente pode, perante uma cláusula abusiva, aceitá-la, sem que tal corresponda ao exercício da sua autonomia.

No que respeita ao risco processual, o mesmo afigura-se pouco relevante é para a constatação das limitações fácticas à liberdade

2002, 213 s.; Galvão TELLES, *Direito das obrigações*, 7.^a edição, 1997, 75 s.; Almeno de SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, Almedina, Coimbra, 2001.

⁽¹⁸³⁾ Cf., também, Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 251 s.

⁽¹⁸⁴⁾ Sobre o ponto, cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 114.

⁽¹⁸⁵⁾ *Op. cit.*, *loc. cit.*

contratual. Ele resulta, sobretudo, do facto de, perante entidades dotadas de complexas estruturas, os aderentes se mostrarem passivos perante as injustiças que lhe possam ser infligidas, não reagindo judicialmente contra os eventuais abusos.

O nosso legislador, consciente de todos estes riscos, interveio, disciplinando os contratos com recurso a cláusulas contratuais gerais através do DL n.º 446/85, de 25 de outubro, antes mesmo da adoção, ao nível europeu, da Diretiva 93/13/CE, do Conselho, de 5 de abril de 1993, que assim se viu transposta *avant la lettre* ⁽¹⁸⁶⁾. E fê-lo estabelecendo três grandes níveis de controlo, que acompanham, assim, os três grandes riscos de contratação com base em cláusulas contratuais gerais.

Ao nível da formação do contrato, impôs-se um dever de comunicação de todas as cláusulas do contrato e um dever de informação (artigos 5.º e 6.º DL n.º 446/85). Assim, as cláusulas contratuais inseridas nos contratos individuais devem ser comunicadas de forma prévia, integral e adequada de modo a garantir o efetivo conhecimento por parte do aderente. Não se exige — é bom de notar — este efetivo conhecimento, mas apenas — numa lógica de responsabilização do cliente — que se criem as condições que o possibilitem. Por outro lado, o predisponente tem o dever de informar, explicando o sentido e o alcance das diversas cláusulas. Este dever de informação é, em rigor, um duplo dever: trata-se, em primeiro lugar, de um dever de informação espontâneo, que deve ser cumprido independentemente de qualquer solicitação por parte do aderente; e, em segundo lugar, de um dever de esclarecimento provocado, isto é, a cumprir em face de qualquer questão suscitada pelo cliente. Caso algum destes deveres seja violado, as cláusulas não comunicadas e/ou não explicitadas dão-se por não escritas, não fazendo parte do conteúdo do contrato.

Ao nível do conteúdo do contrato, o legislador elaborou longas listas de cláusulas absolutamente e relativamente proibidas. As primeiras são sempre proibidas, sendo nulas, se inseridas num contrato individualizado; as segundas são proibidas, de acordo com um quadro negocial

⁽¹⁸⁶⁾ A diretiva determinou, não obstante, alterações à lei portuguesa, pelo DL n.º 220/95, de 31 de agosto. Sobre a questão da conformidade ou não do DL n.º 446/85 com a diretiva, no que respeita ao seu âmbito de aplicação, cf., porém, A. Pinto MONTEIRO, “O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 62, 2002.

padronizado. Além disso, podem ainda vir, em concreto, a considerar-se nulas as cláusulas que contrariem a boa-fé. Nas palavras de Menezes Cordeiro, “a boa-fé como regra de conduta não admite prejuízos graves infligidos por via contratual, salva a presença de *animus donandi* ou similar. Este nunca se presume na hipótese de condições negociais gerais que, por isso, se sujeitam a um controlo acrescido; em menor grau, sucede outrotanto nos contratos pré-formulados (...). A concretização da boa-fé, aqui em jogo, prende-se não, em direto, com a proteção da confiança, mas com dados fundamentais do sistema, como o equilíbrio das prestações, que a lei, de modo expreso, faz intervir na interpretação negocial — artigo 237.º CC — ou a produção de efeitos reais, por oposição a simulacros que inutilizem os escopos pretendidos, face ao tipo contratual eleito” ⁽¹⁸⁷⁾.

Ao nível processual, previu-se a existência de uma ação inibitória. Quer isto dizer que, mesmo antes da inserção de uma das condições gerais num contrato individual, é possível solicitar ao tribunal que avalie o carácter abusivo de uma condição geral que, a ser atestado, passa a ser proibida, devendo ser retirada das condições gerais de contratação do predisponente ⁽¹⁸⁸⁾.

⁽¹⁸⁷⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, Almedina, Coimbra, 2001, 660.

⁽¹⁸⁸⁾ A 27 de abril de 2021, foi aprovada a 4.ª alteração ao Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais. De acordo com o projeto aprovado, foi aditada uma alínea à lista das cláusulas absolutamente proibidas nas relações entre profissionais e consumidores (B2C), passando a considerar-se nulas as cláusulas que sejam redigidas com letra inferior a tamanho 11 ou a 2,5 milímetros, e com um espaçamento entre linhas inferior a 1,15. Ao mesmo tempo, institui-se um sistema de administrativo de controlo e fiscalização de cláusulas abusivas, de modo a garantir que as cláusulas consideradas proibidas por decisão judicial não sejam aplicadas por outras entidades. O sistema a que o projeto alude deverá resultar da regulamentação do diploma, a cargo do Governo.

A intenção do legislador não pode deixar de se considerar benemérita. Subjacente às modificações parece estar uma ideia de reforço da posição do aderente consumidor, num domínio de contratação que, sendo socialmente imprescindível, sempre se pautou por grande conflitualidade e por práticas abusivas da parte dos predisponentes.

Não pode, contudo, deixar de concitar críticas que, aliás, ultrapassam a situação específica em apreço. De facto, se, no passado, o legislador nos habituou a um inequívoco rigor, que se constatava mesmo quando as soluções, do ponto de vista material, podiam ser questionadas ou criticadas, parece que a voracidade legislativa dos nossos dias arredou por completo, do horizonte da positivação normativa, o cuidado dogmático-sistemático.

2.3. O princípio da boa-fé

A boa-fé, enquanto conceito central do direito civil, pode ser assumida em mais do que um sentido.

Em primeiro lugar, a regulamentação do tamanho de letra e do espaçamento de linhas ignora que muitos problemas se colocam, hoje, em ambientes digitais, onde a dimensão daquela deixa de ser rígida para poder ser configurada pelo próprio destinatário da mensagem. Os principais óbices ao efetivo conhecimento das cláusulas a que (aparentemente) se vincula, nesse contexto, resultam da forma de apresentação, da cor, do possível desvio da atenção para cláusulas inócuas, em detrimento de outras com peso fulcral, do contraste de luz, *inter alia*. Ao abdicar de um critério generalizante, assente em conceitos indeterminados, que devem ser densificados por referência ao caso concreto, para adotar uma minuciosa prescrição de uma regra falível em muitas hipóteses, o legislador mostrou a sua desconfiança em relação ao poder judicial, por um lado, e a sua ignorância em relação às melhores posições jurisprudenciais e doutrinárias.

Ao fazê-lo, ignorou também que a questão se equaciona em sede de formação do contrato, devendo ser aí que se jogam as coordenadas do problema, e não ao nível do seu conteúdo. De facto, por que motivo deve ser considerada abusiva, no sentido de determinar obrigações atentatórias do princípio da boa-fé, a cláusula que não seja redigida num tamanho suficientemente grande que garanta o seu conhecimento?

Acresce que a articulação entre os artigos 5.º, 6.º, 8.º e o novo artigo 21.ºⁱ) DL n.º 446/85 torna-se especialmente problemática. Se com o tamanho da letra pudermos concluir que a cláusula passa despercebida a um contraente normal, colocado na posição do contraente real, então ela seria, *a priori*, excluída do conteúdo do contrato, não fazendo sentido questionar a sua nulidade; se não passasse despercebida a um contraente normal, colocado na posição do real aderente, então nenhuma razão se desvela para vir considerar a cláusula nula, não só porque, de acordo com as regras interpretativas, era-lhe imputável o conhecimento, como porque o busílis da questão não se situava ao nível do conteúdo da estipulação, não se percebendo a discrepância sistemática.

Significa isto que o legislador adotou em relação aos consumidores — mas já não em relação aos profissionais — uma atitude paternalista, que, não obstante, pode conduzir, na prática — se as normas não forem devidamente articuladas e interpretadas — à não assimilação do âmbito de relevância de um caso que contenda com o tamanho da letra pelo âmbito de relevância do artigo 8.º DL n.º 446/85, impondo a solução da nulidade por referência a uma estipulação, que — quando justificável — se deveria considerar inexistente, impedindo a produção de qualquer efeito secundário e lateral.

A alteração é, pois, criticável do ponto de vista sistemático, dogmático e teleológico.

É claro que se pode assumir que, a partir do momento em que a cláusula esteja prevista numa das listas de proibições estabelecida pelo DL n.º 446/85, pode ser objeto do controlo preventivo ao nível da ação inibitória. Simplesmente, não só tal controlo não se justifica, como ele não se revela necessário, na medida em que a cláusula sempre seria excluída de um contrato singular em que fosse inserida.

2.3.1. Boa-fé em sentido subjetivo

Num sentido subjetivo, a boa-fé traduz-se num estado de espírito próprio de quem julga atuar de acordo com o direito e, portanto, de quem julga não lesar os direitos de outrem. É nesse sentido que os artigos 291.º e 243.º CC preveem a boa-fé como um dos requisitos de proteção de terceiros. Não há, porém, consenso na doutrina acerca do real alcance desta boa-fé subjetiva. Enquanto alguns autores olham para a cláusula geral num sentido psicológico, a implicar o desconhecimento de quem está a lesar direitos alheios, sem que se exija a ausência de culpa, exceto se o legislador expressamente a impuser, como ao nível do artigo 291.º CC, outros entendem que a boa-fé subjetiva sê-lo-á sempre em sentido psicológico-ético. Nessa medida, a boa-fé seria o desconhecimento sem culpa de que se está a lesar direitos alheios. Para Menezes Cordeiro, por exemplo, a boa-fé subjetiva deve ser sempre interpretada no sentido da conceção psicológico-ética, ou seja, nunca relevaria o simples desconhecimento, exigindo-se antes o desconhecimento sem culpa. São três os argumentos em que o autor assenta a sua posição: a juridicidade do sistema, já que “o direito não associa consequência a puras casualidades como o ter ou não conhecimento de certa ocorrência”, a adequação do sistema, pois “uma conceção puramente psicológica de boa-fé equivale a premiar os ignorantes, os distraídos, os egoístas, que desconheçam mesmo o mais evidente; paralelamente, estar-se-ia a penalizar os diligentes”, e a praticabilidade do sistema, uma vez que “não é possível (nem desejável) provar o que se passa no espírito das pessoas; assim (...) nunca se poderá demonstrar que alguém conhecia ou não certo facto; apenas se poderá constatar que o sujeito (...) ou sabia ou devia saber (...)” ⁽¹⁸⁹⁾.

O problema não é meramente teórico; ao invés, tem relevo prático evidente. Se, em face de um preceito como o artigo 291.º CC, a questão perde importância, por ter sido o legislador a estabelecer que age de boa fé aquele que desconhece sem culpa, diante de uma norma como a do artigo 243.º CC coloca-se, efetivamente, a questão de saber como deve ser entendida a referência à boa-fé. A solução do problema não pode ser encontrada senão por referência ao sentido e intencionalidade

⁽¹⁸⁹⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, 409 s. Veja-se, também, *Tratado de Direito Civil*, II, 896. Cf., igualmente, no tocante à ignorância não culposa, Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 83; Rui de ALARCÃO, *Direito das obrigações*, 108.

do regime da simulação, como veremos *infra*. Mas não deixa de ter em conta vetores fundamentais que podem ser ponderados desde já. Na verdade, se a gravidade que a simulação envolve pode justificar que os autores apontem a culpa no desconhecimento como um pecado venial, em confronto com a má-fé do terceiro ⁽¹⁹⁰⁾, importa não esquecer que, em geral, se deve ter em conta que o direito não pode dispensar uma dimensão ética que apela à consideração da culpa ⁽¹⁹¹⁾.

Aquele que, em termos subjetivos, viola a boa-fé atua de má-fé. Pelo contrário, aquele que viola a boa-fé em sentido objetiva atua em contradição com o princípio da boa-fé. Este tem, de facto, um sentido e intencionalidade diversos, que iremos analisar a seguir.

2.3.2. Boa-fé em sentido objetivo

Em sentido objetivo, a boa-fé identifica-se com o princípio da boa-fé, configurando uma regra jurídica que impõe aos contraentes que atuem de forma honesta, leal e correta ⁽¹⁹²⁾. Como explica Mota Pinto, “não contém, ele próprio, a solução, antes consagra o critério da solução, carecendo para o efeito da mediação concretizadora do aplicador, máxime o juiz” ⁽¹⁹³⁾. Estamos diante de um princípio positivo, transpositivo e suprapositivo que, embora seja enunciado preferencialmente por referência às relações contratuais, não vê a

⁽¹⁹⁰⁾ Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Almedina, Coimbra, 1992, 208; Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil, Sumários desenvolvidos para uso dos alunos do segundo ano do curso jurídico de 1980/81*, Centelha, Coimbra, 1981, 142; C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 484.

⁽¹⁹¹⁾ Referindo-se à problemática, cf. Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 10.^a edição, Almedina, Coimbra, 2006, 120.

⁽¹⁹²⁾ Sobre o princípio da boa-fé, *vide, inter alia*, A. Menezes CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, Almedina, Coimbra, 2001; Vaz SERRA, “Obrigação de indemnização. Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexo causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização. Direito de abstenção e de remoção”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 84, Março 1959, 45 s.; Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 115 s.; Massimo BIANCA, “La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale”, *Rivista di Diritto Civile*, 29, 205 s.; MEDICUS, Dieter/LORENZ, Stephan. *Schuldrecht*, Band I, *Allgemeiner Teil*, 19 Auflage, C. H. Beck, 2010, 67 s.

⁽¹⁹³⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 125. Sobre o princípio da boa-fé, cf. Rui de ALARCÃO, *Direito das Obrigações* (texto elaborado por J. Sousa Ribeiro, J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá e J.C. Proença. Com base nas lições do Prof. Doutor Rui de Alarcão ao 3.º ano jurídico), policopiado, Coimbra, 1983 107; A. Menezes CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*, 661 s.

sua relevância material confinada ao mundo contratual em sentido estrito, estendendo-se a todas as relações jurídicas estabelecidas entre pessoas certas e determinadas.

No que respeita ao domínio negocial, a boa-fé, enquanto regra de conduta, estende a sua eficácia à fase pré-contratual (artigo 227.º CC), podendo alicerçar, em caso de violação dos deveres por ela impostos, uma pretensão indemnizatória; acompanha toda a relação contratual (artigo 762.º CC); e impõe-se mesmo na fase pós-contratual, isto é, depois de o vínculo negocial ter cessado.

E em rigor, embora não se possa definir o seu conteúdo de forma acabada, exigindo-se a mediação concretizadora da jurisprudência, a doutrina tem avançado alguns sentidos possíveis como forma de densificar o princípio.

Nesse sentido, Rui Alarcão ⁽¹⁹⁴⁾ fala de um sentido negativo e de um sentido positivo para o princípio da boa-fé. Em termos negativos, o princípio vem vedar determinados comportamentos: *inter alia*, proibição de comportamentos desleais, designadamente todos aqueles que possam tornar mais onerosa a prestação da contraparte; proibição do *venire contra factum proprium* (exercício de um direito ou posição jurídica em contradição com o comportamento que o sujeito anteriormente tinha assumido); proibição da invocação da exceção de não cumprimento do contrato, quando a falta de cumprimento não seja suficientemente grave para justificar a recusa em cumprir.

Mas doutrina vem, ainda, analisar outras potencialidades do princípio. Assim, a boa-fé fundaria, também, outro tipo de soluções ⁽¹⁹⁵⁾: a *exceptio doli* (poder que uma pessoa tem de repelir a pretensão do autor, por este ter incorrido em dolo) ⁽¹⁹⁶⁾; inalegabilidade de nulidades formais, quando a parte que as invoca lhes tenha dado causa e fundado legítimas expectativas na contraparte ⁽¹⁹⁷⁾; *supressio* (situação em que, não tendo sido exercido o direito em certas circunstâncias durante um lapso de tempo, não pode mais sê-lo, sob pena de se contrariar a boa-fé) ⁽¹⁹⁸⁾ e a *surrectio*; *tu quoque* (proibição de,

⁽¹⁹⁴⁾ Rui de ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, 108 s.

⁽¹⁹⁵⁾ Para uma análise exaustiva, cf. Menezes CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, 661 s.

⁽¹⁹⁶⁾ Menezes CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, 719 s.

⁽¹⁹⁷⁾ Menezes CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, 771 s.

⁽¹⁹⁸⁾ Menezes CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, 825, dando conta que a mesma não tem possibilidade de singrar no nosso ordenamento jurídico

quando se viola uma norma jurídica, se exercer a situação que essa mesma norma atribui) ⁽¹⁹⁹⁾; o exercício de um direito que gera danos e se mostra inútil ⁽²⁰⁰⁾; proibição do comportamento daquele que exige o que em seguida terá de restituir ⁽²⁰¹⁾; proibição da desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto pelo cumprimento de um dever a outrem ⁽²⁰²⁾.

Em termos positivos, a boa-fé, enquanto princípio, impõe deveres de colaboração entre os contraentes. Nessa medida, uma relação obrigacional não é apenas integrada por deveres principais de prestação. Mota Pinto analisou o *conteúdo da relação obrigacional*, considerando que ela é integrada por *deveres principais de prestação* e *deveres secundários de prestação*, os quais podem ser *deveres secundários com prestação autónoma* (prestações sucedâneas do dever primário de prestação, como é o caso do dever de indemnizar a que nos temos vindo a referir), ou *deveres secundários, acessórios* da prestação principal, sem autonomia em relação a esta e funcionalmente ligados ao interesse no cumprimento, dirigindo-se à realização do interesse no crédito. Para além destes deveres, o autor identifica outros: os chamados *deveres de conduta decorrentes da boa fé* ⁽²⁰³⁾, que se destinam a garantir a incolumidade do restante património e da pessoa do credor ou de terceiros que se incluam no círculo de proteção do contrato ⁽²⁰⁴⁾. Rui de Alarcão, por seu turno, apresenta uma sistematização ligeiramente diversa ⁽²⁰⁵⁾. Fala o autor em *deveres principais ou de prestação*, “que constituem o elemento fundamental da obrigação em ordem à realização do seu fim”, ao lado de *deveres secundários ou acidentais de prestação*, que podem ser meramente acessórios da prestação principal ou ser um sucedâneo do dever primário de prestação, como é o caso do dever de indemnizar, que pode substituir o dever de prestação ou coexistir com ele

⁽¹⁹⁹⁾ Menezes CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, 847 s.

⁽²⁰⁰⁾ Menezes CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, 853.

⁽²⁰¹⁾ Menezes CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, 856.

⁽²⁰²⁾ Menezes CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, 857.

⁽²⁰³⁾ Para maiores desenvolvimentos sobre a sistematização destes deveres na doutrina estrangeira, veja-se já C. A. Mota PINTO, *Cessão da posição contratual*, Almedina, Coimbra, 1982, 338 s.

⁽²⁰⁴⁾ C.A. Mota PINTO, *Cessão da posição contratual*, 339.

⁽²⁰⁵⁾ Rui de ALARCÃO, *Direito das Obrigações* (texto elaborado por J. Sousa Ribeiro, J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá e J.C. Proença. Com base nas lições do Prof. Doutor Rui de Alarcão ao 3.º ano jurídico), policopiado, Coimbra, 1983, 65 s.

(como no caso de mora do devedor). A par destes, Rui de Alarcão refere-se aos deveres laterais, expressão que entende ser mais adequada para designar os deveres de conduta, deveres de proteção ou deveres de tutela, que são os que, “tendo como fonte uma cláusula contratual, uma norma legal ou o princípio da boa-fé, auxiliam não o cumprimento dos deveres principais, mas a cabal satisfação dos interesses globais visados pela relação obrigacional complexiva” ⁽²⁰⁶⁾. A relação obrigacional não pode, portanto, ser compreendida como uma relação obrigacional simples, mas antes como uma relação obrigacional complexa ⁽²⁰⁷⁾.

Em termos mais amplos, a boa-fé surge ligada a soluções tão importantes como o abuso do direito, a possibilidade de modificação ou resolução do contrato por alteração superveniente das circunstâncias, a tentativa de fundamentação de hipóteses de impossibilidade prática e impossibilidade moral, com eficácia extintiva das obrigações, a integração das lacunas do negócio.

2.3.3. O princípio da confiança

Alguma doutrina extrai do princípio da boa-fé uma “manifestação especialmente relevante”: o princípio da confiança ⁽²⁰⁸⁾. Nas palavras de Mota Pinto, “trata-se de acolher a ideia de que, em certos casos, deve relevar juridicamente a confiança justificada de alguém no comportamento de outrem, quando este tiver contribuído para fundar essa confiança e ela se justifique igualmente em face das circunstâncias do caso concreto” ⁽²⁰⁹⁾.

⁽²⁰⁶⁾ Rui de ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, 67,

⁽²⁰⁷⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 186 s. A este propósito, cf., ainda, A. Menezes CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1984, 586 s.; ID., *Tratado de Direito Civil*, IV, Almedina, Coimbra, 2012, 319 s.

⁽²⁰⁸⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 127.

Sobre o princípio da confiança, cf. Baptista MACHADO, “Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 117.º ano, Coimbra, 1985, n.º 3725 (p. 229 a 233), 3726 (p. 265 a 269), 3727 (p. 294 a 298), 3728 (p. 321 a 325), 3729 (p. 361 a 365), 3730 (p. 9 a 14), 3733 (p. 101 a 105), 3735 (p. 169 a 172), 3737 (p. 227 a 229); CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München, 1971; Carneiro da FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2004; Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 227.

⁽²⁰⁹⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 127.

A relevância a que Mota Pinto se refere projeta-se numa tutela negativa e numa tutela positiva da confiança.

A primeira implica que, preenchidos que estejam determinados requisitos, possa surgir uma pretensão indemnizatória. Tradicionalmente, entendia-se que tal se verificava nas hipóteses de *culpa in contrahendo* (responsabilidade pré-contratual). Contudo, admite-se mais modernamente que a responsabilidade pela confiança se pode estender a situações que não respeitam à violação dos deveres decorrentes da boa-fé, na fase das negociações. Exige-se, isso sim, que exista uma “uma situação de confiança conforme com o sistema e traduzida na boa fé subjetiva e ética; uma justificação para essa confiança; um investimento de confiança consistente em, da parte do sujeito, ter havido um assentar efetivo de atividades jurídicas sobre a crença consubstanciada; a imputação da situação de confiança criada à pessoa que vai ser atingida pela proteção da confiança” ⁽²¹⁰⁾.

Uma das grandes questões, na doutrina, passa por saber se esta responsabilidade pela confiança se deve ou não reconduzir à violação da boa-fé e, em segundo lugar, se pode ou não ser integrada no âmbito de relevância da responsabilidade contratual, ainda que seja necessário operar uma extensão teleológica do artigo 798.º CC. As respostas não são unânimes, oscilando os autores entre a mobilização da responsabilidade contratual e a afirmação de uma terceira via de responsabilidade. Carneiro da Frada vai mais longe e defende a existência de uma responsabilidade pura pela confiança, que se distanciaria da responsabilidade pela violação do princípio da boa-fé ⁽²¹¹⁾.

Não é tempo de tomarmos posição sobre esta complexa matéria ⁽²¹²⁾. Deixaremos, apenas, uma pista de reflexão, que será retomada posteriormente. A confiança de que se fala ao nível do direito não é uma

⁽²¹⁰⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, 411 s.; M. Carneiro da FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2004, 585 s. (“atitude de confiança alicerçada num facto apto a produzi-lo; depois, uma justificação objetiva para essa confiança (...); um investimento de confiança, traduzido numa atitude ou atuação que o confiante tenha desenvolvido com base na sua convicção; finalmente, uma imputação da situação a outrem, em termos que justifiquem no plano ético-jurídico a sua responsabilidade”); Pedro Pais de VASCONCELOS, “O abuso do abuso do direito — um estudo de direito civil”, *Colecção Estudos Instituto do Conhecimento AB*, n.º 4, 2015, 617 s.

⁽²¹¹⁾ M. Carneiro da FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, 431 s.

⁽²¹²⁾ Para outros desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições de responsabilidade civil*, Princípa, 2017, 22 s.

confiança fáctica, mas uma confiança normativizadas pela boa-fé. Portanto, ela estará presente durante toda a vida contratual. E se, depois da celebração do contrato, a confiança se agiganta em nome da vinculatividade negocial, ela existe anteriormente — ou mesmo independentemente da existência de um negócio jurídico — sempre que a boa-fé derrame a sua eficácia numa relação entre sujeitos certos e determinados. A pura responsabilidade pela confiança de que fala a doutrina parece, assim, encontrar o mesmo fundamento que outras vias de responsabilização dos sujeitos. O que, obviamente, não quer dizer que, naquelas hipóteses em que ela exista, a confiança não tenha — na ausência dos especiais vínculos contratuais ou pré-contratuais — de ser reforçada por força dos especiais requisitos considerados.

Este posicionamento parece ser confirmado pelo facto de os diversos regimes jurídicos respeitantes ao negócio jurídico e, dentro dele, ao contrato fazerem apelo a uma ideia de confiança. Antunes Varela chama, por exemplo, a atenção que o princípio da confiança — por si tratado como *pacta sunt servanda* — “explica, por sua vez, a força vinculativa do contrato, a doutrina válida em matéria de interpretação e integração dos contratos (...) e a regra da imodificabilidade do contrato por vontade (unilateral) de um dos contraentes: *quod prius est libertatis postea fit necessitatis*” ⁽²¹³⁾. Continua o autor, referindo que “é, com efeito, a proteção da legítima expectativa criada pelo recebimento da proposta contratual no espírito do destinatário que explica a irrevogabilidade dela pelo proponente durante o período razoavelmente reservado à reflexão e decisão deste (230.º). Tal como é a tutela do sentido da proposta, colhido pelo declaratório através da ponderação atenta do texto declarativo, que justifica a possibilidade de a declaração de vontade valer com um alcance diferente daquele que o declarante pretendeu imprimir-lhe” ⁽²¹⁴⁾.

No fundo — e este é o dado que queremos sublinhar — a confiança, normativizada pela boa-fé, está omnipresente no quadro da disciplina civilística. Se tradicionalmente muitas das soluções predispostas pelo legislador no quadro negocial se podiam explicar à luz dessa confiança, entende-se hoje que ela pode derramar a sua eficácia fora do estrito vínculo contratual. A confiança deixa de ser apenas o fundamento para soluções de direito já constituído e mostra-se apta a alicerçar no plano do direito a constituir. Simplesmente,

⁽²¹³⁾ Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 227.

⁽²¹⁴⁾ Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 227.

se assim é, então deve exigir-se mais: a assimilação da norma por adaptação extensiva exige que se comprove a presença de uma confiança em concreto, requerendo-se, por isso, o preenchimento dos pressupostos atrás enunciados. Mas, em rigor, esta confiança não dista da confiança que é gerada no seio da contratualidade em sentido estrito. Nas palavras de Antunes Varela, “a razão da vinculação está em que a promessa livremente aceite por cada uma das partes cria expectativas fundadas junto da outra e o acordo realiza fins dignos da tutela do direito. Ao interesse da livre ordenação dos interesses recíprocos das partes sucede a necessidade de proteção da confiança de cada uma delas na validade do pacto firmado” ⁽²¹⁵⁾.

Repare-se, ademais, que a confiança de que se fala, no quadro do direito privado e do direito civil, não é apenas tutelada negativamente. Em determinadas situações podemos deparar-nos com uma tutela positiva da mesma, a significar que se pode atribuir efeitos jurídicos a uma situação que é apenas aparente. É o que sucede, como veremos *infra*, nos casos de *procuração tolerada* e *procuração aparente*.

2.4. O princípio da responsabilidade

A responsabilidade civil, enquanto instituto dogmático do direito civil, pertence ao Direito das Obrigações e não à Teoria Geral do Direito Civil. Não obstante, a intencionalidade predicativa da responsabilidade vai ínsita ao próprio sentido do direito civil que é captado logo na sua Teoria Geral. Faz, por isso e porque o modo como a compreendemos é condicionado pela conformação axiológica que reconhecemos à autonomia, sentido tecer algumas breves considerações acerca da responsabilidade.

O princípio da responsabilidade encontra a sua origem diretamente na fundamentação personalista do direito. A pessoa, porque é autónoma/livre, é necessariamente responsável: responsável pelo outro, tendo de cumprir em relação a ele uma série de deveres (dogmaticamente considerados como deveres no tráfego), e responsável perante o outro, sempre que viole esses deveres e com isso lese um terceiro. E, sendo livre no plano negocial, será também responsável pelos danos causados ao não cumprir aquilo a que se vinculou.

⁽²¹⁵⁾ Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 234.

Em termos dogmáticos, na sua projeção no campo do direito civil, esta ideia maior de responsabilidade vai traduzir-se na imposição de uma obrigação de indemnização: o lesante terá de recolocar o lesado na situação em que estaria se não tivesse existido o evento lesivo. A reconstituição da situação que existiria se não tivesse havido lesão ocorre, em primeiro lugar, por via da reconstituição natural, e, em segunda linha, sempre que aquela não seja possível, se mostre insuficiente para reparar todos os danos ou seja demasiado onerosa para o lesante, com base na execução por equivalente, preferencialmente uma indemnização em dinheiro.

Mas, para que exista obrigação de indemnizar é necessário que se verifiquem determinados pressupostos e estes não são necessariamente os mesmos, consoante a modalidade de responsabilidade civil concretamente em causa.

2.4.1. Modalidades de responsabilidade civil

Tradicionalmente, os autores distinguem duas grandes modalidades de responsabilidade civil: a responsabilidade extracontratual e a responsabilidade contratual. Tal bipartição, correspondente aos dados sedimentados ao longo do tempo que o instituto calcorreou desde o direito romano, assenta — de modo superficial — na cisão entre direitos absolutos e relativos. A primeira é entendida como uma resposta do ordenamento jurídico para os casos de violação de direitos dotados com eficácia *erga omnes*; a segunda torna-se atuante no quadro do incumprimento de uma obrigação em sentido técnico, independentemente da fonte de onde brotou. A separação destas duas modalidades, contudo, tem conhecido opositores na doutrina, ao ponto de se poder afirmar que se defrontam, entre nós, os defensores de uma posição dualista e os defensores de uma posição monista ⁽²¹⁶⁾. Os

⁽²¹⁶⁾ Defendem a existência de duas modalidades de responsabilidade civil autores como Pereira COELHO, *O nexo de causalidade na responsabilidade civil*, suplemento do Boletim da Faculdade de Direito, 1951, 98 s. e *Obrigações — sumários das lições ao curso de 1966-67*, Coimbra, 1967, 145; C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 123 s.; Galvão TELLES, *Direito das obrigações*, 7.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010 (reimpressão), 321; Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 2003, 518 s.; Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de Exclusão da Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2003, 389; Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989; Rui de ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, 206 s.; Vaz SERRA,

últimos entendem que, apesar de existirem dois regimes, eles não são estanques e se unificam num plano superior, de tal modo que na responsabilidade delitual — tida por geral em confronto com a hipótese especial de responsabilidade contratual — caberia também a violação de direitos relativos.

“ Responsabilidade Contratual e Responsabilidade Extracontratual”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 85, 1959, 107 a 242; Lobo XAVIER, *Anulação de deliberações sociais e deliberações conexas*, Coimbra, 1976, 320 e 359; Carneiro da FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1994, 49, nota 91 (Note-se que o autor, embora leve pressuposta a diferença entre a responsabilidade contratual e extracontratual, entende ser legítimo e pertinente uma teoria unitária que as englobe, “a um nível de abstracção superior, e que faculte até uma útil aproximação dos preceitos que no CC se lhe referem”. Da sua autoria, cf., ainda, Carneiro da FRADA, “A responsabilidade objectiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana”, *Direito e Justiça*, vol. XII, tomo I, 1998, 297 a 312) e Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, Lisboa, 1997, 470, n. 316; Id., *Tratado de Direito Civil Português*, II/III, Almedina, Coimbra, 2010. Vide, igualmente, Mafalda Miranda BARBOSA, *Liberdade versus responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual? Considerações a propósito dos cable cases*, Almedina, Coimbra, 2005; ID., *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Princípia, 2013; ID., “Acerca da aplicação do artigo 800.º do Código Civil português aos ilícitos extracontratuais — breve apontamento”, *Revista brasileira de direito comparado*, n.º 47, 2.º semestre de 2014, 142 s.; ID., “Acerca da aplicação do artigo 800.º CC aos ilícitos extracontratuais — breve apontamento”, *O direito*, ano 147.º III, 2015; *Lições de Direito da Responsabilidade*, Princípia, 2017.

Negam a existência de duas modalidades de responsabilidade civil autores como Gomes da SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, 1944, 300 s.; Pessoa JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1999 (reimpressão) 40 s.; Pedro Romano MARTINEZ, *Cumprimento defeituoso, em especial na compra e venda e na empreitada*, Coimbra, 1994, 260 s.; Pedro MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 37, 1996, p. 171 a 217. No mesmo sentido, veja-se, ainda, Menezes LEITÃO, “Acidentes de trabalho e responsabilidade civil/A natureza jurídica da reparação dos danos emergentes de acidentes de trabalho e a distinção entre as responsabilidade obrigacional e delitual”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1988, 773 s., tendo-se, porém, afastado deste entendimento em *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português*, Almedina, Coimbra, 2005 (“A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português”, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 363, Julho-Setembro, 1991, 37-244 e n.º 364, Outubro-Dezembro, 1991, 13 a 188), 95 s.

Tomando posição sobre a querela, adiantamos que há boas razões para manter a diferença entre as duas modalidades ressarcitórias. Assim, elas distinguem-se, desde logo, no plano dogmático e de regime. Alguns índices dessa distinção podem encontrar-se nas diferentes regras de repartição do ónus probatório ⁽²¹⁷⁾, no modo diverso como se afere a capacidade do sujeito ⁽²¹⁸⁾, nos diferentes prazos de prescrição ⁽²¹⁹⁾, no diverso regime de responsabilidade por facto alheio ⁽²²⁰⁾, nas diferenças no tocante ao problema da aplicação da lei no espaço, e na diversidade de soluções no que respeita à pluralidade obrigacional ⁽²²¹⁾ ⁽²²²⁾.

Há, porém, outros níveis de diferenciação que não podemos ignorar.

a. Plano estrutural

Quando a lei se refere à responsabilidade contratual, já definiu o critério de individualização do sujeito responsável. É o próprio contrato que o faz. Diversamente, ao nível da responsabilidade extracontratual,

⁽²¹⁷⁾ Ao nível da responsabilidade extracontratual, a culpa deve ser provada pelo lesado; ao nível da responsabilidade contratual, existe uma presunção de culpa, nos termos do artigo 799.º CC. Adiante-se, porém, que são pontualmente consagradas presunções de culpa no domínio delitual (v. artigos 491.º e ss. CC). Sobre o correto entendimento acerca destas presunções de culpa, cf. o que se dirá *infra*.

Segundo alguns autores, há também diferenças no tocante ao próprio critério de aferição da culpa. Enquanto na responsabilidade extracontratual, entende a generalidade da doutrina que se deve aferir de acordo com o padrão do homem médio e, portanto, em abstrato, vozes ecoam no sentido de sugerir que, no tocante à responsabilidade contratual, ela se afere em concreto. Nesse sentido, cf. Vaz SERRA, “Responsabilidade contratual e extracontratual”, 118 s. Em sentido crítico, cf. Antunes VARELA, *Das obrigações*, 575. O problema perdeu, contudo, sentido com o CC de 1966 — *vide* artigo 799.º/2 CC.

⁽²¹⁸⁾ A incapacidade não se confunde com a inimputabilidade. Cf., a este propósito, os artigos 123.º e ss. CC e 488.º CC.

⁽²¹⁹⁾ Cf. artigos 498.º e 309.º e ss. CC.

⁽²²⁰⁾ Ao nível da responsabilidade extracontratual, rege o artigo 500.º CC; ao nível da responsabilidade contratual rege o artigo 800.º CC. Os pressupostos e fundamentos de um e de outro são diversos. Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, “Acerca da aplicação do artigo 800.º do Código Civil português aos ilícitos extracontratuais — breve apontamento”, e “Acerca da aplicação do artigo 800.º CC aos ilícitos extracontratuais — breve apontamento”.

⁽²²¹⁾ A regra é a da solidariedade obrigacional no campo da responsabilidade extracontratual (artigo 497.º CC) e da conjunção obrigacional (obrigações conjuntas) na responsabilidade contratual. Note-se, porém, que a regra no mundo obrigacional será a da solidariedade se estivermos no campo do direito comercial.

⁽²²²⁾ Sobre o ponto, cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado*, II/III, 391 s.

é necessário encontrar, dogmaticamente, critérios de delimitação do sujeito responsável e do círculo de potenciais credores da pretensão indemnizatória. Este constitui o problema preliminar em sede delitual. O pressuposto da distinção é a existência de uma obrigação em sentido técnico. É a partir dessa constatação e da particularidade de o dano resultar no âmbito desse acordo negocial que se desencadeia um regime especial de responsabilidade. No fundo, a distinção resulta, estruturalmente, das fontes ⁽²²³⁾.

b. Plano funcional

Enquanto ao nível da responsabilidade contratual se procura dar resposta ao interesse do credor que foi preterido com o incumprimento contratual, ao nível da responsabilidade extracontratual tutelam-se bens jurídicos reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Percebe-se, por isso, também por esta via, que contratualmente se defina *a priori* o obrigado a indemnização — aquele que se vinculou, no puro exercício da sua autonomia privada, a satisfazer aquele interesse legítimo do credor. A indemnização resultante da responsabilidade contratual inscreve-se ainda e sempre no plano de satisfação do interesse do credor ⁽²²⁴⁾. A responsabilidade contratual pode ainda ser vista como uma hipótese de modificação objetiva da relação jurídica ⁽²²⁵⁾. O dever primário de prestação transforma-se num dever

⁽²²³⁾ SCOGNANIGLIO, “Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale”, *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XV, Torino, 1986, 670 s. e “Responsabilità contrattuale (diritto vigente)”, *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Milano, 1988, 1072; MAJELLO, “Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale”, *Rassegna diritto civile*, 1988, 109 e “Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale”, *Fondamento e funzione della responsabilità civile*, *Atti del Seminário diretto da Buonicore e Majello*, Napoli, 1975, 7 s. Veja-se, ainda, Francesca GIARDINA, *Responsabilità Contrattuale e Responsabilità Extracontrattuale, Significato Attuale di una Distinzione Tradizionale*, Milão, Giuffrè Editores, 1993.

⁽²²⁴⁾ Nesse sentido, cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado*, II/III, 390.

⁽²²⁵⁾ Sobre o ponto, cf. Mota PINTO, *Cessão da posição contratual*, 428, nota 2; Rui de ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, 65 s.; Sínde MONTEIRO, *Estudos sobre a responsabilidade civil*, Coimbra, 1983; Calvão da SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Almedina, Coimbra, 1987; Antunes VARELA, *Das Obrigações*, I, 157; A. Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas*, 193, nota 420; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, *Direito das obrigações*, tomo III, Almedina, 2010, 390 (depois de, nas suas Lições de *Direito das Obrigações*, AAFDUL, 1994 e 2001, ter defendido exatamente o oposto).

secundário de indemnizar, o que faz com que a responsabilidade contratual seja geneticamente indissociável da obrigação que a faz avultar. Ao nível contratual, a prestação não cumprida sofre uma mutação, transformando-se num dever de indemnizar ⁽²²⁶⁾.

Neste sentido depõem autores como Guilherme Moreira, Manuel de Andrade, Antunes Varela, Mota Pinto, Rui Alarcão, Sinde

Quanto à ideia da modificação objetiva da relação jurídica, cf. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 372.

Em sentido contrário, considerando que o dever de prestar e o dever de indemnizar são radicalmente diferentes, cf. Gomes da SILVA, *O dever de prestar* 351 e Pessoa JORGE, *Ensaio* 44 s.; Carneiro da FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, 94 e 226. Para Carneiro da Frada, o busílis da questão encontra-se na diferente causa de atribuição patrimonial. O dever de indemnizar “representa uma sanção do ordenamento jurídico destinada a reparar o dano da violação da especial relação patrimonial entre dois sujeitos instituída pelo contrato”.

Também Galvão Telles começou por defender uma tese dualista, embora hoje a recuse — Galvão TELLES, *Direito das Obrigações*, 48 e 248.

Na doutrina italiana, cf. CASTRONOVO, *La Nuova Responsabilità Civile*, segunda edição, Giuffrè Editore, Milão, 1996, 103. O autor entende que o dever de prestar e o dever de indemnizar não se confundem, porque entre eles interpõe-se o dano, fator que justifica a especificidade do segundo em relação ao primeiro. Não obstante, Castromovo defende a distinção entre as duas modalidades básicas de responsabilidade civil. Mas, essa diferença entre os dois deveres permite ao autor admitir a responsabilidade do terceiro cúmplice no incumprimento no âmbito da responsabilidade contratual. Veja-se, porém, a posição defendida por Menezes Cordeiro, em *Tratado* II/III, 390, mostrando a continuidade entre o dever de prestar e o dever de indemnizar.

No espetro do pensamento jurídico alemão, PICKER — “Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo. Zur Problematik der Haftungen zwischen Vertrag und Delikt”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 1983, 183 Band, 393 s. — defende igualmente a tese da dualidade, com base no diferente fundamento entre o dever de prestar e o dever de indemnizar. Enquanto este tem como fonte a lei, aquele terá como fonte o negócio jurídico. Segundo o autor, não é viável pensarmos que, ao celebrar-se um contrato, se está a prometer, em simultâneo com a promessa de uma prestação, o valor económico da mesma, isto é, a indemnização dos prejuízos causados pelo não cumprimento contratual. (cf. Carneiro da FRADA, *Contrato*, 84, nota 161, num sentido concordante com o jurista germânico).

⁽²²⁶⁾ Cf. Mota PINTO, *Teoria Geral*, 372, onde o autor apresenta como exemplo de modificação objetiva de direitos a mutação do dever de prestar em dever de indemnizar, em caso de incumprimento contratual; Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil, sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2.º ano do curso jurídico de 1980/1981*, Centelha, Coimbra, 1981, 76; Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra, 1992, 20 s., onde o autor refere como exemplo de modificação objetiva a situação de impossibilidade de cumprimento de uma obrigação por culpa do devedor, transformando-se o dever de prestar num dever de indemnizar.

Monteiro, Pinto Monteiro e Calvão da Silva ⁽²²⁷⁾. Em sentido oposto, manifestam-se Gomes da Silva, Pessoa Jorge e Carneiro da Frada ⁽²²⁸⁾. Afirmam Gomes da Silva que os dois deveres — dever de prestar e dever de indemnizar — são completa e radicalmente distintos. Já Pessoa Jorge, reconhecendo embora que não se pode estabelecer uma “distinção radical e completa”, entende ser mais correto afirmar a autonomia do dever de prestar e do dever de indemnizar, pela diversidade de objetos, pela consideração dos casos em que a indemnização é devida simplesmente por mora do devedor. O autor chama, ainda, a nossa atenção para o facto de “mesmo quando o direito de crédito tem carácter estritamente pessoal e por isso caduca a morte do credor, se, em vida deste, o devedor não cumpriu e incorreu em responsabilidade civil, o crédito à indemnização perde esse carácter pessoal e transmite-se aos herdeiros”. Reconhecemos a validade de todos os argumentos do autor, que aliás lhe permitem sustentar, a par com outros, a desnecessidade de se distinguirem duas modalidades de responsabilidade. Não cremos, porém, que a conclusão tenha de ser necessariamente a que foi extraída. Com efeito, e como o próprio reconhece, ambos os deveres visam o mesmo fim — a satisfação do interesse do credor. Por outro lado, podemos ainda reconduzir o dever de indemnizar à realidade contratual ⁽²²⁹⁾. Além disso, muitos dos argumentos avançados têm um peso relativo diminuto, padecendo de alguma formalidade ⁽²³⁰⁾. As modificações assinaladas

⁽²²⁷⁾ Guilherme MOREIRA, *Instituições de direito civil português*, II, 2.^a edição, Coimbra, 1925; Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral*, 21 (refira-se que Manuel de Andrade, embora rebata a teoria dualista, considera que a ação creditória deve ser vista como um elemento exterior e acessório da obrigação); Mota PINTO, *Cessão da posição contratual*, 428, nota 2; Rui de ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, 65 s.; Sínde MONTEIRO, *Estudos sobre a responsabilidade civil*, Coimbra, 1983; Calvão da SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Almedina, Coimbra, 1987; Antunes VARELA, *Das Obrigações*, 157; Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas* 193, n. 420.

⁽²²⁸⁾ Vide *supra*.

⁽²²⁹⁾ “No que respeita à origem ou fonte, se bem que qualquer responsabilidade tenha a sua fonte na violação ilícita de um dever, na responsabilidade obrigacional, o dever de indemnizar participa de algum modo da fonte do dever de prestar; e isso tem reflexos no próprio regime” — Pessoa JORGE, *Ensaio*, 47.

⁽²³⁰⁾ Assim, por exemplo, a referência à mora. Se é certo que ela não consubstancia um incumprimento, não existindo, portanto, perda do interesse do credor no cumprimento da prestação, o certo é que o interesse deste está a ser preterido ao não haver cumprimento pontual do acordado.

pelo autor são consentâneas com a manutenção do objeto. Ponto que parece relevantíssimo é a ideia de que a responsabilidade contratual, para surgir, tem que ter por base uma obrigação em sentido técnico. Ou seja, de certo modo e na maioria dos casos, é ainda no quadro traçado pela autonomia da vontade que se pode explicar a sanção imposta pelo ordenamento jurídico para a hipótese de não cumprimento voluntário da prestação. Ademais, a própria indemnização pode ser fixada no âmbito da economia contratual, num puro exercício da autonomia privada das partes. Pensemos no caso de fixação antecipada da indemnização, através de uma cláusula penal puramente indemnizatória ⁽²³¹⁾. Trata-se inequivocamente de uma situação em, pelo facto de as partes avocarem o poder de fixar invariavelmente o *quantum* indemnizatório, nos apercebemos de que a indemnização surge como idêntica ao dever de prestar na sua natureza e na sua finalidade. É apenas um sucedâneo daquele, que, em face do incumprimento contratual, visa satisfazer o interesse do credor. Picker tenta contornar esta evidência dizendo que, porque a responsabilidade civil terá necessariamente uma natureza heterónoma, a cláusula penal não pode ser vista como um instituto da responsabilidade contratual em sentido próprio, mas como um dever de prestar subsidiário e condicionado, de origem negocial ⁽²³²⁾. Não cremos, contudo, que seja plausível a teoria do autor. Na verdade, sufragar tal entendimento levar-nos-ia a confundir as diversas modalidades de cláusula penal. A pena será um dever acessório e complementar no caso de a cláusula penal ser estritamente compulsória. É neste caso que a pena acresce a uma eventual indemnização, não se confundindo com a responsabilidade contratual ⁽²³³⁾. Acresce que, como

⁽²³¹⁾ Trata-se da modalidade de cláusula penal prevista no Código Civil. Para maiores desenvolvimentos acerca das diferentes modalidades de cláusula penal e dos regimes a elas associados, cf., por todos, Pinto MONTEIRO, *Cláusula Penal e indemnização*, Almedina, Coimbra, 1999.

⁽²³²⁾ Cf. PICKER, “Positive Forderundsverletzung”, 395 e 402.

⁽²³³⁾ Resta a consideração de uma terceira modalidade de cláusula penal, a cláusula penal em sentido estrito. Entende-se que, nesse caso, a pena não acresce à indemnização, antes a substituindo, não porque seja a própria indemnização, mas porque satisfaz por outra via o interesse do credor, chegando-se assim à consagração de uma obrigação com faculdade alternativa. Também aqui, permitindo-se que o credor reivindique, em vez da indemnização, a pena contratualmente fixada, porque ela satisfaz o interesse primariamente subjacente à contratação, chegamos à conclusão que, afinal, a indemnização visa dar resposta ao interesse do credor, quando o cumprimento contratual já não é possível, é defeituoso ou tardio.

sublinha Mota Pinto, o prazo de prescrição é, ao nível da responsabilidade contratual, contínuo, não se renovando com a constatação do incumprimento.

c. Plano fundacional/axiológico

Enquanto a responsabilidade extracontratual se baseia numa ideia de liberdade (positivamente entendida, que será atualizada pelo chamamento do sujeito, visto como pessoa, à sua responsabilidade — pelo outro e perante o outro), a responsabilidade contratual alicerçar-se-á (a par de uma ideia de liberdade) numa ideia de confiança, normativamente sustentada no princípio da boa-fé e alicerçada mais fortemente na ideia de vinculatividade.

Com isto são dois nódulos problemáticos que avultam: em primeiro lugar, passamos a estar em condições de perceber em que medida determinadas demandas podem ou não ser integradas no âmbito da responsabilidade contratual, problematizando hipóteses como as que envolvem a violação positiva do contrato ou os contratos com eficácia de proteção para terceiros; em segundo lugar, somos instados a perceber se e por que razão se podem ou não reconduzir a esta modalidade de responsabilidade casos atinentes à responsabilidade pré-contratual ou à responsabilidade pela confiança. Na verdade, há que perceber o que separa a vinculatividade negocial da juridicidade marcada por outras realidades que lhe escapam e que vão ganhando importância (pense-se, por exemplo, nos acordos de cavalheiros). São, no fundo, os limites da juridicidade e da vinculatividade negocial, menos ampla que a primeira, que se questionam. Já no que respeita aos segmentos problemáticos primeiramente enunciados — a violação positiva do contrato ou os contratos com eficácia de proteção para terceiros — o problema só pode ser solucionado tendo em conta a matéria de interpretação e integração do contrato.

Com isto, o que se problematiza é a existência autónoma de uma terceira via de responsabilidade civil, em diálogo com o pensamento de Canaris, Batista Machado, Sinde Monteiro, Carneiro da Frada. O problema da terceira via de responsabilidade civil viabiliza reflexões muito alargadas, tendo em conta quer a amplitude de hipóteses que os autores tentam reconduzir para o seu seio (*v. g.*, para além das referidas, a responsabilidade no âmbito da gestão de negócios), quer os casos concretos que por meio dela se tentam captar.

Por outro lado, a partir do momento em que se adere a uma perspetiva dualista, separando a responsabilidade extracontratual e a

responsabilidade contratual não só ao nível dos respetivos regimes legais, mas também ao nível funcional e fundacional, chegamos à conclusão que não se pode estabelecer entre elas uma qualquer relação de especialidade que permita à segunda, por ser específica, afastar a primeira, tida como genérica. É esta a posição sufragada no ordenamento jurídico francês e defendida por alguns juristas pátrios. Se naquele ordenamento jurídico, atenta a modelação ampla da cláusula delitual, pode haver razão de ser para a proposta ⁽²³⁴⁾, ela perde qualquer sentido no quadro do nosso sistema de responsabilidade civil. Se considerarmos que a responsabilidade contratual se distingue da responsabilidade extracontratual, designadamente pelo conceito de ilicitude subjacente a esta última não envolver a existência prévia de uma obrigação em sentido técnico e implicar a preterição de um direito absoluto, não é possível estabelecer uma relação de especialidade entre as duas modalidades de responsabilidade subjetiva. A realização simultânea da factualidade delitual e da factualidade contratual determinam algo que não se confunde com um concurso de normas. Assim, se um mesmo facto for apto a ser assimilado, na sua intencionalidade problemática, pelo regime da responsabilidade aquiliana e da responsabilidade contratual, devemos considerar que existe um concurso de títulos de fundamentação de uma mesma pretensão indemnizatória (ou seja, é possível combinar regras das duas modalidades de responsabilidade civil). É esta a posição que defendemos, na esteira do que foi proposto por outros autores e sustentado em termos muito aprofundados por Miguel Teixeira

⁽²³⁴⁾ Haveria, contudo, que tentar perceber qual o fundamento último dessa ampla cláusula delitual para ver se a sua intencionalidade se cumpre com a mobilização do regime contratual.

Repare-se, aliás, que não é a defesa da existência de duas vias de responsabilidade civil que nos leva a concluir necessariamente pelo afastamento da violação dos direitos relativos ao nível da tutela aquiliana. A lesão de direitos relativos explica-se por outra ordem de argumentos. Porém, a questão da eficácia externa das obrigações deve ser, por uma questão pedagógica e sistemática, tratada a propósito da ilicitude. Note-se que o facto de não se integrar na tutela aquiliana a defesa dos direitos obrigacionais impede que se fale de uma relação de especialidade. Mas, em termos lógicos, é possível — desde que se defenda que ao nível do artigo 483.º CC se inclui também a violação de direitos relativos — distinguir as duas modalidades ressarcitórias no plano legal e dogmático e sustentar a relação de especialidade. O que pretendemos explicar é que a partir do momento em que a diferenciação opera também no plano funcional e fundacional não será defensável aquela relação de especialidade, mesmo que se incluam os direitos de crédito na tutela delitual.

de Sousa. Afastamos, assim, a tese do cúmulo, a tese do não-cúmulo e os princípios da consunção neste quadro ⁽²³⁵⁾.

2.4.2. Pressupostos da responsabilidade civil

2.4.2.1. Responsabilidade extracontratual

Qualquer uma destas modalidades de responsabilidade civil exige, para que uma pretensão indemnizatória seja procedente, que se verifiquem determinados requisitos: no caso da responsabilidade extracontratual, importa que o comportamento seja ilícito, culposo (exceto nas situações de responsabilidade objetiva, nas quais, em rigor, se prescinde também da ilicitude), que haja um dano e que haja um nexo de causalidade (melhor entendido como nexo de imputação) ⁽²³⁶⁾.

⁽²³⁵⁾ Menezes Cordeiro (*Da boa fé no direito civil*, Almedina, Coimbra, 2001, 639) — defendia a aplicabilidade exclusiva das regras da responsabilidade contratual. Do mesmo modo, Almeida Costa — *Direito das Obrigações*, 455 s. — critica aquilo que designa por ação híbrida, bem como a teoria da opção, considerando que os casos em tratamento configuram hipóteses de concurso aparente de normas, já que há apenas uma conduta ilícita a merecer uma só indemnização. Haveria, então, que optar por um dos regimes positivos, tendo em conta a teleologia subjacente aos dois institutos. E nessa opção, a responsabilidade contratual, tendo em atenção o primado da autonomia privada que vigora ao nível obrigacional, consome a responsabilidade extracontratual.

A posição do autor, embora conduza à aplicabilidade exclusiva das regras contratuais, afasta-se do entendimento daqueles que, reconhecendo que a violação da obrigação em sentido técnico incluir-se-ia sempre no âmbito da responsabilidade contratual, advogam uma relação de especialidade entre os regimes das duas modalidades de responsabilidade civil. Nesse sentido, e de acordo com a conformação da responsabilidade civil deste país, a maioria da doutrina francesa — SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile*, Paris, 1951, 197 s., PLANIOL/RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, VI, Paris, 1952, MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, II, 1, Paris, 1973, 353 s. Vemos, por isso, Menezes Cordeiro a alterar a sua posição quanto ao ponto, a partir do momento em que aceita que não se pode continuar a sustentar a tese da unidade da responsabilidade civil — cf. *Da responsabilidade civil dos administradores* e MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, VII, 398 s. O autor considera, agora, que em caso de violação do dever de prestar se deve defender que estamos diante de uma hipótese de responsabilidade contratual. Poderá, contudo, haver concurso real, se em causa estiver a violação de deveres acessórios de segurança. No sentido de negar a relação de especialidade entre responsabilidade contratual e extracontratual, veja-se TEIXEIRA DE SOUSA, *O concurso de títulos de aquisição da prestação*, Almedina, Coimbra, 1988, 150 s.

⁽²³⁶⁾ Tradicionalmente, o problema do nexo de causalidade era resolvido com apelo à teoria da *causalidade adequada*, vista como uma correção da teoria da

conditio sine qua non. Para alguns autores, dever-se-ia, ainda, corrigir alguns dos seus resultados com apelo à teoria do *escopo da norma protegida*.

Mais recentemente, a jurisprudência tem já mostrado abertura à adesão a uma nova perspectiva que não se centra na relação causa-efeito, mas numa ideia de imputação. Para tanto, é fundamental o apelo à dimensão ético-axiológica do direito e, concomitantemente, da responsabilidade.

Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, 1444, onde se pode ler que “o filão fundamentador da imputação objetiva não pode deixar de se encontrar numa esfera de risco que se assume. Não basta 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, e relacionando-se isso com o pertinentemente aceite em matéria de definição da conduta juridicamente relevante, salienta-se aqui que, 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 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. Ao que, aliás, não será também estranho o facto de todo o problema vir enervado pela teleologia primária da responsabilidade delitual, ou seja, pelo escopo eminentemente reparador do instituto. 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 germen da sua emergência. São-lhe, por isso, 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. 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 tráfico 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 idiossincrasias 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. 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, atento 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

A ilicitude pode conhecer uma de três modalidades. A primeira corresponde à violação de direitos que vinculam todos os membros da comunidade jurídica (direitos absolutos); a segunda corresponde à violação de disposições legais de proteção de interesses alheios. De forma excecional, pode ser convocado o abuso do direito para fundar uma pretensão indenizatória. Mas, o recurso ao expediente não gera unanimidade entre os autores, ecoando vozes, como a de Capelo de Sousa, que recusam a sua autonomização ⁽²³⁷⁾. O recurso aos trabalhos preparatórios ⁽²³⁸⁾ e o paralelo com o Código Civil grego, nesta matéria, e o § 826 BGB, com todas as diferenças que o separam do abuso previsto no artigo 334.º CC, constituem argumentos fortes no sentido da admissibilidade. Porém o argumento mais contundente há de ser encontrado ao nível da própria compreensão do abuso, que remetemos para um momento posterior.

A ilicitude pode, em concreto, ser excluída se intervier uma causa de justificação: ação direta (artigo 336.º), legítima defesa (artigo 337.º), estado de necessidade (artigo 339.º), consentimento do ofendido (artigo 340.º).

A culpa, por seu turno, traduzindo-se num juízo de censura ético-jurídica e consubstanciando-se num desvalor — a pessoa podia e devia ter agido de outro modo —, afere-se e acordo com o padrão do *bonus pater familias* (o homem medianamente prudente, razoável, diligente). Aquilo que se há de determinar é se o homem médio, naquelas circunstâncias, teria atuado da mesma forma ou não. Verificando-se um desvio, constata-se a culpa. Porém, este critério de apreciação da culpa — a remeter-nos para o padrão do *bonus pater familias* — tem vindo a ser posto em causa, com alguns civilistas a apontarem baterias no sentido da afirmação do seu caráter anacrónico e a defenderem a sua substituição por um critério de razoabilidade ⁽²³⁹⁾. Em causa está, também (embora não exclusivamente), a consciência da tendencial especialização em certos setores, que poderia quadrar mal com uma aferição da culpabilidade feita em abstrato. Não cremos, porém, que os receios

intencionalidade da intervenção dita interruptiva e o nível de risco que foi assumido ou incrementado pelo lesante”.

⁽²³⁷⁾ Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, I Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

⁽²³⁸⁾ Vaz SERRA, “Abuso de direito (em matéria de responsabilidade civil)”, 252 s. Veja-se, ainda, Antunes VARELA, *Das obrigações*, 563 s.

⁽²³⁹⁾ J. Brandão PROENÇA, “A responsabilidade civil extracontratual nos 50 anos de vigência do Código Civil: um olhar à luz do direito contemporâneo”, 344 s.

sejam justificados, porque a determinação da culpa em abstrato não impede a consideração de padrões oscilantes de referência, em função do grau de especialidade do agente. É neste quadro que pode ter algum sentido equacionar a problemática da responsabilidade profissional ou de algumas responsabilidades profissionais.

A culpa que assim se compreende apresenta diferentes modalidades: dolo (a envolver a intenção) e negligência (a implicar a violação de deveres objetivos de cuidado). Dentro do dolo, podemos confrontar-nos com o dolo direto, o dolo necessário e o dolo eventual ⁽²⁴⁰⁾; no que respeita à negligência, ela pode ser consciente ou inconsciente ⁽²⁴¹⁾.

Embora se possa afirmar a responsabilidade perante qualquer uma destas modalidades, a distinção tem relevo prático-normativo. Em primeiro lugar, ela releva em termos de cálculo da indemnização. Nos termos do artigo 494.º CC, “quando a responsabilidade se fundar em mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem”. Por outro lado, a diferença poderá relevar em sede de exclusão ou limitação voluntária da indemnização, e, portanto, ao nível das chamadas cláusulas de limitação e de exclusão da responsabilidade que, nos termos do artigo 809.º CC, são consideradas válidas quando restritas à culpa leve ⁽²⁴²⁾. Releva, ainda, no tocante à determinação do nexo de imputação objetiva, outrora entendido como causalidade.

A culpa deve ser provada pelo lesado. Não obstante, existem presunções de culpa, que alguns autores têm interpretado no sentido da adoção do modelo da *faute* napoleónica.

O dano surge também como um pressuposto inultrapassável da responsabilidade. A indemnização deve cobrir os danos patrimoniais, isto é, aqueles que são avaliáveis em dinheiro, nos quais se integram

⁽²⁴⁰⁾ O dolo é direto quando o lesante queria efetivamente o resultado lesivo; necessário, quando não quer o resultado diretamente, mas o aceita como necessário para atingir o fim pretendido; eventual, quando o agente configura o resultado como possível, não confia na sua não produção, mas conforma-se com ele.

⁽²⁴¹⁾ A negligência diz-se consciente se o lesante, prefigurando o resultado, confia na sua não produção; e inconsciente se o lesante não tiver prefigurado o resultado.

⁽²⁴²⁾ Sobre o ponto, cf. A. Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2011.

os danos emergentes e os lucros cessantes, e os danos não patrimoniais (não suscetíveis de avaliação pecuniária).

No que respeita ao nexo de causalidade, a doutrina tradicional procurava estabelecê-la, maioritariamente, com base no recurso à teoria da *conditio sine qua non* e da causalidade adequada. Contudo, elas mostram-se imprestáveis.

Segundo a doutrina da *conditio sine qua non*, uma conduta é causa do dano sempre que se conclua que este não se teria verificado sem aquela. Fortemente inspirada na doutrina filosófica de Stuart Mill ⁽²⁴³⁾, percebe-se que a mesma tenha colhido grande entusiasmo no século XIX, fruto do clima cientista e positivista que naquela época se viveu ⁽²⁴⁴⁾. Para o autor, a causa é tida como a soma de todas as condições que conjuntamente se mostrem suficientes para a produção de um evento de tal modo que, uma vez verificadas, invariavelmente o resultado será aquele. Importada para o mundo jurídico pelas mãos de Von Buri ⁽²⁴⁵⁾, a recondução da causa à simples condição baseia-se, sobretudo, na impossibilidade científica de se eleger, de entre as várias circunstâncias potenciadoras do resultado, aquela que efetivamente possa ser vista como determinante ⁽²⁴⁶⁾. A intervenção da condição seria necessária para a produção do

⁽²⁴³⁾ Para Stuart Mill, a causa real é o grupo de antecedentes que determinaram o fenómeno e sem o qual ele não teria lugar, pelo que “ninguém tem o direito, filosoficamente falando, de dar o nome de causa a um deles” (*Sistema de lógica dedutiva e indutiva*, apud Pereira COELHO, “O nexo de causalidade na responsabilidade civil”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 1951, 181. Cf., ainda, *A system of logic: ratiocinative and inductive*, John W. Parker, London, 1843, 392 s.).

⁽²⁴⁴⁾ Sobre a justificação para esta equiparação entre a causa e qualquer condição sem a qual o evento não se teria verificado, cf. Pereira COELHO, “O nexo de causalidade”, 183. Veja-se, ainda, Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2010, 31 s., expondo a transição entre o mundo da juridicidade da doutrina filosófica de Mill através da ideia de sinédoque.

⁽²⁴⁵⁾ Cf. Von BURI, *Die Kausalität und ihre strafrechtliche Beziehung*, 1885, n.º 308 e *Über Kausalität und deren Verantwortung*, Leipzig, 1873, 13.

⁽²⁴⁶⁾ Para outras considerações, veja-se Antunes VARELA, *Das Obrigações em geral*, I, Almedina, Coimbra, 2003, 916; Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, Lisboa, 1997, 532 s.; M. FRANZONI, “Dei fatti illeciti. Art. 2043-2059”, in F. GALGANO (ed.), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, 1993, 95 s.; TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Giuffrè Editore, Milano, 1967, 194 s.; G. ALPA, M. BESSONE, V. ZENO-ZENCOVICH, “I fatti illeciti”, *Tratatto di diritto civile*, 14, *Obligazioni e Contratti*, VI (a cura di Pietro Rescigno), 2.ª edição, UTET, Torino, 1995, 63 s.; Fritz HAUEISEN, “Die

dano e nessa medida suficiente para a imputação da responsabilidade ⁽²⁴⁷⁾ ⁽²⁴⁸⁾. A despeito da aparente simplicidade da teoria, a granjear adeptos pela desoneração a que conduz o julgador, a verdade é que, não só aquela é meramente aparente — conduzindo, na prática, ao artificialismo do critério mobilizado em concreto —, como se mostra improcedente na prática judicativa ⁽²⁴⁹⁾. Assim, o critério quadra

Theorie der wesentlichen Bedingung — ein wichtige Ursachenlehre”, *Juristenzeitung*, 16, Heft 1, 1961, 9 s.

⁽²⁴⁷⁾ Cf. A. M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, *Torts* (Andre TUNC, ed.), chapter 7, Tübingen, Paris, New York, 1971, 34.

⁽²⁴⁸⁾ Qualquer condição seria vista como causa e nessa medida todas as condições seriam equivalentes. Não há, portanto, uma importação literal do pensamento de Mill para o mundo jurídico, já que não é a soma das condições que determinaria a relevância da causa. É, aliás, neste ponto que se localiza a crítica de Birkmeyer a Von Buri. É que, partindo da ideia de que o evento só ocorre pelo concurso de todas as condições predispostas para o efeito, Von Buri, sustentando a impossibilidade de alguma se destacar das demais, defende a equivalência entre todas, recusando a ideia de causa eficiente ínsita à teoria protagonizada pelo primeiro autor. Acontece que este, exatamente porque todas se mostram necessárias para a produção do dano, deduz daqui o corolário da insuficiência dela, dizendo que, consentaneamente com o ponto de partida do autor, se deveria sustentar como causa a soma de todas as condições. Afasta, desta forma, a crítica que Von Buri lhe dirige relativamente à impossibilidade de eleição de uma causa eficiente entre as diversas condições. Para uma análise comparatística entre os dois autores, cf. Pereira COELHO, “O nexo de causalidade”, 186 s. O autor afirma, contundentemente, que Von Buri parte de um sofisma. Parte da ideia de que todas as condições são necessárias para chegar à conclusão que o efeito é produto de cada uma delas, porque cada uma das condições torna causais as restantes. Ora, como salienta Pereira Coelho “se A+B+C+D são iguais a E, é evidente que só uma dessas grandezas não pode ser igual a E. E é isto que em resumo afirma Buri” (cf. p. 187). Acentua, por isso, o autor a *nuance* da concepção hodierna da teoria da equivalência das condições. “Os juriconsultos que hoje em dia defendem a teoria da *conditio sine qua non* limitam-se a acentuar que todas as condições são necessárias para o efeito e que portanto elas são, neste sentido, equivalentes, não sendo possível fazer entre elas qualquer distinção”. Dito de outro modo, todas podem ser consideradas causas. Cf., ainda, Oliveira ASCENSÃO, *Acção finalista e nexo causal*, Dissertação do Curso Complementar de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito de Lisboa, 1956, 112 s.

⁽²⁴⁹⁾ Cf. G. MARTY, «La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile (Étude comparative des conceptions allemande, anglaise et française)», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1939, 691 s.; François CHABAS, *L'influence de la pluralité de causes causes sur le droit à réparation*, LGDJ, 1967, n.º 100; Raniero BORDON, *Il nesso di causalità*, Utet Giuridica, Torino, 2006, 42. Para outras considerações, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexos de*

mal com a intencionalidade jurídica. Parte de uma visão determinística do mundo, que não é sequer aceite no campo das ciências exatas, esquecendo que, ao nível jurídico, o direito não pode ser determinado pelo ser, na medida em que se traduz num dever-ser. Ao mesmo tempo, conduz a uma extensão desmedida da responsabilidade ⁽²⁵⁰⁾. Na verdade, o imbricamento em cadeia de acontecimentos opera-se com uma tal voracidade na realidade prática que torna imprestável um critério assente na pura conexão causal ⁽²⁵¹⁾ ⁽²⁵²⁾. Do

imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual, Princípios, 2013, cap. II.

⁽²⁵⁰⁾ Nesse sentido, cf. Vaz SERRA, “Obrigação de indemnização. Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexo causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização. Direito de abstenção e de remoção”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 84, 1959, 22-23; Pereira COELHO, “O nexos de causalidade”, 189 s.; Antunes VARELA, *Das obrigações*, 884-885; Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.^a edição, Almedina, Coimbra, 2009, 761-762; Pessoa JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1999, 390 s. e *Direito das Obrigações*, 1.^o vol., AAFDL, Lisboa, 1975/1976, 569 e 573; Sinde MONTEIRO, “Rudimentos da responsabilidade civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 2.^o, 2005, 379; Carneiro da FRADA, *Direito Civil. Responsabilidade civil. O método do caso*, Almedina, Coimbra, 2006, 101; Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores*, 547 e *Direito das Obrigações*, 334; Ribeiro de FARIA, *Direito das Obrigações*, I, Almedina, Coimbra, 2003, 498; Galvão TELLES, *Direito das Obrigações*, 7.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, 404 s.; Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Gestlegal, Coimbra, 2023, 655; Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité*, 35; Raniero BORDON, *Il nesso di causalità*, 45; G. VALCAVI, “Intorno al rapporto di causalità nel torto civile”, *Rivista di diritto civile*, n.^o 5, 1995, 488.

⁽²⁵¹⁾ Sobre esta crítica em especial, cf., *inter alia*, Antunes VARELA, *Das obrigações*, 885; Pereira COELHO, “O nexos de causalidade”, 80; Gomes da SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, 1944, 67 s.; Luís Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, 9.^a edição, Almedina, Coimbra, 2010, 359 e n. 760.

⁽²⁵²⁾ Porque a doutrina da *conditio sine qua non* remonta, como dissemos, ao quadro filosófico de inspiração millesiana, importa dar aqui nota da advertência feita por Pereira Coelho (cf. “O nexos de causalidade”, 181, n. 1). Na verdade, afirma-se amiúde que a doutrina em causa abre a porta ao infinito. Alerta o jurista português que tal não é necessariamente assim, no quadro filosófico do problema. E não é porque, quando Stuart Mill “define a causa como a totalidade das condições, não compreende entre tais condições também os seus antecedentes mediatos, isto é, as condições das condições”. Cf. Stuart MILL, *A system of logic*, 392 s. Diante da explicação — que, saliente-se, não leva o autor a aderir à posição jurídica equivalente — concita-se uma dúvida e afiguram-se razoáveis alguns esclarecimentos. Em bom rigor, como distinguir as condições das condições, os tais antecedentes mediatos, das condições imediatas e próprias?

mesmo passo, mas sem contradição, restringe, noutras situações, a responsabilidade, impedindo uma decisão justa. Pense-se no âmbito de relevância dos casos em abstrato assimiláveis pela intencionalidade problemática do conceito de causalidade cumulativa ou alternativa. A e B disparam ao mesmo tempo sobre C, pelo que nenhum dos ferimentos pode ser visto como condição sem a qual o dano não teria ocorrido, já que qualquer um deles poderia desaparecer, continuando o processo causal a seguir o seu curso letal ⁽²⁵³⁾.

A imprestabilidade de tal juízo — quando normativamente assumido, ao vestir a roupagem da teoria da equivalência das condições — só se logrará compreender, porém, na bifurcação de perspectivas. Centrando-nos no dano concretamente sofrido, indagamos *ex ante* se ele foi causado pelo comportamento do putativo lesante para, de acordo com a doutrina em apreço, respondermos que sim, sempre que surja como uma condição sem a qual não teria sobrevivido. Pergunta-se, então, e se confluir mais do que uma causa juridicamente atendível como eleger uma como o polo de imputação da responsabilidade? Prospetivamente, olhamos para a multiplicidade de danos sobrevividos. Operando a realidade segundo uma cadeia de causas e efeitos, como balizar o dano indemnizável? Contrariamente à pressuposição epistemológica da condicionalidade como padrão explicativo da realidade, do ponto de vista da intencionalidade jurídica ela nada nos comunica, senão a idoneidade do meio para produzir um determinado dano. Tanto mais que, no seio do que pode ser identificado com o kantiano reino dos fins, a estrutura dos acontecimentos é menos linear e mais tentacular.

No plano jurídico, Pereira Coelho mostra-se crítico da doutrina da *conditio sine qua non* exatamente pela “latitude verdadeiramente demarcada e incomportável” que ela fornece à noção de causa (cf. “O nexo de causalidade” 188 e 190 s. Nelas, o autor, afastando visões caricaturais acerca da teoria, mostra que o que releva é saber em que medida o dano pode ser causalmente reconduzido ao facto que viole ou ofenda um direito de outrem).

Também no sentido de mostrar a impraticabilidade da adoção da doutrina da *condition sine qua non* no quadro do direito civil, embora não se pronuncie sobre a prestabilidade da mesma no âmbito penalista, cf. Vaz SERRA, “Obrigação de indemnização”, 23; Oliveira ASCENSÃO, *Acção finalista e nexo causal*, 115.

Cf., igualmente, Paul ESMEIN, “Trois problèmes de responsabilité civile. Causalité. Concours des responsabilités. Conventions d’irresponsabilité”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1934, tome trente-troisième, 317-369.

Para uma sistematização das críticas apontadas à doutrina, Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité*, 34 s. (alargamento desmesurado do número de potenciais responsáveis, risco de condução da responsabilidade *ad infinitum*, impossibilidade de repartição do encargo ressarcitório entre os diversos coautores ou entre a vítima e um dos autores do dano, insusceptibilidade de resolução dos problemas de sobre-determinação causal).

⁽²⁵³⁾ Cf., no mesmo sentido, dando este exemplo, Antunes VARELA, *Das obrigações*, I, 884, n. 1 e 739 s.

Note-se que a crítica pode ser contornada, considerando que o que importa para o estabelecimento da conexão causal é o evento concreto — a morte tal como ela ocorreu — e não abstrato. Cf. Pereira COELHO, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, Almedina, 1998, 9, n. 6 e 180 s. [Entre os principais argumentos invocados pelo autor, referência nacional em matéria de causalidade, contam-se o facto de o juízo de condicionalidade dever ser um juízo puro, não devendo resvalar para nenhuma seleção segundo razões atinentes à valia do comportamento e as dúvidas suscitadas pelos casos de causalidade cumulativa]; Vaz SERRA, “Obrigação de indemnizar”, 63-64 e n. 185; TRIMARCHI, *Causalità e danno*, 5; BYDLINSKI, “Mittäterschaft im Schadenrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 158, 1959, 416 [De BYDLINSKI veja-se, porém, *Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht*, F. Enke, Estugarda, 1964, 17, colocando em evidência algumas das aporias a que pode conduzir a consideração do resultado em concreto]; Ribeiro de FARIA, *Direito das Obrigações*, 499; Gerald de CARVALHO, “A causalidade. Subsídios para uma teoria da responsabilidade jurídica em geral” (capítulo de livro em preparação), *Colectânea de Jurisprudência*, ano VII, tomo 4, 1982, Coimbra, 26 s.; Jorge Carlos da FONSECA, “A relevância negativa da causa virtual ou hipotética na responsabilidade civil (Delimitação do problema. Sua incidência no Direito Português)”, *Revista Jurídica*, AAFDL, n.º 4, 1984, 43; HART E HONORÉ, *Causation in the law*, 2nd edition, Clarendon Press, Oxford, 2002, 124, 235, 252 s.; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*, 14 Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1987, 360; Christoph ROTHENFUSSE, *Kausalität und Nachteil*, Beck, München, 2003, 75-81, mostrando-se crítico da configuração concreta do resultado (cf. p. 60 s.).

Sobre o ponto, cf., também, Vaz SERRA, “Obrigação de indemnização”, 95. No âmbito dos trabalhos preparatórios do atual Código Civil, e aderindo previamente à doutrina da causalidade adequada, Vaz Serra pondera uma hipótese prática com uma intencionalidade análoga à que problematizámos em texto. Relativamente a ela, pode aí ler-se: “poderia julgar-se que falta a conexão causal entre o facto e um dos autores e o dano, pois esse facto não é condição *sine qua non* do dano. No entanto, tal não seria razoável. A vítima ficaria sem indemnização apesar de o facto de qualquer dos autores ter sido suficiente para produzir o dano. Portanto, deve cada um deles considerar-se responsável pelo dano total”. Note-se que o discurso do civilista se dirige à doutrina da causalidade adequada, mostrando, em sintonia com o que posteriormente denunciaremos, que, ao partir-se da doutrina da equivalência das condições para a corrigirmos, continuamos a ser contagiados com alguns dos seus anátemas. Saliente-se, ainda, que em debate está a possibilidade de, no seio do ordenamento jurídico pátrio, se chegar a uma solução como a que é viabilizada pelo § 830 BGB.

Mais se diga que, no que à teoria da *conditio sine qua non* tange, a possibilidade corretiva a que aqui aludimos se traduz, afinal, na total subversão do seu núcleo predicativo, já que com ela deixa-se de conseguir eliminar os acontecimentos irrelevantes para a emergência do resultado.

Acerca desta problemática, veja-se, ainda, com amplo desenvolvimento, Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo*, 659 s. Fala o autor, ademais, num outro desafio lançado às teorias por si designadas de contrafactuais, a coincidir com a problemática da causalidade virtual, que receberia uma possível resposta com base no argumento da conformação concreta do resultado. E nesse ensejo,

Em face das inconcludências da doutrina da condicionalidade, os autores passaram, com formulações diversas, a propor um entendimento causal que — aparentemente — se afasta de uma impositação naturalista e lógica para abraçar, do ponto de vista da juridicidade, a específica intencionalidade que a predica ⁽²⁵⁴⁾. Já não se indaga qual a causa do dano, mas olha-se para o comportamento do lesante para

dualiza as posições dos autores, agrupando-as entre aqueles segundo os quais “é indispensável abstrair de algumas características do resultado, de acordo com um critério jurídico, sob pena de se chegar a resultados estranhos” e aqueles para quem há que “considerar o resultado na sua configuração concreta, com as suas características individualizadoras, isto é, tal como ocorreu, naquele momento e lugar e daquele modo”. Entre os primeiros encontrar-se-ia Traeger; entre os segundos Müller e Engisch. Ponderando argumentos a favor e contra cada uma das posições, Paulo Mota Pinto erige como nóculo problemático central destas lucubrações a indagação: “o problema é, pois, o de saber qual é a configuração concreta do resultado relevante e o que são circunstâncias adjacentes irrelevantes: a separação entre circunstâncias ou elementos laterais em relação à produção do resultado e irrelevantes para este (mas que o caracterizam em concreto), por um lado, e circunstâncias ou elementos relevantes para o resultado.” (A propósito do pensamento de MÜLLER, cf. *Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs im Straf — und Schadensersatzrecht*, Mohr, Tübingen, 1912).

No fundo, parece resultar a dificuldade do facto de contra cada uma das posições poderem ser desferidas críticas que as atingem no seu cerne. Assim, no que à conformação concreta do resultado concerne, há que considerar a consequência da elevação de todas as circunstâncias acidentais a fatores causais (cf. Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo*, 661s., acompanhando de perto a lição de CANARIS vertida em “Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens und ihre Grundlagen”, Franz HÄUSER *et alii*, *Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, Berlin, 2004, 3-24, aqui 13-14), bem como o facto de ela permitir “obter as conclusões causais que se pretender, manipulando a descrição do resultado, isto é, incluindo na descrição do resultado concreto justamente aquelas circunstâncias para as quais aquela pessoa, cujo comportamento se pretende que seja considerado causal para o resultado, põe uma condição necessária, caindo assim num círculo vicioso” (Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo*, 663), pelo que se exigiria a seleção dos elementos relevantes à luz da intencionalidade da norma. É, aliás, essa a posição de CANARIS (cf. “Die Vermutung aufklärungsrichtigen”, 15). Sobre a consideração do resultado em concreto, *v.*, igualmente, Wolfgang B. SCHÜNEMANN, “Unzulänglichkeit der Adäquanztheorie? AG und LG Regensburg, VersR 1977, 459”, *Juristische Schulung*, 19. Jahrgang, Heft 1, 1979, 22; e Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité*, 43.

⁽²⁵⁴⁾ A teoria, tendo origem doutrinal, terá sido consagrada na jurisprudência tudesca em 1913 e confirmada em 1951, a propósito do naufrágio do navio *Ede-lweiss* — cf. HART/HONORÉ, *Causation*, 474 s. Com a mesma referência, acrescentando ainda um outro acórdão, datado de 1972, *v.* FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches*, 111.

ver se, em abstrato, ele é ou não idóneo a produzir um dano daquele tipo. Encontra-se, por isso, o ponto de clivagem entre esta perspetiva e as doutrinas que se integram naquilo que Honoré apelidou de *necessity theories* e de *explanatory theories* ⁽²⁵⁵⁾. 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. Sobre a doutrina da causalidade adequada haveremos desde já de considerar que ela não constitui 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 de adequação as inconcludências a que a doutrina aporta o jurista não são de pequena monta ⁽²⁵⁶⁾. 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 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*) ⁽²⁵⁷⁾. Por outro lado,

⁽²⁵⁵⁾ A propósito da classificação das teorias causais, cf. Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité*, 23 s.

Para outros desenvolvimentos e uma enunciação destas diversas doutrinas, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, 86 s.

⁽²⁵⁶⁾ Para um acompanhamento mais pormenorizado das diversas críticas que lançamos sobre a causalidade adequada, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, 99 s., bem como a demais bibliografia aí citada.

⁽²⁵⁷⁾ Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade*, 534, ao afirmar que ela não é bitola de coisa nenhuma, mas “espaço que iremos preenchendo com base no senso

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 desfere 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 nexo de causalidade? O mesmo não se poderá perguntar se o nosso juízo 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?

Entendemos, por isso, que se deve propor uma nova visão acerca da causalidade. Tal mutação radica em dois pontos fundamentais. Vejamos.

Se, tradicionalmente, o nexo de causalidade era entendido de forma unívoca, estabelecendo a ligação entre a conduta ilícita e culposa e os danos sofridos pelo lesado, embora os autores acabassem por evidenciar — de forma mais ou menos clara — que este liame era chamado a cumprir uma dupla função: ao mesmo tempo que seria entendido como um pressuposto da responsabilidade, era visto como um problema atinente ao cálculo da indemnização⁽²⁵⁸⁾, hoje, fruto da boa influência de além-fronteiras, a doutrina portuguesa passou a

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.

⁽²⁵⁸⁾ Entre nós, abordando unitariamente o problema, Pereira COELHO, “O nexo de causalidade na responsabilidade civil”, 113 a 115. Tradicionalmente o problema da causalidade era tratado ao nível da obrigação de indemnizar. Tal corresponde à estrutura sistemática das diversas codificações e, entre nós, respeita a orientação expendida nos trabalhos preparatórios do diploma mãe em matéria de direito civil — cf. Vaz SERRA, “Obrigação de indemnização. Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexos causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização. Direito de abstenção e de remoção”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 84, 1959, 5 a 301, 7.

distinguir dois nexos de causalidade. Melhor dizendo, o nexo de causalidade comunga, naquela que nos parece ser a melhor visão do problema, de uma natureza binária. Lado a lado concorrem a causalidade fundamentadora da responsabilidade e a causalidade preenchedora da responsabilidade. A primeira liga o comportamento do agente à lesão do direito ou interesse protegido ⁽²⁵⁹⁾; a segunda liga a lesão do direito ou interesse protegido aos danos consequenciais (segundo dano) verificado.

Por outro lado, A responsabilidade deixa, nesta perspetiva, de ser entendida exclusivamente do ponto de vista dogmático, mas ser compreendida do ponto de vista ético-axiológico ⁽²⁶⁰⁾. Esta é uma exigência metodológica: na interpretação que se faça de uma norma ou instituto jurídico, haveremos de a remeter para o caso e para os princípios normativos em que se louva. Ora, o princípio com que nos confrontamos é o princípio da responsabilidade, a chamar à colação a ideia de pessoa livre e responsável, absolutamente diversa do indivíduo dessolidário e solipsista. 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 de cuidado. Estes cumprem uma dupla função. Por um lado, permitem desvelar a culpa (devendo, 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

⁽²⁵⁹⁾ Problematicar-se-á, portanto, sempre que a nossa perspetiva se centre na lesão de um direito subjetivo absoluto, seja ela uma lesão primária ou subsequente à prévia lesão de outro direito absoluto.

⁽²⁶⁰⁾ Cf., para maiores desenvolvimentos, Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, 890 s. e 1130 s., bem como a demais bibliografia aí citada e que aqui damos por reproduzimos. Repristinamos algumas das conclusões a que, naquela investigação, chegámos.

dano pertence ou não ao seu núcleo. A culpabilidade não se confunde com a “causalidade”. Pode o epicentro da imputação objetiva residir na imputação subjetiva firmada, sem que, contudo, os dois planos se confundam. Condicionam-se dialeticamente, é certo, não indo ao ponto de se identificar. O condicionamento dialético de que se dá conta passa pela repercussão do âmbito de relevância da culpa em sede de imputação objetiva. Isto é, a partir do momento em que o agente atua de forma dolosa, encabeçando uma esfera de risco, as exigências comunicadas em sede do que tradicionalmente era entendido como o nexo de causalidade atenuam-se. Acresce que, ainda que a previsibilidade releve a este nível, o ponto de referência dela será diferente. Assim, a previsibilidade de que se cura deve ser entendida como cognoscibilidade do potencial lesante da esfera de risco que assume, que gera ou que incrementa. Ela não tem de se referir a todos os danos eventos. Designadamente, não terá de se referir aos danos subsequentes ou àqueles que resultem do agravamento da primeira lesão. Por isso, quando afirmamos que, ao nível da primeira modalidade de ilicitude, a culpa tem de se referir ao resultado, acompanhamos, entre outros, autores como Lindenmaier, Von Caemmerer ou Till Ristow, para sustentar que a previsibilidade que enforma a culpa deve recuar, no seu ponto referencial, até ao momento da edificação da esfera de risco que se passa a titular. 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 germen da sua emergência. São-lhe, por isso, 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* e, ainda que na indagação da pertinência funcional da lesão do direito à esfera de responsabilidade que se erige e assume esta seja mais ampla que o círculo definido pela culpa, há que ter em conta, no juízo imputacional, uma ideia de *controlabilidade* do dado real pelo agente, entendida no sentido da evitabilidade do evento lesivo, com o que se exclui a possibilidade de indemnização dos danos que resultem de acontecimentos fortuitos ou de casos de força maior.

Num segundo momento, haveremos de operar com esta esfera de risco um cotejo com outras esferas de risco, abrindo-se o segundo patamar da indagação “causal” do modelo que edificamos. Este segundo patamar terá lugar depois de se constatar que o dano-lesão pertence ao núcleo da esfera edificada. Para tanto, é necessário que haja possibilidade do dano e que ele se integre dentro dos eventos que deveriam ser evitados com o cumprimento do dever. Só depois faz sentido, confrontar a esfera titulada pelo potencial lesante com outras esferas de risco/responsabilidade.

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 idiossincrasias 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. Igualmente relevantes serão os *critérios da autoridade* e do *défice informacional*. Significa isto que, naquelas situações em que exista um dever de informação que é preterido, o risco que correria por conta do lesado pode ser avocado pelo lesante, que assim se torna responsável por ele. É o que sucede, por exemplo, na hipótese da responsabilidade por violação das regras do consentimento informado, mas é também o que ocorre quando o intermediário financeiro viola os seus deveres de informação, condicionando com isso a aquisição de um produto financeiro por parte do investidor, o que se vem a revelar um investimento desastroso. Os critérios mostram-se, igualmente, relevantes nas hipóteses de difusão de informação por pessoas notoriamente conhecidas ou influentes numa área de atividade.

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, atento 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 consunção 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 ⁽²⁶¹⁾.

As consequências do entendimento proposto são claras. Para além das vantagens na obtenção de uma resposta que se procura que seja normativamente fundada e materialmente justa, elas projetam-se em sede de repartição do ónus da prova (entendendo-se, a partir daqui, que o lesado tem de provar a ocorrência do evento lesivo e o envolvimento do comportamento do lesante na história do surgimento do dano. Mas não mais. Na verdade, ao ser tratada como uma questão

⁽²⁶¹⁾ Para outros desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação*, cap. XVIII.

imputacional, a causalidade passar a ser compreendida como uma questão normativa, dependente, portanto, de um juízo do julgador) e em matéria do que anteriormente era entendido por condicionalidade. Na verdade, para a constatação do envolvimento do evento lesivo na história do surgimento do dano, não temos de recorrer a um qualquer teste assente na condicionalidade, redunde ele na pura *conditio sine qua non*, ou aproxime-nos ele de um *but-for test* ou de um *NESS-test* de que fala a doutrina e jurisprudência anglo-saxónica. Pelo contrário, podemos chegar à conclusão que a ideia de condicionalidade, como juízo prévio à causalidade, é prescindível a este nível. No mais, sempre que se enfrentem problemas atinentes à causalidade cumulativa, designadamente atinentes à causalidade alternativa incerta, podemos concluir que o ordenamento jurídico viabiliza a responsabilização solidária dos diversos sujeitos.

2.4.2.2. Responsabilidade contratual

No caso da responsabilidade contratual, exige-se que se verifique um comportamento *fautif* (ilícito e culposos, presumindo-se a culpa, nos termos do artigo 799.º CC), um dano e um nexo de imputação entre o dano e aquela *faute* que se constata.

A *faute* a que se alude traduz-se no incumprimento, que se presume culposos. Em bom rigor, não conseguimos falar de incumprimento sem culpa, na medida em que o não cumprimento não imputável ao devedor configura uma hipótese de impossibilidade conducente à extinção da obrigação.

O incumprimento de que se fala deve ser entendido num sentido amplo. Nele inclui-se, na verdade, o não cumprimento definitivo, o cumprimento defeituoso e a mora.

Consoante já ficou esclarecido, em nome da compreensão da relação obrigacional como uma relação obrigacional complexa, integram-se igualmente neste âmbito de relevância as hipóteses de violação positiva do contrato.

2.4.2.3. Responsabilidade pré-contratual

A responsabilidade pré-contratual, prevista no artigo 227.º CC, deve a sua formulação a Ihering, que rompe com a posição segundo a qual antes da celebração do contrato não poderia haver responsabilização. Para o autor, na verdade, e pelo contrário, se uma parte no negócio conduziu à invalidade do contrato pode vir a ser por isso

responsabilizada, referindo-se à chamada *culpa in contrahendo* (culpa na formação dos contratos) ⁽²⁶²⁾.

Posteriormente, a possibilidade de responsabilização no quadro pré-contratual passou a incluir, também, a responsabilidade pela rutura injustificada de negociações e a responsabilidade pela celebração de um negócio válido, quando haja violação de determinados deveres (designadamente de informação e lealdade) que conduziu a essa celebração ⁽²⁶³⁾. De acordo com Antunes Varela, “a responsabilidade pré-contratual, com a amplitude que lhe dá a redação do artigo 227.º, abrange os danos provenientes da violação de todos os deveres (secundários) de informação, de esclarecimento e de lealdade em que se desdobra o amplo espetro negocial da boa-fé” ⁽²⁶⁴⁾. Mas o fenómeno não é exclusivo do nosso ordenamento jurídico. Em análise da jurisprudência alemã, Menezes Cordeiro dá conta do alargamento do âmbito de relevância da *culpa in contrahendo*. Assim, a decisão do BGH de 26 de setembro de 1961, nos termos da qual se concedeu uma indemnização a uma pessoa que, entrando num supermercado aberto ao público, escorregou numa casca de banana. O fundamento da responsabilização foi, neste quadro, a falta de cumprimento de deveres de pré-contratuais ⁽²⁶⁵⁾.

Fundamental é que haja culpa e que se constate a violação de deveres impostos pela boa-fé, compreendida nos moldes atrás referidos. Entre esses deveres podem, de acordo com a doutrina e a

⁽²⁶²⁾ Rudolf von IHERING, “Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen”, *Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 4, 1861, 1 s. (tradução portuguesa *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*, Almedina, Coimbra, 2008). Veja-se, igualmente, BALLERSTEDT, “Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 151, 501 s.

⁽²⁶³⁾ Cf. LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 9. neubearbeitete und erweiterte Auflage, C. H. Beck, München, 2004, 591 s. Entre nós, cf. Mota PINTO, *A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos*, suplemento 14 BFDUC, 1966, 143-251; Eva Moreira da SILVA, *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, Almedina, Coimbra, 2006; Almeida COSTA, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra Editora, 1984; Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/I, 497 s.; Carneiro da FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, 99 s.

⁽²⁶⁴⁾ Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 270.

⁽²⁶⁵⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/I, 505.

jurisprudência, encontrar-se deveres de segurança ⁽²⁶⁶⁾, deveres de informação ⁽²⁶⁷⁾, deveres de lealdade ⁽²⁶⁸⁾.

Verificados estes pressupostos, o lesante deverá indemnizar o lesado, entendendo a maioria da doutrina, embora de forma não unânime, que esta indemnização deve cobrir o interesse contratual negativo, isto é, deve recolocar o lesado na situação em que ele estaria se não tivesse confiado justificadamente na celebração do negócio. Outros autores sustentam, parecendo-nos que com razão tanto quanto o que está em causa é o preenchimento da responsabilidade, que não deve ficar preso a critérios rígidos e apriorísticos, que a indemnização não deve ficar limitada ao interesse contratual negativo, podendo abranger, em certas situações, o interesse contratual positivo ⁽²⁶⁹⁾.

2.4.3. Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva

Em qualquer das modalidades de responsabilidade civil, a culpa surge como um dos seus requisitos fundamentais. Há, porém, hipóteses em que se admite que um sujeito venha a responder, pagando uma indemnização, mesmo não tendo agido com culpa. São os casos de responsabilidade objetiva, também designada por muitos de responsabilidade pelo risco.

Estas hipóteses de responsabilidade independentemente de culpa estão sujeitas ao princípio da tipicidade. No caso da responsabilidade delitual, o artigo 483.º/2 CC é claro ao afirmar que “só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei”. Porém, o princípio da culpa como matriz da responsabilidade civil não é conatural ao direito delitual. Na verdade, na sua origem, a responsabilidade era tendencialmente objetiva, já que, verificado um dano, era todo o clã que era chamado a responder ⁽²⁷⁰⁾. Só com a passagem da *vindicta* privada para a imposição de formas de composição em dinheiro como modo de satisfazer e

⁽²⁶⁶⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/I, 505.

⁽²⁶⁷⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/I, 506.

⁽²⁶⁸⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/I, 506, considerando que “as partes não podem, *in contrahendo*, adoptar comportamento que se desviem da procura, ainda que eventual, de um contrato, nem assumir atitudes que induzam em erro ou provoquem danos injustificados”.

⁽²⁶⁹⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/I, 518

⁽²⁷⁰⁾ Cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, II, *Direito das Obrigações*, tomo III, Almedina, 2010, 591 s. V., igualmente, Santos JUSTO, *Direito*

compensar o ofendido é que a tendencial coletivização que o instituto conheceu e lhe conferiu as marcas de objetividade se perde ⁽²⁷¹⁾. Ainda assim a culpa estava longe de ter o papel central de imputação delitual que mais tarde — muito por influência do pensamento cristão ⁽²⁷²⁾ — viria a conhecer. É ainda hoje disputado o papel que a culpabilidade assumia ao nível da *Lex Aquilia* e, embora, ainda que longe da literalidade do texto, se reconheça a sua presença no modelo delineado pelo plebiscito, a verdade é que ecoam vozes no sentido da afirmação do pendor tendencialmente objetivo com que a culpa era encarada, na sua relação com a *iniuria* ⁽²⁷³⁾. No período jusnaturalista racionalista, a culpa acabaria por ocupar um lugar de destaque. À atomística individualização romanística, convertida dogmaticamente em tipicidade, sucede-se a generalização acompanhada da tendencial atipicidade do ilícito cujos contornos se vinham delineando progressivamente. Tal justifica-se, a par do pano do fundo que a matriz do pensamento então dominante, pela diversa intencionalidade com que é captada a essência do ser humano. Repare-se que da plena imersão no cosmos natural, passando pela compreensão de

Privado Romano II, Direito das Obrigações, Coimbra Editora, Coimbra, 2.ª edição, 2006, 120.

⁽²⁷¹⁾ Cf. Geneviève VINEY, *Introduction à la responsabilité, Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin*, 2^e édition, LGDJ, Paris, 1995, 7 s.

⁽²⁷²⁾ No período medieval, as construções próprias da responsabilidade civil não se alterariam sobremaneira. Recuperaram-se as fontes romanas, através das múltiplas receções do direito romano. Sublinhe-se apenas que a culpa passa a ser o fundamento da imputação delitual. Sob influência da Igreja, a responsabilidade civil teria de ter sempre subjacente a si uma culpa moral, dado que envolveria sempre o pecado. Sobre o ponto, em geral, cf. Geneviève VINEY, *Introduction à la responsabilité*, 9 s. Segundo o que aí se colhe, entendia-se neste período que a negação da lei dos homens era equivalente à negação da lei de Deus e passa a dar-se um papel importantíssimo à culpa, que, com um sentido ético, é tida como a própria justificação da imputação delitual.

⁽²⁷³⁾ Cf. Giuseppe VALDITARA, “Dalla lex Aquilia all’art. 2043 del Codice Civile”, *Seminários Complutenses de Derecho Romano*, Revista Complutense de Derecho Romano y Tradición Romanística, n.º 15, 2003, 254 s. Veja-se, também, Santos JUSTO, “Lex aquilia”, *Estudos em honra de Ruy de Albuquerque* (coord. Jorge MIRANDA), vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, 22; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co. Ltd., Joanesburgo, 1992, 1004; NÖRR, *Causa mortis. Auf den Spuren einer Redewendung*, Beck, München, 1986, 134 s.

Sobre o requisito da *iniuria*, cf. mais amplamente Zimmermann, *The Law of Obligations*, 998 s.

si mesmo na referência teológica, se cai na afirmação contundente do homem individual de cariz racional. A abstração fundadora dos contratualismos que à época se esboçam acaba por ser determinante de um olhar diverso sobre o problema da responsabilidade. O homem já não é responsável pela perturbação de um elemento do todo onde se integra, que deveria ser proscrita preventivamente pela previsão normativa, mas é responsável pela interferência com os direitos naturais e inalienáveis, nessa medida absolutos, dos outros seres humanos. O que se joga neste período, também ao nível civilístico, são as condições de compatibilização de individualidades que se confrontam. A estrutura delitual vem, então, pensada em termos de conflitualidade de esferas individuais, encerradas sobre si mesmo. De um lado, o sujeito lesado que, portador de um círculo autistamente delimitado de direitos, dirige contra todos uma pretensão de respeito, no sentido de abstenção de todo e qualquer comportamento que os possa pôr em causa. De outro lado, o sujeito lesante que, também portador dos mesmos direitos, analisáveis sob a ótica da liberdade, negativamente entendida, enquanto magma unificador daquele círculo a que se aludiu, exige, em nome da salvaguarda daquela, a restrição da responsabilidade.

Mas, curiosamente, sempre se admitiu a existência, embora excepcional, de casos de responsabilidade sem culpa, designadamente nas situações de danos provocados pelos escravos ou pelos animais ⁽²⁷⁴⁾. A responsabilidade objetiva, aliás, nunca desapareceu por completo do quadro do pensamento juridicamente relevante. Em Roma, eram conhecidas hipóteses marginais dela ⁽²⁷⁵⁾. Já a Lei das XII Tábuas continha referências aos danos provocados por animais. Considerava-se, aí, que, *si quadrupes pauperiem fecisse dicetur*, aplicar-se-ia uma sanção ⁽²⁷⁶⁾, suscitando-se dúvidas acerca da interpretação da expressão literal contida na disposição. A interpretação mais plausível seria oferecida por Ulpianus, ao sustentar que *pauperies* se referia ao dano que ocorresse sem que houvesse *iniuria*, o que implicava

⁽²⁷⁴⁾ Cf. Samuel Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, tradução de BARBEYRAC — *Le droit de la nature et des gens*, tome I, Basle, 1732, Lib. I, Cap. V.

Veja-se, também e novamente, Nils JANSEN, “Duties and Rights in Negligence: A comparative and Historical Perspective on the European Law of Extracontractual Liability”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, n. 3, 2004, 456.

⁽²⁷⁵⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, II/III, 591 s.

⁽²⁷⁶⁾ Para mais desenvolvimentos, cf. ZIMMERMANN, *The law of obligations*, 1130 s. e nota 265, que aqui acompanhamos de muito perto.

que o agente lesivo seria o animal e que este se mostra incapaz de realizar um ato ilícito, por estar privado de razão ⁽²⁷⁷⁾. A *actio de pauperie* tinha, segundo ensinamento de Zimmermann, as características de uma ação noxal: “era o dono do animal que era responsável no momento da *litis contestatio*. Se o animal morresse antes desse momento, não era possível lançar mão da *actio pauperie*”. Mais explica o autor que, progressivamente, a responsabilidade civil perdeu a componente de vingança privada, pelo que seria o dono do animal a ter de responder. No direito romano clássico e pós-clássico, havia uma alternativa: a) pedir o ressarcimento dos danos; b) pedir a rendição do animal. Mas em qualquer dos casos, continua Zimmermann, a responsabilidade pertencia ao dono do animal, não por ter cometido um delito, mas por ter mantido uma potencial fonte de risco ⁽²⁷⁸⁾. Para além dos animais, outras são as hipóteses de responsabilidade por facto alheio em Roma ⁽²⁷⁹⁾. Mas a criação de sistemas — mais ou menos coesos — de responsabilidade objetiva haveria de só surgir posteriormente. Foi com a Revolução Industrial e a acentuação dos perigos que a nova ordem económica envolvia que foram pensadas — a despeito do clima individualista que se fazia sentir — hipóteses típicas de responsabilidade pelo risco. Pense-se, por exemplo, na Lei Prussiana dos Caminhos-de-ferro de 3 de novembro de 1838 (*Gesetz über die Eisenbahnunternehmungen*), que previa, no § 25, a responsabilidade da empresa concessionária por acidentes, mesmo sem culpa ⁽²⁸⁰⁾

⁽²⁷⁷⁾ Novamente, ZIMMERMANN, *The law of obligations*, 1130 s.

⁽²⁷⁸⁾ ZIMMERMANN, *The law of obligations*, 1130 s.

⁽²⁷⁹⁾ Uma pessoa poderia ser responsabilizada pelos danos causados pelos seus empregados. A *actio aquilia in factum* era concedida contra a pessoa cujos serventes danificaram a propriedade alheia. Teria de haver culpa, mas poder-se-ia chegar à formulação de uma presunção, que substituiria a efetiva prova desta. Cf. ZIMMERMANN, *The law of obligation*, 1130 s., n. 265.

⁽²⁸⁰⁾ Cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português* II/III, 592 s.

Segundo o ensinamento de Deutsch, a *Gesetz über die Eisenbahnunternehmungen* teria tido a sua origem sistemática no pensamento de Savigny, pese embora o autor não a tenha mencionado no seu sistema de direito romano, onde não faz sequer referência especial à *preußische Eisenbahngesetz*, datada de 1838, que sempre foi encarada segundo uma ideia de excecionalidade. Cf. Deutsch, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. völlig neugestaltete end erw. Aufl., Carl Heymanns Köln, Berlin, Bonn, München, 1996, 448. Sobre o ponto, cf., ainda, Jörg FEDTKE e Ulrich MAGNUS, “Germany”, *Unification of tort law: strict liability*, B.A. KOCH/H.KOZIOL (eds.), Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2002, 147.

e no sistema de compensação de trabalhadores fabris pelos acidentes industriais, conhecido pelo sistema de Bismarck ⁽²⁸¹⁾.

Estas formas de responsabilidade civil nunca deixaram, porém, de ser consideradas anómalas e residuais. No BGB, o princípio da culpa continua a ser dominante ⁽²⁸²⁾. Também no Código Civil italiano, pese embora não tenham sido absolutamente banidas do seu âmbito tais hipóteses normativas ⁽²⁸³⁾, não foi criado um sistema completo de responsabilidade assente no risco. Em França, o Código de 1804 já continha algumas normas tipificadoras de situações de responsabilidade objetiva ⁽²⁸⁴⁾. Mas foi sobretudo fruto do labor jurisprudencial que se chegou, a partir da interpretação do artigo 1384.º/1, a um princípio geral de responsabilidade do guardião por danos causados por coisas que se tem sob custódia ⁽²⁸⁵⁾.

Veja-se, também, Paul MITCHELL, *The impact of institutions and professions on legal development*, Cambridge University Press, 2012, 3; Jens M. SCHERPE, “The impact of institutions and professions in Germany”, *The impact of institutions and professions on legal development*, Paul Mitchell (ed.), Cambridge University Press, 2012, 115; Sebastian LOHSE, “The development of traffic liability in Germany”, *The development of traffic liability*, WOLFGANG ERNST (ed.), Cambridge University Press, 2010, 112 s.; Jens MARTIN SCHERPE, “Technological change and the development of liability for fault in Germany”, Martin Miquel-Casals (ed.), *The Development of Liability in Relation to Technological Change, Comparative Studies in the development of the law of torts in Europe*, Cambridge University Press, 2010, 140 s.

⁽²⁸¹⁾ Cf. ZIMMERMANN, *The law of obligations*, 1130 s. Tratar-se-ia neste segundo caso de um esquema securitário. Veja-se, também, a referência de Menezes Cordeiro à lei alemã de responsabilidade de 1871 e ao diploma sobre acidentes de trabalho.

⁽²⁸²⁾ Cf. Jörg FEDTKE/Ulrich MAGNUS, “Germany”, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer, 2002, 147. Como atestam os autores, as hipóteses de responsabilidade objetiva foram tipificados quase sempre em legislação avulsa.

Veja-se, porém, o § 833 BGB, que prevê a responsabilidade objetiva por danos causados por animais que não sejam utilizados para fins comerciais ou profissionais.

⁽²⁸³⁾ A posição é afirmada por TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè Editore, 1961.

Cf., porém, RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, 1964, considerando que o sistema delitual italiano assenta em dois princípios e colocando o princípio da imputação com base no risco no mesmo plano que a imputação por culpa.

Para outras hipóteses de responsabilidade pelo risco constantes do CC italiano, veja-se, igualmente, BUSNELLI e Giovanni COMANDÉ, “Italy”, *Unification of Tort Law*, 209 s.

⁽²⁸⁴⁾ Cf. artigo 1385.º e 1386.º CC.

⁽²⁸⁵⁾ Cf. *Arrêt Jand’heur* (1930): a guarda de uma coisa gera responsabilidade independente de culpa, desde que o dano não resulte de um evento exterior e irresistível.

Em Portugal, o Código Civil contém uma subsecção dedicada à responsabilidade pelo risco (artigos 499.º e ss.), não se esgotando, aí, toda a tipificação legal das hipóteses.

As hipóteses de responsabilidade objetiva começaram a ser pensadas no quadro de ordenamentos jurídicos forjados sob inspiração individualista. Elas constituíam, por isso, um fator de perturbação, sendo relegadas para o limbo da excecionalidade ⁽²⁸⁶⁾. Não obstante, o avanço técnico do início do século comunicava novas exigências ao direito. As atividades perigosas, sendo vantajosas e, portanto, não devendo ser proibidas pelo ordenamento jurídico, davam azo a acidentes, colocando-se o problema do ressarcimento dos danos gerados por essa via. A tensão que enervava a responsabilidade civil, à época, passava, assim, por um lado, por tentar salvaguardar a liberdade — entendida de um prisma estritamente negativo e associada a uma ideia de individualidade — que reclamava a culpa; e, por outro, por garantir a justa compensação dos lesados. Nesta medida, e com a ideia de excecionalidade sempre presente, os diversos ordenamentos jurídicos foram forjando soluções que procuravam contornar o dilema instalado. Entre os expedientes salvadores da culpa ⁽²⁸⁷⁾, contam-se mecanismos como os do incremento do nível de cuidado exigível (com a consequência de ser possível responsabilizar um sujeito que atuou com um grau de culpa diminuto) ⁽²⁸⁸⁾, da diminuição da

Para outras considerações sobre o ponto, cf., no quadro de uma análise histórica, ZIMMERMANN, *The law of obligations*, 1145. Antes deste, cf. o *Arrêt Teffaine* (1897). Veja-se, ainda, Suzanne GALAND-CARVAL, “France”, *Unification*, 127 s. e, *in fine*, MAZEAUD/TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsablité civile délictuelle et contractuelle*, tome I, 6.ª ed., Paris, 1965, n.º 18 e n.º 66.

⁽²⁸⁶⁾ Sobre o ponto, cf. SINDE MONTEIRO, *Estudos sobre a responsabilidade civil*, Coimbra, 1983, p. 17 e nota 18. Cf., também, MIQUEL MARTÍN-CASALS ed., *The Development of Liability in Relation to Technological Change, Comparative Studies in the development of the law of torts in Europe*, Cambridge University Press, 2010.

⁽²⁸⁷⁾ Cf., a este propósito, os diversos relatórios nacionais contidos na obra *Unification of Tort Law*.

⁽²⁸⁸⁾ Os deveres de cuidado aprofundam-se por referência a condutas particularmente perigosas e, em abstrato, no quadro do que entre nós é conhecido por segunda modalidade de ilicitude delitual. Sobre o ponto, veja-se a referência aos *Verkehrssicherungspflichten* e aos *Verkehrspflichten* em Jörg FEDKTE/Ulrich MAGNUS, “Germany”, *Unification*, 148. Para outras considerações acerca dos deveres de segurança no tráfego e dos deveres do tráfego, cf. T. RAAB, “Die Bedeutung der Verkehrspflichten und ihre systematische Stellung im Deliktsrecht”, *Juristische Schulung*, 2002, 1041 s.; C. Von BAR, “Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im

exigência ao nível da determinação da negligência, do estabelecimento de presunções de culpa ⁽²⁸⁹⁾, da fixação de casos especiais de responsabilidade ⁽²⁹⁰⁾. Paralelamente, as hipóteses de responsabilidade objetiva que vão sendo tipificadas afastam-se de um modelo de responsabilidade absoluta, admitindo, nas suas previsões normativas, causas de exclusão da responsabilidade ⁽²⁹¹⁾.

Tudo isto tem consequências. Em vez de uma perfeita linha de fronteira entre as duas modalidades delituais — responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva — verifica-se que existe, entre elas, uma continuidade, que vai sendo assinalada pelos autores. Mas, e apesar de muitos autores negarem hoje uma relação de precedência hierárquica entre estas modalidades, e não obstante se poder verificar o referidp *continuum* entre elas — desde que a responsabilidade objetiva seja pensada ainda com um cunho imputacional —, não podemos deixar de colocar a responsabilidade subjetiva, isto é, por culpa, num patamar cimeiro. Esta é, aliás, uma exigência que decorre do carácter ético-axiológico que perpassa o instituto da responsabilidade civil. E é uma decorrência do direito positivo, já que o artigo 483.º/2 CC determina que não haverá responsabilidade independentemente de culpa fora dos casos previstos na lei. Consagra-se, portanto, um princípio da tipicidade no tocante à responsabilidade objetiva.

Esta responsabilidade objetiva é, muitas vezes, designada por responsabilidade pelo risco. Não nos parece, contudo, que haja uma

Recht der Verkehrs(sicherungs)plichten”, *Juristische Schulung*, 28. Jahrgang, 1988, Heft 3, 169; Lothar VOLLMER, “Haftungsbefreiende Übertragung von Verkehrssicherungspflichten. Ein Problem der Haftungszurechnung und -Kanalisation”, *Juristenzeitung*, 1977, 371 s.; MERTENS, “Verkehrspflichten und Deliktsrecht- Gedanken zu einer Dogmatik der Verkehrspflichtverletzung”, *Versicherungsrecht*, 1980, 397 s. Sobre a relação entre a criação de deveres de segurança no tráfego ou deveres no tráfego e a ampliação do âmbito da responsabilidade objectiva, cf. Josef ESSER, “Die Zweipurigkeit unseres Haftpflichtrecht”, *Juristenzeitung*, 8, Heft 5, 1953, 129 s.

Note-se, ainda que, uma das questões entre a doutrina passa(va), exatamente, por saber se a culpa levíssima pode ou não dar origem a uma pretensão indemnizatória procedente.

⁽²⁸⁹⁾ Noutros casos, não se invertia o ónus probatório, mas aligeiravam-se muito as exigências na comprovação prático-normativa do requisito.

⁽²⁹⁰⁾ Pense-se, por exemplo, na responsabilidade dos inimputáveis.

⁽²⁹¹⁾ Uma das mais conhecidas é a possibilidade de se invocar uma situação de força maior como excludente da responsabilidade.

sinonímia perfeita entre os dois termos. Na verdade, se é verdade que classicamente as previsões de responsabilidade sem culpa assentavam na assunção de uma atividade perigosa da qual o sujeito retirava um determinado benefício, compatibilizando-se o controlo do risco e um ideário de justiça distributiva, não menos certo é que existem previsões em que esse controlo do risco inexistente, e, não obstante, é imposto em nome da salvaguarda do lesado uma obrigação de indemnizar. Pense-se, por exemplo, no caso da responsabilidade por acidentes de trabalho. Ou seja, a responsabilidade objetiva é mais ampla do que a responsabilidade pelo risco, sendo certo, contudo, que ao nível das previsões codicísticas só esta é consagrada.

No mais, há que não esquecer que a responsabilidade civil, mesmo sem culpa, não pode ser confundida com esquemas assistencialistas de tipo escandinavo que, se acautelam em certa medida a posição do sujeito lesado, acabam por não cumprir o ideal de justiça que se almeja com a responsabilização ⁽²⁹²⁾.

Importa, ainda, considerar, no tocante à responsabilidade independente de culpa (e, também, independente de ilicitude), as hipóteses que vão conhecidas por responsabilidade pelo sacrifício ou responsabilidade por factos lícitos. Embora na responsabilidade pelo risco esteja ausente a ilicitude, esta última identifica hipóteses em que existe uma previsão normativa que autoriza um determinado dano. Pelo contrário, no caso da responsabilidade pelo risco, apesar de a atividade ser permitida e apesar de muitas vezes não existir uma conduta humana (dados que determinam a licitude de que se fala), não fica autorizado qualquer dano. Está também submetida a um princípio de tipicidade ⁽²⁹³⁾ e a indemnização será calculada de acordo com a equidade.

2.5. O princípio da igualdade

O artigo 13.º CRP dispõe que “1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei; 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou

⁽²⁹²⁾ Para outros desenvolvimentos acerca da questão da responsabilidade objetiva, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Estudos a propósito da responsabilidade objetiva*, Princípios, 2014.

⁽²⁹³⁾ Cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado* II/III, 716, falando a este propósito de três blocos: estado de necessidade, lesão do direito de propriedade, incumprimento de contratos (ex. 1332.º; 339.º; 1229.º).

isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual”. Quer isto dizer que o preceito constitucional, depois de consagrar a igual dignidade de todos os cidadãos, especifica um princípio de proibição de discriminação negativa, o que não impede, contudo, que, em determinadas circunstâncias, não seja possível discriminar positivamente os cidadãos, exatamente por ser essa a única via para garantir a igualdade material (e não meramente formal).

O referido princípio vincula não só os agentes públicos, mas também os privados. Como *supra* ⁽²⁹⁴⁾, não se duvida hoje da relevância e da eficácia dos direitos fundamentais ao nível das relações entre privados, bem como da exigência de cumprimento, por parte destes sujeitos, do princípio da igualdade ⁽²⁹⁵⁾. Sobretudo após o acórdão “*Lüth*”, a generalidade da doutrina passou a considerar o problema da eficácia externa dos direitos fundamentais em torno de duas perspetivas: por um lado, afirmou-se, na esteira de Günter Dürig, a teoria da eficácia externa *mediata* dos direitos fundamentais; por outro, no trilhado de Nipperdey, sustentou-se uma eficácia imediata desses mesmos direitos no domínio do direito privado ⁽²⁹⁶⁾. Rememorando o que antes afirmámos, para a primeira posição — que, de uma determinada perspetiva, pode ser compreendida como uma construção intermédia entre a estrita negação da eficácia externa e a afirmação da sua relevância direta no direito privado ⁽²⁹⁷⁾ —, a vinculação aos direitos fundamentais é, na essência, dirigida ao Estado e não aos particulares. Contudo, tal não implica que se afaste liminarmente a “operatividade dos direitos fundamentais no campo das relações privadas”,

⁽²⁹⁴⁾ Cf., também e novamente, Mafalda Miranda BARBOSA/João Pedro RODRIGUES, “*Nós (eu e tu) e o outro (Estado) ou o outro entre nós?: Breves notas a propósito do impacto da Directiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de Junho de 2000, sobre o princípio da liberdade contratual — morte do princípio ou manutenção do status quo ante?*”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 87, 2011, 319 e s.

⁽²⁹⁵⁾ Damos aqui por reproduzidas algumas das considerações tecidas no estudo citado na nota anterior e *supra* explanadas.

⁽²⁹⁶⁾ Mafalda Miranda BARBOSA/João Pedro RODRIGUES, “*Nós (eu e tu) e o outro (Estado) ou o outro entre nós?:*”, 319 s.

⁽²⁹⁷⁾ Assim, expressamente, Daniel SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro, 2004., 238. Dando conta disso, Mafalda Miranda BARBOSA/João Pedro RODRIGUES, “*Nós (eu e tu) e o outro (Estado) ou o outro entre nós?:*”, 319 s., que aqui continuamos a reproduzir em algumas das suas partes.

outrossim que exista uma “mediação de um órgão do Estado, que além de estar diretamente vinculado a estes direitos, tem de ser consequente com o dever de proteção que deriva da dimensão objetiva dos direitos fundamentais” ⁽²⁹⁸⁾, sendo tal mediação realizada nas fronteiras do direito privado.

No fundo, e de acordo com Vieira de Andrade, não se nega que o Estado, enquanto sujeito passivo dos direitos fundamentais, tenha “o dever de proteger esses direitos contra os ataques que lhe sejam movidos (mesmo) por entidades privadas”, mas “essa proteção deveria fazer-se *através do direito privado*”, pelo que, como esclarece o mesmo autor, “a força jurídica dos preceitos constitucionais em relação aos particulares (*terceiros*) não se afirmaria de modo imediato, mas apenas *mediatamente*, através dos princípios e normas próprios do direito privado. Quando muito, os preceitos constitucionais serviriam como *princípios de interpretação* das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, clarificando-os (*Wertverdeutlichung*), acentuando ou desacentuando determinados elementos do seu conteúdo (*Wertakzentuierung*, *Wertverschärfung*), ou, em casos extremos, colmatando as lacunas (*Wertschutzlückenschliessung*), mas sempre do ‘espírito’ do direito privado” ⁽²⁹⁹⁾. Para outros autores, os direitos fundamentais podem ser invocados diretamente nas relações privadas, revestindo-se, assim, de uma eficácia externa imediata, justificada com base na “constatação de que os perigos que espreitam os direitos fundamentais no mundo contemporâneo não provêm apenas do Estado, mas também dos poderes sociais e dos terceiros em geral” ⁽³⁰⁰⁾, devendo, por isso, reconhecer-se que tais direitos contêm “princípios ordenadores para a vida social” cujo valor se espraia no âmbito da ordem jurídica globalmente considerada. Neste domínio, o direito privado sofre o impacto dos direitos fundamentais, que aí valem, como direitos subjetivos, independentemente de qualquer mediação que os “privatize” ou que, em sede metodológica, os assuma como parâmetro da interpretação jurídica das normas de direito privado ⁽³⁰¹⁾.

⁽²⁹⁸⁾ J. M. Bilbao UBILLOS, “En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”, *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre, 2003, 309 s.

⁽²⁹⁹⁾ J.C. Vieira de ANDRADE, “Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares”, 276.

⁽³⁰⁰⁾ Cf. Daniel SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 245.

⁽³⁰¹⁾ Mafalda Miranda BARBOSA/João Pedro RODRIGUES, “Nós (*eu e tu*) e o outro (*Estado*) ou o outro entre nós?:”, 319 s.

Entre nós — e diferentemente do que sucede na Alemanha —, a Constituição, no artigo 18.º, n.º 1, afirma taxativamente que os direitos, liberdades e garantias vinculam entidades públicas e privadas, restando saber em que termos se processa essa vinculação.

A este propósito, consoante também esclarecemos *supra*, importa considerar dois dados.

Em primeiro lugar, se pensarmos, como devemos pensar, o direito civil na necessária referência à pessoa humana, diferente do indivíduo, que é colocada no centro da sua reflexão, e se concebermos os direitos fundamentais, longe da conceptualização saída do liberalismo revolucionário, de acordo com a mesma matriz ético-axiológica, facilmente compreenderemos que tais direitos fundamentais não podem deixar de vincular os privados nas relações que estabelecem entre si. Em rigor, aliás, muitos dos direitos de personalidade coincidem com os direitos que colhem assento na Constituição, e podemos, na esteira dos ensinamentos de Capelo de Sousa, olhar para o direito geral de personalidade como um direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias ⁽³⁰²⁾. Por outro lado, os preceitos constitucionais serão um expediente metodológico importante para densificar muitos dos conceitos indeterminados e cláusulas gerais com que somos confrontados no âmbito privatístico. Note-se, ainda, que o próprio legislador — muitas vezes, instado por imperativos legislativos ditados pelo direito comunitário — acaba por consagrar, relativamente a certas matérias, um direto efeito de princípios que são também princípios constitucionais.

No tocante ao princípio da igualdade, pense-se, aliás, na lei n.º 93/2017, de 23 de agosto ⁽³⁰³⁾, atualizada pela Lei n.º 3/2024, de 15/01, que consagra, nas relações entre privados, a proibição de discriminação em razão da origem racial e étnica, cor, nacionalidade, ascendência e território de origem ⁽³⁰⁴⁾.

Ademais, são inúmeros os domínios da civilística onde o princípio da igualdade avulta em toda a sua expressão. A este propósito,

⁽³⁰²⁾ R. Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 584.

⁽³⁰³⁾ A que oportunamente nos referimos, no estudo, elaborado conjuntamente com João Pedro Rodrigues, e que aqui temos vindo a acompanhar.

⁽³⁰⁴⁾ Sobre a interpretação que julgamos ser preferível para a presunção de discriminação contida na lei n.º 18/2004, de 11 de maio, cf., novamente, Mafalda Miranda BARBOSA/João Pedro RODRIGUES, “Nós (*eu e tu*) e o outro (*Estado*) ou o outro entre nós?:”, 319 s.

Menezes Cordeiro afirma que “apesar das dificuldades de fundamentação, o tratamento igualitário surge em institutos diversos — casos de pluralidade de devedores e credores, sociedades civis, comunhão, sociedades de pessoas, vínculos laborais — por forma tal que suscita aproximações entre eles. O todo é reforçado por evidente sentimento axiológico-jurídico que não admitiria, sem desvalor, arbitrariedades injustificadas” ⁽³⁰⁵⁾. Na concretização dessa ideia da igualdade no campo do direito civil, pense-se, entre outras, nas soluções ditadas ao nível do direito da família e do direito sucessório.

Em segundo lugar, é fundamental não esquecer que, apesar destas pontes comunicantes entre o direito constitucional e o direito privado, os dois ordenamentos jurídicos mantêm as suas identidades e intencionalidades próprias. Como oportunamente referimos, mais do que uma irradiação dos direitos fundamentais que leve apenas pressuposta a necessidade de se reconhecerem as referidas pontes, devemos falar de um efeito de refração dos direitos fundamentais, que conduz à necessidade de conciliar o seu âmbito de relevância com o âmbito de relevância e os valores fundamentalmente densificados do direito privado ⁽³⁰⁶⁾.

Ou seja, a determinação, em concreto, do alcance dos direitos fundamentais no domínio das relações entre privados só pode ser lograda em resultado de uma ponderação que tenha em conta, na conformação do conteúdo do direito, as especificidades do direito civil. Nessa medida, a conformação do princípio da igualdade entre privados há de ter em conta a necessidade de dar cumprimento aos vetores da autonomia e da liberdade contratual, sobretudo no âmbito negocial.

Repare-se que, entre ambas, não existe um nexo de absoluta exclusão. Em certa medida, podemos mesmo afirmar que a liberdade contratual pressupõe, para a sua integral realização, a ideia de igualdade. Se de acordo com uma visão formal (empobrecida e empobrecedora) da liberdade, enraizada no indivíduo, a igualdade seria pressuposto fundamental da liberdade contratual que se afirmava — já que o pressuposto era o de que o encontro de vontades garantiria a justeza do acordo estabelecido, porque se presumia que se as partes chegam a

⁽³⁰⁵⁾ A. Menezes CORDEIRO, “A impossibilidade moral: do tratamento igualitário no cumprimento das obrigações”, *Estudos de Direito Civil*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1991, 111.

⁽³⁰⁶⁾ Cf. Mafalda Miranda BARBOSA/João Pedro RODRIGUES, “*Nós (eu e tu) e o outro (Estado) ou o outro entre nós?*”, 319 s.

um acordo é porque os efeitos do contrato são ajustados às pretensões de ambos e ele só era pensável no quadro de uma relação entre iguais —, as pretensas limitações a essa mesma liberdade em nome de uma igualdade material que não pode deixar de ser alcançada se se quiser que o direito seja efetivamente justo mais não são, afinal, do que formas de garantir a plena realização da autonomia do sujeito, entendido agora como pessoa e não como indivíduo. Larenz acaba por reconhecer isso mesmo ao olhar para a liberdade contratual como uma exigência da personalidade moral do homem, o que torna essencial que não exista uma relação de supremacia económica ou de carência anormal que permita a uma delas impor arbitrariamente as suas condições à outra. A igualdade material que se pressupõe e que se revela indissociável da autonomia da pessoa, na sua vertente de participação consubstanciada na liberdade contratual, não é apenas uma igualdade reclamada pela necessidade de garantir o equilíbrio de forças, mas será também e igualmente uma igualdade pressuposta pela dignidade que àquela pessoa se reconhece, “independente da pertença a um determinado sexo, raça, casta, ou grupo, da profissão de um certo credo religioso, da situação económica, da filiação num específico partido político, etc.” ⁽³⁰⁷⁾.

A verdade, porém, é que o direito civil é, na sua essência, discriminatório. E se é certo que a ideia de igualdade (material, e não meramente formal) há de predicar as relações entre privados, não é menos seguro afirmar que, no plano da formação dos negócios jurídicos, isto é, da constituição por essa via autónoma de relações obrigacionais, a liberdade de escolha da contraparte afasta por completo qualquer pretensa igualdade agora não entre os contraentes, mas entre as potenciais contrapartes. Qualquer sujeito, no uso da sua liberdade (aqui discriminatória), pode optar por celebrar um negócio com um sujeito, em detrimento do outro, pode decidir beneficiar, por via de uma doação, uma pessoa em vez de outra. Estes comportamentos, legítimos, em regra, só concitam a intervenção sancionadora do ordenamento jurídico quando envolvam um ato discriminatório que lese bens jurídicos fundamentais, integradores da personalidade humana tutelada ao nível do artigo 70.º CC. Por isso, a doutrina costuma afirmar que a liberdade prevalece sobre a igualdade, mas que, em determinados casos, a segunda sobrepor-se-á.

⁽³⁰⁷⁾ Pinto BRONZE, *Lições de introdução ao direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, 448 s.

Mota Pinto di-lo expressamente ao sustentar que “a ilicitude terá lugar (...) se a discriminação violadora do princípio da igualdade [for] feita em termos anticonstitucionais (motivo de raça, religião, etc.)” ⁽³⁰⁸⁾.

Se a não-igualdade parece ser a pedra de toque no tocante ao momento da formação do negócio, importa tentar perceber se ela se mantém ou, pelo contrário, dá lugar ao princípio da igualdade quando, depois desse momento genético, se abram as portas ao cumprimento do estipulado ⁽³⁰⁹⁾. No período de formação do negócio jurídico, descontados que sejam os casos de discriminação que afetem bens da personalidade e que, como tal, devam ser considerados ilícitos ⁽³¹⁰⁾, não se consegue descortinar um princípio de igualdade entre os potenciais contraentes. Simplesmente, esse princípio de tratamento igualitário — que naquela fase conhece o seu âmbito mínimo — parece ir-se dilatando no quadro da execução do contrato e, no que respeita à responsabilidade patrimonial, o artigo 604.º/1 CC dispõe que “não existindo causas legítimas de preferência, os credores têm o direito de ser pagos proporcionalmente pelo preço dos bens do devedor, quando ele não chegue para integral satisfação dos débitos”. Tendo em conta o preceito, Menezes Cordeiro sustenta que “deve considerar-se a hipótese de existir, no direito privado, um princípio jurídico que obrigue ao tratamento igualitário das pessoas, designadamente no que toca ao cumprimento das obrigações. Na verdade, segundo o clássico direito das obrigações, assistir-se-ia à satisfação rateada dos direitos dos credores quando, no domínio da responsabilidade patrimonial, se verifique a insuficiência dos bens do devedor para efetivar todos os débitos — artigo 604.º/1, do Código Civil” ⁽³¹¹⁾. Esta igualdade é, porém, muito limitada. Por um lado, pode ser afastada ou por vontade dos

⁽³⁰⁸⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição (por A. Pinto Monteiro e P. Mota Pinto), Coimbra, Coimbra Editora, 2005, 77, n. 1. No mesmo sentido, J. C. Vieira de ANDRADE, “Os direitos, liberdades e garantias nas relações entre privados”, 295, ao sublinhar que “o princípio da igualdade já terá de ser aplicado, mesmo entre iguais, enquanto proibição de discriminações que atinjam intoleravelmente a dignidade humana dos discriminados, *maxime*, que impliquem uma violação dos seus direitos de personalidade”.

⁽³⁰⁹⁾ Como resulta das nossas palavras, não estamos a considerar a igualdade ao nível do direito civil visto na sua globalidade. Se assim fosse, ter-se-ia que mergulhar no quadro da análise dos direitos de personalidade e perscrutar outros domínios da civilística, onde parece que ele se agiganta. O nosso propósito é, tão-só, o de questionar o âmbito do princípio da igualdade no mundo obrigacional.

⁽³¹⁰⁾ Cf., também, a este propósito a citada lei n.º 93/2017.

⁽³¹¹⁾ A. Menezes CORDEIRO, “A impossibilidade moral”, 110.

sujeitos, que poderão acordar a constituição de garantias do crédito contratado, ou por determinação legal, caso as garantias especiais decorram de uma norma legal. Por outro lado, o artigo 615.º/2 CC determina que “o cumprimento de obrigação vencida não está sujeito a impugnação [pauliana]”. Quer isto dizer que, se o devedor de mais do que um credor decidir cumprir a obrigação em relação a um e não em relação a outro, não é possível ao outro credor impugnar o ato de cumprimento ainda que *a)* o seu crédito seja anterior ao ato ou, sendo posterior, este tenha sido realizado dolosamente para impedir a satisfação do crédito; *b)* resulte do ato a impossibilidade, para o credor, de obter a satisfação integral do crédito ou o agravamento dessa impossibilidade. Haverá, contudo, a possibilidade de impugnar o ato de cumprimento de uma obrigação se esta ainda não for exigível (ainda não tiver vencido) ou se se tratar de uma obrigação natural ⁽³¹²⁾.

Daqui se depreende que a igualdade entre credores existe na medida em que seja idêntica a sua posição relativamente ao património do devedor, e que qualquer preferência pode ser estabelecida no quadro da autonomia negocial que ambos detêm, o que significa, afinal, que, uma vez mais, a igualdade cede perante a liberdade de conformação da relação obrigacional. No mais, continua a haver a possibilidade de, existindo diversos créditos, o devedor optar aquele que quer cumprir. E se é certo que tal possibilidade se constrange perante a consequência de agravamento da impossibilidade de cumprir o outro crédito, no caso das obrigações não vencidas ou das obrigações naturais, não é menos seguro que a prova dos requisitos da impugnação pauliana é de sempre difícil obtenção. No mais, outra conclusão pode ser extraída: a igualdade de que se fala, a este nível, não significa a igual dignidade dos credores enquanto seres humanos, mas resulta da igual proteção que merecem em face do património do devedor. É por isso compreensível que — se o que está em causa são mecanismos de tutela do credor em face da garantia geral do seu crédito — elas assumam especial relevância em face da impossibilidade para cumprir por parte do devedor.

Entende-se, por isso, que, se no tocante à fase de execução da obrigação a igualdade já se agiganta relativamente à que vigora no campo da celebração dos negócios jurídicos, ela assuma importância crescente num quadro de insolvência do devedor. Importa, aliás,

⁽³¹²⁾ Sobre o ponto, cf., novamente, A. Menezes CORDEIRO, “A impossibilidade moral”, 110.

notar que no âmbito da insolvência não estamos, apenas, diante de uma relação que une credor e devedor, mas no seio de uma relação que passa a incluir terceiros. O mesmo se poderá dizer quando seja aplicada uma medida de resolução a uma instituição bancária ou a uma sociedade financeira, domínio onde, em rigor, lidamos inclusivamente com normas de direito público.

A este propósito, Menezes Cordeiro diz-nos que “há que obstar ao arbítrio, devendo o igual ser tratado por igual e o diferente de modo diferente, consoante a medida da diferença. Em certas zonas, contudo, a igualdade resume-se a conceder a todos uma área de arbítrio: pense-se na liberdade contratual. Por isso, o princípio do tratamento igualitário varia na razão inversa da liberdade de produção de efeitos jurídicos: mínimo na conclusão dos contratos, ele será máximo na execução das obrigações” ⁽³¹³⁾.

O que assim fica exposto torna-se translúcido se atentarmos, como sugerido anteriormente, no regime da insolvência. Este visa a satisfação igualitária dos direitos dos credores, não sendo admissível a concessão de vantagens especiais a qualquer deles a partir do momento em que a situação de insolvência do devedor venha a ser conhecida ⁽³¹⁴⁾.

Daí que, nos termos do artigo 120.º CIRE, possam ser resolvidos em benefício da massa insolvente os atos prejudiciais à massa praticados dentro dos dois anos anteriores à data do início do processo de insolvência, considerando-se prejudiciais os atos que frustrem, dificultem, ponham em perigo ou retardem a satisfação dos credores da insolvência. Exige-se, de acordo com o n.º 4 do citado preceito, que haja má-fé do terceiro, “a qual se presume quanto a atos cuja prática ou omissão tenha ocorrido dentro dos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência e em que tenha participado ou de que tenha aproveitado pessoa especialmente relacionada com o insolvente”. Os atos previstos no artigo 121.º CIRE são, contudo, suscetíveis de resolução independentemente da verificação de quaisquer requisitos. Esta solução conservatória do património que responde pelas dívidas do insolvente dispensa a ação pauliana em relação aos atos praticados pelo devedor cuja resolução haja sido declarada pelo administrador de insolvência, e as ações de impugnação pauliana

⁽³¹³⁾ A. Menezes CORDEIRO, “A impossibilidade moral”, 113.

⁽³¹⁴⁾ Cf. L. Menezes LEITÃO, *Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 6.ª edição, 2015, 287 s.

pendentes à data da declaração de insolvência ou propostas ulteriormente não serão apensas ao processo de insolvência e só prosseguirão se a resolução vier a ser declarada ineficaz, de acordo com o disposto no artigo 127.º CIRE ⁽³¹⁵⁾.

No mais, a igualdade entre os credores da massa insolvente é garantida por via do sistema *par conditio creditorum*. Nos termos do artigo 176.º CIRE, o pagamento aos credores comuns tem lugar na proporção dos seus créditos, se a massa for insuficiente para a respetiva satisfação integral ⁽³¹⁶⁾. Note-se que a questão do rateio apenas se coloca em relação ao pagamento de créditos que tenham o mesmo grau, sem que isso afete o princípio da igualdade, já que o que ele impõe é o tratamento igual do que é igual, e desigual do que é desigual ⁽³¹⁷⁾. Por outro lado, este princípio da igualdade (*Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung/Prinzip der Gleichbehandlung*) acaba por ter reflexos a outros níveis da disciplina falimentar ⁽³¹⁸⁾.

No tocante às medidas de resolução, embora nada se disponha no RGICSF, é possível chegar a um entendimento revelador da mesma ideia de igualdade entre os credores. Na verdade, entre os que são chamados a suportar os prejuízos contam-se, segundo uma ordem definida pelo legislador, nos termos do artigo 145.ºD, n.º 1, al. a) e b)

⁽³¹⁵⁾ Sobre o ponto, cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, X, Coimbra: Almedina, 2015, 345 s.

⁽³¹⁶⁾ Veja-se, ainda, no tocante à graduação dos créditos e à influência que isso tem em matéria de pagamento de credores, os artigos 174.º, 175.º, 177.º CIRE.

⁽³¹⁷⁾ Em rigor, o princípio da igualdade não seria afetado por um sistema assente no princípio da prioridade, que atribuisse ao credor que obteve primeiro a penhora uma preferência em relação aos demais credores que não sejam titulares de garantias reais. Nesse sentido, cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 17 de Março de 2015, considerando que a alternativa entre o sistema assente no princípio da prioridade e o sistema assente no princípio da igualdade não corresponde a uma oposição entre igualdade e desigualdade. Sobre o ponto, cf., ainda, Catarina SERRA, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, 150 s.

Sobre o ponto, cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, X, Coimbra: Almedina, 2015, 243 s. Veja-se, com importância, págs. 246 s., onde o autor refere as consequências da *par conditio creditorum*: a igualdade entre os credores, independentemente da antiguidade dos seus créditos; a manutenção dessa igualdade, independentemente das iniciativas processuais dos credores; a necessidade de rateio, no caso de insuficiência para cobrir todos os créditos (já que “a proporcionalidade no prejuízo, já existente, (...) dá margem à igualdade”); o ressurgimento da *par conditio* dentro de cada categoria de credores privilegiados.

⁽³¹⁸⁾ Pense-se, por exemplo, no artigo 140.º/3 CIRE.

do RGICSF, os acionistas da instituição financeira objeto da medida de resolução e os credores da instituição financeira, em condições equitativas e de acordo com a hierarquia das várias classes de credores. A lei presume que, nas circunstâncias verificadas — as quais servem de pressuposto e fundamento para a aplicação de uma medida de resolução —, se nada fosse feito, haveria lugar à liquidação da instituição bancária. Nessa medida, considera-se, tendo em conta a hierarquia de credores e avaliando o balanço da instituição financeira, que alguns deles poderiam não conseguir, através do património do banco, obter o pagamento do seu crédito. Torna-se, assim, fundamental, na busca do equilíbrio entre a salvaguarda dos interesses dos credores e da estabilidade do mercado financeiro, olhar para a ordem de preferências legalmente estabelecida. Para tanto, há que mobilizar o regime legal da liquidação das instituições de crédito, previsto no Decreto-lei n.º 199/2006, de 25 de Outubro, alterado pelo DL n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro ⁽³¹⁹⁾. Nada se estabelecendo aí a este propósito, somos remetidos para o Código da Insolvência e Recuperação de Empresas (CIRE).

Até março de 2019, nada se dispondo no DL n.º 199/2006 acerca da hierarquia de créditos, teríamos de aplicar o CIRE. Nos termos do artigo 47.º/4 CIRE, podemos distinguir diversas categorias de créditos: créditos garantidos, créditos privilegiados, créditos comuns e créditos subordinados. Os *créditos garantidos* são os que beneficiam de uma garantia real, incluindo os privilégios creditórios especiais, até ao montante correspondente ao valor dos bens objeto das garantias, tendo em conta eventuais onerações prevalecentes ⁽³²⁰⁾. Os *créditos privilegiados*,

⁽³¹⁹⁾ Sobre o ponto, cf. Luís Menezes LEITÃO, *Direito da Insolvência*, 88 s.; João LABAREDA, “Pressupostos subjetivos da insolvência: regime particular das instituições de crédito e sociedades financeiras”, *Coleção de Estudos sobre a Insolvência* (Carvalho Fernandes/João Labareda, org.), Almedina, Coimbra, 2009.

A este propósito, deve esclarecer-se que as instituições de crédito e sociedades financeiras dissolvem-se por revogação da autorização nos termos do artigo 22.º RGICSF ou por deliberação dos sócios.

⁽³²⁰⁾ Cf. Menezes LEITÃO, 2021, pp. 100 s. Entre as garantias reais, explica o autor, encontram-se a consignação de rendimentos, o penhor, a hipoteca, o direito de retenção, os privilégios creditórios especiais. Segundo o civilista, embora a penhora e a hipoteca judicial possam ser qualificadas como direitos reais, elas não relevam para efeitos de qualificação do crédito como garantido, uma vez que a preferência que atribuem não é atendida no processo de insolvência (cf. artigo 140.º/3 CIRE). Veja-se, ainda, p. 102. Menezes Leitão sublinha que os créditos garantidos são pagos após terem sido deduzidas as importâncias necessárias à satisfação

por seu turno, são os que beneficiam de privilégios creditórios gerais ⁽³²¹⁾, até àquele montante, enquanto os *créditos comuns* são os que, não sendo garantidos, privilegiados, nem subordinados, oneram a massa insolvente. Uma quarta categoria é composta pelos *créditos subordinados*. Conforme resulta do artigo 177.º CIRE, eles são pagos apenas depois de satisfeitos os restantes créditos ⁽³²²⁾; e encontram-se elencados no artigo 48.º CIRE. São eles: os créditos detidos por pessoas especialmente relacionadas com o devedor, desde que a relação especial existisse já aquando da respetiva aquisição, e por aqueles a quem tenham sido cedidos nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência; os juros dos créditos não subordinados constituídos após a declaração de insolvência, com exceção dos abrangidos por garantia real e por privilégios creditórios gerais, até ao valor do bem; os créditos cuja subordinação tenha sido convencionada pelas partes ⁽³²³⁾; os créditos que tenham por objeto prestações do devedor a título gratuito; os créditos sobre a insolvência que, como consequência da resolução em benefício da massa insolvente, resultem para o terceiro de má-fé; os juros dos créditos subordinados constituídos após a declaração de insolvência; os créditos por suprimimento.

Na aplicação de uma medida de resolução, a entidade com poderes de resolução não poderá deixar de ter em conta esta hierarquia. Assim, e porque, se não houvesse intervenção, a consequência seria a liquidação da sociedade financeira e, no âmbito desta, os credores subordinados seriam os últimos a obter o pagamento dos seus créditos, em obediência aos princípios norteadores da aplicação da medida, são eles os que primeiramente deveriam sofrer os prejuízos. Em

das dívidas da massa insolvente (174.º/1) e têm “direito a ser compensado(s) pelo prejuízo causado pelo retardamento da alienação do bem objeto da garantia que lhe não seja imputável, bem como pela desvalorização do mesmo resultante da sua utilização em proveito da massa insolvente (166.º)”.

⁽³²¹⁾ Para exemplos de privilégios creditórios gerais, cf. Menezes LEITÃO, 2021, pp. 102-103 (exemplo: artigo 736.º CC; 737.º, *a*), *b*), *c*) e *d*) CC; 111.º CIRS; 108.º CIRC; 333.º CT).

⁽³²²⁾ Além disso, os créditos subordinados não conferem direito de voto na assembleia de credores, não permitem ao titular integrar a comissão de credores e não podem ser compensados com dívidas à massa — cf. Menezes LEITÃO, 2021, pp. 103-104.

⁽³²³⁾ A este propósito, cf., novamente, Menezes LEITÃO, 2021, p. 107. Segundo o autor, se é admissível, ao abrigo da autonomia privada, a convenção de subordinação, sem que isso viole o artigo 809.º CC, já pode ser duvidoso que ela possa ser aposta a um contrato celebrado com base em cláusulas contratuais gerais, nos termos do artigo 18.º *c*) e 21.º *b*) do Decreto-lei n.º 446/85.

rigor, há, aliás, determinados créditos excluídos da transmissão que coincidem com créditos subordinados, quando em causa esteja a transmissão de ativos e passivos para uma instituição de transição.

O busílis da questão residia, porém, nos créditos comuns. Se em termos de eficácia da medida de resolução pode ser imprescindível diferenciar credores comuns, do ponto de vista jurídico isso colocava um problema acrescido em matéria de cumprimento do princípio da igualdade.

Na verdade, havendo um processo de insolvência (e deixando agora de lado o mundo financeiro), os credores comuns são pagos depois dos credores garantidos e dos credores privilegiados. Não havendo bens no património do devedor para serem penhorados até ao limite dos créditos comuns, proceder-se-á a um rateio entre os credores que se situam nesta categoria e eles são pagos na proporção dos seus créditos. Tal disciplina, contida no artigo 176.º CIRE garante, nesta circunstância, o cumprimento do princípio da igualdade. No quadro de uma medida de resolução, as obrigações que se mantenham na instituição de origem, muito provavelmente, não serão cumpridas; as obrigações que transitem para a instituição criada *ex novo* poderão ser cumpridas, como se nenhuma perturbação as tivesse atingido. Ora, se é certo que o credor pode livremente decidir que obrigação cumpre primeiro, não é verdade que a mesma lógica se aplique em processos de insolvência, de liquidação e, recentemente, no tocante às medidas de resolução. A seleção entre credores comuns configuraria, assim, um atentado a uma ideia de igualdade. Não colhe, para uma eventual argumentação noutro sentido, a ideia de que o credor cujo crédito se mantém na instituição de origem não sofrerá um prejuízo maior do que aquele que sofreria se a instituição tivesse entrado em liquidação. É que, se tivermos em conta a situação concreta que resulta da aplicação da medida de resolução, facilmente perceberemos que, se o princípio *no creditor worse off* garante a salvaguarda do direito de propriedade, entendido na amplitude com que é perspetivado do ponto de vista do direito constitucional, ele não é suficiente para assegurar a igualdade de tratamento dos diversos credores que se encontram no mesmo patamar, tendo em conta a hierarquia dos créditos. Se a medida de resolução se traduzir na transmissão de parte dos ativos e passivos para uma instituição de transição, facilmente se percebe que os créditos transmitidos poderão vir a ser cumpridos, enquanto que aos que se mantêm no banco “resolvido” outro destino não lhes resta senão obter aquilo que a massa liquidatória facultar, que, se for inferior ao que se obteria se, no momento da

aplicação da medida de resolução, a instituição financeira tivesse entrado em liquidação, é elevado até este montante.

O quadro normativo altera-se ligeiramente a partir de março de 2019 ⁽³²⁴⁾. Dispõe o novo artigo 8.º-A DL n.º 199/2006, introduzido pela Lei n.º 23/2019, que “os créditos comuns emergentes de instrumentos de dívida que preencham cumulativamente as condições previstas no n.º 2 e que tenham sido emitidos ou celebrados pelas entidades referidas no n.º 3 são pagos em insolvência depois de integralmente pagos os demais créditos comuns e antes de serem pagos os créditos subordinados, na proporção dos respetivos montantes se a massa for insuficiente para a respetiva satisfação integral, não se aplicando o disposto no artigo 176.º do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março. A graduação de créditos prevista no número anterior é aplicável aos créditos emergentes dos instrumentos de dívida que preencham cumulativamente as seguintes condições: *a)* o prazo de vencimento inicial dos instrumentos de dívida ser igual ou superior a um ano; *b)* os instrumentos de dívida não incorporam instrumentos financeiros derivados, nem são eles próprios instrumentos financeiros derivados; *c)* as disposições contratuais aplicáveis aos instrumentos de dívida e, se aplicável, o respetivo prospeto referem expressamente que, em caso de insolvência, a graduação dos créditos emergentes dos instrumentos de dívida é a prevista no presente artigo. Esclarece-se no preceito que “o disposto nos números anteriores é aplicável aos instrumentos de dívida de entidades que, à data da emissão ou celebração, sejam instituições de crédito, empresas de investimento que exerçam as atividades previstas nas alíneas *c)* ou *f)* do n.º 1 do artigo 199.º-A do RGICSF, com

⁽³²⁴⁾ No que respeita aos créditos subordinados, veja-se a alteração introduzida pelo artigo 10.º do/a Lei n.º 23-A/2022. O diploma aditou ao DL n.º 199/2006 o artigo 8.º-B, nos termos do qual “os créditos emergentes dos elementos de fundos próprios principais de nível 1, dos elementos de fundos próprios adicionais de nível 1 e dos elementos de fundos próprios de nível 2, referidos nos artigos 26.º, 51.º e 62.º do Regulamento (UE) n.º 575/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, respetivamente, são pagos em insolvência depois de integralmente pagos os demais créditos subordinados e pela seguinte ordem: *a)* os créditos emergentes dos elementos de fundos próprios principais de nível 1 são pagos depois de integralmente pagos os créditos emergentes de elementos de fundos próprios adicionais de nível 1; *b)* os créditos emergentes de elementos de fundos próprios adicionais de nível 1 são pagos depois de integralmente pagos os créditos emergentes de elementos de fundos próprios de nível 2”.

exceção do serviço de colocação sem garantia, ou entidades referidas no n.º 1 do artigo 152.º do RGICSF” e que, “para efeitos do disposto nos números anteriores, são instrumentos de dívida as obrigações, outros valores mobiliários representativos de dívida e quaisquer instrumentos que criem ou reconheçam um direito de crédito”. Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 23-A/2022, o n.º 3 do artigo 8.º-A passa a considerar que “o disposto nos números anteriores é aplicável aos instrumentos de dívida de entidades que, à data da emissão ou celebração, sejam instituições de crédito, empresas de investimento que exerçam as atividades de negociação por conta própria ou as atividades de tomada firme de instrumentos e/ou colocação de instrumentos financeiros com garantia, ou entidades referidas nas alíneas a) a c) do n.º 2 do artigo 152.º do RGICSF”. Mais se refere que “os instrumentos de dívida com taxas de juro variáveis indexadas a taxas de referência amplamente utilizadas e os instrumentos de dívida que sejam denominados em moeda diferente do euro, desde que o capital e os juros sejam denominados na mesma moeda e que o reembolso do capital e o pagamento dos juros seja feito nessa mesma moeda, não incorporam instrumentos financeiros derivados para efeitos do disposto na alínea b) do n.º 2 apenas em virtude destas características”.

O preceito vem alterar a hierarquia de credores e determinar a não aplicação do artigo 176.º CIRE relativamente aos créditos previstos no seu n.º 2. Trata-se de créditos comuns, diferenciados dos demais, que escapam assim à garantia da *par conditio creditorum*. Isto não significa, porém, que se afaste o princípio da igualdade do seio da resolução bancária.

Desde logo, a não aplicação do preceito do CIRE fica limitada aos créditos que ali se especificuem; por outro lado, tutela-se a confiança dos credores, já que um dos requisitos da nova colocação hierárquica é que as disposições contratuais aplicáveis aos instrumentos de dívida e o respetivo prospeto refiram expressamente que, em caso de insolvência, a graduação dos créditos é a prevista no artigo 8.º-A DL n.º 199/2006.

Ora, o próprio CIRE acaba por admitir derrogações ao princípio da igualdade, que não o afetam na sua materialidade, já que o pagamento dos créditos, no quadro da insolvência, pode ser regulado num plano que, afastando as normas do diploma, pode afetar por forma diferente a esfera jurídica dos interessados, desde que tal seja expressamente autorizado no título do código que regula o plano da insolvência ou consentido pelos visados. Admitem-se, assim, diferenciações entre credores, desde que sejam justificadas por razões objetivas.

Entre essas razões, a nossa jurisprudência tem vindo a considerar quer a classificação do crédito, quer a finalidade e a fonte do mesmo ⁽³²⁵⁾. Simplesmente, o tratamento mais desfavorável de um credor relativamente a outros em idêntica situação depende do consentimento do credor afetado, donde não será possível encontrar aqui um ponto de apoio para sustentar soluções atentatórias do princípio da igualdade noutras hipóteses.

Em sede de aplicação de uma medida de resolução, se não está em causa o acordo do credor no momento da aplicação da medida, não é menos verdade que, ao constar a graduação do crédito no prospecto e nas disposições contratuais, aquilo a que se assiste é à celebração de um contrato nos termos do qual o crédito, embora comum, será graduado abaixo dos restantes créditos comuns. Refira-se, aliás, que a regra vale também no quadro de uma liquidação de uma instituição bancária. É, no fundo, a tutela da confiança e a vontade do credor subjacente à contratação que garantem a conformidade da disciplina com o princípio da igualdade.

Não cremos que contra este entendimento possa depor a ideia segundo a qual não seria admissível a aposição de uma cláusula de subordinação num contrato nos termos do artigo 18.º c) e 21.º h) DL n.º 446/85 ⁽³²⁶⁾, quando em causa estivesse um contrato de adesão. É que em causa não está a exclusão ou a limitação da responsabilidade pelo não cumprimento, mas a disciplina da responsabilidade patrimonial que com a responsabilidade contratual não se confunde. Do mesmo modo, não se pode invocar contra o entendimento o artigo 809.º CC ⁽³²⁷⁾, já que a garantia se mantém, ainda que o acesso a ela seja diverso.

Mas, se assim, se é a vontade e a confiança que garantem a conformidade da disciplina com o princípio da igualdade, então, não se poderá extrair daqui o afastamento do princípio da igualdade do seio da aplicação de uma medida de resolução, de tal modo que, se o contrato subjacente a um determinado crédito não for válido, porque o crédito subsequente é o que resulta da relação de liquidação

⁽³²⁵⁾ Cf. Ac. Tribunal da Relação de Coimbra de 25/6/2013; 24/6/2014; Relação do Porto de 19/9/2013, *inter alia*.

⁽³²⁶⁾ Cf. Menezes LEITÃO, 2021, pp. 107.

⁽³²⁷⁾ Veja-se, ainda, DIAS, 2003, p. 917, considerando que a lei portuguesa não admite a subordinação de créditos por acordo das partes. Note-se, porém, que a autora tem o cuidado de acrescentar a ideia de que, pelo menos, não o permite com eficácia *erga omnes*.

(constituída por força da eficácia retroativa da invalidade) e não o crédito originariamente contratado, a limitação do artigo 8.º-A DL n.º 199/2006 deixa de ser aplicável.

Uma última nota para referir que a Lei n.º 23/2019, de 13 de março, vem igualmente reforçar a garantia dada aos depósitos, nos termos do novo n.º 5 e n.º 6 do artigo 166.º-A RGICSF, passando a gozar de privilégios creditórios gerais sobre os bens móveis da instituição de crédito e de privilégios especiais sobre os bens imóveis próprios da instituição ⁽³²⁸⁾.

Não obstante o que ficou dito acerca destas duas realidades — a insolvência e as medidas de resolução —, não se ignora que o CIRE acaba por admitir derrogações ao princípio da igualdade. De facto, o pagamento dos créditos, no quadro da insolvência, pode ser regulado num plano que, afastando as normas do diploma, pode afetar por forma diferente a esfera jurídica dos interessados. Tal tem de ser expressamente autorizado no título do código que regula o plano da insolência ou consentido pelos visados. Nesse contexto, o artigo 194.º/1 CIRE admite diferenciações entre credores, desde que sejam justificadas por razões objetivas. Entre essas razões, a nossa jurisprudência tem vindo a considerar quer a classificação do crédito, quer a finalidade e a fonte do mesmo ⁽³²⁹⁾. Simplesmente, o tratamento mais desfavorável de um

⁽³²⁸⁾ Sobre o ponto, cf. Menezes LEITÃO, 2021, p. 100 s. Esclarece o autor que há determinadas garantias reais que se extinguem com o processo de insolvência, pelo que os respetivos titulares não são considerados credores garantidos. Assim, cf. artigo 97.º/1, *a)* CIRE — os privilégios creditórios especiais que forem acessórios de créditos sobre a insolvência de que forem titulares o Estado, as autarquias locais e as instituições de segurança social, constituídos mais de doze meses antes do início do processo de insolvência; 97.º/1, *b)* CIRE — os privilégios creditórios especiais que forem acessórios de créditos sobre a insolvência de que forem titulares o Estado, as autarquias locais e as instituições de segurança social, vencidos mais de doze meses antes da data do início do processo; artigo 97.º/1, *c)* CIRE — as hipotecas legais cujo registo haja sido requerido dentro dos dois meses anteriores à data do início do processo de insolvência, e que forem acessórios de créditos sobre a insolvência do Estado, das autarquias locais e das instituições de segurança social; artigo 97.º/1, *d)* CIRE — as garantias reais sobre imóveis e móveis sujeitos a registo integrantes da massa insolvente, acessórios de créditos sobre a insolvência, e já constituídas, mas ainda não registadas nem objeto de pedido de registo; artigo 97.º/1, *e)* CIRE — as garantias reais sobre bens integrantes da massa insolvente acessórios de créditos havidos como subordinados. O artigo 97.º CIRE deixa de ser aplicável aos depósitos previstos no n.º 5 do artigo 166.º-A RGICSF.

⁽³²⁹⁾ Cf. Ac. Tribunal da Relação de Coimbra de 25/6/2013; 24/6/2014; Relação do Porto de 19/9/2013, *inter alia*.

credor relativamente a outros em idêntica situação depende do consentimento do credor afetado, donde não será possível encontrar aqui um ponto de apoio para sustentar soluções atentatórias do princípio da igualdade no quadro de aplicação de uma medida de resolução.

O que assim fica explícito — a propósito das situações de insolvência e de saneamento bancário (de que a medida de resolução com transmissão de parte dos ativos e passivos para uma instituição de transição é exemplo paradigmático) — repete a solução contida no artigo 604.º CC e mostra que, ocorrendo uma situação de insuficiência da garantia patrimonial, avulta maior uma ideia de igualdade entre os credores. Esta igualdade, porém, é uma igualdade que só se compreende por referência ao património daquele.

Tal património assume destaque no plano obrigacional como garantia geral da relação creditícia, embora inexistir um direito do(s) credor(es) ao património do devedor. Ele é, nas palavras de Mota Pinto, “um conjunto atomístico de relações jurídicas e não uma unidade” ⁽³³⁰⁾. Isto faz com que, ocorrendo a lesão de um interesse patrimonial, não acompanhada da violação de um direito dotado de proteção absoluta, não seja ressarcível o prejuízo sofrido pelo lesado, que se vê, assim, onerado por aquilo que se chama um dano puramente patrimonial ⁽³³¹⁾. Se não existe um direito de cada um ao seu próprio património, também não se poderá falar de um direito dos credores ao património do

⁽³³⁰⁾ Carlos Alberto Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 346.

A este propósito, veja-se, ainda, A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, X, Coimbra: Almedina, 2015, 234 s., considerando que não existe um direito ao património do devedor e falando das teorias intrínsecas e extrínsecas de compreensão do património como a garantia geral das obrigações.

⁽³³¹⁾ Sobre o ponto, cf., com amplas referências bibliográficas, Mafalda Miranda BARBOSA, *Liberdade versus Responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual? Considerações a propósito dos cable cases*, Almedina, Coimbra, 2005.

Sublinhe-se, porém, que vários têm sido os expedientes forjados para, em determinadas situações, se tentar ressarcir o lesado.

Aspeto particularmente interessante é o problema da eventual responsabilidade dos bancos pela concessão de crédito, perante os credores da empresa financiada, uma vez que esses mesmos credores, em face da nova concessão de crédito, podem ver a sua garantia patrimonial diminuída.

Sobre a questão, cf. Margaria Azevedo de ALMEIDA, *A responsabilidade civil do banqueiro perante os credores da empresa financiada*, Coimbra, 2000.

Acerca da responsabilidade bancária (ou responsabilidade profissional do banqueiro), cf. António MENEZES CORDEIRO, *Direito bancário*, Coimbra, Almedina, 2015, 316 e, com desenvolvimento, 414 a 443.

devedor. Não obstante, enquanto garantia geral das obrigações, aquele património é tutelado de modo a salvaguardar a posição do credor. Encontramos no direito civil vários afloramentos desta ideia. Assim, podemos, desde logo, pensar na impugnação pauliana consagrada no artigo 610.º CC, a que já fizemos referência. Nos termos deste preceito, “os atos que envolvam diminuição da garantia patrimonial do crédito e não sejam de natureza pessoal podem ser impugnados pelo credor, se ocorrerem as seguintes circunstâncias: *a)* ser o crédito anterior ao ato ou, sendo posterior, ter sido o ato realizado dolosamente com o fim de impedir a satisfação do direito do futuro credor; *b)* resultar do ato a impossibilidade, para o credor, de obter a satisfação integral do seu crédito, ou o agravamento dessa impossibilidade” ⁽³³²⁾ ⁽³³³⁾. É também por reconhecer a necessidade de proteger a posição do credor em face do património do devedor que o ordenamento jurídico lhe atribui legitimidade para arguir a nulidade dos atos praticados pelo devedor, quando feridos por este tipo de invalidade. Do mesmo modo, as regras atinentes à transmissão de dívidas e à cessão da posição contratual ⁽³³⁴⁾

Veja-se, também, Almeno de Sá, *Direito Bancário*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, parte II, Responsabilidade bancária: dever de informação — corte de crédito, 57 s.

⁽³³²⁾ Refira-se que, nos termos do artigo 612.º CC, o ato oneroso só está sujeito à impugnação pauliana se o devedor e o terceiro tiverem agido de má-fé; já se o ato for gratuito, a impugnação procede ainda que os contraentes tivessem de boa-fé.

⁽³³³⁾ Interessante a este ensejo é questionar se o ato de concessão de crédito a uma empresa pode ser impugnado paulianamente. De acordo com António Menezes CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, Coimbra, Almedina, 2008, 360 s., não será possível, porque os credores não veem agravada a possibilidade de conseguir obter a satisfação do seu crédito diretamente por causa do empréstimo concedido. Para o autor, o que afeta os credores é a utilização que a empresa faz do montante obtido com o empréstimo. Na mesma linha de pensamento, cf. Margarida Azevedo DE ALMEIDA, *A responsabilidade civil do banqueiro*, 16 s. Segundo a autora, “o prejuízo sofrido pelos credores não é consequência direta do contrato de concessão de crédito em si considerado”.

Ambos os estudiosos convergem, ainda, ao considerarem que as condições contratuais podem implicar que haja prejuízo de modo a viabilizar a impugnação pauliana. Nas palavras de Menezes Cordeiro (também citado pela autora), “quando a pretexto da concessão de novos créditos, o banqueiro consiga garantias que vão prejudicar os outros credores — ou — pior ainda! — quando se trate de garantias concedidas, em detrimento dos credores, para assegurar o cumprimento de terceiros” — cf. *Manual de Direito Bancário*, 360 e *Direito bancário*, 428-429.

⁽³³⁴⁾ Cf. o artigo 595.º CC, nos termos do qual a transmissão a título singular de uma dívida só exonera o antigo devedor havendo declaração expressa do credor; e artigo 424.º CC, que determina que, no caso de cessão da posição contratual, em

explicam-se com base na necessidade de tutela do credor. E, do ponto de vista falimentar, os artigos 120.º e ss. CIRE parecem cumprir a mesma teleologia ⁽³³⁵⁾.

A ideia de igualdade perante os credores compreende-se, portanto, enquanto igualdade perante a garantia do crédito. Percebe-se, por isso, que ela avulte maior diante de situações em que seja posta em causa a possibilidade de executar essa mesma garantia.

De acordo com Joana Pereira Dias ⁽³³⁶⁾, “o palco de atuação do artigo 604.º é posterior ao não cumprimento voluntário da obrigação, numa fase em que o credor exige judicialmente o seu crédito e executa o património do devedor. O seu destinatário é o juiz que se encontra vinculado a observar a regra de que todos os credores estão em pé de igualdade, o que implica a não hierarquização dos direitos de crédito pela ordem da sua constituição e, no caso de o património do devedor ser insuficiente para pagar todos os seus créditos, o rateio dos mesmos para que todos os devedores sejam pagos proporcionalmente — é o que se denomina por concurso de credores ou princípio da *par conditio creditorum*”.

Menezes Cordeiro, depois de rejeitar que o tratamento igualitário entre os credores possa encontrar o seu fundamento dogmático no princípio da igualdade constitucionalmente consagrado, aduz que “o princípio do tratamento igualitário, quando deva prevalecer sobre outros valores comunitários, retira a sua força dos vetores fundamentais do ordenamento. Tradicionalmente, tais vetores são expressos pelo conceito de boa-fé a qual, sob o formalismo linguístico das proposições, manda atender aos valores materiais subjacentes. Na conclusão dos contratos, o tratamento igualitário apoia-se no artigo 227.º/1; no exercício de posições jurídicas, no artigo 334.º; no cumprimento das obrigações, no artigo 762.º/2, todos do Código Civil” ⁽³³⁷⁾.

O autor reconduz o princípio do tratamento igualitário entre credores (que não propriamente um princípio da igualdade) à boa-fé.

contratos com prestações recíprocas, ela fica dependente do consentimento do outro contraente, antes ou depois da celebração do contrato.

⁽³³⁵⁾ Cf., igualmente, o artigo 194.º CIRE.

⁽³³⁶⁾ Cf. Joana Pereira DIAS, “Contributo para o estudo dos actuais paradigmas das cláusulas de garantia e/ou segurança: a *pari passu*, a *negative pledge*, a *cross default*”, *Estudos em Homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles*, IV, Almeida, Coimbra, 2003, 926 s.

⁽³³⁷⁾ A. Menezes CORDEIRO, “A impossibilidade moral: do tratamento igualitário no cumprimento das obrigações”, 114.

Ora, se é verdade que a boa-fé, enquanto princípio normativo que funda o ordenamento jurídico, há de surgir a densificar uma liberdade/autonomia que não se pode assumir como arbitrária e encerradora do homem num individualismo que o descaracteriza, não é menos verdade que ela está sempre presente em qualquer relação que se estabeleça entre pessoas certas e determinadas, pelo que há que perceber por que razão impõe o tratamento igualitário em face a certos circunstancialismos e não bloqueia, na maioria das vezes, tratamentos discriminatórios. Acresce que, se a boa-fé é um pilar de sustentação das relações obrigacionais, urge entender em que termos ela se pode estender a um esquema creditório que não tem em conta apenas a ligação entre credor-devedor, mas que chama para a ponderação valorativa os restantes credores de um mesmo devedor. Nessa tentativa de entendimento, não podemos esquecer que a igualdade tal como é prefigurada entre credores orienta-nos para a sua igualdade em face do património do devedor, enquanto garantia geral do crédito daqueles.

Atentemos, novamente, no artigo 604.º CC. Como sabemos, o preceito dispõe que, em caso de insuficiência da garantia patrimonial, nenhum credor pode ser preterido em relação ao outro. Mas é plausível que, quando não esteja em causa a execução do património do devedor, mas o simples cumprimento da obrigação, se invoquem os deveres resultantes da boa-fé (em sentido objetivo/princípio da boa-fé) para se impedir que o devedor cumpra exclusivamente em relação a um credor. Para tanto é necessário, contudo, que se estabeleça a adequada analogia problemática e judicativa. Se estes dois momentos da analogia jurídica se cumprirem, podemos afirmar que se retira do artigo 604.º CC um princípio de alcance geral, a impor a igualdade entre os credores (ou o seu tratamento igualitário) no momento do cumprimento da obrigação (e não apenas no tocante à execução da garantia patrimonial). Fundamental para que a igualdade prevaleça sobre a autonomia é, então, uma ideia de insuscetibilidade de cumprimento integral de todas as obrigações⁽³³⁸⁾. Impõem-se, contudo, outros requisitos: as obrigações, não podendo ser integralmente cumpridas, não podem ser absolutamente incompatíveis entre si, ou seja, se o cumprimento integral de uma ou algumas delas inviabiliza

⁽³³⁸⁾ Veja-se sobre o ponto o caso comentado por Menezes Cordeiro, em Menezes CORDEIRO, “A impossibilidade moral: do tratamento igualitário no cumprimento das obrigações”.

o cumprimento das restantes, o cumprimento parcial de todas deve garantir que parte do interesse de cada credor fique satisfeito ⁽³³⁹⁾. Isto implica que as obrigações em causa sejam redutíveis, já que só nesses casos será possível falar de um rateio entre os credores.

Por outro lado, há que ter em conta que o artigo 604.º CC é pensado para um momento posterior ao cumprimento voluntário, quando se constata que o património do devedor — garante de mais do que uma obrigação — não é suficiente para satisfação integral dos débitos. Como estamos a falar do último recurso disponibilizado pelo ordenamento jurídico para efetivar o direito do credor/dos credores, percebe-se que não se dê ao devedor a possibilidade de preterir a igualdade entre aqueles. Na estrutura da relação jurídica, é a garantia que passa a funcionar.

No problema que enfrentamos agora, pelo contrário, situamo-nos a montante, no quadro do cumprimento dos efeitos do fato que desencadeou a própria relação jurídica. A admitir-se a existência de um princípio do tratamento igualitário entre os credores, ele terá de dialogar com a autonomia privada. Ora, esta autonomia, porque não pode ser compreendida como uma liberdade para o vazio ou como uma liberdade vazia, é também conformada por deveres impostos pela boa-fé. Daí que o contraente autónomo seja (ou deva ser, sob pena de o ordenamento jurídico o sancionar) o contraente honesto, correto e leal. Isto pode significar que, em muitas situações, o devedor pode ser chamado a cumprir parcialmente (e proporcionalmente) em relação a cada um dos seus credores, garantindo a igualdade entre eles. Simplesmente, porque este não é a última via para a satisfação do interesse do credor, dá-se a possibilidade ao devedor de preterir tal igualdade, sempre que, na gestão da sua esfera de interesses, tenha uma razão justificativa para o ato. No fundo, ao contrário do que dispõe o artigo 604.º CC, não estamos agora diante de uma solução que inexoravelmente se impõe ao devedor, mas de uma solução que pode ser ditada pelo sentido de uma autonomia normativamente conformada.

A solução preliminar a que se chega impõe-nos, porém, uma reflexão suplementar. Na verdade, tínhamos concluído fundadamente que o sentido da igualdade no decurso do cumprimento das obrigações

⁽³³⁹⁾ No tocante aos direitos pessoais de gozo, vale a regra da prioridade temporal. Cf. o artigo 407.º CC. Importa, contudo, notar que a doutrina não é unânime na visão que derrama sobre estes direitos. Sobre o ponto, *vide* J. Andrade MESQUITA, *Direitos Pessoais de Gozo*, Coimbra, Almedina, 1999.

era limitado. Para tanto, confrontámo-nos, *supra*, com o regime da impugnação pauliana, que agora urge recordar.

A impugnação pauliana pode ser entendida como uma forma de conservar o património do devedor ⁽³⁴⁰⁾. Para que ela proceda, o ato praticado por este não pode ter natureza pessoal; tem de provocar a impossibilidade de obter a satisfação integral do crédito por parte do credor ou o agravamento da dificuldade de tal obtenção; tem de ter sido praticado de má-fé ou ser de natureza gratuita; por outro lado, o crédito tem de ser anterior ao ato ou, sendo posterior, aquele tem de ter sido efetuado dolosamente com o fim de impedir a satisfação do direito do futuro credor ⁽³⁴¹⁾. Com um intuito de conservação patrimonial, o instituto em questão requer que o ato do devedor seja nefasto, mesmo que não implique a sua insolvência ou mesmo que não implique que não possa haver lugar à execução do crédito ⁽³⁴²⁾. Subjacente ao instituto está, portanto, a consciência do prejuízo que o ato causa ao credor, exceto se tiver natureza gratuita (hipótese em que essa consciência é, também, exigível), razão pela qual parece ligar-se a uma proscrição da fraude em direito civil ⁽³⁴³⁾. Entende-se, por isso, a solução plasmada no artigo 615.º/2 CC: o cumprimento de uma obrigação vencida não está sujeito a impugnação pauliana,

⁽³⁴⁰⁾ Sobre o ponto, cf. Romano MARTINEZ/Fuzeta da PONTE, *Garantias de cumprimento*, 15 s.; Cura MARIANO, *Impugnação pauliana*, Coimbra, Almedina, 2004, 19 s.; J.M. Antunes VARELA, “Fundamento da acção pauliana”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 91, 352 s.; H. MESQUITA, “Impugnação pauliana: natureza jurídica do direito do impugnante e efeitos da procedência da acção”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 128, 223 s.; L. Menezes LEITÃO, *Garantias das obrigações*, 65 s.; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, X, 311 s.

No direito estrangeiro, cf. Gotthard PAULUS, “Sinn und Formen der Gläubigeranfechtung”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 155, 1956, 277 s.; J. Forner DELAYGUA (coord.), *La protección del crédito en Europa: La acción pauliana*, Barcelona, Bosch, 2000.

⁽³⁴¹⁾ Cf. Romano MARTINEZ/Fuzeta da PONTE, *Garantias de cumprimento*, 16; Cura MARIANO, *Impugnação pauliana*, 149 s.

⁽³⁴²⁾ Nesse sentido, cf. Romano MARTINEZ/Fuzeta da PONTE, *Garantias de cumprimento*, 18.

⁽³⁴³⁾ Cf., porém, Romano MARTINEZ/Fuzeta da PONTE, *Garantias de cumprimento*, 23, dando conta de que houve uma alteração do entendimento que se deram sobre o preceito, que deixa de ser visto como um meio de repressão da fraude, para fazer prevalecer a tutela do credor lesado. Por isso, admite-se hoje o recurso à impugnação pauliana quando haja apenas negligência consciente por parte do credor e do terceiro. Não obstante, os próprios autores explicitam que este novo enfoque não faz descurar o aspeto da repressão.

porque se trata de um ato devido, não correspondendo ao conceito de fraude que parece animar a disciplina legal. Assim sendo, mais do que a afirmação da não-igualdade entre os credores, o que o ordenamento civilístico consagra é a não-reação conservatória do património contra um ato que é devido. Por outro lado, a impugnação pauliana não implica necessariamente a impossibilidade de satisfação da obrigação, estando em causa a tutela da garantia da relação.

É claro que daí resulta a liberdade do credor de decidir qual das obrigações quer cumprir primeiro. Mas tal não contraria o sentido de que, em determinadas circunstâncias, a boa-fé pode impor, ainda no momento do cumprimento daquela obrigação, a igualdade entre os credores. No mais, mesmo que não esteja em causa o bloqueio de um comportamento do devedor que opte por cumprir apenas em relação a um credor, podemos pensar na sua exoneração quando, por facto que não lhe seja imputável, não consiga cumprir todas as obrigações que tenham a mesma prestação e decida ratear entre aqueles perante quem se vinculou esse mesmo cumprimento.

2.6. O reconhecimento da personalidade jurídica e a tutela dos direitos de personalidade

A centralidade da pessoa — a traduzir o personalismo ético de onde se parte — reclama necessariamente o reconhecimento da personalidade jurídica de todos os seres humanos, não se admitindo formas de gradação ou de exclusão. A ideia, que mostra que a personalidade jurídica não é atribuída pelo ordenamento jurídico, impondo-se-lhe, implica consequências práctico-normativas importantíssimas. Contudo, não a desenvolveremos, neste momento, remetendo o seu tratamento para um capítulo autónomo. O mesmo se diga do necessário reconhecimento e tutela dos direitos de personalidade, sem embargo da discussão doutrinal em torno da sua configuração como verdadeiras posições jus-subjetivas absolutas. Também o seu tratamento será remetido para um momento posterior.

2.7. A proteção da família

O personalismo ético de onde se parte para a fundamentação do direito civil implica, entre outras consequências, que se reconheça e se tutele a família. Na verdade, nas palavras de Menezes Cordeiro, “o ser humano depende, totalmente, durante uma parte significativa da sua vida, da família nas mais diversas dimensões. Um reconhecimento

da personalidade humana sem o da família não seria possível: impõe-se, pois, a conexão” ⁽³⁴⁴⁾. Compreende-se que assim seja: o ser humano, entendido como pessoa, encontra no núcleo familiar o meio fundamental para o integral desenvolvimento da sua personalidade, pelo estabelecimento de laços de amor, confiança, lealdade, partilha. Além disso, é na família e através da família que a pessoa se reconhece a si mesmo, que desenvolve as suas potencialidades, que encontra a proteção necessária e os meios para a sua educação e a sua subsistência. O direito não poderia ser alheio a estes dados; e o direito civil, que coloca no centro da sua regulamentação a pessoa, não poderia deixar de derramar a sua eficácia protetiva sobre a família. Mas o direito não cria a família; antes a tutela. Consoante explica Mota Pinto, “as normas que, em coerência com o sentido do casamento ou da relação de filiação, estabelecem os deveres dos cônjuges entre si ou os deveres e direitos dos pais e dos filhos não são criadas pelo direito *ex nihilo*; são, pelo contrário, normas segregadas pela instituição familiar, como uma ordem concreta e natural, normas realizadoras de um sentido pré-jurídico — ou pelo menos anterior ao direito legislado — do organismo familiar” ⁽³⁴⁵⁾. Este direito institucional — como o reconhece a doutrina ⁽³⁴⁶⁾ — parte de uma realidade pré-existente, que trata em termos normativos.

A normativização a que se alude não pode abdicar do dado pré-jurídico de que parte, nem pode justificar-se pela importância dos sentimentos que unem os sujeitos. Se o direito civil se dirige à família é porque existe a necessidade de garantir, por via da atribuição de direitos e da imposição de deveres, o bom funcionamento da célula básica da sociedade, uma vez que tal garantirá a estabilidade da própria sociedade, que se estrutura em torno da categoria axiológica da pessoa. É exatamente esta pessoa, enquanto categoria ético-axiológica, que está, por exemplo, subjacente (e tem de estar subjacente) à disciplina matrimonial, com consequências prático-normativas de não pequena monta. Se a pessoa é um ser em relação, absolutamente livre e, como tal, responsável pelo outro (antes mesmo de ser responsável perante o outro), então a família alicerçada no casamento, mais do que espaço de afirmação de individualidades, haverá de ser local de reunião de responsabilidades, por meio das quais a pessoa realiza integralmente

⁽³⁴⁴⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português* I/I, 390 s.

⁽³⁴⁵⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 159.

⁽³⁴⁶⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 159.

a sua personalidade, um espaço de afirmação de deveres. Como afirma Leite Campos ⁽³⁴⁷⁾, o matrimónio (como a família em geral) é a sede privilegiada do *dar*, do *ser para os outros e com os outros*. E é nessa medida — e não enquanto espaço subjetivo de afirmação de afetos insindicaíveis em termos axiológicos — que ele deve ser tutelado e disciplinado. Quer isto dizer que o legislador ordinário não pode fazer do casamento aquilo que a sua vontade arbitrária — coberta pelo manto da legitimidade formal — determinar. Estará sempre limitado na modelação que para a instituição dispense pelos dados axiológicos que são comunicados pelo sentido do personalismo ético de onde partimos.

À mesma conclusão podemos, aliás, chegar pela análise de dados do direito positivo constitucional. Consagrado no artigo 36.º CRP um direito ao casamento, o preceito tem sido objeto de forte contro-
vêrsia, quer antes, quer depois da aprovação da lei n.º 9/2019, de 31 de maio, que veio introduzir na ordem jurídica portuguesa a possibilidade de duas pessoas do mesmo sexo se casarem. Em causa está a eventual (in)constitucionalidade da alteração legislativa ⁽³⁴⁸⁾, a opor os defensores da tese segundo a qual o casamento entre pessoas do mesmo sexo é uma exigência constitucional ⁽³⁴⁹⁾ aos defensores da tese segundo a qual o casamento entre pessoas do mesmo sexo está proibido na constituição. No meio-termo situam-se aqueles outros autores que advogam que o legislador constitucional não se pronunciou sobre a questão, remetendo a sua solução para o legislador ordinário.

Para os primeiros, o casamento seria finalisticamente neutro, sendo aquilo que os cônjuges quisessem ⁽³⁵⁰⁾. No fundo, haveria apenas uma dimensão simbólica, surgindo o casamento como uma forma de

⁽³⁴⁷⁾ Leite CAMPOS, Eu-Tu: o amor e a família (e a comunidade) (eu-tu-eles)”, *Nós. Estudos sobre o direito das pessoas*, Almedina, Coimbra, 2004, 165 s.

⁽³⁴⁸⁾ Cf. Duarte SANTOS, “O casamento entre pessoas do mesmo sexo: uma perspetiva constitucional”, *Revista da Ordem dos Advogados*, www.oa.pt/upl/%7B99291ed8-bd5c-4550-97dc-6c7ab0b7eedb%7D.pdf, 4 s.; ID., *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos? O casamento entre pessoas do mesmo sexo e o direito português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009; Ivo Miguel BARROSO, “Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo: um direito fundamental à medida da lei ordinária?”, *Lex Familiae*, ano 7, 13, 2010, 57-82.

⁽³⁴⁹⁾ Cf. Pedro MÚRIAS, “Um símbolo como bem juridicamente protegido. Sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo”, *Casamento entre pessoas do mesmo sexo. Sim ou não?*, Entrelinhas, 2008, 11 s.

⁽³⁵⁰⁾ Pedro MÚRIAS, “Um símbolo como bem juridicamente protegido. Sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo”, 18.

legitimação do amor entre duas pessoas perante a sociedade, pelo que deixaria de fazer sentido a restrição da relação conjugal segundo dados pré-adquiridos ⁽³⁵¹⁾. Simplesmente, como refere Oliveira Ascensão, “o

⁽³⁵¹⁾ Pedro MÚRIAS, “Um símbolo como bem juridicamente protegido. Sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo”, 11 s. Apreciando esta tese, cf. Duarte SANTOS, “O casamento entre pessoas do mesmo sexo: uma perspetiva constitucional”, 4 s. e Ivo Miguel BARROSO, “Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo: um direito fundamental à medida da lei ordinária?”, 57 s.

A este juntar-se-iam outros argumentos: a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo violaria não só o direito a contrair casamento, como implicaria uma discriminação em função da orientação sexual, ao mesmo tempo que chocaria com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e com o direito à privacidade. Nenhum dos argumentos parece proceder. No que à privacidade diz respeito, o núcleo de proteção desta, não se confundindo com a anglo-saxónica *privacy*, deixa-nos longe de nele podermos incluir uma pretensão deste tipo. Sobre a diferença entre a privacidade e a *privacy*, cf. Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional*, AAFDL, Lisboa, 2015, 267. A questão passa, conforme explicita o autor, pela integração na *privacy* de dois elementos, a *decisional privacy* e a *informational privacy*. Enquanto a primeira diz respeito a comportamentos do indivíduo, ditados por decisões próprias relativamente às quais se reivindica um right to be alone, e se tentam justificar práticas como o aborto, as relações homossexuais, etc (cf. p. 364), a segunda diria respeito à proteção de dados. Sobre esta perspetiva norte-americana da privacidade, cf., igualmente, Paulo Mota PINTO, “Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 69, 1993, 479 s. Já no que respeita ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, sempre haverá que sublinhar que o direito em questão não pode funcionar como uma “garantia do arbítrio, nem como uma exaltação do individualismo” — sobre o ponto, cf. Oliveira ASCENSÃO, “O casamento de pessoas do mesmo sexo”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 400. Em rigor, nenhum direito de personalidade pode ser invocado em contradição com o sentido axiológico do seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico. Para maiores desenvolvimentos, v. Mafalda Miranda BARBOSA, *Estudos de Teoria Geral do Direito Civil*, Princípiã, 2017. Se nenhum dos direitos analisados até agora interferem numa eventual solução do problema do casamento entre pessoas do mesmo sexo, há que considerar a eventual violação do princípio que proíbe a discriminação em função da orientação sexual. Simplesmente, como explica Oliveira Ascensão — cf. “O casamento de pessoas do mesmo sexo”, 394 —, todos podem contrair casamento, pelo que não haverá em rigor qualquer lesão do princípio da igualdade. A questão está em saber quem é que pode ser considerado igual para esse efeito. Dito de outro modo, não há aqui qualquer discriminação em função da orientação sexual: uma pessoa com tendências homossexuais pode livremente contrair casamento. Não deverá é poder fazê-lo com uma pessoa do mesmo sexo (e dizemo-lo sem desconsiderar a nova modelação do casamento). No fundo, e recorrendo novamente ao verbo de Oliveira Ascensão, todos têm direito ao casamento, pelo que o argumento avançado pelos defensores da tese da inconstitucionalidade da proibição do casamento

casamento não é um nome apenas suscetível de cobrir qualquer conteúdo” ⁽³⁵²⁾. Pelo contrário, tem um sentido próprio e intrínseco que não pode ficar dependente da vontade de cada um ou sequer do legislador ordinário ⁽³⁵³⁾. No mesmo sentido depõe Ivo Miguel Barroso, ao considerar que uma norma não pode nunca ser inócua: o direito fundamental tem de ter um determinado âmbito de proteção, pelo que o artigo 36.º CRP configuraria uma norma garantia, a implicar a necessária salvaguarda da estruturação da relação matrimonial entre um homem e uma mulher, sob pena de se descaracterizar o casamento e se pôr em causa a própria tutela constitucional ⁽³⁵⁴⁾.

Também Jorge Miranda e Rui de Medeiros sustentam posição idêntica. Partindo da ideia de garantia institucional, consideram que o casamento não pode ser configurado de acordo com a vontade arbitrária do legislador ordinário, que tem de respeitar os princípios estruturantes da relação matrimonial, entre os quais a diferença de sexos entre os cônjuges, na disciplina que lhe queira dispensar ⁽³⁵⁵⁾. Conforme explicita Duarte Santos, o casamento deve ser perspetivado

entre pessoas do mesmo sexo só poderá significar uma mutação no entendimento do direito: não estaria em causa o direito ao casamento, mas o direito a contrair casamento com quem quisessem, incluindo uma pessoa do mesmo sexo. Simplesmente, como refere o autor, tal direito não está consagrado na CRP — cf. “O casamento de pessoas do mesmo sexo”, 398. Diríamos, portanto, que o problema passa por saber como é modelado o casamento a que se refere o texto constitucional. É sobre esse ponto que nos pronunciaremos em texto.

⁽³⁵²⁾ Oliveira ASCENSÃO, “O casamento de pessoas do mesmo sexo”, 399 e 407. Como o autor esclarece, família e casamento não são meros nomes, porque os meros nomes não são acolhidos pela CRP.

⁽³⁵³⁾ Oliveira ASCENSÃO, “O casamento de pessoas do mesmo sexo”, *loc. cit.*

⁽³⁵⁴⁾ Ivo Miguel BARROSO, “Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo: um direito fundamental à medida da lei ordinária?”, 67. A posição constitucionalmente relevante defendida pelo autor não corresponde àquela que foi acolhida pelo Tribunal Constitucional no Ac. 121/2010, para a qual o legislador constitucional não se teria pronunciado sobre a modelação do casamento, admitindo que seja adotada qualquer posição pelo legislador ordinário. Conforme explicita, e bem, Ivo Miguel Barroso, isto faria com que o legislador constitucional ficasse, afinal, refém do legislador ordinário.

⁽³⁵⁵⁾ Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, 396 s. No mesmo sentido, cf., igualmente, Paulo ADRAGÃO, “Casamento entre pessoas do mesmo sexo? Pressupostos fundamentais da questão”, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano. No centenário do seu aniversário*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, 527 s.; Duarte SANTOS, “O casamento entre pessoas do mesmo sexo: uma perspetiva constitucional”, 10 s.

como uma instituição garantida na CRP, não se reduzindo a uma dimensão subjetiva, a uma liberdade deixada ao critério de cada um ⁽³⁵⁶⁾. Antes, configura “também uma dimensão objetiva, fundada no valor da dignidade humana” ⁽³⁵⁷⁾, ou seja, não é “garantido como uma realidade abstrata, completamente manipulável pelo legislador e suscetível de livre conformação pela lei ordinária”, porque não faz sentido que a CRP conceda um direito ao casamento e depois permita à lei suprimir a instituição ou desfigurar o seu núcleo essencial ⁽³⁵⁸⁾.

No fundo, o que os autores nos mostram é que o casamento é protegido ao nível constitucional, não como um símbolo, mas como uma instituição, em nome da função social que ele cumpre. De outro modo, se apenas estivesse em causa um espaço de afirmação individual e individualisticamente concebido, não faria sentido tutelá-lo: na verdade, e essa é a questão pertinentemente colocada pelos juristas atrás citados, por que razão, se assim fosse, se haveria de disciplinar, tutelando-o, o casamento e não a amizade? E por que razão se haveria de impedir um casamento celebrado entre três pessoas, por exemplo ⁽³⁵⁹⁾?

Se a descoberta da função social específica do casamento, que está na base do seu reconhecimento como direito fundamental e da disciplina que o legislador ordinário lhe devota, é suficiente para determinar a inconstitucionalidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, ela será igualmente crucial para impedir qualquer deformação da relação conjugal que implique uma destruição do seu núcleo essencial. Ora, é exatamente isso que ocorreria se considerássemos que o casamento é um “assunto exclusivo dos amantes e cada casal é o seu próprio legislador”, ao ponto de se advogar o desaparecimento ou, pelo menos, a perda de importância dos deveres conjugais e o enfraquecimento do vínculo conjugal, do ponto de vista jurídico ⁽³⁶⁰⁾. Com este entendimento, aliás, operar-se-ia uma mutação: deixaríamos de ter uma conceção personalista do casamento, para aderirmos a uma

⁽³⁵⁶⁾ Duarte SANTOS, “O casamento entre pessoas do mesmo sexo: uma perspectiva constitucional”, 12.

⁽³⁵⁷⁾ Duarte SANTOS, “O casamento entre pessoas do mesmo sexo: uma perspectiva constitucional”, 12.

⁽³⁵⁸⁾ Duarte SANTOS, “O casamento entre pessoas do mesmo sexo: uma perspectiva constitucional”, 14.

⁽³⁵⁹⁾ Num sentido próximo, cf., explicitamente, Duarte SANTOS, “O casamento entre pessoas do mesmo sexo: uma perspectiva constitucional”, 16.

⁽³⁶⁰⁾ Cf. *supra*.

conceção individualística. Simplesmente, sabemos que não só ela não corresponde à garantia institucional que a constituição nos comunica, como tal não está em consonância com o sentido e a intencionalidade predicativa da juridicidade alicerçada no ser pessoa e na sua dignidade. Donde, e porque a interpretação de uma norma ou de um instituto jurídico não pode prescindir da remissão para a dimensão normativa dos princípios em que a mesma ou o mesmo se fundam, não nos resta outra hipótese senão considerar a relação matrimonial na sua configuração personalística. À mesma conclusão podemos chegar do estrito ponto de vista civilístico, fazendo apelo à juridicidade, mais ampla que a constitucionalidade.

Do mesmo modo, se é certo que o legislador ordinário facilitou, ao extremo, o processo de divórcio, eliminando formalidades e abdicando da sindicância da culpa para os devidos efeitos, isso não significa — nem pode significar — que os deveres conjugais sejam condenados ao desaparecimento ou à irrelevância. E é exatamente por isso, e sem contradição, que, apesar da configuração do divórcio como consequência da constatação da rutura da relação matrimonial (e não como uma sanção), a violação dos referidos deveres não pode deixar de acarretar consequências no plano jurídico, entre as quais a possibilidade de recurso à responsabilidade civil.

Significa isto que, apesar das alterações que se verificam na realidade social, com novas formas de convívio afetivo e com modificações ao nível das formas de parentalidade, ao direito não cabe reconhecer e tutelar qualquer manifestação de afeto que possa emergir entre as pessoas. Nas palavras de Pedro Pais de Vasconcelos e Pedro Leitão Pais de Vasconcelos,

“na legislação e na aplicação do direito civil da família deve haver um particular cuidado em não ofender as regras institucionais que lhe são próprias e uma consciência clara do papel institucionalmente subsidiário da lei neste domínio” ⁽³⁶¹⁾.

Acresce que, porque a família é uma realidade que preexiste e supera o direito, este só deve interferir em termos subsidiários. Voltando a Pais de Vasconcelos e a Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, “as suas regras internas superiorizam-se às do direito positivo, que só consegue vigência e eficácia no interior da família quando os laços familiares se enfraqueceram já demasiadamente (...). Só quando a própria família

⁽³⁶¹⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 28 s.

se encontra tão doente que se não consegue já reger pelas suas próprias regras é que a lei tem legitimidade para intervir”⁽³⁶²⁾.

A tutela da família, no seio do direito civil, desenha-se, para lá de controvérsias específicas como aquela que já fizemos referência, com base em inúmeros princípios⁽³⁶³⁾: direito à celebração do casamento, direito a constituir família, igualdade dos cônjuges, atribuição aos pais do poder-dever de educar os filhos, não discriminação entre os filhos nascidos do casamento e fora do casamento, proteção da paternidade e da maternidade, proteção da infância, coexistência de uma ordem jurídica civil e canónica, tipicidade das relações jurídicas familiares, reconhecimento do vínculo jurídico da adoção.

Ligado à proteção da família, encontramos o fenómeno sucessório. Com a morte de um sujeito e consequente extinção da personalidade jurídica, é necessário prover pelo destino a dar aos bens do *de cuius*. O direito sucessório disciplina esta sucessão, enquanto chamamento de uma pessoa ou mais à titularidade das relações jurídicas de uma pessoa falecida⁽³⁶⁴⁾.

A sucessão pode ser legal, testamentária ou contratual. Sendo a sucessão contratual excecional, importa, em face da morte de um sujeito, indagar se ele celebrou ou não um testamento. Caso não o tenha feito, a sucessão segue as regras legais, ordenando-se de acordo com a classe dos sucessíveis prevista no artigo 2133.º CC. Contudo, importa ter em conta que, mesmo existindo determinações testamentárias, o *de cuius* não pode afastar da sucessão algumas classes de herdeiros, que terão sempre direito a uma parte indisponível do seu património (a legítima). São os chamados herdeiros legitimários, e a proteção acrescida que o ordenamento jurídico lhes confere justifica-se exatamente em nome da tutela da instituição familiar.

2.9. A proteção da propriedade privada

A propriedade surge como uma dimensão de realização da personalidade do homem⁽³⁶⁵⁾. Como Castanheira Neves explicita, não é

⁽³⁶²⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 28 s.

⁽³⁶³⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 161 s.

⁽³⁶⁴⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 169.

⁽³⁶⁵⁾ Sandra PASSINHAS, *Propriedade e Personalidade no Direito Civil Português*, Almedina, Coimbra, 2017.

viável pensar que as possibilidades espirituais do homem se podem cumprir em termos genéricos, abstratos e isolados, porque, com isso, ignoram-se as condições materiais da existência, sem as quais não há possibilidade de assumir a autonomia de todas as potencialidades do homem ⁽³⁶⁶⁾.

O personalismo ético de que se parte implica, portanto, o reconhecimento e a proteção da propriedade privada. Simplesmente, longe dos tempos do individualismo liberal, a propriedade não é agora vista como um expediente de isolamento egoísta do ser humano ⁽³⁶⁷⁾.

⁽³⁶⁶⁾ A. Castanheira Neves, *A Revolução e o Direito*, Coimbra, 1976, 121 s.

⁽³⁶⁷⁾ Em rigor, mesmo na vigência do anterior Código Civil, reconheciam-se limites ao direito de propriedade, não se encarando o mesmo — arquétipo dos direitos subjetivos — em termos absolutos. Como refere Francisco VELOZO — “Na iminência de um novo Código Civil Português”, *Brotéria*, vol. LXXXIII, Lisboa, 1964, 311 —, “o princípio da autonomia da vontade, proclamado e formulado por Kant, é a chave da compreensão do pensamento jurídico do Visconde de Seabra e do Código de 1867.” Mas acaba por reconhecer que o autor do primeiro Código Civil Português se afasta do idealista alemão em determinados aspetos. A remissão para um direito natural materialmente conformado estava presente no pensamento de Seabra. Já para Kant, o que importa é o exercício da liberdade humana, definida de uma forma meramente negativa, numa linha de individualismo estrito que estaria presente a outro nível, no artigo 13.º do nosso Código, quando se afirma que *quem, em conformidade com a lei, exerce o seu próprio direito, não responde pelos prejuízos que possam resultar desse mesmo exercício*. No fundo, a influência de Krause marcaria o pensamento do jurista pátrio. Não de uma forma radical, mas mitigada, através de Neto Paiva e da obra de Ahrens, com base na qual aquele tentou o sincretismo entre os dois filósofos. Para KRAUSE a liberdade já não é definida em termos meramente negativos como em Kant, porque para ele o direito é a “organização das condições vitais e intemporais da vida de Deus”. Daí que a definição do direito de propriedade no Código de Seabra se aproxime mais do Krausismo do que do Kantismo. Na verdade, o direito de propriedade inclui todas as faculdades para o sujeito do direito se aproveitar das potencialidades inerentes ao objeto para a consecução de fins racionais. Nesses fins racionais, não contamos com a possibilidade de o indivíduo vir a destruir a coisa por puro prazer disso mesmo. Para mais desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Liberdade versus responsabilidade*, Almedina, Coimbra, 2005, 161 s., onde se dá nota da querela em torno da interpretação do pensamento kantiano. Veja-se, ainda, Maria Clara CALHEIROS, “Krause: entre o humanismo e humanitarismo”, *Estudos em Comemoração do 10.º aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Almedina, Coimbra, 2004, 529-544. Salienta-se aí que o anti-individualismo de Krause conduz a um entendimento teleológico do direito, encarando-se a propriedade em termos funcionais, pelo que a sua extensão deve ser limitada pela finalidade e pela função também social que lhe está ínsita (cf. p. 533). Cf., ainda, p. 542, onde se lança o testemunho acerca da importância do krausismo, assumido por muitos como um dique, em Portugal, contra a destruição potenciada

E mesmo sem querermos entrar na questão do eventual reconhecimento de uma função social para a propriedade ⁽³⁶⁸⁾, haveremos de reconhecer que “a propriedade privada não apaga a originária e fundamental destinação comum de todos os bens, nem o sentido solidário da sua apropriação e utilização” ⁽³⁶⁹⁾. Significa isto que o direito de propriedade — e os outros direitos reais — já não podem ser entendidos em termos jus-absolutos, mas que se lhes reconhecem limites. Mais precisamente, o seu conteúdo é integrado não só por um feixe de poderes, mas também por inúmeros deveres que garantem exatamente a abertura ao outro ⁽³⁷⁰⁾.

O direito de propriedade é constitucionalmente consagrado (artigo 62.º CRP) ⁽³⁷¹⁾. No Código Civil, encontra-se previsto e regulado nos artigos 1302.º e seguintes. Nos termos do artigo 1305.º CC, “o proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas”. Para Mota Pinto, embora o preceito denote um individualismo extremo, o sistema oferece os expedientes necessários para garantir que ele seja expurgado ⁽³⁷²⁾. Não cremos, na verdade, que se possa temer qualquer excesso de individualismo. Em primeiro lugar, o preceito circunscreve os poderes do proprietário aos limites da lei. Ora, não podendo esta ser interpretada em sentido estrito, os limites a que somos conduzidos metodologicamente não podem deixar de ser os limites da juridicidade, a postergar um individualismo ficcionista e a impor a consideração personalista do outro. Esta conclusão é reforçada se pensarmos que a norma não pode ser interpretada sem a adequada remissão para os princípios, sob pena de incompreendermos a sua intencionalidade.

O que o preceito nos comunica, portanto, não é o extremo absolutista individualista compossibilitado pelo direito de propriedade,

pelo liberalismo individualista de muitos dos valores morais e sociais que o materialismo reinante tinha deixado sem suporte.

⁽³⁶⁸⁾ Entre nós, cf. Orlando de CARVALHO, *Para uma teoria humana da propriedade — do problema do ser ao problema do ter*, Coimbra, 1952.

⁽³⁶⁹⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 35 s.

⁽³⁷⁰⁾ Henrique MESQUITA, *Obrigações reais e ónus reais*, Almedina, Coimbra, 1997.

⁽³⁷¹⁾ Paulo Mota PINTO, “Exoneração do passivo restante: fundamento e constitucionalidade”, *III congresso de direito da insolvência*, Coimbra, Almedina, 2015, 175-195.

⁽³⁷²⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 152-3

mas uma ideia de indeterminação dos poderes do proprietário. Mota Pinto sublinha esta característica do direito de propriedade ⁽³⁷³⁾.

A par do direito de propriedade, existem outros direitos reais limitados: de gozo, de garantia e de aquisição.

•

O CÓDIGO CIVIL

O Código Civil surge como o diploma mãe em matéria de direito civil. Datado de 1966, segue de perto a sistematização das Pandectas.

1. OS ANTECEDENTES: O CÓDIGO DE SEABRA

Os ecos da Revolução Francesa impulsionaram, entre nós, o movimento codificador ⁽³⁷⁴⁾, marcado pelos ventos liberais que, entretanto, tinham contaminado o pensamento político, económico, filosófico e jurídico da época. Em todo o caso, o primeiro Código Civil português apenas surgiria alguns anos após a Revolução de 1820 ⁽³⁷⁵⁾. O hiato que decorre entre esta data e a da promulgação do Código — 1867 — pode explicar-se pelo contexto político então vivido no nosso país. Ocorrendo a Revolução Liberal em 1820, na sequência da qual seria adotada a Constituição de 1822, segue-se rapidamente a Contrarrevolução, como decorrência do golpe perpetrado pela Rainha e pelo Infante D. Miguel (Vila-Francada), abolindo-se o regime constitucional e retornando o absolutismo monárquico em Portugal, que acabaria por se impor entre 1828 e 1834. Só nesta data se recupera o liberalismo, que ficaria, durante algum tempo, marcado pelas lutas entre os mais radicais, adeptos do modelo constitucional de 1822, e os mais moderados, adeptos do modelo da Carta Constitucional,

⁽³⁷³⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 153.

⁽³⁷⁴⁾ Veja-se, por todos, Almeida COSTA, “Enquadramento Histórico do Código Civil Português”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 37, 138 s., e Mário Reis MARQUES, “O liberalismo e a Codificação do Direito Civil em Portugal”, *Boletim da Faculdade de Direito*, supl. XXIX, 1986, 1 a 256.

⁽³⁷⁵⁾ Atentemos, contudo, no facto de já anteriormente se ter pretendido levar a cabo a codificação do direito civil português. A necessidade de ordenação jurídica e de suprir o estado caótico das fontes, que não foi solucionado pela Lei da Boa Razão, responsável pela sujeição do direito romano ao crivo da boa razão, teriam determinado enormes esforços nesse sentido, todos eles infrutíferos.

que teria sido outorgada por D. Pedro em 1826, quando repôs o regime constitucional, derrubado pela primeira vez em 1823 pelo seu irmão D. Miguel. O país só conheceria alguma tranquilidade a partir de 1851, com o triunfo definitivo do cartismo. E é neste período, caracterizado pela política de fomento de Pereira de Melo, que surge o Código de Seabra.

Não é, pois, de estranhar que o Código tenha sido marcado pela filosofia liberal que reinava neste período. A sua feição individualista é evidente. A própria estrutura do diploma, afastando-se da do Código de Napoleão, do qual aliás bebe inspiração, e da divisão das *Institutiones* romanas, deixa antever isso mesmo. Dividido em quatro partes ⁽³⁷⁶⁾, gravita em torno do indivíduo ⁽³⁷⁷⁾, mostrando inequivocamente ser um código do seu tempo — a época liberal. A ideia

⁽³⁷⁶⁾ A primeira parte trata da capacidade civil; a segunda da aquisição de direitos; a terceira tem como epígrafe “Do direito de propriedade”, disciplinando, na linha do jusracionalismo utilitarista de Locke, o gozo e exercício de direitos, e a quarta regula a ofensa dos direitos e a sua reparação. O jusracionalismo utilitarista e a importância que era dada ao direito de propriedade fizeram-se sentir logo após a Revolução Liberal portuguesa. Em 1822, na explicação que Vicente Cardozo da Costa dirige às Cortes Extraordinárias e Constituintes da Nação Portuguesa sobre os benefícios da codificação do direito civil, constata-se isso, ao mesmo tempo que se evidenciam algumas notas características do que viriam a ser as preocupações positivistas, potenciadas pelo espírito liberal e revolucionário da época (cf. Vicente José Ferreira Cardozo da COSTA, *Que he o código civil?*, Lisboa, 1822). Aí o autor considera mesmo que a interpretação é um mal, referindo igualmente que a jurisprudência é fonte de arbitrariedades, pelo que a legislação seria um bem a alcançar. Mais salienta que para cumprir a sua finalidade última a legislação deveria ser reduzida à maior simplicidade possível (“*Isto conviria, sem dúvida ao grande e proveitosíssimo empenho de reduzir a Legislação à simplicidade, de que ella carece, para que possa vir a ser regra de conducta de todos.*” — p. 82 e 83). Mostrando a influência dos jurconsultos romanos, acaba por defender um certo afastamento em relação a eles e à sua metodologia de forma a cumprir o valor máximo que se afigura ao direito realizar — o valor da segurança, e garantir a originalidade do diploma. Torna-se evidente o horror a tudo o que implicasse valoração do decidente, embora se considerasse que “*dispensa a legislação de descer a infinitos detalhes, e determinações casuísticas, que inutilmente accrescentarão muito o volume do Código, e servirão tão somente de confundir as idéas, e de baralhar as cousas*” (p. 90), mostrando-se ainda uma tendência para a generalização, em detrimento da minuciosidade, própria do pensamento jusracionalista. Próprio do pensamento jusracionalista seria, ademais, o reconhecimento da incompletude do Código, a ser solucionada com recurso aos princípios de direito natural.

⁽³⁷⁷⁾ Neste sentido, veja-se Almeida COSTA, *História do direito português*, 2.^a Edição, Almedina, Coimbra, 1996, 422, com amplas referências bibliográficas.

de liberdade (negativa) estaria presente ao longo de todo o diploma, devendo salientar-se a igualmente profunda influência que Kant e Krause exerceram no Visconde de Seabra, a quem se deve a obra de 1867. De facto, o Código de Seabra foi obra de um homem só. E este dado, que pode parecer estranho à mundividência atual, é também ele totalmente consonante com o pensamento oitocentista e, sobretudo, com a influência que Bentham exerceu nos juristas nacionais. Defendia o autor que a codificação deveria ser obra de uma pessoa só, por uma questão de coerência final do trabalho, ideia ressaltada por Cardozo da Costa ao afirmar que o código civil deveria ser obra “de hum único Architetto”, porque “as partes de hum edificio hão de jogar humas com as outras, não devendo ter da ordem Toscana humas janellas, e outras de Corinthia, e da Dórica a porta (...)” ⁽³⁷⁸⁾. Por isso, tentar perceber as influências que determinaram a modelação exata do Código de Seabra é tentar perceber as influências que marcaram o pensamento do Visconde de Seabra. A influência de Kant e Krause em Seabra deveu-se, sobretudo, à obra de Vicente Ferrer Neto Paiva e aos seus “*Elementos de direito natural*”, que conheceram um enorme êxito, tendo orientado o ensino da filosofia do direito em Coimbra durante cerca de quarenta anos, onde o autor tentou conciliar aqueles dois pensadores ⁽³⁷⁹⁾. Mas o autor, embora propendesse para o kantismo, não se mostrou radical em muitas das suas posições. Como refere Francisco Velozo ⁽³⁸⁰⁾, “o princípio da autonomia da vontade, proclamado e formulado por Kant, é a chave da compreensão do pensamento jurídico do Visconde de Seabra e do Código de 1867”. Mas acaba por reconhecer que o autor do primeiro

⁽³⁷⁸⁾ Cardozo da COSTA, *Que he o código civil?*, 4.

⁽³⁷⁹⁾ Na sua obra, Vicente Ferrer Neto Paiva tenta conciliar o pensamento de KANT e de KRAUSE, o que tem motivado as mais variadas críticas. Veja-se a crítica que lhe moveu Rodrigues de Brito (*apud* CASTANHEIRA NEVES, “O liberalismo Jurídico de Vicente Ferrer de Neto Paiva: terá errado simultaneamente Kant e Krause?”, *Studia Iuridica*, 45, *colloquia* 4, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, 196) — “Sua excelência não pertence a escola nenhuma, ou pertence a todas, porque teve a fortuna de julgar conciliáveis doutrinas fundamentalmente inconciliáveis”. Como nos diz Cabral de Moncada — “O liberalismo de Vicente Ferrer de Neto Paiva”, *Estudos de História do Direito*, vol. II, 322 —, Ferrer tentou conciliar “a filosofia crítica com o jusnaturalismo dogmático; a concepção puramente racional e formal do direito com uma doutrina jusnaturalista repleta de conteúdos concretos e metafísicos acerca da natureza humana e dos fins da sociedade e do estado”.

⁽³⁸⁰⁾ Francisco VELOZO, “Na iminência de um novo Código Civil Português”, *Brotéria*, 83, Lisboa, 1964, 311.

Código Civil Português se afasta do idealista alemão em determinados aspetos. Para o filósofo alemão, a liberdade realizar-se-ia pela obediência ao imperativo categórico, que nos mandava atuar de acordo com a nossa máxima como se ela pudesse transformar-se em lei universal. O racionalismo Kantiano, meramente formal, obrigaria ao cumprimento do contratualmente acordado, sem atender à materialidade do acordo. Em Seabra, tal não aconteceria. Nos termos do artigo 368.º, os direitos originários são inalienáveis e só podem ser limitados por lei formal e expressa. A violação deles produz a obrigação de reparar a ofensa. Como esclarece Vellozo ⁽³⁸¹⁾, “a sanção não é teórica. Pode bem acontecer que (...) um indivíduo se sujeite a cláusulas que importem a privação da sua liberdade (...). Nesse caso a sanção seria a nulidade. Todos podem contratar (...) mas não podem prescindir dos direitos originários, nem tirá-los aos outros”. A remissão para um direito natural materialmente conformado estava presente no pensamento de Seabra. Já para Kant, o que importa é o exercício da liberdade humana, definida de uma forma meramente negativa, numa linha de individualismo estrito que estaria presente a outro nível, no artigo 13.º do Código de Seabra, quando se afirma que quem em conformidade com a lei, exerce o seu próprio direito, não responde pelos prejuízos que possam resultar desse mesmo exercício. De facto, o autor do primeiro código civil português mostrou-se ainda permeável às influências de um jusracionalismo muito mais material que o preconizado pelo filósofo alemão, como comprova o artigo 16.º que prevê que “se as questões sobre direitos e obrigações não puderem ser resolvidas, nem pelo texto da lei, nem pelo seu espírito, nem pelos casos análogos, prevenidos em outras leis, serão decididos pelos princípios de direito natural, conforme as circunstâncias do caso”, embora a própria redação do artigo evidencie já algumas das aporias positivistas. Aliás, numa fase tardia da vigência do diploma, os autores positivistas quiseram interpretar o preceito em análise no sentido de através dele sermos remetidos para os princípios gerais de direito, com exclusão do direito natural, por eles negado ⁽³⁸²⁾.

⁽³⁸¹⁾ Francisco VELOZO, “Na iminência de um novo Código Civil Português, 311.

⁽³⁸²⁾ Veja-se, sobre este ponto, Almeida COSTA, *História*, 430 e a demais bibliografia que aí é citada. O autor esclarece-nos que acabaria por prevalecer uma terceira interpretação do artigo, que entendia que a referência aos princípios do direito natural “equivaleria a confiar ao juiz a tarefa do preenchimento das lacunas, tendo em conta a solução que presumisse adotada pelo legislador, se ele houvesse previsto

No fundo, a influência de Krause marcaria o pensamento do jurista pátrio. Não de uma forma radical, mas mitigada, através de Neto Paiva e da obra de Ahrens, com base na qual aquele tentou o sincretismo entre os dois filósofos. Para Krause a liberdade já não é definida em termos meramente negativos como em Kant, porque para ele o direito é a “organização das condições vitais e intemporais da vida de Deus” ⁽³⁸³⁾. O conteúdo da ação importa no Krausismo, de tal

o ponto omisso. Seja como for, importa notar que o espírito positivista já estava presente à data. De facto, como explica Castanheira Neves (*Metodologia Jurídica, Problemas fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993), a própria noção de lacuna só é pensável no quadro do pensamento positivista, porque só este é que pretendeu erigir o sistema num todo fechado. Se concebermos o sistema como um sistema aberto deixa de ter razão de ser o postular de uma falha no próprio sistema. Por isso, antes do movimento codificador, o problema que se equacionava era o problema da aplicação do direito subsidiário e não o problema da integração das lacunas.

⁽³⁸³⁾ Note-se, porém, que Castanheira Neves — “O liberalismo”, 201 — sublinha que o liberalismo kantiano era um liberalismo que se centrava na “compreensão positiva do homem pessoa que se afirma como o titular da liberdade ética (...) não apenas como titular de livres esferas empíricas de ação, mas como membro daquela comunidade ética ou inteligível reino dos fins”. Refira-se, ademais, que a interpretação que Castanheira Neves nos apresenta não é a mais comum. O próprio autor reconhece isso a afirmar “terá de concluir-se, contra uma interpretação excessivamente comum (...), que em Kant não vai postulada a autonomia subjetiva do indivíduo isolado, como que num solipsismo prático, e sim a autonomia ética da pessoa, que só pode assumir-se como tal na objetiva comunidade ética de pessoas”.

No sentido da interpretação de Castanheira Neves, veja-se ainda Cabral MONCADA, *Filosofia do Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, 266 — “Nunca Kant quis significar que o direito só existisse para condicionar negativamente a coexistência das diferentes esferas da ação privada dos indivíduos, traduzida essa ação pelo arbítrio ou *Willkür*, segundo a fórmula do *neminem laedere*, como a de um equilíbrio de egoísmos à inglesa. Ao invés disto, o seu pensamento foi, pelo menos na fase da sua plena maturidade, o de que o direito devia servir para limitar esse arbítrio e esse egoísmo em si e nos outros, em proveito de uma liberdade racional e autónoma de todos, como única legisladora na consciência do indivíduo e do Estado”.

Em sentido diverso, cf. Reis MARQUES, “O liberalismo”, 192 s.

De qualquer forma, ainda que consideremos que há boas razões para preferirmos a interpretação propugnada pelos primeiros dois autores citados, o kantismo que inspirou Seabra seria desvirtuado pela obra de Vicente Ferrer, pelo que isto não contraria as considerações que temos vindo a fazer. Para Ferrer a finalidade do direito é tão-só garantir a liberdade negativa. As “obrigações jurídicas consistem em factos negativos ou omissões”, “uma omissão necessária em virtude do direito d’outrem” (Neto PAIVA, *Elementos de direito natural*, Coimbra, 1883, § 20). De facto, embora o autor tenha tentado aproximar-se da noção de direito de Krause, rapidamente resvalou o seu pensamento para a afirmação do *neminem laedere*.

modo que, mesmo dentro da sua esfera de ação, um indivíduo podia acabar por ser responsável, porque deve contribuir para o pleno desenvolvimento do direito e da liberdade do seu semelhante. Daí que a definição do direito de propriedade no Código de Seabra se aproxime mais do Krausismo do que do Kantismo. Na verdade, o direito de propriedade inclui todas as faculdades para o sujeito do direito se aproveitar das potencialidades inerentes ao objeto para a consecução de fins racionais. Nesses fins racionais, não contamos com a possibilidade de o indivíduo vir a destruir a coisa por puro prazer disso mesmo. Mas já o citado artigo 13.º se integra na linha Kantiana de liberalismo formal e individualista. De qualquer forma, podemos dizer, com Castanheira Neves ⁽³⁸⁴⁾, que “tudo se articula na teleologia do mesmo objetivo: o liberalismo individualista e o direito como garantia da sua ordem de direitos-liberdades, respetivamente” ⁽³⁸⁵⁾.

Gravitando o pensamento de Seabra em torno do indivíduo e da liberdade individual, não causa espanto o facto de o Código de 1867 ter colhido inspiração direta do Código de Napoleão. Também este era um código marcadamente individualista e liberal, surgido com a Revolução Francesa. Mas outros fatores terão sido determinantes nesta influência. Em primeiro lugar, na Alemanha o movimento codificador ainda não tinha tido lugar, pelo que se torna compreensível o sucesso alcançado pelo congénere — o Código francês. Por outro lado, os autores alemães deixam, neste período, movidos pelo espírito nacionalista que caracterizou os primeiros tempos da Escola Histórica do Direito, de escrever em latim, para passarem a adotar o idioma de origem, pelo que o acesso às novas doutrinas germânicas era mais complexo para os juristas nacionais. O ícone do mundo jurídico liberal da época era, sem dúvida, a França pós-revolucionária. E Portugal não fugiria à regra. Mesmo os autores anteriores à codificação passam a trabalhar

E é ele mesmo quem afirma perentoriamente fazer parte da mesma escola de Seabra — cf. *Reflexões sobre os sete primeiros títulos do livro único da parte I do Projecto do Código Civil Portuguez do Sr. António Luiz de Seabra por Vicente Ferrer de Neto Paiva*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1859, 7.

⁽³⁸⁴⁾ Castanheira NEVES, “O liberalismo”, 196.

⁽³⁸⁵⁾ Note-se que verdadeiramente em Kant, o liberalismo é mais personalista do que no individualismo burguês de oitocentos. Por isso, se pode dizer que Seabra, ao afirmar um individualismo que se baseia nos direitos absolutos, aí tidos como direitos originários, acaba por, na linha do jusnaturalismo de Ferrer, não ser verdadeiramente Kantiano, mas simplesmente liberal individualista. Veja-se, para mais desenvolvimentos, Castanheira NEVES, “O liberalismo”, 199.

muitíssimo sobre o direito estrangeiro, *maxime* o direito francês. A explicação é simples. Com o surgimento do pensamento jusracionalista, o direito romano e o direito comum teriam de passar pelo crivo da boa razão. E, com advento do liberalismo, esta passa a ser entendida como a boa razão liberal e individualista, pelo que referida aos códigos individualistas que se transformam em expressão normativa do *uso moderno*. A literatura jurídica nacional passa a ser substituída pelos códigos modernos e multiplicam-se as referências a autores franceses, entre os quais se salienta Domat e Pothier ⁽³⁸⁶⁾.

Assentando na tradição romanista e sofrendo as influências atrás referidas, o Código de Seabra apresenta uma sistematização que espelha isso mesmo:

Parte I — *Da capacidade civil*

Parte II — *Da aquisição dos direitos*

Livro I — Dos direitos originários e dos que se adquirem por facto e vontade própria independentemente da cooperação de outrem

Livro II — Dos direitos que se adquirem por facto e vontade própria e de outrem conjuntamente

Livro III — Dos direitos que se adquirem por mero facto de outrem, e dos que se adquirem por simples disposição da lei

Parte III — *Do direito de propriedade*

Parte IV — *Da ofensa dos direitos e da sua reparação*

Livro I — Da responsabilidade civil

Livro II — Da prova dos direitos e de restituição deles

A aprovação do Código de 1867 e o pensamento liberal terão contribuído para o desenvolvimento do método exegético e para a sedimentação do positivismo no nosso país. Os estudos jurídicos centram-se no estudo do Código e surgem os comentários da lei como forma de divulgação do saber ⁽³⁸⁷⁾. O Código de Seabra terá mesmo

⁽³⁸⁶⁾ Encontramos referências expressas a Domat e Pothier em Coelho da Rocha, Correia Telles e Ferreira Borges. E Vernei, no seu *Verdadeiro Método de Estudar*, em 1949, aconselha aos alunos a leitura de Domat. Para mais desenvolvimentos, cf. Reis MARQUES, “O liberalismo e a codificação”, 143 s.

⁽³⁸⁷⁾ Cf. José Dias FERREIRA, *Código Civil Portuguez Annotado*, Lisboa, 1871. Veja-se, ainda, depois da aprovação do Código de 1867, Manuel Maria BRUSCHY, *Manual de Direito Civil Português*, II, 1869.

sido adotado como manual das diversas disciplinas de direito civil ⁽³⁸⁸⁾. O panorama agravou-se já no início do século XX com a Reforma da Universidade de Coimbra de 1901, a consagrar as doutrinas positivistas e sociológicas ⁽³⁸⁹⁾. Por outro lado, em estrita fidelidade aos postulados do pensamento dominante à época, em 7 de fevereiro de 1903, o ministro regenerador Campos Henriques apresentou um projeto-lei destinado à interpretação de alguns preceitos do Código de Seabra ⁽³⁹⁰⁾. Marca indelével de um pensamento que procurava garantir a estrita fidelidade ao legislador histórico, fosse através da busca da sua vontade, fosse através da consideração do sentido objetivo incorporado pelo texto da norma, o projeto acabou por estar na origem de uma viragem do ordenamento jurídico português em matéria de responsabilidade civil. Na verdade, Guilherme Moreira, em estudo publicado na Revista de Legislação e Jurisprudência ⁽³⁹¹⁾, viria a mostrar-se profundamente crítico do projeto, propondo-se elaborar um estudo em matéria de responsabilidade civil.

2. O CÓDIGO DE 1966

A partir de 1900, assiste-se, em Portugal, à receção da doutrina alemã, tendo sido fundamental nesta viragem o labor de Guilherme Moreira. Consoante esclarece Menezes Cordeiro, “Guilherme Moreira (...) ficou habilitado a iniciar um ensino diferente: a exegese tradicional do Código Civil, de tipo napoleónico, seria substituída pelo método sintético, que mais não era do que a terceira sistemática. Aceitando e divulgando os quadros pandectísticos, Guilherme Moreira foi levado a novos arranjos, à descoberta de incompleições e de lacunas e à interpretação criativa de textos, que não aparência eram estáticos” ⁽³⁹²⁾. E assim, “o

⁽³⁸⁸⁾ L. Menezes LEITÃO, *O ensino do direito das obrigações — relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino da disciplina*, Almedina, 2001, 79 s.

⁽³⁸⁹⁾ L. Menezes LEITÃO, *O ensino do direito das obrigações*, 96 s.

⁽³⁹⁰⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, Lisboa, 1997, 451 s.

⁽³⁹¹⁾ Guilherme MOREIRA, “Observações á proposta de lei de 7 de Fevereiro de 1903, em que são interpretados alguns artigos do Código Civil”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 35, 36 e 37, 1903-1905. Sobre o ponto, com importantes indicações, cf. A. Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, 452 e nota 231.

⁽³⁹²⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/I, 127.

direito português (...) operou uma transposição do grupo de direitos de estilo napoleónico para o dos direitos de tipo germânico” ⁽³⁹³⁾.

A viragem a que nos referimos haveria de se fazer sentir, em primeiro lugar, no seio universitário. Na verdade, o Decreto n.º 8578, de 8 de janeiro de 1923, introduziu um plano de estudos nas Faculdades de Direito, de acordo com o qual o ensino do direito civil se deveria orientar pela sistematização germânica.

Seria esta sistemática que seria acolhida no Código Civil de 1966. Em 1944, Vaz Serra, na qualidade de Ministro da Justiça, deu o impulso para que se procedesse a uma revisão da codificação civil. A comissão de elaboração do anteprojeto, presidida pelo próprio Vaz Serra e integrada por Manuel de Andrade, Pires de Lima, Paulo Cunha, Ferrer Correia, Rui de Alarcão, Galvão Telles, Pinto Coelho, elaborou vastos e preciosos estudos. O anteprojeto seria objeto de duas revisões ministeriais, em 1955 e 1963. O projeto definitivo ficou concluído em 1966. O Código de Vaz Serra entraria em vigor em 1967 ⁽³⁹⁴⁾. A influência germânica não se poderia deixar de fazer sentir. Assim, em termos de sistematização, o Código está dividido em 5 partes ⁽³⁹⁵⁾: parte geral, livro das obrigações, livro das coisas, livro da família e livro das sucessões. Cada uma destas partes estrutura-se em torno de um específico tipo de relação jurídica, encontrando-se na parte geral a disciplina dos elementos da relação jurídica, que assim se transforma no conceito central da nova codificação.

O código civil de 1966 estrutura-se, então, nos seguintes termos:

Livro I — Parte Geral

Título I — Das leis, sua interpretação e aplicação

Título II. Das relações jurídicas

Subtítulo I — Das pessoas

Subtítulo I-A — Dos animais

⁽³⁹³⁾ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/I, 127.

⁽³⁹⁴⁾ ANTUNES VARELA, “Do projecto ao Código Civil”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 161, 1966, 5 a 85.

⁽³⁹⁵⁾ Adota, portanto, a sistematização da pandectística, primeiramente adotado, na Alemanha, por G. HEISE, *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von PandektenVorlesungen*, 1807. Sobre o ponto, cf., ainda, VAZ SERRA, *A revisão geral do código civil. Alguns aspectos e comentários*, Coimbra, 1946, 10 s.

Subtítulo II — Das coisas

Subtítulo III — Dos factos jurídicos

Subtítulo IV — Do exercício e tutela dos direitos

Livro II — Das obrigações

Título I — Direito das obrigações em geral

Título II — Dos contratos em especial

Livro III — Direito das coisas

Título I — Da posse

Título II — Do direito de propriedade

Título III — Do usufruto, uso e habitação

Título IV — Da enfiteuse

Título V — Do direito de superfície

Título VI — Das servidões prediais

Livro IV — Direito da família

Título I — Disposições gerais

Título II — Do casamento

Título III — Da filiação

Título IV — Da adoção

Título V — Dos alimentos

Livro V — Direito das sucessões

Título I — Das sucessões em geral

Título II — Da sucessão legítima

Título III — Da sucessão legitimária

Título IV — Da sucessão testamentária

Trata-se, quer na sua sistemática, quer no rigor dogmático em que assenta (descontadas algumas soluções que podem ser alvo de crítica), de um monumento jurídico. Talvez seja esse o segredo da sua longevidade. De facto, para lá de reformas necessárias (ou para garantir a conformidade do direito positivo ao quadro constitucional, como ocorreu com a reforma de 1977, ou para garantir a adequada evolução do direito civil português, como parece ter acontecido com a introdução do novo regime dos maiores acompanhados) e de alterações pontuais, e não obstante vozes que clamam no sentido da revisão e modificação

de particulares disciplinas normativas, o Código Civil, atravessando diferentes situações políticas e lidando com contextos sociais e económicos tão diversos ao longo dos tempos, mantém a sua atualidade.

Esta não é, porém, uma posição unânime. Menezes Cordeiro, por exemplo, considera que “o Código de Vaz Serra (...) não logrou obter uma unidade cabal”, evidenciando assimetrias científicas. Do mesmo modo, entende que o código terá nascido “cientificamente bastante antiquado, correspondendo — com exceções — ao estado da doutrina alemã dos anos vinte e trinta”, ficando aquém do grego em alguns pontos. Acresce que, de acordo com a posição do autor, “mostrou-se pouco de acordo com as preocupações do seu tempo em áreas sensíveis como o da família e da mulher”. No mais, Menezes Cordeiro sustenta que “o Código de Vaz Serra abusou de definições e tomadas de posição doutrinárias” ⁽³⁹⁶⁾. Por último, o autor dirige as suas críticas à sistemática, designadamente à introdução de uma parte geral no diploma ⁽³⁹⁷⁾.

Não cremos que as críticas sejam inteiramente justas. No que respeita à atualidade do Código Civil, se é certo que, em muitos pontos, parece ter consagrado soluções que correspondiam a posições já em revisão no espaço alemão, não é menos correto que, em muitos outros, se tenha mostrado inovador e na vanguarda do seu tempo. Por outro lado, não se negando que seria possível ir-se mais longe nas soluções em matéria de direito da família, importa reconhecer que aquelas foram soluções pensadas no contexto social que se experimentava em Portugal. No mais, as soluções doutrinárias consagradas mostram-se suficientemente elásticas para serem interpretadas à luz das exigências dos casos concretos, o que, conjugado com o amplo leque de conceitos indeterminados que o Código nos faculta, garante a modernidade do diploma ao fim de mais de cinquenta anos de vigência.

No tocante à parte geral e à sistemática do Código, as críticas não são exclusivas do autor. Mesmo na Alemanha, a solução não é pacífica. Zitelmann, logo em 1906, mostrou-se bastante crítico da solução ⁽³⁹⁸⁾. Entre outros aspetos, o autor vinca que não existe

⁽³⁹⁶⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito Civil português* I/I, 130.

⁽³⁹⁷⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito Civil português* I/I, 130.

⁽³⁹⁸⁾ Ernst ZITELMANN, «Der Wert eines allgemeinen Teils des bürgerlichen Rechts», *Zeitschrift für das Privat — und öffentliche Recht der Gegenwart*, Herausgegeben von Carl Samuel Grünhut, 33, 1906, 1 s.

uma verdadeira unidade no sistema das pandectas. Numa crítica partilhada entre nós por Orlando de Carvalho ⁽³⁹⁹⁾, Zitelmann evidencia que o critério de arrumação sistemática do direito da família e do direito das sucessões seria institucional, enquanto ao nível das obrigações e das coisas, o critério seria estrutural. Por outro lado, em sintonia com aquela que anos mais tarde viria ser a posição de Wieacker ⁽⁴⁰⁰⁾, sublinha que a abstração própria da parte geral tornaria penoso o seu ensino, ao mesmo tempo que a dispersão de matérias aí reguladas e a sua inaplicabilidade a todos os domínios especiais determinariam que, em rigor, apenas as normas referentes ao negócio jurídico fossem gerais, para o que se deveria criar um livro sobre direito geral dos negócios jurídicos. Também Nipperdey defendeu, no âmbito da discussão acerca de um novo Código Civil, que se deveria prescindir da parte geral por ela ser profundamente heterogénea ⁽⁴⁰¹⁾. Por seu turno, Larenz reitera que muitas das normas integradas na parte geral não se aplicam aos negócios fora do comércio jurídico, como o casamento ou o testamento, de tal modo que a parte geral se deveria restringir ao domínio obrigacional ⁽⁴⁰²⁾. Entre nós, Orlando de Carvalho também não deixou de evidenciar as fragilidades da parte geral ⁽⁴⁰³⁾. São vários os aspetos que têm sido sublinhados pelos autores: a dita parte geral não corresponderia a uma verdadeira parte geral, na medida em que as suas regras não seriam aplicáveis a todas as partes especiais do diploma; traduzir-se-ia num puro exercício teórico, que deveria ser deixado à ciência do direito; a abstração que lhe é própria condenaria o sistema a distorções, surgindo a pessoa em pé de igualdade com os entes coletivos, ou seja, sendo relegada para simples sujeito da relação jurídica ⁽⁴⁰⁴⁾. Para

⁽³⁹⁹⁾ Orlando de CARVALHO, *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*, 73 s.

⁽⁴⁰⁰⁾ WIEACKER, *História do direito privado moderno*, 1980, 558 s. O autor acrescenta que a elaboração da parte geral seria tarefa da ciência do direito e não do legislador. Mas admite que a parte geral garante a coerência intelectual e metodológica de uma ordem jurídica cientificamente concebida.

⁽⁴⁰¹⁾ NIPPERDEY, «Das System des Bürgerlichen Rechts», *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 5, 1938, 22 s.

⁽⁴⁰²⁾ LARENZ, «Nebau des Privatrechts», *Archiv für die civilistische Praxis*, 145, 1939, 100 s.

⁽⁴⁰³⁾ Orlando de CARVALHO, *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*, 73 s.

⁽⁴⁰⁴⁾ Orlando de CARVALHO, *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*, 73 s.; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito Civil português I/I*, 115.

Orlando de Carvalho, a parte geral conduzir-nos-ia a um sistema axiomático, podendo levar a uma desconsideração da posição central da pessoa humana, reduzida a mero elemento da relação jurídica, e resvalar para uma compreensão positivista do direito ⁽⁴⁰⁵⁾.

No polo oposto, são vários os autores que depõem no sentido da existência de uma parte geral ⁽⁴⁰⁶⁾. No ordenamento jurídico austríaco, Bydlinski defende que a parte geral garante a simplificação da legislação civil, bem como a clareza, evita contradições valorativas, permitindo o tratamento igual de problemas do mesmo tipo, sendo, assim, justificada pelos valores da segurança e da justiça ⁽⁴⁰⁷⁾. Canaris, por seu turno, encontra vantagens consideráveis na consagração de uma parte geral ⁽⁴⁰⁸⁾. Desde logo, o autor considera que “a construção da chamada pirâmide de conceitos não constitui (...) um excesso, digno de reprovação, da chamada jurisprudência dos conceitos, ou um jogo de pérolas de vidro da ciência do direito (...), mas integra, antes, aquelas tarefas irrenunciáveis de qualquer ordem jurídica”, pelo que concluir ser a abstração de todo inevitável ⁽⁴⁰⁹⁾. Por outro lado, salienta

⁽⁴⁰⁵⁾ Orlando de CARVALHO, *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*, 48 s.

⁽⁴⁰⁶⁾ Defendendo entre nós a existência de uma parte geral, cf. Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 99 s.; Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria geral*, 28 s.; HÖRSTER, *A parte geral*, 141 s.

⁽⁴⁰⁷⁾ BYDLINSKI, *System und Prinzipien des Privatrechts*, Österreich Verlag, 1996, 129 s.

⁽⁴⁰⁸⁾ CANARIS, “Funções da parte geral de um Código Civil e limites da sua prestabilidade”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, II, *A parte geral do código e a teoria geral do direito civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, 34 s. Note-se que o autor distingue a parte geral do código civil da parte geral do direito civil, mostrando que uma não tem de coincidir com a outra necessariamente e em todos os pontos.

⁽⁴⁰⁹⁾ CANARIS, “Funções da parte geral de um Código Civil e limites da sua prestabilidade”, 35. Num exemplo, o autor aduz que “vários dos problemas que o legislador tem de resolver na criação de regras sobre contratos põem-se, em princípio, de forma igual para contratos de todo o tipo — assim, por exemplo, quanto à sua formação e aos seus requisitos de eficácia; pois não faz, para tanto, qualquer diferença tratar-se de um contrato de compra e venda, de um contrato familiar sobre o regime de bens, ou de um contrato sucessório. Onde deve então o legislador disciplinar estas questões? A resposta parece ser natural: no direito dos contratos! Com isto, porém, o legislador depara-se de imediato com a próxima questão difícil: onde deve colocar o direito dos contratos — num livro próprio da codificação ou no direito das obrigações? se o legislador escolher a primeira solução, em substância criou já um pedaço de uma parte geral; se escolher a segunda solução tem que, em todos os contratos que não são contratos obrigacionais, remeter para os preceitos

que “se o legislador pretende disciplinar as relações entre particulares, tem, antes de mais, de determinar o círculo de intervenientes, isto é, de fixar quem é reconhecido pela ordem jurídica como sujeito de direito, e quem o não é. Em seguida, tem de atribuir a estes sujeitos de direito uma esfera juridicamente protegida, ou seja, de determinar o círculo de direitos subjetivos. Para além disto, tem de regular quais são os objetos de tal direito, ou seja, os objetos de direito. Finalmente, tem de decidir se, e como, os sujeitos de direito podem criar direitos subjetivos e transmiti-los para outras pessoas, ou modifica-los juridicamente noutro sentido” ⁽⁴¹⁰⁾. Ora, podendo ser diversas as opções legislativas, sempre se poderá reconhecer que estas matérias têm lugar numa parte geral, até porque os conceitos fundamentais em questão têm subjacentes a si valores ou princípios igualmente fundamentais ⁽⁴¹¹⁾, que surgiriam identificados na parte geral ⁽⁴¹²⁾.

Contra aquelas que são as alegações de parte da doutrina nacional e estrangeira, parecem inegáveis as vantagens de uma parte geral. Como sublinha Capelo de Sousa, com ela, evitam-se repetições, fixam-se princípios gerais e consagram-se disposições normativas que, de outro modo, teriam de ser repetidas em fórmulas essencialmente idênticas em diferentes pontos da lei, garante-se uma maior adaptação às mutações constitucionais ⁽⁴¹³⁾. E, de acordo com Pinto Monteiro, a parte geral “facilita o conhecimento e a compreensão da lei e, por conseguinte, a sua aplicação prática; de um ponto de vista científico, corresponde mesmo a uma das tarefas indeclináveis da doutrina”, podendo “assinalar um importante efeito de racionalização, evitando, designadamente, que o legislador tenha de operar com constantes remissões” ⁽⁴¹⁴⁾. Além disso, como salienta o último autor

sobre estes, e depara-se, aqui, exatamente com a mesma dificuldade que na criação de uma parte geral”.

⁽⁴¹⁰⁾ CANARIS, “Funções da parte geral de um Código Civil e limites da sua prestabilidade”, 38.

⁽⁴¹¹⁾ CANARIS, “Funções da parte geral de um Código Civil e limites da sua prestabilidade”, 39.

⁽⁴¹²⁾ CANARIS, “Funções da parte geral de um Código Civil e limites da sua prestabilidade”, 40.

⁽⁴¹³⁾ Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 100 s.

⁽⁴¹⁴⁾ Pinto MONTEIRO, “A parte geral do código, a teoria geral do direito civil e o direito privado europeu”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, II, *A parte geral do código e a teoria geral do direito civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, 63-64.

citado, aceitar a parte geral do Código Civil como boa não equivale a aceitar as teses e as soluções da Jurisprudência dos Conceitos ⁽⁴¹⁵⁾. Nas suas palavras, “o que há, isso sim, é a necessidade de vincar bem que ele é um mero sistema externo, de exposição (e mesmo nesse plano não isento de críticas), jamais se podendo identificar ou confundir com o direito civil em si mesmo. Assim como se torna fundamental evitar que a técnica do sistema conduza a um apagamento da pessoa humana — pessoa que deve sobressair como princípio e fim último de toda a regulamentação civilística” ⁽⁴¹⁶⁾.

Este deve, de facto, ser a principal preocupação do jurista: a colocação da pessoa no centro de fundamentação do direito civil. Contudo, não nos parece que a existência de uma parte geral afaste essa centralidade. Até porque, contra o que o pensamento normativista defendia e desejava, o legislador não tem o monopólio da criação do direito, que não se encerra num sistema fechado e perfeito. Significa isto que a existência de uma parte geral, sistematizada a partir do conceito relação jurídica, não nos impede de adequadamente revelarmos a materialidade subjacente a cada uma das soluções. Até porque, metodologicamente, nenhuma norma pode ser interpretada sem a adequada remissão para os princípios em que se louva. O que, por seu turno, nos mostra, como aliás a doutrina que acompanhámos enfatizou, que o que está, ou deve estar, em causa, na discussão em torno da parte geral, não é uma dada conceção do direito, mas a adequada sistematização das soluções que, com base nos princípios fundamentais e fundamentantes, nos oferece. Onde a aceitação — como boa — de uma parte geral (tal como, em rigor, o reconhecimento da mestria do Código Civil) não nos condena a aceitar, sem criticismo, todas as soluções que aí se encontrem consagradas.

⁽⁴¹⁵⁾ Pinto MONTEIRO, “A parte geral do código, a teoria geral do direito civil e o direito privado europeu”, 66.

⁽⁴¹⁶⁾ Pinto MONTEIRO, “A parte geral do código, a teoria geral do direito civil e o direito privado europeu”, 67.

CAPÍTULO II

A RELAÇÃO JURÍDICA

1. NOÇÃO DE RELAÇÃO JURÍDICA

Em termos amplos, a relação jurídica é toda a “situação ou relação da vida social, juridicamente relevante (produtiva de consequências), isto é, disciplinada pelo Direito”; em sentido estrito, identifica toda a “relação da vida social, tipicamente disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjetivo e a correspondente imposição a outra pessoa de um dever ou sujeição” ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, 2 s.

Vide, igualmente, C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 177; Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 169 (considerando que a relação jurídica não é a relação social ou a relação da vida social, mas a regulação dessas relações ou das previsões de tais relações, constituindo por isso um vínculo ou nexo normativo. Na definição do autor, “a relação jurídica civil é o vínculo normativo, garantido coercivamente, que une entre si sujeitos de direito, mediante a atribuição a um deles de um direito subjetivo, de um direito potestativo ou de um poder-dever jurídico e a imposição ao outro ou aos outros desses sujeitos de um dever jurídico ou de uma sujeição correspondentes, tendo por objeto, imediata ou mediamente, as condutas comuns de tais sujeitos, quando despidos de poderes de autoridade pública”; Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9 s. (considerando que o conceito herdado de Manuel de Andrade esquece que a relação jurídica civil extraída da lei é um mero operador para fins de disciplina e não a relação jurídica civil enquanto verdadeira relação entre os homens. Por isso, o autor propõe que se estabeleça um corte funcional, definindo a relação jurídica como “a relação que juridicamente se funda no poder que se reconhece a qualquer indivíduo de gerir autonomamente a

É nesta categoria — forjada pela pandectística — que o Código Civil de 1966 assenta a sua estrutura, embora não sem críticas de parte da doutrina ⁽²⁾. Menezes Cordeiro, por exemplo, substitui o conceito de relação jurídica pelo de situação jurídica, já que aquele conceito não esgota todas as situações jurídicas possíveis. Nas palavras do autor, “pretender reduzir toda a realidade a relações jurídicas (...) é irrealista e provoca distorções contínuas”. De acordo com o seu posicionamento, “uma situação jurídica que relaciona duas pessoas dá lugar

sua esfera de interesses sob a sanção do ordenamento jurídico em vigor”, o qual deve ser complementado por um corte estrutural, de acordo com o qual a relação jurídica surge definida como “a relação que juridicamente se funda no poder que se reconhece a qualquer pessoa em sentido jurídico de determinar autonomamente consequências de direito, sob a sanção do ordenamento jurídico em vigor”. Para o autor, os dois conceitos não se anulam: “o conceito funcional está sempre latente; sempre pronto a intervir, a opor o seu veto, quando o conceito estrutural descreve a sua função” — p. 16).

⁽²⁾ Veja-se, nesse sentido, Orlando de CARVALHO, *Para uma teoria da relação jurídica civil*, I, *A teoria geral da relação jurídica. Seu sentido e limites*, Centelha, Coimbra, 1981, 44 s. Para o autor, o conceito de relação jurídica corresponde a uma desideologização e desumanização efetuada pelo sistema das Pandectas, apelando à necessidade de repersonalizar o direito civil, colocando no topo da sua regulamentação não o homem abstrato do liberalismo económico, mas o homem concreto da luta de classes contemporânea, na busca de um novo humanismo socialista. No mesmo sentido, cf. Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Centelha, Coimbra, 7 s. A visão marxista do autor não deixa de estar presente. O apelo anacrónico à luta de classes e a tentativa de transformação do direito num instrumento dessa mesma luta — a fazer apelo a uma ideia próxima dos *Critical Legal Scholars*, pese embora a filiação do autor na corrente jurisprudencialista dos interesses — como via de personalização do direito civil mostra-se falha, tanto quanto a ideologia subjacente conduz à alienação do ser humano e à degradação do conceito de pessoa, pela hipertrofia do social em relação ao individual. Por outro lado, não nos parece que a sistematização do direito civil com base no conceito de relação jurídica e dos seus elementos — surgindo a pessoa ao lado de outras entidades como sujeito de uma relação — implique a desdesignificação do ser humano ou a sua despersonalização. Fundamental é que o ser humano contemplado na disciplina civilística seja encarado na sua pessoalidade. Mas, para tanto, não obsta a que se lance mão de um conceito técnico-operativo.

Num sentido crítico da posição de Orlando de Carvalho, cf. Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 164 s. Frisa o autor que “os conceitos de relação jurídica e de parte geral não são instrumentos de desideologização e desumanização. Trata-se tão só de meras técnicas legais, de operadores, apenas sendo suscetível de tal valorização o conteúdo substancial de cada relação jurídica normativa. Acresce que homem e sujeito de direitos são conceitos diferentes, tendo o homem, mesmo no código civil atual, patente proeminência face às pessoas coletivas”.

a uma relação jurídica; pelo contrário, uma situação absoluta não postula qualquer relação jurídica, o que “conduziria mesmo, caso admitida, a uma contradição terminológica” ⁽³⁾. Em causa está, no pensamento de Menezes Cordeiro, a cisão entre o que tradicionalmente se considerou serem as relações jurídicas absolutas e relativas. As primeiras — que estudaremos *infra* — são as que relacionam o titular do direito (absoluto) com todos os membros da comunidade jurídica que por ele são vinculados; as segunda colocam em relação sujeitos certos e determinados. Em substituição desta categorização, Menezes Cordeiro sustenta que “a situação absoluta existe por si, sem dependência de outra situação de sinal contrário; a situação relativa consubstancia-se na medida em que, frente a ela, se equacione uma outra, de teor inverso” ⁽⁴⁾. Por exemplo, se A é titular de um direito de propriedade, estamos diante de uma situação absoluta, que não depende de uma situação de sinal contrário; se B for credor de C, a situação diz-se relativa, porque ela envolve uma situação inversa, isto é, que C seja devedor de B. No primeiro caso, não haveria relação, porque faltaria a pessoa com quem A pudesse estabelecer essa ligação.

A posição do autor não parece justificar-se. Na verdade, também no caso em que A é proprietário de x, A vai estabelecer uma relação, não com uma pessoa certa e determinada, mas com todas as pessoas que integram a comunidade jurídica que, por ele ser proprietário, se devem abster de todo e qualquer comportamento que possa pôr em causa o seu direito. Com efeito, ao pensarmos no direito subjetivo pensamos no poder de exigir um dado comportamento de alguém, pelo que, para além dos poderes que integram o seu conteúdo e que permitem satisfazer o interesse do titular, haverá que considerar um lado externo do direito que garante o relacionamento com os demais, em termos de colaboração ou de afastamento.

Como esclarece Capelo de Sousa, “a chamada situação jurídica absoluta (...) é vista predominantemente como uma relação jurídica em que no lado passivo há uma obrigação passiva universal, contraposta ao direito subjetivo do titular ativo” ⁽⁵⁾.

O posicionamento de Menezes Cordeiro entende-se à luz de uma compreensão diversa do direito subjetivo, que é a que o autor nos apresenta e *infra* analisaremos. Contudo, não nos parece aceitável

⁽³⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português* I/I, 306-307.

⁽⁴⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português* I/I, 306.

⁽⁵⁾ Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 166.

se nos continuarmos a filiar na visão dessa posição jus-subjetiva do ponto de vista do poder de vontade, ainda que compreendido à luz da pessoa e não do indivíduo.

Até porque não nos parece proceder a crítica segundo a qual a categoria deixaria na sombra, quando aplicada aos direitos reais, a ligação do titular com a coisa, centrando-se quase exclusivamente no poder de exclusão correspondente à obrigação passiva universal. Mas como explica Antunes Varela, “o esquema conceitual da relação jurídica adapta-se perfeitamente ao poder de soberania que o titular do direito real exerce sobre a coisa e que constitui a essência do direito real” ⁽⁶⁾.

Acresce que o conceito de situação jurídica acaba por se mostrar impreciso e pouco útil do prisma da construção jurídica, quando não articulado com o conceito de relação jurídica ⁽⁷⁾.

Numa outra perspectiva, Orlando de Carvalho ensina que “relação e situação são (...) ideias entre si substituíveis, pois toda a relação é estaticamente situação e toda a situação é dinamicamente relação: no plano do direito (...), toda a posição e ex-posição é virtualmente conflitual e, por conseguinte, relacional e vice-versa. Subjetividade e intersubjetividade, ou, de outra forma, pessoalidade e alteridade são noções que se recobrem mutuamente. Embora, porque a conflitualidade é a marca (...) do jurídico, o termo relação (...) seja preferível” ⁽⁸⁾.

No fundo, a alteridade ínsita ao direito, aliada às potencialidades dogmáticas da categoria, determina a pertinência da noção de relação jurídica. É claro que esta encobre — na sua dimensão estrutural — a materialidade subjacente ao modo de ser pessoa. Mas não apaga a possibilidade de se fazer intervir a dimensão axiológica de fundamentação do direito — e, portanto, de cada uma das suas categorias — sempre que com ela se haja de lidar. Isso mesmo veremos a propósito da noção de direito subjetivo e dos limites que este conhece.

2. OS ELEMENTOS DA RELAÇÃO JURÍDICA

Da noção de relação jurídica podemos extrair os seus elementos. Desde logo, ela estrutura-se entre (pelo menos) dois *sujeitos*: o sujeito

⁽⁶⁾ Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 41 s.

⁽⁷⁾ Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 166.

⁽⁸⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.

ativo e o sujeito passivo. Eles vão integrar o polo positivo (titularidade do direito) e o polo negativo (titularidade do dever ou da sujeição) da relação, podendo ser pessoas em sentido físico ou pessoas em sentido jurídico (pessoas coletivas) ⁽⁹⁾. Por outro lado, incide sobre um determinado *objeto* e promana de um determinado *facto jurídico* ⁽¹⁰⁾, além de beneficiar de uma *garantia*. O objeto da relação jurídica é o *quid* sobre que incidem os poderes do titular ativo da relação jurídica, não se confundindo com o conteúdo da relação jurídica ou com o conjunto de poderes que integram o direito subjetivo ⁽¹¹⁾. O facto jurídico é todo o facto produtor de efeitos jurídicos, podendo conduzir à constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica ⁽¹²⁾. Por último, a garantia é composta pelo conjunto de mecanismos coercitivos disponibilizados pelo ordenamento jurídico para efetivar o direito do titular ativo da relação jurídica.

Percebe-se, assim, que a garantia só é acionada quando aquele direito seja ameaçado ou violado, sendo ela que traduz o vínculo de juridicidade da relação ⁽¹³⁾. Repare-se que a garantia pode conhecer diversas dimensões. A este propósito, Orlando de Carvalho distingue a autotutela (excecional) — ação direta e legítima defesa — e a heterotutela ⁽¹⁴⁾. A heterotutela envolverá — no plano do direito civil — a possibilidade de recurso aos tribunais, para efetivar uma pretensão preventiva ou reparadora.

Numa outra perspetiva, e situando-nos no plano dos direitos obrigacionais — que a seu tempo estudaremos — podemos falar de uma garantia geral, consubstanciada no património do devedor — e em garantias especiais. Simplesmente, algumas destas garantias especiais traduzem elas próprias relações jurídicas. Pense-se, por exemplo, na hipoteca, no penhor, entre outras garantias reais.

⁽⁹⁾ Cf. Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 56, distinguindo, nesta análise, o plano funcional e o plano estrutural.

⁽¹⁰⁾ Orlando de Carvalho distingue, a este propósito, o fundamento e a causa da relação jurídica. O fundamento da relação jurídica na sua juridicidade encontra-se no poder de autodeterminação; a causa da relação na sua factualidade é o facto jurídico — cf. Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 58.

⁽¹¹⁾ Cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 189.

⁽¹²⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 190.

⁽¹³⁾ Cf. Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, 22 s.; C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 190; Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 59.

⁽¹⁴⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 59.

O património do devedor não configura, portanto, o objeto de um direito subjetivo, mas a sua garantia. O património é o conjunto das relações jurídicas (ativas e passivas) avaliáveis em dinheiro, de que uma pessoa é titular. Esta noção de património — enquanto *património global* — não é, porém, aquela que releva ao nível desta específica função que ele cumpre. Trata-se, neste caso da garantia dos credores, do conjunto das relações jurídicas ativas (direitos) avaliáveis em dinheiro de que uma pessoa é titular, abstraindo das obrigações, ou seja, do *património ilíquido* ⁽¹⁵⁾.

O património cumpre, na verdade, uma importante função ao nível do direito das obrigações. Se o devedor não cumpre uma obrigação a que está vinculado, o credor pode exigir ao Tribunal que o condene ao cumprimento. Se, ainda assim, o primeiro reiterar na conduta lesiva do direito da contraparte, esta pode executar o seu património, fazendo-se pagar à conta do que se obteve com a venda judicial dos bens que o integrem. Em última instância, o património serve aqui como garantia da efetividade do direito.

Refira-se, a este propósito, que, em determinadas situações, nem todo o património responde pelas dívidas do sujeito. Há, de facto, situações de autonomia patrimonial, isto é, hipóteses em que existe uma “massa de relações patrimoniais, pertencentes ao mesmo sujeito do património geral, com um tratamento jurídico particular” ⁽¹⁶⁾. O tratamento jurídico particular a que nos referimos prende-se exatamente com a responsabilidade por dívidas.

Como explica a doutrina, o património autónomo é aquele que *só responde e responde só ele por certas dívidas* ⁽¹⁷⁾. Um exemplo típico de um património autónomo é a herança, conforme resulta dos artigos 2070.º e 2071.º CC. De acordo com o último preceito citado, se a herança é aceite a benefício de inventário, só respondem pelos encargos respetivos os bens inventariados, salvo se os credores ou legatários provarem a existência de outros bens. Não sendo aceite a benefício de inventário, a responsabilidade também não excede as

⁽¹⁵⁾ Distingue-se do património ilíquido o chamado património líquido, que corresponde ao conjunto de relações ativas avaliáveis em dinheiro de que uma pessoa é titular menos as passivas. Sobre o ponto, cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 346, considerando que o conceito é, nesta hipótese, meramente económico.

⁽¹⁶⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, n. 406.

⁽¹⁷⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 348.

forças da própria herança, embora se inverta o ónus da prova. Por outro lado, o artigo 2070.º CC determina, durante os cinco anos subseqüentes à abertura da sucessão, que os credores do herdeiro só podem ser pagos pelos bens hereditários depois de satisfeitos os credores do *de cuius* ⁽¹⁸⁾ ⁽¹⁹⁾.

3. O CONTEÚDO DA RELAÇÃO JURÍDICA

Se a estrutura externa da relação jurídica é composta por quatro elementos — sujeitos, objeto, facto jurídico e garantia —, do ponto de vista da sua estrutura interna (conteúdo), ela traduz-se num vínculo jurídico que engloba poderes e deveres, para além de outras posições jus-subjetivas. Do lado ativo da relação jurídica, vamos, de facto, encontrar o sujeito titular do direito que, sendo de uma pessoa (pessoa física ou pessoa em sentido jurídico), se diz subjetivo, por contraposição ao direito objetivo (enquanto regulamentação); do lado passivo da relação jurídica, encontramos o sujeito titular do dever ou da sujeição.

Importa, por isso, analisar cada uma destas categorias. Só isso nos permitirá compreender na sua profundidade a relação jurídica e só isso nos torna aptos a distinguir as diversas modalidades de relações jurídicas.

4. O DIREITO SUBJETIVO EM SENTIDO AMPLO

4.1. A génese do direito subjetivo

O direito subjetivo “começou por não existir” ⁽²⁰⁾. E o que impressionantemente nos comunica o paradoxo não resulta de nenhuma opção de

⁽¹⁸⁾ Cf., novamente, Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 349.

⁽¹⁹⁾ Fala-se, ainda, de património conjunto para designar aquelas situações em que um património é titulado por mais do que uma pessoa. É o caso da comunhão conjugal. Para maiores desenvolvimentos, cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 352 s.

⁽²⁰⁾ A expressão, com todo o sentido comunicativo que encerra, foi colhida em Pinto BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, 595, onde o autor explica que, a despeito de já ser conhecido o “(epi-)fenómeno da titularidade dos direitos”, durante a pré-modernidade, o que

importava verdadeiramente, em obediência ao domínio da ordem objetiva, era a definição dos “estatutos em que os diversos atores sociais se inseriam”.

Cf., igualmente, António Santos JUSTO, *Direito privado romano, I, Parte Geral (Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos direitos)*, 3.^a edição, 2006, 20; Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português, I/I*, 311 s.; Alejandro Guzmán BRITO, “Historia de la denominación del derecho-facultad como subjetivo”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Sección Historia del Pensamiento Jurídico*, XXV, Valparaíso, Chile, 2003, 407-443, aqui 407 s.; KOSCHEMBAHR-LYKOWSKY, “Quelques dispositions générales d’un projet de Code Civil polonais”, *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, n.º 27, 1928, 569 s.; D’ORS, “Ius en sentido objetivo-subjetivo”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, n.º 24, 1954, 635 s. No período do direito romano, o que existia era uma ordem objetiva definidora da posição que nela cada um ocupava. Para tanto, conferia-se ao cidadão (e mais tarde aos *peregrini*), por referência a determinadas situações, a possibilidade de, junto de um magistrado, propor uma ação, por intermédio da qual seriam adotadas medidas de salvaguarda do estatuto delineado. A estrutura jurídica objetiva de que aqui sumariamente se dá conta estava em perfeita sintonia com a mundividência da altura. O homem da Antiguidade Clássica só se compreendia por referência ao cosmos, na imanência a uma ordem pré-constituída (cf. Diogo Leite CAMPOS, *Lições de Direitos de Personalidade*, 2.^a edição, Coimbra, 1992 e «O cidadão-absoluto e o estado, o direito e a democracia», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 53, Lisboa, 1993, p. 5 a 19, também publicado em Nós: *Estudos sobre o Direito das Pessoas*, Almedina, Coimbra, 2004, 135 s., aqui 139 s.). Trata-se, pois, de uma visão organicista da sociedade que perduraria durante toda a Idade Média, embora aí orientada segundo preocupações teológicas e animada pela ideia de um plano de salvação coletivo. Cf., igualmente, Michel VILLEY, “Les origines de la notion de droit subjectif”, *Archives de Philosophie du Droit*, 1953-1954, 169 s.; ID., «Les institutes de Gaius et l’idée du droit subjectif», *Revue Historique du Droit Français et Étranger*, 1946, 201; ID., *Leçons d’histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 2002, 227 s., e 167 s. Na sua análise, o autor não se concentra tanto nas questões terminológicas, mas na comparação entre os grandes sistemas de direito romano e os sistemas jurídicos modernos, pois que, por dificuldades de tradução, é inegável que ao nível do direito romano se falava de direitos, não sendo esse o centro nevrálgico da investigação (*Leçons*, 170). Mais se diga que o autor, independentemente das conclusões a que chega, inicia o seu périplo conexas o direito subjetivo com uma mundividência individualista, onde a preocupação cimeira é a determinação daquilo a que cada um tem direito. E, nessa medida, rememora-se o velho aforismo latino, definidor da justiça, *suum cuique tribuere* — ULPIANUS D. 1,1,10,1 (cf. Sebastião CRUZ, *Direito Romano*, Coimbra, 1984, 12 s., nota 5). Simplesmente, como o autor explicita, a compreensão do mundo jurídico era toda ela objetiva: “le mot jus (...) semble designer la condition, le statut d’un type de personne: esclave, affranchi, homme libre, père, fils ou fille de famille” (174). Referindo-se às influências filosóficas que permitem compreender essa imersão no cosmos, cf. Michel VILLEY, *Leçons*, 234.

Alejandro Guzmán Brito (cf. “Historia de la denominación”, 408) sublinha que, durante o período romano, se falava de poderes e faculdade, inexistindo, no entanto, a identificação entre eles e a palavra direito.

Cf., também, Vittorio FROSINI, “Diritto soggettivo”, *Novissimo Digesto Italiano*, V, 1957, 1047 a 1050 (aqui 1048, *in fine*). O autor salienta que, durante o

princípio, mas da ausência de um polo autorreferencial que potenciasse — ou sequer permitisse a problematização — (d)a subjetivação jurídica. Inexistindo a condição mínima de emergência dos direitos subjetivos, estes foram, durante todo o período pré-moderno, um não problema ⁽²¹⁾. Sem que isso implicasse, é bom notá-lo, uma desproteção

período do direito romano, a ligação entre o *ius* e a *actio* indicia uma espécie de epopeia do espírito prático empenhado na luta pelo direito, enquanto direito do sujeito. Mas adverte que a elaboração conceptual do direito subjetivo é obra da reflexão jusnaturalista, ao preparar a fundação política do moderno estado de direito. V., também, do autor “Las transformaciones del derecho subjectivo”, *Anuario de Filosofia del Derecho*, 1967-68, 267 s.

⁽²¹⁾ Várias são as vozes que filiam o surgimento dos direitos subjetivos no pensamento de Guilherme de Occam — cf. Annabel S. BRETT, *Liberty, right and nature. Individual rights in later Scholastic Thought*, Cambridge University Press, 1997, 49 (“O século XIV está associado ao nascimento dos direitos subjetivos em virtude do trabalho e influência de Guilherme de Occam e a sua filosofia nominalista”). Trata-se de uma posição controversa, como, aliás, ali se dá conta. Se a paternidade de Occam, em virtude da sua definição de direito como um poder do indivíduo, foi sustentada por Villey e Lagarde (cf. Annabel S. BRETT, *Liberty, right and nature. Individual rights in later scholastic thought*, Cambridge University Press, 1997, 50 e Michel VILLEY, “La genèse du droit subjectif chez Guillaume d’Occam”, *Seize Essais de Philosophie du Droit*, Dalloz, Paris, 1969, 140 s.), outros contestam o uso inovador que o autor pretensamente terá feito da expressão. O que Brett propõe é a demonstração da originalidade da invocação do direito, sobretudo no cotejo com o significado que o mesmo adquiria na literatura franciscana, para considerar que ela residiria na configuração do *right* como “um potencial subjetivo da ação humana”.

Dando conta da controvérsia, cf., ainda, Alejandro Guzmán BRITO, “Historia de la denominación”, 410 e 411. [Veja-se, ainda, para um acompanhamento do pensamento dos canonistas e da escolástica acerca do direito subjetivo, o que o autor diz nas páginas 412 a 415].

Na base da construção de Occam esteve, por certo, a polémica que opôs o Papa João XXII aos franciscanos. A propósito da questão da propriedade e da pobreza invocada pelos segundos, equacionou-se a relação entre o uso e o domínio, para se considerar que o primeiro não pode ser separado do segundo, pelo que os franciscanos teriam pelo menos o domínio dos bens de que necessitavam para sobreviver (Annabel S. BRETT, *Liberty*, 51 a 54). Occam vem, então, introduzir dados importantes no debate. Abandonando a conformação do direito como aquilo que cabe a cada um, o autor vem identificá-lo com o poder que integra o seu conteúdo, dando início a uma verdadeira teoria do agir humano. O *usus facti* (ato do mundo exterior, próprio das forças da natureza) e o *licitus usus facti* (ato básico em conformidade com a reta razão) deixam de se confundir com o direito que, numa referência clara à filosofia aristotélica, passa a coincidir com a potência e não com o ato. Dito de outro modo, o direito passa a ser visto como um poder, no sentido de potencial para a ação, diferenciando-se o *ius utendi* de um direito natural (aquele que os franciscanos teriam

da pessoa ⁽⁴³⁸⁾, refletindo, somente, uma ontologia radicada no cosmos natural ou em Deus.

para usar os bens em caso de extrema necessidade que não se confundiria com a licença para usar, a invocar em todas as outras ocasiões não extremas) — cf., novamente, Annabel S. BRETT, *Liberty*, 62 s., que aqui acompanhámos de perto. Para uma análise da polémica entre o papado e a ordem franciscana, veja-se, igualmente, JOÃO GOMES DE ALMEIDA, *Apontamentos sobre o princípio do mínimo dano*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003, 5 s.

Percebe-se, deste modo, que, estando ainda longe da autonomização político-filosófica e dogmática do direito subjetivo, se pode encontrar em Occam e no seu nominalismo o gérmen da configuração do direito subjetivo como um poder polarizado no sujeito, centrado na sua autonomia (ideia clara se pensarmos que, na defesa dos franciscanos contra a tese da ficção que corporizava a *Bula Exiit qui seminat*, Occam afirma que eles não podem renunciar ao direito natural de usar, mas podem decidir nada ter no plano temporal) e decorrente da sua dignidade. (cf. Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 642 s. e KAUFMANN, “A problemática da filosofia do direito ao longo da história”, KAUFMANN e HASSEMER (ed.), *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002, 73 e 74.). Referindo-se aos ventos de mudança que se fizeram sentir ainda em pleno período medieval, cf. Pinto BRONZE, *Lições*, 596. Salientando o papel de Occam na passagem da cosmovisão pré-moderna para a moderna, Diogo Leite CAMPOS, “A génese dos direitos”, 41, sobretudo ao sublinhar a nota de individualismo do escolástico que, negando a existência de uma ordem franciscana, prefere, em homenagem ao nominalismo a que adere, falar de franciscanos. Veja-se, também, do autor, *As relações de associação — o direito sem direitos*, Almedina, Coimbra, 2011., 109 (sublinhando que o nominalismo de Occam terá aberto a porta ao positivismo jurídico).

Cf., ainda, Cesarini SFORZA, “Diritto soggettivo”, *Enciclopedia del Diritto*, XII, 671 s. e João LOUREIRO, *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares (algumas considerações)*, *Studia Iuridica*, 13, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, 180-181. O último autor citado constata o paradoxo de a “ideologia proprietarista da Modernidade” ter nascido “da tentativa franciscana de cumprir o seu voto de pobreza”. Veja-se, também, DESPOTOPOULOS, «Le droit subjectif dans le système du droit», *Archives de Philosophie du Droit*, 1970, 251

⁽²²⁾ Nesse sentido, Diogo Leite CAMPOS, “O direito e os direitos da personalidade”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 53, Abril/Junho, Lisboa, 1993, 201-224, também publicado em *Nós*, 109 s., aqui 110.

Vide, ainda, Tiziana CHIUSI, “A dimensão abrangente do direito privado romano. Observações sistemático-teoréticas sobre uma ordem jurídica que não conhecia direitos fundamentais”, *Direitos fundamentais e direito privado, Uma perspectiva de direito comparado*, (Pinto Monteiro, Ingo Wolfgang Sarlet, Jorg Neiner, org.), 2007, 11 a 39.

Parte da constatação da inexistência de direitos fundamentais em face do Estado, já porque este formalmente não existia, já porque a *res publica* era a soma dos *cives*, algo não distinto na sua corporeidade deles. Mas analisa o esboço de proteção do sujeito de direito em Roma, salientando, porém, como é do conhecimento geral, que nem todos eram livres e nem todos possuíam capacidade jurídica.

A evolução cultural, científica, económica e religiosa experimentadas não deixariam intocável a estrutura tradicional da sociedade que, a pouco e pouco, se foi desagregando. O protestantismo, ao colocar o ser humano em relação direta com Deus, sem a mediação da Igreja, constituiria, então, um marco decisivo na progressiva autonomização do indivíduo que, sendo primeiramente moral, acabaria por se refletir em termos políticos ⁽²³⁾ e ser acompanhado, culturalmente, pelo iluminismo que no humanismo emergente encontrava um dos seus alicerces ⁽²⁴⁾. A secularização do pensamento e a emergência de uma racionalidade de tipo sistemático, na esteira do cartesianismo, conducente à afirmação do homem como a única instância capaz de aceder à verdade, levaram à edificação de uma ordem a partir da autocompreensão antropológica ⁽²⁵⁾. Os filósofos e juristas

⁽²³⁾ Cf. Diogo Leite CAMPOS, “O direito e os direitos de personalidade”, 118, onde se pode ler que “o individualismo contemporâneo encontrará o seu tronco nas seitas cristãs reformadas do Renascimento — antepassadas próximas do utilitarismo anglo-saxónico”.

Os ventos da secularização fizeram-se sentir, em termos políticos, numa fase pré-moderna, fruto da teoria política maquiavélica. Massimo La TORRE — “*Rechtsstaat* and Legal Science. The Rise and Fall of the Concept of Subjective Right”, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, vol. LXXV, Heft 1, 1990, 52 — aponta o maquiavelismo como o passo obrigatório de surgimento do Estado Moderno. Ao libertar a política de qualquer subordinação ético-religiosa e ao afastá-la da tradição dos costumes sociais, Maquiavel transforma-a numa técnica, orientada pela máxima “os fins justificam os meios”, sendo que os primeiros se identificavam com o ideal de manutenção do poder do príncipe, sem que, segundo a posição de La TORRE, se pudesse falar aqui de um poder político inteiramente livre pela dependência que mantinha com a figura do príncipe e as suas virtudes (p. 55).

O Absolutismo seria, no entanto, um fator determinante na desagregação da sociedade tradicional. Embora colhesse ainda, numa sua vertente, a fundamentação em Deus, o desiderato de redução da complexidade social conduziu ao declínio da estrutura feudal corporativa, com as suas notas orgânicas de imersão do ser humano numa ordem social (cf. Massimo La TORRE, “*Rechtsstaat*”, 55).

⁽²⁴⁾ Cf. Michel VILLEY, *Leçons*, 238, 239. Na busca dos fatores causais do surgimento do direito subjetivo, o autor encontra-os, longinquamente, no Cristianismo e no longo processo social de desestruturação do Império Romano conduzindo a que cada particular afirme o seu direito.

⁽²⁵⁾ Cf., para uma apurada perceção do surgimento do jusracionalismo, enquanto movimento jurídico filosoficamente comprometido, Mafalda Miranda BARBOSA, *Liberdade versus responsabilidade, responsabilidade : a precaução como fundamento da imputação delitual?*, Almedina, Coimbra, 2006, parte I, cap. III, bem como, e preferencialmente, a bibliografia aí citada e, ainda, Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nex*

orientaram-se, de facto, impulsionados pela necessidade de sedimentar uma nova ordem do mundo de acordo com as coordenadas dominantes, pela construção de grandes sistemas que, partindo da análise das características humanas essenciais, erigiram a natureza racional deste como o fulcro de um novo direito natural. É chegado o tempo do jusracionalismo e, com ele, da afirmação de um quadro de direitos naturais, inalienáveis, imutáveis, a que já fizemos referência em páginas pretéritas. Dando a palavra a Pinto Bronze, podemos dizer que “se, precedentemente, o direito era uma ordem objetiva, anterior e heterónoma ao homem, em que cada um se vinha naturalmente inserir, com o jurnaturalismo moderno-iluminista esse mesmo homem passou a compreender-se como indivíduo com uma autónoma subjectividade prática juridicamente projetada nos direitos subjetivos que titulava, e a ordem normativa transformou-se em organização compossibilitadora do referido conjunto” ⁽²⁶⁾. A emancipação do indivíduo viabilizava agora o que a imersão no cosmos tinha impedido, a afirmação de direitos polarizados no sujeito, que a ele pertencem como decorrência da sua natureza moral livre ⁽²⁷⁾. Não é outra a definição de Grócio, ao olhar para o direito subjetivo enquanto *qualitas moralis personae competens ad aliquide iuste habendum vel agendum* ⁽²⁸⁾.

de causalidade ao nexo de imputação. *Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Princípia, 2013, cap. III.

⁽²⁶⁾ Pinto BRONZE, *Lições*, 598.

⁽²⁷⁾ Sobre o individualismo, cf. Louis DUMONT, *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris, 1983.

⁽²⁸⁾ GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, 1625, lib.I, cap. 1, parágrafo 4 (I.I.4.) (*The Law of War and Peace in Three Books*, tradução inglesa de FRANCIS W. KELSEY, 1925, KELSEY (1925) com a colaboração de Arthur E. R. BOAK, Henry A. SANDERS, Jesse S. REEVES e Herbert F. WRIGHT (www.lonang.com/exlibris/grotius/gro-217.htm)).

Referindo-se a Grócio, a propósito da origem histórica dos direitos subjetivos, cf. Michel VILLEY, *Leçons*, 221 e 222, considerando que, embora o autor não tenha assumido de maneira perfeitamente firme a categoria, é este o ato de nascimento de um tipo de pensamento jurídico individualista. Dela é, segundo Villey, tributário todo o pensamento jusracionalista (Pufendorf, Thomasius) e bem assim os próprios detratores das teorias grocianas que, para a sua crítica, partiram sempre da conceção apresentada. No mesmo sentido, cf. Diogo Leite CAMPOS, *As relações de associação*, 113 s.

Veja-se, a propósito da entrada para a Idade Moderna, com referências a Juan Gerson, Conrado Summenhart, Juan Mayr Francisco de Vitoria, que, segundo o autor terão inspirado directamente Grócio, Alejandro Guzmán BRITO, “Historia de la denominación”, 415-416.

E se o individualismo é o dado sem o qual se não tematiza o direito subjetivo, a chave da compreensão da figura implica a complementação desse elemento com aqueloutro que, intimamente ligado a ele, se funde numa mesma perspetiva: a liberdade do ser humano, entendida à época segundo um prisma negativo. É essa a matriz valorativa do direito subjetivo, assumindo-se, dessa feita e por isso, a propriedade como o paradigma exemplar da ordem moderna ⁽²⁹⁾. Representa ela

⁽²⁹⁾ Cf. HOBBS, *Leviathan*, 1651, cap. 14, onde, de forma direta, o autor apresenta a sinonímia entre os direitos naturais (*rights*) e a liberdade. Aliás, o autor separa frontalmente a lei, que identifica com a obrigação, do direito que representa o poder, a liberdade. Referindo-se a HOBBS e ao seu contributo para a densificação da dogmática do direito subjetivo, cf. Michel VILLEY, *Leçons*, 248 e “Le droit de l’individu chez Hobbes”, *Seize essais de Philosophie du Droit*, Dalloz, Paris, 1969, 179 s.

Entre os autores jusracionalistas, cf., ainda, na matéria, PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, tradução de Barbeyrac — *Le droit de la nature et des gens*, tome I, Basle, 1732, 1.1, parágrafo 20 (“qualidade moral, pela qual rectamente exercemos o domínio sobre as pessoas, ou temos uma coisa ou em razão da qual algo nos é devido”); THOMASIIUS, *Institutiones jurisprudentiae divinae*, 1694, I.1. parágrafo 82 (“o direito tomado como atributo da pessoa é uma qualidade moral ativa que pertence a uma pessoa por concessão superior”); LEIBNIZ, *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae*, 1657, II, parágrafo 14a.

Salientando que em todos eles surgem as noções de poder, faculdade, potência, cf. Alejandro Guzmán BRITO, “Historia de la denominación”, 419. Note-se que o autor evidencia que já anteriormente se recorria a tais expressões, apontando Francisco Suárez como o primeiro a sentir a necessidade de dar um nome específico ao direito como faculdade, e situando no século XVIII o novo intento de designação mais ou menos técnica do direito-faculdade (p. 421). Cf., ainda, p. 422 s., onde o autor cita os autores que, primeiramente, distinguiram o *direito considerado objetivamente* e o *direito considerado subjetivamente*, dicotomia que posteriormente daria origem àquela que chegou até nós entre o direito objetivo e o direito subjetivo (p. 425). Note-se que, no seu discurso, o autor se orienta sobretudo pela procura da génese da denominação.

Sobre a importância do pensamento de Suárez no arrollo do desenvolvimento do direito subjetivo, cf. Angel Sanchez de la TORRE, “Derecho subjetivo y deber jurídico, en la Escuela de Suarez”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXV, 1989, 145 a 170. Angel La Torre equaciona o problema do direito subjetivo e do dever jurídico, do ponto de vista jusfilosófico, como um problema da justiça e da liberdade prática do homem no seu confronto social. Por isso, adverte para o recrudescimento da sua importância nos dias de hoje, face ao impacto do pensamento de Rawls no mundo liberal e conclui que a sensibilidade apurada na época de Suárez para os problemas relativos àquela liberdade não podia ter deixado indiferente o jurista. De facto, para Suárez, a justiça seria a perfeição divina que se traduziria na imputação a cada um do seu direito e seria encarada como a virtude de que se deve revestir a atuação humana, como faculdade ou poder.

a esfera pessoal onde cada um, livre de qualquer constrição e de qualquer interferência, pode fazer aquilo que lhe aprouver ⁽³⁰⁾.

Apurados os contributos de diversos pensadores pertencentes à sua escola, poderia chegar-se à conclusão de que o direito subjetivo é uma forma de concretização da justiça estrita, segundo um modelo de justiça igualitária própria da justiça comutativa (p. 153). Salienta Angel la Torre que esta igualdade não se refere a uma abstração mecanicista, sendo antes uma igualdade baseada no reconhecimento pleno da alteridade de cada um, donde se extrai a seguinte fórmula: “direito subjetivo é a faculdade que assiste a todos os membros de uma comunidade de serem considerados iguais aos demais membros, no que respeita aos serviços e vantagens que a comunidade proporciona e a beneficiar do resultado da sua atividade privada dentro do limite que não ponha em perigo a existência e a prosperidade comuns” (p. 153). Aduz, por isso, La Torre que o direito subjetivo implica sempre um privilégio de um indivíduo em face dos demais, explicando, concomitantemente, a importância do modelo do proprietário no pensamento da escola suareziana (p. 154).

É ainda dentro do grupo de pensadores que se perfilam na referida escola que se dá ênfase à ligação entre o domínio de certa coisa e a esfera de liberdade do sujeito (p. 156). O dever jurídico deixa de ser entendido como a obrigação de cumprimento de uma norma para passar a ser “uma obrigação de consciência de conter-se dentro dos limites da própria liberdade e não invadir os termos designados juridicamente à liberdade e prudência alheias” (p. 156).

O direito subjetivo surge, pois, como uma faculdade, podendo, na linha da tradição aristotélica, ser potestativo (capacidades de atuar pertencentes à figura jurídica considerada e abarcando o conjunto de faculdades correspondentes à mesma — cf. p. 157) ou atual (traduzido na determinação daquelas capacidades num determinado momento — cf. p. 158).

Curioso, portanto, notar a referência ao direito potestativo com um alcance totalmente diverso daquele com que, técnico-juridicamente, a expressão haveria de ganhar foros de autonomia dogmática pela mão de Zitelmann. Curiosa, ainda, e retomando agora o acompanhamento que temos vindo a fazer do artigo de Angel la Torre, a solução a que se chega, à época, para o problema da relação entre o direito subjetivo, assim entendido, e o direito objetivo. “Autêntica realidade objetiva da ordem jurídica, considerada na sua dimensão ontológica da realidade humana da qual é manifestação ao nível da liberdade social”, o direito objetivo é visto como o conjunto de todas as liberdades humanas e a norma jurídica considerada como o critério balizador da liberdade própria de cada um, sendo destrincháveis três níveis ou classes de lei: natural; legal e contratual (cf. p. 158 e 159).

Cf., igualmente, Cf. J. E. PENNER, *The idea of property in law*, Claredon Press, Oxford, 1997

⁽³⁰⁾ Cf., num apontamento expressivo acerca da origem no novo direito natural (*de l'individu*), MICHEL VILLEY, *Leçons*, 245. Caracteriza-se este, segundo o ensinamento do autor, por um direito negativo, que tem como paradigma um estado de natureza hipotética onde não existe nem poder, nem sociedade, mas apenas o indivíduo isolado, pelo que ele se identifica com a liberdade daquele, plena e inteira. De acordo com o que o autor explicita (*op. cit., loc. cit.*), remontam as bases deste

Não estava, porém, concluída a evolução conducente à autonomização dogmática da figura. Uma coisa era a afirmação da existência de direitos naturais, outra seria a configuração de um modelo que permitisse a sua institucionalização. Dito de outro modo, era necessário garantir a transposição daqueles direitos naturais para o plano civil, com o que se compossibilitaria a sua existência conjunta. Ao individualismo alia-se o contratualismo, bebedor das mesmas influências filosóficas. As teorias do contrato social criam o modelo teórico explicativo da institucionalização dos direitos naturais, permitindo a sua conversão em direitos subjetivos ⁽³¹⁾, sem que as possamos encarar como um magma uniforme. Na verdade, o mesmo contratualismo justificou quer a alienação hobbesiana de todos os direitos em favor do soberano, quer a institucionalização de um Estado liberal, assente na *volonté générale* de Rousseau ⁽³²⁾. A mesmíssima força

entendimento ao pensamento dos estóicos, epicuristas e céticos, tendo o mesmo triunfado na Idade Moderna, conduzindo ao direito subjetivo.

Cf., acerca da conceção de propriedade individualista, JOÃO LOUREIRO, *O procedimento administrativo*, 181, nota 572, onde se esclarece que o conceito de propriedade, *lato sensu*, compreende a vida, a liberdade e a propriedade.

Na busca da génese da propriedade baseada numa ideia de “liberdade de efeitos externos”, e construída, na falta de conceptualização, em torno do direito da vizinhança, ao nível do direito romano, cf. Tiziana CHIUSI, “A dimensão abrangente do direito privado romano”.

Cf., ainda, numa referência ao pensamento hegeliano e à sua dialética entre o sujeito e a coisa, no quadro do idealismo que prefigura, Simone GOYARD-FABRE, *Os fundamentos da ordem jurídica*, tradução de Cláudia BERLINER, Martins Fontes, São Paulo, 2002, 261 s.

Cf., a este ensejo, numa perspectiva superadora da radical ligação entre o individualismo e o direito de propriedade, Orlando GOMES, “A função social da propriedade”, *Boletim da Faculdade de Direito — Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Arruda Ferrer Correia*, 1984 e Orlando de CARVALHO, *Para uma teoria humana da propriedade — do problema do ser ao problema do ter*, Coimbra, 1952.

⁽³¹⁾ Cf. Castanheira NEVES, “Entre o legislador a sociedade e o juiz ou entre o sistema, função e problema — os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito”, *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 74, 1998, 1-44.

Veja-se, ainda, Pinto BRONZE, *Lições*, 598, que, na linguagem impressiva a que já nos habituou, afirma “(...) na origem, os direitos naturais individuais que se impunham ao *pactum societatis* e que a legalidade, neste radicada, ao consagrar declarativamente, convertia em direitos subjetivos”.

⁽³²⁾ Cf. Reis MARQUES, *Grandes linhas de evolução do pensamento e da filosofia jurídicas*, Universidade Internacional da Figueira da Foz, Centro de Estudos Interdisciplinares do Século XX, 235.

motriz fundaria o *Leviatão* e ofereceria o sustentáculo ideológico para as revoluções burguesas liberais que, fazendo frente ao despotismo do período transato contra o qual pretenderam lutar, converteram, *ex via realitatis*, a potência em ato e geraram uma ordem político-social de que ainda somos herdeiros diretos ⁽³³⁾. Curiosamente, se um dos pilares legitimadores daquelas foi a proclamação dos direitos intrínsecos ao ser humano, a sua concretização num Estado de legalidade formal, condição da degenerescência do jusracionalismo no positivismo jurídico, acabaria por fazer resvalar o subjetivismo para o objetivismo, pela afirmação de que os direitos subjetivos — em que se transmutaram — são, afinal, aqueles que o direito objetivo atribui ⁽³⁴⁾.

Note-se, em abono da verdade histórica e numa clara percepção do carácter não sincopado da mutação política, cultural e ideológica da humanidade, que a ideia de contrato social já vinha de trás. Foi com Aristóteles que ela se delineou, pela afirmação do homem como um ser social, instalado na *polis*, e pela compatibilização entre dever ser e o direito positivo, através da definição da matéria como substância da possibilidade e da forma como substância da realidade, não mais se perdendo do horizonte discursivo (Reis MARQUES, *op. cit.*, *loc. cit.*).

⁽³³⁾ Cf., quanto ao ponto, e para maiores desenvolvimentos, Simone GOIYARD-FABRE, *Os fundamentos*, 49 s.

⁽³⁴⁾ Cf. Castanheira NEVES, “Entre o legislador a sociedade e o juiz ou entre o sistema, função e problema — os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito”, *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 74, 1998, 1-44, 5, afirma que “se o contratualismo moderno-iluminista não deixava de proclamar direitos naturais como pressuposto e ponto de partida fundamentalmente desse mesmo contratualismo, e a revolucionária *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* de 1789 expressamente os enunciava, o certo é que, além do seu relevo no assegurar a participação na representação política (...), esses direitos se pensavam assegurados através da lei (do direito-legalidade) contratualisticamente constituída. Numa sua assimilação pela lei que convertia o subjetivismo jurídico em objetivismo jurídico e assim de modo a, por um lado, o direito se identificar pura e simplesmente com a lei e, por outro lado, o subjetivismo originário se transformar em direitos subjetivos que a própria lei, e apenas ela, reconheceria e garantiria”. No mesmo sentido, Pinto BRONZE, *Lições*, 599, que, ao referir-se à tradição francesa e à influência que nela teve o pensamento de Montesquieu e Rosseau, afirma ter ali irrompido, “ainda em referência ao individualismo matricial, uma linha de pendor normativista e legalista, nitidamente objetivista”.

Desconsiderando a importância da questão que redundava na precedência ou não do direito subjetivo relativamente ao direito objetivo, cf. A. Von THUR, *Derecho Civil. Teoria General del Derecho Civil Alemán*, vol. I, *Los Derechos subjetivos y el patrimonio*, tradução de Tito Ravá, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid/Barcelona, 1998, 58, n. 2. Cf., ainda, HÖRSTER, *A parte peral*

Descaracterizados na sua essência, os direitos subjetivos, proclamados por via revolucionária, confundiam-se com liberdades, exercitáveis, sobretudo, em face do Estado. Não eram algo que nuclearmente predicasse o ser humano, mas um limite que o direito objetivo a si mesmo impunha, como fator legitimador ⁽³⁵⁾.

do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil, Almedina, Coimbra, 1992, 45.

Acerca do direito subjetivo, cf., ainda, Diogo Leite CAMPOS, *As relações de associação*, 124-125. Considera o autor que “o direito subjetivo é expressão subjetiva de uma relação criada pelo direito objetivo entre uma pessoa e um determinado bem”, e que isso não se confunde com “a relação jurídica intersubjetiva de que o titular do direito subjetivo é sujeito, enquanto beneficiário de um comando jurídico. Assim seria objeto do direito de crédito não o comportamento do devedor, prestação ou abstenção que formaria o conteúdo da obrigação, mas sim o bem devido ou o resultado da atividade pessoal do devedor constituindo o conteúdo da obrigação. O credor tem direito ao bem devido que consiste só no resultado da prestação ou abstenção do devedor, não na prestação ou abstenção em si mesma considerada. Nestes termos, tanto os direitos absolutos como os direitos relativos podem definir-se como uma posição jurídica de vantagem conferida a um sujeito do direito objetivo em ordem de obter um dado bem e consequentemente à titularidade ativa, por parte do mesmo sujeito, de uma relação jurídica obrigatória. Portanto também não se pode afirmar que o direito subjetivo seja um interesse juridicamente protegido ou uma combinação de um poder com interesse. Não é possível demonstrar que o titular de um direito subjetivo seja sempre o sujeito de um interesse juridicamente titulado. Com efeito, (...) são titulares de direitos subjetivos pessoas incapazes de realizar um juízo sobre a utilidade do bem; continua-se a ser titular de um direito subjetivo mesmo que o bem deixe de ter utilidade para o credor; pode ser-se sujeito de um direito subjetivo sem se saber; etc. Com efeito, embora o direito subjetivo seja normalmente conferido para titular interesses de um sujeito perante um determinado bem, não se pode concluir daqui que o interesse seja o elemento essencial constitutivo do direito subjetivo (...). Só falta dar o passo decisivo, explicitando o que está muito nitidamente implícito em muitos Autores: não há realmente direito subjetivo. O que existe é uma troca de promessas, a que o direito dá relevo jurídico, utilizando a coação no caso de as promessas não serem cumpridas. Criando uma relação de indemnização ou reconhecendo um direito sobre a coisa”. Na base da (des)construção do jurista está a ideia de que “a constante redescoberta da dignidade da pessoa humana, em termos de personalismo ético, torna dificilmente aceitável o poder de alguém sobre outro ou em relação a uma atividade de outro. Mas já não sobre os bens externos à pessoa”.

⁽³⁵⁾ Cf. Diogo Leite CAMPOS, “A génese dos direitos da pessoa”, 44, afirma que “ao transformar-se o indivíduo em súbdito de si mesmo (leia-se: da vontade geral), a liberdade passará a ser (só) o direito de fazer o que a lei permite (Montesquieu). Estavam abertas as portas à entrada de todo e qualquer totalitarismo.” O autor aponta, posteriormente, como via de limitação desse poder a definição dos

Na sua gênese, os direitos subjetivos conformam-se como liberdades negativas de exercício contra o Estado, não sendo ainda clara a separação entre os direitos fundamentais, jus-publicistas, e os direitos de natureza privada, que só seria logradamente tematizada sob influência da pandetística germânica ⁽³⁶⁾.

4.2. A conceptualização germânica e a construção dogmática dos direitos subjetivos privados: a teoria da vontade e a teoria do interesse

Deve-se a Savigny a primeira formulação doutrinal do direito subjetivo ⁽³⁷⁾. Influenciado pelo racionalismo idealista e fortemente ancorado

direitos da pessoa, “como conteúdo do próprio direito”, implicando esta visão uma assunção da personalidade no contexto atual que nos remete, temporalmente, para um período distante deste que agora estamos a considerar.

O diverso contexto político e a influência da corrente empirista determinariam que, no mesmo hiato temporal, o figurino de construção dos direitos subjetivos fosse outro nos países da *Common Law*. Liga-se aí a liberdade à ideia de privacidade (*privacy*). Estabelece abertamente esta dicotomia, ainda hoje condicionante de clivagens discursivas em matérias fraturantes (*v. g.* o caso do aborto), Jürgen HABERMAS, *O futuro da natureza humana a caminho de uma eugenia liberal?*, Almedina, 2006 (com nota de apresentação de João Carlos Loureiro; tradução de Maria Benedita Bettencourt), posfácio, 119, ligando a tradição liberal norte americana ao pensamento de Locke.

⁽³⁶⁾ Cf. Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do direito civil*, 642.

Refira-se, porém, que a incipiente dogmática que acompanhava a subjetivação jurídica, a despeito do que seria espectral fruto do sincretismo denunciado, não logrou problematizar a *Drittwirkung*. Quem o afirma é Habermas, ao evidenciar que o “direito liberal clássico é alheio à eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas” — cf. HABERMAS, *O futuro da natureza humana*, 119.

Cf., ainda, Michel VILLEY, *Leçons*, 249-250. Explicitando os fatores histórico-filosóficos potenciadores da emergência dos direitos subjetivos, o autor conclui que o pensamento caracterizador da Idade Moderna, fruto da evolução experimentada, se projeta num sistema particular de direito que, perfunctoriamente, bifurca nas liberdades do homem em face do Estado, ao nível do direito público, e nos direitos privados dos indivíduos, no quadro do direito civil.

Cf., igualmente, Simone GOYARD-FABRE, *Os fundamentos da ordem jurídica*, tradução de Cláudia Berliner, Martins Fontes, São Paulo, 2002., preâmbulo, p. XXXI e XXXVI.

⁽³⁷⁾ Cf. Friedrich von SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, I, Aalen, Scientia V, 1973, 332 s., reimpressão Berlim, 1840, § 4 (veja-se, ainda, a tradução SAVIGNY, *Traité de Droit Romain*, Frimin Didot Frères, Paris, 1841, 327-328).

na liberdade humana, de pendor jusnaturalista ⁽³⁸⁾, o jurista da Escola Histórica apresenta-o como um *poder da vontade*, dando origem à chamada teoria voluntarista, ainda hoje acolhida, entre nós, por inúmeros autores ⁽³⁹⁾. Com ele demarcar-se-ia uma “região” onde impera “a nossa vontade e o nosso consentimento” ⁽⁴⁰⁾, garantindo-se um espaço de dominação independente da interferência alheia ⁽⁴¹⁾. A liberdade negativa, potenciadora do absolutismo subjetivista, ganhava foros de categoria dogmática ⁽⁴²⁾, numa deriva que culminaria com o aprofundar do

⁽³⁸⁾ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I/I, 313 e 318, n. 934, onde o autor, a propósito da contraposição entre Savigny e Ihering, afirma que o primeiro não era um liberal individualista. Veja-se, ainda, o que ficou dito na p. 314. Aceitando à materialidade que subjaz à formulação savigniana, MENEZES CORDEIRO sustenta que “o direito subjetivo não era (...) um mero expediente técnico, destinado a exprimir soluções pontuais”, surgindo antes como “um vetor significativo-ideológico destinado a melhor firmar as concepções liberais, protegendo-as contra investidas exteriores”. Diversamente, Habermas afirma que Savigny terá interpretado de modo individualista o conteúdo moral dos direitos subjetivos — cf. HABERMAS, *Direito e democracia*, 118.

Veja-se, ainda, Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do direito civil*, 647, com uma coloração diversa. Entende o autor que, com Savigny, a origem do poder já não é a dignidade humana, como no jusracionalismo, sendo antes o direito objetivo que, tutelando a vontade, o confere.

⁽³⁹⁾ Cf., *inter alia*, Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, 3; Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 178; Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 178-179.

⁽⁴⁰⁾ SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, I, Aalen, Scientia V, 1973, 332 s., reimpressão Berlim, 1840 (tradução francesa : *Traité de Droit Romain*, Frimin Didot Frères, Paris, 1841, § 4.

⁽⁴¹⁾ SAVIGNY, *System des heutigen*, § 53.

⁽⁴²⁾ Parece ter sido a conceção de Savigny que exerceu influência sobre o Visconde de Seabra, consagrando-se no artigo 2.º do Código Português de 1867 o direito subjetivo como “a faculdade moral de praticar ou deixar de praticar certos atos”. Nesse sentido, cf. Capelo de SOUSA, *Teoria Geral*, 175; Menezes CORDEIRO, *Tratado I/I*, 313; Orlando de CARVALHO, *A relação jurídica e o direito subjectivo*, Centelha, Coimbra, 51, n. 59.

Saliente-se, porém, que, independentemente do olhar derramado sobre o núcleo essencial da teoria da vontade e do seu compromisso ou não com as posições individualistas e liberais mais radicais, o Código de Seabra, sendo embora um diploma do seu tempo, não deixou de apresentar notas de originalidade que a este propósito urge salientar. Na verdade, como refere Francisco VELOZO, “Na iminência de um novo Código Civil Português”, *Brotéria*, 83, 1964, 311, “o princípio da autonomia da vontade, proclamado e formulado por Kant, é a chave da compreensão do pensamento jurídico do Visconde de Seabra e do Código de 1867”. Mas acaba por reconhecer que o autor do primeiro Código Civil Português se afasta do idealista alemão

conceptualismo protagonizado pelos subseqüentes autores desta corrente metodológica e sucessivas degenerescências.

Puchta continuaria a ligar o exercício da liberdade humana à titularidade do direito subjetivo, considerando que este implica o reconhecimento daquela, “que advém em igual medida aos homens como sujeitos que detêm um poder da vontade” ⁽⁴³⁾. Fiel ao sistematismo dogmático, foi o responsável pela elaboração, segundo as regras da lógica formal, de uma pirâmide de conceitos (“genealogia dos conceitos”), que, encabeçada por um supremo, permitia a dedução de todos os outros ⁽⁴⁴⁾. Como esclarece Larenz,urgia que aquele tivesse algum conteúdo que, não podendo resultar dos conceitos inferiores, foi colhido

em determinados aspetos. A remissão para um direito natural materialmente conformado estava presente no pensamento de Seabra. Já para Kant, o que importa é o exercício da liberdade humana, definida de uma forma meramente negativa, numa linha de individualismo estrito que estaria presente a outro nível, no artigo 13.º do nosso Código, quando se afirma que *quem, em conformidade com a lei, exerce o seu próprio direito, não responde pelos prejuízos que possam resultar desse mesmo exercício*. No fundo, a influência de Krause marcaria o pensamento do jurista pátrio. Não de uma forma radical, mas mitigada, através de Neto Paiva e da obra de Ahrens, com base na qual aquele tentou o sincretismo entre os dois filósofos. Para Krause a liberdade já não é definida em termos meramente negativos como em KANT, porque para ele o direito é a “organização das condições vitais e intemporais da vida de Deus”. Daí que a definição do direito de propriedade no Código de Seabra se aproxime mais do Krausismo do que do Kantismo. Na verdade, o direito de propriedade inclui todas as faculdades para o sujeito do direito se aproveitar das potencialidades inerentes ao objeto para a consecução de fins racionais. Nesses fins racionais, não contamos com a possibilidade de o indivíduo vir a destruir a coisa por puro prazer disso mesmo. Para mais desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Liberdade versus responsabilidade*, 161 s., onde se dá nota da querela em torno da interpretação do pensamento kantiano. Veja-se, ainda, Maria Clara CALHEIROS, “Krause: entre o humanismo e humanitarismo”, *Estudos em Comemoração do 10.º aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Almedina, Coimbra, 2004, 529-544. Salienta-se aí que o anti-individualismo de Krause conduz a um entendimento teleológico do direito, encarando-se a propriedade em termos funcionais, pelo que a sua extensão deve ser limitada pela finalidade e pela função também social que lhe está ínsita (cf. p. 533). Cf., ainda, p. 542, onde se lança o testemunho acerca da importância do krausismo, assumido por muitos como um dique, em Portugal, contra a destruição potenciada pelo liberalismo individualista de muitos dos valores morais e sociais que o materialismo reinante tinha deixado sem suporte.

⁽⁴³⁾ PUCHTA, *Lehrbuch der Pandekten*, Leipzig, 1838, § 4. Cf. KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.ª Edição, Fundação Caloust Gulbenkian, Lisboa, 1997, tradução de José Lamego e Ana de Freitas, 25 s.

⁽⁴⁴⁾ KARL LARENZ, *Metodologia*, 25.

na filosofia do direito e no conceito kantiano de liberdade, pelo que, segundo o autor, verdadeiramente não se poderia, ainda, acusar o jurista alemão de ser cultor de um positivismo estrito ⁽⁴⁵⁾. Acontece que, à medida que se ia descendo na pirâmide conceptual, o fundamento ético em que a mesma assentava ia-se rarefazendo progressivamente, “a tal ponto que vem a tornar-se, em último termo, irreconhecível” ⁽⁴⁶⁾.

Estava, portanto, aberta a porta ao formalismo ⁽⁴⁷⁾, que triunfaria definitivamente com o pensamento de Windscheid, denotando-se, a propósito do direito subjetivo, o mesmo trilho percorrido pelo Direito, e abrindo-se o flanco a críticas que, se outras não houvesse, foram determinantemente assumidas por juristas que posteriormente se debruçaram sobre a problemática. Cultor do modelo conceptual, o “último sistematizador do Direito Comum” ⁽⁴⁸⁾, mantém-se fiel a Puchta na colocação cimeira do direito subjetivo na estrutura da pirâmide

⁽⁴⁵⁾ Karl LARENZ, *Metodologia*, 26, n. 8.

⁽⁴⁶⁾ Karl LARENZ, *Metodologia*, 25. Larenz esclarece, ainda, que “a maneira como ele [Puchta] constrói os conceitos ulteriores, ou seja, o processo lógico-dedutivo, deriva não da filosofia idealista, designadamente da hegeliana, mas (...) do racionalismo do século XVIII, em especial do pensamento de Christian Wolff”.

No mesmo sentido, WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1980 (que, aliás, Larenz cita, embora na versão original, na p. 373 s.).

⁽⁴⁷⁾ Saliente-se, ainda, que Puchta afirma que “existe um direito (em sentido subjetivo) quando por força do Direito (em sentido objetivo) um objeto cai em poder de certa pessoa”. A formulação contida no seu *Lehrbuch der Pandekten* (§ 28) mostra, a despeito do que ficou dito, um paulatino resvalar para o objetivismo a que somos conduzidos pela dependência relativamente ao direito objetivo. E evidencia, sobretudo, que o fundamento ético percecioneado na obra do autor, tal qual nos apresentou Larenz, longe de ser assumido na sua radicalidade condicionante das concretas soluções predispostas pelo legislador ou pela doutrina, funciona como uma fórmula que, conferindo fundamento e consistência sistemática ao modelo proposto, fica encerrada no domínio especulativo sem interferir na judicativa realização do direito.

Cf., a propósito da deriva formalista, cf. LARENZ, *Metodologia*, 39. Afirma o autor que “Deste sentido ético-jurídico de propriedade, referido em última análise à pessoa, não resta, manifestamente, na definição de propriedade de Windscheid o mais ligeiro vestígio, ao invés do que acontece ainda com as ideias de Puchta. O que é, porém, característico do pensamento conceptual abstrato em geral: os conceitos extraídos permitem apenas apreender a superfície exterior do fenómeno; o cerne, isto é, o conteúdo significativo vem a ser quase completamente eliminado. Visto do plano lógico-formal, o sistema está certo; visto do plano material, falta-lhe justamente o essencial, a substância espiritual”.

Cf., igualmente, Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/I, 314.

⁽⁴⁸⁾ A expressão é de LARENZ, *Metodologia*, 34.

idealizada. Diverge, porém, profundamente no modo como compreende a categoria. Não que a formulação seja díspar, mantendo-se, pelo contrário, a referência ao poder da vontade. No entanto, o que na aparência poderia implicar a convergência traduz-se, numa visão não perfunctória do seu pensamento, num dissenso. Windscheid define o direito subjetivo como “um poder da vontade ou dominação da vontade conferido pela ordem jurídica” ⁽⁴⁹⁾. E com isso passa a ser claro o posicionamento do autor no nexos estabelecido entre aquele e o ordenamento positivo, transmutando-se, nas palavras de Habermas, num “reflexo de uma ordem jurídica que transmite aos indivíduos o poder de vontade incorporada objetivamente nela” ⁽⁵⁰⁾. Percebe-se o afastamento do fundamento ético jusnaturalista. E o dado é transparentemente confirmado quando nos deparamos, sem embargo da linha kantiana de afirmação da liberdade humana, com uma concepção psicológica da vontade, ao arrepio do que até então se tinha sustentado ⁽⁵¹⁾, motivando críticas que perduram hodiernamente ⁽⁵²⁾. Na verdade, não se pode ignorar aquelas situações em que um direito é titulado por alguém cuja vontade está diminuída ou mesmo excluída ⁽⁵³⁾.

⁽⁴⁹⁾ WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrecht*, II, 6. Aufl., Rütten & Koenig, Frankfurt, 1887, § 37 (cf., igualmente, a tradução italiana *Diritto delle Pandette*, II, Torino, 1925, tradução italiana de Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa, 170 — “diritto è una podestà o signoria della volontà impartita dall’ordine giuridico”).

⁽⁵⁰⁾ HABERMAS, *Direito e democracia*, 117.

⁽⁵¹⁾ Apontando a transmutação da vontade enquanto categoria ética para uma categoria psicológica, cf. Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do direito civil*, 647 e 670. Diz-nos, aí, o autor que a doutrina da vontade incorreu no erro de interpretar aquela num sentido psicológico sem entender que a referência deve ser feita à vontade livre, no sentido de livre arbítrio. Donde conclui o autor que a liberdade não se prende com uma realidade psicológica, mas com uma concepção ética e política de liberdade individual e de autonomia.

⁽⁵²⁾ Cf., numa referência a essas mesmas críticas, embora as não acolha de modo pleno que justifique a adesão às teorias que se situam nos seus antípodas, Capelo de SOUSA, *Teoria Geral*, 175.

Veja-se, ainda, Menezes CORDEIRO, *Teoria geral*, 319 e 315 e, com um impulso gerador de uma concepção de direito subjetivo de sentido oposto, Rudolf von IHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* III, 1, Adamant Media Corporation, 2003, 332.

Cf., igualmente, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Noções fundamentais de direito civil*, 6.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1973, 231 s.

⁽⁵³⁾ Pense-se no caso dos menores ou dos dementes. E bem assim, numa leitura atualista da problemática, o caso dos direitos dos nascituros, a respeito dos quais alguns autores chegam a formular a hipótese da existência de direitos sem sujeito.

O próprio Windscheid tem a sensibilidade de antecipá-las ⁽⁵⁴⁾. E se as contorna pela suposição de que a vontade de que se fala não é do titular, mas da ordem jurídica, o expediente de congruência interna do sistema de que lançou mão deixa-o ainda mais preso ao formalismo conceptual ⁽⁵⁵⁾.

Rejeitamos, por completo, essa ideia. Sobre o estatuto jurídico que se deve reconhecer ao nascituro, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, “Em busca da congruência perdida em matéria da proteção da vida do nascituro — perspectiva juscivilística”, *Boletim da Faculdade de Direito*, tomo I, 2016.

⁽⁵⁴⁾ Cf. WINDSCHEID, *Lehrbuch*, 89.

Para a explicitação do modo como Windscheid desenvolve a sua conceção de direito subjetivo, cf. LARENZ, *Metodologia*, 37-38, que aqui acompanhamos de perto. Larenz adverte que, com Windscheid, “a tónica desloca-se da possibilidade de domínio sobre um objeto (...) para a possibilidade de se impor judicialmente uma injunção da ordem jurídica contra outrem, o que designa por pretensão. O efeito da propriedade vê-o ele não tanto no poder do proprietário dispor da coisa (...), mas na mera possibilidade de excluir os outros da mesma coisa (...)”.

Para uma crítica desta visão empobrecedora da propriedade, e mais amplamente de todos os direitos reais, cf. Henrique MESQUITA, *Obrigações reais e ónus reais*, Almedina, Coimbra, 1997, 47 s.

⁽⁵⁵⁾ Uma análise cuidada da pertinência ou impertinência da doutrina da vontade será levada a cabo posteriormente. Na verdade, estamos em crer que a crítica já explicitada — contra o que afirmam vozes incontornáveis da nossa doutrina civilística — pode ser ultrapassada. Basta para tanto que, mantendo a fidelidade ao espírito voluntarista, se coloque o acento tónico no poder e não no poder da vontade. Esta é, aliás, a solução encontrada atualmente pelos juristas pátrios que, percecionando as suas falhas, continuam a entender que ela capta melhor o fenómeno da subjetivação do que aquela que se focaliza no interesse, tal como propôs Ihering.

Assim, Mota PINTO, *Teoria Geral*, 178, define o direito subjetivo como “o poder jurídico, reconhecido pela ordem jurídica a uma pessoa, de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) ou por um ato de livre vontade, só de *per si* ou integrado por um ato de uma autoridade pública, produzir determinados efeitos jurídicos, que inevitavelmente se impõem a outra pessoa (contraparte ou adversário)”. Capelo de SOUSA, *Teoria Geral*, 178-179, apresenta uma noção similar, afirmando ser o direito subjetivo “o poder atribuído ou reconhecido pela ordem jurídica de exigir ou pretender de outrem um dado positivo ou negativo ou de impor unilateralmente determinados efeitos à esfera jurídica alheia”. Já anteriormente, Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral*, 3, tinha adotado uma posição que serviu de inspiração aos civilistas referidos.

Em qualquer uma delas é patente a exclusão da referência à vontade, persistindo, unicamente, a acentuação do elemento “poder”, o que, permitindo a filiação dos autores na doutrina voluntarista, e motivando críticas de quem a contesta (cf., a título exemplificativo, Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/I, 321, n. 938), contorna o óbice mais visível daquela, na sua última formulação, e concede espaço à indagação da sua bondade dogmática, já que, do nosso ponto de vista, não

O direito subjetivo converte-se numa pura forma, num expediente técnico-jurídico que olvida a materialidade subjacente ou, ancorando-se numa visão enganadora da liberdade humana, encaminha-nos para uma neutralidade valorativa fomentadora do jus-absolutismo que desagrega a personalidade. São os laços caracterizadores da intersubjetividade quebrada que Ihering tenta de algum modo resgatar, influenciado pela abertura a uma jurisprudência sociológica que, embrionariamente, protagonizava ⁽⁵⁶⁾.

A essência determinante do direito já não é o poder ⁽⁵⁷⁾, mas o interesse, definindo-se aquele como o “interesse juridicamente protegido” ⁽⁵⁸⁾. De uma visão estrutural, assente na ideia de pretensão, somos conduzidos a uma visão funcional, onde o dado relevante passa

é a exteriorização do conceito que o fere de morte, mas o desenraizamento de um fundamento personalista que não poderá ser olvidado que nos conduz a resultados concretos, em que aquele se projeta, nefastos.

Cf., a propósito da vontade e do modo como ela deve ser encarada, contornando as críticas que ressaltam a ausência da mesma nos dementes e crianças, A. von TUHR, *Derecho Civil, Teoría general del derecho civil alemán, volumen I, Los derechos subjetivos y el patrimonio*, traducción directa del alemán por Tito Ravá, Marcial Pons, Ediciones Jurídica y Sociales, s.A., Madrid, Barcelona, 1998, 60, onde se estabelece a diferença entre a vontade atual e a vontade potencial para, a partir da dicotomia, se defender que o relevante é a vontade potencial (a coisa deve estar à disposição do proprietário para que ele a use quando quiser e entender).

A propósito da ideia de direito subjetivo como um poder jurídico, cf. Giuseppe GUARINO, *Poteri giuridico e diritto soggettivo*, Ristampa, Napoli, Eugénio Jovene, 1990.

⁽⁵⁶⁾ Para mais desenvolvimentos sobre o papel de Ihering na história do pensamento jurídico filosoficamente comprometido, cf. LARENZ, *Metodologia*, 55 s. e, ainda, Michel VILLEY, “Le droit subjectif chez Ihering”, *Seize Essais de Philosophie du Droit*, Dalloz, Paris, 1969, 208 s.

⁽⁵⁷⁾ Cf. Maria Cristina Silva Carneiro NOBRE, *Direito subjetivo e poder*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003.

⁽⁵⁸⁾ Rudolf von IHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*: Theil 1, Adamant Media Corporation, 2003, 329. Cf., também, Vânia JACINTO, *Direito subjetivo e interesse. A teoria de Rudolf von Ihering*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003.

Para uma análise crítica da teoria do interesse na doutrina portuguesa, cf., *inter alia*, e sem embargo de ulteriores considerações, Capelo de SOUSA, *Teoria geral*, 176, n. 428; Mota PINTO, *Teoria geral*, 180 s.; Pires de LIMA/Antunes VARELA, *Noções fundamentais*, 233; HÖRSTER, *A parte geral*, 228; Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/I, 319.

Entre as principais objeções à noção introduzida no debate, pela primeira vez, por Ihering apontam-se: o facto de ela não viabilizar a distinção entre o direito subjetivo e os interesses legalmente protegidos; o facto de poder haver direitos aos quais não corresponde um interesse do seu titular; o facto de este não estar adstrito, no

a ser a possibilidade de aproveitamento de um bem e o escopo dessa atuação. O direito subjetivo é atribuído pela ordem jurídica e tutelado através da *actio* ⁽⁵⁹⁾.

Curiosamente, na sua exortação pela defesa do direito subjetivo, entendida como um dever do titular do direito para consigo mesmo (um imperativo de autodefesa moral) e um dever para com a comunidade, já que só através dela o direito objetivo se pode realizar, sustenta que “a visão materialista que confunde a questão do direito com a questão do interesse perde toda a justificação, pois o golpe que o arbítrio puro desfere contra o direito não atinge apenas este, mas a própria pessoa”. Assumindo a propriedade como “a periferia da pessoa projetada no terreno material” e considerando a existência de um valor ideal em qualquer direito, resultado do incomensurável valor comunicado pela relação entre o direito e a pessoa, Ihering liga insofismavelmente a existência do direito subjetivo e o seu exercício à personalidade ⁽⁶⁰⁾. Considera, ainda, que, a par da dimensão pessoal da titularidade do direito, há uma dimensão “comunitária” do mesmo que o obriga a analisar — nesse espírito exortativo a que já fizemos referência — as relações entre o direito entendido em termos subjetivos e em termos objetivos. E nessa dialética entretecida, sustenta que o segundo, o direito abstrato, depende do primeiro, o direito concreto, porque aquele só se cumpre na vida graças à atuação dos particulares, do mesmo modo que o direito objetivo constitui o pressuposto do subjetivo, porque este só se pode constituir se se preencherem os requisitos que o primeiro erige ⁽⁶¹⁾. Há, no fundo, para Ihering uma “solidariedade” entre a lei e o direito subjetivo ⁽⁶²⁾, e com ela o regresso a uma forma de objetivismo ⁽⁴⁷⁹⁾.

seu exercício, a uma qualquer finalidade definida heteronomamente, recusando-se uma funcionalização da categoria.

⁽⁵⁹⁾ Cf. IHERING, *A luta pelo direito*, tradução de Pietro Nassetti, Martin Claret, 2003 (texto original de 1872), onde o autor afirma que o direito subjetivo representa “a atuação concreta da norma abstrata, de que resulta uma faculdade específica de determinada pessoa”, e p. 53, onde refere que “o interesse constitui o núcleo prático do direito subjetivo”.

⁽⁶⁰⁾ IHERING, *A luta pelo direito*, 54. Cf., a este propósito, HÖRSTER, *A parte geral*, 48.

⁽⁶¹⁾ IHERING, *A luta pelo direito*, 58.

⁽⁶²⁾ IHERING, *A luta pelo direito*, 65.

O que ficou dito permite salientar alguns pontos incontornáveis para aquilo que nos tem mobilizado. Assim, por um lado, a recusa de um individualismo radical, sem que se possa colar o autor, na esteira do que nos diz Menezes Cordeiro

(cf. *Tratado de direito civil português*, I/I, 318, n. 934), a uma visão personalista tal-qualmente a entendemos nos nossos dias. Por outro lado, a identificação do direito com o interesse, conducente a uma eventual funcionalização do conceito. Qualquer um destes alicerces obteve-se à custa da objetivação daquele (cf. HABERMAS, *Direito e democracia*, 117, 118), sem que, não obstante, e por tudo o que ficou dito, pareçam procedentes as críticas de Menezes Cordeiro quando afirma que se privou “o direito subjetivo do nível significativo-ideológico que os jusnaturalistas lhe tinham assacado e que Savigny introduzira nos quadros da terceira sistemática” (*Tratado de direito civil português*, I/I, 317). Efetivamente, afastada a ideia de liberdade enquanto poder da vontade, nem por isso com a teoria do interesse o direito subjetivo se confunde com um expediente lógico do sistema.

⁽⁶³⁾ Cf., depondo nesse sentido, ainda, Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leição Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do direito civil*, 644. Saliente-se que entre as críticas mais acutilantemente dirigidas ao insigne jurista não se aponta o retorno ao objetivismo no sentido da dependência do direito subjetivo relativamente ao ordenamento jurídico. Pois, se é certo que em Ihering a não subjetivação resulta, também, da colocação do direito ao nível da regulação objetiva, afastando-se o poder da vontade que até então caracterizava o núcleo essencial daquele, uma coisa são as lanças desferidas contra a funcionalização teleológica da categoria, outra diversa é a positivação do direito subjetivo. E a verdade é que, ainda hoje, muitos autores afirmam que é o ordenamento jurídico a atribuí-lo e não meramente a reconhecê-lo.

Para uma síntese das posições que se foram delineando acerca da relação entre o direito objetivo e o direito subjetivo, cf. Vittorio FROSINI, “Diritto soggettivo”, 1047 a 1050, 1048. Fala-nos o autor de três possíveis posições: 1) jusnaturalista, para a qual o direito subjetivo precede o direito objetivo, que se limita a reconhecer-lo; 2) positivista, aqui sem o cunho da corrente jus-filosófica, para a qual todo o direito se reduz ao direito objetivo; 3) dialética, para a qual há um conceito central, o de direito, que pode ser perspectivado duplamente: em sentido objetivo ou subjetivo.

Sem embargo do mérito da sistematização proposta, importa ter em conta que a ideia de reconhecimento de determinados direitos pelo ordenamento que, inelutavelmente, se impõem ao próprio legislador não nos condena ao jusnaturalismo.

O objetivismo de que aqui se dá nota redundante, então, na subjetivação do bem, que se traduz no interesse. O direito subjetivo passa a ser predisposto à tutela de bens — cf. Carlo BOZZI, “Interesse e diritto”, *Novissimo Digesto Italiano*, VIII, 1957, 847 (que também deve ser consultado a propósito da querela acerca da posição relativa entre o direito subjetivo e o ordenamento jurídico. Saliente-se, neste quadro, que o autor orienta o seu discurso no sentido da ligação entre a opção de base naquela questão e uma dada conceção filosófica e ideológica do Estado e dos seus poderes, pelo que, incidentalmente, foca outro tema conexo — o da divisória entre o direito público e o direito privado).

Cf., a este propósito, HÖRSTER, *A parte geral*, 47.

Quanto ao primeiro nível argumentativo, importa referir, de modo global, que a identificação entre o direito e o interesse inviabiliza a consideração dos interesses legalmente protegidos que não ascendem à categoria do primeiro, ao mesmo tempo que o exercício deste não deve implicar qualquer tipo de funcionalização. Até porque, como salienta Menezes Cordeiro (*Tratado de direito civil*

4.3. Do objetivismo moderado de Ihering ao objetivismo radical de Duguit e Kelsen

A percepção do retorno ao objetivismo com Ihering pode ser encarado sob um duplo prisma. De um lado, o objetivismo tão tipicamente positivista, que impede a consideração da existência de direitos subjetivos que não sejam atribuídos pelo ordenamento jurídico, obrigando-nos a ponderar as relações entretecidas pelos dois polos dialeticamente comunicantes do nosso sistema. De outro lado, o objetivismo resultante da recondução daqueles a um interesse legalmente protegido, com o consequente esbatimento da dimensão de soberania do querer em nome de uma tendencial funcionalização do direito. Liga-se a segunda perspetiva ao combate da voragem individualista que contaminou a génese dos direitos subjetivos e ainda hoje reclama os seus créditos, sem que seja, como veremos, a única via de superação do tecnicismo e voluntarismo radical da corrente contrária ⁽⁶⁴⁾. Insere-se a primeira numa tendência de exclusão do

português, I/I, 319), há determinados direitos aos quais não corresponde qualquer interesse. Para mais desenvolvimentos sobre este ponto, cf., *inter alia*, Capelo de SOUSA, *Teoria Geral*, 176.

⁽⁶⁴⁾ Falamos não só das posições ecléticas patenteadas por autores como Regelsberger, como também e preferencialmente de inúmeras outras teorias que, apreendendo as notas ideológicas e técnicas fundamentais do direito subjetivo, apresentam noções da categoria que não podem ser reconduzidas, *in totu*, a qualquer uma das posições explanadas.

Para Regelsberger, o direito subjetivo seria simultaneamente um poder da vontade e um interesse protegido, na medida em que o ordenamento jurídico reconhece o primeiro à pessoa para lhe facultar a realização de um determinado interesse, que assim passa a ser protegido.

Considerando que a posição do autor não é superadora das conceções anteriores, limitando-se a, “acumulando os inconvenientes das posições que utilizou”, proceder a um “somatório ou justaposição” dos termos daquelas, cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/I, 318 e Capelo de SOUSA, *Teoria Geral*, 176, n. 429.

Num sentido diverso, entendendo que contra as doutrinas ecléticas não podem ser movidas as críticas que atingiam a doutrina do interesse, cf. Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 25.

Na esteira de Regelsberger, outros autores adotaram uma posição mista. Entre eles, JELLINEK (*Sistema dei diritti pubblici subjettivi*, tradução italiana de Vitaliano, Milão, 1912, que define o direito subjetivo como o poder de querer que o homem tem, reconhecida e protegida pelo ordenamento jurídico, dirigida a um bem ou interesse), e, entre nós, CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, AAFDL, reimpressão, 1998, 325; Guilherme MOREIRA, *Instituições do Direito*

domínio jurídico de tudo quanto não seja posto ou imposto pelo legislador, pelo que está longe de ser monopólio da interressiologia a que somos conduzidos pelo pensador germânico ⁽⁶⁵⁾.

Mais do que a escarpelização do pensamento do autor que, perfunctoriamente, acompanhámos, a bipartição problemática proposta tem o condão de nos auxiliar discursivamente na medida em que nos alerta para os pontos fulcrais a abordar se quisermos ser logrados na compreensão do direito subjetivo enquanto categoria dogmática autónoma. Dito de outro modo, serão direitos subjetivos apenas aqueles que são atribuídos pelo nosso ordenamento ou limitar-se-á este, em muitos casos, a reconhecê-los? E como antever as relações dialéticas entre o direito subjetivo e o direito objetivo ⁽⁶⁶⁾? Inquietante, ainda, a ligação entre o direito e o interesse. Estarão eles imbricados e, se sim, comportará tal conceção uma funcionalização do primeiro, ao ponto de se perder uma nota distintiva essencial entre ele e os poderes-funcionais ⁽⁶⁷⁾?

Antes de continuarmos, importa, porém, salientar que a funcionalização e objetivação do direito subjetivo experimentadas em Ihering

Civil Português, vol. 1.º, *Parte Geral*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1907, 4; Cabral MONCADA, *Lições de Direito Civil*, 1.º volume, 3.ª edição, Atlântida, Coimbra, 1959, 62 e Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2.º volume, 5.ª edição, 2010, 549.

⁽⁶⁵⁾ A mesma tendência ficou denotada quando acompanhámos o pensamento de Windscheid, pelo que a grande diferença será a nota de unicidade das diversas tutelas erigidas em nome dos interesses predispostos. Motivo de crítica por inúmeros autores, a identificação do direito subjetivo com o interesse implica a tarefa suplementar de distinção entre uma tutela direta e uma tutela reflexa daquele. E se tivermos presente que esta é reconhecida por todos — até porque é no quadro legislativo que se fala de interesses legalmente protegidos ou normas de protecção de interesses alheios —, há que, em rigor, reduzir o problema ao seu mínimo denominador para reconhecer que em causa está, afinal, a pertinência ou impertinência da colagem evidenciada.

⁽⁶⁶⁾ Na verdade, importa sublinhar, para evitar qualquer equívoco, que, ainda que se evite a positivação dos direitos subjetivos, há uma nota de objetivação que não pode ser olvidada. Pois que não estamos a falar de direitos naturais ou de natureza social, mas de direitos jus-civilisticamente protegidos, pelo que o mínimo de reconhecimento pelo ordenamento há de existir. O que se questiona é se o direito subjetivo é anterior ao direito objetivo ou o contrário.

⁽⁶⁷⁾ Note-se que parte da doutrina vê estes direitos funcionais ou poderes deveres como uma submodalidade de direitos subjetivos. Nesse sentido, cf. CAPELO DE SOUSA, *Teoria geral*, 185 s. e Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 40 s.

viabilizaram posições mais radicais, que, embora se situem ideologicamente nos antípodas umas das outras, se reconduzem, *grosso modo*, à negação daquele ⁽⁶⁸⁾. Falamos de Duguit, Kelsen ⁽⁶⁹⁾ e Larenz, na primeira fase do seu pensamento.

Para Duguit ⁽⁷⁰⁾, seria inconcebível que, sob a chancela do ordenamento jurídico, se pudesse afirmar que uma vontade é superior à

⁽⁶⁸⁾ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia*, 119; cf., igualmente, Massimo la TORRE, *La lotta contro il diritto soggettivo, Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista*, Giuffrè Editore, Milano, 1988, 234 s., para um confronto entre a posição de Ihering e a sua luta pelo direito e a posição de Larenz e a sua luta contra o direito. Veja-se, ainda, Vittorio FROSINI, “Diritto soggettivo”, 1049. O autor salienta que foi com o advento do século XX e a intensificação da intervenção do Estado nas relações societárias que o conceito de direito subjetivo entrou em crise, dando-se especial ênfase ao dever.

⁽⁶⁹⁾ Contestando a inserção de Kelsen entre os autores negativistas, cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/I, 22, n. 941 e François LONGCHAMPS, “Quelques observations sur la notion de droit subjectif dans la doctrine”, *Archives de Philosophie du Droit*, IX, 1964, 63, que, aliás, é citado pelo primeiro autor.

Referindo-se à posição de Kelsen, cf., ainda, Reis MARQUES, *Introdução ao Direito*, 260 s.

⁽⁷⁰⁾ Cf. Léon DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 1920, 12 s. O autor afirma que a questão central é a da existência ou não de uma manifestação de vontade. Se esta estiver em conformidade com a lei, pode surgir o problema de conflitar com ela uma outra que, nesse caso, atuaria contra o ordenamento. A questão da existência de um direito subjetivo, emergindo diante da violação da lei, redundaria, afinal, em saber se os expedientes que o ordenamento faculta para fazer face a essa ato *contra legem* podem ou não ser assim qualificados, para se responder, na esteira do pensamento do autor, negativamente. Reduzido a um mecanismo de movimentação das vias judiciais, o direito subjetivo reduz-se a zero, sobretudo se pensarmos que a atuação dos órgãos judiciais e/ou administrativos, perante a reação de um cidadão, é vinculada ao quadro legal, não sendo possível a omissão de agir.

Para o autor, quando alguém propõe uma ação, não está a exercer nenhum direito, mas a agir *secundum legem*. E o mesmo se pode dizer, *mutatis mutandi*, da prática de um ato lícito, considerando-se, ademais, numa visão conflitualista do problema, que aquele que se opõe a tal atuação comete um ato ilícito.

O fenómeno jurídico, tal como é encarado por Duguit, sublinha o dever, em detrimento do direito, numa linha de acentuação da solidariedade social, ao ponto de peracionar a própria propriedade como o poder do indivíduo que ocupa uma específica posição económica de cumprir a obrigação inerente ao seu estatuto social e de afirmar que não existe outra lei que não seja a lei de cumprir o seu dever. Na verdade, (cf. *Manuel de Droit Constitutionnel. Théorie générale de l'État. Le droit de l'État. Les libertés publiques. L'organisation politique de la France*, Paris, 1923, 12-13) encontrando o autor o fundamento do direito objetivo na solidariedade social, o direito subjetivo não poderia deixar de derivar dele e de ser entendido como “o direito de

outra, ao que acresceria que os pressupostos metafísicos do direito subjetivo e a sua natureza antissocial o tornariam um expediente indesejável.

Já Kelsen ⁽⁷¹⁾ encara o problema da conceptualização do direito subjetivo à luz da sua teoria normativista do direito ⁽⁷²⁾. Nunca é demais recordar que para ele, oriundo do Círculo de Viena, o jurista deve abster-se de considerações acerca dos valores e das normas, porque carecidas de sentido ⁽⁷³⁾, e debruçar-se, apenas, sobre as estruturas formais daquelas. Nessa medida, o dever de que o direito cura não é um valor ético, mas uma pura forma ⁽⁷⁴⁾. Reduzido à norma, percebe-se que o direito objetivo absorva o direito subjetivo. Tido

realizar todos os atos pelos quais coopera na solidariedade social” e bem assim “o direito de impedir que quem quer ponha obstáculos ao cumprimento do papel que lhe compete”. É nesse quadro que o autor vê a liberdade como um direito, porque “o homem tem o dever de desenvolver a sua atividade individual tão plenamente quanto possível”, dado ser ela “um fator essencial da solidariedade que decorre da divisão do trabalho”. Dito de outro modo com o autor, “ele tem o direito na medida em que consagra a sua atividade própria à realização da solidariedade social”. E acrescenta que insistir na visão do direito de propriedade como um direito natural nos conduzirá logicamente ao comunismo, uma vez que, se ela assenta na ideia de que o homem tem o direito de se apropriar do produto da sua atividade, todo aquele que trabalha deveria ser proprietário e só quem trabalha o poderia ser (p. 13).

Veja-se, ainda, *Le droit social. Le droit individuel et la transformation de l'état*, Paris, 1908.

Cf., ainda, para maiores desenvolvimentos do pensamento de Duguit no quadro das preocupações de fundamentação do sistema de normatividade, Simone GOYARD-FABRE, *Os fundamentos*, 153 s.

V., igualmente, François GÉNY, “Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. Duguit”, *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1922, XXI, 779-829 e Alfonso TORRES, “Algunas consideraciones sobre la negación del derecho subjetivo en L. Duguit”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. 1, 1984, 301-330

⁽⁷¹⁾ Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, 4.ª edição, Arsénio Amado, Coimbra, 1976 (tradução de Baptista Machado, 185).

⁽⁷²⁾ A teoria pura do direito, edificada por Kelsen, insere-se no positivismo normativista ou lógico-normativo, distinto do positivismo jurídico empírico, que concebia o direito na perspetiva dos factos, fossem eles factos do mundo psicológico, na esteira de Bierling, fossem eles factos do mundo exterior, como no positivismo jurídico sociológico. Cf., para maiores desenvolvimentos, Arthur KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, (tradução de António Ulisses Cortês), 2.ª edição, 2007, 21 s.

⁽⁷³⁾ Cf. Arthur KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, 21.

⁽⁷⁴⁾ Cf. Arthur KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, 22. Note-se que, para Kelsen, a justiça é “um belo sonho da humanidade” que verdadeiramente nunca se conhecerá, redundando a afirmação naquilo que Kaufmann qualifica por relativismo

como um expediente de que o primeiro se serve, embora tal não tivesse de ser necessariamente assim, é definido como o poder de reagir, através de uma ação, contra o não cumprimento de um dever ⁽⁷⁵⁾.

axiológico — cf. Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?*, 1953, *apud* KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, 22 e nota 6.

Cf., igualmente, Kelsen, *Teoria pura*, 201, onde o autor, na voragem formalista da posição que sustenta, admite que uma norma jurídica pode ter um conteúdo absurdo ou arbitrário. Note-se, porém, que o autor admite a existência de uma norma fundamental de direito natural (*Grundnorm*), “um mínimo de metafísica”, sem a qual “não é possível o conhecimento do direito”. No fundo, o que o autor vem dizer é que o juízo de imputação em que se traduz a norma (tida como uma estrutura de ligação entre um fundamento e uma consequência) se configura como uma injunção dirigida ao órgão judicial. Para tanto, este deveria estar obrigado por uma segunda proposição jurídica pelo que, como não se pode caminhar *ad infinitum*, a *Grundnorm* haveria de ser postulada. Cf. Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, 1928, *apud* KAUFMANN, *Filosofia do direito*, 24, que nesta nota acompanhámos de muito perto e que, em virtude disso, afirma que “em último termo, portanto, o dever é, também em Kelsen, uma categoria ética”.

No fundo, para Kelsen o direito subjetivo deixa de ser o vetor dominante da construção jurídica para ser substituído pela noção de dever. Como afirma Carlo Bozzi (“Interesse e diritto”, *Novissimo Digesto Italiano*, VIII, 1957, 848), o direito subjetivo é uma *obrigação relativa* (se A tem o direito de usar uma coisa, isso implica que as demais são titulares do dever de não interferir com ela).

⁽⁷⁵⁾ Hans Kelsen, *Teoria pura*, 186. Cf., para uma interessante abordagem do pensamento de Kelsen a este propósito, traçando uma linha de continuidade do objetivismo que começou a desenhar-se desde Ihering, Carlo Bozzi, “Interesse e diritto”, 847 e sobretudo 848, onde o autor acaba por dizer que uma dada interpretação da teoria Kelsiana toca o interesse, enunciado por Ihering e aprofundado por Thon. Mostra-nos o autor que o entendimento kelsiano acerca do direito subjetivo é tributário de uma conceção mais ampla acerca do direito e do Estado.

Refira-se, ainda, que Bozzi deixa claro que o resvalar para o domínio do ordenamento é potenciado pela própria teoria da vontade, na versão de Windscheid. Pois que basta considerar que a vontade que caracteriza o direito subjectivo é, afinal, a vontade do ordenamento jurídico.

Cf., para uma interessante abordagem do pensamento de Kelsen a este propósito, traçando uma linha de continuidade do objetivismo que começou a desenhar-se desde Ihering, Carlo Bozzi, “Interesse e diritto”, 847 e sobretudo 848, onde o autor acaba por dizer que uma dada interpretação da teoria Kelsiana toca o interesse, enunciado por Ihering e aprofundado por Thon. Mostra-nos o autor que o entendimento kelsiano acerca do direito subjetivo é tributário de uma conceção mais ampla acerca do direito e do Estado.

Refira-se, ainda, que Bozzi deixa claro que o resvalar para o domínio do ordenamento é potenciado pela própria teoria da vontade, na versão de Windscheid. Pois que basta considerar que a vontade que caracteriza o direito subjectivo é, afinal, a vontade do ordenamento jurídico.

Larenz ⁽⁷⁶⁾, por seu turno, substitui o conceito de direito pelo conceito de *status* ⁽⁷⁷⁾. Recusando a distinção entre a esfera pública e privada, dado o sujeito estar totalmente integrado na estrutura social, o direito subjetivo não resulta da essência do ser humano e da sua intrínseca dignidade, mas do facto de ser membro da comunidade ⁽⁷⁸⁾, sendo reduzido a uma especificação do direito objetivo. A sua essência traduz-se não numa liberdade ou num poder, mas

⁽⁷⁶⁾ Karl LARENZ, “Rechtsperson und subjektivs Recht”, LARENZ, (Hrsg.), *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin 1935, 225 s. Note-se que falamos aqui de uma primeira fase do pensamento de Larenz, posteriormente abandonada. Cf. LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 9. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, C. H. Beck, München, 2004, 270 s. O autor abstém-se de apresentar uma noção de direito subjetivo, dando origem àquilo que, entre nós, Menezes Cordeiro designa por orientação neo-empírica (cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/I, 323). Na verdade, tendo em conta a multiplicidade de situações abarcáveis pela figura, Larenz opta por apresentar um elenco descritivo delas, falando, então, de direitos absolutos de senhoria (direitos de personalidade, direitos reais e direitos sobre bens imateriais); de direitos de família pessoais; de créditos; de pretensões; de direitos potestativos; de direitos participativos e de expectativas.

A nota comum entre elas é a função que cumprem de proteção de uma esfera de liberdade.

Para uma análise do conceito de direito subjetivo elaborado por Larenz numa primeira fase do seu pensamento, cf. Massimo la TORRE, *La lotta contra il diritto soggettivo : Karl Larenz e la dottrina giuridica nationalsocialista*, Milano, Giuffrè, 1988, 167 s. Integra-se, aí, no movimento de renascimento jurídico alemão, intimamente comprometido com o regime nacional-socialista.

⁽⁷⁷⁾ Cf. o que à frente, em nota, se diz sobre Siebert e a influência que exercer sobre esta fase do pensamento de Larenz.

⁽⁷⁸⁾ LARENZ, “Rechtsperson und subjektivs Recht”, LARENZ, (Hrsg.), *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin 1935, 241. Note-se que a pertença, como membro, à comunidade estava reservada a quem pertencesse ao povo germânico — cf. LARENZ, “Rechtsperson und subjektivs Recht”, 246. Partindo de uma conceção organicista de sociedade, Larenz presenteia-nos com o conceito de *status*, enquanto posição jurídica que combina, polarizados num mesmo sujeito, direitos e deveres. É dele que decorre a capacidade jurídica, tornando-se plausível em termos teóricos, projetáveis na *praxis*, a existência de capacidades limitadas. De acordo com a escarpelização de Massimo la TORRE (cf. *La lotta*, 187), enquanto para a doutrina tradicional, a subjetividade jurídica (ali entendida como capacidade jurídica) é tida como um pressuposto da titularidade do direito, com Larenz, a capacidade jurídica é antes um produto da situação jurídica específica em que o sujeito está investido. Ela surge identificada como a idoneidade de assumir uma dada função no quadro do organismo social (Massimo la TORRE, *La lotta*, 195).

num dever ser, expressão de um vínculo existencial e não meramente normativo ⁽⁷⁹⁾.

A radicalidade com que somos confrontados insta-nos a ponderar reflexivamente a essência do direito subjetivo, na profundidade dos alicerces que o sustentam. Em jogo está a própria manutenção daquele na sua autonomia concetual. E sem querermos resvalar num conceptualismo espúrio, estamos seguros que o seu combate não passa pela eliminação pura e simples de qualquer conceito do quadro jurídico. Desde que operativos, estes afiguram-se imprescindíveis, sendo expedientes incontornáveis ao contribuírem para a redução da complexidade que a realização judicativo-decisória do direito acarreta.

Revela-se a prudência fundamental a este ensejo, conduzindo à rejeição de duas posições extremas. Quer aquela que, aceitando que a realidade tudo comanda, importa para o mundo jurídico dados dela sem se aperceber da natureza juridicamente cunhada que os mesmos comungam *ab initio*. Quer aquela que, num esforço tecnicista, olvida a materialidade subjacente para alienar o mundo concreto. Qualquer uma comete o erro de esvaziar o conceito da intencionalidade especificamente jurídica que o há-de predicar, pelo que o que metodologicamente foi aflorado significa, afinal, a impertinência das soluções negativistas.

Num plano discursivo diverso, dogmaticamente mais denso, há que apontar as falhas dessas mesmas posições. Esquemáticamente, descortina-se uma linha de força que, para lá da diversidade denotada pelos autores em apreço, pode ser tomada como denominador comum: a redução do direito subjetivo a um comando permissivo

⁽⁷⁹⁾ Cf. Massimo la TORRE, *La lotta*, 190-191. Significa isto, em termos de repercussões dogmáticas, que o direito já não se considera limitado exteriormente, mas no seu próprio interior.

Mais do que isso, com a doutrina de Larenz, na primeira fase do seu pensamento, a ideia de dever sobrepõe-se à de direito e aquele é configurado, contra o que sucede num quadro liberal, em termos positivos. Já não está só em causa a simples omissão de qualquer conduta que contenda com a liberdade do outro indivíduo, mas, outrossim, o dever de adotar comportamentos positivos — cf. Massimo la TORRE, *La lotta*, 193.

Cf., dando ênfase à elasticidade do BGB que, vigorando desde 1900, foi capaz de atravessar o período nazi, Pietro RESCIGNO, “Lo Schuldrecht del codice civile tedesco: l’esperienza di un secolo”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, anno LII, n.º 3, 771 a 785, 780.

comunicado pelo direito objetivo. E é este predomínio do segundo relativamente ao primeiro que não podemos deixar de criticar, pois, se é certo que não é defensável um determinismo dedutivista à boa maneira jusnaturalista, há certos bens que o legislador não pode deixar de tutelar em nome da ineliminável dignidade do ser humano que urge reconhecer.

Inúmeras formas protecionistas ⁽⁸⁰⁾ poderiam, contudo, ser forjadas sem que fosse imprescindível a consagração de direitos subjetivos. Tratar-se-ia, no fundo, e afastando-nos já do posicionamento kelsiano, de um objetivismo não positivista, eivado de uma matriz axiológica fundamentante ⁽⁸¹⁾. Não cremos, porém, que tal espelhe corretamente os dados do nosso ordenamento jurídico.

Na verdade, joga mal essa visão com a determinação de um conteúdo positivo para direitos subjetivos. Mais concretamente, se com Duguit reduzíssemos o direito subjetivo a uma questão de determinação da licitude da ação cuja problematicidade se agigantaria diante da oposição voluntária à nossa atuação, tudo redundaria no desenho de relações jurídicas de tipo omissivo. Com duas consequências.

Uma, também conatural ao pensamento de quem como Kelsen o entende como um mecanismo de reação, traduzida na exacerbação

⁽⁸⁰⁾ O que aqui fica implicitamente referido é que negamos que a essência do direito subjetivo se cumpra num mero esquema protecionista, que, aliás, implicaria a sua desapareição. Mais se diga que, embora estejamos a ligar a posição de Duguit e Kelsen a essa visão protecionista, Menezes Cordeiro a autonomiza das conceções negativistas, das quais, aliás, exclui o segundo autor citado.

Referindo-se às doutrinas protecionistas, de que seria exemplo paradigmático o pensamento de Thon, cf. *Tratado de direito civil português*, I/I, 322 s.

⁽⁸¹⁾ Relembra-se, a este propósito, a discussão havida no ordenamento jurídico tudesco acerca da configuração dos bens elencados no § 823 BGB como verdadeiros direitos subjetivos ou não.

Cf. Rudolf REINHARDT, “Das subjektive Recht im § 823 Abs. 1 BGB”, *Juristenzeitung*, 16, Heft 23/24, 1961, 713 s.

Veja-se, porém, a crítica de Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/I, 324 s. Entende o autor que a desconsideração do direito subjetivo e a ponderação da sua substituição por outro expediente técnico erram ao não ter em conta a “autonomia ôntica” daquele. Podemos aí ler que “o direito subjetivo existe, pela positiva e como figura geral: negá-lo, retirar-lhe importância, reduzi-lo à defesa (termo negativo) ou proclamar a impossibilidade de o definir, substituindo-o por uma listagem é, no fundo, assumir um voluntarismo ingénuo”. E por isso, referindo-se especificamente a Duguit, entende que nem sequer devemos ponderar a aptidão das soluções propugnadas pelo autor, na exata medida em que o direito subjetivo não é uma simples construção técnica, tendo “um nível significativo-ideológico profundo” (p. 325).

da conflitualidade inerente à titularidade do direito, quando, na realidade, esse será um dado excecional ⁽⁸²⁾.

Outra colimada na incapacidade de se considerar o conteúdo positivo do direito subjetivo. Não olvidamos que em Duguit ele é determinado pela nota da solidariedade social. Mas isso arrastar-nos-ia a uma funcionalização coletivista daquele que tornaria, ademais, incompreensíveis soluções como a indemnização no âmbito de um processo de expropriação por utilidade pública. E, em concreto, o formalismo kelsiano não logra explicar cabalmente até onde pode ir, na sua esfera de atuação, o titular do direito subjetivo. Sobretudo no que tange aos direitos ditos dominiais, realça-se o lado externo dos mesmos, pondo de lado o núcleo interno que os entretece ⁽⁸³⁾. Não se ignora, porém,

⁽⁸²⁾ Cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/I, 325.

Acresce que, em todos os casos de direitos obrigacionais, a ideia de colaboração típica entre credor e devedor parece não se enquadrar verdadeiramente neste esquema explicativo da categoria ou não categoria.

Confunde-se o direito enquanto tal com a garantia que o sustenta e lhe comunica a nota da juridicidade. Com o resultado óbvio de se tornarem, neste quadro, impensáveis as obrigações naturais enquanto direitos, contra o que nos é comunicado pelo nosso ordenamento jurídico positivo.

Ao mesmo tempo que implicaria a inexplicabilidade de situações de não reação do titular do direito diante da violação do mesmo. Não se fala aqui da omissão de reação voluntária, uma vez que ela não importa a perda da possibilidade de o fazer e, mesmo nos casos de renúncia, ela não deixa de ser querida. Mas, daqueles em que, *v. g.* por ignorância do agente violador da posição subjetiva, não há possibilidade de fazer movimentar as vias judiciais predispostas para o efeito. Nas concepções negativistas, ou mesmo naquelas que Menezes Cordeiro autonomiza como protecionistas, isso importaria a não existência do direito, o que está longe de ser correto.

Ademais, aquela renúncia de que se falou pode ser prévia e a congruência lógica do pensamento dos autores obrigá-los-ia a considerar que o direito — nessa vertente negativa a que o mesmo é reconduzido — só emergiria se e quando os pressupostos normativos erigidos para viabilizar a reação à sua lesão estivessem preenchidos. Renunciar-se-ia, então, a quê se o direito ainda não estava formado?

Com o que consideramos, ainda, um outro dado: a existência de providências que visam acautelar a lesão futura do direito, indiciando a sua autonomia ôntica e não apenas expectável. Tanto mais que meras expectativas de aquisição de uma posição jurídica protegida não viabilizam idênticos mecanismos.

⁽⁸³⁾ E que, ao entretecê-lo, permite configurá-lo como um poder.

Note-se que, como veremos, estamos longe de uma proclamação absolutizadora de tal poder. Simplesmente, entendemos que só é viável a determinação do conteúdo do direito pela pressuposição de um referente de sentido que, polarizado na pessoa, permita discernir até onde pode ir o seu sujeito.

o seu contributo prestimoso. Pese embora as inconcludências denotadas, há que reconhecer o mérito da denúncia quer da deriva formalista ⁽⁸⁴⁾, quer da hipertrofia individualista ⁽⁸⁵⁾.

É isso que Kelsen não compreende, abrindo a porta à funcionalização do direito subjetivo, despido de todas as colorações normativas. É, aliás, esta funcionalização da categoria que permitirá, em última instância, o seu aproveitamento no quadro de regimes autoritários. Perdendo o seu horizonte de sentido fundamentante, o direito subjetivo torna-se manipulável, quer pelo individualismo potenciador do capitalismo económico, quer por formas de coletivismo de que o organicismo é expressão — cf. HABERMAS, *Direito e democracia*, 119 e 120.

⁽⁸⁴⁾ Sublinhe-se, em nome do rigor, que, se através de algumas das conceções negativistas somos instados a refletir acerca do empobrecimento ideológico que a tecnicização exacerbada do conceito de direito subjetivo comporta, nem todas conseguem escapar a uma deriva formalista, antes a acentuando. Assim com o pensamento de Kelsen e a sua teoria pura do direito, de matriz nitidamente positivista.

Saliente-se, ainda, a posição de outros autores que adotam uma posição formalista de abordagem do fenómeno da subjetividade jurídica. Mais recentemente, de facto, continua a vincar-se a vertente tecnicista do direito subjetivo. Cf., para maiores desenvolvimentos sobre o ponto, Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/I, 330.

Refira-se, igualmente, que, como é ali explicitado, nem sempre a redução do direito subjetivo a uma norma do sistema pode ser encarada como uma desideologização daquele. Concebendo-se o sistema como um sistema de normas, aquele passa a ser visto como uma, necessária, porque, “no Direito Civil, as concretas posições jurídicas das pessoas não podem ser determinadas através de regras objetivas, mas sim graças à atuação das vontades individuais”, colocando-se posteriormente o problema de saber se essas normas são meramente permissivas (KALINOWSKI, “Logique et philosophie du droit subjectif”, *Archives de Philosophie du Droit*, IX, 1964, 37 s. *apud* Menezes CORDEIRO, *op. cit.*, *loc. cit.*) ou se conferem poderes (BUCHER, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, 1965, 60, *apud* Menezes CORDEIRO, *op. cit.*, *loc. cit.*).

Note-se, aliás, que em Kelsen continua a surgir uma ideia de liberdade. As normas jurídicas estabelecem, de facto, liberdades de ação, que são garantidas pelo detentor do poder.

⁽⁸⁵⁾ Cf. Léon DUGUIT, *Manuel de Droit Constitutionnel. Théorie générale de l'État. Le droit de l'État. Les libertés publiques. L'organisation politique de la France*, Paris, 1923, 7. O autor afirma, aí, que, sendo inegável que o ponto de partida para a construção da doutrina jurídica tem de ser o homem natural, este não pode ser visto como o ser isolado do pensamento oitocentista, porque esse é uma abstração sem realidade, já que o homem nasce sempre numa coletividade e não pode viver se não em sociedade. A regulamentação jurídica resulta, para ele, da necessidade de manutenção e desenvolvimento da vida coletiva. Criticando as teorias do contrato social, Duguit (p. 21) afirma que considerar que a coletividade possui uma personalidade, uma vontade distinta dos indivíduos que a compõem, é indemonstrável, e sustenta cair-se num círculo vicioso quando se tenta explicar a sociedade com

base naquele contrato, uma vez que a própria ideia de contrato só emerge quando o homem passa a viver gregariamente. Duguit olha para a sociedade como o produto de uma evolução “de que o sociólogo deve determinar a forma e os elementos” (p. 23). Dir-se-á, então, que a bondade do combate ao individualismo radical não é completada pela apresentação de um polo referencial diverso. Olvida-se a pessoa, na sua inserção comunitária, para se reduzir o mundo da *praxis* ao denominador coletivo. Cai-se no extremo oposto do coletivismo que aliena tanto o ser humano como o individualismo, que ignora tanto a sua matriz essencial como este último. E caminha-se para a aporia porque, nesse processo social evolutivo, perde-se o fundamento último de sustentação da própria juridicidade. Pois que, sem desprimor para a ideia de solidariedade social, onde encontra ela o seu sustentáculo se não nos laços que unem os diversos sujeitos? É que, se assim for, a união experimentada e normativizada não pode deixar de nos lembrar que ela não apaga o referente singular sem o qual a própria ideia de edificação de pontes entre humanos perde razão de ser. O erro de Duguit parece, pois, ser o de substituir o individualismo pelo seu antípoda, numa atitude própria de *tertium non datur*. Na linha de Durkheim, de quem foi discípulo, Duguit sobrevaloriza a sociedade por referência ao indivíduo.

Contributo essencial foi, igualmente, veiculado por Siebert. Cf. do autor *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Lehre von den Schranken der privaten Rechte und zur exceptio doli* (§ § 226, 242, 826 BGB), *unter besonderer Berücksichtigung des dewerblichen Rechtsschutzes* (§ 1 UWG), N.G. Elwert, Marburg in Essen, 1934.

Propugnando uma teoria organicista, Sibert contesta a ideia de um indivíduo autónomo e distinto da coletividade o que redundará na defesa de uma ideia de posição jurídica subjetiva como *status* e de relatividade. Esta decorre do facto de aquele *status* implicar uma posição concreta no todo societário e de nele desempenhar uma função social a que fica, portanto, adstrito o direito subjetivo. Nessa medida, e não obstante o que ficou dito acerca de Ihering, precursor da *Jurisprudência dos Interesses*, Sibert mostra-se particularmente crítico desta corrente de pensamento, porque o interesse é ali considerado em termos individuais, ainda que numa dinâmica conflitualista, perdendo-se a simbiose entre direito e dever que, longe de se posicionarem de forma contraposta, se fundem na mesma posição jurídica.

Para uma análise pormenorizada do pensamento de Siebert, cf. Massimo la TORRE, *La lotta*, 174 s., que aqui acompanhamos, e onde o autor evidencia a influência que aquele exerceu sobre o pensamento de Larenz. Mostra, aí, o autor que para Sibert não bastava existir um direito para que uma ação fosse considerada lícita, sendo imperioso examinar em concreto se o direito corresponde ou não a uma função efetiva da comunidade e se persegue um escopo assumido pela comunidade através dos seus valores (cf. p. 175).

Sumariamente, e de acordo com a sistematização de LA TORRE (*La lotta*, 179-180), ao conceito de direito subjetivo, Sibert contrapõe o de *status*, a combinar, a um tempo, a posição ativa e passiva, que tradicionalmente repousam em sujeitos diversos da relação jurídica. O *volksgenössische Berechtigung* identifica-se com a posição ocupada em termos sociais pelo sujeito e os seus limites são determinados tendo em conta a função que aquele desempenha no tecido social e as imposições decorrentes da boa-fé e dos bons costumes. Em última instância (cf. LA TORRE, *La lotta*, 180), o conteúdo do direito, sempre incerto, depende da decisão do juiz que deve decidir em conformidade com a política nacional-socialista.

4.4. Do individualismo ao personalismo ou a sustentação do direito subjetivo por referência à pessoa

Ao acompanhar o pensamento paradigmático de alguns autores no que tange à problemática do direito subjetivo, podemos constatar

Duas notas há que salientar. Uma para evidenciar a influência que o pensamento de Siebert exerce sobre Larenz, numa primeira fase. Outra para sublinhar que a denúncia do individualismo extremo é aqui feita à custa da funcionalização do sujeito e da sua instrumentalização em nome do ideário estadual nacional-socialista. Nesta medida, o combate ao individualismo redundará não na assunção do personalismo e na exaltação da pessoalidade mas num ideário coletivista que, fazendo do brocardo “o que for útil ao povo” o seu *leimotiv*, abdica do alicerce que comunica a nota de juridicidade ao ordenamento. Nesse sentido, embora numa fórmula mais ampla que põe em causa todos os funcionalismos, cf. Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica — Problemas Fundamentais*, Boletim da Faculdade de Direito, *Studia Iuridica*, Coimbra, 1993, 60 s.

Também em Larenz a denúncia da hipertrofia individualista não resulta na exaltação da pessoalidade, mas antes na defesa de um coletivismo em que aquela é submetida ao todo societário em que se insere. Com a consequência terrífica da desdignificação do ser humano, traduzível na perda da ideia de igualdade entre todos e bem assim na desconsideração da autonomia daquele, pese embora não sufraguemos uma visão meramente negativa da liberdade. Se isso não bastasse para atestar a impertinência do posicionamento explanado, poderíamos, ainda, referir que foi o próprio Larenz quem, tendo como topos argumentativo a propriedade, se afasta criticamente das várias visões que a perspetivam do ponto de vista singular (propriedade como um meio para a satisfação das necessidades humanas, na esteira de Ihering; propriedade como meio de afirmação da personalidade ou teoria personalista da propriedade, encabeçada por Hegel — cf., no tocante a uma ideia de propriedade relacionada com a responsabilidade, vista do ponto de vista do lesante, i.é do sujeito responsável, HEGEL, *Princípios da Filosofia do Direito*, 1820 (formato digital em www.pt.scribd.com/doc/7157801/Principios-Da-Filosofia-Do-Direito-Hegel e www.ufsm.br/gpforma/1senafe/biblioteca/Principiosda.pdf, § 116); propriedade como uma esfera de vida, atribuída a Hartmann), para defender uma conceção de propriedade perspetivada do ponto de vista da comunidade (cf. Massimo la TORRE, *La lotta*, 214, 215, 216).

No fundo, em causa está a pressuposição de um diverso entendimento acerca do ser humano. Com as teorias nacionais-socialistas, o homem é necessariamente membro de uma comunidade. Daí que a luta contra o individualismo passe pela afirmação do direito subjetivo como um poder-dever, como o direito de praticar atos que tenham por objetivo sedimentar a coesão social e como o direito de se opor a quem impeça ou dificulte o cumprimento do seu papel.

Para uma análise da posição larenziana acerca do direito subjetivo em conexão com um ideário de direito social e de antagonismo ao liberalismo iluminista, cf. Rui Soares PEREIRA, *Direito subjectivo ou tutela objectiva de interesses? Cavalos de Tróia e Ornitorrinco Jurídicos*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003, 11 a 14.

que a falência dos quadros tradicionais em que o mesmo foi autonomizado se deveu em parte à abstração e ao ficcionismo próprios do racionalismo iluminista que os forjou. Na verdade, o indivíduo desolidário, atomizado, detentor de uma vontade insindicável, desde que atuante no âmago da sua esfera jurídica — também ela erigida em termos abstratos —, não recebe acolhimento no mundo exterior, onde, reclamando-se a intervenção do direito, a alteridade e a intersubjetividade são os traços dominantes ⁽⁸⁶⁾. O homem solitário, predador de si mesmo e dos outros homens, mais não é do que uma visão empobrecida e desdignificante de cada um. Uma visão deturpada que, abrindo a porta ao formalismo e arbítrio totalizante, implicará, a um tempo, a alienação do direito e bem assim a conceptualização em moldes inconsonantes com o dado ontológico ⁽⁸⁷⁾.

Ao ser em si alia-se o ser com o outro, que se reconhece no semelhante, tributário da mesma dignidade, com quem estabelece uma ponte comunicante. O sentido da comunhão que assim se postula deve, porém, ser esclarecido. E para o fazermos recordaremos algumas das notas do modo de ser pessoa, axiologicamente densificado.

O homem é incapaz de se realizar plenamente no isolamento. Necessita do outro, da abertura dialogante. Esse imperativo está, porém, distante de uma visão utilitarista, em que o outro é tido como

⁽⁸⁶⁾ Não colhe a nossos olhos provimento a tentativa de contornar a crítica que se dirige ao liberalismo — sobretudo na sua versão deontológica — pela afirmação de que ele não impõe o egoísmo, dado que ao edificar a sociedade com base nas escolhas individuais não impede ninguém de fomentar o altruísmo e o espírito caritativo. Pois que, se não o impõe, pelo menos permite-o e em muitos casos potencia. Além de que, em termos teóricos, a construção se alicerça numa visão do ser humano que contraria a sua estrutura ontológica mais funda. Cf. Michael J. SANDEL, *O liberalismo e os limites da justiça*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, tradução de Carlos Pacheco do Amaral, 34.

⁽⁸⁷⁾ Cf. Diogo Leite CAMPOS, *Nós*.

Numa outra perspetiva, que nos reporta à análise da personalidade humana, objeto do direito geral de personalidade, cf., Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995. Mostra-nos, aí, o autor que o ser humano não pode ser concebido, exclusivamente, como uma unidade psíco-bio-somática, comportando, igualmente, uma dimensão de relação *Eu-mundo* — cf. págs. 155 s.

Cf., igualmente, todas as referências anteriormente introduzidas sobre o ponto.

Cf., ainda, numa visão panorâmica da evolução histórico-filosoficamente comprometida do fenómeno que culmina, hodiernamente, na imperiosa necessidade de repensar o direito subjectivo, face à falência do jusnaturalismo e do positivismo, Carlo BOZZI, “Interesse e diritto”, 846-847.

um meio de satisfação de necessidades ou um instrumento colaborante na prossecução do bem comum. Não se ignora que muitas vezes é esse o papel da interseção subjetiva. Mas, jamais a aproximação ao *tu* poderá implicar a sua objetivação. Desde logo porque a imperiosa urgência da presença do outro na vida de cada um resulta anterior à experiência primeira de auto percepção do eu. Dito de outro modo, só olhando para o nosso semelhante somos capazes de nos reconhecer e, por isso, o olhar derramado sobre ele deverá estar maculado pela ideia da sua ineliminável dignidade ética. Com que a nós mesmos, e dialeticamente, passamos a conceber. Desta relação ética fundamental decorrem corolários importantíssimos.

O outro nunca pode ser um meio, mas sempre um fim, merecedor de respeito, o mesmo respeito que exigimos em relação a nós. E essa exigência de sentido é não só dirigida ao outro como a nós mesmos, sob pena de deturpamos o referencial de sentido com base no qual entretecemos as nossas relações ⁽⁸⁸⁾. Por outro lado, vemos no outro um ser único, irrepetível, portador da sua individualidade. O que significa que a teia ética assim conformada não nos pode obnubilar o sentido da reserva pessoal que a cada um cabe. A pessoalidade que se convoca, não encerrando o homem sobre si mesmo, abre-o ao outro pelo estabelecimento de pontes de solidariedade. Mas essa solidariedade não é gregária, pelo que não condena o homem, livre do individualismo, à totalização societária.

O referente de sentido a partir do qual se erige o direito subjetivo já não é o indivíduo, mas a pessoa ⁽⁸⁹⁾, com tudo o que este simples enunciado linguístico encerra.

⁽⁸⁸⁾ Estas considerações têm especial relevo em matéria de direitos de personalidade e do consentimento que tantas vezes acompanha a sua limitação voluntária.

⁽⁸⁹⁾ Neste sentido, cf. Gomes da SILVA, “Esboço para uma conceção personalista do direito: reflexões em torno do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos”, *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XVII, 1965, 11 s.; Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/I, 329 (onde, a propósito do direito subjetivo, o autor afirma que “a liberdade jurídico-subjetiva deve ser complementada com as ideias de cooperação, de participação, de responsabilidade ou de deveres imanes”).

Veja-se, ainda, na literatura estrangeira Jan SCHAPP, *Derecho Civil y Filosofía del Derecho: la libertad en el derecho*, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, n.º 8, Universidad Externado de Colombia (tradução de Luís Villar Borda), 71, onde, depois de um longo debate acerca da conceção positiva e negativa de liberdade, o autor se refere ao direito de propriedade para, afastando-se de uma visão liberal radical, afirmar que o mesmo é informado pela primeira, a par da

segunda que constituirá, de acordo com o seu entendimento de que nos afastamos, o centro nevrálgico de todo o direito civil, pensado para resolver o problema do cotejo de esferas de atuação (cf. p. 64); RAISER, “Der Stand der Lehre vom subjektiver Recht im deutschen Zivilrecht”, *Juristen Zeitung*, 1961, 465-473, onde o autor procura, tendo em conta a passagem do estado de direito liberal para um estado de direito social, corrigir a nota de individualismo que informava a conceção do direito subjetivo, sublinhando, para tanto, o sentido intersubjetivo daquele; Gustav RADBRUCH, “Du droit individualiste au droit social”, *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, 1931, n.º 3-4, 387 s.; F. MICHELMANN, “Justification and the justifiability of law in a contradictory world”, *Nomos*, vol. XVIII, 1986, 71 s.; Karl LARENZ/Manfred WOLF, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, § 2, que nos falam da relação jurídica fundamental como a relação estabelecida entre sujeitos assumidos como seres autodeterminados e autorresponsáveis, ou seja, como pessoas, incapazes de viver no isolamento mas procurando, segundo uma ideia de reciprocidade, o encontro com outras pessoas, das quais reclama e às quais dirige uma pretensão de respeito e a partir da qual se erige um círculo de direitos. Aderindo expressamente a esta conceção (cf. p. 153, nota 1, onde cita a 7.ª edição de Larenz), que identifica com a tradicional esfera jurídica, embora, em nosso entender, lhe falte a marca vincadamente personalista que no pensamento dos autores tudescos está transparentemente presente, cf. HÖRSTER, *A parte geral*, 153 s. O civilista parte da existência de uma relação jurídica fundamental, conformada pelo direito a ser respeitado como pessoa e pela correlativa obrigação de cada um respeitar os outros como pessoas (p. 156), para considerar que todas as relações jurídicas apresentam uma estrutura que pode ser reconduzida àquela primeira. Assim sendo, transpira do pensamento do autor que os direitos entroncam, em última instância, naquela relação personalista, pensada na esteira da filosofia kantiana, hegeliana e da teologia cristã, devendo, portanto, ser vista como a força motriz do chamado *Rechtsreis*, enquanto a totalidade de tudo aquilo que representa e identifica a pessoa e que lhe cabe ou pertence em determinado momento (p. 156). Claramente se afirma (p. 157) que este círculo de direitos é uma consequência do facto de os homens se encontrarem por serem pessoas. Num sentido diverso, afirmando que “o homem dos direitos absolutos — o homem proprietário, o homem com direito à vida — é o mais individualista dos homens. É o isolado da ilha deserta mesmo que na 5.ª Avenida. Porque é o homem que diz para os outros: não se metam comigo”, cf. Pereira COELHO, “O nexo de causalidade na responsabilidade civil”, *Boletim da Faculdade de Direito*, suplemento IX, 1951, 102. Veja-se, ainda, neste contexto, e numa tentativa de dicotomizar o direito subjetivo do direito objetivo, Reis MARQUES, *Introdução ao Direito*, 250. Não desmerecendo a obra do insigne civilista, confessamos as dúvidas que nos suscita a formulação oferecida: “sempre que se olha para o direito a partir da individualidade dos seus destinatários e se sublinha a liberdade de agir e o poder destes convoca-se o conceito de direito subjetivo”. O pretenso contexto desagregador do *eu* parece desaparecer, contudo, no desenvolvimento subsequente facultado pelo jurista, quando se debruça na análise das relações entretecidas entre o direito subjetivo e o direito objetivo. Assim, pode ler-se a páginas 255 “o direito subjetivo, ao invés de ser concebido fora do quadro do direito objetivo, dever ser assumido como uma função deste”. Sem que, não obstante, se desfaçam todas as dúvidas, porquanto a ancoragem personalista parece ficar ausente, pela descrição sincopada da estrutura

O direito subjetivo deixa de ter como fundamento a vontade assente num quero, posso e mando para passar a alicerçar-se no reconhecimento da ineliminável dignidade ética do ser humano. Com o que o direito subjetivo será, ainda e sempre, um espaço de afirmação da autonomia pessoal ⁽⁹⁰⁾. Só que, inteligida à luz da pessoalidade, a autonomia, de que o direito subjetivo é expoente, deixa de ser pensada em termos meramente negativos. Implica, pelo contrário, que na sua atuação livre o sujeito não esqueça os laços que o unem ao tu, sob pena de cair num abuso de liberdade, ao mesmo tempo que o exercício daquele se torna sindicável por referência aos princípios do sistema que, entroncando naquela ideia ética, lhe servem de pilar sustentador. Donde resulta que o conteúdo do direito seja igualmente preenchido por deveres e que o seu exercício seja indissociável de uma nota de responsabilidade. A superação de uma visão jus-absolutizadora do direito subjetivo é atestada pelos dados do nosso sistema já constituído. Pense-se na compreensão axiologicamente conformada do abuso do direito, que *infra* estudaremos.

O personalismo aqui chamado à colação coenvolve, pois, a conformação material do direito subjetivo, induzindo-nos a uma dupla remissão do enunciado formal com que o mesmo se possa apresentar. Uma remissão para o fundamento material que o sustenta — dimensão axiológica do direito, visto, então, e nessa medida, como uma forma de concretização da liberdade humana; uma remissão para o interesse que lhe está subjacente — dimensão teleológica do direito.

Idêntico posicionamento é apresentado, entre nós, por Pais de Vasconcelos. Reparte o autor, na análise materialmente comprometida do direito subjetivo, a sua essência em dois nichos problemáticos agregados numa unidade simbiótica ⁽⁹¹⁾. À nota de funcionalidade do direito subjetivo alia-se uma dimensão de jus-eticidade. Dito de outro modo, o autor entende que a natureza da categoria se cumpre na afetação jurídica de certos bens aos fins da pessoa ⁽⁹²⁾, sem que, contudo,

interna de uma relação jurídica enquanto ligação entre um direito subjetivo e um dever que se lhe opõe.

⁽⁹⁰⁾ A propósito da edificação do direito subjetivo alicerçado na pessoalidade e não na individualidade, cf. ROBERT ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, 34, 1997.

⁽⁹¹⁾ Cf. Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria geral do direito civil*, 653 s.

⁽⁹²⁾ Trata-se, em todo o caso, da afetação dos bens aos fins da pessoa e não da sociedade, assim se distinguindo o direito subjetivo do direito objetivo — Pais de

se possa prescindir de um juízo de conformidade com as coordenadas ético-jurídicas e axiológicas do sistema, no âmbito do qual o direito subjetivo existe.

Expressiva é, igualmente, a formulação de Orlando de Carvalho. Apresenta o direito subjetivo como um instrumento ao serviço do poder de autodeterminação da pessoa que, não se confundindo com ele, constitui “expressão tecnicamente jurídica das especiais situações de poder (prevalência) que naturalmente assume o poder jurisdigénico da pessoa” ⁽⁹³⁾. Sendo “um sintoma verdadeiramente indiciante da existência de uma relação de natureza civilística” ⁽⁹⁴⁾, o direito subjetivo “exprime o *desideratum* último da intervenção da pessoa no plano civilístico”, ou seja, a satisfação de um interesse ⁽⁹⁵⁾, pelo que verdadeiramente só estaremos em condições de aceder à sua substância se nos debruçarmos atentamente sobre o modo como a relação jurídica civil é postulada pelo autor.

A sua lição, de facto, inicia-se magistralmente sob esse prisma, para, aí, considerar que o “conceito anatómico-estrutural” da relação jurídica há de ser completado por um “conceito de interesse” ⁽⁹⁶⁾. Um conceito de interesse que nos mostre a relação jurídica como a “relação que juridicamente se funda no poder que se reconhece a qualquer indivíduo de gerir autonomamente a sua esfera de interesses sob a sanção do ordenamento jurídico em vigor” ⁽⁹⁷⁾.

VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria geral do direito civil*, 653. Com o que o autor encontra um critério normativo de concretização do princípio do abuso do direito previsto no artigo 334.º CC, considerando que, se o direito é um instrumento coadjuvante da realização dos fins do seu titular, haverá abuso sempre que o exercício daquele se mostre excessivo ou inútil.

⁽⁹³⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 18. Para o autor o direito subjetivo, radizando no poder de autodeterminação da pessoa, não é logicamente anterior à pessoa, mas um mecanismo ao serviço daquele poder.

⁽⁹⁴⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral*, 18.

⁽⁹⁵⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral*, 20.

⁽⁹⁶⁾ Cf. Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral*, 10. Lê-se, nessa página, que é indispensável que “esse corte estrutural ou esse conceito de preceito de relação jurídica civil, porque extraído dos preceitos, se ilumine com a função que tal operador desempenha (...), se veja à luz da relação jurídica civil enquanto concreta e direta expressão da vida dos interesses”.

⁽⁹⁷⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral*, 10.

O poder de autodeterminação não será, segundo o ensinamento do autor, a causa da relação jurídica em si, mas do seu relevo no direito (p. 11). E o “enraizamento da relação jurídica no poder de autodeterminação é muitas vezes indireto e implícito”, falando, então, das relações por atração (aquelas que resultam de relações em

Torna-se, portanto, evidente a simbiose perfeitamente conseguida pelo autor entre a autonomia — poder moral que se reconhece a todos os indivíduos e indissociável da sua personalidade ⁽⁹⁸⁾ — e a consideração dos interesses, já que aquela é reconhecida em nome da gestão destes. Dito de outro modo, em virtude do reconhecimento da autonomia que é reclamada pela personalidade, estabelece-se um espaço de livre iniciativa, no interior do qual cada um dispõe dos seus interesses ⁽⁹⁹⁾.

Se assim é, torna-se claro que também o direito subjetivo só é concebível na dupla transcendência já explicitada. Na verdade, sendo um instrumento ao serviço do poder de autodeterminação, ele filia-se na autonomia do sujeito, apresentando uma dimensão axiológica fundamentante fundamental. Por outro lado, a autodeterminação configurada como poder de autogestão não funciona no vazio, mas orienta-se para a prossecução de fins, para a satisfação de interesses. Pelo que o direito subjetivo, enquanto meio de que ela se serve, terá a mesma

que a autodeterminação foi o fator preponderante, como é o caso das relações de vizinhança, afinidade, entre outras) e das relações de estruturação ou de potenciação (todas aquelas que não nascem explicitamente do homem porque são elas que o erigem em verdadeiro poder de intervenção jurisdicção, ou porque potenciam a afetividade, ou a responsabilidade, como, por exemplo, as relações de personalidade ou de parentesco) — cf. p. 12.

⁽⁹⁸⁾ Orlando de CARVALHO, rejeitando as posições normativistas, embora também não abrace o pensamento jusnaturalista, é claro quando afirma que o poder de autodeterminação é reconhecido e não atribuído pelo ordenamento jurídico. Cf. Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral*, 12-13.

⁽⁹⁹⁾ Note-se que o autor avança com a possibilidade de esse espaço de autogestão dos interesses poder conhecer diferentes gradações, consoante o tipo de sociedade concretamente em causa. Ademais, sublinha que a esfera individual se relaciona com a esfera social, conhecendo em harmonia com ela “um sector de intersecção, que se reflete no grau de disponibilidade do sujeito e retira ao confronto entre as duas esferas a nitidez que podia presumir-se”. Cf. Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral*, 13.

É a partir da consideração desta relação fundamental que ORLANDO DE CARVALHO explicita o entendimento da relação jurídica civil como conceito de preceito. Acompanhando o seu pensamento, diríamos que o autor introduz, na definição inicial, alterações de forma a vincar o sentido técnico-jurídico com que a mesma é acolhida ao nível do direito civil. Estruturalmente, ela surge, então, como “a relação que juridicamente se funda no poder que se reconhece a qualquer pessoa em sentido jurídico de determinar autonomamente consequências de direito, sob a sanção do ordenamento jurídico”. Cf. ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral*, 14-15. De todo o modo, este “conceito de preceito” nunca será dissociável do género “conceito de interesse”, à luz da qual deve ser perspectivado.

missão. Sem que isso implique uma funcionalização dele, já que não está vinculado à existência de qualquer um em concreto ⁽¹⁰⁰⁾.

O duplo referente de sentido sublinhado não é, porém, exclusivo dos autores citados. Mesmo deixando de lado as posições ecléticas, denota-se pela leitura de muitos outros a percepção clara do comprometimento bipolar do direito subjetivo. Assim, Menezes Cordeiro define-o como a “permissão normativa de aproveitamento de um bem” ⁽¹⁰¹⁾. Com a fórmula compreensiva pretende o jurista, de harmonia com a sua própria explicitação, operar uma síntese que, cumprindo uma função técnica, não apague a nota de um “jussubjetivismo

⁽¹⁰⁰⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral*, 15.

A profundidade da construção doutrinal do autor que temos vindo a acompanhar concita dúvidas que se evidenciam pela dificuldade de inserção do seu pensamento nas concepções tradicionais acerca do direito subjetivo. Assim, Menezes Cordeiro (*Tratado de direito civil português*, I/I, 321, nota 938), embora não explicitamente, parece inscrever o autor entre os arautos da doutrina da vontade corrigida pela referência ao poder. Já Pinto Bronze considera que Orlando de Carvalho se filia na doutrina do interesse, originariamente formulada por Ihering (*Lições*, 593, nota 41).

Mais do que a sistematização da sua posição, importa-nos compreendê-la, nos traços de originalidade que nos comunica. E que transparecem de três notas essenciais, elas mesmas respostas aos problemas que, a este ensejo, têm dividido juristas e motivado longas páginas ao longo dos tempos.

Assim, e no que diz respeito à relação entre o direito objetivo e o direito subjetivo, Orlando de Carvalho sublinha que o segundo é um instrumento da lei, mas acrescenta que esta não o cria *ex nihilo*. Antes se apoia, “fenomenologicamente, nas situações de prevalência que assume o poder de autodeterminação da pessoa ao efectuar composições espontâneas de interesses” (Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral*, 21).

Estruturalmente, o direito subjetivo reduz-se à “situação de prevalência de um interesse sobre o outro que foi conseguida na composição de interesses” (p. 19), mas nunca o mesmo surge desarraigado da ideia de autodeterminação, configurando-se, antes, como um meio deste atingir o seu fim, e definindo-se como um “poder da vontade juridicamente protegido” (*loc. cit.*, *op. cit.*).

Não se pode, pois, dizer que no pensamento do civilista a ideia de interesse ganhe preponderância sobre a do poder da vontade, incindivelmente ligada à personalidade. Note-se, aliás, que o autor, a propósito do direito geral de personalidade, fala da subjetivação do próprio poder de autodeterminação que, em todos os outros casos, se distingue do direito subjetivo de que se serve, pelas notas da anterioridade, da indisponibilidade e pelo facto de servir igualmente para assumir obrigações (cf. Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral*, 21 e 22). Aliás, explicitamente se refere que ele comunga das características da “liberdade ou autodisponibilidade que a autonomia da pessoa deseja ver realizada” (p. 20).

⁽¹⁰¹⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/I, 332.

significativo-ideológico” ⁽¹⁰²⁾. Radica, indubitavelmente, o direito subjetivo na liberdade humana, corrigida a sua conceção primitiva herdada do individualismo. Com isto filia-se o expediente técnico num plano axiológico, embora sem a adesão explícita ⁽¹⁰³⁾ ao personalismo. Parte-se, de facto, de uma ideia de permissão, pretendendo-se com ela transmitir a ideia de uma esfera de atuação própria, radicada na vontade do titular dela, com base na qual serão, então, tematizados os deveres. Mas ela é uma permissão específica. O que comporta, para lá da conversão da fórmula numa não permissão para os não titulares, como o civilista salienta ⁽¹⁰⁴⁾, uma outra consequência. Efetivamente, implica o enunciado linguístico que o direito subjetivo traduza uma concretização da liberdade genérica do ser humano, que se consegue na projeção da mesma sobre um determinado bem que se aproveita ou pode aproveitar. E, se tivermos em conta que aquele se define correntemente como algo que é suscetível de satisfazer necessidades humanas, assim teremos uma incindível ligação entre o direito e o interesse ⁽¹⁰⁵⁾.

Como diria Pais de Vasconcelos ⁽¹⁰⁶⁾, “o interesse interliga a pessoa com os meios que sejam hábeis para a realização dos seus fins e traduz-se na tensão entre a pessoa que quer realizar um fim, ou que tem um fim a realizar, e o meio de que carece ou que é hábil para o alcançar. O interesse liga a pessoa com o meio (bem) de que esta necessita para realizar um seu fim”. Ora, a partir do momento

⁽¹⁰²⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/I, 332.

⁽¹⁰³⁾ Note-se, porém, que implicitamente as soluções propugnadas pelo autor a diversos propósitos conduzem-nos até ele ou, pelo menos, ao afastamento — esse sim já explícito — de um liberalismo primitivo e radical.

⁽¹⁰⁴⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/I, 333.

⁽¹⁰⁵⁾ Sobre a noção de bem, cf. Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral*, 635; Gomes da SILVA, “Esboço para uma concepção personalista do direito: reflexões em torno do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos”, *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XVII, 1965, 187.

Elucidativas da concatenação explicitada são as palavras do próprio autor que temos vindo a acompanhar — “a essência do direito subjetivo é (...) a situação de liberdade, (...) de afetação de um bem em relação aos fins de certa pessoa” — MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais, Sumários*, 2000-2001, 307 (Note-se que o autor afirma inequivocamente o abandono da posição aí sufragada, cf. *Tratado de direito civil português*, I/I, 333, n. 973)

⁽¹⁰⁶⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral*, 636.

em que se derrama sobre o bem uma nota de utilidade, estamos a ligá-lo insofismavelmente ao interesse ⁽¹⁰⁷⁾. E, assim sendo, a permissão normativa específica de aproveitamento de um bem não pode deixar de apresentar uma ligação direta àquele ⁽¹⁰⁸⁾. Aliás, em bom rigor, mesmo alguns dos autores que abertamente contestam a teoria herdada de Ihering reconhecem que ele estará sempre subjacente ao reconhecimento ou atribuição de um direito subjetivo. Assim vemos, entre outros, Capelo de Sousa afirmar que “a realização do interesse é o fim da atribuição do direito subjetivo” ⁽¹⁰⁹⁾, Mota Pinto advertir que ele “caracteriza a função, mas não define a (...) estrutura” daquele ⁽¹¹⁰⁾ e Hörster sustentar que o direito subjetivo é um

⁽¹⁰⁷⁾ Note-se que Pais de Vasconcelos, encarando o bem como um meio de satisfação de interesses, não restringe a sua ideia a uma nota de utilidade, sublinhando que os meios têm de ter um carácter jurídico-axiológico — cf. *Teoria Geral*, 635.

⁽¹⁰⁸⁾ Apesar da mobilização do pensamento de Menezes Cordeiro, importa salientar que não aderimos incondicionalmente à sua conceção. Na verdade, embora concordemos com o duplo referente de inteligibilidade de uma categoria dogmática que não se queda no simples formalismo, afastamo-nos em dois pontos. Um primeiro por pretendermos de forma mais vinculada reforçar a dimensão da personalidade por contraposição à individualidade. E um segundo que, já não sendo uma mera precisão (e falamos aqui de mera precisão não para desvalorizar o relevo da distinção guia, mas porque o insigne jurista se afasta expressamente de um individualismo radical), nos leva a dirigir algumas objeções, se não mesmo críticas, à formulação proposta. Numa referência às contundentes críticas que são dirigidas por Capelo de Sousa a esta posição — cf. *Teoria Geral*, 178.

⁽¹⁰⁹⁾ Capelo de SOUSA, *Teoria Geral*, 176, n. 428.

⁽¹¹⁰⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral*, 180.

Veja-se, ainda, a posição de Pires de LIMA/Antunes VARELA — *Noções fundamentais*, 233. Adotando uma fórmula simplicíssima para definir o direito subjetivo — “pode atribuído pela ordem jurídica” —, os autores não deixam de, na exposição que precede a proposta apresentada, explicitar a ligação da categoria à dimensão da liberdade e, implicitamente, indiciar a presença de um interesse a presidir à atribuição de tal poder.

Com o pouco que ficou dito, podemos já de antemão descortinar uma das falhas da noção proposta. Pois que a sua simplicidade, em vez de funcionar como elemento redutor da complexidade, exige um esforço acrescido de clarificação do entendimento que a sustenta.

Ademais, o recurso à ideia de atribuição aponta para uma visão arraigada ao direito posto pelo legislador, desconsiderando a existência de direitos que o ordenamento se limita a reconhecer, sem verdadeiramente os atribuir. Cf., nesse sentido, Orlando de CARVALHO, *Os direitos do homem no direito civil português*, Vértice, Coimbra, 1973, 35 e ss.; Capelo de SOUSA, *Teoria Geral*, 178, n. 435. Cf., a este propósito, em sentido oposto, Luís Cabral MONCADA, *Lições de Direito Civil*, vol. I, 3.^a edição, Coimbra, 1959, 56 s.

meio de proteção dos interesses dos particulares, apesar de não existir uma identificação entre os dois ⁽¹¹¹⁾.

Também as ditas posições dominialistas vinculam a presença de um interesse conexo com a noção de direito subjetivo. Na definição de Gomes da Silva, aquele surge como “a afetação jurídica dum bem à realização de um ou mais fins de pessoas individualmente consideradas” ⁽¹¹²⁾. Um dos acentos é colocado no fim a que o bem é afetado, apontando, por isso, na direção daquele interesse, num afunilamento conceptual que, aliás, pode indiciar uma tendência para a funcionalização do direito, a rejeitar ⁽¹¹³⁾.

⁽¹¹¹⁾ HÖRSTER, *A parte geral*, 222 e 227. O autor considera que o direito subjetivo, estruturalmente, deve ser visto como um poder. Aliás, na definição que apresenta, considera que aquele é “a faculdade ou poder, reconhecido ou atribuído pela ordem jurídica ao seu titular, de exigir ou pretender de outrem um determinado comportamento positivo ou negativo ou a faculdade de produzir determinados efeitos jurídicos que se impõem à outra parte” (p. 160-161). Mas, acrescenta que ele tem um lado funcional, abrangendo a proteção dos interesses do sujeito do direito e da sua liberdade individual como ser de autodeterminação.

Note-se, porém, que o autor é claro ao recusar a identificação dos dois termos. De facto, salienta que o interesse consubstancia a razão em virtude da qual o ordenamento jurídico atribui o direito ao seu titular, mas esclarece que ele não faz parte integrante deste nem diz respeito à sua estrutura, circunscrevendo-se à sua função.

⁽¹¹²⁾ Gomes da SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, 1944, 85.

Para uma crítica da posição de Gomes da Silva, cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/I, 333.

Numa referência às posições dominialistas em geral, cf. Capelo de SOUSA, *Teoria Geral*, 176, n. 431.

⁽¹¹³⁾ A noção de Gomes da SILVA padece, de facto e aos nossos olhos, de algumas fragilidades. Por um lado, a recondução do direito à pessoa é feita em termos tais que, se não pudermos criticá-lo por um não personalismo (como aconselha Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/I, 333, nota 972), sempre teremos de objetar com a ideia do individualismo latente. Ademais, ao propor uma noção operatória do direito subjetivo, sem embargo da louvável fundamentação axiológica da mesma, é importante ter em mente que ela só será consequente se, no enunciado linguístico em que se verte, conseguir captar toda a realidade que pretende representar. E, ao falar de pessoa individualmente considerada, é não só o fantasma do individualismo que assoma, como fica por resolver o problema da titularidade de direitos subjetivos pelas pessoas coletivas.

Acresce que a afetação jurídica de que se fala não conflui necessariamente na existência de um direito subjetivo. Por um lado, situações há em que um bem pode estar afetado à prossecução de um fim sem que haja um direito subjetivo de aproveitamento desse mesmo bem. Pense-se, para tanto, em todos os casos de bens públicos fornecidos pelo Estado, como, por exemplo, a defesa, conduzindo inclusivamente a definição a uma confusão entre os dois domínios.

Por outro lado, como adverte a este propósito Menezes Cordeiro (*Tratado de direito civil português*, I/I, 333), “há afetações jurídicas de bens que apenas implicam deveres”.

Esta amplitude que a noção de Gomes da Silva comporta é, paradoxalmente, complementada com uma estreiteza incompatível com um certo entendimento acerca de determinadas faculdades, geralmente problematizadas conjuntamente com o direito subjetivo. Na verdade, para quem entenda que os direitos potestativos são uma modalidade do direito subjetivo em sentido amplo torna-se difícil descortinar como é que aqueles implicam a afetação de um bem à prossecução de um fim da pessoa. Sobre o tema dos direitos potestativos, figura autonomizada por Zitelmann, cf. HÖRSTER, “Nótula referente a alguns aspectos pontuais dos direitos potestativos”, *Revista de Direito e Economia*, XV, 1989, 347 e *A parte geral*, 243; Pereira COELHO, “Caducidade do direito ao divórcio ou à separação de pessoas e bens”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 104, 1971/1972, 51; Baptista MACHADO, “Resolução do contrato de arrendamento comercial”, *Colectânea de Jurisprudência*, IX, II, 1984, 15; Giuseppe CHIOVENDA, “L'azione nel sistema dei diritti”, *Saggi di Diritto Processuale Civile*, vol. I, Giuffrè Editore, Milano, 1993, 3-99, 20; Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, 12-13; DAVID OLIVEIRA FESTAS, *Em tema de poderes potestativos. Algumas considerações sobre a sua estrutura, conceito e natureza jurídica*, Faculdade de Direito de Lisboa, 2003; Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 552-554; Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/I, 335-338; Castro MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, 1, 363; Mota PINTO, *Teoria Geral*, 176; Capelo de SOUSA, *Teoria Geral*, 184-185; L. A. HART, *O conceito de direito*, 4.º edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 2005 (tradução de Armindo Ribeiro Mendes), 44 s.; LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, § 50; Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral*, 25. Veja-se, ainda, a posição de Hörster, que, a par destes, fala dos chamados direitos oponíveis (*Gegenrechte*), como por exemplo o direito a invocar a prescrição (*A Parte Geral*, 47) [cf., ainda, a propósito dos *Gegenrechte*, Mota PINTO, *Cessão da posição contratual*, Almedina, Coimbra, reimpressão, 2003, 357, nota 1]; de SECKEL, “Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts”, *Festgabe für Koch*, Verlag von Otto Liebmann, Berlin, 1903, 205-253, 209, que, criticando a designação proposta por Zitelmann, fala dos direitos conformativos (*Gestaltungsrecht*), *apud* David FESTAS, *Em tema de poderes potestativos. Algumas considerações sobre a sua estrutura, conceito e natureza jurídica*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003.

Em relação ao desenho concreto da figura e ao seu conteúdo conformativo, cf. a interessantíssima discussão que se originou em torno da teoria de ADOMEIT, *Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche, Zur Stellung der Privatautonomie im Rechtssystem*, Duncker & Humblot, Berlin, 1969 (cf., ainda do autor, a propósito do direito subjetivo, *Zivilrechtstheorie und Zivilrechtsdogmatik- mit einem Beitrag zur Theorie der subjektiven Rechte, in Normlogik — Methodenlehre — Rechtspolitikologie, Gesamtelte Beiträge zur Rechtstheorie 1970-1985*, Duncker & Humblot, Berlin, 1986, p. 51-63) [*apud* David Festas]. Já não se trata, aí, do problema da aceitação da figura, sequer do seu enquadramento entre as modalidades do direito subjetivo entendido em termos amplos, mas da caracterização do direito potestativo em si mesmo, debatendo-se se a nota de unilateralidade constitui ou não a marca distintiva daquele. Na verdade, o autor considera que a própria liberdade contratual deve ser vista como um direito potestativo e, mais amplamente, sustenta que os próprios contratos, na medida em que implicam uma conformação da ordem jurídica, devem ser integrados no âmbito da

Próximo do autor encontramos Oliveira Ascensão ⁽¹¹⁴⁾. Embora reforce o fundamento personalista do direito subjetivo, considerando que ele demarca um círculo de autodeterminação do sujeito, o autor segue o lastro daqueles que salientam a ideia de afetação, já não de bens, mas de meios jurídicos ⁽¹¹⁵⁾ à prossecução de determinados fins, definindo-o como “posição concreta de vantagem de pessoas individualmente consideradas resultante da afetação de meios jurídicos para permitir a realização de fins que a ordem jurídica aceita como dignos de proteção”. Também aqui, independentemente do que se possa dizer sobre o mérito conceptual do que é proposto, não se nega a concatenação entre a atribuição — ou em nosso entender, o reconhecimento — de um direito e a proteção de determinados fins, *grosso modo*, identificáveis como interesses.

4.5. O conceito de direito subjetivo

Do acompanhamento das diversas posições que diacrónica e sincronicamente se debatem acerca da melhor concepção de direito subjetivo

figura (*Gestaltungsrechte*, 10). Na base da sua construção estaria um olhar particular sobre a autonomia privada, resultante do conjunto de todos os direitos potestativos, ou mais concretamente a percepção de que estes se traduzem no poder de estabelecer, modificar ou extinguir normas de conduta, pelo que também os negócios jurídicos receberiam aquela chancela.

Para uma crítica à posição de Adomeit, cf. David Oliveira FESTAS, *Em tema*, 13

Do mesmo modo, torna-se inquietante a compatibilização da noção com a integração dos poderes deveres ou direitos funcionais no núcleo fundacional da categoria para todos aqueles que ali os insiram. O que não deixa de ser curioso, dado que é nestes que, com propriedade, se pode falar de uma funcionalização do direito relativamente a determinadas finalidades que, não obstante, se focalizam num terceiro e não no próprio titular deles. Em todos os outros, e sem que isso contrarie a linha argumentativa seguida em texto até aqui, essa funcionalização será incompatível com a essência dele. O que, aliás, nos chama a atenção para a necessidade de, à frente, mobilizarmos as notas esparsas que temos salientado no sentido de recortar as linhas mestras de inteligibilidade com que operamos.

⁽¹¹⁴⁾ Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil/Teoria Geral*, volume III — *Relações e situações jurídicas*, 2002, p. 79. De notar que Capelo de Sousa desagrega o autor citado das posições por ele cunhadas de dominialistas — cf. *Teoria Geral*, 178.

⁽¹¹⁵⁾ Com o que se obviam algumas das críticas anteriormente referidas. Por outro lado, o facto de se falar de posição concreta de vantagem parece permitir a distinção entre o direito subjetivo e os interesses legalmente protegidos (cf., com um entendimento diverso, Capelo de SOUSA, *Teoria geral*, n. 434), o que não obsta à inconcluintia da proposta pelo carácter pouco emblemático que a mesma comporta em termos de explicitação da estrutura do direito subjetivo (nesse sentido, cf. Capelo de SOUSA, *loc. cit.*, *op. cit.*).

resulta que este pode continuar a ser visto como um *poder*, ainda que alicerçado na pessoa e não no indivíduo. De facto, é na ideia de poder que encontramos o cerne de muitas das posições jus-subjetivas que pretendemos identificar com o direito subjetivo. Ao invés, se nos ativermos a uma ideia de permissão específica acabamos por ter dificuldades em cindir o direito subjetivo de outras figuras como as expectativas jurídicas. Do mesmo modo, a ideia de uma posição concreta de vantagem torna-se vaga ⁽¹¹⁶⁾, não nos permitindo captar com exatidão qual a posição passiva que se opõe ao direito invocado. Importante é sublinhar que este poder (que consubstancia o direito subjetivo) deixa de ser compreendido como um poder arbitrário e ilimitado, assente numa estrutura meramente formal. O direito subjetivo, traduzindo um poder, só pode ser captado à luz de uma materialidade que lhe subjaz, o que implica que ele só seja percecionado em paralelo com o dever. Já não apenas o dever que onera o titular passivo da relação jurídica, mas o dever que entretece o seu próprio conteúdo.

Nessa medida, o direito subjetivo (*em sentido amplo*) pode definir-se como o poder ou a faculdade, reconhecido ou atribuído pelo ordenamento jurídico, de, em princípio livremente, exigir ou pretender de outrem um determinado comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão), ou de, por um ato de livre vontade, só de per si ou integrado por um ato de uma autoridade pública, desencadear determinados efeitos jurídicos que inelutavelmente se vão produzi na esfera jurídica do titular passivo da relação jurídica.

A noção segue, descontando as ambivalências entre os autores, a melhor doutrina de Manuel de Andrade, Mota Pinto, Orlando de Carvalho, Capelo de Sousa, entre outros, e requer alguns esclarecimentos adicionais.

4.5.1. O poder ou a faculdade

Decorre do que ficou dito anteriormente que o direito subjetivo deve ser compreendido sob a ótica do *poder* ⁽¹¹⁷⁾. De acordo com a exploração de Orlando de Carvalho, a categoria traduz uma situação ou posição de poder, sendo o meio de o poder de autodeterminação da

⁽¹¹⁶⁾ Cf. Capelo de SOUSA, *Teoria geral*, n. 434 e n. 437.

⁽¹¹⁷⁾ Orlando de Carvalho sustenta que o direito subjetivo é um mecanismo de regulamentação, adotado pelo direito, que consiste na concreta situação de poder. Cf. Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 19 s.

pessoa atingir o seu fim, e por isso referido à vontade da pessoa ⁽¹¹⁸⁾. Simplesmente, como referido anteriormente, este é um poder radicado na pessoa e não no indivíduo, pelo que, enquanto “instrumento da autonomia pessoal e mecanismo de tutela dessa autonomia” ⁽¹¹⁹⁾, não pode compreender-se no puro arbítrio de um quero, posso e mando, sendo antes integrado por uma nota de responsabilidade.

Enquanto poder, cada direito subjetivo é integrado por um feixe de poderes, que compõem o seu conteúdo: são as chamadas faculdades jurídicas secundárias, para assim se distinguirem das faculdades jurídicas primárias, simples manifestações da capacidade jurídica do sujeito ⁽¹²⁰⁾.

4.5.2. Reconhecido ou atribuído pela ordem jurídica

Afastando-se de qualquer entendimento normativístico, havermos de entender que o ordenamento jurídico, em muitas situações, não atribui direitos, limitando-se a reconhecê-los. Na verdade, há determinadas situações jus-subjetivas que se impõem ao próprio legislador, decorrendo de uma exigência axiológica. Pense-se, por exemplo, nos direitos de personalidade.

⁽¹¹⁸⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 19.

⁽¹¹⁹⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 23.

⁽¹²⁰⁾ Cf., neste sentido, Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 121.

Para uma distinção aprofundada, veja-se, também, Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 46 s. No que respeita às faculdades jurídicas primárias (ex. poder de casar, poder de comprar e vender, poder de testar), entende-as como um prolongamento do poder de autodeterminação do sujeito, pelo que precedem as relações jurídicas, sendo um *prius* dos direitos subjetivos, embora não direitos subjetivos autênticos. Já no que respeita às faculdades jurídicas secundárias, vê-as como “manifestações ou irradiações de direitos subjetivos existentes”, pelo que postulam já uma relação jurídica. Acrescenta o autor que “por muito simples que uma relação jurídica venha a ser e por pouco denso que seja o direito subjetivo, a situação de prevalência, que este é, engloba, em regra, um conjunto de poderes ou faculdades em que juridicamente se desdobra o seu conteúdo ou o seu *licere* (o que é lícito ao titular desse direito, através e por força de tal mecanismo de autonomia). O direito de crédito, por exemplo, inclui o poder de interpelar o devedor; de, não sendo a obrigação cumprida voluntariamente, exigir judicialmente o seu cumprimento; de executar o património daquele ou, quando isso é possível, de requerer a execução específica (...), de ceder o crédito; de reter o débito. Deste modo, as faculdades jurídicas secundárias são um *posterius* (lógico, se não cronológico) do direito subjetivo, tal como este é um *posterius* (lógico e, em geral, cronológico) de faculdades jurídicas primárias”.

Mas alguns autores vão mais longe. Nas palavras de Orlando de Carvalho, “a lei não cria *ex nihilo* os direitos subjetivos, mas apoia-se fenomenologicamente nas situações de prevalência que assume o poder de autodeterminação da pessoa ao efetuar composições espontâneas de interesses. O direito não fornece ou atribui à pessoa o direito subjetivo como algo que nada deva profundamente a ela: o direito reforça apenas (e nessa medida reelabora ou recria) o direito subjetivo como algo que se oferece como oriundo da pessoa” ⁽¹²¹⁾.

Creemos, porém, que os modernos ordenamentos jurídicos não se limitam a adotar particulares manifestações da soberania do querer, forjando direitos, na medida em que assumam a lei como um instrumento de política governativa. Há, de facto, uma diferença considerável entre o reconhecimento de direitos de personalidade e a atribuição de um direito de habitação permanente, gizado para dar resposta a problemas habitacionais.

4.5.3. De em princípio livremente

Via de regra, sendo um meio do poder de autodeterminação do sujeito, o direito subjetivo é de exercício livre. Ou seja, o poder em que se consubstancia pode ou não ser exercido pelo titular ativo ⁽¹²²⁾.

Esta ideia permite que a doutrina tenha vindo afastar do núcleo de relevância do direito subjetivo (em sentido amplo) os chamados poderes-deveres ou poderes funcionais, como são os poderes integrados nas responsabilidades parentais (poder paternal) ou na tutela. Há, de facto, duas diferenças assinaláveis entre estes poderes e o direito subjetivo. Em primeiro lugar, os poderes-deveres ou poderes funcionais não são de exercício livre. Os pais não podem deixar de exercer as suas responsabilidades parentais consoante queiram ou não fazê-lo. Em segundo lugar, contrariamente ao que se verifica no que respeita aos direitos subjetivos, os poderes-deveres ou poderes funcionais não são exercidos no interesse do seu titular, mas no interesse de um terceiro (o filho menor, o pupilo) ⁽¹²³⁾.

⁽¹²¹⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 21-22.

⁽¹²²⁾ Cf. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 179, utilizando a expressão *livremente* e não “em princípio livremente”. Sem referência ao advérbio de modo, cf. Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, 3 s.

⁽¹²³⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 179.

Este posicionamento não é, porém, unânime na doutrina. Capelo de Sousa sustenta que os poderes-deveres ou poderes funcionais — por si designados por direitos funcionais — devem ser integrados dentro de um conceito amplo de direito subjetivo. Daí a opção pela expressão “em princípio livremente”, ao invés de “livremente”. Para o autor, estaríamos aí diante do “poder atribuído ou reconhecido pela ordem jurídica de, pelo modo reclamado pela sua função, exigir um comportamento positivo ou negativo de outrem e que visa sobretudo o interesse deste” ⁽¹²⁴⁾, que justificadamente se enquadraria naquele direito subjetivo em sentido amplo, quer por caber na sua estrutura, quer por lhe serem aplicáveis diversos institutos próprios desta categoria, como a responsabilidade civil, o abuso do direito, a colisão de direitos, a ação direta, o estado de necessidade ⁽¹²⁵⁾.

Esta é também a posição de Orlando de Carvalho ⁽¹²⁶⁾. O insigne mestre rejeita a tentativa de exclusão dos poderes deveres do núcleo de relevância do direito subjetivo, desde logo, por não ser possível estabelecer uma analogia com os poderes discricionários das autoridades administrativas. Com efeito, enquanto os poderes discricionários da administração são poderes internamente vinculados ao interesse público, pressupondo-se, *ab initio*, que a esfera de interesses do agente e a esfera de interesses públicos estão naturalmente em tensão, exigindo-se um controlo dessa discricionariedade, no caso dos poderes-deveres, o que se presume é “uma natural penetração desses distintos interesses, dados os laços afetivos que unem o pai ao filho, o tutor ao pupilo (...)” ⁽¹²⁷⁾. Ora, havendo esta sintonia, “a lei entrega a gestão dos interesses de outrem em termos idênticos aos da gestão dos seus interesses, erguendo a *voluntas* do titular dos poderes a *voluntas* do beneficiário dos poderes, procedendo a uma verdadeira substituição nessa sede” ⁽¹²⁸⁾. Assim, para Orlando de Carvalho, não há “razão para se sair do quadro do direito subjetivo”, no plano estrutural, “até porque sabemos que, latente atrás dele, exercendo sobre ele uma pressão constante, existe o plano ou corte funcional, que se traduz não apenas no controlo último do abuso do direito, mas em todos os graus de

⁽¹²⁴⁾ Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 185.

⁽¹²⁵⁾ Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 186 s.

⁽¹²⁶⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 39 s.

⁽¹²⁷⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 41.

⁽¹²⁸⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 42.

controlo estabelecidos na lei para uma proteção de ordem civil que simultaneamente é de ordem pública” ⁽¹²⁹⁾.

Aderimos a este entendimento. De facto, se pensarmos que o direito subjetivo surge como uma categoria técnico-operativa, que serve para garantir a tutela de determinados interesses e bens jurídicos, então facilmente podemos aceitar que ela se dilate para abarcar realidades que, podendo apresentar notas de diferenciação evidente, mantêm, contudo, com o direito subjetivo propriamente dito uma linha de continuidade que determina que os institutos aplicáveis ao último sejam também mobilizáveis para o poder-dever ou dever funcional.

4.5.4. Modalidades do direito subjetivo (em sentido amplo)

O conceito de direito subjetivo em sentido amplo encerra duas modalidades de direitos. Na definição apresentada encontramos, de facto, o conceito de direito subjetivo em sentido estrito e de direito potestativo.

4.5.4.1. Direito subjetivo em sentido estrito

A noção de direito subjetivo em sentido estrito corresponde à primeira parte da noção. Ele pode, portanto, entender-se como o poder ou a faculdade reconhecida ou atribuída pelo ordenamento jurídico de, em princípio livremente, exigir ou pretender de outrem um determinado comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão). Contrapõe-se a este direito subjetivo em sentido estrito o dever jurídico. Este pode ser entendido como a situação de necessidade ou de dependência de realizar o comportamento exigido pelo titular ativo da relação jurídica.

Como veremos, *infra*, podemos ter diversos tipos de direitos subjetivos em sentido estrito. Consoante o tipo de direito subjetivo que se encontre do lado ativo da relação jurídica, assim teremos um

⁽¹²⁹⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 42. É por este motivo que o autor, na noção que apresenta de relação jurídica fala de “relação que juridicamente se funda no poder reconhecido ao indivíduo (...) de gerir autonomamente a sua esfera de interesses sob a tutela do direito” — cf. p. 14 e p. 42, chamando a atenção para este pormenor importante. É que a esfera de interesses é mais ampla do que “os seus interesses”.

específico dever do lado passivo da relação jurídica. Assim, se do lado ativo da relação jurídica encontrarmos um direito de personalidade, encontraremos do lado passivo um dever de respeito (a englobar uma obrigação passiva universal e concretos deveres de comportamento positivo, sempre que seja necessário salvaguardar o direito do titular ativo); se do lado ativo da relação jurídica encontrarmos um direito real, do lado passivo da relação jurídica encontraremos uma obrigação passiva universal (um dever geral de abstenção); se do lado ativo da relação jurídica encontrarmos um direito de crédito, do lado passivo deparar-nos-emos com uma obrigação em sentido técnico.

Nos dois primeiros casos (direitos de personalidade e direitos reais), os direitos dizem-se absolutos, porque vinculam todos os membros da comunidade jurídica (têm eficácia *erga omnes*); no último caso (direitos de crédito), o direito diz-se relativo, na medida em que apenas vincula pessoas certas e determinadas (credor e devedor).

O titular passivo da relação jurídica — o titular do dever — tem a possibilidade prática de não cumprir. Nessa hipótese, o seu ato é ilícito e o titular ativo pode requerer ao tribunal que decrete as providências necessárias para efetivar o seu direito. Entra, então, em cena a garantia, enquanto elemento da relação jurídica. É por isso que se diz que o titular ativo da relação jurídica — o titular do direito — tem o *poder de exigir* ⁽¹³⁰⁾.

Na noção apresentada, contudo, fala-se, igualmente, de um *poder de pretender*. A alternativa disjuntiva não corresponde a um recurso estilístico, mas pretende identificar direitos dotados de uma garantia menos plena ou menos efetiva, ou seja, e na terminologia de Capelo de Sousa, *direitos menos plenos* ⁽¹³¹⁾. Estes correspondem às chamadas *obrigações naturais* (artigo 402.º CC), ou seja, aquelas que não podem ser judicialmente exigidas.

As obrigações naturais distinguem-se das comuns obrigações — ditas civis — pela natureza do vínculo que une credor e devedor.

⁽¹³⁰⁾ Neste sentido, cf. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 182 s.

⁽¹³¹⁾ Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 182. Veja-se, também, Heinrich HÖRSTER, *A parte geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 166 s.; Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 182 s. Em sentido diverso, afirmando que não existe um direito primário à prestação como direito de crédito, cf. Luís Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, 6.ª edição, Almedina, 2007, Coimbra, 128.

Correspondendo a um dever de ordem moral ou social cujo cumprimento não é judicialmente exigível, elas afastam-se da tradicional garantia creditícia que confere ao primeiro o poder de demandar judicialmente o cumprimento da obrigação e executar, caso seja necessário, o património do segundo. Não se pense, porém, que, com isto, ficamos arredados do puro plano jurídico ⁽¹³²⁾. Na verdade, embora mais ténue, a garantia da relação jurídica — que confere o cunho de juridicidade à situação — mantém-se, estabelecendo o artigo 403.º CC que “não pode ser repetido o que for prestado espontaneamente em cumprimento da obrigação natural” ⁽¹³³⁾.

⁽¹³²⁾ Em sentido diverso, cf. Giorgio OPPO, *Adempimento e liberalità*, Giuffrè, 1947, Milano, 251, considerando que não é possível qualificar como jurídica uma obrigação cujo cumprimento é juridicamente inexigível e cujo inadimplemento não acarreta qualquer responsabilidade. Em sentido concordante, cf. Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 741. De Oppo, cf., também, “La prestazioe in adempimento di un dovere non giuridico”, *Rivista di Diritto Civile*, anno XLIII, n.º 4, 1997, 515 s. Para o autor, as obrigações naturais importam um vínculo de natureza extrajurídica, explicando-se a *soluti retentio* porque o ordenamento jurídico não pode, numa situação como esta, dar cobertura à repetição do que foi cumprido espontaneamente.

Negando que as obrigações naturais envolvam uma verdadeira obrigação jurídica, *vide* Luís Menezes LEITÃO, *Direito das obrigações*, 128. Argumenta o autor que “é a própria lei que recusa ao credor natural a tutela jurídica desse direito ao negar-lhe a faculdade de exigir judicialmente o cumprimento. Essa faculdade integra o conteúdo do direito de crédito e não é dele conceptualmente separável (e justamente por isso a lei proíbe que o credor a ela renuncie antecipadamente — 809.º)”. Considera, ademais, o autor que, nas obrigações civis, o cumprimento da obrigação não aumenta o património do credor, ao contrário do que acontece ao nível das obrigações naturais. São suas as palavras: “sem a faculdade de exigir o cumprimento, o direito de crédito não tem conteúdo, não podendo nunca considerar-se como um valor no ativo patrimonial do credor”. Assim sendo, a situação aproxima-se de uma doação, apenas dela se distinguindo pela ausência de espírito de liberalidade. Daí a diferente solução do artigo 615.º/2 para as obrigações civis e para as obrigações naturais. Quanto a esta última questão, cf. Antunes VARELA, *Das Obrigações em geral*, I, 721 s.

Na sistematização que apresenta sobre o tema, Menezes Cordeiro fala de dois grupos de doutrinas: extrajurídicas e jurídicas (*Direito das Obrigações* I, 316). Para as primeiras, as obrigações naturais não seriam obrigações jurídicas, mas tão-só realidades de facto a que o direito reconheceria alguns efeitos; entre as segundas, encontrar-se-iam posicionamentos como os que autonomizam o vínculo de prestar em relação ao vínculo da garantia, considerando que, ao nível das obrigações naturais, existiria apenas a *Schuld*, sem *Haftung*.

⁽¹³³⁾ Cf. Antunes VARELA, *Das Obrigações em geral*, I, 721 s. Pode aí ler-se que, “além de não poder ser repetida, a prestação do *naturaliter obligatus* não dá

Muitos são os autores que, tendo em mente estas ideias, olham para a figura como uma obrigação jurídica imperfeita ⁽¹³⁴⁾. Opõe-se

lugar à obrigação de restituir nos termos do enriquecimento sem causa e nem sequer é tratada como o objeto de uma liberalidade, sujeita às regras típicas da doação (forma, revogação, imputação, colação, indisponibilidades relativas, etc). A prestação espontaneamente efetuada, quando coberta pelo título da obrigação natural, é tratada como cumprimento dum dever e não como uma liberalidade do autor”. *Vide*, porém, p. 731, nota 4, onde o autor esclarece que, “no que toca à inoponibilidade da nulidade e da anulação do negócio jurídico, o *accipiens* da prestação efetuada em cumprimento da obrigação natural tem de ser equiparado ao adquirente a título gratuito e não ao adquirente a título oneroso, para o efeito do disposto no artigo 291.º CC”. Veja-se, ainda, na mesma obra, págs. 728 s. Designadamente, tenha-se em conta a ideia de que a irrepetibilidade da prestação funciona logo que esta seja efetuada espontaneamente (sem coação, nem dolo), ainda que haja erro acerca da sua coercibilidade jurídica. No tocante ao regime destas obrigações, a regra é a da equiparação às obrigações civis, nos termos do artigo 404.º CC, com exceção das “disposições que especialmente se referem apenas àqueles vínculos” e “da inaplicabilidade das normas que pressuponham a realização coativa da prestação”. Explica Antunes Varela, no que respeita à primeira ressalva, que, “entre as disposições especialmente aplicáveis às obrigações naturais avulta o preceituado pelo artigo 615.º, que concede aos credores, no âmbito da impugnação pauliana, o direito de tornarem ineficazes certos atos praticados pelo devedor em prejuízo deles”. No fundo, contrariamente ao que ocorre quando o credor se depara, por parte do seu devedor, com o cumprimento de uma obrigação civil, não podendo impugnar tal ato, a impugnação é possível em face do cumprimento de uma obrigação natural, porque os devedores não podem “dar-se ao requinte de cumprirem os simples deveres de consciência, ainda que apoiados nos ditames da justiça, sem previamente se desonerarem das obrigações impostas por lei, que com eles possam colidir praticamente”.

Atenção especial é ainda pedida por Antunes Varela para o artigo 495.º/3 CC, falando a este propósito de um “caso nítido de conversão *ope legis* de uma obrigação natural em obrigação civil” [cf. p. 731 e nota 3, onde se esclarece que “o direito à indemnização é reconhecido desde que haja dano (assente na prova da efetiva prestação de alimentos por parte da vítima), independentemente da prova da necessidade dos alimentos”].

⁽¹³⁴⁾ Cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 738. A faculdade espontaneamente efetuada só poderia explicar-se “mediante a existência de um vínculo prévio entre o credor e o *naturaliter obligatus*. Entre os dois sujeitos da relação haveria assim uma obrigação jurídica, embora imperfeita, expressa num vínculo mais frouxo do que aquele que liga o credor e o devedor no comum das obrigações”.

Aderem a esta perspetiva autores como José TAVARES, *Os princípios fundamentais do direito civil*, vol. I, Coimbra Editora, 1922, Coimbra, 533 s., considerando que a dívida existe realmente, faltando, contudo, um requisito legal para que tenha plena eficácia jurídica (sendo pagas, contudo, não pode ser repetido o indevido, sendo este o efeito resultante do facto de existirem efetivamente); Adriano Vaz SERRA, “Obrigações naturais”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 53, 1956,

este posicionamento a outras visões explicativas da categoria — obrigação natural como uma pura situação de facto ⁽¹³⁵⁾, obrigação natural como dever moral ou social juridicamente relevante ⁽¹³⁶⁾.

38 s.; Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 193; António Menezes CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, I, AAFDUL, 2001, Lisboa, 316 s. (para o autor, qualquer realidade que produza efeitos jurídicos é um facto jurídico, sob pena de limitarmos o mundo do direito às criações técnico-jurídicas exclusivas — p. 319. A questão que se deve colocar, do seu ponto de vista, é outra: a de saber se as obrigações naturais são simples factos jurídicos ou são estatuições normativas. Na primeira hipótese, afirma o autor que “dir-se-ia que se trata de realidades fácticas não instituídas pelo direito, apenas jurídicas por este lhes associar certos efeitos”; na segunda alternativa, “estamos diante do produto de normas jurídicas que surgiriam como entes jurídicos intrinsecamente criados e regulados pelo direito”. Menezes Cordeiro entende que estamos diante de autênticas estatuições normativas, uma vez que o próprio substrato que dá origem à obrigação natural é regulado pelo direito — p. 320. Ademais, para o autor, a simples *soluti retentio* é já uma forma de sanção).

⁽¹³⁵⁾ A tese é de Francesco CARNELUTTI, “Rapporto giuridico naturale”, *Rivista di Diritto Commerciale*, I, 1936, 166 s. Em causa estaria uma situação de facto que posteriormente se converteria numa obrigação jurídica perfeita, com o cumprimento. Em apreciação da posição do autor, cf., novamente, ANTUNES VARELA, *Das obrigações*, I, 739, considerando que “a tese carnelutiana, a que alguns autores chamaram de juridicidade póstuma ou *in articulo mortis* do vínculo, tem o mérito incontestável de levantar a ponta do véu que cobre o vício comum a todas as doutrinas que pretendem reconduzir o conceito da obrigação natural ao esquema clássico da obrigação civil”; José Carlos Vegar Alves VELHO, *Subsídios para a compreensão das obrigações natura*, dissertação de mestrado em ciências jurídico-filosóficas, na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, policopiado, 2011, Porto, 23 s. Considerando que as obrigações naturais devem ser vistas como simples relações de facto de que derivam certos efeitos jurídicos, cf. Guilherme MOREIRA, *Instituições do Direito Civil Português*, vol. 2.º, *Das Obrigações*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 1925, Coimbra, 22: “são, como a posse em matéria de direitos reais, relações de facto de que derivam certos efeitos jurídicos, e designadamente o de que sendo voluntariamente cumpridos não se pode pedir a restituição do que se haja pago, produzindo assim essas relações de facto efeitos correspondentes em parte aos que resultam das obrigações” (para o autor, a *solutio retentio* basear-se-ia na lei. Note-se, ainda, que teremos de estar perante situações concretas, constituídas entre determinadas pessoas, assim nos distanciando dos deveres comuns morais — cf. p. 20 e ss.); Inocêncio Galvão TELLES, *Direito das Obrigações*, 54, falando de uma relação de facto juridicamente relevante.

⁽¹³⁶⁾ Cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral* I, 739-740. Sublinha o autor que, “dominados pelos quadros lógico-formais do pensamento positivista, que vê no direito, na moral, na cortesia, na religião e nos usos locais compartimentos estanques da disciplina social, muitos autores tendem a considerar como realidades jurídicas apenas os fenómenos que, destacando-se de todos os outros complexos

Partindo-se da ideia de que a obrigação natural não pode ser judicialmente exigível, a questão que nos deve orientar é a de saber se este dado a descaracteriza necessariamente enquanto tal ⁽¹³⁷⁾. Ora, ainda que essa descaracterização se possa vislumbrar, tal não equivale à assunção da presença de um facto que, embora juridicamente relevante, pertence a outra ordem normativa. E isto por dois motivos que, dialogando, se situam em níveis argumentativos diferentes: em primeiro lugar, o regime das obrigações naturais tende a equiparar-se ao das obrigações civis, em tudo o que não envolva a coercibilidade das últimas; em segundo lugar, considerando que o sistema é aberto, não podemos esquecer que a juridicidade só pode ser inteligida a partir da compreensão da relevância do caso. Isto, a implicar que não existe uma separação estanque entre o direito e as outras ordens normativas, leva-nos a concluir que a transição de um domínio para o outro (da ordem moral ou social para a ordem jurídica) — a fazer apelo a um dever de justiça ⁽¹³⁸⁾ — implica a presença dos pressupostos de emergência do direito. Donde, não é a

normativos, penetram francamente na cidadela do Direito. Assim se explica a necessidade que eles exprimem de crismar com um *nomen iuris* os deveres morais e sociais que são o substrato das obrigações naturais. Ora, por um lado, não há necessidade de converter esses deveres morais ou sociais em figuras do mundo do direito para explicar a sua relevância jurídica, dada a frequente interpenetração dos complexos normativos reguladores da vida em sociedade (...). No fundo, não seria possível equiparar o pagamento da obrigação civil e o cumprimento da obrigação natural — cf. nota 3, p. 740, em concordância com a posição de Oppo (*Adempimento*, 408 s.). Do autor, veja-se, ainda, “Natureza jurídica das obrigações naturais”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 90, 17 s. Sobre o posicionamento, cf., ainda, Jaime de GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, 1933, Lisboa, p. 143: “A obrigação natural será o próprio dever moral, a cuja prática, realizada pelo devedor, a lei, em certos casos, atribui efeitos jurídicos”.

⁽¹³⁷⁾ Note-se que a ideia de que a renúncia às garantias do credor descaracteriza a obrigação, transformando-a numa mera obrigação natural, preside à solução plasmada no artigo 809.º CC. Nesse sentido, cf. António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Almedina, 2011, Coimbra. Veja-se, também, quanto ao ponto, Luís Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações* I, 125, considerando que as obrigações naturais “não podem ser convencionalmente livremente pelas partes no exercício da sua autonomia privada, uma vez que uma convenção nesse sentido equivaleria a uma renúncia do credor ao direito de exigir o cumprimento, que é vedada pelo artigo 809.º”.

⁽¹³⁸⁾ Cf. Luís Menezes LEITÃO, *Direito das obrigações*, 125, considerando que “só poderão admitir-se obrigações naturais com base no disposto no artigo 402.º, que se refere aos deveres de ordem moral ou social que correspondem a um dever de justiça. Para além dos casos previstos na lei, a obrigação natural é genericamente

juridicidade que falha. O que está em causa, ao invés, é a fragilidade do vínculo garantístico. Não se estranha, por isso, que uma das preocupações dos autores passe por densificar o conceito de dever de justiça ínsito na descoberta de uma obrigação natural ⁽¹³⁹⁾. O problema coloca-se por, a partir do momento em que se reconhece ter a figura um alcance geral ⁽¹⁴⁰⁾, ser necessário traçar um limite de admissibilidade das obrigações naturais.

A este propósito, diz-nos Antunes Varela que o mero dever genérico de caridade (*v. g.*, dar esmola aos pobres), de beneficência, social de cortesia (*v. g.*, oferecer presentes de aniversário, noivado, batismo), meras prestações inspiradas por um simples motivo ou dever cívico de utilidade pública (*v. g.*, contribuições entregues a uma fundação para a construção de uma casa de pobres) não são suscetíveis de fundar uma obrigação natural ⁽¹⁴¹⁾. Para podermos falar de uma obrigação natural é necessário que exista um dever moral ou social específico entre pessoas determinadas, cujo cumprimento é imposto por uma reta composição de interesses (ditames da justiça) ⁽¹⁴²⁾ ⁽¹⁴³⁾.

admitida em que se possa considerar o cumprimento de um dever moral ou social correspondente a um dever de justiça”.

⁽¹³⁹⁾ Cf. Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 723.

⁽¹⁴⁰⁾ Sobre o ponto, cf. José TAVARES, *Os princípios fundamentais*, 552; Adriano Vaz SERRA, “Obrigação natural”, *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 53, 1956, pp. 20 e ss.; Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 722 (dando nota da amplitude da cláusula contida no artigo 402.º CC e apresentando exemplos de outras obrigações naturais, para além das expressamente previstas no diploma: “fiador ter garantido a dívida do incapaz e ter cumprido em seguida a obrigação — artigo 632.º/2; devedor invoca a prescrição e o fiador cumpre a obrigação, por querer renunciar à prescrição — 636.º/3”. O autor coloca, ainda, o problema de saber se uma obrigação nula por vício de forma pode ou não dar lugar a uma obrigação natural e sustenta que tudo depende da finalidade prosseguida pela exigência de formalidade, que pode ser incompatível com a imposição de qualquer vínculo ao declarante). O problema da extensão das obrigações naturais colocou-se, sobretudo, no quadro de vigência do Código de Seabra, que apenas previa dois casos: o da dívida proveniente de empréstimo feito a menor sem autorização do representante legal deste (artigo 1535.º) e as dívidas de jogo, quando o jogo fosse de azar (artigo 1542.º).

⁽¹⁴¹⁾ Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 723. Para o autor, estaríamos aqui diante de uma doação ou donativo. Ademais, esclarece que também não há uma obrigação natural quando se gratifica, retribui ou compensa um serviço prestado, estando aí em causa uma doação remuneratória (artigo 941.º).

⁽¹⁴²⁾ Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 724.

⁽¹⁴³⁾ Cf., ainda, Guilherme MOREIRA, *Instituições*, 22 s.; José VELHO, *Subsídios*, 28; Luiz da Cunha GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, vol. IV, Coimbra Editora, 1932, Coimbra, 131 s.

E esclarece que a existência de um dever moral ou social pode depender de circunstâncias subjetivas (as relações entre as pessoas, a situação económica de uma delas ou de ambas, a sua condição social) ⁽¹⁴⁴⁾.

Por seu turno, Menezes Cordeiro argumenta que há uma obrigação natural sempre que uma obrigação jurídica (dever de justiça) seja privada de exigibilidade judicial, sem prejuízo da sua idoneidade (dever moral ou social). Assim, continua o autor, a existência de uma obrigação natural exige, em primeira linha, a formação de uma obrigação jurídica ⁽¹⁴⁵⁾, pelo que a pesquisa se há de centrar em torno da incoercibilidade que, não se presumindo, deve resultar de disposições legais que, expressa ou implicitamente, vedem o recurso ao tribunal ⁽¹⁴⁶⁾.

⁽¹⁴⁴⁾ Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 724. Já não depende do juízo que o autor da prestação faça dela.

⁽¹⁴⁵⁾ Cf. António Menezes CORDEIRO, *Direito das obrigações*, 322. Do autor, veja-se, também, *Tratado de Direito Civil Português, Direito das Obrigações*, tomo I, 1.ª edição, Almedina, 2009, Coimbra, 569.

⁽¹⁴⁶⁾ Atente-se em alguns dados não despiciendos. Tradicionalmente, a obrigação natural foi entendida como uma *obligation civile degénéré*. Nesse sentido, cf. Jean DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus*, 1777, Paris. Em sentido contrário, cf. Vaz SERRA, “Obrigações naturais”, 39 s. Veja-se, igualmente, François LAURENT, *Principles de Droit Civil Français*, tome 17, Ed. Bruylant, 1869, Paris, 1 s. O autor distingue a ordem moral da ordem jurídica, os deveres morais, dos deveres jurídicos, sendo os segundos caracterizados pela coercibilidade. Mas tem o cuidado de especificar que as obrigações naturais também se diferenciam das obrigações civis, constituindo um vínculo imperfeito. Nesta medida, as obrigações naturais seriam jurídicas pela sua natureza, mas o legislador não lhes reconheceria a exequibilidade por via de uma ação. *In fine*, cf. a posição de José VELHO, *Subsídios*, 38 s. O autor distingue diversas situações a propósito das obrigações naturais: a) *fenómeno descensional*, que “parte das relações jurídicas perfeitas que, por motivos de ordem intrassistêmica, principialista, segurança jurídica, certeza, oportunidade ou proteção, ficam despidas de sanção: obrigações abortadas ou degeneradas. São obrigações plenas, com menos um elemento que a lei decide retirar por razões de ordem positiva, plenamente explicáveis dentro do ânimo jus-civilista”. Note-se que o autor diz, a este ensejo, que as “obrigações naturais são neste capítulo desnecessárias, capricho legislativo”, dado com que não concordamos; b) *fenómeno ascensor*, “de permeabilidade de certas relações que, não caindo imediatamente nas teias compreensivas jurídicas, lhe permeiam, porém, o tecido. É aí que encontramos o âmbito aplicativo do artigo 402.º, que declara naturais as obrigações que se fundam num mero dever de ordem moral ou social correspondentes a um dever de justiça”. Para o autor, estaríamos aqui diante de um fenómeno inverso ao que se verifica ao nível dos bons costumes, da boa-fé ou do abuso do direito, dado com o qual também não podemos estar de acordo.

No fundo, a ideia há de ser a de perceber por que razão não é possível exigir judicialmente o cumprimento de uma obrigação que, mesmo com assento numa ordem moral ou social, corresponde a um dever de justiça e, portanto, não pode ser senão jurídica ⁽¹⁴⁷⁾.

Ainda que na base do dever emergente esteja um dever moral ou social, porque as diversas ordens normativas apelam a um sentido de eticidade que se comunica ao jurídico ⁽¹⁴⁸⁾, e porque é, no fundo, a conversão daquele dever num dever de justiça que determina a relevância jurídica da hipótese ⁽¹⁴⁹⁾, não pode esta contender com outras

⁽¹⁴⁷⁾ Nesta medida, não vemos como se possa justificar a emergência de uma obrigação natural nas situações em que um negócio é nulo ou anulável. Designadamente, no problema debatido acerca do eventual surgimento de um dever de justiça alicerçado numa ordem moral ou social na hipótese de um contrato nulo por vício de forma. Na verdade, se o ordenamento jurídico impõe a sanção da nulidade, invocável a todo o tempo e com eficácia retroativa, gerar-se-ia uma incongruência normativa ao advogarmos esta solução. Ela só é pensável numa lógica de descontinuidade e de não comunicação entre os diversos domínios normativos. Pelo contrário, o que deve estar sempre presente é a permeabilidade do jurídico pelas outras dimensões.

Cf., a este propósito, a referência de Luís Menezes LEITÃO, *Direito das obrigações*, 130, nota 286 ao exemplo avançado por Inocêncio Galvão TELLES, *Direito das Obrigações*, 53. Em causa estava um legado feito por simples carta. Os herdeiros cumprem por existir uma regra social, correspondente a um dever de justiça, que impõe o respeito da vontade do falecido. Se considerássemos este dever como um dever jurídico — avança o autor —, teríamos dois efeitos jurídicos contraditórios na mesma situação: invalidade do legado e dever de o cumprir. Subjacente à argumentação do autor está a ideia de que as obrigações naturais correspondem a um dever oriundo de outras ordens normativas. Sem o negarmos, entendemos, contudo, que a transição para o domínio da juridicidade as marca, *ab initio*, com as características predicativas deste.

⁽¹⁴⁸⁾ Fernando Pinto BRONZE, *Lições de Introdução do Direito*, 67, nota 29: “o domínio do direito está longe de se recortar, com total nitidez, do da moral — e justamente porque esta última (...) também cunha o horizonte da juridicidade, entrelaçando-se com ele e introduzindo-se nele (...), numa mútua autonomização, que não chega a ser recíproca separação (...) e que está na base do conhecido fenómeno das internormatividades”.

⁽¹⁴⁹⁾ Cf., a este propósito, José Carlos VELHO, *Subsídios*, 28. Lidando com a questão do género de deveres que podem ascender à categoria de obrigações naturais, o autor aduz que “[se] excluem[...] todos aqueles que digam respeito a uma moral individual, os puros sentimentos, a caridade, a piedade. Também se excluem os gerais sentimentos de caridade, altruísmo ou solidariedade”. Mais adianta o autor (nota 190) que “o dever tem de nascer de uma particular circunstância e entre sujeitos determinados”, “para que se faça funcionar o mecanismo próprio das obrigações naturais”.

soluções já constituídas ao nível do ordenamento jurídico, que se querem, também, ético-axiologicamente fundadas ⁽¹⁵⁰⁾.

Veja-se, igualmente, o Ac. Tribunal da Relação de Coimbra de 3-12-2009 (www.dgsi.pt), considerando que não podem ser tidos como deveres de ordem moral e social suscetíveis de desencadear uma obrigação natural “um simples pensamento de piedade, de caridade, de cavalheirismo ou um sentimento de escrúpulo de carácter individual”, e o Ac. Supremo Tribunal de Justiça de 22-2-2011 (www.dgsi.pt), afirmando que “não há obrigação natural quando o fundamento da prestação seja um dever de gratidão, de reconhecimento, e a intenção, por parte do autor, de gratificar, retribuir ou compensar um serviço realizado gratuitamente” [em causa estava saber se as prestações e pagamentos realizados pelo autor do processo, enquanto esteve casado com a filha dos réus, numa casa destes, tendo em vista a edificação da habitação do autor e do seu agregado familiar, configuram ou não deveres morais ou sociais que consubstanciem obrigações naturais. O STJ considerou que não e entendeu que, com o divórcio, “deixou de ter causa a transferência material realizada do património do autor para o dos réus — enriquecendo estes e empobrecendo aquele —, pelo que se justifica a obrigação de restituição, com base no instituto do enriquecimento sem causa”].

⁽¹⁵⁰⁾ A moral limita-se “a mobilizar a (a apelar à) nossa consciência” (Fernando Pinto BRONZE, *Lições de Introdução*, 62 s.). Já o direito é atributivo e bilateral (op. cit., p. 63). Continuando a acompanhar o autor, podemos dizer que “a caridade, imposta pela moral, é um ato unilateral (o pobre não pode exigir esmola; quando a dá, o esmoler cumpre apenas uma obrigação que a sua consciência lhe impõe), ao passo que, no quadro do direito, a relação que se estabelece é bilateral (...)”, “ou, de outro modo: em lugar das exigências (...) unilaterais características, v.gr. do amor, o direito é constituído por uma rede de exigibilidades radicadas na sua nuclear reciprocidade”. Quer isto dizer que a relevância jurídica da obrigação natural só deflui do facto de existir uma intersubjetividade que, não implicando a executabilidade, não deixa, contudo, de arrastar consigo o mínimo de cobertura sancionatória (traduzida na proibição de repetição do indevido). Há, no fundo, um mínimo de exigibilidade que é cumprido por uma sanção atenuada. Veja-se, ainda, do autor p. 68, nota 29, considerando que o refluxo da moral no domínio da juridicidade pode produzir efeitos ao nível do direito penal a partir de um *omittere*.

Veja-se, também, a este propósito, Lino Rodríguez BUSTAMANTE, “Constitución de la obligación natural como deber jurídico”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, n.º 8, 1951, 71 s. e, para uma compreensão mais aprofundada do problema, tendo em conta a evolução histórica da figura, Giovanni PACCHIONI, “L’obbligatio naturalis nel diritto romano classico e nel diritto attuale”, *Rivista di Diritto Civile*, XVIII, 1926, 45; Giovanni E. LONGO, “Lenti progressi in tema di obligatio naturalis”, *Labeo*, vol. 12, 1966, 375 s.; António Menezes CORDEIRO, *Direito das obrigações*, 311 s. [Tendo em conta a estrutura do direito romano, alicerçado na *actio*, a obrigação natural correspondia, nesse período histórico, a um direito desprovido da *actio*, pese embora produzisse os seus efeitos jurídicos (cf., do último autor citado, p. 312). Menezes Cordeiro explica que a “peculiaridade da inexistência de ação adviria da presença, em Roma, de sujeitos não dotados de

personalidade — escravos — ou de personalidade diminuída — *fili familias*”, e que na Idade Média se alterou a intencionalidade da categoria. Fala-nos o civilista de “um apagamento das obrigações naturais de índole romana, fruto do desaparecimento da escravatura e das situações de personalidade imperfeita” e do surgimento, por via do canonismo, de “novas obrigações desprovidas de coação executiva, por derivarem de faculdades meramente morais ou religiosas”. Mais esclarece o autor que, se Pothier continua a olhar para as obrigações naturais como “aquelas que, por razões de honra e consciência, obrigam aqueles que as contraíam a cumpri-las, mas que o direito recusa a ação”, a pandetística alemã “coadunava-se mal com a evolução verificada na Idade Média”, considerando, no pensamento paradigmático de Windscheid, que as obrigações naturais são, “em princípio, inteiramente indiferentes ao direito; em certos casos este não se lhes mostra totalmente alheio, admitindo que elas surtam alguns efeitos”]; José Carlos Veiga Alves VELHO, *Subsídios*, [sublinhando que “o especial ordenamento social e familiar romano, a diferenciação dos homens entre *sui iuris* e *alieni iuris*, em *ciues* e *peregrini*, em *liberi* e *servi*, a necessidade de observância de rígidas praxes, o estado de submissão à *potestas* do *paterfamilias*, a tutela perpétua em que viva a mulher casada *cum manu* suscitavam obrigações que o *ius civile* recusava sancionar por via imediata, mas que o apurado senso jurídico dos romanos ordenava que fossem reconhecidas e regulamentadas como veros vínculos de direito (...)”, assim emergindo os casos de “debitum naturale, (...) reconhecidos como verdadeiros débitos sem respondência” — p. 5. Mais explica o autor que a “primeira tentativa de fundamentação da diferença entre as obrigações naturais e as obrigações civis terá sido alicerçada na diferença entre o direito natural e o direito positivo, pressupondo o direito natural como expressão do *bonum et aequum*” (p. 8). José Velho rememora a distinção entre o *ius civile* e o *ius gentium* e explica que o *ius gentium*, no direito romano clássico, se identificava com o *ius naturale*, passando, no período justiniano, a indicar um direito de carácter ético, pelo que, se naquele primeiro momento a obrigação natural era vista como o facto e identificada como uma solução para os problemas suscitados pelos incapazes, na época justiniana, o seu fundamento “é atribuído a motivos de índole moral, filosófica, religiosa, influência das ideias cristãs” — cf. p. 10. Mais especificamente, o autor aduz que o “direito justiniano reuniu, no seu ímpeto sistematizador, sob a mesma designação, todos os casos que estavam despidos de ação e que pouco tinham em comum a não ser a *solutio retentio*” — cf. p. 11. Quer isto dizer que a dualidade a que já Menezes Cordeiro se referira também está presente no pensamento do autor agora citado, sendo, porém, diverso o momento e o fundamento da bipartição para cada um dos juristas. Em conclusão, o autor sustenta que as obrigações naturais são usadas, já no direito romano, para identificar três realidades diferentes: a) obrigações contraídas pelos que não se podiam obrigar segundo o *ius civile*, mas sim segundo o *ius gentium*, identificado, na época clássica, com o direito natural; b) as obrigações baseadas no *ius civile*, que se viam despidas de ação por algum defeito formal; c) as obrigações que se fundam no direito natural, entendido a partir da época justiniana, com um claro fundamento ético — cf. p. 12 e p. 50, nota 50, onde se podem colher alguns exemplos: prestação de alimentos a certos parentes que a eles não tinham direito pelo *ius civile*; pagamento de despesas de um funeral de um parente; pagamento feito por uma mãe a um filho para o libertar da escravatura]; Adriano Vaz SERRA, “Obrigações naturais”, 20 s.; Álvaro D’ORS, *Derecho privado romano*, 9.^a edição, U. Navarra, 1997, Pamplona, 416 s.

São exemplos de obrigações naturais as dívidas resultantes de contratos de jogo e aposta lícitos e não ressalvados em legislação especial (1245.º CC ⁽¹⁵¹⁾), as dívidas prescritas, depois de invocada a prescrição (304.º CC), o dever dos pais, a quem a lei defere a propriedade dos bens que o filho menor, vivendo em sua companhia, produza com o trabalho que lhe presta e com meios ou capitais a eles pertencentes, de darem ao filho participação nesses bens ou compensá-lo por outra maneira (1895.º CC) e a obrigação natural de alimentos (495.º/3 CC) ⁽¹⁵²⁾.

A neutralidade com que se procurava contaminar o direito positivo, único aceite como verdadeiro direito, e a tentativa de o elevar à qualidade de uma ciência exata aliada a uma ideia de formalidade eram notas características do pensamento positivista que, se tidas devidamente em conta, permitirão perceber em que medida a figura das obrigações naturais configuraria um elemento perturbador neste período do pensamento jurídico. Não se estranha, por isso, que com os primeiros sinais de superação do pensamento herdado de oitocentos a categoria seja admitida com foros de generalidade. Hodiernamente, a moral, sendo uma ordem normativa autónoma e distinta da ordem jurídica, não deixa de comunicar com o direito. Só que nessa comunicação — que impede a estanquicidade dos dois domínios — o dever moral só produz efeitos jurídicos, enquadráveis na categoria das obrigações naturais, se e na medida em que constitua também um dever de justiça. Ora, não sendo o direito uma mera forma reguladora das condutas em sociedade, mas um dever-ser que é, com assento ético e axiológico, as exigências de justiça, em concreto, evidenciam uma coincidência entre as axiologias dos dois domínios. Por que razão, então, não são judicialmente exigíveis as obrigações naturais? Exatamente porque, por uma questão sistemática, elas padecem de um grau inferior de coercibilidade. Como o direito não surge como uma decorrência lógico-dedutiva do princípio normativo que o funda, constituindo cada solução positivamente consagrada uma possível refração daquele, nem sempre o que é moralmente exigível o é juridicamente. Até porque o quadro normativo existente é também resultado do jogo dialético-sistemático de múltiplos princípios que, sendo uma projeção daquele princípio e não podendo deixar de lhe obedecer, oferecem ao dever um recorte particular. Mas isto não significa que a coincidência denunciada não exista: é que a moralidade só se torna juridicamente relevante quando, ainda que com sacrifício da plena eficácia de algumas soluções (*v. g.* a de que a segurança jurídica determina a existência de consequências do decurso do tempo sobre as obrigações), a própria justiça — que se funda numa ética — depõe no mesmo sentido. Por isso é que não podemos falar de obrigação natural quando a justiça material — projetada numa qualquer solução normativa — se realize por outra via que com aquela conflitue.

⁽¹⁵¹⁾ Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, “Concursos televisivos e obrigações naturais — breves notas a partir da ponderação judicativa do Supremo Tribunal de Justiça”, *Scientia Iuridica*, 336, Dezembro 2014, 405-425.

⁽¹⁵²⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 44.

4.5.4.2. Direito potestativo

A segunda parte da noção de direito subjetivo em sentido amplo corresponde ao direito potestativo ⁽¹⁵³⁾. Este pode, então, definir-se como poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento jurídico de, por um ato de livre vontade, só de per si ou integrado por um ato de uma autoridade pública, desencadear a produção de efeitos jurídicos que inevitavelmente se irão produzir na esfera jurídica da contraparte. Do lado passivo da relação jurídica, vamos encontrar uma sujeição, que corresponde à situação de necessidade ou de dependência em que o titular passivo da relação jurídica vê serem produzidos determinados efeitos jurídicos na sua esfera, não se podendo opor a eles. Contrariamente ao dever jurídico, relativamente ao qual há o poder fáctico de não cumprir, embora o sujeito se submeta às sanções predispostas pelo ordenamento jurídico, tratando-se de uma sujeição, o titular passivo fica numa situação em que nada pode fazer

⁽¹⁵³⁾ Sobre o tema dos direitos potestativos, figura autonomizada por Zitelmann, cf., novamente, HÖRSTER, “Nótula referente a alguns aspectos pontuais dos direitos potestativos”, *Revista de Direito e Economia*, XV, 1989, 347 e *A parte geral*, 243; Pereira COELHO, “Caducidade do direito ao divórcio ou à separação de pessoas e bens”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 104, 1971/1972, 51; Baptista MACHADO, “Resolução do contrato de arrendamento comercial”, *Colectânea de Jurisprudência*, IX, II, 1984, 15; Giuseppe CHIOVENDA, “L’azione nel sistema dei diritti”, *Saggi di Diritto Processuale Civile*, vol. I, Giuffrè Editore, Milano, 1993, 3-99, 20; Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, 12-13; DAVID OLIVEIRA FESTAS, *Em tema de poderes potestativos. Algumas considerações sobre a sua estrutura, conceito e natureza jurídica*, Faculdade de Direito de Lisboa, 2003; Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 552-554; Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/I, 335-338; Castro MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, 1, 363; Mota PINTO, *Teoria Geral*, 176; Capelo DE SOUSA, *Teoria Geral*, 184-185; L. A. HART, *O conceito de direito*, 4.º edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 2005 (tradução de Armindo Ribeiro Mendes), 44 s.; LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, § 50; Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral*, 25. Veja-se, ainda, a posição de Hörster, que, a par destes, fala dos chamados direitos oponíveis (*Gegenrechte*), como por exemplo o direito a invocar a prescrição (*A Parte Geral*, 47) [cf., ainda, a propósito dos *Gegenrechte*, Mota PINTO, *Cessão da posição contratual*, Almedina, Coimbra, reimpressão, 2003, 357, nota 1]; de SECKEL, “Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts”, *Festgabe für Koch*, Verlag von Otto Liebmann, Berlin, 1903, 205-253, 209, que, criticando a designação proposta por Zitelmann, fala dos direitos conformativos (*Gestaltungsrecht*), *apud* David FESTAS, *Em tema de poderes potestativos. Algumas considerações sobre a sua estrutura, conceito e natureza jurídica*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003.

senão suportar as consequências do exercício do direito pelo titular ativo ⁽¹⁵⁴⁾. Nessa medida, a sujeição não se confunde com as obrigações negativas (deveres de abstenção). Consoante explica Orlando de Carvalho, “a sujeição implica não um *non facere*, mas um *pati*, um ter de sofrer, queira ou não queira, de que a possibilidade de violação está totalmente excluída” ⁽¹⁵⁵⁾.

Os direitos potestativos podem ser de três tipos, consoante o efeito jurídico desencadeado conduza à constituição, à modificação ou à extinção de uma relação jurídica. Podemos assim falar de *direitos potestativos constitutivos* (constituem uma relação jurídica), como, por exemplo, o direito a constituir uma servidão de passagem (artigo 1550.º CC) ⁽¹⁵⁶⁾; de *direitos potestativos modificativos* (quando o exercício dos poderes do titular ativo da relação jurídica conduzem a uma modificação da relação jurídica), como, por exemplo, o direito à separação judicial de pessoas e bens (artigo 1794.º CC); e de *direitos potestativos extintivos* (se o exercício dos poderes do titular ativo da relação jurídica conduzem à extinção da relação jurídica), como por exemplo o direito à resolução de um contrato, o direito ao divórcio; o direito a invocar a nulidade ou anulabilidade de um negócio jurídico; o direito de denúncia.

4.5.5. Classificação de direitos subjetivos

Para além da classificação dos direitos potestativos como constitutivos, modificativos e extintivos, podemos confrontar-nos com outras classificações de direitos subjetivos.

Os direitos subjetivos podem ser *absolutos* ou *relativos*. Os primeiros são os que vinculam todos os membros da comunidade jurídica, tendo eficácia *erga omnes*. Se do lado ativo da relação jurídica encontrarmos um direito absoluto, do lado passivo vamos encontrar um dever de abstenção que, porque vincula todos, se designa por obrigação passiva universal. Tratando-se de um direito

⁽¹⁵⁴⁾ Cf. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 185 s.

⁽¹⁵⁵⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 55.

⁽¹⁵⁶⁾ Acerca da qualificação do direito de preferência como um direito potestativo ou um direito real de aquisição, cf. Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 44. Em sentido diverso, veja-se Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 184. Para uma análise desenvolvida do problema, veja-se Henrique MESQUITA, *Obrigações reais e ónus reais*.

de personalidade, o lado passivo da relação jurídica é preenchido por um dever de respeito, como *infra* se analisará. Existindo do lado ativo da relação jurídica um direito relativo, do lado passivo vamos encontrar uma obrigação em sentido técnico. São absolutos os direitos de personalidade e os direitos reais; são relativos os direitos de crédito.

Os direitos subjetivos podem, ainda, ser *patrimoniais* ou não *patrimoniais* (*pessoais*). Os primeiros são suscetíveis de avaliação pecuniária, ao contrário dos segundos que não são suscetíveis de avaliação em dinheiro. Esta distinção não corresponde à cisão entre os danos patrimoniais e não patrimoniais. Embora o critério da possibilidade de avaliação pecuniária seja idêntico, haveremos de ter em conta que da violação de um direito de natureza patrimonial podem resultar danos não patrimoniais, do mesmo modo que da lesão de um direito de natureza não patrimonial podem resultar danos patrimoniais.

Uma outra classificação permite-nos estabelecer a cisão entre *direitos dominiais* e *direitos não dominiais*. Os primeiros, de que são exemplo os direitos reais, são aqueles cujo objeto está na total disponibilidade do seu titular; já os segundos — os não dominiais — são aqueles cujo objeto não está na total disponibilidade do seu titular: é o caso dos direitos de personalidade ⁽¹⁵⁷⁾. A distinção é, nesta medida, paralela à que se estabelece entre os direitos *disponíveis* e *não disponíveis* ⁽¹⁵⁸⁾: esta classificação tem em conta a possibilidade ou a impossibilidade de o titular do direito o transferir para um terceiro. Os direitos patrimoniais são, em princípio, disponíveis; os direitos não patrimoniais/pessoais são indisponíveis.

Do ponto de vista estrutural, dentro da categoria dos direitos subjetivos em sentido estrito, podemos confrontar-nos com *direitos de personalidade* (direitos que incidem sobre a própria pessoa globalmente considerada — no caso do direito geral de personalidade — ou sobre determinados bens da personalidade humana — no caso dos direitos especiais de personalidade), com *direitos de crédito* (que têm por objeto o comportamento de pessoas certas e determinadas, sendo um direito a uma prestação), e com *direitos reais* (poderes diretos e imediatos sobre uma coisa, segundo um estatuto definido por lei que é não só fonte de poderes, como também de deveres,

⁽¹⁵⁷⁾ Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 190.

⁽¹⁵⁸⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 52.

impondo-se do ponto de vista externo um dever geral de abstenção a todos os membros da comunidade jurídica ⁽¹⁵⁹⁾).

Dentro dos direitos reais, podemos confrontar-nos com o direito real máximo (o direito de propriedade), mas também com direitos reais limitados: *direitos reais de aquisição*, *direitos reais de gozo* e *direitos reais de garantia* ⁽¹⁶⁰⁾. Os direitos reais de gozo conferem ao titular o gozo ou fruição da coisa. São eles: o direito de usufruto, o direito de uso e habitação, o direito de superfície, o direito de servidão predial, o direito real de habitação periódica ⁽¹⁶¹⁾. Estando os direitos reais sujeitos ao princípio do *numerus clausus*, o elenco apresentado é taxativo ⁽¹⁶²⁾. Contudo, isto não significa que seja estanque: o legislador pode, a todo o momento, tipificar um novo direito real. Pense-se no atualíssimo direito real de habitação duradoura.

Os direitos reais de aquisição são direitos (reais) que conferem ao titular a possibilidade de adquirir uma coisa, em consequência de um direito real de gozo, de um direito real de garantia ou de um direito obrigacional ⁽¹⁶³⁾. Os autores apontam como exemplos destes direitos

⁽¹⁵⁹⁾ Acerca das controvérsias sobre o conceito de direito real, vide Henrique MESQUITA, *Obrigações reais e ónus reais*, Almedina, Coimbra, 1997, 54 s. Os direitos reais são definidos pelo autor como a relação de soberania ou de domínio de uma pessoa sobre uma coisa, exercida segundo um determinado estatuto, definido por lei, que é não só fonte de poderes, mas também de deveres. Não cremos que este corresponda ao melhor entendimento. Na verdade, a esta perspetiva realista — que tem o mérito de sublinhar a possibilidade conferida ao titular do direito de exercer o seu poder diretamente sobre a coisa, sem necessidade de mediação de terceiros — esconde a estrutura da relação jurídica que se estabelece e que não pode deixar de se estabelecer entre sujeitas. No fundo, a definição do insigne civilista parece apontar, apenas, para o conteúdo do direito.

⁽¹⁶⁰⁾ Os direitos reais caracterizam-se por duas notas: o direito de sequência (acompanham sempre a coisa nas suas transmissões) e o direito de preferência (a prioridade temporal ou a prioridade do registo conferem prevalência sobre os outros direitos constituídos sobre a mesma coisa). Sobre o ponto, cf. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 157. A par destas características, o direito de propriedade — enquanto direito real máximo — pauta-se pela sua elasticidade: sendo o seu conteúdo integrado por um leque muito alargado de poderes (faculdades jurídicas secundárias), ele pode ser comprimido pela constituição de um direito real de gozo limitado. Extinguindo-se esta posição jus-subjetiva, o direito de propriedade readquire a sua plenitude.

⁽¹⁶¹⁾ Cf. Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 53; Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 155.

⁽¹⁶²⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 155.

⁽¹⁶³⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 53.

reais de aquisição os direitos reais de preferência e os direitos potestativos de aquisição ⁽¹⁶⁴⁾. O posicionamento não é, porém, unânime. Henrique Mesquita, ao invés, considera que os direitos legais de preferência não configuram puros direitos reais, antes sendo integrados por diversos tipos de posições jus-subjetivas ⁽¹⁶⁵⁾.

Os direitos reais de garantia, por seu turno, conferem ao titular o poder de obter, com preferência sobre todos os outros credores, o pagamento da dívida de que é titular ativo, à custa da coisa sobre a qual incide o direito real. São direitos reais de garantia o penhor, a hipoteca, os privilégios creditórios especiais, o direito de retenção, a consignação de rendimentos.

5. OUTRAS POSIÇÕES SUBJETIVAS

5.1. Expectativas jurídicas

Ao nível jurídica, fala-se muitas vezes de expectativas. O conceito não é unívoco, podendo ser assumido em diversos sentidos ⁽¹⁶⁶⁾.

⁽¹⁶⁴⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 53-54; Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 157.

⁽¹⁶⁵⁾ Vide Henrique MESQUITA, *Obrigações reais e ónus reais*, 76.

⁽¹⁶⁶⁾ Para um leque de outras aceções com que o termo expectativa é assumido no Código Civil, cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português* I/I, 347. Assim, o autor fala-nos de expectativa como confiança (artigo 78.º); legítimas expectativas no sentido de danos emergentes e lucros cessantes, pela necessidade de limitar a indemnização, atenta a natureza lícita da revogação do consentimento, no caso do artigo 81.º CC; expectativas no sentido de convicção psicológica do declarante, no caso do artigo 245.º/1 CC.

Para a consideração destas hipóteses, veja-se, ainda, Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 240 s.

No que respeita ao artigo 81.º CC, considerando que o mesmo não é aplicável quando não haja uma verdadeira limitação aos direitos de personalidade — “quando o conjunto de bens da personalidade não sofra diminuição, sendo a restrição de um bem da personalidade não essencial compensada pelo aumento ou desenvolvimento de outro bem da mesma personalidade, no âmbito do poder de autodeterminação do sujeito ativo”, ou seja, no caso de consentimento vinculante (cf. Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 241 e n. 601) —, sustenta que, estando em causa um ato ou negócio jurídico válido e atributivo de direitos, o ordenamento jurídico, em nome da natureza dos direitos de personalidade ligados à dignidade da pessoa humana, admite sempre a possibilidade de revogação, impondo, contudo, um dever de indemnizar, que fica limitado às legítimas expectativas.

Desde logo, podemos confrontar-nos com meras expectativas de facto. Estas traduzem-se numa esperança de, no futuro, vir a beneficiar de um direito ou de uma vantagem. Como a doutrina tem ensinado, não assumem relevância jurídica, não sendo tuteladas pelo direito ⁽¹⁶⁷⁾.

Por outro lado, podemos deparar-nos com as chamadas *expectativas jurídicas*. Estas traduzem-se na “situação ativa, juridicamente tutelada, correspondente a um estágio de um processo complexo de formação sucessiva de um direito” ⁽¹⁶⁸⁾. De acordo com a explicação de Mota Pinto, “é esta uma situação em que se verifica a possibilidade, juridicamente tutelada, de aquisição futura de um direito, estando já parcialmente verificada a situação jurídica (o facto jurídico) complexa constitutiva desse direito” ⁽¹⁶⁹⁾.

Apesar da aparente linearidade com que surge definida, a doutrina não se mostra unânime na recondução de certas situações e posições à categoria agora em análise.

Importa, por isso, estabelecer algumas cisões, acompanhando neste ponto Orlando de Carvalho. O autor distingue a simples esperança de aquisição de um direito, longínqua e fortuita (*spes vana*), ainda que protegida pelo ordenamento jurídico ⁽¹⁷⁰⁾; a expectativa jurídica,

Para o autor, há aqui uma *expectativa imprópria*, que vale apenas para a fixação da indemnização.

⁽¹⁶⁷⁾ Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 237 s.

⁽¹⁶⁸⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 188.

⁽¹⁶⁹⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 188.

⁽¹⁷⁰⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 48 s. O autor dá como exemplo a esperança de alguém vir a suceder mortis causa a alguém, mesmo que a título de sucessão legítima. Em sentido diverso, cf. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 189, falando do caso do herdeiro legítimo em vida do hereditando como uma hipótese de expectativa jurídica. Sobre esta situação, cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português* I/I, 349. Para o autor, teremos de distinguir as expectativas jurídicas de determinados direitos que garantam vantagens futuras ou eventuais. Ainda que muitos deles sejam “dobrados por expectativas”. Entre esses direitos falar dos *direitos de candidatura*, isto é, direitos “pelos quais o beneficiário ocupa uma posição tutelada que lhe irá facultar vantagens: o herdeiro legítimo”, a par de *direitos de adjudicação* ou de *aquisição automática* (“correspondentes a situações nas quais o beneficiário, por mero efeito da lei, irá adquirir um novo direito: por exemplo, o direito aos frutos do possuidor de boa-fé”) e de *direitos de apropriação* (“equivalentes às ocorrências que permitam ao beneficiário, através de uma declaração de vontade, adquirir um novo direito: por exemplo, os direitos do promitente adquirente ou do preferente”). Para a génese da tripartição, veja-se LARENZ/WOLFF, *Allgemeiner Teil*, 275 s., também citados por Menezes Cordeiro.

que representaria um “direito subjetivo em embrião”, sendo juridicamente protegida como tal, a corresponder a uma “situação intermédia mais ou menos consistente, produtora de certos efeitos prévios (...), uma situação já concretamente definida no seu rosto embora careça da sua produtividade normal”, a uma *spes iuris* ⁽¹⁷¹⁾, ainda distinta do *ius perfectum*, que identificaria o direito subjetivo. Como exemplo destas expectativas jurídicas avança o autor a hipótese da posição do sucessível, depois de aberta a herança e antes da aceitação. É que, neste caso, como explica o insigne civilista, “embora a aceitação seja essencial para que o chamado à sucessão adquira a propriedade e a posse dos bens da herança (2050.º), a posição dele, mesmo antes de aceitar, não pode deixar de haver-se como uma verdadeira *spes iuris*, pois há normas que necessariamente postulam uma definição como quase direito: artigos 2047.º, 2058.º, 2067.º, 1 e 2” ⁽¹⁷²⁾.

Situações haverá, contudo, em que “o direito está morfológicamente formado, em que há um verdadeiro juristema, como acontece nas doações e sucessões a nascituros e, de modo geral, os direitos *sub termino* ou *sub conitione*”. Nessas hipóteses, haveríamos de fazer intervir uma ideia de situação interina, concebendo as posições como “verdadeiros direitos cuja titularidade se encontra interinamente num estado de indeterminação; ou porque falta algum passo essencial para a sua aquisição por um novo sujeito, ou porque o sujeito ainda não existe, ou porque o direito se encontra aprazado ou condicionado, designadamente por uma titularidade provisória” ⁽¹⁷³⁾.

De acordo com as palavras de Menezes Cordeiro, “a verdadeira expectativa jurídica retrata a posição do sujeito inserido na sequência que irá conduzir a um verdadeiro direito, mas antes de este surgir. Essa sequência pode resultar: de normas legais explícitas; por exemplo, a expectativa do preferente, só por o ser; de negócios jurídicos: a aquisição condicionada; de conceitos indeterminados: a confiança da pessoa que adira ao *factum proprium* de outra, isto é: que acredite na manutenção de algo que é dito ou feito, em nome da boa fé” ⁽¹⁷⁴⁾. Mas acrescenta que “ou o direito tutela a expectativa tal como ela surge ou é e poderemos falar num verdadeiro

(171) Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 49.

(172) Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 50.

(173) Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 50 e 49.

(174) Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português* I/I, 349.

direito subjetivo, ainda que intercalar (e ao qual chamaremos expectativa só para melhor o inserir na sequência processual) ou o direito dispensa, à expectativa, uma tutela meramente processual, tendo em vista o direito definitivo que irá surgir e ocorrerá uma expectativa jurídica *proprio sensu*” ⁽¹⁷⁵⁾.

Significa isto que a doutrina se tem mostrado atenta às particularidades de cada situação, distinguindo consoante os casos a possível recondução da situação a um direito ou a qualificação como uma mera expectativa ainda que jurídica.

5.2. Ónus jurídicos

O ónus jurídico traduz um encargo que o sujeito tem de suportar para obter ou manter uma vantagem. Distingue-se do dever jurídico na medida em que o ónus não obriga, ou seja, não cumprido o encargo, não é imposta qualquer sanção sobre o onerado. Simplesmente, ele perde de obter a vantagem que obteria, não garantindo a plena efetividade do seu direito ⁽¹⁷⁶⁾. É o caso do ónus da prova.

6. OS LIMITES DO DIREITO SUBJETIVO

6.1. O abuso do direito

O artigo 334.º CC considera “ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim económico ou social desse direito”. O preceito não tem correspondência no anterior Código de Seabra. Talvez por isso Menezes Cordeiro afirme que o artigo em análise “deve ser entendido não como expressão de correntes jurisprudenciais ou doutrinárias anteriores, mas como receção de doutrina estrangeira” ⁽¹⁷⁷⁾.

No anteprojeto de Vaz Serra surge pela primeira vez uma menção expressa e genérica ao abuso do direito. O autor considera abusivos

⁽¹⁷⁵⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português* I/I, 349.

⁽¹⁷⁶⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 188.

⁽¹⁷⁷⁾ Menezes CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, 708. O autor explica, recorrendo a considerações de carácter histórico e a uma análise da jurisprudência anterior à entrada em vigor do Código de 66, que o abuso do direito não encontrou

os “atos intencionais manifestamente contrários à consciência jurídica dominante na coletividade social”. Ao mesmo tempo, afirma que são abusivos os atos clamorosamente ofensivos da consciência jurídica dominante, embora não praticados intencionalmente e ainda os atos contrários ao fim do direito ⁽¹⁷⁸⁾. Esta versão inicial do anteprojeto viria a ser alterada sucessivamente nas diversas revisões ministeriais. Na primeira revisão ministerial, o preceito sancionador do abuso do direito surge com a seguinte redação: “o exercício de um direito, com a consciência de lesar outrem através de factos que contrariem os princípios éticos fundamentais do sistema jurídico, obriga a indemnizar os danos direta ou indiretamente causados” ⁽¹⁷⁹⁾. Revela-se aqui uma nítida conexão com a responsabilidade civil. A alusão à consciência de lesar outrem e a sanção cominada para a verificação de tal comportamento não deixam margem para dúvidas ⁽¹⁸⁰⁾. Mas o preceito conhece, ainda, modificações com a segunda revisão ministerial. O paralelo com o Código Grego, artigo 281.º, era então uma evidência. Afirma o preceito citado que “o exercício de um direito é proibido quando exceda manifestamente os limites postos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo escopo social ou económico do direito”. Diríamos mesmo que o legislador pátrio se limitou a transcrever o que o legislador helénico havia prescrito ⁽¹⁸¹⁾.

A consagração da figura no direito positivo e o conhecimento dos termos de tal consagração, porém, não nos basta. Pelo contrário, a determinação do que é o abuso do direito revela-se uma tarefa complexa, seja porque o conceito se apresenta abstrato e generalizante, seja porque ele só poderá ser compreendido por referência a casos

consagração expressa no nosso direito anterior, pese embora os esforços da doutrina para sancionar práticas abusivas. Na verdade, o nosso Código Civil estava ainda imbuído de um espírito individualista que impossibilitava a compreensão do abuso do direito. Os direitos subjetivos eram vistos como direitos absolutos, não no sentido de se imporem a todos os membros de uma comunidade jurídica, por oposição aos direitos relativos, mas no sentido de não conhecerem limites.

⁽¹⁷⁸⁾ Vaz SERRA, “Abuso do direito em Matéria de responsabilidade Civil”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 85, 243 s. Para uma análise dos trabalhos preparatórios do Código Civil e do anteprojeto de Vaz Serra, cf. Menezes CORDEIRO, *Da boa fé*, 708 s.

⁽¹⁷⁹⁾ *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 107, 1961, 5-156.

⁽¹⁸⁰⁾ Menezes Cordeiro, a este propósito, afirma que se consagrava assim um sistema muito próximo do modelo francês.

⁽¹⁸¹⁾ Para a compreensão alargada dos circunstancialismos que envolveram o Código Civil grego, cf., por todos, Menezes CORDEIRO, *Da boa fé*, 712 s.

concretos. A tarefa implica, pois, a convocação de uma série de pressupostos normativos e filosófico-jurídicos a que os autores, consciente ou inconscientemente, não foram indiferentes ⁽¹⁸²⁾.

A teoria do abuso do direito tem a sua origem na jurisprudência francesa ⁽¹⁸³⁾. De início as decisões dos tribunais franceses continham-se na resolução de casos que, de uma forma mais ou menos implícita, apresentavam uma inequívoca intenção de prejudicar terceiros. Tradicionais tornaram-se as decisões versando situações como as que envolviam a construção de um elevado muro com o único propósito de tirar a luz ao vizinho ⁽¹⁸⁴⁾. No período histórico em que nos situamos tornava-se difícil ir mais além. Na verdade, o direito subjetivo era visto como uma estrutura formal, um expediente que o ordenamento jurídico atribuíra, concedia, para satisfação de um interesse. E nessa conformação de interesses, autonomamente exercitáveis, o direito subjetivo era tido como algo absoluto. Nos limites do exercício do direito, o seu

⁽¹⁸²⁾ Sobre o abuso do direito, cf., para além das referências particulares, e no que diz respeito à doutrina mais antiga, JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité — Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, 1927; Tito ARANTES, *Do abuso do direito e da sua repercussão em Portugal*, 1936; Alvino LIMA, "Abuso do direito", *Revista Forense*, 1956, 50; MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, I, 2.^a edição, Paris, 1959, 77 s; Cunha de SÁ, *Abuso do direito*, Lisboa, 1973; Manuel de ANDRADE, *Teoria geral das obrigações*, I, Coimbra, 1958, 63 s. e *Sobre as cláusulas de liquidação de partes sociais pelo último balanço*, Coimbra, 1995 e *Teoria geral das obrigações*, I, Coimbra, 1958, 63 s.

⁽¹⁸³⁾ Menezes CORDEIRO — *Da boa fé*, 670-671 — considera que a expressão abuso do direito se deve ao autor belga Laurent. No entanto, podemos reconduzir a figura, na sua génese, ao ordenamento jurídico francês, sem que com isso estejamos a falsear a verdade histórica. Na verdade, antes de a doutrina se debruçar sobre o instituto, antes de estudos dogmáticos versando sobre o tema, que aliás de início se mostraram muito tímidos, a jurisprudência terá procurado resolver problemas com recurso a esta figura. Mais uma vez se comprovando que o juiz, no seu decidir concreto, cria direito, contribuindo para a redensificação da normatividade jurídica vigente.

⁽¹⁸⁴⁾ Podem-se consultar outras decisões em Menezes CORDEIRO, *Da boa fé*, 671. Cf., ainda, Pinto BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, 391. Embora se tratem aí de exemplos de escola e não de juízos decisórios recolhidos da jurisprudência francesa, pelo seu carácter emblemático, tornam-se representativos daquilo que estamos a querer expor.

Na base de tais decisões encontrar-se-iam talvez institutos próximos denotadores desse mesmo abuso. É exemplo disso a consideração e sanção dos atos emulativos. Ou seja, daqueles atos praticados sem qualquer utilidade e apenas para prejudicar outrem. Para uma consideração alargada dos atos emulativos em termos históricos, cf. Menezes CORDEIRO, *Da boa fé*, 673 s.

titular poderia fazer aquilo que lhe aprouvesse. Tomemos como exemplo padrão o direito de propriedade, direito central nas ordens individualistas geradas pela Revolução Francesa. O proprietário poderia usar e abusar da coisa. Dentro dos limites da sua propriedade, o titular do direito real máximo poderia, tendencialmente, atuar de acordo com a sua vontade e a sua liberdade. Nos termos do artigo 13.º Código de Seabra, “quem, em conformidade com a lei, exerce o seu próprio direito, não responde pelos prejuízos que possam resultar desse mesmo exercício”. A ideia de abuso do direito aparecia como estranha à mundividência individualista da época. É claro que existiam preceitos denotadores de algum modo de uma ideia de abuso. A regulamentação das relações de vizinhança é disso exemplo seguro ⁽¹⁸⁵⁾. Entende-se que o exercício do direito, mesmo que absoluto, deve ter por limite a satisfação de um interesse legítimo. Ademais, importa que ao vizinho sejam dadas as condições para fruir igualmente o seu direito. A ideologia subjacente a esta conclusão é facilmente apreensível. A liberdade era entendida em termos negativos, como uma barreira de proteção contra os demais. A minha liberdade acabava quando começava a liberdade do outro. Nesse sentido, a possibilidade de exercício do direito de propriedade continha-se no estrito limite do respeito pelo direito de propriedade dos seus vizinhos.

Em França, a propósito de uma decisão que condena a construção de uma chaminé que teria como único propósito perturbar o vizinho, podemos ler que “o exercício desse direito [de propriedade] deve ter por limite a satisfação de um interesse sério e legítimo; os princípios da moral e da equidade opõem-se a que a justiça sancione uma ação inspirada pela malquerença, cometida sob o domínio de uma má paixão e provocando um prejuízo grave a outrem” ⁽¹⁸⁶⁾. Entre nós, apesar do plasmado no citado artigo 13.º do Código de Seabra, sob influência de um Krausismo mitigado, o direito de propriedade aparece, então, definido em termos materialmente conformados.

Pese embora a intuição do abuso, este estava longe de assumir foros de autonomia dogmática ⁽¹⁸⁷⁾. Expressivas são as palavras

⁽¹⁸⁵⁾ Neste sentido, cf. Menezes CORDEIRO, *Da boa fé*, 675 s.

⁽¹⁸⁶⁾ A decisão é de 2 de Maio de 1856 e foi recolhida na obra de Menezes CORDEIRO, *Da boa fé*, 678.

⁽¹⁸⁷⁾ Menezes CORDEIRO, *Da boa fé*, 683 afirma que se “confirma a natureza recente do abuso do direito. Não tem antecedentes históricos diretos nem concita, para se fundamentar, o recurso a quadros tradicionais romanísticos”.

de Castanheira Neves a este propósito ⁽¹⁸⁸⁾. Diz-nos o autor que “a primeira atitude dogmática não poderia deixar de ser a daqueles autores que, identificando os direitos subjetivos à sua forma lógico-conceitual, ou que insistindo no carácter puramente ideal que eles tinham nas suas hipostasiações conceituais, naturalmente os viam nesse plano como absolutos (...) e assim apenas suscetíveis de cederem perante a sua contradição. (...) Por isso, ou neste espírito, é que Planiol (...) pode ver já na fórmula abuso do direito demonstrada a impossibilidade da sua autonomia dogmática. (...) O que implicava, por um lado, o entendimento da fórmula não como expressão de uma significação unitária, mas como a soma de dois termos lógicos que permaneciam autónomos um do outro (abuso do direito = abuso + direito)”. O que o autor nos pretende transmitir não anda longe do que já fora por nós anunciado. Sendo o direito subjetivo uma estrutura formal, não faria qualquer sentido falar de um abuso do direito, não podendo este significar mais do que a ausência do direito no caso concreto ⁽¹⁸⁹⁾. Os casos

⁽¹⁸⁸⁾ É essa expressividade que nos faz alongar na citação, abdicando de falar por nós próprios, e dando, pelo contrário, voz a quem anteriormente tratou destas matérias. Cf. Castanheira NEVES, *Questão de Facto e Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. A Crise, Almedina, Coimbra, 1967, 514-515

⁽¹⁸⁹⁾ A ideia de que a expressão abuso do direito é uma *logomaquia* é afluída não só pelo autor citado, como também por Pinto BRONZE, *Lições*, 390 s. e Coutinho de ABREU, *Do abuso do direito*, Almedina, Coimbra, 1999, 45 s. Deveu-se a Planiol a ideia da logomaquia que subjaz ao abuso do direito. Para este autor se se atua a coberto de um direito, o ato é lícito. Se for ilícito é porque já não estamos no âmbito do exercício de um direito que foi ultrapassado.

Carece de fundamento esta posição. Ela só pode ser entendida no quadro do pensamento jurídico eivado de determinações lógico-silogísticas, que não é, por certo, aquele que perfilhamos.

Nesse sentido e criticando a posição de Planiol, v. Menezes CORDEIRO, *Da boa fé*, 680-681, nota 93 — “a posição de Planiol prende-se de facto com o pensar exacerbado do direito subjetivo: para não prejudicar o jussubjetivismo, entende-se o ato abusivo como praticado sem direito.” Continua, porém, afirmando que “no entanto, a ligação de Planiol não é, como poderia pensar-se em leitura apressada, uma ligação ao nível significativo-ideológico do direito subjetivo, mas ao nível técnico-jurídico. O ultraliberalismo subjacente à ideia de que o direito subjetivo é tudo ou não existe (...) é demasiado ingénuo para ocorrer na pena de Planiol nos princípios do século, altura em que a crítica liberal era já corrente.” Explica-nos o autor que o problema do jurista francês era diferente. O problema era conseguir encontrar uma fundamentação para o abuso do direito nos quadros do pensamento em que se movia.

primacialmente tratados na jurisprudência francesa, onde o problema emergiu, eram sobretudo casos em que se pressentia a falta do direito. Os critérios apontados para a determinação desta falha passavam, por isso, por critérios substancialmente formais. Na síntese de Josserand, feita com base nessa mesma jurisprudência, o autor aponta como critérios singulares do abuso do direito a intenção de prejudicar, a ausência de utilidade no ato que se pratica, o exercício do direito para fins contrários àqueles que a lei estabelecia ou a ocorrência de uma falta, simples ou grave, no exercício de um direito que desta feita se torna incorreto ⁽¹⁹⁰⁾. Em qualquer destes critérios constata-se a presença de elementos subjetivos. A ideia do abuso do direito assume foros de instituto compreendido por referência à intenção do agente do ato ou ao modo como esse é executado.

Para mais considerações acerca da posição de PLANIOL, v. *Traité élémentaire de Droit Civil*, Paris, 1904.

Enquanto alguns autores defendiam a negação do direito, outros recorriam a diferentes expedientes para fazer face às situações de abuso. Não foram raros aqueles que reconduziram o abuso do direito a situações de conflitos de direitos ou consideraram que em causa estava a lesão de um direito alheio, numa clara confusão de temas que olvida ser despcienda a violação de um direito para que haja abuso do direito que se exerce.

Ademais, a confusão é igualmente visível em termos dos critérios de aferição das duas realidades. Ao nível do conflito de direitos o que está em causa é a ponderação equitativa de dois direitos em presença. Para mais desenvolvimentos, cf. Menezes CORDEIRO, *Da boa fé*, 681-682.

⁽¹⁹⁰⁾ JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 341 s.

Fazendo referência delongada a JOSSERAND e ao seu contributo para o desenvolvimento da teoria do abuso do direito, v., entre nós, Coutinho de ABREU, *Do abuso*, 16-18.

Menezes Cordeiro dedicou-se a uma análise da jurisprudência francesa desse tempo histórico em que agora nos situamos, tendo chegado a conclusões em tudo análogas às do citado autor francês. Cf. Menezes CORDEIRO, *Da boa fé*, 678.

Outro apanhado dos critérios do abuso do direito em França, agora não jurisprudenciais mas doutriniais, pode ser encontrado em SIBERT, *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung/Eine rechtvergleichender Beitrag zur Lehre von den Schranken der privaten Rechte und zur exceptio doli unter besonderer Berücksichtigung des gewerblichen Rechtsschutzes*, 1934. Dando conta disso mesmo, cf. Menezes CORDEIRO, *Da boa fé*, 679 s., nota 91. Entende o autor que existe um critério subjetivo forte, a intenção por parte do autor de prejudicar outrem com a sua conduta, um critério subjetivo suave, traduzido na consciência de prejudicar, um critério económico, consistente na falta de interesse na atuação do titular do direito e um critério social ou funcional, o desvio ao escopo social do direito.

Na Alemanha, com a distância dos modelos de pensamento que se confrontavam à data, as soluções não seriam muito diferentes. Fiéis à procura de um sistema de direito baseado no direito romano antigo, recorrem a figuras como a *chicana* para fundamentar soluções sancionatórias contra comportamentos que deveriam ser rejeitados ⁽¹⁹¹⁾. A *chicana* traduzir-se-ia então no exercício de um direito sem interesse próprio para prejudicar outrem. Após acesa controvérsia que passava sobretudo pela noção clara da dificuldade de prova que tais situações acarretariam, chegou-se à formulação do § 226 BGB ⁽¹⁹²⁾.

Em qualquer dos casos, é notório o desconforto causado pelas situações com que nos confrontamos. O pensamento jurídico de então não estava preparado para lidar com elas. Defronte da impossibilidade de negar a existência de situações abusivas do direito, os autores passaram a encará-las, numa lógica formal, como situações em que afinal o direito não estava presente. Analisados os critérios mais marcantes do abuso do direito à data, podemos concluir que, no fundo, o que estava em causa era o cotejo de esferas de liberdade entendida em moldes negativos. O direito subjetivo, na sua absolutização, não permitia encarar o tema de outro ângulo. O problema não passava afinal de saber quando é que se deixava de atuar lícitamente para se atuar ilicitamente ⁽¹⁹³⁾.

⁽¹⁹¹⁾ Para mais desenvolvimentos históricos de que aqui abdicamos, dado ser nossa única pretensão abordar os pontos centrais que nos permitam compreender as dificuldades suscitadas, *ab origine*, pela figura do abuso do direito, cf. novamente, por todos, Menezes CORDEIRO, *Da boa fé*, 687 s.

⁽¹⁹²⁾ O § 226 BGB diz-nos que “o exercício de um direito é inadmissível quando tenha como único escopo infligir um dano a outrem”.

Na verdade, pese embora a consagração deste preceito, os autores alemães entendiam poder fazer face a situações de abuso do direito com recurso à regulamentação do direito de vizinhança, por exemplo.

Os autores têm entendido que estaria aqui um modelo objetivo de abuso do direito, contrariamente ao modelo francês, assente na intenção do agente. Não nos parece, contudo, que esta diferença seja de evidenciar. Com efeito, a distância que separa a intenção da finalidade pode traduzir-se muito mais numa questão de forma do que revelar a materialidade subjacente aos preceitos e aos institutos.

⁽¹⁹³⁾ Castanheira Neves afirma que “os autores fiéis a uma perspetiva lógico-conceitual da dogmática tradicional não deixam de aprovar a censura jurídica dos casos de exercício abusivo de direitos, mas se veem forçados pelas exigências daquela perspetiva dogmática a qualificá-los como casos de ausência de direito — casos simplesmente de ilegalidade ou de um ilícito civil comum (...)” — *Questão de facto*, 516.

Perante estas dificuldades, os autores passam a remeter o problema do abuso do direito para o domínio da equidade e da moral. Não se trata agora de lidar com o problema da validade do direito, mas de o tornar sindicável por considerações extrajurídicas, digam respeito à equidade ou à moralidade ⁽¹⁹⁴⁾. Salvava-se mais uma vez o carácter absoluto dos direitos subjetivos ⁽¹⁹⁵⁾. É esta a posição assumida entre nós por Manuel de Andrade e Vaz Serra.

Manuel de Andrade considera abusivas “todas aquelas hipóteses em que a invocação e aplicação de um preceito de lei resultaria, no caso concreto, intoleravelmente ofensiva do nosso sentido ético-jurídico, embora realmente se aceitando como boa e valiosa para o comum dos casos a sua estatuição” ⁽¹⁹⁶⁾. Nas suas lições de Obrigações, o autor afirma que “existirá um tal abuso quando, admitido um certo direito como válido em tese geral, todavia no caso concreto ele aparece exercitado em termos clamorosamente ofensivos da justiça, entendida segundo o critério social dominante” ⁽¹⁹⁷⁾. O critério do abuso será, portanto, o do exercício do direito em contradição com o sentido ético-jurídico, fórmula que não deixa de ser abstrata, acarretando dificuldades na sua concretização. O apelo ao sentimento ético-jurídico, a chamada à colação da consciência jurídica acaba por ser vaga ⁽¹⁹⁸⁾.

Também Vaz Serra adere a esta conceção. Sustenta estarmos diante de uma situação de abuso do direito quando o exercício do direito contenda com o sentimento jurídico socialmente dominante ⁽¹⁹⁹⁾. Trata-se, segundo Castanheira Neves, de uma forma de “aceitar uma moralidade mais exigente sem abandonar, ou ter de rever, os quadros

Neste sentido, entendia-se perfeitamente a consideração do abuso como uma modalidade de ilicitude delitual. Também será assim hodiernamente, mas por via de uma diferente fundamentação.

⁽¹⁹⁴⁾ “Estaríamos perante o exercício abusivo de um direito que não poderia deixar de ser juridicamente censurado. Impunha-o não já decerto uma norma jurídica, mas uma norma de outra espécie, (...) uma norma moral” — Castanheira NEVES, *Questão de facto*, 519.

⁽¹⁹⁵⁾ Neste sentido, cf. Castanheira NEVES, *Questão de facto*, 519.

⁽¹⁹⁶⁾ Manuel de ANDRADE, “Sobre as cláusulas de liquidação das partes sociais pelo último balanço”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 87, 1955, 98.

⁽¹⁹⁷⁾ Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral das Obrigações*, (com a colaboração de Rui de Alarcão), 3.ª edição, Coimbra, 1966, 63-64.

⁽¹⁹⁸⁾ No mesmo sentido, evidenciando uma crítica acutilante, Coutinho de ABREU, *Do abuso*, 20.

⁽¹⁹⁹⁾ Vaz SERRA, “Abuso do direito”, 253.

do pensamento habituais” ⁽²⁰⁰⁾. Na verdade, o direito subjetivo continuava a ser entendido como uma estrutura formal, um expediente que o ordenamento jurídico concedia aos indivíduos para movimentarem a sua esfera de interesses.

A adequada compreensão do abuso do direito só se atingiria, afinal, com a mutação na forma como se compreendia o próprio direito subjetivo. Na verdade, este deixa de poder ser visto como uma mera estrutura formal para ter de ser compreendido como uma súmula entre forma e matéria. Só assim faz sentido encarar autonomamente o abuso do direito como uma realidade juridicamente assimilada. Esta a posição de Castanheira Neves ⁽²⁰¹⁾. Parte da ideia de que o direito subjetivo é uma “intenção normativa que apenas subsiste na sua validade jurídica enquanto cumpre concretamente o fundamento axiológico-normativo que a constitui”. Ou seja, o direito subjetivo deixa de ser uma estrutura formal para ser encarado como “uma função normativa, teleológico-materialmente fundada” ⁽²⁰²⁾. E considera que haverá abuso do direito quando “um comportamento tenha a aparência de licitude jurídica — por não contrariar a estrutura formal definidora legal ou conceitualmente de um direito, à qual mesmo externamente corresponde — e, no entanto, viole ou não cumpra, no seu sentido concreto-materialmente realizado, a intenção normativa que materialmente fundamenta e constitui o direito invocado, ou de que o comportamento realizado se diz exercício” ⁽²⁰³⁾. O abuso do direito configura-se, assim, como uma contradição entre os dois polos que entretecem o direito subjetivo. A sua estrutura formal reconhecida pelo ordenamento jurídico e o fundamento normativo que integra esse mesmo direito e lhe confere materialidade devem estar em conformidade. Quando esta não é detetada, ocorre o anunciado abuso ⁽²⁰⁴⁾.

⁽²⁰⁰⁾ Castanheira NEVES, *Questão de facto*, 522.

⁽²⁰¹⁾ Castanheira NEVES, *Questão de facto*, 523 s.

⁽²⁰²⁾ Castanheira NEVES, *Questão de facto*, 522, nota 38.

⁽²⁰³⁾ Castanheira NEVES, *Questão de facto*, 524.

⁽²⁰⁴⁾ Supera-se, deste modo, uma conceção absoluta de direito subjetivo. Como afirma, mais uma vez, Castanheira Neves — *Questão de facto*, 525/526 — “o direito subjetivo deixou de confundir-se com a entidade ideal da sua forma lógico-conceitual e iluminista (...) e essa sua estrutura formal ou idealmente definitória, uma vez cumprida, valerá apenas como índice dele — pois não será mais do que aparência de um direito, cuja autêntica validade haverá de comprovar-se por referência material concreta (a partir da situação concreta) ao seu correlativo fundamento

Já não se procuram fundamentos exteriores para a sindicância do exercício do direito. É o próprio conteúdo deste que é sindicável por referência ao seu fundamento axiológico, sem perder de vista a situação concreta em que surge invocado ⁽²⁰⁵⁾.

axiológico-normativo. (...) O abuso do direito é aqui um limite, embora material e imanente — um limite normativo fundado no próprio conteúdo dos direitos (...) e o comportamento abusivo não é senão o exercício de um direito aparente: trata-se de um comportamento que exhibe a forma, a aparência de um direito que na verdade não existe (...)”.

Para uma crítica à posição de Castanheira Neves, cf. Coutinho de ABREU, *Do abuso*, 23. Reconhecendo o mérito da proposta do jurista, Coutinho de Abreu não deixa de se mostrar crítico em relação a ela. O ponto de clivagem remonta aos fundamentos do pensamento de Castanheira Neves. Na verdade, Coutinho de Abreu recusa a proposta de visionamento dos direitos subjetivos como uma realidade assente na ideia do direito como direito. Considera duvidoso que os direitos subjetivos se possam considerar interno-normativamente limitados, para além de entender tratar-se de uma ideia ambígua. Afirmo o autor que também Siebert considera que os limites ao exercício dos direitos devem ser vistos como limites ao conteúdo desses direitos, tendo-se aproveitado da sua conceção para, no quadro de um funcionalismo político, afirmar uma perspetiva jurídica nacional-socialista. (p. 24, nota 31).

É o próprio Castanheira Neves que afirma ser o mesmo o sentido do pensamento de Siebert quando fala de abuso do direito — cf. *Questão de facto*, 525, nota 42. No entanto, não cremos que sejam razoáveis os temores do comercialista português. Na verdade, a ideia de direito convocada por Castanheira Neves implica a consideração do ser pessoa na sua ineliminável dignidade ética, o que inviabiliza qualquer instrumentalização do direito, aliás, rejeitada, *in limine*, pelo pensador.

Estabelecendo uma relação entre Siebert e o nacional-socialismo, referindo que esta doutrina, “interessada em afirmar um alegado pensamento comunitário e em diminuir o nível significativo-ideológico do jus subjetivismo, acentua (...) alegados deveres dirigidos ao titular do direito”, v. Menezes CORDEIRO, *Da boa fé*, 863.

Aqui se compreende o equívoco da colagem dos dois pensadores. Efetivamente, se Castanheira Neves afirma a inserção comunitária da pessoa, enquanto ser de responsabilidade, isso advém única e exclusivamente da indiscutível proclamação da sua liberdade. É esta liberdade, assumida adequadamente, que reclama a corresponsabilidade.

⁽²⁰⁵⁾ A estrutura do direito subjetivo assemelha-se, de alguma forma, à própria estrutura da juridicidade, em constante redensificação, potenciada pela mediação do caso concreto que convoca a norma e pela remissão que desta se faz a montante para o sistema de fundamentação. Daí Castanheira Neves concluir oportunamente que o problema do abuso do direito é um problema normativo — cf. *Questão de facto*, 525, nota 42.

No sentido de entender o problema do abuso do direito como um problema normativo, evidenciando claramente a superação do pensamento jurídico positivista, PINTO BRONZE, *Lições*, 390 s.

Repare-se que esta não é a única via de superação do pensamento anterior, que absolutizava os direitos subjetivos. Orlando de Carvalho apresenta-nos uma concepção diferente ⁽²⁰⁶⁾. Considera o autor que os “direitos em si mesmo não são morais ou imorais (ou se quiserem, sociais ou associais), pois constituem puros e simples mecanismos de promoção e defesa da autonomia da pessoa, puros e simples instrumentos do poder de autodeterminação, sendo apenas ao nível de como se concebe este poder, ao nível do modelo de autodeterminação que se propugna, que se pode emitir qualquer juízo de valor” ⁽²⁰⁷⁾. Orlando de Carvalho analisa o direito subjetivo por referência ao poder de autodeterminação, entendido como o poder reconhecido ao indivíduo, pelo Direito, de gerir autonomamente a sua esfera de interesses ⁽²⁰⁸⁾. O direito não seria mais do que um instrumento que está ao serviço daquele poder ⁽²⁰⁹⁾. Seria simultaneamente um instrumento e um mecanismo de tutela da autonomia pessoal ⁽²¹⁰⁾.

É esta concepção de direito subjetivo que vai permitir ao autor lidar de forma diferente com o problema do abuso do direito. Afirma, então, que “só pela reafirmação dos dois planos [o estrutural e o funcional] que distinguimos a propósito da relação jurídica é que lograremos situar o problema do abuso do direito numa esfera que evite funestas ilusões quer indesejáveis intrusões na autonomia de cada um” ⁽²¹¹⁾. Os direitos subjetivos são instrumentos de realização da autodeterminação da pessoa, mas apresentam simultaneamente uma intenção comunitária de utilização desses mesmos direitos. E é nesta síntese do autor que podemos compreender a sua proposta acerca do abuso do direito. Se o poder de autodeterminação implica um livre espaço de atuação do indivíduo, “o direito subjetivo é-o apenas para que se realize a gestão livre dos interesses sob a sanção do ordenamento jurídico vigente; o que, embora estruturalmente se presuma, não se presume ao ponto de se admitirem manifestas dissonâncias

⁽²⁰⁶⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil (sumários desenvolvidos)*, Centelha, Coimbra, 1981, 44 s.

⁽²⁰⁷⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria*, 58-59.

⁽²⁰⁸⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria*, 12 a 14.

⁽²⁰⁹⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria*, 20-21-22. “O direito subjetivo (...) é, em face dele [do poder de autodeterminação], um instrumento exterior, um mecanismo. (...) O direito subjetivo aparece como instrumento da autodeterminação pessoal”.

⁽²¹⁰⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria*, 23.

⁽²¹¹⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria*, 26.

com o papel reconhecido, em geral e em especial, ao poder de autodeterminação” ⁽²¹²⁾. Daí que o abuso do direito se traduza na “desconformidade entre a imagem estruturalmente correta ou corrigida do direito subjetivo e a missão que a este último funcionalmente se assinou” ⁽²¹³⁾. Não se trataria aqui de um controle interno do direito, nem de um controle que nos remete para fora do limbo da juridicidade. O abuso do direito implica obviamente um controle, mas um controle da “correspondência presumida entre o poder jurisdicção estruturalmente considerado e o poder jurisdicção funcionalmente autorizado” ⁽²¹⁴⁾. Na base desta sindicância teremos de ter presente, conforme nos esclarece o autor, que o poder de autodeterminação existe para se “prosseguirem interesses, não para se negarem interesses tanto próprios como alheios” ⁽²¹⁵⁾. E, a partir deste ponto, concretiza os diversos critérios particulares desse mesmo abuso. Haverá abuso do direito quando se lesam interesses alheios através de um exercício de direito que não visa prosseguir quaisquer interesses próprios ⁽²¹⁶⁾.

Em conclusão, Orlando de Carvalho rejeita as posições primeiramente enunciadas. Recusa que o direito subjetivo seja um expediente absoluto que, ao existir, não admite o abuso. Rejeita, igualmente, a sindicância deste por referência ao ordenamento social ou moral. Neste sentido, o insigne civilista aproxima-se de Castanheira Neves. Mas diverge na conceção do direito e concretamente do direito subjetivo.

⁽²¹²⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria*, 27.

⁽²¹³⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria*, 30.

⁽²¹⁴⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria*, 32.

⁽²¹⁵⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria*, 32.

⁽²¹⁶⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria*, 33. Repare-se que o civilista nos esclarece que não há falta de interesse se o exercício do direito se traduz no único modo possível de não se produzir em concreto um empobrecimento ou um encargo para a pessoa. Considera irrelevante o exercício de um direito que visa negar interesses próprios, quando isso não tenha reflexos na esfera de interesses alheios ou na coletividade em geral (p. 33). Pode também acontecer que advenha uma vantagem para aquele que exerce o direito, mas que não exista correspondência entre o interesse que em abstracto se prossegue e o interesse concretamente postulado, havendo neste caso abuso do direito.

No mesmo sentido, embora apresentando outro desenho para o direito subjetivo, que não se chega a confundir com o de uma realidade que tem subjacente a si uma intenção axiológico-normativa que internamente a define, v. Coutinho de ABREU, *Do abuso*, 28 s.

Atentemos na sistematização apresentada pelo segundo autor citado a propósito das correntes de superação do absolutismo formal que dominava a concepção do direito subjetivo ⁽²¹⁷⁾. Diz-nos, a esse propósito, que se devem distinguir três orientações predominantes. A saber. Uma primeira orientação que defende que os direitos subjetivos são prescritos enquanto meios para a prossecução de determinados fins socialmente relevantes, ou seja, uma orientação finalística sociológica, na qual “vemos o direito pensado apenas como um instrumento ao serviço de intenções metajurídicas, de intenções ideológicas (económicas ou políticas) do poder instituído ou da classe socialmente dominante” ⁽²¹⁸⁾; uma segunda orientação, na linha da Jurisprudência dos Interesses, que entende serem os direitos subjetivos expressão de um qualquer interesse, pelo que se verificaria uma situação de abuso do direito quando o direito fosse exercido em contradição com o interesse; já uma terceira orientação, claramente e explicitamente perfilhada por Castanheira Neves, faz apelo a um fundamento não sociológico para os direitos subjetivos mas a um iminente fundamento axiológico-normativo.

Se a posição de Castanheira Neves é clara, o entendimento de Orlando de Carvalho concita algumas dúvidas. Na verdade, é evidente que ao autor rejeita a terceira orientação indicada. Da mesma forma que é notória a recusa de um finalismo sociológico. São estas as palavras do autor. “Não deixa de ser surpreendente que ninguém tenha pesquisado até hoje, de entre os mais acesos paladinos desses direitos dirigidos, na expressão de Roubier, qual o interesse, o fim social ou o valor que preside (...) à grande instituição em que assenta o sistema de direito” ⁽²¹⁹⁾. Ademais, mesmo que o autor possa ver o direito como um veículo funcionalizado de satisfação de interesses, não postula o abuso do direito como veículo de uma intenção comunitária assumida pela classe dominante. Não obstante, não parece nítida a inserção do autor na corrente veiculada pelos corifeus do movimento a que aludimos.

Menezes Cordeiro, por seu turno, sintetiza as diversas posições acerca do abuso do direito agrupando-as em teorias internas e teorias externas ⁽²²⁰⁾. Para as primeiras, “o abuso do direito seria expressão

⁽²¹⁷⁾ Cf. Castanheira NEVES, *Questão de facto*, 523, nota 40.

⁽²¹⁸⁾ Castanheira NEVES, *Questão de facto*, 523, nota 40.

⁽²¹⁹⁾ ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria*, 26.

⁽²²⁰⁾ Menezes CORDEIRO, *Da boa fé*, 861 a 901. A terminologia pertence, aliás, a Sibert, de acordo com o que o próprio autor nos diz.

do próprio conteúdo do direito subjetivo, prescrito de modo unitário e de forma a, no caso concreto, evitar excessos. Nas segundas, haveria antes uma contraposição entre normas que garantiriam um direito subjetivo com determinado conteúdo e preceitos que, delimitando as possibilidades de exercício, dariam corpo ao fenómeno dito do abuso” ⁽²²¹⁾. Considera Menezes Cordeiro que as teorias internas redundam, afinal, num problema de interpretação ⁽²²²⁾. A grande questão que se enfrenta é a de saber “até onde vai a permissão normativa por ele pressuposta e se, associados à permissibilidade básica da situação, não surgem alguns deveres” ⁽²²³⁾. E critica esta redução do problema. Diz-nos que “as teorias ditas internas, que pretendem dobrar a estrutura formal dos direitos subjetivos com projecções determinadas em termos tais que, violadas estas e respeitada aquela, dariam a natureza do abuso, são de rejeitar. Elas estendem-se desde a ideia do abuso em sentido próprio, no início, até ao axiologismo formal, passando pela funcionalização dos direitos e pela sua consideração teleológica” ⁽²²⁴⁾. Considera que estas teorias não resolvem o problema de um ponto de vista prático, da ciência do direito. Já as teorias externas são aquelas em que a sindicância do exercício do direito é feita por referência a certos princípios que delimitam o seu exercício ⁽²²⁵⁾, mas que o autor haveria igualmente de rejeitar ⁽²²⁶⁾. Para Menezes Cordeiro, o problema do abuso do direito deve ser entendido sob um prisma de disfuncionalidade

⁽²²¹⁾ Menezes CORDEIRO, *Da boa fé*, 861-862.

⁽²²²⁾ Refira-se que Menezes Cordeiro integra nas teorias internas as primeiras consagrações do abuso do direito, na medida em que elas traduziam a ideia de que, mesmo na ausência de limitações normativas, o direito não podia ser exercido de qualquer forma. Para o autor, a referência à moral ou à equidade não passariam de meros argumentos formais, dado resultar como fator do abuso a ausência de um interesse sério e legítimo, a malquerença ou o domínio de uma má paixão — cf. *Da boa fé*, 862, nota 779.

Da mesma forma, integram-se nestas teorias, de acordo com a perspectiva do autor, as posições de autores nacionais como Vaz Serra, Manuel de Andrade e Castanheira Neves.

Quanto ao problema do abuso do direito como um problema de interpretação, segundo a concepção do autor, cf. p. 864. Cf., igualmente, p. 868. Refira-se, ainda, em jeito de clarificação, que o autor apelida a posição de Castanheira Neves de axiologismo formal — cf. p. 870.

⁽²²³⁾ Menezes CORDEIRO, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁽²²⁴⁾ Menezes CORDEIRO, *Da boa fé*, 873.

⁽²²⁵⁾ Menezes CORDEIRO, *Da boa fé*, 874.

⁽²²⁶⁾ Menezes CORDEIRO, *Da boa fé*, 878.

jurídica. Considera que o sistema jurídico encerra em si um conjunto de normas e princípios. Este conjunto “projeta um sistema de ações jurídicas — portanto de comportamentos que, por se colocarem como atuações juridicamente permitidas ou impostas, relevam para o sistema. O não acatamento das imposições e o ultrapassar do âmbito posto às permissões contraria o sistema: há disfunção” ⁽²²⁷⁾. Para o autor, o abuso do direito “reside na disfuncionalidade de comportamentos jus-subjetivos por, embora consentâneos com normas jurídicas, não confluírem no sistema em que estas se integrem” ⁽²²⁸⁾.

O problema do abuso do direito deve ser analisado por referência ao entendimento que temos do direito subjetivo e sobretudo da concepção do sistema normativo constituído e a constituir. Ficou, aliás, sobejamente evidenciada esta ideia após o estudo apurado de Castanheira Neves sobre o tema. E mesmo os detratores da posição sustentada pelo autor aceitam que o problema do abuso do direito deve ser visto como um problema normativo, só perfeitamente entendível por referência aos quadros de pensamento jurídico disponíveis e mobilizáveis hodiernamente ⁽²²⁹⁾. Assim sendo, importa ter em conta aquilo que anteriormente ficou dito acerca do direito. Este não pode ser visto como uma pura forma ordenadora das condutas sociais. Mais do que isso, ele apresenta necessariamente uma intenção axiológica que informa os diversos preceitos normativos, as diversas decisões jurisprudenciais e as diversas construções que a doutrina opera em nome da procura da decisão justa. A normatividade vai, portanto, muito além da positividade. E, do mesmo modo que o direito, dito correntemente de direito objetivo, não se confunde com o sistema jurídico, muito menos com um conjunto de normas, o direito subjetivo, enquanto expediente reconhecido pelo ordenamento aos diversos sujeitos, não pode ser entendido como uma mera forma, como um expediente formal despido de quaisquer valorações materiais. O direito subjetivo é conformado com uma dimensão axiológico-normativa que faz com que ele, em concreto, seja um direito subjetivo e se integre no ordenamento jurídico concretamente

⁽²²⁷⁾ Menezes CORDEIRO, *Da boa fé*, 882.

⁽²²⁸⁾ Menezes CORDEIRO, *Da boa fé*, 883.

⁽²²⁹⁾ Mesmo Menezes Cordeiro, defendendo embora o papel da ciência do direito e da jurisprudência na elucidação do problema do abuso do direito e na determinação dos singulares critérios de apuramento do mesmo, chama à colação um enquadramento da temática nas diversas sistemáticas que o permitem analisar a evolução do pensamento jurídico e da ciência jurídica.

desenhado. Dito de outra forma, se o direito subjetivo é visto como uma forma de realização da autonomia privada, uma forma de exercício da liberdade humana, então, teremos de concluir que ele implica não só a delimitação de uma esfera de ação, mas igualmente uma série de deveres, desde que se entenda a liberdade como uma liberdade em sentido positivo e com um conteúdo materialmente densificado, geradora de responsabilidade e deveres de solidariedade.

Invocado um direito existe uma presunção de conformidade da atuação com o sistema jurídico em que ela se insere. Mas, porque o nosso entendimento do direito não se compadece com uma estrutura formal, temos de ir mais além e indagar se essa aparência de direito existe na realidade. Dito de uma forma mais direta, temos de indagar se a forma — direito formalmente invocado — está ou não em consonância com a teleologia material e axiológica desse mesmo direito. É claro que a teleologia de que aqui falamos não é a primária teleologia tipicamente característica da Jurisprudência dos Interesses, antes implicando o reconhecimento dos valores assumidos *ab initio* pelo sistema jurídico globalmente considerado. Donde resulta, afinal, que o abuso do direito implica que se coteje a estrutura formal do direito concretamente invocado com o sistema de princípios que informam e enformam o reconhecimento e atribuição desse direito pelo ordenamento jurídico ⁽²³⁰⁾.

Se assim é, se o abuso do direito decorre do próprio entendimento normativo hodierno, então parece ter mais uma vez razão Castanheira Neves quando diz que não temos de ficar presos às formulações legais que, com recurso a cláusulas gerais, aliás também elas denotadoras da superação de um pensamento positivista, pretendem resolver o problema ⁽²³¹⁾.

⁽²³⁰⁾ O abuso do direito traduz-se, afinal, na desconformidade entre a estrutura formal do direito e um princípio normativo — positivo, transpositivo ou suprapositivo — que sustenta o ordenamento jurídico.

⁽²³¹⁾ Castanheira NEVES, *Questão de facto*, 529: “ (...) a averiguação fundamental e a realização concreta-material do direito, como intenções que transcendem o conteúdo formal das normas positivas, não podem ser destas deduzidas ou por ela prescritas. Por isso se não devem considerar as normas gerais ou as cláusulas gerais, com que atualmente as leis positivas se propõem resolver o problema, como estritamente vinculantes: não são sequer verdadeiramente necessárias, bem fica de todo excluído que possam mesmo ser nulas. Não são necessárias, uma vez que o princípio normativo que o abuso do direito se propõe exprimir, (...) outra coisa não é do que afloração dos princípios do direito justo”.

Não teremos, pois, de ficar presos ao artigo 334.º CC. Em primeiro lugar, não temos de nos ater à fórmula direitos subjetivos, podendo, pelo contrário, syndicar o exercício de uma mera faculdade ou de uma liberdade. Por maioria de razão, parece-nos que não pode ser de outro modo. Na verdade, se em causa está, afinal, o controle do exercício de um direito quando ele formalmente existe na medida em que é uma manifestação da liberdade pessoal, entendida nos moldes definidos há pouco, parece-nos do mais elementar rigor considerar que o exercício de uma mera liberdade, não conformada como direito subjetivo, possa passar pelo mesmo crivo que o ordenamento disponibiliza. Por outro lado, teremos de saber, em face do silêncio do artigo 334.º, mas perante a quase unanimidade da doutrina, se o abuso do direito reclama o dolo ou se bastará a negligência para que uma conduta possa ser apodada de abusiva. Diríamos que em geral o abuso do direito não reclama o dolo. De facto, não nos parece ser substancialmente diferente, de um ponto de vista de ponderação de condutas, a atuação daquele que intencionalmente ou não contraria o seu comportamento anterior no âmbito de uma relação contratual. Em qualquer uma destas situações deve ser vedado o exercício do direito que se invoca porque contrário à materialidade que conforma esse mesmo direito ⁽²³²⁾.

Verificar-se-á o abuso sempre que o exercício de um direito se mostre em desconformidade com a teleologia desse mesmo direito, com o seu fundamento. E já vimos anteriormente como deve ser considerada a teleologia do direito. Pelo que se pode dizer que o exercício de um direito é abusivo quando choque com os princípios normativos do direito enquanto direito ⁽²³³⁾.

Mas, o artigo 334.º consagra que “é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, os bons costumes ou pelo fim social ou económico do

⁽²³²⁾ O nosso ordenamento jurídico consagra uma conceção objetivista de abuso do direito, não ficando a sua verificação dependente de um juízo de censurabilidade. Nesse sentido, cf. Castanheira NEVES, *Questão de facto*, 531, Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 545-546; HÖRSTER, *A parte geral do Código Civil Português*. *Teoria Geral do Direito Civil*, 282; Carvalho FERNANDES, *Teoria geral do direito civil*, 488; Manuel de ANDRADE, *Teoria geral das obrigações*, 64 (embora o autor refira ainda elementos subjetivos para o abuso); VAZ SERRA, “Abuso”, 335-337; Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil*, 192; Carneiro da FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, 858.

⁽²³³⁾ Repare-se que o próprio princípio do abuso do direito deve ser encarado como um princípio normativo. Cf. Castanheira NEVES, *Questão de facto*, 529.

direito”. O abuso do direito afere-se aqui pela falta de conformidade com a boa-fé, os bons costumes e o fim económico ou social do direito. Pelo que importa considerar o preceito e analisá-lo à luz do entendimento sufragado.

Começemos pela boa-fé. Trata-se de um princípio normativo que impõe aos contraentes (ou aos sujeitos que se encontrem numa relação especial) que o seu comportamento seja honesto, correto, leal, como vimos anteriormente. Ora, se entendermos convenientemente o que é a boa-fé, seremos forçados a concluir que ela sustenta todo o mundo contratual, modelando a conduta dos contraentes e sindicando-a, e chancela-a de lícita ou ilícita. Assim sendo, teremos de concluir que naquelas situações em que uma situação concreta coloca um problema relativo à boa-fé e aos deveres que ela faz emergir nada se acrescenta com o recurso ao abuso do direito ⁽²³⁴⁾. Simplesmente, pode suceder que o caso concreto nos faça confrontar com uma hipótese na qual não é possível mobilizar diretamente a boa-fé. Dito de outro modo, situações haverá em que o que está em causa é uma desconformidade ao sentido de honestidade e retidão imposto pela boa-fé sem que nenhum dos específicos deveres de conteúdo positivo por ela reclamados seja convocado. A consideração do expediente comunicativa, dessa feita, força à consideração do abuso.

No que diz respeito aos bons costumes, o problema ganha contornos diferentes ⁽²³⁵⁾. Não sendo pacífico o entendimento sobre o verdadeiro alcance do conceito, tem-se generalizado a opinião segundo

⁽²³⁴⁾ Coutinho de Abreu — *Do abuso*, 60-61 — apresenta uma conceção de abuso do direito diversa daquela que perfilhamos. Mas, igualmente, considera que “será certo que alguns casos de abuso do direito (...) são também violação do princípio da boa fé. Contudo, parece-me útil e acertado fazer a diferenciação”.

Também Vaz Serra considera que “onde for aplicável o dever de boa-fé, a teoria do abuso do direito não adianta nada” — cf. “Abuso do direito”, 266.

Sobre a relação entre o abuso do direito e a regra da boa-fé, cf., ainda, Menezes CORDEIRO, *Da boa fé*, 879 e 901; HÖRSTER, *A parte geral*, 287; Pinto MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, Almedina, Coimbra, 1999, 733-734; Carneiro da FRADA, *Teoria da Confiança*, 853-854 (em especial p. 860).

⁽²³⁵⁾ Evidenciando uma confusão entre boa fé e abuso do direito, que rejeitamos, veja-se COUTINHO DE ABREU, *Do abuso...*cit., p. 64. O repúdio liminar por esta confusão prende-se com o facto de estarmos cientes de que a boa fé apenas releva no âmbito de uma relação intersubjetiva específica, ainda que não seja uma relação contratual. Não percebemos por isso com que fundamento afirma o autor que “se pode afirmar que um comportamento ofensivo dos bons costumes é sempre contrário ao princípio ao princípio da boa fé (...)”.

a qual, ainda que no seio de uma sociedade plural, a cláusula geral dos bons costumes apenas pode ser preenchida ou concretizada por referência ao sentido ético dominante na sociedade, deixando-se, porém, de lado uma moral transcendente e religiosa ⁽²³⁶⁾. Ora, resulta daqui que, implicando a sindicância do exercício de uma posição subjetiva ativa com base nos bons costumes, o abuso do direito não pode redundar numa forma de limitação do direito por referência à moral dominante na sociedade. Cair-se-ia, com isso, numa conceção de abuso do direito que rejeitamos anteriormente.

Assim, só faz sentido a referência à boa-fé e aos bons costumes se vírmos neles a manifestação de princípios normativos.

Quando os autores falam de contradição entre a consciência jurídica geral e o exercício do direito para caracterizar o abuso, poderiam ter razão. No entanto, tal só seria assim se considerassem a consciência jurídica geral na sua tripla dimensão, detendo-se na consideração do seu nível mais profundo que nos remete para o princípio normativo do direito enquanto direito. Ora, não é este o entendimento dos juristas mais ortodoxos nestas matérias. O mesmo se diga quanto aos bons costumes. É de acordo com o que foi dito que devemos interpretar o artigo 334.º CC. Sem que isso nos impeça de ir mais além. Perante a mobilização em concreto de um direito subjetivo, teremos de indagar sempre, por referência aos princípios normativos em que ele se funda, se aquele exercício os contraria ou não ⁽²³⁷⁾.

A posição do autor aproxima-se da de HUECK. Parece é esquecer que para este autor a boa-fé e os bons costumes se traduzem numa remissão para normas morais. No entanto, mesmo para este autor “os bons costumes não exigiriam, para se aplicarem, qualquer relação específica entre as partes, funcionando perante terceiros e face a pessoas estranhas (...). A boa-fé, pelo contrário, tomaria corpo sempre que, entre os intervenientes, se houvesse constituído uma relação particular” (*apud* Menezes CORDEIRO, *Da boa fé*, 1161).

Para uma aprofundada diferenciação entre a boa-fé e os bons costumes, cf. Menezes CORDEIRO, *Boa fé*, 1208 s. O autor circunscreve os bons costumes a certas regras de comportamento familiar e sexual e a matérias atinentes à deontologia de certas profissões.

⁽²³⁶⁾ Cf. Carneiro da FRADA, *Teoria da confiança*, 843 s. Considerando o carácter plural da sociedade hodierna, o autor considera que a cláusula dos bons costumes deve ser vista como “uma cláusula de salvaguarda do mínimo ético-jurídico reclamado pelo direito e exigível de todos os membros de uma comunidade”.

⁽²³⁷⁾ Pela imperatividade da contemplação do caso concreto, concita dúvidas a problemática levantada por Carneiro da Frada — *Teoria da confiança*, 839 s. — ao questionar se se deve syndicar o direito perante a situação concreta ou se apenas

Os Tribunais nacionais recorrem frequentemente ao artigo 334.º CC, embora se possa afirmar que a riqueza inerente ao instituto do abuso do direito acaba por não ficar espelhada por um proporcional número de arestos ⁽²³⁸⁾. Da mesma forma, é recorrente a confusão entre boa fé, bons costumes, e fim económico e social do direito, numa clara ausência de esforço para discernir os singulares critérios do abuso e inteligir o seu fundamento. Os nossos juízes chamam à colação indiferenciadamente as duas cláusulas gerais por forma a fundamentar soluções que se lhes afiguram como materialmente justas ⁽²³⁹⁾. Não querendo retirar o mérito de tais decisões, parece-nos preferível

nos termos abstratos da interpretação teleológica nas normas. A questão é formulada a propósito do abuso por “ofensa da função económica ou social da posição exercida”. E, por isso, faz algum sentido. Porém, esse sentido perde-se se considerarmos que toda a interpretação de uma norma há-de ser feita em concreto e não em abstrato.

⁽²³⁸⁾ Para uma análise da jurisprudência portuguesa acerca do abuso do direito, cf. Coutinho de ABREU, *Do abuso*, 87 a 96.

⁽²³⁹⁾ Cf. Ac. STJ 3-10-1991, BMJ, n.º 410, ano 1991, 776; Ac. RL de 14-05-1997; Ac. STJ de 20-10-1987, BMJ Refira-se igualmente o Ac. RL de 27-5-1993, que cinge o abuso do direito à desconformidade com os ditames da boa fé.

Saliente-se, igualmente, que muitos dos arestos consultados nos remetem para a consideração das concepções ético-jurídicas dominantes na coletividade (cf., *v. g.*, Ac. STJ 15-3-1994, www.dgsi.pt; Ac. RL de 23-4-1998, www.dgsi.pt). Refira-se unicamente que quando, na esteira de Castanheira Neves, sustentamos que o abuso do direito implica a desconformidade da estrutura formal do direito com a sua axiologia, obviamente estamos a convocar, em última análise, e como já ficou explícito anteriormente, a ideia de direito encontrada quando escapelizamos a consciência jurídica geral. A ser assim, a remissão para as concepções ético-jurídicas dominantes na sociedade estará em perfeita sintonia com o paradigma de pensamento que mobilizámos. A ser assim, e perdoem-nos a repetição que procura apenas enfatizar as consequências do nosso entendimento, as concepções ético-jurídicas informam todo o sistema de normatividade já constituído e a constituir, sendo, então, uma dimensão integrante da própria juridicidade. Se virmos, porém, a consideração dos sentimentos éticos dominantes na sociedade como algo extrínseco àquele sistema e portanto ao próprio direito subjetivo, estaremos a defender uma consideração externa do abuso do direito que nos aproxima da contemplação de um ordenamento moral, distinto do ordenamento jurídico. Tememos, porém, ser este último o posicionamento da jurisprudência nacional, a reboque da conceção largamente dominante do abuso do direito, numa clara incompreensão do problema em causa (Nesse sentido alguns dos arestos remetem o problema do abuso do direito para o plano da equidade — cf. Ac. RC de 2-10-2001, www.dgsi.pt). Incompreensão essa que, se em muitos casos não altera a solução do caso *decidendum*, em outros tantos modifica o juízo decisório concretamente proposto. É essa incompreensão que leva a que se afirme, amiúde, que os direitos potestativos não podem

considerar detidamente esses critérios e fundamentos, evitando a falta de rigor potenciadora de desacertos doutrinários e jurisprudenciais inadmissíveis. Refira-se ainda que muitas das soluções viabilizadas pelo artigo 334.º CC limitam-se a convocá-lo em termos formais, fundamentando depois o abuso, em concreto, pela dissonância verificada entre o exercício do direito que se invoca e um determinado princípio assumido pelo ordenamento jurídico.

A esse propósito tornam-se paradigmáticos os casos respeitantes ao *venire contra factum proprium*. Redutível à boa-fé, na medida em que esta imponha determinados deveres de conduta aos contraentes que se querem e presumem honestos, leais e corretos, os Tribunais superiores têm entendido tratar-se aqui de um comportamento atentatório do princípio da confiança ⁽²⁴⁰⁾. O que nos permite concluir

ser sindicáveis pelo abuso do direito, dada a sua natureza excluir, *a priori*, qualquer tipo de abuso (cf. Ac. STJ 30-9-1999, www.dgsi.pt).

Saliente-se, a título de exemplo, o Ac. STJ 30-10-2003. Embora se remeta aí para a consideração do sentimento jurídico socialmente dominante, afirma-se à frente que “para que haja abuso é necessária a existência de uma contradição entre o modo ou o fim com que o titular exerce o direito e o interesse ou interesses a que o poder nele consubstanciado se encontra adstrito”.

No fundo, a axiologia fundamentante da juridicidade, espelhada nos princípios normativos do próprio sistema, não é algo externo ao direito, sequer ao direito subjetivo.

⁽²⁴⁰⁾ Cf. Ac. STJ 13-11-1997, www.dgsi.pt; Ac. STJ 3-10-1991, BMJ, n.º 410, ano 1991, p. 776; Ac. STJ 23-9-1999, www.dgsi.pt; Ac. STJ 27-11-1997, www.dgsi.pt; Ac. STJ 8-5-1991, BMJ, n.º 408, p. 512; Ac. STJ 29-4-1993, CJSTJ, ano I, tomo II, p. 73; Ac. STJ 25-5-1999, www.dgsi.pt; Ac. STJ 29-10-2002, www.dgsi.pt (Saliente-se este aresto como paradigmático de uma correta convocação do princípio da confiança. Pode ler-se no sumário do mesmo “para que se possa dar por criada uma situação objetiva de confiança — nos termos e para os efeitos do instituto do abuso do direito contemplado no artigo 334.º CC — torna-se necessário que alguém pratique um ato — o *factum proprium* — que, em abstrato, é apto a determinar em outrem a expectativa da adoção, no futuro, de um comportamento coerente ou consequente com o primeiro e que, em concreto, gere efetivamente uma tal convicção. Tal situação não surgirá se o *factum proprium* não influenciar o destinatário, como sucede quando se demonstra que este, independentemente da conduta de outrem, teria agido do mesmo modo, havendo ainda que averiguar se houve o investimento da confiança e a boa fé do sujeito que confiou”).

Note-se, portanto, que aqui em causa não está uma convocação direta da boa fé e dos deveres que dela decorrem mas do princípio da confiança sustentado por um comportamento leal obviamente imbuído das características predicativas daqueles que atuam de acordo com a boa fé.). No mesmo sentido, cf. Ac. STJ 27-05-2003, onde se pode ler “para que ocorra abuso do direito configurável no *venire contra*

que em causa não estará apenas o não exercício de um direito durante um determinado lapso de tempo ou o procedimento contrário àquele que anteriormente se tinha manifestado, exigindo-se um *plus*, ou seja, a violação concreta das expectativas geradas e tornadas dignas de confiança. Donde não estaríamos diante de uma mera proibição ordenada pela boa-fé, mas de um resultado abusivo inspirado por aquela. O que se verificaria, afinal, era uma contradição clara entre a estrutura formal do direito que se mobiliza e a sua teleologia, a sua axiologia. E, nesse sentido, operaria o abuso do direito. Sem que os tribunais se tenham apercebido do *iter* de fundamentação percorrido para se chegar a este resultado material. Não se estaria aqui a convocar em primeira linha a boa-fé, mas a convocar um princípio normativo, o princípio da confiança, para sustentar a inadmissibilidade do exercício do direito que, por referência à situação material de base, entraria em contradição com a ideia de direito enquanto direito.

Particularmente importantes são as considerações de Pedro Pais de Vasconcelos acerca do abuso do direito. Mostrando-se muito crítico da conceção de abuso — que atribui a uma má doutrina e considera

factum proprium é necessário que se viole o princípio da confiança e existe dano e nexa causal.”; Ac. STJ 31-10-2000, “Quando o titular de um direito se deixou cair numa longa inércia sem a respetiva exercitação, suscetível de criar na contraparte a fundada convicção de que o direito não mais será exercido e que a sua posição jurídica se encontra consolidada, nela tendo investido em conformidade, as suas expectativas e o seu capital é ilegítimo e abusivo em tais circunstâncias o exercício do direito, que por isso não deve ser reconhecido”; e Ac. STJ 20-6-2000 “A manifestação mais clara desse abuso é a conduta contraditória do *venire contra factum proprium* em combinação com o princípio da tutela da confiança, isto é, a inadmissibilidade da pretensão de exercer um direito quando, com isso, o seu titular entra em contradição com a sua conduta anterior”.

Do Tribunal da Relação do Porto, cf. Ac. RP 11-10-1999, apresentando, uma vez mais, uma conceção confusa de *venire contra factum proprium*, na medida em que convoca, para sua determinação, a não conformidade com a boa fé e os bons costumes; Ac. RP 10-4-2000. Veja-se, porém, o Ac. RP de 31-01-2000, no qual o *venire contra factum proprium* é já desenhado em termos de contradição entre o exercício do direito e a confiança gerada, traduzida numa “expectativa factual, sólida de que quase de certeza nunca o titular virá a utilizar o respetivo direito” (Há já aqui uma ideia de direito subjetivo como uma realidade complexa que extravasa a simples existência de uma estrutura formal. Nesse sentido, se pode ler no sumário do aresto que “o instituto do abuso do direito (...) tem como finalidade obstar a que se viole o sentimento de Justiça prevalecente na comunidade em situações em que só formalmente se respeita o direito mas que em concreto se atraiçoa”).

ser produto do silogismo judiciário e da estrita aplicação das normas —, o autor advoga a necessidade de se conter o abuso dentro de limites estritos, proscrevendo-se, assim, o abuso do abuso do direito ⁽²⁴¹⁾. São suas as palavras “a necessidade de corrigir determinadas soluções interpretativas levou à consagração do abuso do direito, surgindo um rio cada vez mais caudaloso de sentenças que, com fundamento no abuso do direito, inverteram, desviaram ou bloquearam o que de outro modo seria a pura aplicação da lei” ⁽²⁴²⁾. Centrando-se no *venire contra factum proprium*, que adequadamente distingue da *supressio* ou *surrectio*, pela chamada à colação do binómio omissão v. ação, o autor chama a atenção que não basta, para que se constate o comportamento contraditório com o direito, a dilação temporal no exercício do direito, na medida em que tal perverteria o sentido da nulidade ao impedir o efeito jurídico pelo atraso na sua invocação. Exigir-se-ia que se verificassem outras circunstâncias. O sujeito que invoca a nulidade há de ter de exercer o seu direito num quadro circunstancial tal que leve o outro contraente a convencer-se de que ele jamais irá invocar a invalidade do negócio. Designadamente, considera Pais de Vasconcelos, na senda do que a civilística tem proposto em matéria de proteção da confiança (projeção no ordenamento jurídico do princípio da confiança), que é necessário que *a)* se tenha gerado uma situação de confiança; *b)* que essa confiança seja justificada; *c)* que haja investimento na situação de confiança; *d)* que a situação de confiança seja imputável ao titular do direito abusado ⁽²⁴³⁾.

Paralelamente, e quase inconscientemente, os tribunais portugueses têm convocado a figura do abuso do direito para fazer face a situações como a relatada no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26-3-1980 ⁽²⁴⁴⁾. Trata-se aí de sancionar a atuação de

⁽²⁴¹⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS, “O abuso do abuso do direito — um estudo de direito civil”, *Colecção Estudos Instituto do Conhecimento AB*, n.º 4, 2015, 617 s. Refira-se que não comungamos com o autor o criticismo em relação à figura do abuso do direito, nem entendemos que ele resulte de uma má compreensão do direito.

⁽²⁴²⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS, “O abuso do abuso do direito — um estudo de direito civil”, 617 s.

⁽²⁴³⁾ Sobre a tutela da confiança e os requisitos para que ela possa operar, cf. M. Carneiro da FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, 585 s. No mesmo sentido, cf. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I/I, 411 s.

⁽²⁴⁴⁾ BMJ, n.º 295, ano 1980, p. 426.

um proprietário que procede à demolição de um edifício sem as necessárias precauções, provocando, em virtude disso, danos no prédio vizinho. Entendeu aquele Tribunal que o dito proprietário teria incorrido em abuso do direito. Não cremos que neste caso concreto tivesse sido necessário recorrer ao abuso do direito para dilucidar a ilicitude civil conducente à obrigação de indemnização. Na verdade, afetando-se o prédio vizinho, era detetável a violação de um direito absoluto, o direito de propriedade, pelo que, nos termos do artigo 483.º CC, emergiria de imediato uma pretensão indemnizatória, desde que preenchidos os outros requisitos da responsabilidade extracontratual ⁽²⁴⁵⁾.

Mas já não seria despidiendo convocar o instituto noutras hipóteses ⁽²⁴⁶⁾. Do périplo pela jurisprudência dos nossos tribunais superiores resulta claro, ademais, que o abuso do direito apresenta recortes objetivos, não sendo necessária a “consciência malévola, a consciência de se excederem os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico do direito, bastando que sejam excedidos esses limites, muito embora a intenção com que o titular do direito tenha agido não deixe de contribuir para a questão de saber se há ou não abuso do direito” ⁽²⁴⁷⁾.

⁽²⁴⁵⁾ A este propósito cf. Ac. RL de 28-7-1976, CJ 1976, p. 793. Pode ler-se aí que “o condutor que siga por uma via rápida com três sub-faixas de cada lado, e em que há intervalos nos separadores para permitir que os veículos que circulam por uma faixa possam atravessar a faixa contrária em direção a um ramal de saída da via, deverá reduzir especialmente a velocidade e, mesmo parar, se em duas dessas sub-faixas, do seu lado, na altura desses intervalos, se encontrarem parados outros veículos, porque tal significará muito naturalmente que esses veículos estarão a dar passagem a outro ou outros provenientes de faixa contrária, e porque essa sua atitude corresponderá a uma prova de boa educação, em face dos nossos usos e costumes. Se não o fizer, embora esteja a exercer o seu direito de seguir pela via pública, estará a exercê-lo ilegitimamente, nos termos dos do artigo 334.º Código Civil, e será responsável pelo acidente que daí possa resultar, em harmonia com o artigo 483.º do mesmo diploma”.

Ora, parece-nos ser bastante infeliz esta argumentação. Em primeiro lugar, torna-se incompreensível a chamada à colação da boa educação, dado tratar-se esta de uma regra de cortesia situada fora do ordenamento jurídico.

⁽²⁴⁶⁾ Aquelas situações em que, por exemplo, a demolição do edifício conduz à diminuição do valor da coisa sem que, no entanto, seja clara a violação do direito de propriedade, colocando-se uma questão referente a danos puramente patrimoniais.

⁽²⁴⁷⁾ Cf. Ac. STJ 2-7-1996, BMJ n.º 459, ano 1996, p. 519. No mesmo sentido, cf. Ac. RP de 28-4-1994; Ac. STJ 9-10-1979, BMJ, n.º 290, p. 352; Ac. RE de

Do que ficou dito podemos tentar extrair algumas conclusões preliminares que nos orientarão no caminho que ainda falta perscrutar.

Assim, e numa tentativa de tornar mais límpida a nossa tarefa, passaremos a elencar algumas ideias chave.

O abuso do direito só é pensável, enquanto categoria dogmática autónoma, a partir do momento em que o direito subjetivo deixa de ser postulado como uma entidade absoluta, numa atitude lógico-demonstrativa, própria do período histórico já identificado. Sabemos hoje que o direito, enquanto expediente facultado pela ordem jurídica aos diversos sujeitos, não pode deixar de ter uma estrutura valorativa que, interagindo com a estrutura formal anteriormente reconhecida, mais não é do que a própria estrutura valorativa da juridicidade. Podemos, então, distinguir duas realidades distintas.

Por um lado, deparamo-nos com casos em que o direito concretamente invocado não existe. Ou melhor, de acordo com um pensamento lógico-subsuntivo, que desconhecia o mérito do caso decidendo, o direito existiria. No entanto, se para a determinação da existência ou não do direito em concreto mobilizarmos um pensamento materialmente cunhado de cariz analógico, poderemos chegar à conclusão que o direito, em abstrato previsto numa norma à qual tendencialmente corresponde a factualidade típica, não existe de facto.

Noutros casos, o direito existe e nem sequer estará em desconformidade com a sua teleologia primária, mas o seu concreto exercício mostra-se desconforme com a ideia do direito enquanto direito ⁽²⁴⁸⁾.

No fundo, e como já ficou preteritamente anunciado, ocorrerá essa desconformidade sempre que o exercício de um direito viole princípios normativos. Esse é o critério do abuso do direito pelo qual deveremos ser guiados. O atentado ao princípio normativo, a determinar em cada caso concreto, deverá ser direto. Tem que se discernir que a conduta em causa, alicerçada num direito subjetivo, entra em choque com esse princípio.

5-2-1987, BMJ, n.º 369, p.609; Ac. RE de 4-1-1979, CJ, tomo 1, ano IV, p. 188; Ac. RL de 19-7-1986, CJ, tomo 3, ano XI, p. 113; Ac. RP 10-3-1994; Ac. STJ de 8-7-1999; Ac. STJ de 8-7-1982.

⁽²⁴⁸⁾ Estamos, no fundo, perante duas hipóteses diversas, geralmente confundidas. Por um lado, a violação da teleologia primária do direito, não existindo, de facto assimilação entre o caso concreto e a norma do sistema que reconhece, em abstrato, o direito. Por outro lado, aquelas hipóteses de violação da axiologia fundamentante do direito — as verdadeiras situações de abuso.

Diferentes serão as situações em que o exercício do direito não se mostra desconforme com um princípio normativo, mas que acaba por acarretar que aquele seja posto em causa. Só nos primeiros casos cremos estar diante de uma situação de abuso do direito, pois só em relação a esses é possível formular um juízo de censura que o abuso reclama ⁽²⁴⁹⁾.

Ponto assente é que o abuso do direito só é configurável a partir do momento em que se lança mão de uma conceção materialmente densificada de direito subjetivo, na qual surge espelhado o personalismo ético que enforma todo o direito civil.

6.2. Colisão de direitos

Falamos de colisão de direitos sempre que o exercício de um direito subjetivo titulado por uma pessoa se mostre inconciliável ou incompatível com o exercício de outro direito subjetivo por parte de outro sujeito ⁽²⁵⁰⁾. Pese embora a formulação genérica, apenas somos

⁽²⁴⁹⁾ Por isso entendemos não estar diante de uma situação de abuso do direito, a despeito do entendimento generalizados dos Tribunais, naquelas situações em que o arrendatário, pagando uma renda baixíssima, vem depois requerer ao senhorio que efetue obras no locado. Na verdade, ao fazê-lo, aquele arrendatário não está a exercer o direito em desconformidade com um princípio normativo, embora o resultado concreto de uma sentença favorável à sua pretensão seja o agravamento do desequilíbrio de prestações. Ou seja, é o resultado em si mesmo põe em causa um princípio normativo, facto que fundamenta a improcedência da ação, e não o exercício do direito.

⁽²⁵⁰⁾ Cf. Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 214. Veja-se, igualmente, Elsa Vaz SEQUEIRA, *Dos pressupostos da colisão de direitos no Direito Civil*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2004 (acompanhando um esquema tripartido dos pressupostos de surgimento de uma colisão de direitos — pluralidade de direitos, pluralidade de titulares, impossibilidade de exercício de um direito em virtude do exercício de outro direito —, e aderindo a uma conceção restrita da colisão de direitos que a afasta das situações de conflitos de interesses); Menezes CORDEIRO, “Da colisão de direitos”, *O Direito*, ano 137.º, 2005, 37 s. (considera o autor que “a completude subjacente ao C. Napoleão fez regredir o problema da colisão de direitos: os direitos subjetivos obedeceriam a regimes harmónicos que lhe fixariam as fronteiras”, alterando-se o panorama nos últimos anos com “o aparecimento de direitos dotados de uma especial vitalidade — os direitos de personalidade”, que terá chamado a atenção para o artigo 335.º CC. Partindo de uma noção própria do direito subjetivo — enquanto “permissão normativa específica de aproveitamento de um bem” —, Menezes Cordeiro distingue a colisão em sentido amplo da colisão em sentido estrito, que “ocorre sempre que dois ou mais direitos assegurem aos seus titulares permissões incompatíveis entre si”, pressupondo um concurso real de

confrontados com uma hipótese de uma colisão de direitos se as posições subjetivas invocadas existirem validamente, donde se haverá de concluir que o problema do abuso do direito precede logica e valorativamente o problema da colisão. Há, na verdade, que comprovar se, em concreto, se verificam os pressupostos formais e axiológicos dos direitos que se invocam, sob pena de estarmos diante de uma colisão aparente e não perante uma colisão real. Aquela ocorre, igualmente, quando um dos direitos limita ou pode limitar legitimamente o direito alheio ⁽²⁵¹⁾.

Concluindo-se pela existência de uma colisão real de direitos, é chamado a depor o artigo 335.º CC, que distingue a colisão entre direitos iguais ou da mesma espécie e a colisão entre direitos desiguais ou de espécie diferente, oferecendo para cada uma das situações respostas diversas ⁽²⁵²⁾. Assim, e dando a palavra a Capelo de Sousa, “há que verificar se os direitos colidentes têm uma estrutura formal e um fundamento axiológico-normativo assentes quer em interesses juridicamente tutelados de qualidade e grau idênticos quer em interesses juridicamente tutelados de peso equilibrado, embora diversos, ou, diferentemente, se na colisão de direitos há predominância de interesses juridicamente tutelados de uma das partes” ⁽²⁵³⁾. O exercício deve ser pautado pela concretude: não basta a comparação abstrata entre bens e valores jurídicos, impondo-se a valoração dos factos particulares e de todos os valores jurídicos subjacentes aos direitos conflituantes ⁽²⁵⁴⁾. Há que, nas palavras do mestre, colocar nos pratos da balança todos os factos reais juridicamente relevantes e todos os valores jurídicos respeitantes aos dois direitos conflituantes, sendo

normas (pelo que não se confunde *a*) com a colisão aparente, onde apenas um direito deve subsistir; *b*) com os conflitos de sobreposição, verificados sempre que sobre o mesmo objeto incidem direitos de pessoas distintas; *c*) com os conflitos de vizinhança, que resultam da incidência de direitos reais sobre prédios contíguos ou muito próximos; *d*) o concurso de credores).

⁽²⁵¹⁾ Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 214. Vide, também, Elsa Vaz SEQUEIRA, *Dos pressupostos da colisão de direitos no Direito Civil*, 94 s., falando de casos em que o exercício de um direito impede o exercício de outro que se distanciam daquelas hipóteses em que um direito limita ou restringe um direito alheio, para concluir que, desta feita, se pode chegar legitimamente à conclusão, depois de operada essa delimitação, de que «só havia uma posição jurídica» (p. 95).

⁽²⁵²⁾ Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 215, considerando que o artigo 335.º CC constitui um afloramento do princípio da igualdade, que leva a tratar de modo igual o que é igual e de modo desigual o que é desigual.

⁽²⁵³⁾ Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 215.

⁽²⁵⁴⁾ Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 215.

certo que “a balança aqui não é dotada de um regulador automático” ⁽²⁵⁵⁾, pelo que “saber, para efeitos do artigo 335.º CC, numa determinada situação concreta conflitual, se estamos perante direitos iguais ou desiguais implica quer a indagação e a aferição axiológico-jurídica dos diversos elementos de cada um dos conjuntos dos factos reais relativos à génese e ao exercício dos direitos em conflito, em si mesmos e nas suas concretas circunstâncias, tanto aumentativas como diminutivas do respetivo peso jurídico, quer a própria contraposição de tais direitos entre si (...)”.

Concretizando os ensinamentos de Capelo de Sousa, podemos afirmar que há que ponderar os factos reais relativos à constituição ou modificação do direito subjetivo, de modo a determinar a natureza, o âmbito e a intensidade dos bens tutelados; os níveis de adequação, correção e proporcionalidade dos meios empregados no exercício do direito subjetivo; os factos relativos às consequências objetivas produzidas no mundo sensível, resultantes da atuação do titular do direito subjetivo, nomeadamente face aos interesses ou aos fins concretamente prosseguidos pelo titular desse direito; as demais circunstâncias factuais, objetivas e subjetivas, juridicamente relevantes em que se exerceu ou se pretende exercer tal direito, designadamente, a data em que se iniciou o exercício do direito, a antiguidade da constituição do direito, a existência ou não de comportamentos ético-jurídicos censuráveis de uma parte sobre a outra na relação jurídica prévia ao conflito. E depois, há que averiguar quais os bens ou valores jurídicos em causa, quais as posições hierárquicas deles e quais os âmbitos e os graus de realização no caso concreto conflitual dos bens ou valores jurídicos ínsitos naquelas proposições normativas, para a essa luz se avaliarem os factos materiais atrás inventariados ⁽²⁵⁶⁾.

Se a colisão ocorrer entre direitos iguais ou da mesma espécie, de acordo com o artigo 335.º CC, os titulares devem ceder na medida do necessário para que todos os direitos possam produzir o seu efeito ⁽²⁵⁷⁾. Se a colisão ocorrer entre direitos desiguais ou de espécie diferente,

⁽²⁵⁵⁾ Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 223. Cf., igualmente, Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, 543.

⁽²⁵⁶⁾ Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 216 s., que aqui acompanhamos de muito perto.

⁽²⁵⁷⁾ Capelo de Sousa fala a este propósito de um princípio de alternativa ou de desvio (adoção pelos titulares dos direitos de outros modos de exercício que não sejam colidentes ou conflituantes) e do princípio da restrição ou limitação, para que os dois direitos possam harmonizar-se praticamente. Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 225.

prevalece o superior, devendo salvaguardar-se o direito inferior até onde isso seja possível.

São inúmeras as decisões dos nossos tribunais que fazem apelo ao problema da colisão de direitos.

7. A DINÂMICA DA RELAÇÃO JURÍDICA

Compreendido o sentido da relação jurídica e dos vínculos jurídicos que a integram, importa perceber que os direitos (e os deveres correlativos) não são estáticos, mas dinâmicos. Ou seja, constantemente, surgem novos direitos no ordenamento jurídico e constantemente ingressam na esfera jurídica dos sujeitos direitos que antes ali não existiam. Inversamente, extinguem-se direitos noutras esferas jurídicas. Importa, por isso, perceber em que se traduzem os fenómenos da constituição, aquisição, modificação e extinção de direitos.

7.1. Constituição de direitos

A constituição de direitos traduz-se no surgimento de um direito *ex novo*, ou seja, a emergência de um direito no ordenamento jurídico.

Em regra, a constituição de direitos envolve a aquisição de direitos. Na verdade, sendo o direito subjetivo, o surgimento *ex novo* do direito implica a sua entrada na esfera jurídica de um sujeito, que é o que a aquisição significa. O inverso já não será verdadeiro, ou seja, como veremos, pode haver aquisição, sem que haja constituição ⁽²⁵⁸⁾.

Porém, para os autores que aceitem a ideia da existência de direitos sem sujeito ⁽²⁵⁹⁾, é possível configurar situações excepcionais em que a constituição ocorre, sem que se verifique o paralelo fenómeno da aquisição ⁽²⁶⁰⁾.

7.2. Aquisição de direitos

I. A aquisição de direitos traduz-se no surgimento de um direito na esfera jurídica de um sujeito.

⁽²⁵⁸⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 359; Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 63.

⁽²⁵⁹⁾ Sobre a questão, cf., *infra*, o que se dirá.

⁽²⁶⁰⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 63.

Dentro da aquisição, podemos distinguir a *aquisição originária* e a *aquisição derivada*.

A primeira — a aquisição originária — é aquela em que surge um direito *ex novo*; dito de outro modo, o ingresso do direito na esfera jurídica de um sujeito fica dependente exclusivamente do facto aquisitivo, e já não da existência e extensão de um direito anterior. Nas palavras de Mota Pinto, “quando o direito exista, o direito não foi adquirido por causa desse direito, mas apesar desse direito” ⁽²⁶¹⁾. É o caso da usucapião (artigo 1287.º s. CC), da aquisição de direitos de autor com base na obra científica, literária ou artística criada ⁽²⁶²⁾, dos direitos adquiridos no nascimento, nos direitos adquiridos na sequência de um ato ilícito ⁽²⁶³⁾.

Pelo contrário, no caso da aquisição derivada, o ingresso do direito na esfera jurídica do sujeito fica dependente não só do facto aquisitivo, mas da existência, extensão e conteúdo de um direito anterior. Consoante explicita Orlando de Carvalho, “se o direito anterior não existe, ele também não existe: não há aquisição; (...) o seu conteúdo há de ser absorvível pelo direito anterior ou, quando muito, ter o mesmo conteúdo; (...) não pode ter um conteúdo mais vasto que o direito anterior” ⁽²⁶⁴⁾.

A aquisição derivada conhece diversas modalidades. Se A vende um imóvel a B, o direito que B adquire é exatamente o mesmo direito que existia na esfera jurídica de A, ocorrendo uma mera transmissão ⁽²⁶⁵⁾. Neste caso, a aquisição derivada diz-se *translativa*. Haverá igualmente aquisição translativa, se o direito que circula — que se transmite de uma esfera jurídica para outra — se transmite apenas parcialmente ⁽²⁶⁶⁾. Repare-se, por outro lado, que o fenómeno não é exclusivo dos direitos reais, apesar do exemplo apresentado. Como adianta Mota Pinto, *v. g.* a cessão da posição do arrendatário corresponde, também, a uma aquisição derivada translativa ⁽²⁶⁷⁾.

⁽²⁶¹⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 360. No mesmo sentido, cf. Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 15 s.

⁽²⁶²⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 360.

⁽²⁶³⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 64.

⁽²⁶⁴⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 63.

⁽²⁶⁵⁾ O fenómeno ocorre também se A adquirir um imóvel por sucessão mortis causa. Vide Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 362.

⁽²⁶⁶⁾ Nesse sentido, Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 64.

⁽²⁶⁷⁾ Nesse sentido, Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 363.

Por seu turno, se A constitui a favor de B um usufruto, a aquisição do direito real limitado por B deve qualificar-se como uma aquisição derivada *constitutiva*. De facto, nesta hipótese, o direito é adquirido (o usufruto) surge *ex novo* à custa da compressão ou limitação do direito anterior, o direito de propriedade de A. Nas palavras de Orlando de Carvalho, “o direito progenitor subsiste apesar da formação do direito filial, graças à elasticidade que se reconhece no direito de propriedade e em alguns outros direitos (usufruto e superfície); o direito filial provoca apenas uma compressão no espaço que sobre o objeto ocupa o direito progenitor, dano este margem a que o direito filial possa instalar-se sobre aquele — por isso o objeto dos dois é o mesmo — e sofrendo com isso uma neutralização de certas faculdades do seu *licere* homólogas das que o direito filial vem a possuir” ⁽²⁶⁸⁾. Acrescenta, ainda, o autor que a aquisição derivada pode envolver uma coisificação, que se constata quando estamos diante de direito sobre direitos ⁽²⁶⁹⁾. No âmbito dos direitos obrigacionais, é exemplo de uma aquisição derivada constitutiva a sublocação ou o subarrendamento ⁽²⁷⁰⁾.

Se, depois de constituído um direito à custa da compressão de um direito anterior, o novo direito se extingue, o titular do direito progenitor volta a adquirir a plenitude dos seus poderes, que estavam limitados. Neste caso, estamos diante uma aquisição derivada *restitutiva*. Ela resulta da descompressão ou reexpansão do direito anterior, progenitor ⁽²⁷¹⁾.

II. A distinção entre a aquisição originária e a aquisição derivada não é meramente teórica. Pelo contrário, tem evidente importância prático-normativa. De facto, porque, na aquisição derivada, o direito que se adquire fica dependente da existência, extensão e conteúdo de um direito anterior, tal significa que vigora quando a esta a regra *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet* (ninguém pode transferir direitos que não tenha; ninguém pode transferir direitos mais amplos do que aqueles que titula).

O código civil contém diversas projeções deste princípio *nemo plus iuris*, como abreviadamente vem conhecido. Assim, é nula a

⁽²⁶⁸⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 64.

⁽²⁶⁹⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 64.

⁽²⁷⁰⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 363.

⁽²⁷¹⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 64.

venda de coisa alheia (artigo 892.º CC); é nula a doação de coisa alheia (artigo 956.º CC); são nulos os contratos onerosos de alienação de coisa alheia (artigo 939.º CC) ⁽²⁷²⁾.

III. Há, porém, exceções à regra da aquisição derivada. Elas são introduzidas pelas hipóteses em que um terceiro adquire a *non domino* ⁽²⁷³⁾.

Uma primeira exceção é introduzida pelo *instituto do registo*, seja ele o registo predial, o registo automóvel, o registo comercial ou outros ⁽²⁷⁴⁾. O registo traduz-se numa forma de dar publicidade aos atos, não dizendo respeito à forma dos mesmos. Assim, por exemplo, estando em causa a compra e venda de um imóvel que, ao arrepio do princípio da liberdade de forma (artigo 219.º CC), deve ser celebrada por escritura pública ou escrito particular autenticado (artigo 875.º CC), apenas estes dois instrumentos — documento autêntico ou documento autenticado — contendem com a forma. O registo da aquisição do direito de propriedade, feito junto do conservador e não do notário, nada tem a ver com ela.

Por outro lado, e em conexão com o que fica dito, o registo não é condição de validade do negócio que serve de base à aquisição do direito ⁽²⁷⁵⁾. Ainda que a aquisição não seja registada, o negócio é perfeitamente válido e, mesmo, eficaz *inter partes*. O registo

⁽²⁷²⁾ No caso dos direitos obrigacionais, os problemas colocam-se com outra intencionalidade. Pense-se, por exemplo, no caso do arrendamento de coisa alheia.

⁽²⁷³⁾ Por todos, veja-se Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 365 s. e Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 64 s. As posições na doutrina, acerca desta questão, não são, contra o que se poderia pensar, unânimes. Contudo, entendemos que as soluções expostas em texto correspondem à melhor doutrina, não se afigurando necessário mais desenvolvimentos. Orientar-nos-emos, portanto, nesta matéria, por aquela que vem conhecida como a Escola de Coimbra, numa longa tradição que vem de Manuel de Andrade.

⁽²⁷⁴⁾ São sujeitos a registo os atos que envolvem imóveis, automóveis, aeronaves, embarcações, partes sociais, obras de engenho.

⁽²⁷⁵⁾ Diz-se, por este motivo, que o registo é, entre nós, meramente declarativo. A exceção seria o registo da hipoteca, que teria natureza constitutiva. Cf. o artigo 4.º C. R. Predial, nos termos do qual “os factos sujeitos a registo, ainda que não registados, podem ser invocados entre as próprias partes e pelos seus herdeiros”. Dispõe o n.º 2 do preceito que se excetua os “factos constitutivos da hipoteca cuja eficácia, entre as próprias partes, depende da realização do registo”.

Note-se, apesar do que fica dito, que, contrariamente ao que sucedia outrora, o registo predial passou a ser, entre nós, obrigatório. Simplesmente a consequência da falta de registo não é a invalidade do ato.

funciona, portanto, como *condição de eficácia em relação a terceiros*. Estes terceiros para efeitos de registo são todos aqueles que adquirem do mesmo autor ou transmitente direitos total ou parcialmente incompatíveis ou conflituantes sobre o mesmo objeto ⁽²⁷⁶⁾.

Um problema interessante tem sido colocado a propósito das situações em que a coisa não é transmitida voluntariamente pelo primitivo titular. Pensemos no seguinte caso, antes de voltarmos às hipótese-tipo que queremos acompanhar: A vende um imóvel a B, por escritura pública. B não regista a aquisição do seu direito de propriedade. Entretanto, A é alvo de um processo executivo, no âmbito do qual é executado (objeto de penhora e depois de subsequente venda judicial) o referido imóvel, que é assim adquirido por C. Poderá B opor o seu direito de propriedade a C? O problema, como se compreende, está em saber quem são os terceiros para efeitos de registo. De acordo com a noção apresentada anteriormente, B e C não seriam terceiros para efeitos de registo, já que não foi A quem constituiu a favor do último um direito real de garantia. No fundo, eles não teriam adquirido do mesmo autor ou transmitente. Porém, em Acórdão de Uniformização de Jurisprudência (Ac. n.º 15/97, de 20 de maio), o STJ veio apresentar uma noção diversa de terceiro: “todos os que, tendo obtido registo de um direito sobre determinado prédio, veriam esse direito ser arredado por qualquer facto jurídico anterior não registado ou registado posteriormente”. O alargamento do âmbito de relevância da categoria é evidente. Neste sentido, seriam ainda terceiros aqueles que, mesmo contra o transmitente, poderiam com base na lei adquirir direitos sobre a coisa. Mas a posição do

⁽²⁷⁶⁾ A noção remonta a Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 20 s. Ela é, contudo, ligeiramente modificada, fruto da influência dos estudos de Orlando de Carvalho. A ideia de conflitualidade, para além da de incompatibilidade, serve exatamente para vincar que o problema se pode gerar entre dois direitos de hipoteca, por exemplo. Eles não seriam incompatíveis, mas meramente conflituantes. Cf. Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 65 e Orlando de CARVALHO, “Terceiros para efeitos de registo”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 70, 1994, 97 s. Na linha do ensinamento de Manuel de Andrade, define-os como os que “do mesmo autor ou transmitente recebem sobre o mesmo objeto direitos total ou parcialmente conflituantes”. Relativamente ao civilista referido, Orlando de Carvalho introduz a ideia de conflituantes, em substituição da ideia de incompatíveis, para abranger na noção os casos de concurso de direitos.

Veja-se, igualmente, Paulo HENRIQUES, “Terceiros para efeitos do artigo 5.º do Código de Registo Predial”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 75, 2003, 389 s.

STJ haveria de alterar-se. O Ac. n.º 3/99, de 18 de maio, mostra uma inflexão na posição jurisprudencial: terceiros são aí definidos como “os adquirentes de boa-fé de um mesmo transmitente comum de direitos incompatíveis sobre a mesma coisa” ⁽²⁷⁷⁾.

O Supremo Tribunal de Justiça parece retomar uma posição tradicional, exigindo um transmitente comum. Cremos que a alteração se justifica. De facto, o Acórdão de 1997 nos levar demasiado longe e permitiria — se falhassem os princípios do trato sucessivo e da legitimação registal ⁽²⁷⁸⁾ — que fossem abarcadas no âmbito da proteção do registo hipóteses que obviamente escapam à sua intencionalidade. Pense-se no caso em que A vende um imóvel a B; B não regista, e, depois, C, arrogando-se proprietário, vende a D, que regista a aquisição do seu direito. Ora, não é para estas situações que é pensado o registo.

Mas compreende-se a preocupação de parte da doutrina no sentido de entender que as hipóteses de transmissão não voluntária deveriam ser abrangidas pelo âmbito de relevância da disciplina protetiva que agora se contempla. Simplesmente cremos que a solução que materialmente se considera adequada não é incompatível com o sentido mais restritivo e rigoroso do conceito de terceiros: é que, em rigor, embora a transmissão não seja voluntária, a aquisição dá-se a partir do mesmo autor ou transmitente — é da esfera jurídica do executado que sai o direito que ingressa na esfera jurídica do adquirente ⁽²⁷⁹⁾. Ou seja, não importa tanto a iniciativa da transferência, mas a proveniência do direito anterior em que se funda a aquisição ⁽²⁸⁰⁾.

⁽²⁷⁷⁾ Sobre o ponto, cf. Antunes VARELA/Henrique MESQUITA, “Direitos incompatíveis adquiridos do mesmo transmitente e registo apenas da segunda aquisição; invocação pelo primeiro adquirente da usucapião fundada na sua posse e na dos antecessores: conceito de terceiros para efeitos de registo”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 126, 374 s., e ano 127, 19 s.

⁽²⁷⁸⁾ Deve notar-se, ainda, que, atualmente, sendo incumbência oficiosa do notário comunicar à conservatória do registo predial os dados para o registo da aquisição do direito, diminui em muito a incidência prática de questões como as que estamos a tratar em texto.

⁽²⁷⁹⁾ Cf., quanto ao ponto, Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, n. 442.

⁽²⁸⁰⁾ Neste sentido, cf. Orlando de CARVALHO, “Terceiros para efeitos de registo”, 97 s. Em matéria de venda executiva, em face de hesitações que à época se faziam sentir na jurisprudência, o insigne civilista esclarece que as dúvidas não têm razão de ser, tanto mais que a nossa lei alarga as inscrições à aquisição originária e à aquisição *mortis causa*, donde, mesmo prescindindo-se da absoluta

Mais criticável parece ser o posicionamento do Supremo Tribunal de Justiça no que respeita à exigência de boa-fé. Na verdade, tradicionalmente entende-se que a noção de terceiros para efeitos de registo não reclama a boa-fé. Ou seja, o terceiro adquirente estaria protegido — nos termos que a seguir explicitaremos — quer agisse de boa-fé, quer agisse de má-fé. Parece-nos ser este o melhor entendimento. Em primeiro lugar, o registo, agora obrigatório, pelo que não há razão para proteger os que não registam, em confronto com os que registam, ainda que tenham atuado com conhecimento da anterior aquisição ⁽²⁸¹⁾. Por outro lado, a certeza que se pretende transmitir com o registo ficaria fortemente abalada com a necessidade da prova, sempre difícil, de um estado psicológico do terceiro adquirente ⁽²⁸²⁾. Do mesmo modo, deve entender-se que a proteção que se dispensa aos terceiros opera quer a aquisição se dê a título oneroso, quer se dê a título gratuito.

Em sentido inverso depõem autores como Oliveira Ascensão e Menezes Cordeiro. O primeiro autor citado procurou interpretar o regime tabular à luz do artigo 291.º CC, restringindo o conceito de terceiros e dando relevância a este ensejo à boa-fé. Mas, sem razão, como se argumentou anteriormente.

Definidos os terceiros, importa analisar como opera a proteção que assim se dispensa. Imagine-se o seguinte caso: A vendeu a B um imóvel, por escritura pública, não tendo B registado a aquisição do seu direito de propriedade; umas semanas mais tarde, A voltou a vender o referido imóvel a C, que se apressou a registar a aquisição do apartamento. A venda de A a C seria, em princípio, nula, por força do artigo 892.º CC. Na verdade, transmitindo-se a propriedade por

voluntariedade, haverá que considerar integrado no conceito de terceiros para efeitos de registo aquele que adquire com base numa venda executiva. A nossa jurisprudência, aliás, depois de ter aderido ao posicionamento contrário, vem agora admitir o alargamento do conceito de terceiros para cobrir esta situação. Veja-se, ainda, Paulo HENRIQUES, “Terceiros para efeitos do artigo 5.º do Código de Registo Predial”, 405 s. Para uma análise destes contributos, cf., igualmente, A. Pinto MONTEIRO/Paulo MOTA PINTO/Mafalda Miranda BARBOSA, “A teoria geral do direito civil nos cem anos do Boletim da Faculdade de Direito”, *Boletim da Faculdade de Direito (volume comemorativo do centenário do BFD)*, 91, 2015, 379 s.

⁽²⁸¹⁾ Cf. Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 65.

⁽²⁸²⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 368; Orlando de CARVALHO, “Terceiros para efeitos de registo”, 65; Paulo HENRIQUES, “Terceiros para efeitos do artigo 5.º do Código de Registo Predial”, 402 s.

mero efeito do contrato, nos termos do artigo 408.º CC ⁽²⁸³⁾, quando A transfere a coisa pela segunda vez, já não é o proprietário. Contudo, porque o direito de B não é oponível a terceiros para efeitos de registo, isto é, não é oponível a C, sendo o inverso verdadeiro, este C vai ser considerado proprietário ⁽²⁸⁴⁾. O registo abre, por isso, a possibilidade de aquisição de um direito de alguém que não o tinha, configurando uma exceção ao princípio *nemo plus iuris*. O mesmo esquema de proteção se verifica nas hipóteses em que o titular do direito o transmite a uma pessoa, que não regista a aquisição (translativa), e constitui um direito real limitado sobre a coisa, a favor de um terceiro, que regista a sua aquisição (constitutiva). Adverte, a este propósito, Orlando de Carvalho que tal só é assim quando a única falha da aquisição seja a falta de legitimidade do *dans causam* decorrente da anterior disposição que efetuou ⁽²⁸⁵⁾. Assim, se houver outra causa de invalidade do negócio celebrado entre A e C, não é possível tutelar o terceiro.

A este efeito central do registo juntam-se efeitos laterais, abrindo-se a porta à segunda exceção ao princípio *nemo plus iuris*. Dispõe o artigo 291.º/1 CC que “a declaração de nulidade ou a anulação de negócio jurídico que respeite a bens imóveis, ou a bens móveis sujeitos a registo, não prejudica os direitos adquiridos sobre os mesmos bens, a título oneroso, por terceiro de boa fé, se o registo da aquisição for anterior ao registo da ação de nulidade ou anulação ou ao registo do acordo entre as partes acerca da invalidade do negócio”, acrescentando o n.º 2 que “os direitos de terceiro não são, todavia, reconhecidos, se a ação for proposta e registada dentro dos três anos posteriores à conclusão do negócio”.

O preceito vem proteger as legítimas expectativas daquele que, estando de boa-fé, adquire a coisa desconhecendo que quem transmite não tem legitimidade para isso. Se A vende a B um automóvel e o negócio é nulo ou anulável, porque a invalidade opera retroativamente, destruindo-se todos os efeitos que possa ter produzido, e se, posteriormente, B vende a C, este negócio será consequencialmente nulo, por força do artigo 892.º CC. Significa isto que C não

⁽²⁸³⁾ A propriedade transmite-se mesmo que não haja cumprimento dos deveres que emergem do contrato. E transmite-se independentemente do registo da aquisição ou não.

⁽²⁸⁴⁾ Cf. artigo 5.º C. R. Predial.

⁽²⁸⁵⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 65.

chega a adquirir validamente o direito. Mas, o artigo 291.º CC abre as portas à possibilidade de este terceiro adquirir a *non domino*, tornando inoponível a arguição da nulidade ou anulabilidade ⁽²⁸⁶⁾.

Para tanto, exige-se o preenchimento de diversos requisitos cumulativos. A saber: exige-se 1) que exista uma cadeia de transmissões; 2) que exista um terceiro, entendido como todo aquele que, inserindo-se numa mesma cadeia de transmissões, vê a sua posição jurídica afetada pela invalidade de um negócio anterior ⁽²⁸⁷⁾; 3) que se verifique a invalidade (nulidade ou anulabilidade) de um dos negócios na cadeia de transmissões ⁽²⁸⁸⁾; 4) que os negócios tenham como objeto um bem imóvel ou um bem móvel sujeito a registo; 5) que a aquisição do terceiro seja onerosa; 6) que o terceiro tenha registado a sua aquisição e que esse registo seja anterior ao registo da ação de

⁽²⁸⁶⁾ O fundamento da nulidade será a ilegitimidade do *tradens*. Veja-se, a este propósito. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/I, 876, explicando o dado e indicando, igualmente, o fundamento da nulidade do negócio no campo obrigacional. No exemplo do autor, se “D vende a E que, nessa base, se obriga a prestar a F, a nulidade da venda implica a nulidade da obrigação, por impossibilidade legal”. Pense-se, contudo, no problema, por exemplo, do arrendamento de coisa alheia. Da articulação entre os artigos 1034.º e 1032.º CC parece resultar que o legislador trata as hipóteses em que o senhorio não é o proprietário e não consegue proporcionar o gozo da coisa ao arrendatário como casos de incumprimento.

⁽²⁸⁷⁾ A noção é-nos oferecida por Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 66-67. Conforme explica o autor, ficam excluídos os que não adquirem direitos no seguimento do ato nulo ou anulável, como os preferentes, assim como os que o ato inválido não afeta, como os “credores comuns do adquirente ou subadquirentes”.

⁽²⁸⁸⁾ Não poderá haver proteção se o negócio for inexistente. Tem-se questionado se a proteção pode ou não operar em caso de ineficácia do negócio jurídico. A jurisprudência tem respondido negativamente a esta questão. Cf., a título de exemplo, o Ac. STJ de 21 de janeiro de 1992 (BMJ, 413, 1992, 514 s., também citado por Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 370, n. 444).

Sobre o ponto, Menezes Cordeiro esclarece que a maioria dos problemas se colocam a propósito das preferências legais. Tendo isto em conta, o autor aduz que “as razões que levam à tutela dos terceiros — boa fé, investimento de confiança e inação das partes interessadas — podem proceder tanto nas invalidades como nas ineficácias. Além disso, tal tutela não tem nada de excecional: a letra da lei, só por si, não permitiria a exclusão”. Mas, no caso das preferências legais, todavia, “o artigo 291.º — tal como o 17.º/2 do CRP — não se aplica pela razão simples de elas não estarem sujeitas a registo. Consequentemente, não só os preferentes não têm modo de as publicar como os próprios terceiros adquirentes não têm especial fundamento para clamar a ignorância da sua existência. De resto e na generalidade dos casos, a preferência legal deduz-se da situação de fundo, pelo que — visto o artigo 291.º/3 — não há, sequer, boa fé”.

nulidade ou anulação ou ao registo do acordo entre as partes acerca da invalidade do negócio; 7) que o terceiro esteja de boa-fé, entendida em termos ético-psicológicos, ou seja, apenas é considerado de boa-fé aquele que desconhece sem culpa; 8) que tenham decorrido três anos a contar da data da celebração do negócio inválido (nulo ou anulável).

Verificados estes pressupostos, o terceiro é considerado proprietário, o que implica que adquira com base em quem não tinha legitimidade para lhe transmitir, explicando-se a natureza excecional da solução em face do princípio *nemo plus iuris* pela necessidade de tutelar a boa-fé e as legítimas expectativas do adquirente ⁽²⁸⁹⁾.

Uma proteção específica a terceiros de boa-fé é conferida pelo artigo 243.º CC, quando a nulidade do negócio (na cadeia de transmissões) resulta de uma simulação ⁽²⁹⁰⁾. Diz-nos o preceito que “a nulidade proveniente da simulação não pode ser arguida pelo simulador contra terceiro de boa-fé” e suscita diversas dúvidas à doutrina e, consequentemente, à jurisprudência. São três as questões nucleares que têm de ser enfrentadas.

Em primeiro lugar, qual o âmbito de relevância da restrição? Deve o preceito interpretar-se no sentido de apenas restringir a legitimidade dos simuladores ou deve estender-se o seu âmbito de relevância à arguição da nulidade por qualquer pessoa? A doutrina divide-se, quanto ao ponto. Enquanto parte da doutrina sustenta a segunda posição, designadamente por considerar que a finalidade do artigo 243.º poderia ser facilmente frustrada pela transferência

⁽²⁸⁹⁾ Pode haver situações em que um terceiro não preencha todos os requisitos, estando, porém, protegido, por beneficiar da proteção de outro terceiro. São os casos de *proteção intercorrente*. Imagine-se um exemplo: A vende a B um imóvel. O negócio é inválido. B vende o mesmo imóvel a C, que está de boa-fé e desconhece, sem culpa, a invalidade que afeta o negócio anterior e regista de imediato a aquisição do seu direito. Três anos depois da celebração do negócio inválido, C doa o referido imóvel a D. Percebe-se, sem necessidade de mais pormenores, que D não preenche todos os requisitos do artigo 291.º CC. Contudo, entende-se que ele beneficia da proteção que o preceito dispensa a C. Decorridos os três anos exigidos pela norma, C torna-se proprietário de pleno direito, não podendo ser atacado o seu direito. Significa isto que pode exercer todos os poderes inerentes ao seu direito, entre os quais alienar a título gratuito. Se não se aceitasse esta proteção intercorrente — que só pode operar se a transmissão ocorrer depois de transcorridos os três anos exigidos por lei — estar-se-ia a proteger o terceiro C, mas a trata-lo como uma espécie de proprietário diminuído.

⁽²⁹⁰⁾ Sobre esta, cf. o que se explicitará *infra*.

dos direitos do simulador a um terceiro ⁽²⁹¹⁾; outros autores sustentam que a intencionalidade daquele que criou a situação que pretende, agora, destruir implica uma atitude tão reprovável que justifica uma proteção facilitada aos terceiros ⁽²⁹²⁾. Menezes Cordeiro parece apresentar uma posição intermédia, partindo da compreensão restritiva que limita o âmbito de relevância do preceito à invocação da nulidade pelos simuladores, mas admitindo que também os herdeiros, quando ajam em nome do simulador, os representantes ⁽²⁹³⁾ e todos os sujeitos que tenham contribuído ativamente para a conclusão do negócio simulado e daí retirem benefícios ou pretendam retirar benefícios não podem invocar a nulidade do negócio simulado ⁽²⁹⁴⁾. Em face das divergências, há que tomar posição. Para tanto, haveremos que lembrar que o artigo 291.º CC estabelece uma ampla tutela de terceiros de boa-fé contra a invocação da nulidade ou anulabilidade de um negócio jurídico, quando, integrando-se numa mesma cadeia de transmissões, vejam a sua posição jurídica afetada, ao mesmo tempo que desconhecem, sem culpa, a invalidade do negócio anterior, e desde que o negócio diga respeito a bens imóveis ou móveis sujeitos a registo, que o ato de aquisição do direito tenha sido registado, que o terceiro tenha adquirido o direito a título oneroso e que tenham decorrido três anos desde a celebração do negócio inválido. O artigo 243.º protege igualmente terceiros, estabelecendo como requisito único a boa-fé. Perante uma discrepância tão gritante no tocante aos pressupostos da tutela, torna-se claro que o fundamento do regime especial reside não só na necessidade de salvaguarda da confiança de quem atuou de boa-fé, como na

⁽²⁹¹⁾ Cf. J. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, 203 e Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 66 s. A posição dos dois autores não é absolutamente equivalente. Enquanto Orlando de Carvalho olha para o artigo 243.º CC como uma disciplina especial em relação ao artigo 291.º CC, mas inserida ainda na mesma intencionalidade problemática de proteção de terceiros; Oliveira Ascensão preocupa-se sobretudo em alargar a restrição a todos os terceiros de má-fé.

⁽²⁹²⁾ Nesse sentido, C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 481.

⁽²⁹³⁾ Note-se que esta solução é também defendida por C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 481

⁽²⁹⁴⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 895. O autor entende que, “mesmo admitindo que a letra do preceito impeça semelhante interpretação, o que não se reconhece, a invocação da simulação, por parte de qualquer sujeito que preencha os requisitos acima elencados, estaria sempre condicionada pelo artigo 334.º: o sistema não pode tolerar que um sujeito que tenha contribuído para a conclusão de um negócio simulado venha, posteriormente, invocar a sua nulidade”.

intenção de “castigar” os simuladores, compensando a abertura à possibilidade de invocar a nulidade. Ora, assim sendo, parece fazer sentido a restrição da relevância da norma às hipóteses de arguição da nulidade do negócio simulado pelos simuladores ⁽²⁹⁵⁾. Mas, se assim é, justifica-se, igualmente, a extensão dessa mesma relevância a todos os que ocupem a posição jurídica do simulador (representantes, herdeiros legitimários que atuem em nome dele), bem como, atenta a *ratio* do preceito a todos os que contribuíram para a celebração do negócio.

Em segundo lugar, questiona-se o que é a boa-fé para efeitos do artigo 243.º CC. Também aqui se detetam algumas divergências entre os autores. Se genericamente se entende — de acordo com o artigo 243.º/2 CC, e por contraposição com o artigo 291.º CC — que a boa fé deve ser compreendida como o desconhecimento, com ou sem culpa, da simulação, ao tempo em que foram constituídos os respetivos direitos, autores há, como Menezes Cordeiro, que defendem que estamos diante de uma boa-fé subjetiva ética, exigindo-se, portanto, que o desconhecimento seja não culposos ⁽²⁹⁶⁾. A solução do problema requer a consideração de determinados vetores. Por um lado, o direito não se pode dispensar uma dimensão ética que apela à consideração da culpa; do mesmo modo, parece pouco consentâneo com a tutela da confiança a ideia de proteção de quem desconhece uma invalidade por uma atitude censurável; por outro lado, importa não esquecer a gravidade que a simulação envolve a justificar que os autores apontem a culpa no desconhecimento como um

⁽²⁹⁵⁾ Esta solução tem consequências no que respeita à resolução dos problemas suscitados por eventuais conflitos entre terceiros. Afirmando-o claramente, veja-se, também, C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 484 e A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 901 s. Havendo um conflito entre credores comuns do simulador alienante e credores comuns do simulador adquirente, podemos confrontar-nos com duas hipóteses: ou a nulidade é invocada pelos simuladores e deve proteger-se a boa fé do credor do simulador adquirente; ou a nulidade é invocada por um terceiro e deve prevalecer em relação àqueles sujeitos, dando-se preferência aos credores do simulador alienante. O mesmo se diga em relação ao conflito que se estabelece entre os credores comuns do simulado alienante e os subadquirentes do simulado adquirente.

Apresentando uma solução diversa, mas ressalvando que a mesma não faz sentido diante da interpretação expendida do artigo 243.º, cf. C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 485.

⁽²⁹⁶⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 896. No mesmo sentido, A. Barreto Menezes CORDEIRO, *Da simulação*, 97.

pecado venial, em confronto com a má-fé dos segundos ⁽²⁹⁷⁾. Em causa estaria a consideração da sanção que o regime envolve para os simuladores ⁽²⁹⁸⁾. A opção entre as duas posições implica, portanto, saber qual o peso relativo que se dispensa a cada um dos segmentos valorativos. Ora, se, como vimos, à proteção da confiança é dispensado um regime mais favorável em relação à disciplina do artigo 291.º CC e se isso se justifica pela nota de sanção, então parece ser de aceitar a posição que dispensa a ausência de culpa para a aferição da boa fé.

Em terceiro lugar, importa saber quem é terceiro para efeitos do artigo 243.º CC. De acordo com o ensino de Orlando de Carvalho, terceiros são todos os que, integrando-se numa mesma cadeia de transmissões, veem a sua posição jurídica afetada por uma ou mais causas de invalidade anteriores ao ato em que foram intervenientes ⁽²⁹⁹⁾. A assumir-se esta noção para efeitos de delimitação do âmbito de relevância do preceito em análise afastar-se-ia, de imediato, a possibilidade de outros terceiros, que não fossem subadquirentes do bem, serem integrados no esquema de proteção. Porém, se concebermos os terceiros como os sujeitos estranhos ao negócio simulado ⁽³⁰⁰⁾, ulteriores problemas se colocam. Em causa poderá estar a eventual possibilidade de tutela, a este nível, dos preferentes de boa-fé. O problema coloca-se, sobretudo, a propósito das simulações de valor e redundam em saber se, havendo direito de preferência, podem esses terceiros preferir pelo valor simulado ou, apenas, pelo valor real.

Na doutrina, verificam-se posições em ambos os sentidos ⁽³⁰¹⁾. Atenta a *ratio* da norma — a compatibilizar a sanção dos simuladores com a

⁽²⁹⁷⁾ Cf. Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 208; Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 65; C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 484.

⁽²⁹⁸⁾ Acerca da ideia de punição dos simuladores, cf., porém, o testemunho de A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 909, sublinhando que num direito moderno a punição teria de passar pela medida da culpa de cada um dos simuladores. Repare-se, porém, que não falamos de sanção num sentido estrito de punição.

⁽²⁹⁹⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 67.

⁽³⁰⁰⁾ Cf. C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 477, definindo os terceiros como “quaisquer pessoas, titulares de uma relação, jurídica ou praticamente afetada pelo negócio simulado e que não sejam os próprios simuladores ou os seus herdeiros (depois da morte do *de cuius*)”.

⁽³⁰¹⁾ No sentido de defender que o preferente tem direito a preferir pelo valor simulado, cf. H. Edwald HÖRSTER, *A parte geral do Código Civil Português*, 538; Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 383, n. 1; no sentido de defender que o preferente apenas pode preferir pelo valor real, v. A. Menezes CORDEIRO,

proteção da confiança dos terceiros — cremos ser a melhor posição aquela que sustenta que o preceito apenas legitima a sua aplicação a situações em que esse terceiro haja sofrido um prejuízo, não indo ao ponto de legitimar benefícios, que poderiam ser francamente injustos ⁽³⁰²⁾. Significa isto que a preferência deve ocorrer pelo preço real e não pelo preço declarado ⁽³⁰³⁾.

Outras exceções ao princípio *nemo plus iuris* podem ser encontradas nos artigos 2076.º e 1687.º/3 CC ⁽³⁰⁴⁾.

7.3. Modificação de direitos

A modificação de direitos traduz a alteração de um elemento de um direito que, contudo, mantém a sua identidade ⁽³⁰⁵⁾. Consoante o que se altere seja o titular ou o conteúdo ou objeto do direito, assim a modificação se qualifica como *subjettiva* ou *objetiva*.

Na modificação subjettiva, a identidade do direito mantém-se, alterando-se o titular do mesmo. Ela pode ocorrer por *substituição* (quando um sujeito substitui o outro, que é o que ocorre quando A vende a B uma coisa, ou quando se verifica uma cessão de créditos ⁽³⁰⁶⁾,

Tratado de Direito Civil, II, 899, considerando que não há investimento da confiança que justifique a tutela; C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 482 s.; Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil-Teoria Geral*, 229; Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, 205-6.

⁽³⁰²⁾ Em sentido contrário, cf. Luís Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, 236 s.

⁽³⁰³⁾ Há, porém, exceções. Cf. o artigo 55.º Código do Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis, cujo n.º 1 refere que “se, por indicação inexacta do preço, ou simulação deste, o imposto tiver sido liquidado por valor inferior ao devido, o Estado, as autarquias locais e demais pessoas coletivas de direito público, representados pelo Ministério Público, poderão preferir na venda, desde que assim o requeiram perante os tribunais comuns e provem que o valor por que o IMT deveria ter sido liquidado excede em 30/prct. ou em (euro) 5000, pelo menos, o valor sobre que incidiu” e o n.º 4 consagra que “os bens são entregues ao preferente mediante depósito do preço inexatamente indicado ou simulado e do imposto liquidado ao preferido”. Em causa parece estar, aqui, o combate à fraude fiscal.

⁽³⁰⁴⁾ Cf. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 371, n. 445.

⁽³⁰⁵⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 371 s.; Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 20 s.; Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 76 s.

⁽³⁰⁶⁾ Verifica-se ainda nas hipóteses de assunção de dívida e de cessão da posição contratual. Cf. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 372 e Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 76.

ou ainda quando se dá uma sucessão *mortis causa*) ⁽³⁰⁷⁾; por *multiplicação* (quando um sujeito é substituído por vários sujeitos) ⁽³⁰⁸⁾; ou por *concentração* (quando a vários sujeitos sucede um só, por exemplo se A e B vendem X a C) ⁽³⁰⁹⁾.

No caso da modificação objetiva, o que se altera é o conteúdo ou o objeto do direito. Pense-se, por exemplo, na hipótese de substituição do dever de prestar pelo dever de indemnizar; na alteração ao conteúdo do direito de propriedade pela constituição de um direito de superfície; na prorrogação do prazo para cumprir uma obrigação, entre muitas outras ⁽³¹⁰⁾.

7.4. Extinção de direitos

A extinção de direitos traduz o desaparecimento de um direito. Se o direito desaparece da esfera jurídica de um sujeito, a extinção diz-se *subjética*. Se o direito desaparece simplesmente, para o seu titular e para qualquer outro sujeito, então, a extinção diz-se *objetiva*.

A extinção subjetiva também se designa por *perda de direitos* e pode ocorrer por vontade do titular, sem vontade do titular ou contra a vontade do titular ⁽³¹¹⁾.

A extinção objetiva pode ocorrer por destruição do objeto, abandono do objeto, por exercício do direito (extinção satisfatória), por não exercício do direito (não uso, renúncia, prescrição, caducidade) ⁽³¹²⁾.

⁽³⁰⁷⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 76.

⁽³⁰⁸⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 76. Esclarece o autor que a *multiplicação* pode ocorrer por *sucessão mortis causa* ou inter vivos: A vende a B e C; B e C sucedem mortis causa a A; ou por *adjunção*, “quando o primitivo sujeito agrega à sua titularidade outro ou outros”, por exemplo, A vende a B uma quota ideal da coisa.

⁽³⁰⁹⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 76.

⁽³¹⁰⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 76; Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 372.

⁽³¹¹⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 373; Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 76.

⁽³¹²⁾ A sistematização pertence a Orlando de Carvalho e corresponde à que melhor capta a realidade normativa. Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 76 s.

CAPÍTULO III

OS SUJEITOS DA RELAÇÃO JURÍDICA

Compreendida a relação jurídica, na sua estática e na sua dinâmica, é tempo de atentarmos na sua estrutura externa e acompanharmos os seus diversos elementos. Começamos, naturalmente, pelos sujeitos da relação jurídica. Estes são os entes entre os quais se estabelece o vínculo normativo em que aquela se traduz; ou seja, são o titular do direito subjetivo, numa das suas múltiplas modalidades (sujeito ativo), e o titular do dever jurídico ou sujeição (sujeito passivo). São, portanto, sujeitos de direitos e de deveres. Daí que, se perguntarmos quem pode ser sujeito de relações jurídicas, a resposta que avulta de imediato seja que são todos os entes dotados de personalidade jurídica. De facto, a personalidade jurídica pode definir-se como a suscetibilidade para se ser, em abstrato, titular de relações jurídicas, um centro autónomo de imputação de direitos e de deveres ⁽¹⁾. Mais concretamente, podem ser sujeitos de relações jurídicas as pessoas singulares (os seres humanos) e as pessoas coletivas. Apesar de ambos serem dotados de personalidade jurídica, importa não confundir as duas categorias de sujeitos. Na verdade, enquanto a personalidade jurídica das pessoas singulares surge como uma decorrência (uma imposição) da ideia de dignidade da pessoa humana, limitando-se o ordenamento jurídico a reconhecê-la; a personalidade jurídica das pessoas coletivas, enquanto expediente técnico criado pelo direito, é-lhes atribuída pelo ordenamento jurídico. Como esclarece Pais de Vasconcelos e Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, “o direito

⁽¹⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 194.

não pode deixar de reconhecer às pessoas humanas a personalidade, assim como não lhes pode recusar a dignidade humana, ou condicionar, limitar ou excluir a personalidade (...). A personalidade jurídica das pessoas coletivas (...) é semelhante, mas diferente, e tem uma problemática própria de fundamentação e um conteúdo que corresponde à transposição *mutatis mutandi* para as pessoas coletivas do módulo jurídico da personalidade das pessoas humanas” ⁽²⁾. Também Mota Pinto, depois de definir a personalidade jurídica, esclarece que “esta aptidão é nas pessoas singulares — nos seres humanos — uma exigência do direito ao respeito e da dignidade que se deve reconhecer a todos os indivíduos. Nas pessoas coletivas trata-se de um processo técnico de organização das relações jurídicas conexas com um dado empreendimento coletivo” ⁽³⁾.

Se estes são dados pacificados na civilística, assiste-se hoje a tentativas diversas de alargamento do leque de sujeitos da relação jurídica. Os problemas colocam-se, sobretudo, diante da reivindicação de direitos dos animais, a implicar a subjetivação destes, e da problematização acerca da eventual criação de uma personalidade eletrónica (*e-persons*).

•

PESSOAS SINGULARES

1. O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

De acordo com o artigo 66.º/1 CC, a personalidade jurídica adquire-se com o nascimento completo e com vida. O nosso legislador não exige, assim, especiais requisitos para a aquisição da personalidade jurídica. Designadamente, prescinde-se do requisito da viabilidade e da figura humana, que era exigido, por exemplo, pelo artigo 110.º C. Seabra ⁽⁴⁾. Mas exige-se que o nascimento seja completo e com vida, ou seja, que haja o corte do cordão umbilical e que a criança não nasça morta (nado-morto). Parece, assim, excluir-se

⁽²⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 35 s.

⁽³⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 194.

⁽⁴⁾ Artigo 110.º C. Seabra: “Só é tido por filho, para os efeitos legais, aquele de quem se prove que nasceu com vida e com figura humana”. Acerca da capacidade, veja-se o artigo 6.º, que dispunha que ela se adquiria com o nascimento.

a personalidade dos que morrem durante o parto ou antes da secção do dito cordão umbilical ⁽⁵⁾.

Não obstante, o artigo 66.º/2 CC refere que “os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento”. A simples leitura do artigo faz-nos perceber que aos nascituros — aqueles que ainda não nasceram — são reconhecidos certos direitos. Em causa estão direitos de natureza patrimonial e de natureza pessoal.

Entre os direitos de natureza patrimonial, tenha-se em conta a possibilidade de os nascituros (concebidos e não concebidos) receberem por doação (artigo 952.º CC); de os nascituros concebidos receberem por sucessão legal, testamentária e contratual (artigo 2033.º/1 CC); e de os nascituros não concebidos receberem bens por sucessão testamentária e contratual (artigo 2033.º/2 CC). Do ponto de vista pessoal, são tutelados os direitos de personalidade do nascituro, havendo já profusa jurisprudência no sentido de atribuir uma indemnização por danos causados ao sujeito antes de ele ter nascido.

Porém, o artigo 66.º/2 CC não deixa de causar dúvidas e suscitar perplexidades, gerando controvérsia entre os autores. Por um lado, parece que estes direitos ficam dependentes do nascimento completo e com vida, o que, se interpretado literalmente, nos poderá condenar a incoerências intrassistemáticas e a contradições axiológicas e dificuldades dogmáticas. Pois que, como sublinha Capelo de Sousa, se a tutela plena dos direitos de natureza pessoal ficar dependente do nascimento, haveremos de concluir que o nascituro é protegido contra as ofensas à sua integridade física, podendo receber uma indemnização pelos danos causados na fase embrionária, mas não contra as ofensas à sua vida, se a situação resultar na sua morte ⁽⁶⁾. Por outro lado,

⁽⁵⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 85.

A este propósito, *vide*, igualmente, Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/III, Almedina, Coimbra, 2004, 298 s., mostrando-se muito crítico da solução consagrada na lei. Considera o autor que, “muitas vezes, o cordão é laqueado, só se procedendo ao corte depois da expulsão da placenta. Além disso, é frequente a criança bem formada começar a chorar (e a respirar) logo que a cabeça se liberta do corpo da mãe”, pelo que “o legislador de 1966 devia-se ter coibido de referir nascimento completo sem ter estudado o problema, com alguma atenção”. Para o autor, “a referência é tão inadequada que o Direito Penal, reclamando a libertação do pensamento civilístico, considera que, para efeitos de homicídio, há pessoa desde que se dê o início do ato de nascimento”. Veja-se, igualmente, Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, Almedina, Coimbra, 2019, 317 s.

⁽⁶⁾ Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 278 s.

ao partirmos — como temos de partir — da pessoa, como fundamento de todo o ordenamento jurídico, haveremos de relembrar que, não sendo possível aceitar uma escala gradativa de pessoalidade, que distinga entre seres humanos pessoa e seres humanos não pessoa, e sendo a personalidade jurídica uma exigência ética da dignidade dessa mesma pessoa, soa estranho a recusa de reconhecimento da qualidade de pessoa para o direito aos nascituros. Acresce que, do ponto de vista dogmático, se a personalidade jurídica é a suscetibilidade para se ser titular autónomo de relações jurídicas e se aos nascituros são reconhecidos certos direitos, como explicar tal titularidade sem contradição?

Importa, por isso, tendo sempre presente a diferença entre o nascituro concebido e o nascituro não concebido, indagar qual o estatuto jurídico dos nascituros e problematizar a categoria personalidade jurídica.

2. O ESTATUTO JURÍDICO DOS NASCITUROS

O problema que agora se considera não é pacífico, quer do ponto de vista doutrinal, quer do ponto de vista ético-axiológico. Assim sendo, se quisermos logradamente chegar a uma conclusão séria, teremos de ser rigorosos no nosso percurso argumentativo.

Deste modo, importa ter em consideração que a questão que se coloca — é ou não possível reconhecer alguma forma de personalidade jurídica aos nascituros? — restringe o seu âmbito aos nascituros já concebidos. Os outros, sendo apenas uma ideia ou projeto para o futuro, são cobertos por outro tipo de soluções.

2.1. Os nascituros concebidos

Como vimos, a pessoa — que surge no epicentro da fundamentação da juridicidade — não é apenas acolhida pelo ordenamento jurídico, mas impõe-se como expressão e limite de validade desse mesmo ordenamento. Ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1.º CRP, não deve ser só perspetivado como princípio fundamental reconhecido a esse nível e imposto ao quadro infraconstitucional, mas deve ser entendido como um referente de sentido que se impõe ao próprio legislador (constituente e não constituinte). Este personalismo ético, que contamina, também e obviamente, o direito civil, apresenta inúmeros reflexos. Diríamos mesmo que, em maior ou menor medida, porque cada norma há de louvar-se, em última

instância, no princípio normativo do direito enquanto direito, ele se reflete em toda e qualquer solução normativa. Há, porém, alguns aspetos do sistema que com uma meridiana clareza não são senão uma concretização dessa ideia de dignidade. Desta feita, o artigo 24.º CRP, ao prescrever a inviolabilidade da vida humana, é expressão direta do personalismo ético a que nos referimos. Ora, se é assim no plano do direito constitucional, não o pode deixar de ser, também, no quadro do direito civil. Aliás, e em rigor, os direitos de personalidade não só coincidem, em muitos aspetos, com os direitos fundamentais, como alargam materialmente o âmbito de relevância do catálogo de direitos, liberdades e garantias ⁽⁷⁾. Quer isto dizer que o direito civil não pode deixar de tutelar a vida humana, enquanto bem jurídico que integra a personalidade jus-civilisticamente tutelada. Esta afirmação, por si só, contudo, não resolve o nosso problema. Na verdade, há que concretizar os termos dessa proteção, por um lado, e, por outro lado, há que determinar o âmbito de relevância da vida humana para estes efeitos. Os dois nódulos problemáticos tornam-se fundamentais a este nível, por não estarmos a lidar com a vida humana de pessoas já nascidas, mas com a vida humana de nascituros.

Dir-se-ia, numa primeira aproximação ao problema, que, entre nós, o aborto é ilícito. Contudo, no quadro do direito penal, existem diversas hipóteses de realização de um aborto sem que haja cominação de uma pena. O artigo 142.º C. Penal estabelece que “não é punível a interrupção da gravidez efetuada por médico, ou sob a sua direção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando *a)* constituir o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida; *b)* se mostrar indicada para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida e for realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez; *c)* houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada

⁽⁷⁾ Nesse sentido, cf. Rabindranath Capelo de SOUSA, *O Direito geral de personalidade*, 92, 96 s., 581 s., considerando que o direito geral de personalidade pode ser entendido como um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias.

Veja-se, ainda, Paulo Mota PINTO, “Os direitos de personalidade no Código Civil de Macau”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 76, 2000, 205-250 (207).

nas primeiras 24 semanas de gravidez, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo; d) a gravidez tenha resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual e a interrupção for realizada nas primeiras 16 semanas; e) for realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez.”

Os autores penalistas não são unânimes no tocante à interpretação do preceito. Se para muitos o que está em causa é a exclusão da ilicitude do ato, para outros, com exceção da alínea *a*) do n.º 1, o que estaria em causa seria a exclusão da punibilidade pela ausência (ou atenuação) da culpa da mulher que decide abortar ⁽⁸⁾. No tocante à alínea *e*), acrescentada ao preceito depois da consulta popular sobre a matéria, ulteriores problemas se colocam. Na verdade, vozes ecoam no sentido da inconstitucionalidade da solução dos prazos que passou a estar consagrada no nosso ordenamento jurídico ⁽⁹⁾.

Independentemente do entendimento que se possa derramar sobre a questão, inequívoco é que a despenalização do comportamento (ou a sua descriminalização) não resulta da falta de dignidade penal do bem jurídico ⁽¹⁰⁾. O direito à vida é inviolável, e, se dúvidas houvesse

⁽⁸⁾ Cf. Jorge Figueiredo DIAS, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, tomo I, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, artigo 142.º; António Manuel Almeida COSTA, “Aborto e direito penal”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1984, III, 76 s.; Manuel da Costa ANDRADE, “O aborto como problema de política criminal”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1979, II, 293 s.

Sobre o ponto, cf. a análise de Pedro Pais de VASCONCELOS, “A posição jurídica do pai na interrupção voluntária da gravidez”, *Pessoa humana e direito* (Diogo Leite Campos/Silmara Chinellato), Coimbra, Almedina, 2009, 400 s.

⁽⁹⁾ Manifestando-se neste sentido, no quadro do direito civil, embora em momento anterior à alteração legislativa, cf. Rabindranath Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 276, n. 688.

Cf., também, Joachim HRUSCHKA, “Zum Lebenrecht des Foetus in rechtsethischer Sicht”, *Juristenzeitung*, 10, 1991, 507 s.

⁽¹⁰⁾ Importa a este ensejo salientar que o Tribunal Constitucional nunca foi chamado a pronunciar-se sobre a eventual inconstitucionalidade do preceito. A consulta que lhe foi dirigida prendeu-se, tão-só, com a questão da eventual inconstitucionalidade de referendar, por via popular, o direito à vida. No acórdão proferido por este Tribunal podemos, contudo, divisar argumentos no sentido da não inconstitucionalidade da alteração legislativa. Assim, cf. Acórdão n.º 617/2006 do Tribunal Constitucional.

Cremos, contudo, que a constitucionalidade da lei é duvidosa, por dois motivos. Em primeiro lugar, deixa praticamente sem proteção um bem jurídico fundamental; em segundo lugar, na ponderação dos interesses (aparentemente — e só

no tocante à abrangência com que deve ser interpretado o preceito constitucional — o citado artigo 24.º CRP —, elas dissipar-se-iam pela imprescindível consideração da inexistência de diferenças ontológicas entre um embrião com dez semanas e um embrião com onze semanas e bem assim entre um embrião (independentemente do tempo de gestação) e uma criança já nascida ⁽¹¹⁾. Nessa medida, a despenalização do comportamento em causa, quando revista certas características, só pode ser entendido à luz da outra categoria que justifica a criminalização: a eficácia. Advogam, de facto, os defensores da despenalização do aborto — ou do aborto até um determinado prazo — que, porque se trata de um *crime sem vítima*, a intervenção do direito penal seria irrelevante ou, pior, levaria a agravar a posição das mulheres que, desejando abortar, dispunham de meios económicos para levar a cabo o ato fora das fronteiras portuguesas. Temos muitas dúvidas que a argumentação possa ser aceite, sobretudo pela consciência da fragilidade da vida em questão e pela necessidade de a proteger diante de

aparentemente) em conflito, valora superiormente o interesse axiologicamente inferior, deixando o embrião à total mercê da vontade arbitrária da mãe. Importa, contudo, ter em conta o que fica inscrito em texto.

Vejam-se, ainda, as declarações de voto de alguns conselheiros do Tribunal Constitucional. Assim, Moura Ramos, considerando que o bem jurídico seria totalmente desprotegido até às 10 semanas e que a ponderação de bens jurídicos não pode ser feita em abstrato, sem consideração da conduta específica dos seus titulares; Maria dos Prazeres Beleza, sustentando a inconstitucionalidade da liberalização que torna lícito o aborto até às 10 semanas, por tal ser inconciliável com o princípio da inviolabilidade da vida, já que não haveria qualquer causa de justificação passível de afastar a licitude do ato; Benjamim Rodrigues, considerando que, se é certo que o legislador pode conferir diferentes graus de proteção criminal ao *continuum* da vida, a verdade é que não pode retirar qualquer proteção penal durante as primeiras dez semanas de gravidez, por isso implicar uma absoluta desproteção da vida; Mário Torres, sustentando a inconstitucionalidade de um sistema de prazos não condicionado por um sistema de aconselhamento orientado para a salvaguarda da vida e sublinhando a violação do princípio da igualdade por a norma que viria a permitir a interrupção voluntária da gravidez depender exclusivamente da decisão da mãe, sem atender à vontade do pai.

⁽¹¹⁾ Cf., nesse sentido, *inter alia*, Rabindranath Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 266, afirmando que o “nascituro concebido emerge como um ser dotado de uma estrutura e dinâmica humanas autónomas, embora funcionalmente dependente da mãe”; Diogo Leite CAMPOS, “A criança-sujeito: a vida intra-uterina”, *Nós — Estudo sobre o direito das pessoas*, Coimbra, Almedina, 2004, 57 s.; Diogo Leite Campos, “O estatuto jurídico do nascituro”, *Nós — Estudo sobre o direito das pessoas*, Coimbra, Almedina, 2004, 75 s.; Diogo Leite CAMPOS, “O início da pessoa humana e a pessoa jurídica”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 2001, 1257-1268.

tamanha vulnerabilidade. Não obstante, a fragmentaridade do direito penal e um certo entendimento do princípio da proporcionalidade parecem, segundo alguns autores, autorizar a conclusão ⁽¹²⁾. O que já não é possível é extrair da lei penal e da sua interpretação um verdadeiro direito ao aborto ⁽¹³⁾. Como esclarece Carneiro da Frada, num texto a propósito do mesmo quadro problemático-normativo, “a tutela constitucional não está condicionada por normas infraconstitucionais; pelo contrário, estas é que obedecem àquelas” ⁽¹⁴⁾. Ou seja, uma norma — de índole penal ou outra — que quisesse, a despeito do preceito que garante a inviolabilidade do direito à vida, atribuir tal direito só seria constitucional se se excluísse dessa proteção a vida intrauterina. Ora, não há nada — nenhum dado ontológico ou axiológico — que viabilize tal interpretação. Recorrendo novamente ao verbo de Carneiro da Frada, “introduzir-se-ia uma limitação arbitrária, que o texto constitucional não consente” ⁽¹⁵⁾. Mais do que isso, estar-se-ia a desrespeitar o fundamento axiológico que sustenta o próprio ordenamento jurídico, pelo que uma regra dessa índole não poderia ser considerada uma regra de direito e do direito. Na verdade, é inegável que o embrião configura uma vida humana e a qualquer vida humana, em qualquer das suas formas, há de ser atribuído o estatuto de pessoa, sob pena de se abrir as portas a uma diferenciação axiológica entre seres humanos que choca com os quadros valorativos em que nos movemos ⁽¹⁶⁾.

⁽¹²⁾ Sobre a questão da fragmentaridade do direito penal, cf. José de Faria COSTA, *O perigo em direito penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, 10 s.

Sublinhe-se, ainda, que a posição exposta — por motivos de argumentação — não coincide com a nossa posição em matéria de despenalização do aborto.

⁽¹³⁾ Afirmando-o expressamente, cf. Pedro Pais de VASCONCELOS, “A posição jurídica do pai na interrupção voluntária da gravidez”, 400 s.: “da leitura conjugada dos artigos 140.º a 142.º do C. Penal, resulta com muita clareza que a interrupção voluntária da gravidez é ilícita e constitui crime, mesmo quando não seja punível nas circunstâncias do artigo 142. (...) A tipificação da conduta como crime afasta a sua qualificação como exercício de um direito subjetivo. Não é juridicamente concebível um direito subjetivo à prática de um crime”.

⁽¹⁴⁾ Manuel Carneiro da FRADA, “A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, 244.

⁽¹⁵⁾ Manuel Carneiro da FRADA, “A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, 244

⁽¹⁶⁾ Cf., de forma a acompanhar o intenso debate a que hodiernamente se assiste a propósito da conceção de pessoa, Stanley RUDMAN, *Concepts of Person and Christian Ethics, New Studies in Christian Ethics*, Cambridge University Press, 1997. A páginas 21, somos confrontados com a diferença entre uma visão individualista do *eu* e o conceito social de pessoa.

Saliente-se que, como decorre do corpo do nosso texto, aderimos a uma visão abrangente que recusa a exclusão da dignidade de pessoa a qualquer ser humano. Dito de outro modo, assumimos comprometidamente que este, por o ser, independentemente do seu estágio de evolução, das suas características e das condições concretas em que se encontra, é portador de uma tal dignidade que jamais lhe poderá ser retirado o estatuto de pessoa, dado que isso implicaria a sua reificação.

Posição diversa tem sido, contudo, filosoficamente sustentada por múltiplos autores, implicando este divórcio que o conceito de ser humano seja “puramente descritivo, moralmente neutro ou insignificante, enquanto a pessoa implica um juízo valorativo referido a um agente moral” (p. 79). Centrado o debate, noutros tempos, no problema da alma, é hoje dominado pela questão da consciência. Racionalidade, autoconsciência, autocontrolo, sentido do futuro, capacidade para se relacionar com os outros, capacidade de comunicação, capacidade para sentir dor são algumas das características autonomizadas como requisitos de acesso à pessoalidade.

Presidem à nossa rejeição de princípio das doutrinas filosóficas aqui condensadas — e radicadas no pensamento de autores como Tooley, Peter Singer, Engelhardt, J. Harris (cf. Stanley RUDMAN, *Concepts of Person*, 21 s.), ou mesmo, numa linha não utilitarista, como Habermas (cf. *O futuro da natureza humana, A caminho de uma eugenia liberal?*, Coimbra, Almedina, 2006) — não considerações de índole prática (para as quais somos alertados por K. Wilkes, *Real People*, Oxford University Press, 1987, *apud* RUDMAN, *Concepts of Person*, 77), mas pressupostos materiais que fazem apelo ao sentido ético-axiológico profundo do ser humano. As características de unicidade e irrepetibilidade de que cada um goza tornam-no indisponível diante dos demais e fazem-no merecedor de uma pretensão de respeito a que ninguém se poderá furtar. De Peter Singer, cf. *Ética Prática*, Gradiva, 1993, para uma análise das posições (chocantes) do autor. Para um diálogo com algumas dessas posições, v. Mafalda Miranda BARBOSA, “Breve reflexão acerca do problema do estatuto jurídico dos animais: perspectiva juscivilista”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 89/I, 206 s.

O apelo à pessoalidade não se baseia, portanto, na necessidade de, segundo uma qualquer racionalidade, mobilizar um critério de seleção ou restrição, mas na urgência de, de forma prático-normativamente comprometida, compreender as linhas de inteligibilidade do modo de ser ontológico e axiológico do homem, para, nesse quadro, nos afastarmos de uma visão abstrata, dessolidária e, assim, não só empobrecedora daquele, como irrealista. O que fica encerrado na fórmula pessoa humana — em oposição ao indivíduo — são, portanto, as notas de abertura ao outro e de responsabilidade que presidiram ao nosso pensamento e aqui são retomadas a outro propósito.

Não se diz que só é pessoa aquele que é responsável. Diz-se que a idoneidade, em abstrato, para responder pelas suas ações é a pedra de toque que, coligando-se dialeticamente com a liberdade, cora a pessoalidade. Diz-se mais que o afastamento dessa nota, positivamente perspectivada e entretecedora da sua essência, o condena ao designificante autismo individualista, pelo que deve ser, *a priori*, rejeitado.

Mas há que ter presente que, ao lidar com o homem histórico-concretamente situado, nos afastamos de abstrações de tipo racionalizante, pelo que há que indagar, em concreto, por referência a cada atuação, qual o grau de liberdade exercitada e qual o nível de autodeterminação alcançada. Podendo concluir-se que, naquele momento, elas estavam ausentes.

Formule-se, *in fine*, sinteticamente o que tentámos expor. Qualquer ser humano, por o ser, é pessoa. Sendo-o é livre e responsável. Se essa liberdade estiver, em

É claro que a proteção da vida humana não é absoluta e irrestrita. Basta, para o entendermos, que nos lembremos das hipóteses de legítima defesa. Contudo, nesses casos, está em causa um conflito de interesses/valores hierarquicamente idênticos; ao invés, nas situações de aborto *ad nutum*, nada se sobrepõe à ou equivale a vida do embrião. De um lado, somos confrontados com uma vida; do outro lado, somos confrontados com a invocação de um pretenso direito à liberdade da mãe que, mal compreendido, redundaria, afinal, numa falsa liberdade. De facto, não só não está em causa o direito à autodeterminação da maternidade ⁽¹⁷⁾, que se joga a montante, no momento da prestação do consentimento para a prática de um ato sexual relevante não protegido por um meio contraceptivo, como, diante do *outro*, de um ser humano que nos dirige uma pretensão de respeito, a liberdade (positiva e axiologicamente densificada) só pode ser compreendida na relação de cuidado que afasta toda e qualquer nota de egoísmo hedonista. Assim sendo, as normas que regulamentam a exceção introduzida na lei penal à punibilidade do aborto — ao permitirem o acesso da mãe grávida ao serviço nacional de saúde para abortar, como condição para essa mesma não punibilidade — não podem ser senão interpretadas no sentido de o Estado reivindicar para si o controlo das circunstâncias em que o ato é levado a cabo, não podendo ir ao ponto da consagração do não-direito a que aludimos *supra*.

O que ficou dito permite-nos extrair uma conclusão de suma importância. Na verdade, a partir do momento em que justificadamente reconhecemos a impossibilidade de negar a um ser humano — ainda que nascituro — a qualidade de pessoa e em que justificámos as exceções à punibilidade do aborto do ponto de vista da eficácia da lei penal — e já não da dimensão de validade, isto é, da dignidade do bem jurídico —, convocando assim a ideia de última *ratio* que predica o direito criminal, abrimos as portas à possibilidade de proteção do embrião ao nível do direito civil.

Esta proteção é reconhecida em muitas situações e parece impor-se com meridiana clareza nas restantes. Na verdade, o próprio ordenamento jurídico tem vindo a reconhecer a relevância jurídica dos casos

concreto, excluída, não haverá responsabilidade, porque falha o enquadramento da imputação. O que não significa que deixe, aí, de ser pessoa

⁽¹⁷⁾ Sobre o ponto, cf. António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/III, 273 s.

em que o embrião sofre uma lesão quando ainda estava no ventre materno, vindo a nascer com malformações ou outras patologias, quer estas se revelem imediatamente no momento do nascimento, quer se revelem em momento posterior. Carneiro da Frada oferece-nos, inclusivamente, um quadro referencial de hipóteses que, “entre nós e segundo a jurisprudência estrangeira, parecem pacíficas e consensuais no sentido do merecimento de tutela do sujeito nascido com deficiência” ⁽¹⁸⁾: lesões provocadas por negligência médica; lesões sofridas pelo nascituro em virtude de agressões ou maus tratos infligidos à mãe; lesões resultantes de acidentes de viação; lesões provocadas por medicamentos receitados às mães durante a gravidez ⁽¹⁹⁾.

Ora, se se protege a integridade física do nascituro não se descortina qualquer motivo para deixar sem tutela a sua vida. É certo que o artigo 66.º/2 CC consagra que “os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento”. Mas, deve-se operar uma redução teleológica do preceito, considerando que o mesmo apenas se aplica aos direitos de natureza patrimonial, sob pena de se gerar uma antinomia normativa. Com efeito, a mobilizar-se a solução para as hipóteses em que estivesse em causa um direito de natureza pessoal, chegar-se-ia a um paradoxo: aquele paradoxo que nos levaria a indemnizar os danos gerados pela lesão da integridade física, mas já não os danos causados por um comportamento com um acrescido grau de desvalor — do ponto de vista objetivo e mesmo, porque não,

⁽¹⁸⁾ Manuel Carneiro da FRADA, “A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, 235.

⁽¹⁹⁾ Manuel Carneiro da FRADA, “A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, 235. O autor relembra, ainda, um outro dado importante: trata-se da possibilidade, reconhecida pelos tribunais superiores, de indemnização dos danos não patrimoniais sofridos pelo nascituro (quando ainda o era) e compensados nos termos do artigo 496.º/2 CC.

Acerca do melhor entendimento do preceito, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, “A (im)pertinência da autonomização dos danos puramente morais? Considerações a propósito dos danos morais reflexos”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 45, Jan./Março 2014, 3 s.

Mais problemático parece ser a possibilidade de indemnizar as lesões causadas por comportamentos anteriores à concepção que, afetando a mãe, se vão depois repercutir na integridade física do filho. Negando tal possibilidade, cf. Manuel Carneiro da FRADA, “A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, 236. Parecendo favorável ao ressarcimento, Rabindranath Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 272, n. 676, referindo-se a uma decisão do Supremo Tribunal Federal alemão citada por Hubmann.

do ponto de vista subjetivo, se, por exemplo, o agente perpetrador do ato ilícito tivesse agido com dolo ⁽²⁰⁾. Por outro lado, se a conformidade da lei penal com o sentido do justo só se garante com recurso à aludida ideia de última *ratio* e de eficácia daquela ⁽²¹⁾, então reforçamos a ideia de que não existe nenhum obstáculo ao alargamento da proteção que o direito civil dispensa ao nascituro para além dos casos em que foi um terceiro — estranho ao núcleo gestacional — a provocar a lesão. Ou seja, e dito de uma forma mais simples, se todos os casos (mais ou menos) pacificamente aceites pela doutrina e jurisprudência ⁽²²⁾ se estruturam em torno de uma lesão

⁽²⁰⁾ Cf. Rabindranath Capelo de SOUSA, O direito geral de personalidade, 161 e 163, n. 226 e *Teoria Geral do Direito Civil*, 272, n. 673.

⁽²¹⁾ Refira-se, contudo, que não nos parece — pela fragilização da tutela concedida ao embrião — legítima a retração do direito penal a este nível. No fundo, parece-nos que a questão da eventual eficácia do direito penal não é suficiente para justificação a não punição do comportamento. O que se intenta dizer em texto é, então, que, a haver possibilidade — o que é duvidoso — de conformidade entre a lei despenalizadora do aborto até às 10 semanas, ela não se pode pautar pela desconsideração da dignidade do bem jurídico.

Sobre a questão, cf. Manuel Carneiro da FRADA, “Aborto e Direito: reflexões a propósito de um referendo”, *Vida e Direito*, 1998, 102 s.; Paulo OTERO, *Direito da Vida/Referendo sobre o programa, conteúdos e métodos de ensino*, Coimbra, 2004, 129 s., considerando que não é possível, do ponto de vista constitucional, descriminalizar os atentados contra a vida. Cf., novamente, o Acórdão 617/2006 do Tribunal Constitucional.

⁽²²⁾ Há, de facto, autores que negam a possibilidade de recurso à tutela ressarcitória nos casos em que da lesão adveio a morte do embrião. Em causa estaria a aplicação do n.º 2 do artigo 66.º CC.

A este propósito, cf. a posição de António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/III, Coimbra, Almedina, 2004, 291. O autor sustenta que o atentado à integridade do nascituro é um ato ilícito. Se do atentado resultar uma lesão não letal, o próprio nascituro tem o direito, depois do nascimento, a ser indemnizado. A morte do nascituro dará lugar à indemnização dos danos morais, nos termos do artigo 496.º CC. Do mesmo modo, todos os danos patrimoniais causados aos pais do nascituro devem ser ressarcidos. Quanto ao nascituro, entende o autor que, não tendo havido nascimento, não se constitui o direito à indemnização do próprio. Cf., porém, o que o autor diz a propósito da personalidade jurídica do nascituro.

Sobre o ponto, cf., igualmente, o precedente *Bonbrest v. Kotz*, onde se estabelece que há uma lesão independente assim que a criança se torna viável, isto é, a partir do momento em que a criança é capaz de ser separada da mãe e sobreviver; e onde se sublinha que, havendo uma lesão, a criança que venha a nascer com vida pode ser compensado por tais lesões. Tal direito à compensação existe mesmo que venha a morrer depois do nascimento. Já não haveria, contudo, se morresse antes

do momento do nascimento. A este propósito, v. Carl WELLMAN, “The concept of fetal rights”, *Law and Philosophy*, 21, 2002, 66 s.

Recuperando as palavras de Capelo de Sousa, diremos que não faz sentido que o ordenamento jurídico imponha uma obrigação ressarcitória numa situação de lesão da integridade física ou de outros direitos de personalidade do nascituro e deixe sem tutela as situações em que há violação do direito à vida. A aplicação irrestrita do artigo 66.º/2 CC geraria a antinomia normativa denunciada pelo autor. São suas as palavras: “o concebido tem uma personalidade jurídica parcial, onde se inclui a titularidade do direito à sua vida intra-uterina e ao desenvolvimento desta com vista ao nascimento completo e com vida extra-uterina. Seria, aliás, estranho que fossem ressarcíveis os danos à integridade física do concebido, particularmente quando este venha a nascer com vida, e já não o dano da sua morte, pois então seria premiado o assassino mais eficaz que causasse a morte do concebido, face ao agressor que tão só lhe produzisse danos corporais”.

Cf. Carl WELLMAN, “The concept of fetal rights”, 68, considerando que os direitos condicionais podem fazer algum sentido. No caso dos direitos de natureza patrimonial, trata-se de salvaguardar a vontade do doador ou testador. Além disso, se a criança não chegar a nascer, não tem necessidade de prover pelo seu sustento. No que respeita aos direitos de natureza pessoal, explica que o propósito do direito é compensar os pais pelos gastos em cuidados médicos; além disso, não é necessário indemnizar o dano da morte, uma vez que os pais há têm direito a uma *independente cause of action* pela morte do filho. Ora, se se permitisse que recebessem uma indemnização em nome do filho, haveria uma dupla compensação, o que constituiria um excessivo ónus para o lesante. O autor aduz outros dois argumentos a justificar a condicionalidade dos direitos ao nascimento: em primeiro lugar, se o direito não fosse condicionado ao nascimento, os pais poderiam demandar o lesante antes do nascimento; simplesmente, enquanto a criança estiver *in útero*, será muito difícil não determinar a causalidade e o montante dos danos. Em segundo lugar, o autor sublinha que o nascituro não é uma pessoa independente da mãe, não podendo ser um terceiro numa demanda da mulher contra o médico até nascer.

Carl Wellman labora em vários erros. Desde logo, não faz sentido justificar a condicionalidade do direito com base na ideia de que os pais teriam, assim, direito a uma dupla compensação. Do que se trata é de determinar o fundamento da responsabilidade e não o montante indemnizatório; além do mais, se o filho estiver vivo também existe direito a uma indemnização pelo dano da morte e, eventualmente, direito a uma indemnização dos pais por via do artigo 496.º/2 CC. Por outro lado, a dificuldade de prova da causalidade não pode servir como argumento para, *a priori*, afastar um direito à compensação: ele existirá ou não consoante em concreto seja possível estabelecer a imputação objetiva. Por último, o nascituro é, de facto, uma pessoa diferente da sua mãe, com individualidade própria. No quadro do ordenamento jurídico estadunidense, veja-se nesse sentido o precedente *Zepeda v. Zepeda*, consagrando que existe uma *separate injury* assim que há conceção e afastando-se da lição colhida em *Dietrich v. Inhabitants of Northampton* — cf. Carl WELLMAN, “The concept of fetal rights”, 70 s.

Sobre o ponto central desta já longa nota, cf., ainda, Manuel Carneiro da FRADA, “A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, 231,

infligida por um terceiro, essa particularidade estrutural não determina uma ponderação judicativa substancialmente diferente quando comparada com uma lesão perpetrada pela própria gestante. Só o justificaria se se reconhecesse um direito ao aborto, titulado pela mãe ⁽²³⁾. Simplesmente, pelo exposto anteriormente, a existir, tal direito implicaria a desqualificação do embrião como pessoa e, concomitantemente, a diferenciação gradativa entre seres humanos: uns

admitindo a tutela ressarcitória nas hipóteses de tentativa falhada de aborto. Cremos, porém, que esta hipótese avançada pelo autor levanta um problema do ponto de vista da dogmática civilística. Na verdade, embora com base no circunstancialismo ensaiado pelo insigne civilista não se tenha de enfrentar a dificuldade da restrição teleológica do artigo 66.º/2, dado que o nascituro sobrevive, coloca-se o problema de saber como é que se desvela a ilicitude, já que o que se constata é, afinal, a ausência do resultado/lesão. Ainda que, em abstrato, haja a possibilidade de recurso à segunda modalidade de ilicitude (violação de disposições legais de proteção de interesses alheios), não se descortina, em concreto, a existência de uma dessas normas, sobretudo tendo em conta o caráter restritivo com que a figura é, na senda da proposta de Canaris e, entre nós, de Sinde Monteiro, acolhida na doutrina e jurisprudência. Sobre o ponto, cf. Claus-Wilhelm CANARIS, “Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten”, *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983*, München, Beck, 1983, 27 s. (tradução disponível em „Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, Anno, I, n.º 3, 1983)e Jorge Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, Almedina, 1989.

Admitindo expressamente o ressarcimento em caso de aborto, cf. Pedro Pais de VASCONCELOS, “A posição jurídica do pai na interrupção voluntária da gravidez”, *Pessoa humana e direito* (Diogo Leite Campos/Silmara Chinellato, coord.), Coimbra, Almedina, 2009, 401 s.

⁽²³⁾ Na verdade, não é o mesmo — para efeitos de mobilização do quadro jurídico-civilístico — olhar para uma norma de direito penal que consagre situações de não punibilidade de um comportamento, em geral tido como típico e ilícito, e ver nela uma norma em que este nicho dogmático se retrai (por razões de eficácia ou de carência de pena) ou ver nela uma norma atributiva de direitos. Pensemos num exemplo (talvez caricatural) que, afastando-se do núcleo das nossas considerações, nos auxilie no traçar da significativa diferença. Imaginemos que uma norma penal vem estabelecer a não punibilidade da subtração de frutos de estabelecimentos comerciais, quando o furto seja feito com intenção de alimentar os filhos. Se em causa estiver uma simples retração do ordenamento jurídico na sua vertente criminal, então, é possível que, no plano civilístico, o proprietário do estabelecimento comercial demande aquele que furtou, exigindo-lhe uma indemnização ou reivindicando o pagamento correspondente (sempre que seja possível considerar que se celebrou, através de uma declaração concludente, um negócio de compra e venda); se, pelo contrário, se entender que aquela é uma norma atributiva de direitos, então, o comerciante de frutas não poderá reagir mesmo no quadro do direito civil.

que são considerados pessoas; outros a quem esse estatuto é negado. No fundo, implicaria uma evidente violação do princípio normativo do direito enquanto direito, isto é, do fundamento axiológico do ordenamento. Tratar-se-ia de uma lei injusta, no sentido próprio do termo. É claro que não se poderá equacionar a possibilidade de a mãe exigir a si própria, em nome do menor, uma indemnização. Porém, o sem sentido da hipótese — que parece reforçar a necessidade de tutela penalista do embrião — não impede que, em concreto, possa emergir uma situação em que o pai, que não concordou com a morte do filho ⁽²⁴⁾, possa demandar, em nome deste, a

⁽²⁴⁾ A este propósito, cf. Pedro Pais de VASCONCELOS, “A posição jurídica do pai na interrupção voluntária da gravidez”, *Pessoa humana e direito* (Diogo Leite Campos/Silmará Chinellato, coord.), Coimbra, Almedina, 2009, 389 s. O autor considera que “o pai pode, em representação do filho, no exercício do poder paternal, pretender defender o direito à vida do filho, o direito a nascer, o direito a não ser morto”. Além disso, considera o autor que o pai tem um direito de personalidade à paternidade. No entanto, sustenta que, se isto nos permite qualificar a situação como uma situação jurídica, nem por isso podemos concluir que o silêncio da lei relativamente à posição do pai na questão nos permite falar de uma lacuna. A posição do autor, no tratamento da questão, afigura-se, portanto, marcada por pré-conceitos positivistas no tocante a aspetos metodológicos, mas nem por isso de menor valor. Considerando, ainda, que a posição do pai não é homogênea, sustenta que devemos olhar para o problema diferenciando as diversas situações tipo. Assim, fala de *casos em que é desconhecida a identidade do pai* (p. 396), nos quais não se suscita um problema jurídico, uma vez que “um pai desconhecido é um pai inexistente” e, portanto, “a sua posição jurídica é irrelevante”; *casos de pai violador* (p. 398), ao qual não deve ser reconhecido nem o poder de agir em representação do nascituro, nem o de se opor à interrupção voluntária da gravidez com invocação de um direito à paternidade; *casos de gravidez adolescente e sexualmente imatura* (p. 399), nos quais tem o poder de representação do filho nascituro, desde que não seja menor não emancipado e o de exigir que a sua gestação prossiga até ao parto; *casos em que a mãe é casada com o pai da criança ou vive com ele em união de facto* (p. 400), nos quais o pai pode opor-se à interrupção voluntária da gravidez, invocando a qualidade de representante legal do filho e o direito de personalidade à paternidade. Pedro Pais de Vasconcelos alerta, contudo, que será necessário distinguir a posição que o pai ocupa na situação controvertida: “quando atua em representação legal do filho nascituro, no exercício do poder paternal, a sua posição jurídica deve ser posta em confronto com a da mãe. O poder paternal compete a ambos, pai e mãe, e deve ser exercido no interesse do filho. Mas pode haver divergência entre pai e mãe quanto ao exercício, em concreto, do poder paternal. (...) O artigo 1901.º, n.º 2, CC prevê que, na falta de acordo, “em questões de particular importância”, qualquer dos pais pode recorrer ao tribunal, que tentará a reconciliação, e depois, decidirá no interesse do filho”.

Não cremos que se possa falar, numa situação como a da oposição ao aborto, de um conflito entre progenitores (pai e mãe) no exercício do poder paternal, dado

mãe, exigindo-lhe uma indemnização pelo dano da morte do nascituro ⁽²⁵⁾. Aliás, nos termos do artigo 1878.º/1 CC, “competê aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens”. Isto quer dizer que as responsabilidades parentais se estendem até um momento que antecede o próprio nascimento e que ao pai cabe representá-lo, exercendo os seus direitos de personalidade, mesmo contra a mãe, se necessário for ⁽²⁶⁾.

que só muito forçadamente se poderá qualificar a decisão da mãe como um ato de exercício do poder paternal. No fundo, a mãe abdica desse poder-dever, desse direito funcional, cabendo ao pai o seu exercício.

No que respeita à atuação em nome próprio, Pedro Pais de Vasconcelos alerta que “no exercício do seu direito de personalidade, o pai não tem de se conciliar com a mãe. Trata-se de exercer um direito próprio que colide com a pretensão da mãe a interromper voluntariamente a gravidez do filho nascituro comum”.

Simplemente, e com toda a razão, o autor aduz que não se trata de um caso de conflito de direitos que possa ser submetido ao artigo 335.º CC, já que “para que houvesse colisão de direitos, necessário seria que a mãe tivesse um direito subjetivo a interromper a gravidez (abortar). (...) Porém, o artigo 140.º C. Penal não permite essa qualificação”. “O direito do pai não pode deixar de prevalecer. Este pode recorrer à justiça e obter do juiz uma intimação da mãe, nos termos do artigo 70.º CC, para que se abstenha de interromper a gravidez”.

O autor analisa, ainda, as situações em que a *mãe é casada ou vive em união de facto, mas o filho que espera não é do marido* (p. 402 s.).

⁽²⁵⁾ Parece-nos, ainda, que o pai poderá exigir uma indemnização em nome próprio. Consente-o o artigo 496.º/2 CC e legitima-o, também, a violação do direito à autodeterminação da paternidade. De facto, se é verdade — como se disse por referência ao poder de autodeterminação da maternidade — que tal direito se exerce a montante, não é menos certo que impedir que o filho concebido venha a nascer implica uma violação da posição jus-subjetiva, integrada no direito geral de personalidade.

Refira-se, igualmente, uma outra nota a este propósito. Pautando-se o direito da família pelo princípio da plena igualdade entre pai e mãe, não faz sentido reduzir a zero o papel do primeiro até ao nascimento do filho. A diferença de tratamento entre os dois progenitores é explicada, comumente, pela relação simbiótica que, até ao corte do cordão umbilical, a mãe mantém com o filho. Veremos, porém, em texto se essa relação simbiótica pode ter relevância a este nível.

Cf., novamente e no mesmo sentido, Pedro Pais de Vasconcelos, “A posição jurídica do pai na interrupção voluntária da gravidez”, 400 s.

⁽²⁶⁾ Carneiro da Frada vê neste dispositivo um argumento para sustentar que o ordenamento jurídico reconhece o estatuto de pessoa ao nascituro e para aduzir, na sequência dessa constatação, que lhe deve ser reconhecida personalidade jurídica. Sobre o ponto e sobre a construção dogmática do autor, a propósito dessa personalidade jurídica, cf. Manuel Carneiro da Frada, “A protecção juscivil da

Refira-se, ademais, que a proteção dos direitos de personalidade — e, portanto, também do direito à vida — não se esgota na tutela ressarcatória. O exercício dos direitos de personalidade do menor pelo progenitor que os vê ameaçados pode implicar o recurso às medidas cautelares/preventivas previstas no artigo 70.º/2 CC. Nessa medida, o pai pode, enquanto representante do nascituro e perante a ameaça de lesão da sua vida, requerer as providências adequadas para evitar a consumação da ofensa ⁽²⁷⁾. A solução que se defende, porém, só

vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, 234, e a exposição que *infra* faremos, em texto.

Sobre a questão da aplicação do artigo 1878.º aos nascituros, cf. Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 159, 216. O autor explicita que a alínea *d*) do n.º 1 do artigo 1881.º na redação inicial do Código Civil “era expressa em afirmar que cabia ao pai defender e representar o filho nascituro”. Mas acrescenta que “cremos que a expressão *ainda que nascituros* do atual n.º 1 do artigo 1878.º Código Civil, apesar da sua discutível localização, reporta-se não apenas à representação destes pelos pais mas também aos deveres dos progenitores do concebido de velar pela segurança e saúde deste e de prover ao seu sustento, ou seja, à defesa do concebido. Isto por interpretação extensiva, face à própria *ratio* do n.º 1 do artigo 1878.º do Código Civil, ou por integração de eventual lacuna legal, por elementares razões analógicas. Por outro lado, face ao n.º 3 do artigo 1915.º do Código Civil, os efeitos de inibição do poder paternal que abranja todos os filhos estendem-se, salvo decisão em contrário, aos nascituros e, ao que parece, tanto concebidos como concepturos. Além disso, parece-nos defensável (...) uma ação de inibição do poder paternal especificamente dirigida à inibição do poder paternal face a filhos concebidos, *v. g.* por violação dos deveres do artigo 1878.º/1 do Código Civil”.

Cf., ainda, Rabindranath Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, 268, n. 664.

⁽²⁷⁾ Referindo-se a essa possibilidade, cf. Manuel Carneiro da FRADA, “A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, 231; António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I/III, 292; Rabindranath Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 275; Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 162.

Sobre o ponto, cf., igualmente, Dagmar COESTER-WALTEN, “Der Schwangerschaftsabbruch und die Rolle des künftigen Vaters”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, 2175 s. (também citado por Menezes Cordeiro, António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I/III, 292, n. 1088), por referência à decisão AG Köln de 15 de Março de 1985. Em causa estava o problema de saber se o poder paternal se estendia ou não ao nascituro e a questão do papel que é reservado ao pai em face da iniciativa da mãe de levar a cabo um aborto. O tribunal acabou por considerar que, porque os pressupostos do aborto deveriam ser apreciados judicialmente, se poderia aceitar a iniciativa processual do pai que procurava travar o ato. Sobre o ponto, cf. o que se disse *supra*, n. 29.

poderá ser aceite *qua tale* se não descortinarmos uma qualquer razão que justifique uma diferença estrutural e axiológica entre o comportamento perpetrado por um terceiro e o comportamento perpetrado pela mulher grávida/mãe. Ora, para que o ponto fique esclarecido — e embora se tenha negado liminar e fundadamente a possibilidade de se invocar um direito ao aborto —, importa averiguar se não se pode chamar a depor um qualquer direito que, sendo titulado pela mãe, ampare o tratamento desigual de situações que, *prima facie*, podem ser tidas como análogas.

Neste quadro, invoca-se amiúde o direito ao desenvolvimento da personalidade da mãe ⁽²⁸⁾. Trata-se, nas palavras de Capelo de Sousa, da “garantia de meios e condições existenciais e convencionais, tanto naturais como sociais, suficientes para todo o homem se poder desenvolver” e da “salvaguarda do poder de autodeterminação de cada homem e de autoconstituição da sua personalidade individual” ⁽²⁹⁾. Simplesmente, este direito — com a amplitude que conhece — não pode ser mobilizado como uma justificação para o aborto. Tal mobilização não parece ser viável quer no plano abstrato ⁽³⁰⁾, quer no plano concreto. Na verdade, sendo este um direito de personalidade, ele tem um fundamento axiológico imediato que se encontra na dignidade da pessoa humana. Ora, esta pessoa é, como referido anteriormente, um ser livre e responsável. Uma responsabilidade que, sendo indissociável daquela liberdade positivamente perspetivada, envolve o diálogo com o *outro*, pelo qual é responsável e perante o qual é responsável. O aniquilamento *ad nutum* do embrião implicaria a negação da dimensão de responsabilidade que predica a personalidade e, com ela, da própria liberdade. No fundo, estar-se-ia diante de um não-direito. De acordo

⁽²⁸⁾ Sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, cf., *inter alia*, Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 352 s.; Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, Coimbra, Almedina, 2006, 74 s.; Paulo Mota PINTO, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, Studia Iuridica 40, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

⁽²⁹⁾ Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 352 s. Veja-se, também, Mafalda Miranda BARBOSA/Tomás ALVAREZ, *O Direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Sentido e limites*, Gestlegal, 2020.

⁽³⁰⁾ Relembremos a este propósito as palavras de Paulo Mota Pinto, na declaração de voto anexa ao Acórdão n.º 617/2006 do Tribunal Constitucional. O então conselheiro do Tribunal Constitucional advertia para a necessidade de se densificar o conteúdo do direito, sob pena de ele se converter numa fórmula vazia capaz de tudo justificar. Ou seja, não pode ser a simples invocação do direito a legitimar a prática abortiva no plano geral e abstrato.

com Pedro Pais de Vasconcelos, o direito ao desenvolvimento da personalidade assenta numa conceção da pessoa em que “o ser humano tem o dom, dado por Deus, de poder determinar a sua própria natureza, de ser autoconstituente” ⁽³¹⁾. Por isso, ele só subsiste, enquanto não colidir com direitos dos outros, a ordem constitucional e a ordem moral. Voltando ao verbo do autor, “quem quiser desenvolver-se e realizar-se com desrespeito pelo outro, seu semelhante, pelos outros que são a sua comunidade, e pelas leis morais (...) será um bruto” ⁽³²⁾. O autor alerta que o direito não pode ser invocado como argumento para o mais radical egoísmo, “postulando a remoção de todos os regimes jurídicos de proteção geral, desde os mais banais, como a obrigatoriedade de uso de capacete nos motociclos e do cinto de segurança no automóvel, até ao direito ao suicídio” ⁽³³⁾. Diríamos, pois, que o direito só subsiste enquanto não chocar com a axiologia fundamental do próprio reconhecimento do direito, pelo que jamais poderá ser invocado para legitimar a prática abortiva. O exercício do direito ao livre desenvolvimento da personalidade não se pode consubstanciar na morte de um ser humano, abdicando-se do sentido de responsabilidade que predica a pessoalidade ⁽³⁴⁾. Acresce que, mesmo que na situação

⁽³¹⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direitos de personalidade*, 75.

⁽³²⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direitos de personalidade*, 75.

⁽³³⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direitos de personalidade*, 76.

⁽³⁴⁾ Esta responsabilidade não se confunde com a *liability*, antes se traduzindo numa *role responsibility*. Cremos, por isso, que falha a análise do problema do aborto levada a cabo por Ann Garry — Ann GARRY, “Abortion: models of responsibility”, *Law and Philosophy*, 2, 1983, 371-296. A autora analisa quatro modelos que procuram justificar a proibição do aborto: *creator*, *strict liability*, *fault*, *contract*. De acordo com o modelo da criação, a mulher é causalmente responsável pela existência do feto; foi ela que o criou pela sua ação, pelo que tem uma especial responsabilidade em relação àquele, tendo de sustentar a sua vida. De acordo com o modelo da *strict liability*, a mulher grávida adotou um comportamento que comporta o risco de gerar uma gravidez; nessa medida, ela deve suportar as consequências de um contacto sexual. A perspectiva da *fault* parte do mesmo pressuposto. Contudo, exige que haja negligência no uso da contraceção. Repare-se que qualquer uma das perspetivas não pode ser acolhida. Como a própria autora — Ann Garry — denuncia (cf. p. 386), não faz sentido introduzir a questão da negligência para este efeito: o feto tem o mesmo valor quer tenha sido concebido devido ao uso negligente de contraceção, quer não tenha havido negligência. Por outro lado, as consequências não podem ser vistas como uma lesão. A lesão é o aborto em si mesmo, só que essa não é a consequência direta do ato. Veja-se, também, na p. 373 a crítica à perspectiva criadora: se alguém cria uma coisa, entre os seus poderes está também a faculdade de a destruir, e, se algumas criações são tão

concreta o direito existisse — o que vimos não ser concebível —, ter-se-ia de concluir que ele conflituaria com um direito valorado superiormente na hierarquia axiológica. O direito à vida do nascituro teria de prevalecer, até porque, perspetivando-se aí um conflito de direitos ⁽³⁵⁾, ter-se-ia de concluir que a continuação da gravidez até ao nascimento não faria desaparecer o direito da mãe, embora o pudesse contrair, o mesmo não acontecendo por referência ao direito à vida do nascituro, que se esvaneceria por completo e definitivamente.

Por último, importa considerar que a mulher grávida — porque é mãe — tem um especial dever de cuidado em relação ao nascituro. O artigo 1878.º CC funciona como o ponto de apoio normativo de tal dever ⁽³⁶⁾, que decorreria igualmente dos princípios gerais. De facto, não está aqui em causa apenas o dever decorrente do vínculo de maternidade que se estabelece, juridicamente, depois do nascimento entre o nado-vivo e a mulher que dá à luz e se antecipa à fase embrionária, mas um dever geral de cuidado em relação ao outro. Ora, as circunstâncias da gestação fazem com que entre mãe e filho se

valiosas que não podem/devem ser destruídas, é irrelevante saber quem as criou. A nossa visão sobre o problema não é idêntico ao da autora. Embora reforce a ideia de responsabilidades/obrigações diante do feto, a mundivisão em que se move é díspar. O que aqui queremos vincar é que a responsabilidade de que se fala em texto é de outro tipo — *role responsibility*, só se gerando a responsabilidade/*liability* se aquela responsabilidade edificada a montante for posta em causa.

Uma última nota para sublinhar que também a explicação contratual não colhe, por não ser possível (nem desejável, por razões de ordem axiológica e por razões de ordem dogmática) configurar um contrato entre a mãe e o nascituro (cf. Ann GARRY, “Abortion: models of responsibility”, 392 s.).

⁽³⁵⁾ Não cremos que esta colisão exista, pela impossibilidade de sequer se invocar o direito ao desenvolvimento da personalidade.

Um dado importante é distinguir claramente o plano do direito civil do plano do direito penal. Na verdade, a existência de um direito da mãe, mesmo que não prevalecente sobre o direito do filho, pode determinar uma atenuação especial da culpa. Ora, no caso de aborto *ad nutum*, a pedido da mulher, tal não se verifica. Daí as dúvidas que apontámos *supra* à constitucionalidade da solução do ordenamento jurídico português, no artigo 142.º C. Penal.

Relativamente ao eventual conflito de direitos, cf., uma vez mais, Pedro Pais de VASCONCELOS, “A posição jurídica do pai na interrupção voluntária da gravidez”, 400 s., considerando que não é possível falar de colisão de direitos a este propósito por não ser configurável um direito da mãe à prática de um crime.

⁽³⁶⁾ Capelo de Sousa entende que os pais têm, ao abrigo do artigo 1878.º/1 CC, um dever de cuidar da segurança e da saúde dos filhos. Funda tal dever quer na responsabilidade pela procriação, quer em razões de solidariedade social e familiar. Cf. Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 164.

estabeleça uma relação de domínio que aproxima a mulher grávida de um *garante* da incolumidade do filho. Esta perspectiva, aliás, leva a que atualmente se questione da pertinência do chamado *tort of parental malpractice* ⁽³⁷⁾. Tratar-se-ia de uma hipótese de compensação do filho que nascesse com alguma patologia, em virtude, por exemplo, da recusa de um tratamento médico por parte da mãe ou do consumo de substâncias psicotrópicas. Entre estes casos e as situações de aborto há diferenças assinaláveis, que vão desde a intencionalidade subjetiva subjacente ao comportamento até à própria estrutura da ação, que pode aqui — embora não necessariamente — ser omissiva. Mas não são de molde a justificar que a mulher possa abortar sem qualquer justificação, quando o próprio ordenamento jurídico lhe impõe o dever de proteger o feto. E para explicar a incongruência não serve a posição expandida por Carl Wellman, por referência a uma decisão do *District of Columbia Court*, segundo a qual o direito ao aborto é diverso da obrigação de cuidado em relação ao feto uma vez tomada a decisão de não recurso ao aborto. É que o que fundamenta o dever de cuidado não é a decisão (supostamente) livre da mulher, mas a presença do *outro*, merecedor de respeito. O que quer dizer que se um ordenamento jurídico vai ao ponto de impor o dever de cuidado contra condutas negligentes, por maioria de razão, não pode deixar de relevar o atentado intencional contra a vida do nascituro ⁽³⁸⁾.

A possível invocação de um direito à liberdade da mulher grávida também não colhe por motivos análogos. Na verdade, a liberdade

⁽³⁷⁾ Carl WELLMAN, “The concept of fetal rights”, 75 s.

⁽³⁸⁾ A questão da indemnização por condutas negligentes da mãe pode suscitar algumas dúvidas.

Sobre o ponto, cf. Rabindranath Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 275 s. e *O direito geral de personalidade*, 167. Diz-nos o autor que há limites à tutela da personalidade do nascituro resultantes do “condicionamento natural do concebido em face da sua mãe”. Assim, “relativamente aos atos e riscos voluntários assumidos pela mãe grávida, parece-nos que a própria licitude da prática de tais atos e de assunção desses riscos depende (...) da não adequação da sua conduta à produção normal de lesões ou de ameaças de lesões à personalidade física ou moral do concebido, particularmente no que toca à sua vida e integridade física, pois estes são bens jurídicos tutelados, cuja lesão pode inclusivamente acarretar obrigação de indemnizar, caso se verifiquem os pressupostos dessa obrigação. Assim, embora, em princípio, seja lícito à mulher grávida praticar desporto ou fumar em recintos não proibidos no âmbito do seu direito de liberdade, tais práticas deixarão de ser lícitas, face ao direito civil, quando delas, pela sua

deixa de fazer sentido se desenraizada da personalidade, o que quer dizer que nunca pode ser exercitada se com esse exercício se abdicar do sentido de responsabilidade entendida como uma *role responsibility*, uma esfera de responsabilidade pelo outro. Resta, por isso, analisar o argumento dos autores que falam, a propósito do aborto, de um direito da mulher sobre o seu próprio corpo. Dir-se-ia que, sob o mesmo epíteto, se alojam duas perspetivas diversas: uma que encara o embrião como uma “víscera” do corpo da mãe, sem qualquer independência em relação à sua progenitora, e que, obviamente, não poderá ser aceite, já que a sua adesão implicaria a obnubilação dos dados ontológicos e axiológicos com que lidamos; uma outra que, embora assuma que o embrião é uma pessoa, sustenta que a mulher grávida tem sobre o seu próprio corpo um *property right*, o que lhe garante o poder de expulsar o embrião, dando-lhe a morte ⁽³⁹⁾. Alguns autores que invocam a perspetiva olham para a questão como um *samaritanism problem* ⁽⁴⁰⁾, isto é, apesar de admitirem que o embrião é uma pessoa ⁽⁴¹⁾ e independentemente de o aborto implicar uma ação (e não uma omissão) ⁽⁴²⁾,

perigosidade ou reiteração, resultarem normalmente lesões ou ameaças de lesões para a saúde do concebido, de acordo com os atuais conhecimentos médicos”.

Cremos, na verdade, que nada obsta, por princípio, haja responsabilidade da mãe numa situação como esta. O problema, em face da dependência quase simbiótica entre o filho e a mãe e da influência direta de todos os comportamentos daquela no desenvolvimento do embrião, está em determinar quando é que existe ilicitude do ato. Tendo em conta que, entre nós, a ilicitude se desvela — em regra — pelo resultado (a lesão do direito subjetivo), haveremos de concluir que o cerne do problema está, portanto, na edificação de um nexo de ilicitude que permita afirmar que a lesão sofrida pelo nascituro pode ser imputada (objetivamente) à mãe. Trata-se, portanto, do problema da chamada *causalidade fundamentadora da responsabilidade*, para a resolução do qual aventámos critérios de solução. Veja-se, para outros desenvolvimentos, Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Cascais, Princípia, 2013, cap. VIII e *Responsabilidade civil: novas perspetivas em matéria de nexo de causalidade*, Cascais, Princípia, 2014.

⁽³⁹⁾ Sobre o ponto, cf. Paul A. ROTH, “Personhood, property rights and the permissibility of abortion”, *Law and Philosophy*, 2, 1983, 163-191; Judith Jarvis THOMSON, “A defense of abortion”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 1, n. 1, 1971, 47-66; Donald H. REGAN, “Rewriting Roe v. Wade”, *Michigan Law Review*, 77, 1979, 1569-1646.

⁽⁴⁰⁾ Donald H. REGAN, “Rewriting Roe v. Wade”, 1573.

⁽⁴¹⁾ Judith Jarvis THOMSON, “A defense of abortion”, contudo, no final do seu artigo, afirma que o aborto não implica a morte de uma pessoa se a gravidez for prematura.

⁽⁴²⁾ Donald H. REGAN, “Rewriting Roe v. Wade”, 1575 s.

a mulher pode recusar-se a que o nascituro use o seu corpo ou pode pedir a atuação de um terceiro para impedir essa utilização do seu corpo ⁽⁴³⁾. O conceito de *property right* serve, então, para justificar o papel do terceiro que induz o aborto e para assimilar as hipóteses em apreço às omissões de auxílio ⁽⁴⁴⁾. Haveria como que um *direito de propriedade* da mulher sobre o seu corpo e a remoção do embrião justificar-se-ia em termos de recusa de ajuda, porque a sua presença constitui um uso não autorizado do corpo materno. No fundo, reconhecer-se-ia uma liberdade de escolha de não auxiliar o filho. Repare-se, contudo, que a justificação do *bad samaritan* ⁽⁴⁵⁾ não permitiria justificar o aborto em todas as circunstâncias, mas apenas naquelas de gravidez indesejada (violação, falha de contraceção) ou de perigo para a vida ou a saúde da mãe ⁽⁴⁶⁾. A analogia é estabelecida com as situações em que a pessoa tem nas suas mãos a possibilidade de salvar a vida de outrem, tendo, para isso, que ficar ligado ao corpo alheio durante um determinado período de tempo ⁽⁴⁷⁾ e leva os autores a assentir que o direito à vida não é superior ao direito de recusar ajuda, quando esse auxílio implica o uso do próprio corpo por um terceiro ⁽⁴⁸⁾.

A perspetiva mereceu inúmeras críticas ⁽⁴⁹⁾. Na sua base está,

⁽⁴³⁾ Donald H. REGAN, “Rewriting Roe v. Wade”, 1575 s.; Paul A. ROTH, “Personhood, property rights and the permissibility of abortion”, 167.

⁽⁴⁴⁾ Paul A. ROTH, “Personhood, property rights and the permissibility of abortion”, 167.

⁽⁴⁵⁾ Veja-se Judith Jarvis THOMSON, “A defense of abortion”, falando de um *minimally decent samaritans* e entendendo que o ordenamento jurídico não pode impor à mãe que se comporte como um *good samaritan*.

⁽⁴⁶⁾ Judith Jarvis THOMSON, “A defense of abortion”, 64.

Veja-se, também, Paul A. ROTH, “Personhood, property rights and the permissibility of abortion”, 180. Nos casos de violação e de falha de contraceção, o feto é tido como um *trespasser* (intruso). O seu comportamento não é intencional; mas deve ser comparado a uma pessoa que permanece na propriedade alheia.

⁽⁴⁷⁾ Judith Jarvis THOMSON, “A defense of abortion”, 58 s.

Para uma análise do caso exposto por Judith Jarvis Thomson, entre nós, cf. António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/III, 269 s.

⁽⁴⁸⁾ Paul A. ROTH, “Personhood, property rights and the permissibility of abortion”, 177. O autor aduz, designadamente, que ninguém pode compelir outrem a doar órgãos, quer sejam regeneráveis, quer não sejam. E, embora no caso do aborto não haja uma doação permanente, isso não releva para o que pretende sustentar.

⁽⁴⁹⁾ Cf., *inter alia*, John FINNIS, “The rights and wrongs of abortion: a reply to Judith Thomson”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 2, n. 2, 1973, 117-145, considerando que a mãe tem um dever de cuidado em relação ao filho, mesmo que este

inequivocamente, o pensamento de Locke e a influência que este exerceu na construção do liberalismo jusnaturalista americano ⁽⁵⁰⁾. A corrente empirista terá determinado que, nos países da *Common Law*, o figurino dos direitos subjetivos fosse outro, quando comparado com aquele a que estamos habituados a lidar, ligando-se aí a liberdade aí à *privacy*, num argumento aliás invocado no precedente *Roe v. Wade* ⁽⁵¹⁾. Nem só, porém, a distância em relação a esta noção de *privacy* ⁽⁵²⁾ nos leva a rejeitar a visão com que temos vindo a dialogar. Na verdade, não é apenas o afastamento em relação aos fundamentos de edificação dos direitos subjetivos histórico-concretamente situada, mas a clara noção de que o surgimento dos direitos subjetivos como uma esfera de liberdade negativamente exercitada, como limite à interferência do outro (e do outro Estado), não se reflete hoje no modo como compreendemos a categoria. O individualismo liberal que, associado ao jusracionalismo, potenciou a sua conceptualização foi superado e, hodiernamente, embora

ainda não tenha nascido, e sustentando que, mesmo que se possa falar de um direito de propriedade sobre o próprio corpo, ele não é superior ao direito de propriedade do corpo do filho. Acresce que muitas vezes o ordenamento jurídico impõe ao sujeito um dever de auxílio em relação a terceiros.

⁽⁵⁰⁾ Sobre o ponto, cf. E. Robert STATHAM JR., *The Constitution of Public Philosophy. Towards a Synthesis of Freedom and Responsibility in Postmodern America*, Lanham, New York, Oxford, University Press of America, 1998, 18 s. Afirma-se, aí, que a conceção americana da *rule of law* estava baseada numa visão negativa de liberdade ligada à *privacy*, numa linha orientadora herdeira da noção de propriedade de Locke e do empirismo de Hume.

⁽⁵¹⁾ Estabelece abertamente esta dicotomia, ainda hoje condicionante de clivagens discursivas em matérias fraturantes (v. g. o caso do aborto), Jürgen HABERMAS, *O futuro da natureza humana a caminho de uma eugenia liberal?*, Almeida, 2006 (com nota de apresentação de João Carlos Loureiro; tradução de Maria Benedita Bettencourt), posfácio, 119, ligando a tradição liberal norte americana ao pensamento de Locke.

⁽⁵²⁾ Nos EUA, tem-se invocado, na verdade, não só a ideia de direito sobre o próprio corpo como se tem sublinhado o direito a ser deixado só. Ora, este direito inscreve-se numa noção de privacidade que, alicerçadora dos direitos subjetivos, aponta para o individualismo caracterizador daquele que “pode” recusar o auxílio do outro, mesmo que isso ponha em causa a vida do semelhante.

A ideia da *privacy* para justificar o direito ao aborto, consoante resulta do precedente *Roe v. Wade* acabou por ser posta em causa com a decisão *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health et al. v. Jackson Women’s Health Organization et al.*, que, revogando o suposto direito constitucional ao aborto, que havia sido reconhecido, deixa em aberto o debate em torno da sua proibição ou não.

se possa continuar a defender, em termos definitórios, uma noção voluntarista mitigada do direito subjetivo, não é viável mobilizá-lo para justificar um desdignificante solipsismo do *eu*. Se, como referimos anteriormente, o pilar fundacional do ordenamento jurídico — e do direito subjetivo que se reconhece ou atribui — reside na pessoa, e se esta, adequadamente entendida, se predica no binómio liberdade/responsabilidade, então não poderemos falar de exercício legítimo de um direito quando tal exercício acarreta a desconsideração da personalidade do outro, do respeito e do cuidado que ele granjeia. A mulher grávida não pode rejeitar a responsabilidade em relação ao seu filho, não pode negar-lhe ajuda. Em causa, uma vez mais, estão a especial relação de maternidade e os poderes-deveres que lhe são inerentes, alguns dos quais retroagem a um momento anterior ao nascimento. Em causa está, ainda, o desvalor da recusa do ponto de vista ético-axiológico. Ademais, o argumento de que ninguém tem o dever de salvar outrem não colhe. Em primeiro lugar, não se trata de salvar uma criança, mas de não lhe causar a morte ⁽⁵³⁾. Em segundo lugar, há determinadas situações em que a pessoa é, de facto, obrigada a auxiliar outrem, sendo responsabilizada por uma eventual omissão. Ora, entre as situações relevantes de omissão estão aquelas em que, fruto de uma relação de domínio e monopólio, alguém surge como o único sujeito capaz de salvarguardar a vida de outrem, assumindo, assim, a posição de garante. Este aspeto, de não pequena importância, mostra, por um lado, que o ordenamento jurídico português se afasta de uma visão individualista estrita que está presente na conceção abortiva atrás explicitada; e, por outro lado, permite-nos concluir que — mesmo que de forma global se assumisse como princípio o direito de não salvar outrem — estaríamos, no caso da relação mãe-filho ainda não nascido, no campo da exceção, justificadora da responsabilização da mulher grávida. Em última instância, a contra-argumentação aduzida permite-nos concluir pela inconsistência da teoria norte-americana do *bad samaritan*: na verdade, apesar da desconstrução operada, podemos constatar que não está em causa um salvamento ou a omissão de auxílio, mas a atuação positiva que intencionalmente perpetra a morte.

⁽⁵³⁾ Em causa não está tanto o reforço da cisão entre as ações e as omissões, mas a necessidade de vincar que a gestação é um processo natural que faz parte da humanidade, não fazendo sentido falar em “salvar o embrião”.

Em suma, não só não existe um direito ao aborto atribuído por lei, como não se pode invocar outro direito da mulher que consubstanciasse em termos prático-normativos esse mesmo direito ⁽⁵⁴⁾. O nascituro é uma pessoa e, como tal, titular do direito à vida; a mulher grávida não tem, na situação de aborto *ad nutum*, qualquer direito. Logo, não só o aborto tem de continuar a ser visto como ilícito no plano civilístico, como não se pode afastar o mecanismo da responsabilidade civil e as providências preventivas previstas no artigo 70.º/2 CC ⁽⁵⁵⁾.

Percebemos, agora, melhor — ou num outro prisma — o problema que inicialmente formulámos. De facto, se são reconhecidos os direitos de personalidade atrás mencionados, coloca-se o problema de compatibilizar as duas *ideias-força*: se o nascituro é titular de direitos é porque tem suscetibilidade para o ser. Portanto, por que razão se aduz que a personalidade só tem início com o corte do cordão umbilical? As respostas que se oferecem para a questão são variadas e de variada índole.

⁽⁵⁴⁾ A consagração de um direito ao aborto como um direito fundamental, tal como decidido em França, corresponde à aprovação de uma lei injusta (tanto quanto a juridicidade ultrapassa a mera constitucionalidade). Do mesmo modo, a aprovação da inserção no catálogo da CEDH de um direito ao aborto, pelo Parlamento Europeu, em abril de 2024, configura um enorme atentado contra o sentido último da juridicidade. Em qualquer dos casos estamos perante leis injustas, no sentido metodológico do termo, que devem ser desatendidas em concreto.

⁽⁵⁵⁾ Repare-se, contudo, que estamos a analisar apenas as situações de aborto *ad nutum* e não aquelas que podem ser reconduzidas às situações de perigo de vida da mãe e às restantes alíneas do artigo 142.º C. Penal.

Aliás, no tocante à alínea *a)* e à alínea *b)*, Pedro Pais de Vasconcelos admite que o aborto pode ser “reconduzido mais próximo ou remotamente à legítima defesa da mãe” — cf. Pedro Pais de VASCONCELOS, “A posição jurídica do pai na interrupção voluntária da gravidez”, 404. A mesma análise é feita pelo autor relativamente à alínea *d)*. cremos, contudo, que neste caso a ausência de punibilidade opera, sobretudo, por via da exclusão da culpa. Nesse sentido, António Almeida COSTA, “Aborto e direito penal”, 78 s.

Em qualquer destas situações contidas nas alíneas *a)* a *d)* do artigo 142.º C. Penal a posição do pai surge, de acordo com os ensinamentos de Pedro Pais de Vasconcelos, muito enfraquecida. Já no tocante à alínea *e)*, cuja constitucionalidade é duvidosa, o autor aduz que “neste quadro normativo, pensamos que dificilmente o tribunal poderá desatender a pretensão do pai. (...) Se o tribunal tomar esta decisão, como pensamos que devemos tomar, o pai deve suportar todas despesas inerentes à gravidez, ao parto e subseqüentes, deixando a mãe incólume em relação aos mesmos”.

Alguns autores mostram-se perentórios em afirmar que a personalidade jurídica tem início na concepção ⁽⁵⁶⁾.

Como nos recorda Pedro Pais de Vasconcelos, o nascituro não é uma simples víscera da mãe, mas um ser humano pleno de dignidade, pelo que haverá de ser reconhecido como pessoa para o direito. Ou seja, o homem, por o ser, é necessariamente titular de direitos, donde não pode deixar de ser reconhecida a personalidade jurídica, porque “não é o texto da lei que permite afirmar ou refutar a personalidade jurídica das pessoas singulares” ⁽⁵⁷⁾. Nessa medida, sustenta o civilista, o artigo 66.º CC deve ser interpretado no sentido da capacidade jurídica, que deve ser tida como embrionária e condicionada, embora não se possa falar, a este propósito, de uma condição suspensiva, porque tal redundaria na afirmação de direitos

⁽⁵⁶⁾ Vide, nesse sentido, António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/III, Coimbra, Almedina, 2004, 297 s. (considerando que o nascituro tem pelo menos direito à vida, pelo que tem personalidade jurídica, mas defendendo que a capacidade de gozo está sujeita à condição suspensiva do nascimento); Diogo Leite CAMPOS, “O início da pessoa humana e a pessoa jurídica”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 2001, 1257-1268; Diogo Leite CAMPOS, *Lições de direitos de personalidade*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito, LXVI, 1990, 162 s. (considerando que a personalidade se inicia com a concepção e que a regra contida no artigo 66.º/1 CC está ultrapassada); José Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, 50 s.; Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2005, 70 s.; Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, Coimbra, Almedina, 2006, 104 s.; Manuel Carneiro da FRADA, “A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, 243 s.; Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, 156 s. (defendendo uma personalidade jurídica parcial para o nascituro e sustentando que ele é titular de direitos de personalidade, que não lhe podem ser negados. Capelo de Sousa, inclusivamente, sustenta que o artigo 66.º/2 CC apenas é aplicável aos direitos de natureza patrimonial, sob pena de sermos conduzidos a situações paradoxais para o direito); Paulo OTERO, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano*, Coimbra, Almedina, 1999, 34 s.; Gabriel Órfão GONÇALVES, “Da personalidade jurídica do nascituro”, *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, 533, considerando que o artigo 66.º CC foi revogado pelo artigo 24.º CRP; Mário Bigotte CHORÃO, “O nascituro e a questão do estatuto do embrião humano no direito português”, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez*, I, Coimbra, Almedina, 2000; Mário Bigotte CHORÃO, “O problema da natureza e tutela jurídica do embrião à luz de uma concepção realista e personalista do direito”, *O Direito*, 123, 1991, 584 s.

⁽⁵⁷⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, Coimbra, Almedina, 2006, 116.

sem sujeito. Também Menezes Cordeiro sustenta que o nascituro, porque tem pelo menos direito à vida, tem personalidade jurídica, embora a sua capacidade de gozo esteja sujeita à condição suspensiva do nascimento. O autor é explícito a afirmar que “a ideia de condição legal do nascimento acaba por corresponder à ideia fundamental subjacente ao artigo 66.º Não se trata de associar a personalidade ao nascimento: matéria complexa, em mutação, e para a qual o legislador de 1966, que nem refere o direito à vida, não estava preparado para regular; antes se visa neste preceito a capacidade. A capacidade (de gozo) relativa aos direitos patrimoniais está sujeita à condição suspensiva do nascimento” ⁽⁵⁸⁾.

A referência explícita aos direitos patrimoniais leva-nos diretamente ao pensamento de Capelo de Sousa. Para o autor, deve ser reconhecida ao nascituro uma personalidade jurídica parcial, que se sustenta na titularidade necessária dos direitos de personalidade e na não aplicação do artigo 66.º/2 no que respeita aos direitos de natureza pessoal. O preceito restringir-se-ia, portanto, segundo a interpretação defendida, ao âmbito patrimonial, embora lidasse com a questão da personalidade e não da capacidade ⁽⁵⁹⁾.

Outra é a proposta interpretativa oferecida por Carneiro da Frada. Para o autor, o reconhecimento da personalidade jurídica a todo o ser humano é uma exigência indeclinável da juridicidade. Posto isto, o artigo 66.º/1 “deve ser interpretado tendo (...) em conta a superveniência de uma lacuna (depois da entrada em vigor do código civil) no plano da tutela da vida humana: a lacuna decorrente da necessidade, que os avanços científicos e tecnológicos evidenciaram entretanto, de dotar o sujeito, já desde a fase intra-uterina, de uma proteção capaz da sua vida e integridade física: uma lacuna que, devidamente integrada, sacrificando o menos possível o que possa ter sido o sentido originário pretendido para o artigo 66.º/1, implica todavia sempre uma precisão desse preceito que se desvia (possivelmente) daquele sentido inicial. (...). O legislador de 1966

⁽⁵⁸⁾ António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I/III, 305.

⁽⁵⁹⁾ Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 156 s. O autor parece apartar, contudo, a questão da tutela da personalidade humana da questão do reconhecimento da personalidade jurídica. Veja-se, a este propósito, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, 270.

Cf., igualmente, *O direito geral de personalidade*, 362, falando de uma personalidade parcial, reduzida, fracionária.

não terá querido responder com o artigo 66.º/1 ao problema da tutela do nascituro contra lesões à vida ou à integridade física. Terá pretendido sim introduzir um termo de certeza quanto ao início da personalidade jurídica, pondo do mesmo passo fim a discussões acerca da relevância da viabilidade do recém-nascido (...). Depois da entrada em vigor do Código Civil sobreveio a percepção da conveniência de uma tutela intra-uterina da vida humana mais ampla, a implicar a necessidade de reconhecer a personalidade jurídica ao nascituro muito para além dos casos expressamente previstos pelo legislador” ⁽⁶⁰⁾. Assim sendo, continua Carneiro da Frada, “não pode dizer-se que o artigo 66.º/1 faça do nascimento uma condição *sine qua non*. ou seja, uma condição absolutamente necessária — da aquisição da personalidade. Na verdade, ao estabelecer que a personalidade se adquire com o nascimento completo e com vida, esse preceito só impõe que o nascimento seja tido como condição suficiente da personalidade” ⁽⁶¹⁾. O autor propõe, então, uma reinterpretação do preceito ao nível probatório. Segundo as suas palavras, descortina “nesse preceito uma norma que diz respeito à verificação da prova do suposto de facto subjacente ao reconhecimento da personalidade jurídica — a existência de uma vida humana —, distribuindo o respetivo ónus” ⁽⁶²⁾. Ou seja, se o artigo 66.º/1 fixa o início da personalidade jurídica no momento do nascimento por razões de segurança jurídica, dado o “caráter oculto, extremamente não aparente ou socialmente equívoco do início da vida humana e das suas vicissitudes na fase intra-uterina” ⁽⁶³⁾, então “caso se demonstre que um dado nascituro existia (apesar de não ter ocorrido um nascimento), cessa essa razão que pode, ainda hoje, justificar o artigo 66.º/1” ⁽⁶⁴⁾. Carneiro da Frada propõe, portanto, uma redução teleológica para o preceito. Esta interpretação, sendo meritória pela imperiosa necessidade de proteção do nascituro no tocante

⁽⁶⁰⁾ Manuel Carneiro da FRADA, “A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, 248 s.

⁽⁶¹⁾ Manuel Carneiro da FRADA, “A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, 251.

⁽⁶²⁾ Manuel Carneiro da FRADA, “A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, 251.

⁽⁶³⁾ Manuel Carneiro da FRADA, “A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, 251.

⁽⁶⁴⁾ Manuel Carneiro da FRADA, “A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, 251.

aos seus direitos de personalidade, tem de ser articulada com o artigo 66.º/2. Na verdade, o segmento normativo determina que os direitos que a lei reconhece ao nascituro dependem do seu nascimento. Ora, se isto reforça a ideia de que, de facto, os nascituros são titulares de direitos — e como tal sujeitos para o direito —, suscita-se uma dúvida: uma vez provada a existência do nascituro a condição imposta pelo n.º 2 do artigo 66.º deixa de se aplicar? Do ponto de vista da tutela dos direitos de personalidade, essa é, como vimos, a única solução defensável. Contudo, do ponto de vista patrimonial parece haver razões que justifiquem a restrição ordenada pelo ordenamento jurídico: a necessidade de certeza jurídica no que toca à transmissão de bens e a urgência de evitar retransmissões complexas ⁽⁶⁵⁾. Dir-se-á, então, que, estabelecendo — com inversão do ónus da prova — a personalidade jurídica de todo o ser humano desde a concepção, o artigo 66.º/1 seria depois complementado pelo artigo 66.º/2, que só não se aplicaria aos direitos de natureza pessoal. Mas, a aceitar-se esta visão normativa, ter-se-ia de concluir que, afinal, o que estava em causa ao nível do n.º 2 do preceito seria a capacidade de gozo e não a personalidade jurídica. A perspectiva de Carneiro da Frada não distaria, portanto, sobremaneira do que outros autores já tinham proposto, embora com outro caminho de argumentação. No fundo, o que o autor pretende é justificar a ideia de que o nascituro tem personalidade jurídica, que lhe garanta uma ampla proteção, admitindo, porém, que possa haver limitações em matéria de capacidade de gozo ⁽⁶⁶⁾.

Qualquer das posições expendidas até agora comunga de uma nota personalista. A preocupação cimeira é a proteção do nascituro, interpretando-se as soluções legais à luz da exigência ético-axiológica comunicada pelo estatuto de pessoa que àquele já se reconhece. Trata-se, portanto, de uma visão que contrasta com uma perspectiva mais dogmaticamente cunhada, ancorada na pureza da conceptualização que foi acolhida pela civilística pátria. Diversos autores, sem perderem de vista a necessidade de proteção do nascituro, adotam construções que procuram solucionar o problema em apreciação. Confrontam-se, então, diversas posições para explicar a atribuição

⁽⁶⁵⁾ Cf. António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I/III, 306.

⁽⁶⁶⁾ Admitindo, também, uma capacidade jurídica não plena do nascituro, cf. Karl LARENZ/Manfred WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Aufl, München, Verlag C. H. Beck, 2004, 125 s.

de certos direitos aos nascituros não acompanhados do reconhecimento da sua personalidade jurídica.

Uma possível explicação passa pela ideia de retroação da personalidade jurídica. Embora a suscetibilidade para ser titular de direitos só surja com o nascimento, a aptidão retroage até ao momento da concepção. A solução já era defendida na vigência do Código de Seabra por autores como Dias Ferreira ⁽⁶⁷⁾ e viria a ser acolhida por Dias Marques ⁽⁶⁸⁾. Na sua pureza, enquanto o nascimento não ocorresse e, portanto, enquanto não se desse a retroação da personalidade jurídica, seríamos confrontados com direitos sem sujeitos. Esta ideia de direito sem sujeito é, na verdade, mobilizada por muitos autores no quadro em que nos movemos. Haveria, temporariamente, um direito ao qual não corresponderia um sujeito ⁽⁶⁹⁾. A tese é proposta também para explicar outras realidades, como o abandono de um título ao portador ou a herança jacente (2046.º CC). A problemática da aceitação de direitos sem sujeitos é, por isso, mais ampla do que a discussão acerca da posição jurídica do nascituro ⁽⁷⁰⁾. Ela seria compatível com a ideia de uma personalidade jurídica sujeita a uma condição suspensiva. Para certa doutrina não se poderia falar de

⁽⁶⁷⁾ Dias FERREIRA, *Código Civil Portuguez Annotado*, I, 2.ª edição, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1894, 11 s.

⁽⁶⁸⁾ Dias MARQUES, *Direito Civil*, Lisboa, 1955, 59 s.

⁽⁶⁹⁾ Cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 202 s. De notar, porém, que Mota Pinto fala de direitos sem sujeitos em sentido não próprio, preferindo explicar estas situações como estados de vinculação de certos bens, em vista do surgimento futuro de uma pessoa com um direito sobre eles — cf., na obra citada, p. 197 s.;

João Castro MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, Lisboa, AAFDL, 1978, 105 s.; Luís Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 3.ª edição, Lisboa, UCP, 2001, 195 s.

Para uma crítica da ideia de estados de vinculação de certos bens, cf. Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Centelha, 1981, 85. Diz-nos o autor que, nesse caso, teríamos que admitir uma extinção objetiva do direito, seguida, mais tarde, de uma aquisição originária, o que não deve ser aceite, uma vez que se deve aplicar a estas situações o princípio *nemo plus iuris in alium transfere postest quam ipse habet*.

⁽⁷⁰⁾ Por exemplo, Capelo de Sousa admite a existência de direitos sem sujeito — uma vez que o direito subjetivo é um poder jurídico diferente do efetivo poder material que se exerce, pelo que se pode admitir a existência transitória de um direito que ainda não foi adquirido, ou seja, ele não é inseparável da sua titularidade atual — mas considera que, no tocante aos nascituros, já se pode falar de uma personalidade jurídica parcial.

uma personalidade sujeita a uma condição suspensiva, nem sequer seria perfeitamente concebível a ideia de um direito titulado pelo nascituro. Este não seria titular de direitos, mas de uma mera expectativa ⁽⁷¹⁾. De todo o modo, poderia ser reconhecida ao nascituro uma proteção objetiva ⁽⁷²⁾.

A solução do problema de base com que nos confrontamos não poderá esquecer alguns dados essenciais. Assim e rememorando ideias-chave, importa não esquecer que o embrião e o feto são seres humanos, aos quais não pode, portanto, por razões éticas imperiosas, deixar de ser reconhecido o estatuto de pessoa. É claro que, no plano teórico-conceptual, é possível cindir as duas realidades: o ser humano apresenta-se como uma dimensão ôntico-antropológica; a pessoa afirma-se como uma categoria ética. Contudo, a negação da dignidade que anda associada à última a qualquer ser humano, a adoção de uma lógica gradativa em relação a este ou o estabelecimento de parâmetros aferidores da pessoalidade implicam a desdignificação do homem ou de alguns homens, com todos os perigos que lhe andam associados. Aliás, as experiências históricas que protagonizaram tal cisão acabaram por demonstrar à saciedade o risco da índole de pensamento que se denuncia.

O ordenamento jurídico português — como qualquer ordenamento jurídico que o seja verdadeiramente — reconhece a personalidade humana do nascituro e dispensa-lhe a adequada tutela. Como referido anteriormente, o nascituro é protegido nos seus direitos de personalidade, abrindo-se as portas a pretensões indemnizatórias em casos de atentado à vida e à integridade física ⁽⁷³⁾; os pais — enquanto

⁽⁷¹⁾ Cf. Pires de LIMA/Antunes VARELA, Código Civil anotado, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2010 (reimpressão da 4.^a edição), 34. No direito mais antigo, cf. Cabral MONCADA, *Lições de Direito Civil*, I, Coimbra, 1932, 253 s.

⁽⁷²⁾ Cf. Henrich Edwald HÖRSTER, *A parte geral do Código Civil Português*, Coimbra, Almedina, 2014 (reimpressão de 1992), 299 s.

⁽⁷³⁾ Veja-se, quanto ao ponto, Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 161 s., referindo-se ao conteúdo do bem juridicamente tutelado da personalidade do nascituro concebido. Diz-nos o autor que “é (...) o conjunto representado pelo ser do nascituro concebido que merece integral proteção da lei, independentemente de também se configurarem tutelas especiais sobre alguns dos elementos ou manifestações da personalidade do concebido”.

Rabindranath Capelo de Sousa considera que é tutelável a vida do nascituro. Note-se que o autor sustenta que não haverá responsabilidade nos casos taxativamente admitidos de interrupção de gravidez fundados em indicação legal. Importa, contudo, sublinhar que defendemos — contrariamente ao que sustenta o autor (mas

titulares das responsabilidades parentais — representam o filho mesmo que ainda não tenha nascido; o pai pode perfilhar o nascituro, desde que cumpridos os requisitos do artigo 1855.º CC ⁽⁷⁴⁾. Por aqui se denota que o filho não nascido — embora já concebido — não é tratado como um mero objeto, simples bem jurídico ao qual é reconhecida tutela, mas como um verdadeiro sujeito. Repare-se, aliás, que os direitos que são atribuídos ao nascituro concepturo se restringem ao mínimo, não envolvendo as posições subjetivas ativas que reclamam, pela sua própria índole, necessariamente a presença de um sujeito.

O problema com que nos confrontamos passa, por isso, pela compreensão do que é a personalidade jurídica. A este propósito, ensina Orlando de Carvalho ⁽⁷⁵⁾ que “é porque o homem é precisamente a pessoa (...) que se reconhece como pessoa sob o ponto de vista jurídico e, conseqüentemente, como sujeito para o direito. Daí que a personalidade humana seja um *prius* da personalidade jurídica do homem (...). A personalidade jurídica não é algo que subsista por si mesmo, mas algo que subsiste apenas enquanto existe uma personalidade humana real. O que implica o repúdio de uma concepção normativista que faz do direito o criador *ex nihilo* da personalidade jurídica, que faz da personalidade jurídica uma pura e simples criação do direito. Não existe personalidade jurídica senão porque existe uma personalidade humana” ⁽⁷⁶⁾. Decorrem deste entendimento do autor, que se afasta de um normativismo que coloca a tónica da criação da personalidade jurídica nas mãos do legislador e de um certo conceitualismo, uma série de corolários: a essencialidade (a personalidade

com a consciência de que o mesmo não se pronunciou sobre uma solução de prazos, como a que está consagrada no nosso código penal, a qual, aliás, considera inconstitucional) — o direito à indemnização mesmo nos casos em que o aborto praticado ao abrigo da hipótese de aborto *ad nutum*, admitido na lei penal. Capelo de Sousa integra, ainda, na tutela do nascituro a integridade física; a personalidade moral (devendo ser indemnizadas as ofensas decorrentes de injúrias e difamações ao nascituro).

⁽⁷⁴⁾ Cf. Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 160.

⁽⁷⁵⁾ Orlando de CARVALHO, *Os direito do homem no direito civil português*, Coimbra, Textos Vertice, 1973, 17 s.

⁽⁷⁶⁾ Orlando de CARVALHO, *Os direito do homem no direito civil português*, 18. Importa, contudo, não esquecer a personalidade coletiva e as diversas teorias que procuram explicar a sua natureza. Relativamente a elas, o autor aduz que são personalidades analógicas, isto é construídas pelo direito, para melhor servir os interesses das pessoas.

jurídica é essencial, isto é, supõe a personalidade humana), a indissolubilidade (a personalidade jurídica é indissociável da personalidade humana, ou seja, existe desde que exista esta personalidade), a ilimitabilidade (a personalidade jurídica é tão ilimitada quanto a personalidade humana em que se funda, o que exclui as gradações da personalidade) ⁽⁷⁷⁾.

As palavras do autor merecem-nos dois comentários. Em primeiro lugar, parece que, a partir delas, estamos autorizados a concluir que, porque se reconhece a personalidade humana ao nascituro, o ordenamento jurídico não pode deixar de lhe reconhecer, também, personalidade jurídica. É o resultado da sua indissolubilidade. Contudo, Orlando de Carvalho, a esse propósito, concretiza que a indissolubilidade “supõe tanto a irrecusabilidade da personalidade jurídica (a inadmissibilidade de qualquer forma de escravatura) como a impossibilidade da sua dilação, de não a fazer surgir logo que se dê o nascimento” ⁽⁷⁸⁾.

Cremos, contudo, que estamos autorizados a chegar à conclusão que avançámos. Na verdade — a ser correto, como julgamos ser, o entendimento do autor, segundo o qual o reconhecimento (e não atribuição) da personalidade jurídica aos seres humanos surge como uma exigência da própria dignidade da pessoa —, então, a referência ao nascimento neste contexto só se pode justificar por um preconceito relativamente ao nascituro, que, como sublinhado anteriormente, não partilhamos. Podemos, portanto, concluir que o nascituro é pessoa e, como tal, deve ser pessoa para o direito. Aliás, ele pode ser (e é) titular de direitos, donde, obviamente, terá suscetibilidade (*em abstrato*) para ser um centro autónomo de imputação de relações jurídicas.

Ora, se assim é, e com isso passamos ao segundo comentário anunciado, então a referência ao nascimento como marco temporal essencial para a aquisição da personalidade jurídica há de ser explicada ou por uma prisão a um pensamento de índole formal e conceptual herdado do mundo germânico e contaminado com uma nem sempre clara cisão entre esta personalidade jurídica e a capacidade, ou por uma qualquer *ratio* que permita fundar a solução.

Analisemos as duas vias de explicação.

⁽⁷⁷⁾ Orlando de CARVALHO, *Os direito do homem no direito civil português*, 21, 23.

⁽⁷⁸⁾ Orlando de CARVALHO, *Os direito do homem no direito civil português*, 22.

O nascimento assume, neste quadro, relevância fundamental. Isto não quer dizer que a criança que nasce seja ontologicamente outro ser. Pelo contrário, o ser humano está em permanente evolução e a passagem da fase embrionária e fetal para a vida nascida configura, apenas, um marco desse *continuum* evolutivo. A este propósito, Pedro Pais de Vasconcelos avança que “na fase pré-natal, a situação da pessoa tem duas características especialmente marcantes: o relacionamento pessoal exclusivo com a mãe e a precariedade. O relacionamento pessoal exclusivo com a mãe, com a concomitante ausência de relacionamento social, dispensa muito da complexidade e riqueza do estatuto jurídico das pessoas já nascidas; a precariedade da pessoa pré-nascida suscita a necessidade de regular os casos em que não chega a haver nascimento com vida. A limitação do relacionamento com a mãe impede a capacidade de exercício e dispensa a própria capacidade de gozo, salvo em matérias que são inerentes à própria qualidade de pessoa, como os direitos de personalidade e alguns limitados direitos de conteúdo patrimonial” ⁽⁷⁹⁾.

No fundo, a situação particular em que o nascituro se encontra determina a falta de necessidade de uma ampla titularidade de direitos, com exceção dos que se encontram incindivelmente ligados à personalidade humana. Ora, relembando Orlando de Carvalho, “a personalidade humana é o *cur*, o *quando* e o *quantum* da personalidade jurídica” ⁽⁸⁰⁾. Quer isto dizer — e ainda de acordo com os ensinamentos do autor — que “não existe personalidade jurídica senão até ao ponto — mas verdadeiramente até ao ponto — que o exija a personalidade humana” ⁽⁸¹⁾.

No que respeita à construção dogmática da personalidade jurídica, importa não esquecer a ampla influência que a sistemática civilística portuguesa sofreu da pandectística alemã. O homem surge, aí, como sujeito de relações jurídicas e, portanto, como um dos elementos da relação jurídica. Simplesmente, se este tendencial formalismo — que não sabemos se absolutamente exato — pode ser denunciado, não menos seguro é que, na interpretação que se faça dos preceitos, não devemos ficar presos à vontade do legislador histórico. Mais do que não dever, não podemos, uma vez que a norma é agora

⁽⁷⁹⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, 108.

⁽⁸⁰⁾ Orlando de CARVALHO, *Os direito do homem no direito civil português*, 19.

⁽⁸¹⁾ Orlando de CARVALHO, *Os direito do homem no direito civil português*, 19.

entendida como uma norma-problema e não como um texto. Quer isto dizer que a norma vai ser interpretada na dupla transcendência dos princípios em que se louva e do caso concreto — com a sua intencionalidade problemática — que o convoca. Perante uma situação particular em que um dos bens da personalidade do nascituro está a ser lesado, olhamos para o artigo 66.º/1 CC e percebemos que, porque a ideia de personalidade jurídica deve ser compreendida à luz das exigências de sentido da ideia de personalidade humana, de pessoa, com a sua dignidade, se impõe a afirmação da personalidade jurídica do embrião ou do feto. É que, aí, nessa situação particular, ela é reclamada pela própria personalidade humana, tornando-se necessária. Com o que se opera, portanto, uma redução teleológica do preceito. A *ratio* da norma — a desnecessidade de reconhecimento da personalidade jurídica — deixa de se cumprir, pelo que se deve passar a reconhecer a qualidade ao nascituro. E, também e obviamente, o artigo 66.º/2 CC não se aplicará — pela mesma ordem de razões — aos direitos de natureza pessoal.

Assim, cindimos a personalidade jurídica da personalidade humana: a primeira é um conceito técnico-operativo; a segunda é um conceito axiológico. Admitimos, portanto, que haja limitações da personalidade jurídica, quando comparada com a personalidade humana, ditadas pelas características específicas da personalidade concretamente em causa. Contudo, porque a interpretação do conceito operativo não pode deixar de se orientar pelo sentido ético-axiológico fundamentante, deixará de haver qualquer limitação sempre que a proteção da pessoa seja reclamada em concreto. Portanto, no caso de agressão ou ameaça de agressão aos direitos de personalidade do nascituro, afirmar-se-á, sem hesitação, a personalidade jurídica daquele ⁽⁸²⁾.

Em suma, a personalidade jurídica é — numa posição de recusa do normativismo — reconhecida e não atribuída às pessoas singulares. Traduzindo-se na suscetibilidade de se ser titular de direitos e de deveres, o facto de haver determinados direitos que são incindíveis do estatuto da pessoa (isto é, que existe onde e quando existir a pessoa) implica, necessariamente, que ao nascituro seja reconhecida a personalidade jurídica. Esta é, portanto, uma decorrência

⁽⁸²⁾ Rememore-se, a este propósito, o brocardo *infans conceptus pro viato habetur, quoties e commodis ejus agitur* (a criança concebida tem-se por nascida sempre que seja vantajoso para ela).

da dignidade da pessoa humana. E não se invoque, contra esta ideia, o poder conformador da normatividade do legislador, porque a própria norma há de ser interpretada na remissão para os princípios fundamentais e fundamentantes. Porém, poderá haver razões para dar um relevo especial ao nascimento, remetendo para esse marco o início da personalidade jurídica. É que a personalidade jurídica, não se confundindo com a personalidade humana (embora seja por ela reclamada), só existe na medida do necessário — a personalidade humana fixa, como ensina Orlando de Carvalho, o *cur*, o *quando* e o *quantum* da personalidade jurídica. Ora, as características peculiares da pessoa na sua fase embrionária podem determinar a falta de necessidade dessa personalidade jurídica. Por isso, não se aplicará o artigo 66.º/1 e 2, quando esteja em causa a urgência de salvaguardar a vida ou a integridade física do nascituro — nesse caso, a personalidade jurídica antecipa-se ⁽⁸³⁾.

O que assim fica dito requer, não obstante, alguns esclarecimentos adicionais. É que, antecipando-se a personalidade jurídica nestas situações, antecipa-se também a capacidade de gozo de direitos, que, no caso dos nascituros, não será plena, mas limitada à medida do necessário para salvaguardar os bens jurídicos essenciais a que nos referimos. Pergunta-se, então, por que razão não se afirma que o nascituro tem personalidade jurídica e se considera que o artigo 66.º/1 diz respeito à capacidade de gozo? Desde logo, importa considerar que, ainda que o artigo 66.º CC fosse interpretado no sentido de prever uma regra respeitante à capacidade de gozo de direitos, a redução teleológica explicitada anteriormente teria de ser operada, uma vez que é a capacidade de gozo que concretizará a esfera de direitos que o nascituro pode titular. Ou seja, de nada adiantaria reconhecer-se

⁽⁸³⁾ A nossa solução, embora apresente alguns pontos de contacto com a lição de Carneiro da Frada, afasta-se dos ensinamentos do autor, no que toca à questão metodológica e no que toca ao fundamento da redução teleológica operada. Sobre a lição de Carneiro da Frada, *v.* o que ficou inscrito *supra*.

Note-se, ademais, que a nossa solução nos parece mais consentânea com a necessidade de proteção do nascituro e com o que é exigido pelo sentido ético-axiológico da personalidade que se lhe reconhece. Na verdade, colocar o problema do ponto de vista da capacidade de gozo pouco nos adianta, se não operarmos a redução teleológica do artigo 66.º, uma vez que será essa capacidade de gozo que concretizará a esfera de direitos que o nascituro pode titular. Esta referência à capacidade de gozo não esconde, porém, a necessidade de tecer mais alguns esclarecimentos em texto.

a personalidade jurídica se depois ela não fosse acompanhada da capacidade de gozo.

Posto isto, podemos pensar que, porque a personalidade jurídica é um conceito absoluto e só a capacidade de gozo é suscetível de conhecer restrições, seria mais consentâneo com os dados sistemáticos e dogmáticos, a colocação do problema em termos de capacidade. A solução não seria, porém, em termos prático-normativos, diversa daquela que se orienta pela personalidade jurídica.

A personalidade jurídica surge, na arquitetura do nosso Código Civil, como um conceito operativo. As pessoas singulares são colocadas — embora por diferentes razões — no mesmo plano das pessoas coletivas. No entanto, a natureza de uma e outra são díspares, embora unificadas num conceito idêntico. Isto quer dizer a montante da personalidade jurídica existe uma outra realidade com cunho ético-axiológico: a pessoalidade ou personalidade humana. É esta que impõe uma ideia de suscetibilidade para se ser titular de direitos. A personalidade jurídica reclamada pelo estatuto e dignidade da pessoa verter-se-ia, depois, numa ideia de subjetividade jurídica. Esta seria embrionária no caso dos nascituros, exatamente pelas características próprias da sua pessoalidade. Portanto, o artigo 66.º CC referir-se-ia à personalidade jurídica, nessa vertente de subjetividade jurídica. Aquela existiria, porque o nascituro é pessoa. A titularidade dos direitos ficaria dependente do nascimento, com exceção daqueles que efetivamente fossem imprescindíveis para assegurar a incolumidade do nascituro, até porque a personalidade jurídica é mais ampla do que essa subjetividade ⁽⁸⁴⁾.

Esta parece ser a solução mais consentânea com a intencionalidade da disciplina codicística. Em primeiro lugar, a articulação entre

⁽⁸⁴⁾ Cf. Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 81 s. Os ensinamentos do autor são a este nível fundamentais, razão pela qual rememoramos as suas palavras: “a personalidade jurídica é a projeção no direito (no mundo do normativo jurídico) da personalidade humana (...). A personalidade jurídica traduz-se, em ordem ao mundo das relações jurídicas, em subjetividade jurídica, que é a qualidade de quem é sujeito de direito, ou seja, de quem tem a suscetibilidade abstrata de ser titular de direitos e de deveres, de ser sujeito de relações jurídicas, de ser sujeito de direitos. Se a personalidade jurídica, como projeção da personalidade humana, constitui juridicamente um *esse*, a subjetividade jurídica constitui um *posse*. Posse abstrato: não se refere a poder-se ser concretamente titular do direito a ou b, mas a poder-se ser abstratamente titular de direitos e obrigações. Nisso se distingue da capacidade jurídica (...) que é um *posse* concreto, relativo a

o artigo 66.º e 67.º CC permite-se concluir que se distingue, claramente, a personalidade jurídica da capacidade de gozo, não se autorizando, portanto, a leitura simbiótica proposta por alguns autores. Em segundo lugar, se se considerasse que os nascituros tinham amplamente personalidade jurídica (nessa vertente de subjetividade jurídica referida), estando em causa uma questão de capacidade de gozo, condicionada ao nascimento no caso dos direitos de natureza patrimonial, seríamos forçados a concluir que, porque se atribuem direitos aos nascituros conceptuos, também estes teriam personalidade jurídica, o que, de facto, não se justifica.

Também Orlando de Carvalho, a propósito do problema jurídico dos nascituros, propõe um entendimento que “ultrapassa o simples quadro dos direitos patrimoniais dos nascituros e acaba com a equiparação entre concebidos e não concebidos”⁽⁸⁵⁾. Depois de o anunciar, refere o autor que “se nos fixarmos no quadro dos simples direitos patrimoniais — desses poucos e não necessários direitos patrimoniais dos nascituros —, é claro que não teremos senão núcleos de interesses na previsão de um sujeito jurídico inexistente: núcleos de interesses para cuja tutela se pode utilizar perfeitamente o direito subjetivo visto com mecanismo de tutela jurídica (...)”⁽⁸⁶⁾. Os direitos encontrar-se-iam, então, “numa situação de quiescência, aguardando a verificação da previsão — o que não significa que não exista ou se reduzam a meros estados de vinculação de certos bens, pois esta ideia parece ser desmentida pela necessidade de se reconhecer

direitos concretos. A subjetividade jurídica é uma qualidade diretamente dependente da personalidade jurídica, não dependente dos direitos e dos deveres que se reconhecem ao indivíduo em questão (sendo, por isso mesmo, algo de não quantificável, algo que ou se tem ou não se tem, mas que não se poder ter mais ou menos, em maior ou menor medida). Todavia, é um *posse* necessário: ninguém é verdadeiramente pessoa jurídica se não tiver a suscetibilidade abstrata de ser titular de direitos e deveres, se não tiver o estatuto permanente de sujeito de direito. O que não significa que a personalidade jurídica se esgote nessa suscetibilidade necessária que é a subjetividade jurídica, que o esse se resume a esse posse: a personalidade jurídica é, para o direito, não só um centro de decisão e um centro de imputação — papel que lhe é garantido com a subjetividade jurídica —, mas também um objeto de proteção, que não tutela essa subjetividade pura e simples (e que a subjetividade pode inclusivamente comprometer, pois não defende a personalidade contra o seu próprio arbítrio).

⁽⁸⁵⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 85.

⁽⁸⁶⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 85.

aqui a existência de uma aquisição derivada” ⁽⁸⁷⁾. Nessa medida, Orlando de Carvalho sustenta que os direitos dos nascituros são direitos, “embora sem uma personalidade que os ostente (mas um centro de imputação, um património)” ⁽⁸⁸⁾. Contudo, no que toca aos nascituros já concebidos adverte que “não são um nada humano, são já um embrião, uma firmada *spea vitae*. A personalidade humana não surge no nascimento *ex abrupto*: surge como termo de um processo biológico — há uma formação progressiva da personalidade (...). A tutela jurídica do embrião leva ao reconhecimento de direitos pessoais irreduzíveis à mera ideia de um património autónomo (...). Há que repor, para os nascituros concebidos, a ideia clássica de que (...) a personalidade jurídica que lhes advirá pelo nascimento é à medida da respetiva personalidade humana, considerando-se como tutela dessa personalidade, como direitos dessa personalidade, os direitos respeitantes à defesa do indivíduo na fase meramente intra-uterina (...). Nesta ordem de ideias, se a personalidade jurídica só surge com o nascimento, deve considerar-se como integrando toda a tutela do indivíduo a partir do momento da concepção” ⁽⁸⁹⁾. As palavras de Orlando de Carvalho iluminam-nos na solução que procuramos encontrar para a aparente dificuldade conciliatória entre a norma legal e os princípios em que a mesma se deve louvar. Embora não aderindo *in totu* à formulação do autor, não deixamos louvar a separação analítica entre o domínio patrimonial e o domínio não patrimonial. De acordo com o seu entendimento, a personalidade jurídica (enquanto projeção da personalidade humana no mundo jurídico) é mais ampla do que a subjetividade jurídica que ela implica ⁽⁹⁰⁾, impondo a tutela do nascituro desde a concepção. Ora, o que defendemos em texto, indo além do que é expressamente admitido por Orlando de Carvalho, é que o nascituro, tendo personalidade jurídica (porque pessoa em sentido ético-axiológico), é titular de determinados direitos que são essenciais à proteção dessa mesma personalidade — nesse sentido ele terá subjetividade jurídica, em todos aqueles casos em que a *ratio* da previsão temporal do nascimento não se verifique e em que a necessidade de tutela se imponha, operando-se, assim, uma correção normativa da norma. É que, ao nível

⁽⁸⁷⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 85.

⁽⁸⁸⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 85.

⁽⁸⁹⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 85-86.

⁽⁹⁰⁾ Cf. *supra* a referência ao problema.

do direito civil, a proteção de que se cura passa, neste nível e imperiosamente, pelo reconhecimento de tais direitos de personalidade.

2.2. Nascituros ainda não concebidos

As considerações expendidas anteriormente não valem, como se perceberá, para os nascituros não concebidos. De facto, em relação a estes — meros projetos de vir a ser assumidos pelos futuros pais — não se colocam exigências axiológicas no sentido de reconhecer a personalidade jurídica, que garanta a tutela dos direitos de personalidade. Estando em causa meros direitos de natureza patrimonial e inexistindo verdadeiramente um sujeito, parecem fazer sentido, quanto a estes a ideia de personalidade jurídica não faz sentido.

3. TERMO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A personalidade jurídica cessa, nos termos do artigo 68.º/1 CC, com a morte, mais precisamente com a morte cerebral (cessação irreversível das funções do tronco cerebral) ⁽⁹¹⁾.

Morrendo o sujeito, extinguem-se os direitos de natureza pessoal, não obstante a possível tutela *post-mortem* de direitos de personalidade, a exigir um esforço interpretativo do artigo 71.º CC, em face das controvérsias doutrinárias que o preceito gera, e transmitem-se para os sucessores *mortis causa* os direitos de natureza patrimonial.

A morte deve ser atestada e é comprovada pela existência de um cadáver. Contudo, há situações em que o cadáver não pode ser encontrado ou reconhecido. Numa hipótese como esta, se o desaparecimento se tiver dado em circunstâncias tais que não nos permitam duvidar da morte do sujeito, ela presume-se nos termos do artigo 68.º/3. Para tanto, há lugar a um processo de justificação judicial do óbito, promovido pelo Ministério Público, de tal forma que, julgada a justificação, o conservador lavra o assento de óbito.

Esta presunção de morte não se confunde com a declaração de morte presumida, a pressupor uma situação de ausência mais ou

⁽⁹¹⁾ Cf. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 204, n. 212, explicando que “as modernas técnicas de reanimação levaram a pôr em causa o critério tradicional do momento da morte (paragem cardíaca, circulatória e respiratória), dando-se hoje relevo à morte cerebral”.

menos prolongada. Não obstante as diferenças, que *infra* serão assinaladas, é possível aplicar por analogia regras próprias do regime da declaração de morte presumida, em caso de regresso do ausente, nas hipóteses em que, presumida a morte nos termos do artigo 68.º/3 CC, se vem a constatar que, afinal, a pessoa estava viva.

Nos termos do artigo 68.º/2 CC, “quando certo efeito jurídico depender da sobrevivência de uma a outra pessoa, presume-se, em caso de dúvida, que uma e outra faleceram ao mesmo tempo”. Consagra-se a chamada *presunção de comoriência*, que tem inegável importância prática, sobretudo em matéria sucessória ⁽⁹²⁾.

De facto, não sendo celebrado um testamento, a sucessão segue a ordem estabelecida no artigo 2133.º CC. Imagine-se, então, que António é casado com Benedita e que ambos têm uma filha, Carlota, casada com Duarte. António e Carlota morreram num acidente, não sendo, porém, possível determinar qual dos dois morreu primeiro. Tendo António como património um apartamento, um terreno e um automóvel, não é indiferente saber quem precedeu quem na morte. Vejamos: se António tiver morrido primeiro, são seus herdeiros a mulher, Benedita, e a filha, Carlota. Morrendo esta, subsequentemente, são seus herdeiros, não tendo filhos, o marido Duarte e a mãe Benedita. Contudo, se Carlota tiver morrido antes do seu pai, António, quando este falece, apenas lhe resta como herdeira a mulher, Benedita, o que significa que, neste segundo cenário, Duarte não herdaria nada. Num caso como este, o nosso legislador determina que se presuma que a morte ocorreu ao mesmo tempo ⁽⁹³⁾.

4. A AUSÊNCIA

Do ponto de vista jurídico, a ausência traduz o desaparecimento sem notícias. O seu significado é, por isso, mais restrito que o significado que a expressão ausência tem na linguagem corrente. Ocorrida uma situação de ausência, é necessário prover pela administração dos bens daquele que desapareceu sem dar notícias. O primeiro remédio para lhe fazer face é a chamada curadoria provisória. Decorrido um lapso

⁽⁹²⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 206; Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 290 s.

⁽⁹³⁾ Dando exemplos semelhantes, cf. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 206; Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 291.

temporal superior desde a data das últimas notícias, pode ter lugar a curadoria definitiva: neste momento, a presunção do regresso do ausente — que é dominante no quadro da curadoria provisória — equilibra-se com a ideia de que o ausente pode não regressar. Atende-se, por isso, também aos interesses dos sucessores ⁽⁹⁴⁾. Volvido alguns anos mais, a presunção mais forte passa a ser a do não regresso do ausente — é o momento em que se pode declarar a morte presumida. Percebe-se, agora, que esta declaração de morte presumida não se confunde com a presunção de morte do artigo 68.º/3 CC. No quadro do artigo 114.º CC, a morte presumida é declarada depois de decorrido um espaço de tempo; pelo contrário, no quadro do artigo 68.º/3 CC, não ficamos dependentes de qualquer prazo: a morte pode ser logo presumida, desde que verificados os requisitos aí previstos ⁽⁹⁵⁾.

Note-se, por fim, que não existe uma relação de precedência necessária entre estas medidas legais ⁽⁹⁶⁾.

4.1. Curadoria provisória

De acordo com o artigo 89.º CC, pode ser requerida a curadoria provisória quando se verifique uma situação de ausência, seja necessário prover pela administração dos bens do ausente e não haja representante legal ou representante voluntário. Caso exista um representante (legal ou voluntário), pode ser requerida a curadoria provisória, desde que aquele não queira ou não possa exercer as suas funções. Consoante explica Menezes Cordeiro, “a hipótese mais natural será a de o representante, mercê do desaparecimento, não ter instruções bastantes, sentindo-se sem legitimidade para improvisar” ⁽⁹⁷⁾. Podem ainda ser adotadas providências indispensáveis à preservação dos bens do ausente ⁽⁹⁸⁾.

Têm legitimidade para requerer a medida as pessoas o Ministério Público e qualquer interessado. Por outro lado, pode ser nomeado curador qualquer uma das pessoas elencadas no artigo 92.º. Não há, entre os elencados, uma indicação sequencial ⁽⁹⁹⁾. Menezes Cordeiro, porém,

⁽⁹⁴⁾ Cf. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 264 s.; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/III, 376.

⁽⁹⁵⁾ Neste sentido, Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 265.

⁽⁹⁶⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 265.

⁽⁹⁷⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/III, 377.

⁽⁹⁸⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/III, 377.

⁽⁹⁹⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/III, 377.

defende que, porque a ausência é um instituto dinâmico, podendo caminhar até à morte presumida, “para evitar sobressaltos na administração dos bens, com entregas sucessivas, o juiz deve procurar, logo na curadoria provisória, escolher o curador que, presumivelmente, funcionará como principal herdeiro ou como cabeça de casal” ⁽¹⁰⁰⁾.

O curador é tratado como um simples administrador de bens, pelo que deve prestar caução e apresentar contas. A sua posição, é, portanto, a de um mandatário geral com poderes de representação, o que explica as soluções consagradas no artigo 94.º CC ⁽¹⁰¹⁾.

A curadoria provisória termina numa das hipóteses prevista no artigo 98.º CC.

4.2. Curadoria definitiva

A curadoria definitiva — constituída por uma decisão judicial, a *justificação da ausência* — pode ser requerida, nos termos do artigo 99.º CC, ao fim de dois anos a contar da ausência ou ao fim de cinco anos, caso o ausente tenha deixado um representante legal ou um representante voluntário. Têm legitimidade para a requerer a justificação da ausência o Ministério Público ou qualquer interessado, sendo estes aqueles que estão contemplados no artigo 100.º CC.

Justificada a ausência, procede-se à abertura dos testamentos, à partilha e à entrega dos bens aos herdeiros, mas apenas como curadores definitivos e não como proprietários ⁽¹⁰²⁾. Nessa medida, pode ser exigido o pagamento de uma caução, nos termos do artigo 107.º CC. Além disso, continuam limitados nos seus poderes de administração e de disposição, sendo aplicável à curadoria definitiva o artigo 94.º CC.

A curadoria definitiva termina nos termos do artigo 112.º CC.

4.3. Declaração de morte presumida

Nos termos do artigo 114.º CC, ao fim de dez anos sobre o início da ausência, é possível requerer a declaração de morte presumida. Este prazo é, porém, de cinco anos, se, entretanto, o ausente tiver

⁽¹⁰⁰⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/III, 378.

⁽¹⁰¹⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/III, 378. O autor considera que o curador provisório é um representante legal do ausente.

⁽¹⁰²⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/III, 378; Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 266.

completado oitenta anos de idade. Se o António desapareceu, sem notícias, em 2010, só em 2020 é possível requerer a declaração de morte presumida. Contudo, se António tivesse, à data do desaparecimento, setenta e cinco anos ou mais, basta que decorram cinco anos para que tal declaração possa ter lugar, ou seja, poderia ter sido declarada a morte presumida em 2015. Isto levanta dúvidas interpretativas: na verdade, se, quando António desapareceu e deixou de dar notícias, não tivesse setenta e cinco anos, mas setenta e quatro, isto é, se tivesse mais de setenta anos, mas menos de setenta e cinco, coloca-se o problema de saber se era necessário aguardar o decurso de dez anos para que pudesse ter lugar a declaração de morte presumida ou se bastariam cinco anos para se obter o efeito jurídico desejado. Nenhuma das soluções nos parece boa: fixarmo-nos nos dez anos tornaria a solução inequitativa; contentarmo-nos com os cinco anos mostrar-se-ia perturbador diante do juízo fixado pelo legislador. Assim, tendo em conta que, quando se coloca a hipótese, o interesse prevalecente parece ser o dos herdeiros, já que a presunção é a de que dificilmente o ausente regressará, parece-nos que, numa adaptação extensiva do preceito, devemos considerar ser possível a declaração de morte presumida logo que o ausente complete oitenta anos. Assim, se António, no momento em que desaparece e deixa de dar notícias, tinha 74 anos, a declaração de morte presumida pode ocorrer ao fim de seis anos.

Se a pessoa que desaparecer for menor, então não será possível declarar a morte presumida sem que decorram cinco anos a contar da maioridade, o que, na prática, implica que nunca possa haver declaração de morte presumida antes dos vinte e três anos.

A declaração de morte presumida tem, em princípio, os mesmos efeitos que a morte. O património do ausente configura-se agora como uma herança e, uma vez esta aceite, os bens que o integram passam a pertencer, a título de direito de propriedade, aos herdeiros. Do ponto de vista pessoal, porém, o casamento não é dissolvido. Contudo, se o casamento for civil, o cônjuge do ausente pode contrair novo casamento, considerando-se o primeiro matrimónio dissolvido à data da declaração de morte presumida. Numa posição que não é unânime entre os autores, tratando-se de um casamento católico, a dissolução não opera *ope legis*, sendo necessário o impulso do cônjuge do ausente para que o divórcio se possa verificar ⁽¹⁰³⁾.

⁽¹⁰³⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 88.

Orlando de Carvalho, no tocante aos direitos de personalidade, esclarece que “mesmo antes do reaparecimento ou da existência de notícias (...), o ausente não fica numa situação de perda de paz, impedido de exercer a autodefesa nas ameaças à sua vida, à sua integridade física, à sua liberdade, à sua honra, etc.” ⁽¹⁰⁴⁾. E acrescenta que, “inclusivamente, não pode excluir-se a hipótese de ele poder (e dever) usar a autodefesa (legítima defesa alheia) para tutelar um filho casualmente encontrado e gravemente ameaçado”, o que, nas conclusões do autor, “provará que as relações de família subsistem pelo menos a esse nível” ⁽¹⁰⁵⁾.

No caso do regresso do ausente, determina a entrega do patrimônio no estado em que ele se encontra, de acordo com o artigo 119.º CC. Poderá haver lugar a sub-rogação direta ou indireta dos bens. Havendo, porém, má-fé, o ausente tem direito a uma indemnização pelo prejuízo que sofra.

5. O CONTEÚDO MÍNIMO DA PERSONALIDADE: OS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Direitos de personalidade são direitos que têm como objeto a própria pessoa, globalmente considerada (no caso do direito geral de personalidade), ou determinados bens da personalidade (no caso dos direitos especiais de personalidade). O seu reconhecimento surge como uma exigência da ideia de dignidade da pessoa humana. Significa isto que, mesmo que a pessoa não seja titular de direitos de natureza patrimonial, será sempre titular de direitos de personalidade.

5.1. O surgimento histórico dos direitos de personalidade

A este ensejo, importa referir, em primeiro lugar, que os direitos de personalidade — aliás, como o direito subjetivo — não existiram desde sempre, o que não significa que, no período anterior ao iluminismo jus-racionalista, não se protegesse adequadamente a pessoa. Leite Campos afirma-o contundentemente ⁽¹⁰⁶⁾. O autor, na sua referência à sociedade

⁽¹⁰⁴⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 88-89.

⁽¹⁰⁵⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 89.

⁽¹⁰⁶⁾ Diogo Leite CAMPOS, “O direito e os direitos da personalidade”, *Nós — Estudo sobre o direito das pessoas*, Almedina, Coimbra, 2004, 110 s.

tradicional e na tentativa de perceber por que razão é que os direitos de personalidade só surgem depois do século XVIII, afirma, depois de perguntar “será que a sociedade tradicional ignorava os direitos da pessoa, nomeadamente os direitos civis da pessoa?”, “evidentemente que não os ignorava, protegendo-os, em muitos casos, através de medidas mais completas e mais eficazes do que hoje; ou tutelando-os em situação em que hoje são agredidos (caso do direito à vida: aborto voluntário e eutanásia)” ⁽¹⁰⁷⁾. Simplesmente, como explica, havia, à época, uma menor necessidade de tutela, fruto da compreensão do cosmos como uma ordem iluminada por Deus como causa suprema ⁽¹⁰⁸⁾: “o outro, também elemento dessa ordem, era visto não como um limite ao eu, mas como um elemento solidário, colaborante do eu, imprescindível para a realização humana e a salvação espiritual de cada um (...) Direitos de personalidade, nesta época? Antes deveres de cada um para com Deus, para com a família, para com os superiores, para com todos os outros. Cada ser humano representava-se como um espaço aberto a todos os outros, solidário para com estes, comunicando incessantemente” ⁽¹⁰⁹⁾.

É, portanto, com a desagregação da ordem natural tradicional, pelo individualismo e pelo nominalismo, e com a absolutização do sujeito, convolado em indivíduo, que se torna urgente a tematização dos direitos de personalidade. É que, como explicita o autor, o abandono do fundamento axiológico da vontade coletiva conduziria (como conduziu) a soluções totalitárias, já que a vontade geral transcende as vontades individuais dos cidadãos ⁽¹¹⁰⁾, e, nessa medida, urgia restabelecer um limite: “a luta contra a onipotência legislativa do soberano absoluto da Idade Moderna levou à invenção dos direitos de personalidade, enquanto direitos naturais, meta-positivos” ⁽¹¹¹⁾. Dito de uma forma mais direta, a suposta neutralidade do direito, convertido em pura forma, a recusa de qualquer fundamento transpositivo e transtextual, que nos conduziu à afirmação do direito como lei, determinaram que o direito, reduzido à norma, fosse afinal produto de um subjetivismo absoluto e de um decisionismo que, ferindo de morte o próprio direito (porque deixa sem sustentáculo a resposta para o problema do encontro no mundo), pode conduzir a uma de

⁽¹⁰⁷⁾ Diogo Leite CAMPOS, “O direito e os direitos da personalidade”, 110.

⁽¹⁰⁸⁾ Diogo Leite CAMPOS, “O direito e os direitos da personalidade”, 112.

⁽¹⁰⁹⁾ Diogo Leite CAMPOS, “O direito e os direitos da personalidade”, 117.

⁽¹¹⁰⁾ Diogo Leite CAMPOS, “O direito e os direitos da personalidade”, 121.

⁽¹¹¹⁾ Diogo Leite CAMPOS, “O direito e os direitos da personalidade”, 123.

duas concretizações históricas: o absoluto poder do homem sobre o homem (que deixa de ter limites, já que a sua liberdade vazia implica poder fazer tudo), ou o absoluto poder do Estado sobre o homem. Em qualquer das hipóteses, porque o direito se reduz ao que o legislador determina (tudo determinando, num regime absolutista, ou nada determinando, porque, no mais primário liberalismo, acaba por ser proibido proibir), o ser humano torna-se indefeso. E é exatamente para escapar a essa vulnerabilidade que se passa dar ênfase aos direitos de personalidade — direitos do homem sobre si mesmo, para proteção das suas dimensões fundamentais.

Se isto se torna simples, e explica por que razão é que a dogmática dos direitos de personalidade tem tendência a recrudescer na sequência de épocas de horror (pense-se no pós-segunda guerra mundial), nem por isso os problemas se atenuam. Em primeiro lugar, o limite que os direitos de personalidade estabelecem salutarmente só cumpre a sua função se eles se impuserem ao próprio Estado. Há que, portanto, tentar perceber se os direitos de personalidade são atribuídos pelo ordenamento jurídico ou reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Em segundo lugar, os direitos de personalidade só garantem a não degradação da pessoa se eles não puderem ser invocados pelo seu titular contra si mesmo, legitimando comportamentos atentatórios da sua dignidade. Esta é, aliás, uma das razões que leva parte da doutrina a mostrar-se cética em relação à categoria.

5.2. As objeções levantadas à existência de direitos de personalidade

Ao longo dos tempos, mesmo confinando-nos ao nosso ordenamento jurídico, não foram poucos os autores que se pronunciaram acerca dos direitos de personalidade. Uma leitura atenta das suas obras permite-nos antever correntes de opinião, que se podem sistematizar de acordo com um duplo binómio: de um lado, encontramos a oposição entre os autores que falam de reconhecimento de direitos de personalidade e aqueles outros que os entendem como atribuídos pelo ordenamento; de outro lado, a clivagem entre os juristas que recusam a categoria e os que a aceitam, sem restrições ⁽¹¹²⁾. Entre os que entendem que os direitos de personalidade

⁽¹¹²⁾ Para uma perspectiva diacrónica, no quadro da doutrina nacional, da evolução do pensamento jurídico em matéria de direitos de personalidade, cf. Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, 20 s.

são atribuídos pelo ordenamento jurídico, encontramos Guilherme Moreira ⁽¹¹³⁾, José Tavares ⁽¹¹⁴⁾.

A posição que sustenta que os direitos de personalidade são atribuídos pelo ordenamento corresponde a uma conceção positivista/normativista do direito que o fazia equivaler ao direito positivo, impondo, sempre, a intervenção do legislador para criar a normatividade e considerando que para lá do direito positivo não existia nenhum fundamento extratextual que se impusesse ao próprio órgão legiferante. A partir do momento em que consideramos que no centro do direito (e também do direito civil) está o homem entendido como pessoa, não podemos deixar de reconhecer que o direito positivo tem um fundamento axiológico. À Pessoa, por ser Pessoa, não podem deixar de ser reconhecidos determinados direitos, mínimo imprescindível para que a sua dignidade seja tutelada. Quer isto dizer que os direitos de personalidade são reconhecidos e não atribuídos ao ordenamento jurídico. Em rigor, importa, aliás, sublinhar que os autores anteriormente citados, embora vinquem o papel do ordenamento na efetivação do direito de personalidade, acabam por admitir que existem determinados princípios fundamentais que vinculam o próprio legislador.

Não é possível, portanto, pensar o direito sem pensar em direitos das pessoas. A pergunta que se impõe é, porém, se faz sentido falar

⁽¹¹³⁾ Guilherme MOREIRA, *Instituições do Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Coimbra, 1907, 159 s. Para uma apreciação do pensamento do autor nesta matéria, cf. Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, 20.

Para Guilherme Moreira, embora os direitos originários — a corresponder aos direitos de personalidade — indiquem a existência de uma personalidade natural, esta só se torna jurídica quando tais direitos sejam atribuídos pelo direito positivo. De acordo com Pais de Vasconcelos, “a personalidade, no que respeita aos indivíduos, existe na própria pessoa, é natural, mas só ganha relevância jurídica quando é reconhecida pela ordem jurídica”, donde conclui, por referência a Moreira, que o autor se afasta “do jusracionalismo iluminista, que funda o direito da natureza, mas também do positivismo jacobino que subordina o direito ao legislador” — cf. Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, 20.

⁽¹¹⁴⁾ José TAVARES, *Os princípios fundamentais do direito civil*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 1922, 257 s. Para o autor, os direitos de personalidade são atribuídos pelo ordenamento jurídico, não sendo possível falar de direitos originários. Todos os direitos seriam adquiridos. Simplesmente, chama a atenção para o facto de existirem determinados princípios fundamentais, que se impõem ao próprio legislador, determinando, nessa medida, uma adequada proteção da personalidade humana. Sobre o criticismo do autor em relação à categoria dos direitos de personalidade, cf. o que se dirá *infra*.

Para uma apreciação do pensamento de José Tavares na matéria, cf. Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, 22 s.

de direitos da pessoa sobre si mesma ou sobre algum ou alguns dos bens da sua personalidade. Dá-se, portanto, voz ao segundo binómio de controvérsia a que nos referimos.

Muitos autores consideram que não faz sentido falar de um direito sobre a própria pessoa. José Tavares é um deles. Para o autor, os diversos elementos que compõem a personalidade não podem ser destacados do próprio sujeito; uma pessoa não pode ser simultaneamente objeto e sujeito de direitos; o direito ao próprio corpo seria inadmissível, porque teria como consequência o direito ao suicídio, o direito à venda da pessoa, o direito ao aborto, o direito à prostituição. No mais, o que poderia existir seria um direito sobre qualidades essenciais ou atributos da pessoa, sobre uma coisa produzida pela pessoa, mas não um direito da pessoa sobre si mesma ⁽¹¹⁵⁾. No fundo, o autor viria negar a existência de um direito geral de personalidade, um direito que tivesse como sujeito e objeto a própria pessoa. Esta é, também, a posição de Cunha Gonçalves, que recusa a conceção de um direito sobre a própria pessoa, mas admite direitos subjetivos que tenham como objeto partes constitutivas ou elementos da personalidade ⁽¹¹⁶⁾, e de Cabral Moncada, que, de forma mais radical, afirma que, neste domínio, não estamos diante de um direito subjetivo, mas de uma “qualidade, condição ou posição fundamental do homem perante a ordem jurídica, para ele poder adquirir direitos” ⁽¹¹⁷⁾.

As objeções à conceptualização dos direitos de personalidade como direitos subjetivos podem encontrar-se, pois, a dois níveis. Em primeiro lugar, no plano lógico-axiológico: ou seja, não é possível que a pessoa seja simultaneamente sujeito e objeto de uma relação jurídica; e, mesmo que fosse, tal redundaria numa objetivação do sujeito. Em segundo lugar, no plano ético-judicativo, dado que a aceitação de um direito subjetivo sobre a própria pessoa teria como consequência a transformação do homem num escravo de si mesmo.

A estes dois planos críticos acrescentar-se-ia um outro, que não feriria de morte os direitos de personalidade, mas o direito geral de personalidade. Em causa estaria a própria conceção de direito subjetivo

⁽¹¹⁵⁾ José TAVARES, *Os princípios fundamentais do direito civil*, I, 274 s.

⁽¹¹⁶⁾ Cunha GONÇALVES, *Tratado de direito civil*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 1929, 301 s.

⁽¹¹⁷⁾ Cabral MONCADA, *Lições de Direito Civil*, Atlântida, 1932, 61 s.

Considerando que a posição do autor é “francamente objetivista”, cf. Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, 25.

e a inviabilidade de a figura ser captada pela categoria. Parece ser esta a linha de pensamento de Menezes Cordeiro ⁽¹¹⁸⁾, para quem não é possível falar de um direito geral de personalidade por não estarmos diante de uma permissão específica, mas sim genérica, de aproveitamento de um bem. Para o autor, “um direito quadro já não exprime uma permissão específica de aproveitamento de um qualquer bem, sendo claro, nesta situação, que o regime aplicável, dominado por preocupações de concretização e de ponderação de valores, (...) não é o do direito subjetivo” ⁽¹¹⁹⁾.

Menezes Cordeiro considera, ainda, que a proteção que um direito geral de personalidade poderia dispensar seria pouco eficaz, razão pela qual sustenta que do artigo 70.º CC se devem extrair diversos direitos de personalidade, de modo não taxativo, recorrendo-se à tutela aquiliana por via da violação de disposições legais de proteção de interesses alheios fora das hipóteses em que seja possível pensar na subjetivação jurídica ⁽¹²⁰⁾. Parece ser esta, também, a posição de Oliveira Ascensão, para quem o direito geral de personalidade se apresenta como uma figura anómala e de difícil manuseamento, à qual não é necessário, em rigor, recorrer pela existência, em regime não taxativo (embora sujeito a uma certa tipificação enunciativa), de direitos especiais de personalidade ⁽¹²¹⁾.

Autores há, como Diogo Costa Gonçalves, que combinam mais do que uma crítica à conceção dos direitos de personalidade e do direito geral de personalidade. Para o autor, o direito geral de personalidade contradiz a realidade ontológica do homem; contradiz a sua dimensão pessoal. O homem do direito geral de personalidade não é a pessoa, é o indivíduo; é filho da antropologia da subjetividade e da desconstrução do conceito ôntico de pessoa. É o homem que desenvolve a sua humanidade face aos outros, mas também contra os outros. A personalidade objeto do direito gera de personalidade não conhecem deveres que a realizem, mas apenas deveres que a limitam e condicionam. Por exemplo, o dever de obediência do filho surge como um limite à sua personalidade, quando a relação

⁽¹¹⁸⁾ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/III, Almedina, Coimbra, 2004, 45 s.

⁽¹¹⁹⁾ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/III, 47.

⁽¹²⁰⁾ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/III, 82.

⁽¹²¹⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, 87.

filial deveria ser vista como uma dimensão essencial da realização da pessoa. O direito geral de personalidade não sabe lidar com a abertura relacional e com a dimensão «realizacional». Desconsidera o conteúdo ético necessário para a valoração jurídica. Assim, o artigo 70.º CC compreenderá antes um conjunto de direitos especiais de personalidade. Só poderão configurar direitos de personalidade aqueles elementos da personalidade ôntica dos sujeitos nos quais se encontre a dimensão ética (que serve para permitir ao Homem realizar aquilo que é, contra ou para além da sua própria ideia de autorrealização). Pelo que, alguns denominados direitos de personalidade não o são, ou porque a realidade jurídica que lhes serve de objeto não está compreendida na noção de personalidade, ou porque, estando, não preenche o conteúdo ético exigido para a valoração do direito (ex. direito à imagem). O conteúdo ético dos direitos de personalidade impõe a redução da figura. Se em causa estão elementos da personalidade que permitem a plena realização ontológica da pessoa, fácil será compreender que serão muito escassos os elementos objeto de direitos de personalidade (tutela da própria realidade subsistente; tutela da realidade atual da personalidade, tutela do potencial da personalidade). A intersubjetividade não pode ser considerada um limite à tutela da personalidade (por exemplo, o direito a ser deixado só não pode ser visto como um direito de personalidade). Há deveres que integram a personalidade humana. A tutela da personalidade implica o recurso a outras categorias próprias para lá dos direitos. Do artigo 70.º CC podemos retirar situações jurídicas ativas, passivas, direitos, deveres, faculdades, sujeições ⁽¹²²⁾. No fundo, numa posição que nos remete para o pensamento de Cabral Moncada e José Tavares, Diogo Costa Gonçalves mostra-se cético em relação à conceção dos direitos de personalidade como direitos subjetivos, na medida em que, em última instância, tal poderia redundar na defesa do direito ao suicídio, à escravidão, entre outros.

5.3. A ponderação crítica das objeções levantadas

Adequadamente identificadas as diversas críticas que são dirigidas à conceção de um direito geral de personalidade (e dos direitos de personalidade), é tempo de ponderarmos cada uma delas. No que

⁽¹²²⁾ Diogo Costa GONÇALVES, *Pessoa e direitos de personalidade*, 87 s.

respeita à identificação entre sujeito e objeto, recordamos aqui as palavras de Oliveira Ascensão. Ensina-nos o autor, a tal propósito, que “o bem da personalidade delimita a vantagem que é atribuída, sem que isso implique que precise de ser configurado como uma realidade exterior ao sujeito”. O que está em causa é, de acordo com a explicitação, o ponto de referência da atribuição realizada ⁽¹²³⁾. Não nos parece, de facto, haver qualquer impedimento do ponto de vista lógico para a coincidência denotada ⁽¹²⁴⁾. E, em termos axiológico, a transformação do próprio sujeito em objeto não nos condena à perda de dignidade do ser humano, já que ela tem como finalidade a defesa da pessoa contra atos atentatórios do seu ser.

A este propósito, Gomes da Silva, no passado, havia explicado que não é necessário que exista um objeto para que um poder seja exercido. Para o autor, “há fins que se atingem por simples atos humanos, sem necessidade de estes utilizarem qualquer coisa diferente da própria energia que os constitui. A noção de poder não pressupõe, por isso, a existência de um objeto, o qual pode constituir, mas não é o único, nem, por isso, essencial em todos os casos” ⁽¹²⁵⁾.

Por outro lado, se formos congruentes com a posição que assumimos em matéria de direito subjetivo, entendido como o poder ou a faculdade de exigir (ou pretender) de um sujeito um comportamento ativo ou positivo, então compreendemos que a categoria se mostra apta a captar a intencionalidade e a estrutura da categoria “direito de personalidade”. Se neste patamar discursivo se afrouxam as dúvidas no tocante aos direitos especiais de personalidade, importa considerar a mais-valia que o direito geral de personalidade nos comunica.

A este propósito Pais de Vasconcelos aduz que existe um direito objetivo de personalidade e de um direito subjetivo de personalidade. Conforme explicita o autor, a liberdade de exercício e a disponibilidade características do direito subjetivo não podem vigorar plenamente no domínio da tutela da personalidade. Mas, uma tutela absolutamente objetiva é redutora e omite a centralidade da personalidade na pessoa do seu titular. Há uma zona de tutela da personalidade que é disponível e que pode juridicamente ser construída como um

⁽¹²³⁾ Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, 82 s.

⁽¹²⁴⁾ No mesmo sentido, Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Centelha, Coimbra, 1981, 80 s.

⁽¹²⁵⁾ Gomes da SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, 1944, 34 s.

direito subjetivo. O direito objetivo de personalidade é indisponível e traduz um dever de agir perante os outros; o direito subjetivo é disponível, situa-se no âmbito da autonomia privada, é o direito que cada um tem de defender a sua dignidade como pessoa. O que assim fica dito requer cautelas. Ciente disso, Pais de Vasconcelos esclarece que, não obstante o que explicita, a indisponibilidade não significa, por outro lado, por si só, objetividade: a vida é indisponível e há um direito subjetivo à vida ⁽¹²⁶⁾.

No tocante aos direitos de personalidade, torna-se claro que, porque o sujeito pode limitar os seus bens da personalidade por via do consentimento do seu titular, é forçoso configurá-los como verdadeiros direitos subjetivos. Já no que respeita ao direito geral de personalidade, a substituir uma ideia de cláusula geral de direitos especiais de personalidade, em regime de *numerus apertus*, tendo recebido, entre nós, assento legal (ao contrário da sua origem jurisprudencial e doutrinal alemã), não nos parece ser dispensável. Na verdade, a complexidade da personalidade humana determina que a tutela só será completa se, em vez de olharmos para determinadas refrações dessa personalidade, a assumirmos de forma genérica, para depois a concretizarmos por referência ao caso *decidendum*. Dito de outro modo, em determinadas situações, não se lesa um concreto elemento do complexo bio-psíco-somático e relacional que configura a personalidade humana, perfeitamente identificável e autonomizável, mas a pessoa como um todo ⁽¹²⁷⁾. Pense-se, *v. g.*, na hipótese de lesão da pessoa em virtude da morte de um familiar muito próximo, a configurar, segundo parte da doutrina, um dano existencial. A tutela aquiliana, por seu turno, pode não ser suficiente sem a configuração

⁽¹²⁶⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, 47 s.

⁽¹²⁷⁾ Veja-se, a este propósito e neste sentido, Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, afirmando a importância da consagração de um direito geral de personalidade. Defende a existência de um direito geral de personalidade, que tem como objeto a personalidade humana, globalmente considerada, nas suas múltiplas refrações. Este objeto é unitário e complexo (integrando duas dimensões: unidade bio-psico-somática e a relação «eu-mundo») e deve ser objeto de uma análise dinâmica e de uma análise estática. Ao seu lado, existiriam os direitos especiais de personalidade, que podem surgir por via legislativa, doutrinal ou jurisprudencial e derogam a disciplina a que somos conduzidos pelo direito geral de personalidade. Em tudo aquilo que não esteja expressamente previsto a propósito do direito especial de personalidade, podemos sempre recorrer, subsidiariamente, à tutela geral erigida pelo artigo 70.º CC.

do direito como um direito absoluto, dadas as limitações que se enfrenta quando se lida com a violação de disposições legais de proteção de interesses alheios ⁽¹²⁸⁾. De acordo com o ensinamento de Orlando de Carvalho, “só um tal direito ilimitado e ilimitável permite uma tutela suficiente do homem ante os riscos de violação que lhe oferece a sociedade contemporânea” ⁽¹²⁹⁾.

Também o facto de o conteúdo do direito ser difuso não obsta a que seja possível a configuração do direito, como um direito-mãe ou direito-quadro, porquanto competirá ao decidente, no processo de realização do direito, concretizá-lo por referência ao problema concreto. Orlando de Carvalho também é claro neste ponto. Diz-nos o autor que “esse direito abstratamente ilimitado é praticamente limitado pelas condições concretas a que se subordina a relevância da sua invocação” ⁽¹³⁰⁾. Entre tais condições, que se traduzem em limitações, o autor fala da natureza do bem da personalidade (“se a personalidade é ilimitável estrutura-se (...) em várias camadas ou zonas, permitindo distinguir nela múltiplos bens ou projecções. Ora, para se averiguar da existência da lesão, urge conhecer qual o bem ou projecção atingido, o que limita desde logo a invocação daquele direito” ⁽¹³¹⁾); das exigências da vida em comum (“o homem é um ser com os outros; daí que a lesão só seja relevante se excede os limites da adequação social” ⁽¹³²⁾); da ponderação dos interesses em causa, a convocar a problemática da colisão de direitos ⁽¹³³⁾.

Por outro lado, e enfrentando a objeção judicativo-axiológica, a compreensão da tutela geral da personalidade como um direito subjetivo não nos condena à escravização do ser humano.

O direito subjetivo (seja ou não um direito de personalidade) radica na pessoa e não no indivíduo, pelo que ele nunca encerrará o seu titular sobre si mesmo (antes o fazendo comunicar com os seus semelhantes). Na verdade, o direito subjetivo não é apenas fonte de poderes, exercidos de acordo com uma vontade arbitrária, mas é também fonte de deveres; em segundo lugar, o direito subjetivo tem um determinado

⁽¹²⁸⁾ Cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições de responsabilidade civil*, Principia, 2017.

⁽¹²⁹⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 90.

⁽¹³⁰⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 90.

⁽¹³¹⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 90.

⁽¹³²⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 90.

⁽¹³³⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 90.

fundamento ético-axiológico (tal como o direito objetivo). No caso dos direitos de personalidade, não só o fundamento ético-axiológico como a sua teleologia primária reconduzem-se à ideia de dignidade ética da pessoa humana, donde nunca o direito subjetivo de personalidade pode ser invocado para legitimar comportamentos atentatórios da dignidade. Acresce que, sendo o homem um ser relacional, que apenas se realiza no encontro do «eu» com o «tu», a tutela dos direitos de personalidade não pode senão espelhar essa dimensão.

No fundo, a compreensão do direito como materialmente conformado impede-nos de assumir como lícitas situações como a eutanásia ⁽¹³⁴⁾, a prostituição, a mutilação, a escravatura.

⁽¹³⁴⁾ No tocante à eutanásia, devemos considera-la como absolutamente ilícita e ilegítima. O direito à vida é indisponível. Do ponto de vista do direito a constituir, também não é viável configurar um direito a morrer a pedido. Este pedido para morrer choca, de modo irreconciliável com o sentido da pessoalidade que alicerça os direitos de personalidade. Não está em causa o exercício da liberdade, mas o abuso da liberdade, porque desassociada do sentido ético-axiológico que a predica. Aquele que pede para morrer deixa de ser pessoa, porque corta a sua relação com o outro, impedindo-o, também, de ser na sua integralidade. A ação livre não pode, pois, continuar a ser vista na solidão atomizante do homem-vazio que atende à sua vontade no sentido instintivo do seu ser. O posso, quero e mando em que ela se vem a traduzir desvirtua a dimensão em que se polariza e converte um valor num não-valor. A escolha livre deve, então, ser vista como a decisão que, na autodeterminação pessoal, não olvida a essência predicativa do ser pessoa.

Em causa não estará, também, um direito a uma vida digna, afastada de qualquer sofrimento. Na verdade, a ideia de dignidade de vida para justificar o pedido de morte faz inculcar a ideia de uma vida indigna, o que põe em causa o princípio da dignidade da pessoa humana, que não comporta exceções ou gradações. Na verdade, se apenas alguns podem, de acordo com as circunstâncias, pedir para morrer, isso significa que apenas esses são os que não possuem qualidade de vida que a torne inviolável. É claro que o pedido de morte é feito pelo titular do direito, pelo que a vida humana é ajuizada pelo próprio e não por um terceiro, mas é um terceiro (o legislador) que fixa *a priori* as condições nas quais cada um pode ajuizar se quer ou não renunciar ao seu direito à vida. E com que critério se decide se uma vida é ou não digna para ser vivida? Poderão, como mostra a experiência de direito comparado, as crianças, os portadores de uma deficiência ou pessoas com problemas do foro psíquico tomar essa decisão? E outros em nome deles podê-lo-ão fazer? Ademais, restam-nos algumas dúvidas: a admitir-se (o que só por facilidade argumentativa se concede) a atribuição de relevância ao pedido para morrer, ainda que se exija que ele revista determinadas características (seja sério, instantâneo e expresso, por exemplo), se tal relevância ficar confinada a situações de sofrimento sério, como determinar, em concreto, se o sofrimento é sério e como medir o grau de sofrimento? Por outro lado, será que uma pessoa numa situação de sofrimento indizível ou em agonia tem verdadeiramente liberdade para decidir,

No passado, já outros autores tinham vincado este ponto. Gomes da Silva já tinha, anteriormente, explicitado que, porque os direitos subjetivos não podem ser exercidos fora da sua teleologia, que os limita, não é possível que os direitos de personalidade sejam exercidos contra a dignidade da pessoa humana que os sustenta e que visam tutelar ⁽¹³⁵⁾. Também Leite Campos aduz que “a cada direito corresponde um dever do próprio titular do direito, para consigo mesmo, ou para com outrem. É o limite interno do direito, que o transforma em poder-dever ou, indo mais longe, o absorve numa complexa situação jurídica integrada por direitos e deveres, intimamente ligados de modo a esbaterem e compensarem o poder (absoluto) ligado ao direito subjetivo. Seja qual for a estrutura conceptual que decida construir-se, deve assentar na definitiva ultrapassagem do carácter autoritário e egoísta do direito subjetivo” ⁽¹³⁶⁾.

Conclui, assim, que “o poder está ao serviço do eu — que não se confunde com a vontade — e dos outros. Direito à vida, do próprio? Seguramente, mas não para dispor dessa vida; antes para a respeitar e defender como se respeitam e defendem, por identidade de razões, as vidas de todos os outros e de cada um” ⁽¹³⁷⁾.

Em suma, o poder de vontade que caracteriza em termos definitórios o direito subjetivo não nos condena à contemplação de uma vontade arbitrária e desenraizada de qualquer sentido ético-axiológico que a predique. Por outro lado, não podemos deixar de, na invocação de um concreto direito, pensá-lo à luz do fundamento e da teleologia do seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico, donde jamais o exercício de um direito de personalidade pode pôr em causa a dignidade da pessoa que o forja.

ainda que entendamos a liberdade num sentido empobrecido e esvaziado do seu conteúdo ético?

Repare-se, aliás, que se fosse possível limitar o direito à vida (dela abdicando de uma vez para todas), deixaria de haver limite para as restantes limitações aos direitos de personalidade, pelo que seria a própria ordem jurídica a ser posta em causa. Esta, em rigor, ficaria ferida de morte por outro motivo: ao admitir-se a eutanásia, perder-se-ia o sustentáculo ético axiológico que fundamenta o direito e faz dele verdadeiramente direito.

Sobre o ponto, veja-se o que se dirá *infra*.

⁽¹³⁵⁾ Cf. Gomes da SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, 1944, 34 s.

⁽¹³⁶⁾ Leite CAMPOS, “O direito e os direitos de personalidade”, 130 s.

⁽¹³⁷⁾ Leite CAMPOS, “O direito e os direitos de personalidade”, 132.

5.4. Características dos direitos de personalidade

Os direitos de personalidade, enquanto direitos que têm como objeto a pessoa humana globalmente considerada ou certos bens da personalidade, são direitos subjetivos em sentido estrito. Se do lado ativo da relação jurídica encontrarmos um direito de personalidade, do lado passivo vamos encontrar um dever de respeito. Falamos, aqui, de um dever de respeito e não apenas de uma obrigação passiva universal, porque, atentos os bens envolvidos, há situações em que quem está do lado passivo pode não ter de apenas omitir qualquer comportamento que ponha em causa a personalidade alheia, como também de adotar determinados comportamentos positivos no sentido de salvaguardar o direito de outrem. Pense-se na hipótese em que o António percebe que o Bernardo se está a afogar. Não havendo outra pessoa em condições de o salvar e não implicando o salvamento risco para a vida ou saúde de António, este tem o dever de agir, podendo ser responsabilidade, caso não o faça, por omissão.

Estamos, portanto, perante direitos absolutos, com eficácia *erga omnes*, que vinculam todos os membros de uma comunidade jurídica. Ademais, os direitos de personalidade são direitos gerais, porque titulados por todos; direitos extrapatrimoniais/pessoais, porque não suscetíveis de avaliação em dinheiro; direitos inatos, com exceção do direito ao nome e do direito moral de autor, porque se adquirem com o surgimento da pessoa e outros com o nascimento; direitos irrenunciáveis, intransmissíveis ⁽¹³⁸⁾ e tendencialmente indisponíveis.

⁽¹³⁸⁾ Menezes Cordeiro fala, a este propósito, de dupla inerência. Explica-nos o autor que o direito de personalidade liga a pessoa a um bem da sua personalidade. Mas alerta que pode haver casos de comercialização dos bens da personalidade: estes “reportam-se a aspetos destacáveis do direito-mãe”, que permanece sempre na esfera do titular. Ou seja, o direito é intransmissível, mas permite-se que se beneficie economicamente com algumas expressões do direito de personalidade. Pense-se, por exemplo, na hipótese em que uma pessoa permite que o seu retrato seja lançado no comércio. Pense-se, também, no caso dos direitos de autor. A cedência dos direitos de autor, *v. g.*, através de um contrato de edição, não implica a transmissão do direito moral de autor, mas sim do direito patrimonial de autor. Em rigor, o que sucede é que o que se transmite é a possibilidade de aproveitamento económico do bem da personalidade, mas não do direito de personalidade.

O dado permite-nos, ainda, relembrar que, pese embora se afirme que os bens da personalidade estejam fora do comércio jurídico, nada impede que haja, em relação a expressões externas de alguns desses bens, aproveitamento económico.

A tendencial indisponibilidade não significa que não possam ser limitados voluntariamente. É através do consentimento do ofendido que se opera tal limitação. A doutrina tem-nos ensinado que existem diversas modalidades de consentimento. A saber, o consentimento pode ser *vinculante*, naquelas hipóteses em que confere um poder jurídico de agressão, envolvendo a vinculação jurídica, mormente através de um contrato (*v. g.* o caso de um contrato de cedência de imagem) ⁽¹³⁹⁾; *autorizante*, naquelas hipóteses em que o titular do direito apenas confere um poder fáctico de agressão (*v. g.* o caso de consentimento para a extração de um rim, com fins de transplantação); ou *tolerante*, nas situações em que não se atribui um poder jurídico ou um poder de facto, mas em que se limita a justificar o comportamento do lesante, estando-se, portanto, diante de uma mera causa de exclusão da ilicitude, nos termos do artigo 340.º CC ⁽¹⁴⁰⁾.

A diferenciação entre estas três modalidades não deixa de ter importância prático-normativa.

Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I/III, 100; quanto à questão da negociabilidade, cf. na mesma obra p. 107 s.

⁽¹³⁹⁾ Cf. Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 91

⁽¹⁴⁰⁾ Mostrando-se crítico desta tripartição, cf. Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, 154 s. Para o autor, “o consentimento tolerante não passa da simples tolerância do lesado em relação à lesão (...). Trata-se de um regime geral que não tem especialidade na matéria do direito de personalidade (...). O consentimento autorizante seria constitutivo e sujeitaria o titular a um poder de lesão por parte do autorizado. (...). Esta classe nada acrescenta ao regime do artigo 81.º O consentimento vinculante corresponderia à assunção negocial de um compromisso que implicaria a disposição normal e corrente de direitos de personalidade que não se traduzam numa limitação ao exercício desses direitos nos termos do artigo 81.º, n.º 2 CC. Em nossa opinião, uma tal disposição normal e corrente do direito de personalidade, que não seja revogável nos termos do n.º 2 do artigo 81.º é nula — e, sobretudo, ineficaz — por insanavelmente contrária ao próprio preceito do artigo 81.º, n.º 2, e ainda, principalmente, à dignidade humana. O primeiro termo da classificação corresponde ao género, ao regime geral da relevância do consentimento na lesão; o segundo à espécie, ao regime especial do consentimento na lesão da personalidade; o terceiro regressa ao género, ao regime geral do contrato. Trata-se de uma falsa tricotomia. Além disso, o critério da classificação reside no conteúdo negocial do consentimento ou da limitação. Ora, o âmbito material da autonomia privada, nesta matéria, dentro do âmbito de ilicitude fixado no n.º 1 do artigo 81.º, é demasiado rico para ser apriornado em três classes”.

Igualmente em sentido crítico, *vide* David Oliveira FESTAS, *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem. Contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido e inter vivos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, 323 s.

Dizendo-nos o artigo 81.º/2 CC que o consentimento pode ser revogado a todo o tempo, há quem sustente que a possibilidade fica limitada às hipóteses de consentimento autorizante, não abrangendo, assim, as situações de consentimento vinculante, que envolveriam uma efetiva vinculação ⁽¹⁴¹⁾. Por outro lado, a diferença entre as diversas modalidades de consentimento pode ter impacto em sede de determinação da obrigação de indemnizar. Determina, de facto, o artigo 81.º/2 CC que da revogação resulta a obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte. O preceito estabelece, assim, uma limitação à indemnização, que se percebe por ser o ato praticado (a revogação do consentimento) lícito. Simplesmente, parece que esta limitação não deve ter lugar no caso do consentimento vinculante, por aí estarmos diante de uma estrita vinculação jurídica. A este propósito, Paulo Mota Pinto estabelece a diferença entre as diversas formas de consentimento. Assim, em caso de revogação do consentimento tolerante, não se gera qualquer obrigação indemnizatória; em caso de revogação do consentimento autorizante, deve ser indemnizado o dano da confiança; tratando-se de um consentimento vinculante, a revogação determina uma obrigação de indemnizar correspondente ao interesse contratual positivo, isto é, ao dano do cumprimento ⁽¹⁴²⁾.

⁽¹⁴¹⁾ Cf. Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 241 e n. 601; *O direito geral de personalidade*, 221, n. 446. Parecendo depor no sentido transmitido em texto, Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 91. Veja-se, igualmente, Paulo Mota PINTO, “A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, *Estudo em homenagem a Cunha Rodrigues*, II, Coimbra, 2001, 552 s.

Autores há que introduzem outra limitação ao artigo 81.º/2 CC. Para Oliveira Ascensão, uma tão forte tutela dos direitos de personalidade só se justifica se estiverem em causa aspetos essenciais da personalidade — Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, I, 79 s. e 99. Assim, por exemplo, não se justificaria a livre revogabilidade quando estivesse em causa a divulgação de imagens que não afetassem a privacidade do sujeito. No mesmo sentido, parecem depor Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 350; David Oliveira FESTAS, *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem*, 288. Para Pais de Vasconcelos, a questão deve ser ponderada do ponto de vista do abuso do direito — Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, 167.

⁽¹⁴²⁾ Paulo Mota PINTO, “A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, 551 s.

Veja-se, ainda, Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 409 s.

Para outros desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *O tríptico da exclusão da ilicitude: causas de legitimação, causas de justificação e causas de não imputação*, Gestlegál, 2023.

Do mesmo modo, o consentimento tolerante não deve ficar dependente dos princípios da capacidade negocial, bastando-nos uma simples capacidade baseada na maturidade do sujeito ⁽¹⁴³⁾. Aliás, em rigor, mesmo o consentimento autorizante pode prescindir da plena capacidade negocial (de exercício), entendendo-se que, em determinadas situações, o menor pode ser chamado a prestar o seu consentimento para a limitação de direitos de personalidade, ao lado dos representantes legais ⁽¹⁴⁴⁾.

O consentimento não pode implicar a renúncia ao direito de personalidade. E, mesmo quando tal não sucede, tem de conhecer limites, sob pena de invalidade. Desde logo, o consentimento para a limitação dos direitos de personalidade — envolvendo uma ideia de autonomia do sujeito — não pode pôr em causa o fundamento último dessa autonomia, ou seja, não pode implicar a coisificação do sujeito, a sua desdignificação. Por outro lado, e diretamente relacionado com esta ideia, o consentimento não pode ser contrário aos princípios da ordem pública. Não pode, igualmente, contrariar uma proibição legal ou os bons costumes.

Além disso, para ser válido, o consentimento tem de corresponder, efetivamente, a um ato livre do titular do direito. Nessa medida, o consentimento tem de ser específico, ou seja, o mencionado titular do direito não pode autorizar genericamente a lesão de um dado direito de personalidade (*v. g.* o direito à integridade física), porque isso pode comportar lesões de proporções muito diversas ⁽¹⁴⁵⁾, o que implica que, no tocante a certas hipóteses que envolvam uma complexidade superior, deve ser cumprido um dever de esclarecimento. O consentimento diz-se, então, *informado*, considerando-se que a omissão de informação determina a invalidade do ato.

Em certas situações, pode haver lugar a uma presunção de consentimento. Nos termos do artigo 340.º/3 CC, “tem-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível”. É o caso do médico que, atendendo um paciente que chega inanimado à urgência, presume o seu consentimento para a prática do ato cirúrgico, por exemplo.

⁽¹⁴³⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 91-92.

⁽¹⁴⁴⁾ Em sentido diverso, no que respeita ao consentimento autorizante, vide Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 92.

⁽¹⁴⁵⁾ Basta pensar que a lesão do direito à integridade física vai de um simples contacto físico a uma situação de coma vegetativo.

Como última característica, podemos apontar a não tipicidade dos direitos de personalidade. Não há, na verdade, um *numerus clausus* de direitos de personalidade, podendo existir tantos quantas as manifestações da pessoa do seu titular. A este propósito, importa, ademais, referir um aspeto importante. Aceitando-se (fundadamente) como boa a existência de um direito geral de personalidade, haveremos de reconhecer — se quisermos ser congruentes e, portanto, se quisermos garantir uma ampla tutela da pessoa — que não existe um leque fechado de bens da personalidade, integrando-se no seu objeto todos os elementos da personalidade humana. Por outro lado, também não existe um número taxativo de direitos especiais de personalidade. Estes — de origem legal, doutrinal ou jurisprudencial — resultam da autonomização de esferas de personalidade, em função da tipicidade social, da conflitualidade que envolvem e da necessidade de previsão de soluções concretas para resolver os conflitos envolventes ⁽¹⁴⁶⁾, e relacionam-se com o direito geral de personalidade do mesmo modo que a norma geral se articula com a norma especial ⁽¹⁴⁷⁾. Esta é a lição colhida da obra de Capelo de Sousa. Compreende-se que assim seja, pois, de outro modo, a partir do momento em que o direito geral de personalidade incluísse no seu objeto a tutela de todos os aspetos e elementos da personalidade humana, perderia sentido o que poderia ser entendido como uma duplicação de proteções. Mas entenda-se que os direitos especiais de personalidade correspondem, também, a bens da personalidade integrados na ampla tutela a que nos referimos.

No que respeita à compreensão do direito geral de personalidade, é incontornável o aprofundado contributo de Capelo de Sousa ⁽¹⁴⁸⁾. De acordo com os ensinamentos do autor, o seu objeto corresponde a um bem jurídico unitário e complexo, tutelando-se o homem em si mesmo e não uma personalidade abstratamente definida, o que nos permite, inclusivamente, falar de um direito à diferença, que deve ser, contudo, compreendido com cautelas: é que ele jamais poderá ser invocado para sufragar comportamentos que atentem contra a dignidade da pessoa humana, fundamento último do reconhecimento do direito. Por outro lado, continuando a acompanhar os ensinamentos do insigne mestre, o direito geral

⁽¹⁴⁶⁾ Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 312.

⁽¹⁴⁷⁾ Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 324.

⁽¹⁴⁸⁾ Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, no seu todo.

de personalidade — que não pode ser recusado a ninguém, mesmo aos que se encontram em situações especiais, como os reclusos, e que postula a igualdade entre homens e mulheres, embora se tutele a personalidade no respeito pela diferença entre os dois sexos — postula o facto de o homem ser um ser dinâmico e evolutivo, o que implica a proteção do desenvolvimento da personalidade, por um lado, e, por outro lado, a necessidade que o autor encontra de se analisar o direito em questão de uma perspetiva dinâmica, que destrinçe diversos ciclos de evolução, cada um a convocar problemas próprios e a envolver ponderações judicativas diferentes: a fase de tutela pré-natal, a fase de tutela das pessoas já nascidas, distinguindo-se neste estádio a proteção dos menores, dos adultos e das pessoas com idade avançada, e a tutela *post-mortem* dos direitos de personalidade ⁽¹⁴⁹⁾.

No quadro de uma análise *estática do direito geral de personalidade*, Capelo de Sousa identifica duas grandes zonas: a personalidade como um complexo unitário bio-psico-somático e a relação «eu-mundo». No âmbito da primeira, integra a proteção da vida, do corpo e seus elementos, do espírito e seus sistemas, da capacidade criadora do homem e suas criações. No âmbito da segunda, integra a tutela da identidade (imagem, voz, gestos, escrita, retrato moral, imagem de vida, história pessoal, decoro, identidade sexual, identidade religiosa, identidade política, identidade familiar, nome, pseudónimo, estado civil, naturalidade, domicílio), da liberdade, da igualdade, da existência e segurança, da honra, da reserva da intimidade da vida privada/privacidade, do livre desenvolvimento da personalidade ⁽¹⁵⁰⁾. Como veremos, muitos destes bens da personalidade correspondem ao objeto de especiais direitos de personalidade.

5.5. A tutela *post-mortem* dos direitos de personalidade

O artigo 71.º/1 CC determina que “os direitos de personalidade gozam igualmente de proteção depois da morte do respetivo titular”. Como bem se compreenderá, não serão todos os direitos de personalidade que colocam problemas de proteção depois da morte: não faz, na verdade, sentido questionar uma eventual proteção da vida, da integridade física ou da liberdade. O que está em causa é tutela

⁽¹⁴⁹⁾ Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 426.

⁽¹⁵⁰⁾ Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 427.

de bens da personalidade que continuam a merecer tutela depois do desaparecimento físico da pessoa: cadáver, identidade, honra, partes destacadas do corpo, imagem, vida privada, *inter alia* ⁽¹⁵¹⁾.

Não obstante, o preceito está envolto em diversas controvérsias doutrinárias ⁽¹⁵²⁾. Autores como Pires de Lima e Antunes Varela ⁽¹⁵³⁾ veem na norma um desvio à regra de que a personalidade jurídica cessa com a morte. Também Leite Campos considera que os herdeiros do falecido não exercem um interesse próprio, mas um interesse do defunto, pelo que a personalidade jurídica seria empurrada para depois da morte ⁽¹⁵⁴⁾. Capelo de Sousa, por seu turno, defende que a personalidade jurídica cessa com a morte, não existindo qualquer exceção, mas sustenta, igualmente, que o que está em causa é a tutela dos bens da personalidade do defunto depois da sua morte. Para o autor, verificar-se-ia uma hipótese de “aquisição derivada translativa mortis causa de direitos pessoais, sujeita a regras próprias”, o que permitiria manter a autonomia dos direitos de personalidade do falecido em relação aos diferentes bens da personalidade dos sujeitos elencados no n.º 2

⁽¹⁵¹⁾ Hans Peter WESTERMANN, “Das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach dem Tode seines Trägers”, *FamRZ — Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1969, 561 s.

⁽¹⁵²⁾ Cf. Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, 73.

Para um elenco das diversas teorias que se confrontam a este propósito, além-fronteiras, vide A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I/III, 460, falando de “teoria do direito sem sujeito (alguns direitos de personalidade manter-se-iam depois da morte, não sendo transmitidos *mortis causa*); teoria da capacidade parcial (ficcional-se-ia a manutenção de uma capacidade parcial, capaz de comportar deveres de atuação para a tutela da memória do falecido); teoria da subjetividade complementar ou sublimada (a dignidade da pessoa projetar-se-ia para além da morte); teoria do dever geral de conduta (o respeito pelo falecido adviria de um dever geral de conduta e de respeito, não subjetivado em nenhuma concreta pessoa: uma violação contra tal dever protetor da honra seria de reconduzir à norma de proteção); teorias processuais (a tutela *post-mortem* adviria de específicas regras processuais que admitiriam o prosseguimento de ações na base de transferências de posições de processo); teorias do alargamento de preceitos paralelos (consiste em recolher, ao longo da lei, todos os preceitos em que a vontade do falecido produza efeitos *post-mortem* (...)) e procedendo, nessa base, a uma generalização); teorias negativistas (a defesa da tutela *post-mortem* seria, na realidade, uma tutela de interesses dos vivos, prejudicados ou chocados com ataques à memória do falecido”. Vide, igualmente, *Tratado de Direito Civil* IV, 471.

⁽¹⁵³⁾ Pires de LIMA/Antunes VARELA, *Código Civil anotado*, I, 104.

⁽¹⁵⁴⁾ Leite CAMPOS, *Lições de direitos de personalidade*, separata do BFD, 1995, 163 s.

do artigo 71.º CC, sobre o quais recairia a legitimidade processual para agir ⁽¹⁵⁵⁾. Oliveira Ascensão, por seu turno, considera que o que se protege é a personalidade do falecido. O artigo 71.º não atribuiria o direito, mas a legitimidade processual, donde o que se tutelaria seria a memória do falecido e não propriamente os seus direitos de personalidade, razão pela qual não se poderiam aplicar as regras da responsabilidade civil ⁽¹⁵⁶⁾. Para Pais de Vasconcelos, o que se tutela é o respeito pelos mortos como valor ético e a defesa da inviolabilidade moral dos seus familiares e herdeiros, ou seja, o direito que os vivos têm de que os mortos sejam respeitados ⁽¹⁵⁷⁾. Mota Pinto, por outro lado, sustenta que o que está em causa é uma proteção de “interesses e direitos de pessoas vivas que seriam afetadas pelos atos ofensivos da memória (da integridade moral) do falecido” ⁽¹⁵⁸⁾, numa posição próxima da de Menezes Cordeiro ⁽¹⁵⁹⁾, da de Castro Mendes ⁽¹⁶⁰⁾ e da de Paulo Mota Pinto ⁽¹⁶¹⁾.

Não cremos que sustentar que os interesses tutelados ao nível do artigo 71.º CC são os dos familiares sobreviventes corresponda ao melhor entendimento do preceito. Na verdade, se o que estivesse em causa fosse a proteção do interesse dos sobreviventes haveríamos de considerar tratar-se de interesses que já se integrariam na tutela da sua personalidade, perdendo razão de ser a proteção prevista na norma em análise. Mas compreendemos os argumentos de Menezes Cordeiro, quando

⁽¹⁵⁵⁾ Capelo de SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, 366 s.; e 192 s.

⁽¹⁵⁶⁾ Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, I, 100 s.

⁽¹⁵⁷⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, 121. Para o autor, o preceito deve ser compreendido à luz da distinção entre o direito objetivo e o direito subjetivo de personalidade: “o direito objetivo de personalidade tutela o respeito pelos mortos, como valor ético fortemente enraizado na moral; o direito subjetivo de personalidade que está na titularidade de pessoas vivas e tem no seu conteúdo a tutela do respeito devido aos seus mortos, sejam eles o cônjuge, ascendentes, descendentes, tios ou aqueles de quem se herdou”.

⁽¹⁵⁸⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 205.

⁽¹⁵⁹⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português I/III*, 466 s.

⁽¹⁶⁰⁾ Castro MENDES, *Teoria Geral*, I, 100 s., considerando que as posições jurídicas que podem ser exercidas ao abrigo do artigo 71.º não são as do falecido, mas das pessoas referidas no n.º 2, pelo que a responsabilidade civil a que houver lugar corresponde à indemnização dos danos morais e patrimoniais sofridos por essas pessoas e não pelo falecido.

⁽¹⁶¹⁾ Paulo Mota PINTO, “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, 555, considerando que existe um interesse próprio na tutela da vida privada do falecido.

diz que a manutenção da personalidade jurídica do falecido é insustentável, por não poder este ser destinatário ou beneficiários das regras, do mesmo modo que aceitamos os seus argumentos quando sustenta que a teoria da memória do falecido como um bem jurídico autónomo é insuficiente, por não se conseguir determinar quem encabeça as potencialidades relativas a esse bem, e por não se conseguir determinar se a memória foi ou não, de facto, afetada, por não se poder recorrer às conceções do falecido ⁽¹⁶²⁾.

Nessa medida, a solução proposta por Capelo de Sousa parece, de facto, a que concita menores dificuldades. Não se verificando a extensão da personalidade jurídica depois da morte, não é a simples memória que é tutelada, nem os interesses ou direitos específicos dos familiares previstos no n.º 2 do artigo 71.º CC. Os direitos em questão são, efetivamente, direitos do falecido, que se transmitem para os sujeitos contemplados no preceito.

A solução abre a possibilidade à tutela ressarcitória e parece encaminhar-nos, em termos de determinação dos contornos da ofensa, para a proposta de Menezes Cordeiro. O autor questiona, na verdade, qual a bitola da violação e qual o critério de ponderação das suas consequências ⁽¹⁶³⁾. Apresentando diversas posições (sensibilidade do falecido; sensibilidade dos familiares vivos; ofensa da memória em abstrato; ofensa da memória em concreto), aduz que “a bitola da violação residirá no respeito concreto pela memória daquele morto, tal como ele é sentido e sofrido pelos familiares sobreviventes” ⁽¹⁶⁴⁾. Repare-se que com o apelo à memória do falecido estamos a considerar que os direitos de personalidade que se transmitiram para os sujeitos elencados no n.º 2 do artigo 71.º CC não se confundem com os bens de personalidade dos próprios sobreviventes.

Por outro lado, se o que está em causa não são os direitos dos sobreviventes, mas direitos que estes adquirem por força da esfera jurídica do falecido, então percebe-se que se defenda, numa posição que não colhe unanimidade entre os autores, que a legitimidade constante dos artigos 71.º e 72.º CC é sucessiva e pela ordem indicada ⁽¹⁶⁵⁾. Menezes Cordeiro, com óbvias preocupações ligadas à estrutura da

⁽¹⁶²⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português* I/III, 466.

⁽¹⁶³⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português* I/III, 464.

⁽¹⁶⁴⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português* I/III, 465.

⁽¹⁶⁵⁾ Pires de LIMA/Antunes VARELA, *Código Civil anotado*, I, 105. Em sentido contrário, cf. Oliveira ASCENÇÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, 102-103.

família, defende uma correção do preceito, de acordo com a solução que seria consagrada no artigo 496.º CC ⁽¹⁶⁶⁾, sustentando que a legitimidade recai sobre o cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e aos filhos e outros descendentes; na falta destes aos pais e outros ascendentes; na falta destes, aos irmãos e sobrinhos que os representem; na falta destes aos herdeiros do falecido e, no limite, ao Estado ⁽¹⁶⁷⁾.

5.6. Os bens da personalidade e os direitos especiais de personalidade

5.6.1. Direito à vida

O direito à vida — enquanto direito à conservação da vida — é o direito primordial. Compreende-se que assim seja, uma vez que é a base de todos os outros direitos de personalidade. A densidade axiológica com que surge informado é de tal modo significativa que podemos afirmar que o direito em questão é absolutamente indisponível. Além disso, tutelam-se todas as vidas, mesmo aquelas de sujeitos ainda não nascidos e mesmo as vidas consideradas em declínio ⁽¹⁶⁸⁾. A afirmação requer, contudo, alguns esclarecimentos, em face do quadro normativo em vigor e daquele que se prevê que vigorará em breve.

Em primeiro lugar, importa ter presente que o aborto configura um ato ilícito (do ponto de vista civilístico, que é o que nos ocupa e interessa). Como vimos, anteriormente, as exceções à punibilidade do aborto apenas podem ser consideradas como situações de retração do ordenamento jurídico penal, com a sua lógica de *ultima ratio*. Significa isto que a vida do embrião e do feto está protegida.

O aborto traduz-se na morte, natural ou provocada, de um embrião ou feto. Tratando-se da morte provocada, estamos diante de um crime, previsto no artigo 140.º Código Penal, para salvaguarda do bem jurídico vida intrauterina, o qual, em termos ontológicos e axiológicos,

⁽¹⁶⁶⁾ Sobre as controvérsias a propósito do artigo 496.º CC, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, “A (im)pertinência da autonomização dos danos puramente morais? Considerações a propósito dos danos morais reflexos”, *Cadernos de Direito Privado*, 45, Jan./Março 2014, 3 s.

⁽¹⁶⁷⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português* I/III, 463 e Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, 472.

⁽¹⁶⁸⁾ Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 437.

não se diferencia da vida de uma pessoa já nascida. Consagram-se, porém, hipóteses de não punibilidade do aborto, reconduzidas pelos autores, consoante a situação em apreço e a posição doutrinal que sustentem, a situações de exclusão da ilicitude (*v. g.*, no caso de risco de vida ou de lesão da integridade da mãe) ou de exclusão ou atenuação da culpa (*v. g.* no caso de aborto eugénico e nos casos de violação). A estas hipóteses acresce, depois da alteração legislativa de 2007, a possibilidade de aborto a pedido da mãe, nas primeiras dez semanas de gestação. A solução dos prazos, como ficou conhecida, suscita dúvidas de constitucionalidade, atento o disposto no artigo 24.º CRP e a indiferenciação entre as diversas fases da vida. Na verdade, não só é inegável a dignidade do bem jurídico tutelado, como se revela imprescindível a proteção penal, pela ineficácia, sobretudo nos casos de consenso entre os dois progenitores, da solução responsabilizatória civil. A despenalização do aborto que por esta via se alcançou, a corresponder a uma verdadeira legalização, veio dar resposta a reivindicações várias, assentes em perspetivas muito diversas.

Numa tentativa de sistematização das diversas perspetivas favoráveis à despenalização do aborto, podemos falar de uma visão coisificadora do embrião, de uma visão libertária e de uma visão que, assente em preconceitos marxistas, prefigura na mãe a tradicional luta de classes. Para a primeira perspetiva, o embrião não teria o estatuto de pessoa, não lhe sendo reconhecida qualquer dignidade, ou porque não passaria de um agregado de células ou porque não seria capaz de perceber a sua própria condição. Neste primeiro grupo filiam-se não só aqueles que negam os dados da biologia, como outros que, reconhecendo-os, se deixam orientar por uma ideologia utilitarista. Exemplo disso é Peter Singer, um dos arautos da causa da libertação animal, que chega ao ponto de defender o aborto até ao nascimento (e mesmo o infanticídio), pela falta de consciência do ser humano até uma certa idade, ao mesmo tempo que se opõe frontalmente à utilização de animais na alimentação, pela consciência que têm do seu sofrimento. Para a segunda perspetiva, numa versão radical, a mulher grávida teria sobre o seu próprio corpo um *property right*, o que lhe garantiria o poder de expulsar o embrião, dando-lhe a morte. Haveria como que um direito de propriedade da mulher sobre o seu corpo e a remoção do embrião justificar-se-ia em termos de recusa de ajuda, porque a sua presença constitui um uso não autorizado do corpo materno. Repare-se, contudo, que a justificação do *bad samaritan*, na base do qual está o pensamento de Locke e a influência que este pensador exercer na

construção do liberalismo jusnaturalista americano, não permitiria justificar o aborto em todas as circunstâncias, mas apenas naquelas de gravidez indesejada (violação, falha de contraceção) ou de perigo para a vida ou a saúde da mãe. Por isso, avança-se, nesse espetro, com outra fundamentação, menos radical, mas nem por isso menos liberal, assente na ideia de privacidade decisional (a *privacy*), num argumento invocado no histórico precedente *Roe v. Wade*, que haveria de ser revertido muito recentemente, com a decisão *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health et al. v. Jackson Women's Health Organization et al.*, que, revogando o suposto direito constitucional ao aborto, que havia sido reconhecido, deixa em aberto o debate em torno da sua proibição ou não. No fundo, estando em causa uma matéria do foro privado, a pessoa teria direito a ser deixada só, não devendo haver qualquer interferência do Estado. É também nesta perspetiva que, no quadro continental, se filiam as posições que, invocando uma liberdade negativa e desarraigada de qualquer pressuposição de sentido, sustentam o aborto com base num suposto direito à autodeterminação da mulher. Na terceira perspetiva encontramos os que, sustentando que a mulher mais desfavorecida, por falta de condições económicas, seria condenada à clandestinidade do aborto, preferem a sua liberalização, ignorando totalmente a posição do filho.

Qualquer uma das perspetivas referidas deve ser liminarmente rejeitada. Por um lado, não é possível negar a dignidade do embrião enquanto pessoa. Com efeito, o embrião configura uma vida humana e a qualquer vida humana, em qualquer das suas formas, há de ser atribuído o estatuto de pessoa, sob pena de se abrirem as portas a uma diferenciação axiológica entre seres humanos que choca com os quadros valorativos em que nos movemos. Por outro lado, os direitos que pretensamente se invocam não passam de não direitos ou de contra-direitos, na linguagem de Puppink, na medida em que, superado o formalismo do pensamento positivista e de uma visão consensual procedimental da juridicidade, somos levados a considerar que o direito subjetivo só o é, verdadeiramente, enquanto expressão do direito, se assentar num fundamento axiológico, que descobrimos na ideia ética de pessoa, diferente do indivíduo, na relação ética fundamental que ela pressupõe e que não é mais do que a projeção da relação transcendente a que somos convocados, dado que, mesmo que não seja por todos reconhecido, nos condiciona em termos civilizacionais. A liberdade predicativa do direito subjetivo envolve sempre a responsabilidade pelo outro, donde jamais o aborto poderia

configurar o exercício de uma posição subjetiva válida, devendo continuar a afirmar-se a sua ilicitude, quer do ponto de vista civilístico, com possibilidade de se desencadearem pretensões indemnizatórias, quer do ponto de vista penal. Posições como a sufragada pelo Parlamento Europeu, em abril de 2024, de reconhecimento um direito ao aborto e, mais do que isso, de um direito fundamental ao aborto devem ser, pois, consideradas como injustas, no sentido metodológico-filosófico do termo, sob pena de redundarmos numa ordem regulativa que não pode ser considerada uma ordem de direito e do direito.

Em segundo lugar, não é possível dispor acerca da própria vida, o que determina necessariamente a ilicitude do suicídio. Isto quer dizer que, se houver auxílio ao suicídio, o ato do terceiro fica maculado pela nota da ilicitude. Por seu turno, o titular do direito que perpetre suicídio incorre, igualmente, no domínio do ilícito. De acordo com o ensinamento de Menezes Cordeiro, “no caso de tentativa de suicídio, todos os danos colaterais, incluindo tratamentos médicos e outras despesas, caberão ao suicida tentado” ⁽¹⁶⁹⁾. O direito à indemnização é atribuído, contra o que é a regra, não ao titular do direito, mas a terceiros. Nos termos do artigo 495.º CC, “no caso de lesão de que proveio a morte, é o responsável obrigado a indemnizar as despesas feitas para salvar o lesado e todas as demais, sem excetuar as de funeral”, tendo direito à indemnização “aqueles que socorreram o lesado, bem como os estabelecimentos hospitalares, médicos ou outras pessoas ou entidades que tenham contribuído para o tratamento ou assistência da vítima”. Em face do disposto no preceito do Código Civil, poder-se-ia pensar que em causa não estaria propriamente uma consequência da ilicitude do ato atentatório da vida perpetrado pelo próprio titular, mas a necessidade de tutelar a posição de terceiros. O argumento poderia fazer sentido se pensássemos que, em regra, a indemnização é atribuída ao titular do direito e que, portanto, não está em causa a salvaguarda da vida, mas de interesses patrimoniais dos que o socorrem. Não cremos, porém, que o argumento proceda. Ao nível do direito civil, os puros interesses patrimoniais não são protegidos delitualmente. Não faria, por isso, sentido tutelá-los se, de alguma forma, a solução não se ligasse para os devidos efeitos à lesão

⁽¹⁶⁹⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/III, 125. O autor esclarece que a indemnização a que haja lugar pode vir a ser reduzida, nos termos do artigo 484.º CC, ou pode mesmo vir a ser excluída pela incapacidade acidental, prevista no artigo 488.º CC.

ou tentativa de lesão do direito à vida. O artigo 495.º CC é pensado para incentivar, ou pelo menos para não desincentivar, atitudes de socorro. Se em termos valorativos esta solução de incremento da solidariedade se justifica pela importância dos direitos envolvidos (vida e integridade física), em termos dogmáticos ela pode ser justificada por referência ao âmbito da ilicitude (que resulta da violação ou tentativa de violação do direito à vida). Para tanto haveremos de ter em conta que o ilícito se desvela pelo resultado e que, por isso mesmo, deverá ser ligado a um comportamento humano. Assim sendo, há que distinguir, em termos indemnizatórios, a chamada causalidade fundamentadora da responsabilidade da causalidade preenchedora da responsabilidade. A primeira liga a ação à lesão do direito absoluto; a segunda liga a lesão do direito absoluto aos danos subsequentes ⁽¹⁷⁰⁾. Se nenhuma dúvida existe quanto à conexão entre a ação e o resultado ⁽¹⁷¹⁾, resta problemática a ligação da lesão do direito aos danos sofridos pelos terceiros ⁽¹⁷²⁾. Reconduz-se àquela lesão a preterição de todos os interesses que fossem abarcados pelo âmbito do direito, donde as despesas realizadas para evitar a lesão hão-de ser contempladas na indemnização. Como regra geral, podemos considerar que, para o cálculo da indemnização, deve ser feita uma comparação entre o que

⁽¹⁷⁰⁾ Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, cap. I.

⁽¹⁷¹⁾ Podem, em concreto, porém, colocar-se interessantes problemas imputacionais, que se reconduzem àquilo que vai conhecido pela causalidade psicológica.

⁽¹⁷²⁾ No texto, tentamos justificar a solução (embora excecional) à luz do funcionamento da causalidade preenchedora da responsabilidade. Importa, contudo, não esquecer que o artigo 495.º CC pode encerrar também problemas atinentes à causalidade fundamentadora da responsabilidade. Basta para tanto que o terceiro que socorre o primeiro lesado sofra também ele uma lesão num direito absoluto.

Veja-se, ainda, a questão da integração no artigo 495.º CC do ressarcimento pelos lucros cessantes.

Sobre o ponto, cf., com particular interesse, Carneiro da FRADA, “Danos económicos puros”, *Forjar o Direito*, Almedina, Coimbra, 2015, 173, debatendo o problema de saber se se pode obter uma indemnização a mulher que, em virtude do acidente que o marido sofreu, teve de fechar o estabelecimento comercial que explora para dele cuidar e admitindo essa ressarcibilidade, na esteira da jurisprudência, alicerçando o seu entendimento no dever legal de socorro e auxílio que existe entre os cônjuges. No fundo, a atuação da mulher vem substituir um socorro que seria realizado por um terceiro e cujos custos poderiam sempre ser imputados ao lesante. Isto mostra que o problema contido no artigo 495.º pode também ser perspectivado do ponto de vista da fundamentação da responsabilidade, prisma a partir do qual se torna líquida a problematização dos danos puramente patrimoniais.

o direito subjetivo absoluto possibilitaria e o que, de facto, ele possibilita, uma vez lesado. E aqui há um duplo juízo que deve ser levado a cabo. Primeiro, há que saber se a utilidade que o lesado invoca se integra ou não dentro das potencialidades inerentes ao conteúdo do direito preterido; em segundo lugar, há que estabelecer uma subtração entre o que o lesado teria, dispondo de tal utilidade, e o que tem agora. Para estabelecer a subtração comparativa a que se alude, não temos de pensar numa qualquer situação, dependente do curso virtual dos acontecimentos, mas antes olhar para o que em concreto o direito potenciaria ao seu titular (fruto da recondução do seu interesse específico ao núcleo de faculdades que compõem o seu conteúdo) e o que ele potencia: a pessoa não consegue satisfazer a necessidade, a pessoa tem de lançar mão de outros mecanismos alternativos para o fazer, tendo com isso despesas, a pessoa tem de reparar o bem objeto do direito, a pessoa deixa de obter uma vantagem que era assegurada por aquele direito ⁽¹⁷³⁾. Isto quer dizer que o titular do direito à vida que o vê ameaçado tem direito a ser indemnizado por todas as despesas que leve a cabo para evitar ou tentar evitar essa lesão. Havendo um dever de auxílio por parte de terceiros quando esteja em causa a potencial violação do direito à vida ou à integridade física, não se estranha que aquela indemnização inclua também as despesas suportadas por esses terceiros. No fundo, o direito à vida inclui também o direito a uma conduta positiva por parte de terceiros e é isso que justifica o alargamento da tutela aos interesses patrimoniais destes (que assim se substituem ao próprio titular). Tratando-se de um ato do titular do direito, porque o direito à vida é indisponível, a mesma obrigação de agir existe por parte dos terceiros, donde se podem reconduzir os danos patrimoniais subsequentes à lesão ou tentativa de lesão do direito — eles ainda se integram no âmbito dos interesses protegidos pelo próprio direito, porque o ordenamento jurídico impõe aos terceiros uma ação (e concomitantes custos) que, de outra forma, teriam de ser compensados pelo próprio lesado ⁽¹⁷⁴⁾. Há como que, por via da dogmática própria do direito à vida, uma transferência de

⁽¹⁷³⁾ O posicionamento não é absolutamente unânime na doutrina, mas surge fundamentado em Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, cap. XI.

⁽¹⁷⁴⁾ Nessa medida, poderia perder sentido a distinção que Menezes Cordeiro (op. cit., loc. cit.) opera entre a tentativa de suicídio e o suicídio para estes efeitos, embora se perceba a clivagem num plano extrajurídico.

parte do dano para um terceiro, ao qual é imposta uma obrigação de agir.

Mas o problema não se coloca, apenas, do ponto de vista dogmático, mas também axiológico. E, nesse ponto, é fundamental afirmar a inadmissibilidade da eutanásia, que nunca poderá configurar um direito, mesmo que seja aprovada por lei. De facto, a eutanásia — a morte a pedido — não pode ser aceite num ordenamento jurídico que se queira de direito e do direito. Se na base da invocação do direito a morrer está uma ideia de autonomia, o problema que se tem de enfrentar é o de saber se na autonomia da pessoa cabe a decisão de deixar de viver. E se assim é, então, o problema com que lidamos é o do sentido da própria autonomia ⁽¹⁷⁵⁾. E para tal duas são as perspetivas que assomam no horizonte discursivo: um sentido individualístico, que encerra a pessoa sobre si mesma; e um sentido pessoalista, que convoca uma dimensão ética de responsabilidade comunitária (pelo outro, perante o outro) e de responsabilidade por si mesmo. Para a primeira perspetiva, o direito a morrer seria absolutamente legítimo, por aquele indivíduo reivindicar para si uma liberdade negativa de ausência de constrição, muitas vezes traduzida num direito a estar só; para a segunda perspetiva, o direito a morrer seria absolutamente ilegítimo. A liberdade poder ser entendida num sentido individualístico, empobrecedor, como uma mera ausência de constrição heterónoma. O homem, tido por autossuficiente, é compreendido, nesse quadro, como um ente que se situa antes de qualquer contacto social, um indivíduo, em confronto com os demais — tidos como obstáculos à realização das suas aspirações — e com o Estado. A grande preocupação que avulta é, portanto, a da limitação do poder daquele — forjado com base no mecanismo do contrato, através do qual o indivíduo lhe transfere parte dos seus direitos, de modo a garantir a ordem e sair do estado de natureza — e qualquer imposição ou proibição surge como anómala, como uma limitação da vontade do indivíduo. A liberdade seria, então, a mera liberdade negativa. A ela associar-se-ia uma ideia de liberdade positiva, entendida como autonomia ou poder de autodeterminação, e caracterizada pela possibilidade de opção entre diversas alternativas

(175) Cf., num texto rico de referências filosóficas, A. Castanheira NEVES, “Arguição nas provas de agregação do Doutor José Francisco de Faria Costa — comentário crítico à lição “O fim da vida e o direito penal”, *Digesta*, vol. 3.º, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, 618 s.

de ação. Sem que, contudo, essa liberdade positiva seja, também ela, sempre adequadamente compreendida, já que nenhum fundamento postula para a escolha que se haverá de operar. A eutanásia livre representaria isso mesmo, uma forma de exercício da autonomia, ainda que de um modo radical e inultrapassável. Contudo, esta ideia de liberdade só seria defensável se olhássemos para o direito como uma pura forma, totalmente dependente da *voluntas* do legislador. Simplesmente, o direito não pode ficar dependente da pura vontade (tendencialmente arbitrária) do legislador, nem se sustenta num ficcional consenso *a priori* ou num dialógico consenso *a posteriori*. Antes implica uma pressuposição ético-axiológica. De outro modo, correríamos o risco de forjar uma ordem regulativa — como foram muitas ordens ordenadoras de condutas — que, ainda que formalmente fosse uma ordem de direito, não seria uma ordem do direito. O relativismo como expressão do pluralismo conduzir-nos-ia à renúncia do próprio direito. Se o direito não pode ser compreendido direito como pura forma, na total dependência da *voluntas* do legislador, sempre tendencialmente arbitrária, isso implica também a impossibilidade de a liberdade — no direito — ser ancorada na pura vontade subjetiva do agente decisor, sob pena de se cancelar como valiosa uma conduta materialmente desvaliosa só porque vestida com a capa formal da liberdade e, com isso, se contrariar a intencionalidade do próprio jurídico. A ação livre não pode, pois, continuar a ser vista na solidão atomizante do homem-vazio que atende à sua vontade no sentido instintivo do seu ser. O posso, quero e mando em que ela se vem a traduzir desvirtua a dimensão em que se polariza e converte um valor num não-valor. A escolha livre deve, então, ser vista como a decisão que, na autodeterminação pessoal, não olvida a essência predicativa do ser pessoa ⁽¹⁷⁶⁾. Dito de outro modo, a liberdade só o é verdadeiramente, enquanto dimensão ontológica da pessoa, se ela não se descaracterizar, isto é, se for e enquanto for a manifestação da pessoalidade de quem a reivindica. No fundo, o que se pretende salientar é que a liberdade não se reduz a um decidir no vago entre duas possibilidades de ação, porque isso não distinguiria, verdadeiramente, o homem de qualquer outro animal. A decisão livre implica — não sendo possível nunca a redução da complexidade

⁽¹⁷⁶⁾ Ligando o modo como concebemos a liberdade a uma dada conceção de juridicidade, cf. A. Castanheira NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 6, 1996, 17.

da eleição pelo absoluto conhecimento das consequências da ação — um salto qualitativo que, na sua radicalidade, e com toda a angústia mínima ou máxima que carrega, não pode ser dado no vazio, antes implicando uma referência de sentido: a pressuposição de algo, numa perspetiva empírica do tipo analógico, que, transcendendo a própria vontade arbitrária (ou a dimensão instintiva do desejo), o sustente. É por isso que uma decisão — qualquer que ela seja — pode ser explicada e fundamentada, havendo infundáveis — e quantas vezes insindicáveis — motivos para cumprir tal desiderato. Só que, do ponto de vista ético e jurídico — já que este faz apelo ao primeiro —, torna-se improcedente o acolhimento da panóplia global de motivações individuais, na medida em que tal implicaria desconsiderar o cerne da pessoalidade em que ambas as ordens normativas se colimam. Donde resultam duas consequências. Do ponto de vista da liberdade, se esta é um atributo essencial da pessoa, o seu uso em contradição com a eticidade que a enforma e informa implica uma degradação da própria liberdade. Por outro turno, do prisma da fundamentação do jurídico e da judicativa realização em que ele se cumpre, o desvalioso — porque contrário à dignidade da pessoa humana — não pode ser chancelado, num autismo obnubilador da axiologia fundamentante, como valioso por mero apelo a uma carapaça formal ⁽¹⁷⁷⁾. Esta liberdade, porque a ela recorremos na pressuposição da leitura ético-axiológica do dado ontológico, não é mera definição de uma esfera de não interferência do outro, sequer uma estrita possibilidade de escolha entre possibilidades de ação que olvide o outro — o tu — que, com a sua pretensão de respeito, e o convite à abertura de pontes de solidariedade comunicantes entre humanos, permite o reconhecimento da ineliminável dignidade ética do eu. É antes uma liberdade eticamente informada e enformada. Ora, com o exercício da autonomia que pretende fundamentar o fim da própria vida, o homem nega o seu estatuto de pessoa, porque corta radicalmente a ligação com o outro, que o permite ser na sua integral dignidade. Amputa os outros do eu, pelo que não poderá configurar o exercício de uma liberdade, mas o abuso de uma liberdade. O homem pessoa é comunitariamente responsável pelo outro, perante o outro e por si. Ao pedir para morrer, impede os outros do exercício da

⁽¹⁷⁷⁾ Cf. Castanheira NEVES, *Questão de facto e Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. A Crise, Almedina, Coimbra, 1967, 472 a 474.

responsabilidade em relação a si, priva-os de uma dimensão essencial da sua humanidade, impedindo-os de se reconhecerem na sua integral dignidade que também é desvelada na fragilidade do corpo e da mente, pelo que a legalização da eutanásia deixa de ser compatível com o próprio sentido do direito. A descoberta do sentido do direito a implicar a compreensão da liberdade em termos ético-axiológicamente cunhados não pode deixar de ter consequências no plano dogmático. A primeira delas passa pela consideração de que não existe um direito a morrer. Não é possível conceber um direito da pessoa que leve à destruição da própria pessoa, porque tal contraria a própria estrutura axiológica do direito, sendo a norma que o previsse uma lei injusta, no sentido metodológico do termo. Um direito a morrer é um não direito, tal como o não é o direito a ficar doente ou o direito a perder a liberdade.

Muitos haverá que defendem a eutanásia por motivos piedosos, por um falso sentido de compaixão, do qual não se apercebem. Importa, por isso, enfrentar a derradeira reflexão. Não será possível olhar para a eutanásia de uma outra perspetiva, invocando-se a ideia de morte digna e de qualidade de vida? A este propósito, Castanheira Neves evidencia a inadmissibilidade de tal perspetiva, recuperando argumentos incontornáveis de pendor filosófico. De acordo com a sua explicitação, “sabe-se da origem histórica do conceito. Desde o seu primeiro uso por Nietzsche (que num radical biologismo defendia o abandono da vida desde que inútil e com sofrimento), passando pela proposta brutal e, surpreendamo-nos, de um célebre jurista e penalista, nada menos nada mais do que Karl Binding, que (...) proclamava que a sociedade teria o direito de libertar-se do peso económico de uma vida indigna (...), proposta esta da eutanásia (...) que havia de encontrar consagração nas leis eugénicas do nacional-socialismo”⁽¹⁷⁸⁾. E se é certo que o autor esclarece que outros são os entendimentos derramados atualmente sobre o conceito de qualidade de vida — designadamente aqueles que nos são comunicados por uma racionalidade de pendor funcionalista — não menos seguro é que também esses prismas são por si afastados, por implicarem que a qualidade de vida funcionaria como condição suspensiva do respeito que cada ser humano merece. Vejamos, agora através do nosso verbo: a ideia de dignidade de vida para justificar o pedido de morte faz

⁽¹⁷⁸⁾ Castanheira NEVES, “Arguição nas provas de agregação do Doutor José Francisco de Faria Costa”, 614.

inculcar a ideia de uma vida indigna, o que põe em causa o princípio da dignidade da pessoa humana, que não comporta exceções ou gradações. Na verdade, se apenas alguns podem, de acordo com as circunstâncias, pedir para morrer, isso significa que apenas esses são os que não possuem qualidade de vida que a torne inviolável. Com isto, o ordenamento jurídico passa a considerar duas categorias de pessoas: as pessoas dignas, que têm de ser protegidas contra elas próprias, não podendo atentar contra a sua vida ou pedir para morrer; e as pessoas com uma vida indigna que podem solicitar o aniquilamento da sua existência. Além disso, pergunta-se: quem pode decidir que vidas são ou não dignas. É claro que o pedido de morte é feito pelo titular do direito, pelo que a vida humana é ajuizada pelo próprio e não por um terceiro, mas é um terceiro (o legislador) que fixa *a priori* as condições com base nas quais cada um pode ajuizar se quer ou não renunciar ao seu direito à vida, pelo que, previamente, será o Estado a definir quem é e quem não é digno. E se a qualidade de vida que se chama à colação é agora funcionalista, este não deixa de ser, por um lado, um funcionalismo desumanizador que procura esconder o sofrimento e lhe retira qualquer sentido, dando a entender que a dignidade da pessoa não radica nela própria, mas nas circunstâncias que a rodeiam, e, por outro lado, um funcionalismo perigoso, que abre as portas a uma racionalidade eficientista de pendor económico, oferecendo aos Estados a solução mais fácil — mas ainda assim mais aterradora — para os problemas do défice na segurança social e na saúde.

Outros argumentos podem, ainda, ser aduzidos.

Estando em causa, na invocação do direito a morrer, um direito que tem por objeto uma dimensão da própria pessoa — independentemente, agora e para estes efeitos discursivos, da configuração exata dela —, ele não pode deixar de se inserir na categoria dos direitos de personalidade. Ora, o direito de personalidade, qualquer que ele seja, tem um determinado fundamento: a pessoa, na sua ineliminável dignidade ética. Por isso, não é possível invocar um direito que contrarie a sua estrutura valorativa. Apesar de conceptualmente o direito subjetivo continuar a assentar num poder de vontade, na esteira das propostas de Savigy e do afastamento da teoria do interesse de Ihering, aquele não consubstancia, nem pode consubstanciar, uma vontade arbitrária e sem sentido, mas há-de traduzir necessariamente uma vontade axiologicamente sustentada. O que quer dizer que, estando em causa um direito de personalidade, o homem não passa — por ser seu titular — a deter um poder absoluto sobre si mesmo, transformando-se num escravo de

si próprio, porque o homem que o titula é pessoa e, como tal, o seu exercício há-de estar em consonância com a estrutura valorativa em que se funda. É claro que existe a possibilidade de se limitarem voluntariamente os direitos de personalidade. Mas, o ordenamento jurídico estabelece limites para o próprio consentimento: ele não pode ser contrário, sob pena de nulidade e nos termos do artigo 81.º CC, aos princípios de ordem pública, e, nos termos do artigo 340.º/2 CC, não pode violar os bons costumes. Ora, mesmo não concretizando as cláusulas gerais mobilizadas, haveremos de considerar que se se admite a morte a pedido, com fundamento no consentimento, deixa de haver limites para a figura, que pode passar a ser convocada de acordo com a vontade arbitrária do titular dos direitos de personalidade, que, assim, se tornam renunciáveis. Em última instância, isto conduziria ao desaparecimento do próprio direito tal-qual o conhecemos. Na verdade, o ordenamento jurídico que aceite a morte a pedido haverá de admitir que o sujeito ampute as suas pernas e braços por meras razões estéticas (ainda que de gosto duvidoso) ou que o sujeito queira ser escravo de alguém, privando-se da sua liberdade. Acresce que o consentimento a que nos referimos tem de ser livre. Mas pergunta-se se uma pessoa que se encontra numa situação de profundo sofrimento — aquela que, de acordo com os projetos de lei em discussão, é contemplada, para já, pelos defensores da eutanásia — tem o perfeito domínio da vontade para poder formar um consentimento livre.

Nessa medida, a recente aprovação da eutanásia pelo parlamento português configura, também, um atentado contra os pilares mais essenciais do ordenamento jurídico. Trata-se, mais uma vez, de uma lei injusta que, como tal, deve ser desatendida.

O valor primordial e absoluto do direito à vida não significa, porém, que não haja situações em que ela possa ser posta em causa. Pensemos, designadamente, nas hipóteses de legítima defesa. Por outro lado, há situações em que se pode pôr em risco a vida. Mas mesmo estes casos de autocolocação em risco devem ser analisados muito cuidadosamente. Por exemplo, não é lícita uma autocolocação em risco ou uma heterocolocação em risco consentida que corresponda a uma potencial eliminação da vida e que não tenha a justifica-la um interesse do mesmo nível (outra vida). Por exemplo não é lícito o jogo da roleta russa ⁽¹⁷⁹⁾.

⁽¹⁷⁹⁾ As hipóteses de autocolocação em risco não se confundem com as hipóteses de consentimento. Para haver consentimento, o titular do direito tem de ter

5.6.2. O direito à integridade física

O direito à integridade física é o direito que cada um tem de impedir que os outros se abstenham de atos atentatórios do corpo e da saúde. Na expressão de Menezes Cordeiro, “assegura a proteção do ser biológico e das suas diversas funções, nos casos em que não esteja em causa a sua imediata sobrevivência — hipótese em que cairíamos no direito à vida” ⁽¹⁸⁰⁾. Acrescenta o autor que “a integridade física pode ser diretamente atingida, através de atuações que visem a própria pessoa enquanto unidade biológica, ou indiretamente, mediante atuações que venham bulir com aspetos circundantes ou ambientais” ⁽¹⁸¹⁾. Tutela-se, aí, o corpo e a sua integridade, mas também as partes componentes do corpo humano, as suas estruturas anatómicas, relações fisiológicas e as partes destacáveis desse corpo (próteses) ⁽¹⁸²⁾ e a saúde. Repare-se que a integridade física que se tutela — e que inclui o direito a não sofrer tais lesões na fase embrionária — é a integridade física que o sujeito possuiria se não fosse a lesão e não uma integridade física ideal e hipotética ⁽¹⁸³⁾. Integra-se, ainda, nesta tutela do poder de autodeterminação sobre o corpo. Contudo, ele deverá ser compreendido à luz do fundamento do direito geral de personalidade e dos direitos especiais de personalidade, ou seja, a dignidade da pessoa humana, o que significa que não se pode invocar o direito à autodeterminação sobre o corpo, quando o comportamento que se pretende levar a cabo atenta contra essa dignidade. A automutilação não é lícita, por exemplo. Esta solução é consentânea com a ideia da possível limitação voluntária do direito através do consentimento — de facto, embora tal seja viável, importa sempre ter em conta os limites anteriormente especificados para o consentimento.

Alguns problemas têm sido colocados a propósito do direito à autodeterminação sobre o próprio corpo. Se há muito se questiona a

previsto e autorizado o ato e o seu resultado. Havendo consentimento, exclui-se *a priori* a ilicitude do ato; a autocolocação em risco será determinante no juízo imputacional, outrora traduzido pela ideia de causalidade.

⁽¹⁸⁰⁾ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil I/III*, 131; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil IV*, 146.

⁽¹⁸¹⁾ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil I/III*, 131; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil IV*, 146.

⁽¹⁸²⁾ Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 765 e Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 93 s.

⁽¹⁸³⁾ Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 766.

licitude da colocação de piercings e tatuagens no corpo, atualmente, os problemas desviam-se para o fenómeno do biohacking e, portanto, da tentativa de superação das limitações humanas através da submissão a práticas disruptivas, muitas vezes associadas à inteligência artificial. Ora, em consonância com o sentido gradativo das soluções a que somos conduzidos pelo artigo 81.º CC, haveremos de considerar que é diferente fazer-se uma simples tatuagem — ainda que questionável do ponto de vista estético — ou tatuar integralmente o corpo; do mesmo modo que será diferente fazer um piercing numa orelha, comparável ao uso de um brinco, ou colocar piercings por toda a superfície corporal. O critério judicativo de diferenciação há de ser, portanto, o do *limite da desfiguração do ser humano*. Sempre que a prática envolva uma perda de características especificamente humanas, ao ponto de o homem poder deixar de ser considerado imagem e semelhança do Seu Criador ou, numa perspetiva que não aponte para a Transcendência, ao ponto de o homem perder a sua similitude com outros homens não intervencionados, então haveremos de considerar que a prática é ilícita. Do mesmo modo, a ponderação judicativa acerca das intervenções científicas sobre o próprio corpo não pode ser linear.

Em primeiro lugar, faz-se apelo ao *critério do risco-benefício*, para o que se terá de ter exata noção dos perigos potenciais envolvidos em cada uma das práticas em questão. Significa isto que, estando no domínio do que é experimental e, portanto, do que se situa fora do consenso científico, a tendência será para considerar o comportamento ilícito.

Em segundo lugar, a fronteira da (i)licitude há de ser encontrada no ponto em que a intervenção serve ou não para superar um estado de doença ou um handicap (*critério da intencionalidade*).

Por último, devemos procurar determinar se, estando em causa o desenvolvimento das potencialidades inerentes ao ser humano, a prática conduz à sua descaracterização como pessoa, pela perda de humanidade que necessariamente lhe está subjacente (*critério da perda de humanidade*).

Este critério de perda de humanidade deve ser entendido em termos amplos, no sentido de envolver a perda de dignidade pela coisificação do ser ou pela destruição dos seus sistemas volitivos ou cognitivos, de modo a poder ser aplicado a outras realidades. Nessa medida, o critério desdobrar-se-ia num *critério de coisificação*, a tornar ilícita, por exemplo, a prostituição; e num *critério de alienação*, a tornar ilegítimo o consumo de estupefacientes ou outras substâncias análogas.

Um último limite há de ser definido. De facto, a pessoa — tal como a compreendemos — no salto necessário para a axiologia não é apenas um ser em si, mas também para o outro. Donde a invocação de um direito à autodeterminação sobre o próprio corpo esbarra aí onde a atuação do titular do direito o pretende exercitar ou afetando o sentido da dignidade alheia ou cortando a relação fundamental de cuidado que o une ao outro, através do qual se reconhece, por meio de uma pressuposição de sentido axiológico, na sua integral dignidade e permite que o outro se reconheça com igual estatuto. Nessa medida, seriam absolutamente ilícitos comportamentos como o suicídio, a eutanásia, o aborto, entre outros.

O poder de autodeterminação sobre o corpo implica que ninguém pode intervir sobre o corpo de uma pessoa sem a sua autorização. Nessa medida, um médico não pode realizar qualquer tratamento e/ou intervenção cirúrgica sem a autorização do paciente, ainda que se oriente por um intuito terapêutico e ainda que aquele tratamento ou aquela intervenção sejam indicados de acordo com as *leges artis*. Se o fizer, o seu ato é ilícito, podendo vir a ser responsabilizado. Contudo, em algumas situações — designadamente naquelas em que a intervenção era imprescindível e em que estivesse em causa a necessidade de salvar o doente — podem intervir outras causas de exclusão da ilicitude ou pode ser afastada a imputação objetiva (causalidade). Repare-se que o consentimento que se obtenha no âmbito do exercício da atividade médica deve ser acompanhado de um dever de esclarecimento. Como referido antes, é o chamado *consentimento informado*. Este consentimento não será sempre do mesmo tipo, tudo dependendo do tipo de intervenção que seja em causa (*v. g.*, dependendo de saber se a intervenção é em benefício próprio ou alheio).

5.6.3. Direito à integridade psíquica

Tutela-se, a este nível, o sistema cognitivo (pensar, conhecer) e o sistema volitivo (a vontade). De acordo com Orlando de Carvalho, “tutela-se a sanidade mental, não enquanto pura faculdade (integridade ou liberdade de vontade), mas enquanto aspeto da base psíquico-somática de todas as faculdades” ⁽¹⁸⁴⁾. De acordo com o autor, entram aqui “os problemas das modificações cirúrgicas da

(184) Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 93 s.

personalidade, como a lobotomia pré-frontal, ou os tratamentos clínicos que provoquem efeitos na integridade físico-psíquica, como a hipnose, as drogas alucinogénicas ou narcóticas” ⁽¹⁸⁵⁾.

Em bom rigor, não há uma fronteira nítida entre a integridade física e a integridade psíquica. Por vezes, as agressões atingem simultaneamente a componente física e psíquica. Pense-se, por exemplo, nos casos de ruídos produzidos durante a noite por estabelecimentos de diversão. A jurisprudência, face à recorrência destas situações, autonomizou um direito ao repouso. Ora, mesmo que o barulho não ultrapasse os limites fixados na lei do ruído, em nome do direito ao repouso, pode configurar uma lesão da personalidade. Neste caso, está a ser simultaneamente lesada a integridade física e a integridade psíquica ⁽¹⁸⁶⁾.

5.6.4. Direito à integridade moral

I. O direito à integridade moral envolve a tutela dos sentimentos: sentimento religioso, sentimento de piedade pelos mortos, pudor, sentimento de honra, tranquilidade espiritual ⁽¹⁸⁷⁾. Não é, porém, qualquer sentimento que ascende à tutela do direito. Como explicita Capelo de Sousa, só são protegidos os sentimentos que correspondam a conceções eticamente valiosas ⁽¹⁸⁸⁾.

⁽¹⁸⁵⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 94. No mesmo sentido, Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 768.

⁽¹⁸⁶⁾ Neste sentido, cf. Ac. STJ 13-9-2007: “o direito ao repouso, ao sossego e ao sono são uma emanção da consagração constitucional do direito à integridade física e moral da pessoa humana e a um ambiente de vida sadio, constituindo, por isso, direitos de personalidade (...)”; Ac. do STJ de 11-3-1999: “o direito ao repouso integra-se no direito à integridade física e a um ambiente de vida humana sadio (...). Por que o princípio da proporcionalidade requer que, na presença de um conflito de interesses, o tribunal não decrete a eliminação de um direito em detrimento de outro quando isso se não justifica, revela-se adequado que não tenha ordenado o fecho definitivo das instalações fabris que produzam a poluição sonora lesiva dos autores mas sim que decida que a atividade industrial não prossiga enquanto a mesma continuar a causar a lesão”; Ac. STJ de 24-10-1995: “as habituais rixas, discussões, palavras escabrosas e ruídos estridentes dos escalões dos veículos motorizados provocados por empregados e clientes que frequentam uma discoteca, que impedem as pessoas que vivem nas proximidades de dormir, nomeadamente a partir das 22 horas e até depois do encerramento dessa discoteca (4 horas) (...), constituem factos ilícitos ofensivos da personalidade. O direito ao repouso (...) insere-se no direito à integridade física”.

⁽¹⁸⁷⁾ Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 265.

⁽¹⁸⁸⁾ Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 265.

II. Problemas particularmente interessantes emergem neste quadro.

No que à tutela do sentimento religioso diz respeito, importa considerar, desde logo, eventuais conflitos que possam surgir com o direito à liberdade de expressão e de criação artística.

Como ensina Capelo de Sousa, ao nível da liberdade religiosa, não se tutelam “as estruturas e dinâmicas do pensamento, dos sentimentos, da vontade, do poder de ação e de criação, como bens em si mesmos”, mas tutela-se o “poder de autodeterminação do homem sobre tais bens” ⁽¹⁸⁹⁾. Simplesmente, o direito geral de personalidade integra, igualmente, a tutela do sistema afetivo do homem, “tomando como bens juridicamente protegidos diversos sentimentos seus e a própria estrutura mais ou menos estável e persistente do seu comportamento afetivo. À cabeça, o direito penal defende, com repercussões civilísticas, um certo número de bens afetivos, *v. g.* o sentimento religioso” ⁽¹⁹⁰⁾. Não se pense, porém, que nos temos de ater à tipificação do direito penal. Capelo de Sousa esclarece-nos neste ponto. Atentemos nas suas palavras: “tal lei [a lei penal] não esgota as necessidades de proteção jurídica dos sentimentos valiosos próprios de cada indivíduo enquanto contributos originais válidos para a consciência ética geral, nem as necessidades de proteção da estrutura afetiva individual como conjunto. Estes bens são jus-civilisticamente tutelados diretamente no âmbito da tutela geral da personalidade moral, prevista no artigo 70.º/1 CC” ⁽¹⁹¹⁾.

Como se perceberá, num mundo caracterizado por uma certa hostilidade em relação ao fenómeno religioso, não são raras as situações em que se pode denotar um comportamento que atenta contra o sentimento religioso. Os casos — mais ou menos mediáticos que surtem a este propósito — são acompanhados por dois tipos de argumentos: o primeiro argumento passa pela consideração da laicidade do Estado, facilmente convertida em laicismo; o segundo argumento remete-nos para a consideração da liberdade de expressão como valor absoluto e ilimitado.

Não há muito tempo, ficou célebre, pelos piores motivos, um aceso debate acerca da liberdade de expressão (e da liberdade de imprensa) e dos seus eventuais limites em face do sentimento religioso. O mesmo foi motivado pelo atentado terrorista à redação de uma publicação

⁽¹⁸⁹⁾ Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 266, nota 632.

⁽¹⁹⁰⁾ Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 229/230.

⁽¹⁹¹⁾ Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 230.

satírica francesa, que tinha por hábito fazer *cartoons* sobre determinadas confissões religiosas, os seus líderes e as suas práticas. O resultado do atentado terrorista foi dramático, com a morte de várias pessoas. Qualquer que seja, portanto, o juízo que se possa dirigir aos factos protagonizados pelos autores da referida publicação, importa, *ab initio*, sublinhar que de modo algum eventuais atos ilícitos podem justificar a subtração da vida alheia. Nessa medida, condena-se, primeiro e veementemente, esse ou outro atentado terrorista. Mas abre-se a porta a uma reflexão — que se pretende mais alargada — sobre a liberdade de expressão na sua conflitualidade com o sentimento religioso que, como vimos, se protege ao nível do ordenamento jurídico.

O direito à liberdade de expressão surge, neste contexto, valorado como pilar de construção da sociedade aberta e global a que nos referimos. Mas, contra o que poderia ser expectável, num tempo marcado por uma certa uniformização ideológica, são várias as dúvidas suscitadas a propósito deste direito, pelo menos do estrito ponto de vista jurídico.

A primeira dualidade com que se confronta o jurista que mergulha nestes meandros prende-se com a dimensão publicista e privatística da categoria. Na verdade, se a maioria das vezes é sublinhada a sua ligação aos pilares de sustentação de um Estado de Direito democrático, não menos é verdade que a liberdade de expressão, enquanto direito, é abordada no quadro civilístico, no qual encontra assento positivo no artigo 70.º CC. Não se pense, contudo, que a dualidade a que fazemos referência opera em termos disjuntivos. Pelo contrário, a nota caracterizadora desta dualidade reside na complementaridade (e, portanto, na falta de oposição) entre ambas as dimensões. De outro modo, aliás, não poderia ser, dado que os direitos, liberdades e garantias operam no quadro das relações entre privados ⁽¹⁹²⁾.

A complementaridade é também denotada no tocante a uma vertente negativa e positiva da categoria: a primeira diria respeito ao direito

⁽¹⁹²⁾ Filipe Albuquerque MATOS, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, Almedina, Coimbra, 2011, vincando esta ideia. Veja-se, em especial, p. 24, onde o autor refere a posição daqueles que vincam que a liberdade de expressão é mais ampla no domínio privado do que no domínio constitucional. Cf., igualmente, p. 29, onde o autor apresenta as faculdades inerentes à liberdade de expressão: poder de informar, poder de informar-se e poder de ser informado.

No mesmo sentido, cf. Jónatas MACHADO, *A liberdade de expressão, Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, 256.

a não sofrer impedimentos, nem discriminações; a segunda diria respeito ao direito de expressão propriamente dito e de utilização dos meios adequados próprios do tempo presente ⁽¹⁹³⁾. A cada uma delas reconduzem-se inúmeros direitos. A este propósito, Filipe Albuquerque Matos fala de uma panóplia ilimitada de poderes que integram o âmbito da dimensão positiva da liberdade de expressão ⁽¹⁹⁴⁾.

⁽¹⁹³⁾ Jorge MIRANDA/Rui de MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.^a edição, Coimbra, 2007, 428, referindo-se a ambas as vertentes. Veja-se, ainda, J. J. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 573, falando de um sentido negativo (que incluiria o direito a não ser impedido de se exprimir e, portanto, a liberdade de criação cultural, a liberdade de consciência e de culto, a liberdade de aprender e ensinar, a liberdade de manifestação e de reunião) e de um sentido positivo (enquanto direito ao acesso aos meios de expressão, onde se incluiria o direito de resposta, o direito de antena dos partidos e organizações sindicais, o direito das igrejas a meios de comunicação próprios).

Jorge Miranda e Rui de Medeiros consideram que o direito de resposta e de retificação, os direitos de antena e de réplica política e a liberdade de propaganda eleitoral são direitos especiais de expressão. Do mesmo modo, a liberdade de imprensa também se analisa enquanto um direito especial de expressão. Entre os direitos de garantia contam-se o direito à palavra, o direito à inviolabilidade de correspondência e de outros meios de comunicação, a irresponsabilidade civil, criminal e disciplinar dos deputados pelos votos e opiniões que emitam no exercício das suas funções. São também, para os autores, direitos especiais e positivos o direito à informação jurídica, o direito de acesso dos cidadãos aos dados informatizados que lhes digam respeito; o direito de serem esclarecidos objetivamente e de serem informados acerca da gestão dos assuntos públicos; o direito de os peticionários serem informados sobre o resultado da apreciação das suas petições, o direito das comissões de trabalhadores nas empresas de receberem todas as informações necessárias ao exercício da sua atividade, o direito de informação dos consumidores.

Filipe Albuquerque MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*, nota 41 e Nuno SOUSA, *Liberdade de imprensa*, Coimbra, 1984, 141 consideram, por seu turno, que a liberdade de expressão também integra o direito a exprimir-se ou não.

Note-se, porém, que Filipe Albuquerque Matos vinca a relação de especialidade que se estabelece entre a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa. Cf. Filipe Albuquerque MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*, 62. Os dois direitos distinguem-se entre si em função das suas especificidades. Neste contexto, a liberdade de expressão apresenta um papel matricial ou fundamentante em relação à liberdade de imprensa, denotando-se entre ambos uma relação de especialidade.

Considerando que a liberdade de imprensa não pode ser vista como um caso especial de liberdade de expressão, cf. Jónatas MACHADO, *A liberdade de expressão*, 504.

⁽¹⁹⁴⁾ Filipe Albuquerque MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*, 37.

O caráter caleidoscópico com que assim nos confrontamos leva, inclusive, o jurista a indagar se estaremos diante de um verdadeiro direito subjetivo. A alternativa discursiva apresentada pelo autor é encará-lo como *Rahmenrecht* (direito quadro), que decorreria exatamente dessa natureza poliédrica que aparenta ⁽¹⁹⁵⁾. Na verdade, segundo argumenta, a liberdade de expressão tem um caráter difuso e indeterminado, o que constituiria um obstáculo ao seu enquadramento na figura dos direitos subjetivos. Nas palavras do autor, o *quid* que é o seu objeto é *indeterminado e genérico*. Não obstante, porque configura uma concreta situação de poder, deve ser encarado como um direito quadro, uma fonte de inúmeros poderes e faculdades jurídicas ⁽¹⁹⁶⁾.

Estamos em crer que esta interessante proposta dogmática resulta menos da impossibilidade de recondução da figura ao núcleo categorial do direito subjetivo do que da dinâmica comunicativa que se estabelece entre todos os bens da personalidade humana, a que a liberdade de expressão diz respeito ⁽¹⁹⁷⁾. Por isso, independentemente da solução conceptual a que se adira a este nível, o que importa, sobretudo, é perceber em que medida ela é compaginável com uma visão não absolutista da liberdade de expressão. Ora, quanto ao ponto, Albuquerque Matos diz expressamente que, mesmo que se conclua não

⁽¹⁹⁵⁾ Filipe Albuquerque MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*, 71 e ss.

⁽¹⁹⁶⁾ Filipe Albuquerque MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*, 94. Para o autor, estão aqui em causa, diversas faculdades jurídicas primárias. Para Albuquerque Matos, a liberdade de expressão artística existe mesmo que o seu titular nunca venha a realizar qualquer criação desta natureza. Portanto, para ele, a liberdade de expressão surge como um poder de poder. Vários são os direitos subjetivos filiados naquele valor fundamental: direito de livre divulgação de informações; direito de livre investigação científica e histórica; direito de crítica política; direito de associação; direito de reunião; direito de fundar meios de comunicação social; direito de filiação partidária; direito de retificação; direito de resposta; direito de impressão.

Estas manifestações da liberdade religiosa já seriam verdadeiros direitos subjetivos (cf. p. 96).

⁽¹⁹⁷⁾ Pense-se, por exemplo, que Albuquerque Matos considera que o direito à liberdade religiosa, tal como os direitos à liberdade de pensamento, de reunião e de exercício artístico, integram o conteúdo de outro direito-quadro, o direito à identidade pessoal. Cf. Filipe Albuquerque MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*, 193.

Acerca do caráter complexo e unitário da personalidade humana, enquanto objeto de um direito geral de personalidade, cf. Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, cit.

estarmos diante de um direito subjetivo, mas de um *Rahmenrecht*, não se exclui a possibilidade de sindicância através do abuso do direito, nem tal implica uma ausência de limites que nos faria confundir a liberdade com arbítrio ⁽¹⁹⁸⁾.

A mera referência autoral não nos parece, contudo, suficiente para sustentar a possibilidade de limitação da liberdade de expressão, menos para encontrar os critérios dessa restrição que se intui necessária. Importa, por isso, mobilizar outro tipo de argumentos. Mas antes, urge saber como se concebe é concebida a dinâmica da liberdade de expressão no confronto conflitual com outras posições subjetivas.

Como facilmente se percebe, o direito à liberdade de expressão pode colidir com outros direitos. Neste quadro, a perspectiva tradicional de abordagem do problema é assumidamente conflitual. Não obstante, a penetração do direito europeu no seio do ordenamento jurídico interno português faz com que alguns autores detetem dois modelos ou paradigmas de tratamento da questão ⁽¹⁹⁹⁾. Assim, segundo Maria João Matos, o modelo clássico nacional de decisão assentava na aplicação do artigo 18.º/2 CRP e do artigo 335.º CC. No fundo, havendo dois direitos que entram em conflito, uma vez apurado o sentido não aparente, mas real da colisão, lança-se mão dos critérios predispostos quer pelo ordenamento jurídico-constitucional (consideração do âmbito material da norma, de modo a determinar se o agente ultrapassa ou não o fim dela com a sua atuação concreta; ponderação de outros bens jurídicos; concordância prática entre eles e aplicação de uma ideia de proporcionalidade); quer pelo ordenamento jurídico civilístico. Nos termos do artigo 335.º CC, sendo os direitos iguais, o critério é o da conciliação; apresentando os direitos natureza diversa, o critério é o da prevalência ⁽²⁰⁰⁾. Esta superioridade deve ser avaliada em concreto ⁽²⁰¹⁾. Haverá, então, que ter em conta, no tocante

⁽¹⁹⁸⁾ Filipe Albuquerque MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*, 37/8.

⁽¹⁹⁹⁾ Maria João MATOS, “Liberdade de expressão/imprensa (Artigo 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem): divergência face ao paradigma de julgamento nacional?”, *Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: casos nacionais*, 2013, www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Jurisprudencia/Jurisprudencia_Tribunal_Europeu_Direitos_Homem.pdf, 104 s.

⁽²⁰⁰⁾ Maria João MATOS, “Liberdade de expressão/imprensa”.

⁽²⁰¹⁾ Apesar de aqui estamos a acompanhar a exposição de Maria João Matos, cf., no mesmo sentido, Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 198 e ss.

a um eventual conflito entre a liberdade de expressão e o direito à honra, a relevância social da informação, a veracidade dela ⁽²⁰²⁾, a adequação em relação ao propósito de informar. Designadamente, haverá que ponderar a função pública da informação e se foi ou não usado o meio concretamente menos danoso para atingir o fim visado. No fundo, conclui a autora que, neste modelo, dá-se prevalência à honra, que só é restringida em nome do interesse público. Em contraposição, segundo Maria João Matos, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem dá prevalência, no seu modelo de decisão, à liberdade de expressão. As únicas restrições ⁽²⁰³⁾ são as que estão contidas na enumeração taxativa do artigo 10.º/2 da CEDH. Estas restrições, porque excepcionais, devem ser interpretadas de forma restritiva, pelo que qualquer ingerência do Estado na liberdade de expressão deve corresponder a uma necessidade social imperiosa e deve ser proporcional ao objetivo legítimo prosseguido ⁽²⁰⁴⁾.

Albuquerque Matos, na sua análise focada no direito civil, apresenta três tipos de limitações aos direitos subjetivos filiados na liberdade de expressão: limitações decorrentes da necessidade de tutela

Sobre a colisão de direitos, cf., por todos, Menezes CORDEIRO, “Da colisão de direitos”, *O Direito*, ano 137.º, 2005, pp. 37 e ss.; Elsa Vaz SEQUEIRA, *Dos pressupostos da colisão de direitos no Direito Civil*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2004.

⁽²⁰²⁾ Admite-se, porém, que os factos sejam falsos.

A propósito dos critérios de ponderação dos eventuais atentados ao crédito e ao bom nome perpetrados ao abrigo da liberdade de expressão, cf., numa análise do regime do artigo 484.º CC, Filipe Albuquerque MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*.

⁽²⁰³⁾ O artigo 10.º/1 CEDH estabelece que “Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia”. E o n.º 2 consagra que “O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial”.

⁽²⁰⁴⁾ MARIA JOÃO MATOS, “Liberdade de expressão/imprensa”.

de outros bens jurídicos (que fazem emergir verdadeiros conflitos de direitos); limitações no plano organizacional (ou seja, limitações que os poderes públicos estabelecem ao regularem um conjunto de elementos considerados relevantes para a efetivação do direito, tratando-se, portanto, mais e verdadeiros condicionamentos, do que se reais restrições); limitações impostas por via contratual (de que são exemplo as cláusulas de exclusividade impostos a um artista, v.g.)⁽²⁰⁵⁾.

Se as limitações que nos importam, no quadro da análise que ençatámos, são as decorrentes da necessidade de tutela de outros bens jurídicos, a análise jurisprudencial aponta para o sentido conflitual a que nos referimos anteriormente. Ora, tal pode comportar consequências. Como referido anteriormente, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sublinha o carácter primordial da liberdade de expressão e, orientando-se pela ideia de pluralismo e relativismo, poderá apresentar resistências à tutela de outros direitos⁽²⁰⁶⁾. No que

⁽²⁰⁵⁾ FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*, 101

⁽²⁰⁶⁾ Não quer isto dizer, contudo, que o TEDH não reconheça limites à liberdade de expressão. De facto, se é inegável o peso específico que é conferido à liberdade de expressão no quadro da jurisprudência daquele tribunal, não se ignoram decisões como a do caso *von Hannover v. Alemanha*. Sobre o ponto, com amplo desenvolvimento, cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006, 91 s. Em causa estava a tentativa da Princesa Carolina do Mónaco de tentar impedir a publicação de fotografias da sua vida privada. Os Tribunais alemães haviam entendido que as fotografias em causa deveriam ser autorizadas, em virtude da dimensão de figura pública da princesa e uma vez que elas tinham sido tiradas em público. Em sede de recurso, a jurisprudência tudesca haveria de reiterar o posicionamento segundo o qual não era necessário o consentimento da pessoa retratada para a divulgação da sua imagem, quando fosse notoriamente conhecida. Simplesmente, considerou que, em relação a uma das fotografias, porque captada no pátio interior de um restaurante, ela não era lícita. Na verdade, as figuras públicas tinham direito à sua privacidade, quando se encontrassem num local reservado, longe dos olhares do público, onde pretendessem estar protegidas de olhares indiscretos. Fora estas situações, as figuras públicas teriam de suportar a publicação de fotografias tiradas em público, mesmo que fora do exercício de funções públicas (decisões do *Bundesgerichtshof* e do Tribunal Federal Constitucional Alemão).

A Princesa Carolina recorreu para o TEDH, que considerou que, nestes casos, a liberdade de expressão exige uma interpretação mais estreita, já que a proteção da vida privada é essencial do ponto de vista do desenvolvimento da personalidade. Ora, esta proteção ultrapassa o círculo privado familiar e alcança uma dimensão social. O critério de demarcação da licitude da conduta (por contraposição à sua ilicitude) deveria, portanto, ser procurado na existência ou não de um interesse

legítimo em conhecer os dados revelados, e na utilidade ou inutilidade das fotografias para o interesse público.

Nessa medida, e segundo Pedro Pais de VASCONCELOS (*op. cit.*, *loc. cit.*), o TEDH teria conseguido estabelecer um equilíbrio entre o artigo 8.º e o artigo 10.º da CEDH, aproximando-se da jurisprudência francesa na matéria: exige o consentimento da pessoa retratada para todas as fotografias tiradas em locais públicos, desde que não estivesse no exercício das funções oficiais.

Com grande importância, cf., ainda, a decisão do caso *Norwood v. The United Kingdom*, [www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?#{"dmdocnum":\["708788"\],"itemid":\["001-67632"\]}](http://www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?#{) (16 de Novembro de 2004): um cidadão britânico colocou um poster com as torres gêmeas em chamas, na sua janela, e com a legenda “Islam out of Britain. Protect the British People”. O Tribunal entendeu que a ligação de um grupo religioso a um ato de terrorismo seria incompatível com os valores contidos na convenção (tolerância, paz social e não discriminação). Em causa estaria, portanto, um ato que configura um abuso do direito, não estando protegido pelo artigo 10.º CEDH; a decisão do caso *Leroy v. France* [www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-2501837-2699727#{"itemid":\["003-2501837-2699727"\]}](http://www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-2501837-2699727#{) (2 de Novembro de 2008): um cartoonista apresentou queixa pela sua condenação por ter publicamente tolerado o terrorismo depois da publicação num jornal basco de um desenho do ataque às torres gêmeas do WTC, acompanhado da citação “Nós sonhámos... o Hamas fê-lo”. O tribunal considerou que não houve violação do artigo 10.º CEDH, por não estar em causa a crítica ao imperialismo americano, mas o apoio a uma forma de destruição e violência. O cartoonista tinha apoiado aqueles que eram os presumíveis autores dos atentados do 11 de Setembro. Ademais, haveria que ter-se em conta o especial impacto de uma mensagem como essa numa região especialmente sensível como o país basco; a decisão do caso *I.A. v. Turkey*, [www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=002-3733#{"itemid":\["002-3733"\]}](http://www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=002-3733#{), 13 de Setembro de 2005: o dono de um grupo editorial publicou 2000 cópias de um livro, que abordava questões filosóficas e teológicas em estilo de romance. O ministério público de Istambul acusou o recorrente de insulto a Deus, à religião, ao profeta e ao livro sagrado. O dono do grupo editorial foi condenado e recorreu para o TEDH, invocando a violação do seu direito à liberdade de expressão. O TEDH reiterou que aqueles que escolheram manifestar a sua crença numa religião, independentemente de se inserirem em maiorias ou minorias religiosas, não podem esperar não estar sujeitos a quaisquer críticas. Eles têm de aceitar e tolerar a recusa por parte de outros das suas próprias crenças e até mesmo da divulgação ou propagação por outros de doutrinas que possam ser hostis à sua fé. No entanto, no presente caso, o que estava em causa era um ataque abusivo ao profeta do islão; a decisão do caso *Otto-Preminger-Institut v. Áustria* ([www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57897#{"itemid":\["001-57897"\]}](http://www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57897#{), 20 de Setembro de 1994), o TEDH deu razão ao ao governo austríaco, que havia proibido um filme ofensivo contra o cristianismo, considerando que “a actuação das autoridades austríacas visou garantir a paz religiosa na região e evitar que houvesse pessoas que, de modo injustificado e ofensivo, se sentissem atacadas nas suas crenças religiosas”; a decisão do caso *Wingrove v. Reino Unido* ([www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58080#{"itemid":\["001-58080"\]}](http://www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58080#{), 25 de Novembro de 1996: o organismo britânico que procede à classificação de filmes

respeita ao Tribunal Constitucional, vimos que a ordem dialógica era diversa. No Acórdão n.º 81/84, os juízes daquele tribunal consideraram que “a liberdade de expressão — como, de resto, os demais direitos fundamentais — não é um direito absoluto, nem ilimitado. Desde logo, a proteção constitucional de um tal direito não abrange todas as situações, formas ou modos pensáveis do seu exercício. Tem, antes, limites imanentes. O seu domínio de proteção para ali onde ele possa pôr em causa o conteúdo essencial de outro direito ou atingir intoleravelmente a moral social ou os valores e princípios fundamentais da ordem constitucional. Depois, movendo-se num contexto social e tendo, por isso, que conviver com os direitos de outros titulares, há de ele sofrer as limitações impostas pela necessidade de realização destes. E, então, em caso de colisão ou conflito com outros direitos — designadamente com aqueles que se acham também diretamente vinculados à dignidade da pessoa humana [*v. g.* o direito à integridade moral (artigo 25.º, n.º 1) e o direito ao bom nome e reputação e à reserva da intimidade da vida privada e familiar (artigo 26.º, n.º 1)] —, haverá que limitar-se em termos de deixar que esses outros direitos encontrem também formas de realização. Dizer isto é reconhecer que, sendo proibida toda a forma de censura (artigo 37.º, n.º 2), é, no entanto, lícito reprimir os abusos da liberdade de expressão. O artigo 37.º aponta — segundo cremos — no sentido de que se não devem permitir limitações à liberdade de expressão para além das que forem necessárias à convivência com outros direitos, nem impor sanções que não sejam requeridas pela necessidade de

proibiu a exibição de uma curta-metragem que representava de modo absolutamente infamante Jesus Cristo e Santa Teresa de Jesus. O TEDH, em face da queixa apresentada pelo produtor do filme, que invocou a violação do seu direito à liberdade de expressão, considerou que a restrição à liberdade de expressão estaria justificada pela lei da blasfémia e prosseguia objetivos legítimos, estando, portanto, contemplada no n.º 2 do artigo 10.º CEDH.

Na maioria das decisões, a defesa da dimensão religiosa surge acompanhada da necessidade de salvaguarda de valores essenciais. No caso *I.A. v. Turkey*, o TEDH parece mostrar um entendimento que se aproxima de uma visão tuteladora do sentimento religioso, apontando para um sentido abusivo da própria liberdade de expressão. No fundo, as restrições estarão sempre balizadas pelo disposto no citado n.º 2 do artigo 10.º CEDH, donde se conclui que não há ainda uma jurisprudência clara no sentido da conformação axiológica do exercício do direito à liberdade de expressão (por um lado), nem uma jurisprudência clara no sentido da consideração da importância do sentimento religioso enquanto dimensão essencial da personalidade humana juridicamente tutelada (por outro lado).

proteger os bens jurídicos que, em geral, se acham a coberto da tutela penal. Mas, não impede que o legislador organize a tutela desses bens jurídicos lançando mão de sanções de outra natureza (civis, disciplinares)” ⁽²⁰⁷⁾.

Se com isto se afasta o carácter ilimitado do direito à liberdade de expressão, nem por isso os nossos problemas ficam solucionados. Na verdade, se a perspetiva é conflitual e se estamos a lidar com direitos que, sendo direitos subjetivos no quadro do direito civil, são também direitos fundamentais, então os limites que se reconheçam ficam, eles mesmos, sujeitos aos limites que a Constituição da República Portuguesa estabeleça para a limitação dos direitos, liberdades e garantias ⁽²⁰⁸⁾. É claro que, a par de limites ou restrições constitucionais imediatos e de limites ou restrições estabelecidas por lei, admite-se a existência de limites imanentes ou limites constitucionais não escritos ⁽²⁰⁹⁾. Simplesmente, deparar-nos-íamos, aí, de acordo com uma perspetiva tradicional e conflitual, que assenta na dimensão negativa do direito, com dificuldades de concretização desses limites, bem como com a oposição de muitos setores da doutrina e da jurisprudência. Tanto assim é que, por exemplo, no caso da lei de imprensa, tantas vezes associada à liberdade de expressão, os bens jurídicos a entrar em linha de conta na ponderação dos limites à opinião que se expressa ou à informação que se divulga podem não nos auxiliar na missão de tutela de determinados bens jurídicos ⁽²¹⁰⁾.

Os autores constitucionalistas, de facto, costumam vincar o carácter negativo ou de defesa do direito à liberdade de expressão. Entendido, ademais, como uma componente da liberdade de pensamento e aliando-se a outras liberdades, sustenta-se que ela não pode ser sujeita a impedimentos ou discriminações, não podendo, dentro dos limites

⁽²⁰⁷⁾ *Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 81/84 e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5/7/2012*, www.dgsi.pt.

⁽²⁰⁸⁾ Sobre o ponto, veja-se J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 1993, 610 s., falando dos limites dos limites.

⁽²⁰⁹⁾ J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 604 e 606 e ss.

⁽²¹⁰⁾ Cf. artigo 3.º da lei 2/99, de 13/1, com as sucessivas alterações (a última introduzida pela lei n.º 19/2012, de 8/5).

Creemos, porém, que a formulação ampla do artigo 3.º viabiliza uma extensão teleológica do preceito, no sentido de incluir como outro limite a salvaguarda de valores fundamentais e de outros direitos, integrados no âmbito da personalidade humana.

do direito, haver obstáculos ao seu exercício ⁽²¹¹⁾. Mais referem alguns autores que constitucionalmente se estabelece a exclusão da possibilidade de qualquer tipo de limitação ou censura, afastando-se, por isso, a viabilidade de qualquer delito de opinião, mesmo quando esta vá no sentido da difusão de ideologias extremistas ⁽²¹²⁾.

Ou seja, se se reconhecem limites à liberdade de expressão, eles são recortados no quadro da colisão de direitos. Ora isto, se transpusermos alguns destes dados para o domínio civilístico, não só não corresponde ao melhor entendimento acerca do direito subjetivo, como deixa sem consideração a hipótese do exercício abusivo de um direito ⁽²¹³⁾.

⁽²¹¹⁾ J. J. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 573.

⁽²¹²⁾ J. J. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição*, 573.

Não tem sido esse, porém, o entendimento sufragado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que tem considerado não haver violação do direito à liberdade de expressão naquelas situações em que é restringida a publicitação de opiniões que apelam ao ódio racial, étnico, religioso. Veja-se, por exemplo, a decisão do caso *Erbakan v. Turkey* (6 de Julho de 2006 — *Tolerance and respect for the equal dignity of all human beings constitute the foundations of a democratic, pluralistic society. That being so, as a matter of principle it may be considered necessary in certain democratic societies to sanction or even prevent all forms of expression which spread, incite, promote or justify hatred based on intolerance..., provided that any 'formalities', 'conditions', 'restrictions' or 'penalties' imposed are proportionate to the legitimate aim pursued* — [www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-76234#{"itemid":\["001-76234"\]}](http://www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-76234#{)).

Cf., porém, o entendimento derramado na decisão do caso *Handyside v. United Kingdom*, de 7/12/1976 ([www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57499#{"itemid":\["001-57499"\]}](http://www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57499#{)). *Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of [a democratic] society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man. Subject to paragraph 2 of Article 10 [of the European Convention on Human Rights], it is applicable not only to 'information' or 'ideas' that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no 'democratic society'. This means, amongst other things, that every 'formality', 'condition', 'restriction' or 'penalty' imposed in this sphere must be proportionate to the legitimate aim pursued.*

Pese embora possa não haver uma verdadeira clivagem nas soluções, os termos com que são ponderados as questões parecem indiciar uma certa evolução na forma como se compreende a natureza do direito à liberdade de expressão.

⁽²¹³⁾ Note-se que as duas realidades não se excluem. Simplesmente, devemos considerar que a sindicância do abuso do direito antecede a resolução da problemática conflitual. Do mesmo modo que devemos considerar que a adequada compreensão

Assim, sempre que do exercício da liberdade de expressão resultar uma ofensa gratuita, não justificada pela prossecução de quaisquer fins públicos, a uma pessoa ou a uma comunidade, devemos concluir estar diante de não de um verdadeiro exercício de uma liberdade, mas perante um abuso de liberdade ⁽²¹⁴⁾.

A primazia não é dada à liberdade de expressão, que deve ser sindicada como qualquer outro direito ⁽²¹⁵⁾.

Curiosamente, os tribunais superiores, em Portugal, profundamente influenciados pela jurisprudência do TEDH, parecem afastar-se deste entendimento, apesar de, em muitos casos, de ofensa clamorosa à honra, não se chegarem a soluções muito diversas ⁽²¹⁶⁾. Consoante se pode ler, em posição assente, “em sucessivos acórdãos incidindo sobre aplicação do artigo 10.º da Convenção, o TEDH consolidou jurisprudência segundo a qual «a liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais das sociedades democráticas, e uma das condições primordiais do seu progresso e desenvolvimento», enfatizando-se que o direito à liberdade de expressão vale para as ideias ou informações consideradas favoravelmente pelo conjunto da sociedade ou que sejam inofensivas ou indiferentes mas também para as que ferem, chocam ou inquietam, pelo que, em consequência, a possibilidade de admitir exceções à liberdade de expressão deve ser entendida sob interpretação restritiva e deve corresponder a uma imperiosa necessidade social. O TEDH tem sublinhado a necessidade de se proceder a uma valoração do conteúdo ou sentido das expressões em causa, integrando-as no contexto em que surgiram, considerando que mesmo os juízos de valor suscetíveis de reunirem indiscutivelmente apenas um conteúdo ofensivo, podem afinal merecer a proteção da liberdade de expressão, desde que sejam dotados de uma base factual mínima e de uma explicação objetivamente

do sentido do abuso faz com que muitos problemas outrora encarados sob o prisma da colisão de direitos se revelem, hoje, meros conflitos aparentes.

⁽²¹⁴⁾ Cf., a este propósito, com apelo a uma ideia de limitação dos direitos de personalidade pelas necessidades de adequação social, Karl LARENZ, “Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Recht der unerlaubten Handlungen”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 14/15, 1955, 522 e ss.

⁽²¹⁵⁾ Cf. Ac. TRL 5-6-2012, Proc. n.º 1362/09.0TJLSB.L1-7, relator Pimentel Marcos. Cf., ainda, apesar do apelo ao TEDH o Ac. STJ 5-6-2018, Proc. n.º 517/09.1TBLGS.L2.S1, relatora Fernanda Isabel Pereira.

⁽²¹⁶⁾ Ac. TRL 9-4-2019, Proc. n.º 16687/16.0T8PRT.L1-7, relatora Micaela Sousa; Ac. TRL 9-10-2019, Proc. n.º 4161/16.9T9LSB-3, relator João Lee Ferreira.

compreensível de crítica sobre realidades objetivas em assunto de interesse público ou em debate de natureza política” ⁽²¹⁷⁾. Se, tratando-se da comunicação sobre factos da vida, a jurisprudência tem entendido que a liberdade de expressão só é protegida quando tais factos sejam verdadeiros ou verosímeis, no que toca a opiniões, a amplitude conferida pelos nossos tribunais parece agora ser muito superior. A ideia da construção de uma sociedade aberta, tal como advogava Popper, não deixa de estar presente e, com isto, impõe-se paulatinamente a desconstrução dos próprios valores éticos em que assenta a comunidade. Os limites dessa liberdade de expressão vamos encontra-los no artigo 10.º/2 CEDH e só podem ser determinados em nome da segurança nacional, da integridade territorial da segurança pública, da defesa da ordem, da prevenção do crime, da proteção da saúde ou da moral, da proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial. Assumida a visão restritiva da jurisprudência no que respeita ao confronto com direitos alheios, resta como limitação à liberdade de expressão a salvaguarda da sociedade aberta e plural que com ela se quer garantir, ou seja, a defesa do relativismo niilista que, sob a capa de pluralidade, mais não é do que uma perspetiva totalitarista de reversão do quadro valorativo em que assenta o ordenamento, pondo com isso em causa a própria juridicidade.

Duas conclusões são, então, possíveis. Em primeiro lugar, as duas visões em confronto são marcadamente conflituais. Em segundo lugar, a ordem de preferências estabelecida em cada uma delas difere, dando-se, tradicionalmente, primazia ao direito à honra ⁽²¹⁸⁾ e, mais recentemente, sob influência da jurisprudência do TEDH, ao direito à liberdade de expressão ⁽²¹⁹⁾.

A inconsistência de ambas as perspetivas — pela inconsonância com o sentido do direito e dos direitos subjetivos — leva-nos a superá-la. O problema não está, em muitos casos, na incompatibilidade prática do exercício simultâneo de dois direitos, mas na necessária delimitação do conteúdo exercitável dos direitos por referência aos princípios normativos em que se louvam, podendo, em algumas

⁽²¹⁷⁾ Ac. TRL 9-10-2019, Proc. n.º 4161/16.9T9LSB-3, relator João Lee Ferreira.

⁽²¹⁸⁾ Ac. STJ 5-3-1996, in *Boletim do Ministério da Justiça*, 455, 420 s.

⁽²¹⁹⁾ Ac. STJ 30-6-2010, Proc. n.º 1272/04.7TBCL.G1.S1.

hipóteses, conduzir-nos a um mero conflito aparente, por força da anterior desvelação de um abuso da liberdade de expressão.

A este propósito, Elsa Vaz Sequeira propõe um entendimento particularmente interessante.

Entende a autora que, “se tivermos em conta a natureza principiológica das normas que preveem a liberdade de expressão e os direitos à reserva da intimidade da vida privada e ao bom e reputação, a identificação do tipo de relação existente entre estes se torna clara: eles representam limites extrínsecos recíprocos. Não se trata de um limite intrínseco, por não ser a própria norma atributiva do direito que o estabelece, nem ser uma decorrência do seu conteúdo ou objeto. Também não constitui uma limitação extrínseca ao exercício, por não configurar uma verdadeira situação de colisão de direitos. Esta pressupõe, desde logo, a existência de dois ou mais direitos, cujo exercício simultâneo e integral seja impossível. No caso presente, não existem efetivamente dois direitos, mas tão-só a aparência de dois direitos. Das duas uma: ou o autor da comunicação estava a exercer um direito quando exteriorizou a sua opinião ou divulgou algum facto, não havendo, por conseguinte, nenhuma ofensa aos direitos à intimidade da vida privada ou ao bom nome e reputação, ou, pelo contrário, o referido autor da comunicação não podia ter proferido semelhante discurso, dada a delimitação, limitação ou restrição ao conteúdo da liberdade de expressão e de informação imposta pelas previsões normativas do direito à intimidade da vida privada ou do direito ao bom nome e reputação. O problema não respeita, portanto, ao exercício dos direitos fundamentais, mas à própria configuração destes” ⁽²²⁰⁾.

Para a autora, estaríamos diante de limites extrínsecos ao direito, “os quais, atendendo à necessária coexistência no ordenamento jurídico desse direito com outros direitos, comprimem-no do exterior, traduzindo, deste modo, a limitação recíproca do campo de incidência das diferentes normas que consagram direitos subjetivos, operada pela interpenetração das respetivas previsões normativas” ⁽²²¹⁾.

No fundo, para Elsa Vaz Sequeira, do que se trataria seria de delimitar o conteúdo do direito subjetivo no confronto com outros direitos subjetivos. Ao defendê-lo, afasta-se de uma visão conflitual. Mas

⁽²²⁰⁾ Elsa Vaz SEQUEIRA, “Responsabilidade civil e liberdade de expressão”, *Revista de Direito da Responsabilidade*, III, 2021, 73 s.

⁽²²¹⁾ Elsa Vaz SEQUEIRA, “Responsabilidade civil e liberdade de expressão”, 75.

acaba por, ao não reconhecer a contrariedade entre o exercício do direito que formalmente se invoca e os princípios normativos em que se louva o ordenamento, isto é, ao não reconhecer o abuso de uma liberdade de expressão, por não garantir a compreensão da dimensão material-axiológica dos direitos subjetivos envolvidos. Ademais, se apenas em concreto será possível operar a limitação a que se alude, como, aliás, a própria autora reconhece, e se isso tem como consequência positiva o facto de não ser possível definir *a priori* qual o direito prevalecente, deve também levar-nos a concluir que, em rigor, do que se trata é de delimitar a possibilidade de exercício do próprio direito, por referência aos princípios normativos que sustentam o ordenamento e que impõem a consideração da personalidade alheia. O confronto entre posições subjetivas perde o cunho conflitual com que vinha pensado exatamente por força da interposição de uma ideia de abuso de liberdade a que assim acedemos.

Devemos, portanto, assumir que a liberdade de expressão é sindicável pelo abuso do direito, como qualquer outra liberdade. Assim, sempre que do exercício da liberdade de expressão resultar uma ofensa gratuita, não justificada pela prossecução de quaisquer fins públicos, ao sentimento religioso de uma pessoa ou de uma comunidade, devemos concluir estar diante de não de um verdadeiro exercício de uma liberdade, mas perante um abuso de liberdade ⁽²²²⁾. É claro que não se exclui a licitude da manifestação de opiniões contrárias à religião, ou a uma dada religião, sequer da produção intelectual no domínio teológico ou outro ⁽²²³⁾. Não se proíbe, desta feita, qualquer forma

⁽²²²⁾ Cf., a este propósito, com apelo a uma ideia de limitação dos direitos de personalidade pelas necessidades de adequação social, Karl LARENZ, “Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Recht der unerlaubten Handlungen”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 14/15, 1955, 522 s.

⁽²²³⁾ Sobre o ponto, cf. Filipe Albuquerque MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*, 304, referindo que o diálogo inter-religioso implica um confronto de dogmas e posições sustentadas pelas diversas confissões religiosas e que nem sempre este diálogo se processa de forma pacífica, apresentando-se, por vezes, juízos de valor que podem ser ofensivos. Segundo o autor, há, então, que estabelecer uma cisão entre o que é a crítica religiosa e o que pode configurar uma agressão à personalidade, relevando-se, neste caso, de enorme valia o recurso à tutela geral da personalidade, contida no artigo 70.º CC.

Note-se que, e não contrariando a posição expressa pelo autor, importa sublinhar que muitas das agressões perpetradas contra o sentimento religioso têm a sua origem não em crentes de outras confissões religiosas, mas em militantes da causa ateuista.

de apostasia, de ateísmo ou mesmo de blasfêmia. O que nos parece já ultrapassar as fronteiras do admissível no quadro de um ordenamento jurídico como o nosso é a mobilização de expedientes de achincalhamento dos fiéis de uma dada religião ou a sua associação a práticas que chocam com a sua vivência de fé. Nesta medida, e tendo novamente como exemplo os *cartoons* editados pela publicação francesa alvo do referido e bárbaro atentado terrorista, há que considerar, por exemplo, que é ilícita a sátira que, recorrendo ao desenho da Santíssima Trindade, apresenta as três Pessoas que A compõem num ato de sodomia. Na verdade, não estando em causa a prossecução de um interesse público; não estando em causa uma discussão acerca de um problema teológico ou doutrinário, a publicação terá de ser entendida em termos de puro achincalhamento da fé católica. O problema requer, contudo, outro tipo de considerações.

Se o direito de sátira pode ainda ser compreendido como uma dimensão do direito à liberdade de expressão, facilmente se compreenderá que ele envolve uma dimensão artística que escapa ao primeiro. Será, portanto, ao nível do direito à liberdade de criação artística, enquanto manifestação da própria liberdade de expressão, que o devemos filiar. Não é, porém, apenas ao nível da procedência categorial que a especificidade do direito de sátira avulta ⁽²²⁴⁾. De facto, se a

Acerca da indiferença religiosa (agnosticismo) e do repúdio pelos valores religiosos (ateísmo), cf. Filipe Albuquerque MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*, 215, considerando que estas correspondem a atitudes legítimas no âmbito de sociedades pluralistas e de Estados não confessionais, razão pela qual a *voluntariedade na escolha do credo religioso* deve ser visto como um traço estruturante da identidade da pessoa.

⁽²²⁴⁾ Sobre o ponto, cf. Filipe Albuquerque MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*,. 306 e ss.; ANTÓNIO BEVERE/AUGUSTO CERRI, *Il diritto di informazione e i diritti della persona, Il conflitto della libertà di pensiero com l'onore, la riservatezza, l'identità personale*, 2. Edizione, Giuffrè, Milano, 2003, 265 s.; A. MASCIA, “Diritti della personalità”, *Famiglia e persone*, vol. I (a cura di RITA ROSSI), Utet, 2008, 169 s.; Daniela FALCINELLI, *Il diritto di satira e l'ingerenza necessaria*, www.diritti-cedu.unipg.it/index.php?option=com_content&view=article&id=93:il-diritto-di-satira-e-lingerenza-necessaria&catid=48:reati-di-opinione-e-reati-contro-lonore&Itemid=125; Giulia MILIZIA, “Levanescence confine tra satira e diffamazione”, *Diritto & Diritti*, 2008; Vincenzo METAFORA, “Satira, opera satírica e diritto d'autore”, *Contratto e impresa*, 2001/2, 763 s.; Vincenzo PACILLO, *I delitti contro le confessioni religiose dopo la legge 24 febbraio 2006, n. 85, Problemi e prospettive di comparazione*, Giuffrè, Milano, 2007, 188 s.; Nicola COLAIANNI, “Diritto di satira e libertà di religione, Stato, Chiese e pluralismo confessionale”, *Rivista telemática* (www.statoechiese.it), 2008 (1094-4128-1-PB.pdf); Ettore LOPEZ, “Sui limiti di liceità del

liberdade de expressão se predica, em geral, pelo poder de informar, de se informar e de ser informado ⁽²²⁵⁾, exercendo-se, portanto, no quadro da objetividade e do rigor, à sátira escapa o apego fidedigno a um determinado contexto histórico-social ⁽²²⁶⁾. Por outro lado, esta manifestação do pensamento é caracterizada pelo sentido hiperbólico e caricatural, o que faz com que a tolerância que lhe é dirigida seja, muitas vezes, superior se comparada com o crivo por que passa, em termos de defesa dos bens da personalidade, e mesmo descontando o regime de favor que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem lhe dispensa, o direito à liberdade de expressão, enquanto direito a informar, a ser informado e a informar-se ⁽²²⁷⁾ ⁽²²⁸⁾. De certa forma, compreende-se que assim seja. Na verdade, entende-se muitas vezes que, se o que está

diritto di satira”, *Diritto di Famiglia e delle Persone*, vol. 23/I, 1994, 199 s.; Mirella CHIAROLLA, “Satira e tutela della persona: il pretore e la musa infetta”, *Il Foro Italiano*, 1990, 2040 s.; Manuel da Costa ANDRADE, *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal — uma perspectiva jurídico-criminal*, Coimbra, 1996, 243 s.

⁽²²⁵⁾ Cf., novamente, Filipe Albuquerque MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*, 29.

⁽²²⁶⁾ Veja-se, em síntese, Filipe Albuquerque MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*, 306 s., considerando que a sátira visa despertar no público um espírito crítico; visa suscitar uma compreensão hilariante das questões, não tendo a preocupação de transmitir com fidedignidade e rigor uma determinada realidade histórico-social. Pelo contrário, e consoante atesta o autor, o discurso satírico é necessariamente ambíguo, implicando o emprego de técnicas de manipulação e adaptação da realidade sobre a qual se debruça, em função dos propósitos prosseguidos pelos autores. Em rigor, esclarece Albuquerque Matos, pode ser feita uma sátira com recurso a personagens reais ou fictícias, havendo, normalmente, “o empolamento ou hiperbolização de certas características fundamentais da pessoa ou acontecimentos” (cf. pp. 308/9). No fundo, “mesmo que haja uma conexão com a realidade, esta é sempre secundária ou acessória no contexto da respetiva obra”.

⁽²²⁷⁾ Filipe Albuquerque MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*, 309, considerando que há um tratamento mais benevolente no tocante à sátira e à caricatura enquanto manifestações artísticas.

Cf., ainda, Nicola COLAIANNI, “Diritto di satira...”, 4, considerando que a sátira traduz uma crítica corrosiva e impiedosa, baseada numa representação que deforma a realidade para provocar o riso. O autor mostra que, sendo expressão da caricatura, ela se distancia da *cronaca*, que se deve referir à verdade, pese embora ela não seja, também, absolutamente neutral, já que a absoluta objetividade é apenas tendencial. O que Colaianni pretende evidenciar é que a sátira implica sempre uma grosseira alteração da realidade, uma reprodução irônica, sarcástica, paradoxal de uma personagem ou de um contexto social.

⁽²²⁸⁾ Atente-se, porém, na jurisprudência do TEDH, que denota que a liberdade de expressão não é entendida em termos absolutamente ilimitados. Com especial

em causa é uma manifestação do espírito da pessoa, não se podem impor limites que coarctem a imaginação e o sentido criativo do sujeito. Por outro lado, os recursos estilísticos de que os seus autores lançam mão, podendo traduzir-se no uso de linguagem brutal e grosseira, servem para, através do riso, castigar os costumes, sendo a sátira vista como um importante meio de controlo dos diversos poderes. Haveria, portanto, como que uma ideia de benevolência em relação aos que mobilizam o sentido de humor para criticar. Acresce que a improbabilidade dos factos expressos de forma satírica retiraria o potencial ofensivo da crítica assim difundida ⁽²²⁹⁾. Estes argumentos acabaram por estar na base da autonomização do direito de sátira, enquanto direito de personalidade, pela jurisprudência italiana. A eles acrescentou-se outro, ligado à consideração do potencial lucrativo que a atividade satírica pode comportar. De facto, sublinham alguns autores que a sátira, muitas vezes, é usada como um meio para aumentar audiências e para fazer crescer as tiragens das publicações, tendo como objetivo o lucro ⁽²³⁰⁾. Se estes argumentos permitem a referida autonomização do direito e fazem recair sobre o mesmo uma certa benevolência, eles já não podem ser mobilizados no sentido da absolutização da categoria. Nem se perceberia que assim fosse. Se se descortinam razões importantes para a edificação da situação subjetiva de poder concretamente em apreço, não faria sentido que ela, a despeito do que é a regra em matéria de direitos subjetivos, estivesse isenta de quaisquer limitações. São esses limites que a jurisprudência e a doutrina italianas têm tentado traçar. A este propósito, Colaianni considera que a sátira fica submetida a um limite interno — a sátira deve ainda referir-se a um facto verdadeiro ⁽²³¹⁾ — e a limites externos. Simplesmente, estes ficam dependentes dos fundamentos constitucionais que se encontram para o direito em exercício. Assim, se a sátira for entendida como uma forma de arte e cultura, encontra o seu fundamento no

importância para o tema que estamos a tratar, cf. o caso *I.A. v. Turkey* (*supra*, nota 263).

⁽²²⁹⁾ Nicola COLAIANNI, “Diritto di satira...”, 7, explicando que esta é uma das ideias da jurisprudência italiana: “a improbabilidade dos factos expressos de forma satírica leva a excluir a sua capacidade de ofender a reputação e a confiança”. Veremos, no entanto, que esta petição de princípio acaba por conhecer limites, impostos pela própria jurisprudência daquele país.

⁽²³⁰⁾ Nicola COLAIANNI, “Diritto di satira...”, 4.

⁽²³¹⁾ Veja-se, em sentido discordante, FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*, cit., p. 306.

artigo 9.º da Constituição Italiana, que tem um conteúdo promocional, e no artigo 33.º do mesmo diploma, que prevê a liberdade artística. Ora, neste âmbito a sátira não conhecerá limites, ficando apenas limitada *a priori* pela necessidade de se estar perante o exercício profissional da sátira, com exclusão, portanto, da sátira ocasional. Se, pelo contrário, ela for encarada como *ius iocandi*, sem pretensões artísticas, visando apenas despoletar o riso, então funda-se na mera liberdade de expressão mais geral, havendo de ser ponderada com confronto com outros bens jurídicos. Nessa medida, ela não poderá traduzir-se num insulto gratuito *ad personam*, expondo a vítima através da ridicularização da sua imagem pública ⁽²³²⁾.

No tocante à sátira religiosa, Colaïanni questiona se existirá em relação a ela um limite ulterior que resulte do respeito pela liberdade religiosa da vítima. A responder-se positivamente ao quesito, tal implicaria que se aderisse à tese segundo a qual tal liberdade (a religiosa) beneficiaria de uma posição privilegiada da qual resultaria numa menor garantia da normal manifestação satírica. Ora, é exactamente esta tese que Colaïanni rejeita, por não ser possível estabelecer uma hierarquia entre as diferentes expressões de liberdade, ou seja, por não ser possível uma solução que divida a liberdade em vários domínios e os escalone ⁽²³³⁾. Acresce que, segundo esclarece o autor, no caso da sátira religiosa se pode aduzir um outro argumento no sentido da exclusão de uma limitação adicional ao direito de sátira: é que o direito de crítica que subjaz a qualquer expressão satírica é ele próprio manifestação da liberdade religiosa. O facto de não existir um privilégio nesta matéria não exclui, contudo, a possibilidade (e necessidade) de se encontrarem limites para o exercício do direito de sátira ⁽²³⁴⁾.

De outro modo não poderia ser. Se esses limites existem por referência ao direito de liberdade de expressão não faria sentido que o direito de sátira fosse perspectivado como um poder absoluto e ilimitado. E se eles existem por referência ao direito de sátira em geral, no confronto com outros bens da personalidade, só se admitiria a inexistência dos mesmos por referência ao sentimento religioso se se concluísse fundadamente que este não era merecedor de tutela ou, sendo-o, não podia ser colocado no mesmo patamar da hierarquia

⁽²³²⁾ NICOLA COLAIANNI, “Diritto di satira...”, cit., p. 8.

⁽²³³⁾ NICOLA COLAIANNI, “Diritto di satira...”, cit., p. 9.

⁽²³⁴⁾ NICOLA COLAIANNI, “Diritto di satira...”, cit., p. 10.

normativa. Ora, qualquer um destes pressupostos falha. Ademais, como também explanado anteriormente, a nossa perspectiva não é conflitual. A ancoragem personalista de que partimos permite-nos excluir uma visão de confronto para nos predicarmos numa ideia de exercício axiologicamente densificado dos direitos subjetivos, em geral, e dos direitos de personalidade, em particular. Assim sendo, o exercício do direito de sátira só é legítimo quando não atente contra a dignidade dos outros seres humanos a quem aquela se dirige.

O Tribunal da *Cassazione*, através da sua *Sezione Civile*, proferiu em 8 de Novembro de 2007 uma sentença na qual se referiu ao direito à sátira como um direito subjetivo com relevância constitucional, integrado no conteúdo do direito à liberdade de pensamento. Apresentando-o como um direito com um fundamento complexo, por ser simultaneamente uma criação do espírito, uma mensagem social e um meio de controlo dos poderes (através do sarcasmo e da ironia), está sujeito aos limites da *continência* e da *funcionalidade das expressões* adotadas tendo em conta a finalidade prosseguida. Por outro lado, não pode violar os direitos fundamentais das outras pessoas. Outras decisões acrescentam a estes requisitos da *continenza* e da *pertinenza* o requisito da *verità* ⁽²³⁵⁾. Por seu turno, o Tribunal de Roma, numa sentença de 13 de Fevereiro de 1992, vem confirmar o requisito da continência, falando igualmente do limite da notoriedade ⁽²³⁶⁾. Acrescem a estes o *animus iocandi* de que falam outras decisões e/ou autores ⁽²³⁷⁾.

O apelo à notoriedade da pessoa visada explica-se pela função social que é reconhecida à sátira ⁽²³⁸⁾. Pressupondo-a, sustenta-se que só a notoriedade da pessoa satirizada justifica a deformação da realidade de que possa ser alvo. No fundo, convoca-se, uma vez mais, a ideia de restrição de alguns bens da personalidade das pessoas

⁽²³⁵⁾ Considerando que a atitude da jurisprudência italiana é, neste âmbito, paradoxal, cf. Filipe Albuquerque MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*, 314, nota 544. Segundo o autor, por um lado, proclama a autonomização da sátira em face da *cronaca*, propondo a sua elevação a direito de personalidade. Mas, por outro lado, propende para impor como limite ao exercício da sátira os limites da veracidade, da pertinência e da continência.

⁽²³⁶⁾ António BEVERE/Augusto CERRI, *Il diritto di informazione e i diritti della persona*, 265 s., em especial 273 s.; 277 s.; 282 s.

⁽²³⁷⁾ Cf. António BEVERE/Augusto CERRI, *Il diritto di informazione*, 277 s.

⁽²³⁸⁾ Acerca da notoriedade da pessoa satirizada, cf., igualmente, *Cass. Sez. V de 15 de Março de 1986*, in *Foro Italiano*, 1987, I, 889 s.

famosas, em virtude da imagem pública que, em benefício próprio, tenderam a construir. Do mesmo modo, sublinha-se que, pelo facto de serem célebres, tais pessoas ficam mais sujeitas ao escrutínio público. No fundo, e pedindo de empréstimo as palavras de Bevere e Cerri, os «famosos» teriam aceitado, em maior medida, a exposição à crítica e à ironia ⁽²³⁹⁾.

O requisito, a ser aceite como condição de licitude da sátira, deve sê-lo com cautelas. Não só não pode ser aceite como condição exclusiva de legitimação satírica — dado que fica *ab initio* excluído pela leitura do que fica inscrito *supra* —, como deve ser interpretado de um modo não formalista. De facto, se se restringe a licitude da sátira à notoriedade da pessoa satirizada, então importa estabelecer uma conexão entre a dimensão pública da personagem e o conteúdo da narração satírica ⁽²⁴⁰⁾. Simplesmente, a realidade mostra-nos que é possível criar sátiras a partir de personagens fictícias, levando ao ridículo para criticar ideias puras ou acontecimentos sociais não concatenados com sujeitos determinados (ou determináveis). Não cremos, a despeito do que poderia resultar da formulação criteriológica, que tal funcione como um óbice à admissibilidade da sátira. O que a jurisprudência italiana parecer querer sublinhar é que não é lícito caricaturar uma pessoa que não seja conhecida.

Entre nós, a ilicitude da sátira de uma pessoa não notória pode ser questionada, inclusivamente, por via do direito à imagem. É que

⁽²³⁹⁾ Cf. António BEVERE/Augusto CERRI, *Il diritto di informazione*, 273 s. Cf., também, A. MASCIA, “Diritti della personalità”, 173.

⁽²⁴⁰⁾ Cf. António BEVERE/Augusto CERRI, *Il diritto di informazione*, 273 s., falando, a propósito da análise da jurisprudência italiana na matéria, de um *nexo de coerência causal entre a qualidade da dimensão pública da personagem e o conteúdo da narração satírica*.

Curiosamente este parece ser também um critério seguido por alguma jurisprudência e por alguma doutrina no tocante a determinados comportamentos potencialmente lesivos do direito à imagem e do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. Sobre o ponto, *u.*, ainda, o caso que opôs a princesa Carolina do Mónaco ao Estado Alemão (*supra*, nota 263).

Sobre o ponto, cf., ainda, Filipe Albuquerque MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*, nota 546, considerando que “a sátira relativa a uma pessoa com notoriedade pública deve reportar-se fundamentalmente a aspetos relacionados com as atividades, as funções a que se associa a sua projeção social e não pode invadir aspetos da vida privada”. O autor apresenta como ilustração da asserção o exemplo da ilegitimidade de uma sátira política em que a pessoa pública visada é apresentada aos olhos do público como um homossexual.

este, traduzindo-se no poder de controlar qualquer sinal visual de identificação exterior da pessoa, inclui o direito a que esta não seja caricaturada ou sujeita a processos de imitação mímica, por exemplo. A ausência de consentimento do ofendido determinaria, portanto, a ilicitude do comportamento, nos termos do artigo 79.º e 70.º CC. Importa, contudo, não esquecer que o regime especial consagrado no n.º 2 do primeiro artigo citado contém a previsão de situações de exclusão dessa ilicitude. Ainda que não se esteja diante de uma pessoa notória, a prossecução de finalidades científicas, didáticas, culturais, de polícia ou de justiça poderiam determinar a licitude do comportamento satírico. Só assim não seria se fossem postos em causa outros bens jurídicos integrantes da personalidade do sujeito. Onde resulta claramente que o *busilis* do problema se há-de jogar ao nível dos restantes requisitos autonomizados pela jurisprudência italiana. A não notoriedade da pessoa satirizada não nos chega, por si mesma, para determinar a ilicitude do comportamento satírico.

Importa, ainda, salientar que a notoriedade da pessoa deve ser aferida em concreto, não só por referência ao conteúdo da mensagem satírica, como também por referência ao contexto espaço-temporal em que ela é divulgada ⁽²⁴¹⁾.

No tocante ao *animus iocandi*, o requisito é invocado pela decisão do Tribunal da Cassazione de 3 de Fevereiro de 1978 ⁽²⁴²⁾, o qual veio considerar que, se a sátira não se limitar a operar uma alteração dos traços fisionómicos do sujeito de um modo brincalhão, ela encerra um potencial lesivo, ultrapassando os limites do respeito devido ao outro e sujeitando a pessoa ao desprezo da opinião pública ⁽²⁴³⁾. No fundo, com a exigência italiana de um *intento scherzoso* (brincalhão, jocoso) concretamente verificável, pretende-se evitar que a sátira seja utilizada

⁽²⁴¹⁾ Assim, por exemplo, pode ser diferente a publicação de uma sátira que critique a atuação de um membro da associação de estudantes, no jornal da escola, e a publicação dessa mesma sátira num jornal de tiragem nacional.

Sobre o ponto, cf. A. MASCIA, “Diritti della personalità”, 174, considerando que é lícita a representação caricatural de uma figura pública no jornal difundido no âmbito territorial correspondente ao colégio eleitoral do sujeito, em complemento de uma notícia que saiu na mesma edição jornalística.

⁽²⁴²⁾ Cf., igualmente, Cass. 20 de Janeiro de 1992; Cass. 25 de Maio de 1996; Cass. 7 de Julho de 1998. No fundo, sustenta-se que a sátira deve ser inocente, não podendo convolar-se num comportamento claramente difamatório.

⁽²⁴³⁾ António BEVERE/Augusto CERRI, *Il diritto di informazione*, 277 s., referindo-se igualmente à sentença do Tribunal de Milão de 8 de Fevereiro de 2001.

como um instrumento de agressão pessoal ou um meio de veiculação de rancor. No fundo, a sátira, tendo subjacente a si uma crítica, e não sendo como tal elogiosa, deve ser pessoalmente neutral, apelando-se a uma distinção entre a crítica objetiva e a crítica subjetiva (e dominada por motivações pessoais). Além disso, o requisito da comicidade serve para evitar que seja deturpada a função social da sátira — é que a inverosimilhança resultante do exagero que faz apelo ao riso dá garantia de afastamento de qualquer lesão da honra ⁽²⁴⁴⁾.

Importa, contudo, saber como devemos encarar o requisito. O que se pretende é aferir a habilidade satírica do autor da mensagem? É aferir se a sátira pretendia ou não despertar o riso (ainda que não o consiga fazer), não sendo um mero instrumento de achincalhamento de uma pessoa? Se interpretado neste sentido, o pressuposto pode analisar-se como um mero expediente de sindicância da intencionalidade do agente, tendo uma natureza subjetiva. Se, pelo contrário, esta *obbligo di far ridere* for valorada pelo resultado objetivo, então não nos preocupa tanto a intencionalidade do sujeito, mas o sentido objetivamente incorporado na mensagem. Não cremos, contudo, que haja uma absoluta discrepância entre uma perspetiva subjetivista e uma perspetiva objetivista. Na verdade, a intencionalidade ⁽²⁴⁵⁾ que se perscruta há-de ser aferida em função do sentido transmitido pela sátira; e a comicidade não se pode aferir em função do sujeito a ou b, mas de acordo com o padrão do homem médio. Onde, afinal, o que está em causa, numa hipótese e noutra, é a potencialidade cômica da sátira ⁽²⁴⁶⁾.

Por fim, o requisito da *continenza* (continência) vem mostrar que, embora a sátira seja pela sua natureza exagerada, deve conter-se dentro de certos limites. A sentença do Tribunal de Roma de 13 de fevereiro de 1992 elencou uma série de meios ilícitos para difundir

⁽²⁴⁴⁾ António BEVERE/Augusto CERRI, *Il diritto di informazione*, 277 s.

⁽²⁴⁵⁾ Esta ideia explica-se pelo facto de, no quadro do direito civil, ser para este efeito indiferente saber se o comportamento do sujeito foi intencional ou negligente.

Relembre-se, porém, que a distinção entre dolo e negligência pode ser relevante, em geral, para efeitos de imputação objetiva (cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Princípi, 2013) e para efeitos de determinação do montante indemnizatório (cf. artigo 494.º CC).

⁽²⁴⁶⁾ António BEVERE/Augusto CERRI, *Il diritto di informazione*, 277 s. Segundo os autores, caso esteja ausente o requisito, o autor da sátira será sancionado pela alteração da verdade dos factos (falsa *conacra* ou falsa crítica).

mensagens satíricas: alteração de nome/imagem; atribuição de factos ofensivos; propagação de notícias que, por determinação legal, estejam sob segredo; rebaixamento de um produto e exaltação de um produto concorrente; combinações obscenas, repugnantes e desonestas, etc ⁽²⁴⁷⁾. Por seu turno, o Tribunal da *Cassazione*, numa decisão de 20 de outubro de 1998, considerou que a sátira haveria de se conter dentro do respeito pelos valores fundamentais da pessoa, sendo este limite superado sempre que a pessoa fique exposta ao desprezo da sua imagem pública. Sendo patente a cisão entre a crítica objetiva e a sátira, e havendo uma maior flexibilidade na valoração da última, a verdade é que ela não pode escapar a um controlo, não podendo infringir os valores fundamentais ⁽²⁴⁸⁾.

A contenção vai, portanto, além de uma mera ideia de correção em termos de uso de linguagem ⁽²⁴⁹⁾ ⁽²⁵⁰⁾. Se o que está em causa é a

⁽²⁴⁷⁾ António BEVERE/Augusto CERRI, *Il diritto di informazione*, 282 s. Segundo os autores, com apelo a demais doutrina italiana, este elenco não é caracterizado por um denominador comum, que se traduza num critério objetivo geral (cf. nota 18).

De notar que estes limites externos estão ligados ao que a mensagem satírica deve representar. O elenco de comportamentos, pretensamente satíricos, mas lesivos de outros valores fundamentais mostra que eles, em rigor, não se traduzem numa verdadeira sátira.

Cf., também, A. MASCIA, “Diritti della personalità”, 173.

⁽²⁴⁸⁾ Cf. A. MASCIA, “Diritti della personalità”, 174, citando *Cass. pen. sez. V*, 2/12/1999.

Cf., também, p. 175, referindo-se ao limite da continência verbal e da funcionalização da expressão usada ao escopo social de denúncia. Assim, refere a autora que não são legítimas as sátiras que ridicularizem o aspeto físico de uma pessoa, que apresentem uma feição agressiva e que não tenham qualquer conexão com a finalidade do escrito; e p. 176, dando como exemplo a ilicitude da sátira que ponha em causa a integridade profissional dos magistrados através da alusão a condutas lesivas de deveres funcionais de imparcialidade.

⁽²⁴⁹⁾ Admite-se, de facto, que a sátira possa conter expressões fortes e incisivas. A doutrina italiana, ao refletir sobre a produção jurisprudencial na matéria, ressalva, por isso, que a contenção da linguagem deve ser entendida *cum grano salis*. A sátira está recheada de expressões dúbias, metafóricas, incisivas, paradoxais, surreais, grotescas. O que não se pode, portanto, permitir é que a coberto destas características se violem direitos alheios. Não se pode usar a sátira para desprezar, achincalhar ou cobrir de ridículo uma pessoa. Do mesmo modo, não se pode usar a sátira para pôr em causa bens jurídicos fundamentais, que integram o núcleo da personalidade alheia.

⁽²⁵⁰⁾ Sobre a questão da utilização de expressões obscenas em certas obras de arte, formulando um problema que ultrapassa a própria definição dos contornos de licitude da sátira, cf. Filipe Albuquerque MATOS, *Responsabilidade civil por*

proibição de recurso a expressões gratuitamente ofensivas ⁽²⁵¹⁾, isso serve para impedir, por via da divulgação de uma mensagem satírica, a ofensa a bens jurídicos integrantes da personalidade humana ⁽²⁵²⁾. Ultrapassar-se-á o limite da licitude da sátira se ela for usada como um instrumento de ataque pessoal, sem que qualquer finalidade de interesse público lhe subjaza. Nessa medida, também o sentimento religioso deve ficar a salvo de ofensas gratuitas ainda que a coberto de um suposto exercício da liberdade de expressão e do sentido de humor.

A jurisprudência italiana oferece-nos alguns dados em matéria de sátira religiosa. Tais dados, não sendo absolutamente lineares, permitem-nos extrair algumas conclusões. Numa decisão datada de 24

ofensa ao crédito ou ao bom nome, 39 s.; Francesco CARNELUTTI, “Arte e oscenità”, *Il Foro Italiano*, LXX, 1947, 95 s. (também citado por Albuquerque Matos); Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, 532.

Em causa está saber se, atenta a dimensão artística, é ou não possível considerar obscena uma produção do espírito, ou, com outra densidade dogmática e usando a expressão de Albuquerque Matos, se as obras artísticas “podem socorrer-se de imagens, expressões ou outro tipo de manifestações suscetíveis de colocar dúvidas quanto à sua conformidade com o sentido ético-moral dominante em determinada comunidade num certo período histórico”.

Capelo de Sousa problematiza a questão no quadro do abuso do direito geral de personalidade. E diz a esse propósito que “um pintor pode representar uma figuração suscetível de ser considerada obscena pelos padrões estético-sociais vigentes, sem que isso constitua abuso do seu direito geral de personalidade ou do seu direito de liberdade de criação artística, até porque isso pode corresponder a uma fase evolutiva da sua personalidade. Mas já haverá abuso do seu direito geral de personalidade se expuser tal quadro a menores”.

⁽²⁵¹⁾ Vincenzo METAFORA, “Satira, opera satírica e diritto d’autore”, 768.

⁽²⁵²⁾ Não se exigiria, contudo, a correspondência à verdade, já que a sátira, na sua essência, a deturpa e exagera, nem se exigiria a correção da expressão. Cf., sobre o ponto, a *decisão do Tribunal de Roma de 5 de Junho de 1991*. A sátira não visa responder a exigências informativas, pelo que a ligação à realidade e a necessidade de cumprir critérios de expressão adequada se perdem.

No quadro do ordenamento jurídico português, cf., pela falta de pertinência à realidade fáctica, a posição de Filipe Albuquerque MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*, 313 s. Entende o autor que, porque o artigo 484.º CC exclui do seu âmbito de relevância os juízos valorativos, em regra a sátira não pode ser integrada na hipótese do citado preceito. Contudo, se as referências à realidade forem mais intensas, é possível aplicar o artigo 484.º CC. Caso não seja viável esta solução normativa, deve, como referido anteriormente, tutelar-se os bens jurídicos em causa por via do regime geral dos artigos 70.º e 483.º CC.

Novamente por referência à jurisprudência italiana, cf. *Cass. 5065/2013*, considerando que, se a sátira for acompanhada da comunicação de notícias, opera um limite adicional, qual seja a correspondência à verdade dos factos.

de outubro de 2006, o tribunal considerou que não constitui vilipêndio, mas exercício do direito de liberdade de manifestação do pensamento na forma de sátira a publicação de uma vinheta que, atingindo pessoas representativas da Igreja Católica, critica de forma grosseira e vulgar a posição desta em matéria de homossexualidade e de sexualidade ⁽²⁵³⁾. Numa outra sentença, considerou-se que não era ofensiva a referência ao instinto sexual do Santo Padre, num *cartoon* humorístico, por este não ter potencial ofensivo no confronto com a fé católica. Mas, em compensação, numa sentença de 18 de outubro de 1993, sublinhou-se que, se os factos, símbolos e pessoas pertencentes a uma religião não estão imunes ao direito de sátira, já haverá ofensa quando a sátira atinja o vilipêndio: “ostentação de desprezo, manifestação de blasfêmia, expressões de apreciação negativas, implicando desdém ou desestima generalizada em relação a cânones axiológicos universais e não circunscritos a determinada doutrina ou ideologia. A ofensa à religião pode, portanto, ocorrer apenas quando são depreciativamente postos em causa os valores ético-espirituais e as crenças fundamentais da religião em si mesma, como um todo ou em partes essenciais e qualificadas” ⁽²⁵⁴⁾.

Não nos parece que a cisão operada pelos tribunais italianos possa ser acolhida. De facto, como bem reconhece Colaïanni ⁽²⁵⁵⁾, a sátira vilipendiosa de uma confissão religiosa pode ser direta ou indireta, realizando-se neste último caso através do ataque a um seu representante.

A questão passará, portanto, em saber até que ponto há ou não um ataque ao núcleo essencial de uma religião de modo a afetar o sentimento religioso dos crentes. Não estamos, portanto, a valorar a ofensa em moldes subjetivistas, atendendo à sensibilidade de uma pessoa em particular, mas a ater-nos a dados objetivos que, partindo de um padrão de homem médio e olhando para a mensagem satírica, a interpretem por referência ao quadro teleológico e dogmático de uma dada confissão religiosa. Não restam, por isso, dúvidas quanto à ilicitude de publicações satíricas que caricaturem as três Pessoas da Santíssima Trindade em práticas sodomitas. Mesmo quando não seja o núcleo essencial de uma dada confissão religiosa a ser atingido,

⁽²⁵³⁾ *Trib. Latina* 24/10/2006, *apud* A. MASCIA, “Diritti della personalità”, p. 175.

⁽²⁵⁴⁾ *App. Firenze* 18 de Outubro de 1993, *apud* A. MASCIA, “Diritti della personalità”, p. 176.

⁽²⁵⁵⁾ NICOLA COLAIANNI, “Diritto di satira...”, cit., p. 19.

pode haver ilicitude do comportamento. Basta para tanto que a publicação satírica, lançando mão de uma linguagem ofensiva, ordinária ou não, associe uma dada religião a práticas indignas ou atentatórias dos direitos alheios ou dos bons costumes. É que, embora a sátira implique a deturpação e o exagero da realidade, tal hiperbolicização não pode ir ao ponto de induzir a ideia de uma prática imoral generalizada. Com isso, não só atenta, indiretamente, contra o núcleo essencial da própria religião em causa, como contende com a honra dos seus fiéis. Estaríamos, assim, diante de uma ofensa à honra, perpetrada sob designação coletiva. A ilicitude, porém, deve ser excluída, quando em causa esteja a prossecução de determinados interesses públicos. Repare-se que a crítica social subjacente a qualquer sátira não é suficiente, por si só, para justificar o achincalhamento de uma dada confissão religiosa. Na verdade, se a crítica é objetiva — e só nesse limite ela é legítima —, a sátira perde em objetividade o que ganha em sarcasmo e ironia. Donde a referida prossecução de interesses públicos há-de mostrar-se, em concreto, necessária, em nome de valores superiores. São estes que justificam a ataque, dissimulado ou não, ao sentimento religioso dos fiéis. Não quer isto dizer, contudo, que não seja possível a sátira pela sátira. A referência ao interesse público, sendo importante a este nível, só releva quando em causa esteja a necessidade de afastar uma eventual ilicitude da mensagem satírica. No fundo, ela só releva (ou pode relevar) em face de uma sátira vilipendiadora, achincalhadora, obscena. Estes critérios de sindicância da ilicitude da sátira são absolutamente compatíveis com uma dada conceção (com raízes personalistas) do direito subjetivo e com a possibilidade de desvelação do abuso do direito. Na verdade, eles mais não são do que formas de concretização desse abuso, adequadamente compreendido ⁽²⁵⁶⁾.

Fora da ideia de conflito com a liberdade religiosa, o direito à liberdade de expressão conhece igualmente limites. Tem-se entendido, na verdade, que esta dimensão da liberdade conhece limites no insulto gratuito, na intenção enganadora, no incitamento ao ódio.

⁽²⁵⁶⁾ O problema torna-se mais complexo do ponto de vista da religião hebraica e muçulmana, uma vez que há uma proibição absoluta de representação do divino. Referindo este ponto, cf. Nicola COLAIANNI, “Diritto di satira”. Devemos, por isso, recordar que o direito é um produto histórico-cultural e que as valorações que lhe são ínsitas bebem da consciência jurídica geral determinada pela inserção num dado contexto social, num determinado momento.

A estes acrescentar-se-ão outros limites, decorrentes de um eventual abuso do direito e da colisão de direitos ⁽²⁵⁷⁾.

III. Mas outros são os problemas que se podem colocar a este nível. Pode a liberdade de culto justificar práticas que configurem uma violação da personalidade própria ou alheia? Impõem-se limites, cabendo à doutrina a fixação de critérios de delimitação da licitude dos comportamentos ⁽²⁵⁸⁾.

IV. Tutela-se ainda o direito à sensibilidade e à alma, ou seja, o direito a não ser alvo de campanhas políticas, religiosas, ideológicas.

5.6.5. Direito à identidade

O direito à identidade integra a tutela do nome e do pseudónimo, tal como integra o direito a não ser associado a qualquer ideologia política, religião que a pessoa não comungue ou professe. Particulares direitos como o direito à identidade genética ou o direito à integridade genética, a implicar a proibição da duplicação da pessoa através da clonagem, podem também ser reconduzidos ao núcleo essencial do direito à identidade ⁽²⁵⁹⁾.

Tutelam-se, ainda, a este nível os títulos nobiliárquicos.

Na verdade, logo em 1910, determinou-se que os títulos nobiliárquicos se têm por abolidos para a República, o que, segundo a interpretação da doutrina ⁽²⁶⁰⁾, não impediria que outras entidades, designadamente de índole associativa, os reconhecessem. E se esta solução permissiva parecia ser posta em causa com o Código de Registo Civil de 1911, a Lei de 10 de julho de 1912 viria consagrar uma solução de manutenção dos títulos anteriores, tendo-se ido ao ponto de, por força do Decreto n.º 10537, de 12 de fevereiro de 1925, prever formas de repressão do uso abusivo dos títulos. E se os Códigos de Registo Civil de 1958, 1967 e 1978 só permitiam as referências nobiliárquicas quando os intervenientes provassem que estavam na posse

⁽²⁵⁷⁾ Sobre o ponto, Elsa Vaz SEQUEIRA, *Dos pressupostos da colisão de direitos no Direito Civil*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2004.

⁽²⁵⁸⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, 57.

⁽²⁵⁹⁾ Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 365.

⁽²⁶⁰⁾ A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, IV, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, 308 s.).

e uso do título anteriormente a 5 de outubro de 1910, o Código de Registo Civil de 1995, ao alterar a regra para a permissão da referência quando os interessados provassem que têm direito à posse e uso de título existente antes de 5 de outubro de 1910, permitiu que o interessado pudesse reivindicar a tutela do seu título mesmo que não os usasse antes da data indicada, o que viabilizou a admissibilidade da transmissão ⁽²⁶¹⁾. Em causa está, portanto, o reconhecimento da relevância cultural e histórica dos títulos nobiliárquicos para a afirmação da identidade nacional, ao ponto de autores como Menezes Cordeiro terem criticado veementemente a reforma do Registo Civil de 2007, que revogou os preceitos do Código que, anteriormente, garantiam a solução do reconhecimento e transmissão dos títulos. De acordo com o insigne civilista, estamos perante uma revogação que sofre de uma inconstitucionalidade não só orgânica, como material, por pôr em causa a salvaguarda de direitos fundamentais e por contrariar o artigo 78.º/2, c) CRP, nos termos do qual incumbe ao Estado promover a salvaguarda e a valorização do património cultural, tornando-o elemento vivificador da identidade cultural comum. Nas palavras de Menezes Cordeiro, “os títulos nobiliárquicos legítimos não surgem como meros objetos de direitos por parte dos beneficiários; eles representam um acervo histórico-cultural que pertence, coletivamente, a todos os portugueses” ⁽²⁶²⁾.

Doutrina e jurisprudência ⁽²⁶³⁾ reconhecem a imperiosa necessidade de tutela dos títulos nobiliárquicos como dimensão essencial da personalidade humana, considerando que a mesma se integra quer na ampla proteção dispensada pelo artigo 70.º CC, quer na proteção específica conferida ao direito ao nome pelo artigo 72.º CC, a partir do qual, através de uma adequada extensão teleológica, se poderia retirar um direito a usar o próprio título nobiliárquico e o direito a opor-se a que outrem o use ilicitamente. Em causa estaria, ademais, segundo Menezes Cordeiro ⁽²⁶⁴⁾, a necessidade de evitar a confusão

⁽²⁶¹⁾ Cfr. A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, IV, 316; A. Menezes Cordeiro, “Títulos nobiliárquicos e registo civil — A inconstitucionalidade da reforma de 2007”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 69/3, 2009, 1 s.; João Paulo Remédio Marques, “Alteração ao nome — referências nobiliárquicas”, *Lusíada — Revista de Ciência e Cultura*, 1-2, 2001, 156 s.).

⁽²⁶²⁾ A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, IV, 323.

⁽²⁶³⁾ Cfr. Ac. STJ 15-5-2014, Proc. n.º 150/13-3YHLSB.L1.S1, relator Salazar Casanova; Ac. STJ 21-4-2022, Proc. n.º 1225/20.8YRLSB.S1, relatora Fátima Gomes).

⁽²⁶⁴⁾ Cfr. A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, IV, 317.

da identidade pessoal do sujeito, que poderia ser beliscada pela não consideração arbitrária do direito ao título, ficando a pairar a suspeita de uma indignidade, o que, por seu turno, poderia afetar a honra e a reputação, abrindo as portas a uma eventual reparação.

Entende-se que assim seja. Não só ao nível da honra se tutela a honra familiar, como a identidade do sujeito não deixa de o ligar indelivelmente a uma família à qual pertence e da qual depende para o desenvolvimento integral das suas capacidades. O título nobiliárquico, tendo a sua origem nas distinções oferecidas pelas funções militares desempenhadas, permite, sem quebra do princípio da igualdade, por não implicar quaisquer privilégios ou isenções de deveres, não só que outros não deturpem a imagem de uma família, da qual o titular também faz parte, o que poderia contender com a sua própria reputação, como que uma dimensão da história da pessoa, a partir da qual a sua identidade se constrói, continue a ser lembrada.

5.6.6. Direito à imagem

I. O direito à imagem, traduzindo-se no poder que o titular tem de controlar os sinais visuais de identificação da pessoa ⁽²⁶⁵⁾, refere-se ao retrato, que não tem de se restringir ao rosto de uma pessoa. O artigo 79.º/1 CC proíbe a exposição, reprodução, divulgação ou comercialização do retrato de uma pessoa sem o seu consentimento. De acordo com a melhor doutrina, porém, o preceito integra no seu âmbito de relevância a proibição da captação da imagem. Para Capelo de Sousa, a articulação entre a tutela especial e a tutela geral permite que, mesmo não havendo referência à captação no artigo 79.º CC, se extraia a ilicitude de tal comportamento do núcleo de proteção do artigo 70.º CC ⁽²⁶⁶⁾. Numa outra perspetiva, do nosso ponto de vista preferível em termos metodológicos, pode-se considerar que, implicando a captação da imagem a perda de controlo que o titular do direito tem sobre os seus sinais visuais de identificação exterior e o agravamento do risco de divulgação da mesma, se integra ainda, por extensão teleológica, no âmbito de proteção do artigo 79.º/1 CC ⁽²⁶⁷⁾. Repare-se, porém, que pode haver divulgação sem captação. Basta

⁽²⁶⁵⁾ Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 366.

⁽²⁶⁶⁾ Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 365.

⁽²⁶⁷⁾ Parece ser esta, também, a posição de Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 213.

pensarmos, como muitos autores nos chamam a atenção, na reprodução mímica.

II. O direito à imagem pode ser limitado pelo consentimento, que pode ser, inclusivamente, vinculante. Contudo, o artigo 79.º/2 CC dispensa o consentimento nas situações ali previstas, consagrando justificações para a violação do direito à imagem. Entre tais justificações encontram-se as finalidades de justiça (exige-se que a divulgação seja o único meio de satisfazer tais interesses de justiça); finalidades científicas (embora não se deva permitir a identificação da pessoa); quando pessoa esteja inserida em lugares públicos, desde que esteja em causa a divulgação do evento público e não se utilize o mesmo para fixar a imagem de uma única pessoa. Mas mesmo nesses casos há que ter em conta que pode ser necessário utilizar técnicas que impeçam a identificação da pessoa ⁽²⁶⁸⁾. Haverá, ainda, justificação para a divulgação em caso de notoriedade da pessoa. Esta exceção implica, porém, uma íntima ligação com a tutela do direito à privacidade.

III. Na verdade, o direito à imagem surge profundamente ligado a outras esferas da personalidade. Através da divulgação de uma imagem podem ser violados outros direitos: direito à verdade pessoal (direito a que não se manifeste algo que não corresponde à verdade pessoal), direito à identidade (direito a que a pessoa não seja associada a uma realidade que não corresponde às suas opções de vida), direito à honra, direito à privacidade. Mota Pinto aduz, concretamente, que o direito à imagem se traduz muitas vezes numa concretização do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada.

IV. A este propósito, urge considerar a possibilidade de violação do direito à privacidade através da imagem, no que respeita às figuras públicas ⁽²⁶⁹⁾. A partir de um caso que envolveu a Princesa Carolina do Mónaco, formularam-se duas posições acerca da possibilidade de divulgação da imagem em caso de notoriedade da pessoa. Por um lado, afirmou-se o chamado *critério do isolamento*, considerando-se possível a captação de fotografias de figuras públicas mesmo quando não se encontrem no exercício das funções pelas

⁽²⁶⁸⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, 84.

⁽²⁶⁹⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, 86.

quais se tornaram conhecidas. Haveria, apenas, uma exceção: não seria possível a captação da fotografia quando a pessoa notória se encontrasse num local onde se comporta de forma diferente do que aquele que adotaria num local público, como por exemplo, em casa, num restaurante reservado, numa praia recôndita, *etcetera*. Em contraposição, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem consagrou o *critério do interesse público no conhecimento dos factos*, ou seja, não é permitida a captação de fotografias de figuras públicas se, mesmo encontrando-se em locais públicos, não estejam direta ou indiretamente a exercer as funções pelas quais se tornaram conhecidas ⁽²⁷⁰⁾.

V. No tocante à notoriedade, mais do que uma causa de justificação, podemos falar de uma causa de legitimação, por, por essa via, se excluir o desvalor de resultado que ela leva pressuposto. Entende-se que assim seja. As figuras públicas necessitam da exposição mediática para cumprirem muitos dos seus objetivos profissionais. A divulgação da imagem não só não surge acompanhada por um desvalor, como se traduz numa forma de exercício do direito por parte do (suposto) lesado, permitindo uma aproximação à intencionalidade subjacente às formas de consentimento vinculante e autorizante. A ser assim, parece ser mais coerente aderir ao critério do interesse público no conhecimento dos factos.

VI. A tripartição e consequente qualificação da hipótese prevista no artigo 79.º/2 CC, no segmento relativo às pessoas notoriamente conhecidas, como uma hipótese de legitimação pode permitir a solução de casos como aquele que resultou do facto de um famoso jogador de futebol ter vindo exigir uma indemnização ao produtor de um jogo de computador que usou a sua imagem, a par da de outros jogadores, para desenvolver o produto.

Se se poderá sempre colocar o problema do ponto de vista do enriquecimento sem causa, a natureza subsidiária do instituto determina que se tenha de questionar acerca da possibilidade de resolver a questão sob a ótica responsabilidade civil.

Ora, se a notoriedade da pessoa retratada dispensa o consentimento da mesma, quando esteja em causa a exposição, reprodução

⁽²⁷⁰⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, 86 s., com amplo desenvolvimento na análise do caso Carolina do Mónaco.

ou o lançamento no comércio da imagem, haveremos de, na determinação de uma eventual ilicitude do ato, indagar qual o alcance da legitimação que é comunicada pela referida notoriedade. Tal como a consideração do âmbito de relevância da legitimação nos leva a defender que haja um nexo funcional entre as imagens em causa e as funções pelas quais a pessoa se tornou conhecida, também se deve partir do âmbito concreto da legitimação por esta via operada para determinar em que medida ela abrange o aproveitamento económico do bem jurídico em apreço.

5.6.7. Direito à privacidade

O direito à privacidade está consagrado no artigo 80.º CC. E integra-se entre o elenco dos direitos que assentam na ideia de dignidade da pessoa humana, sendo, por isso, reconhecido e não atribuído pelo ordenamento jurídico. Nas palavras de Pais de Vasconcelos, “a dignidade da pessoa exige que lhe seja reconhecido um espaço de privacidade em que possa estar à vontade, ao abrigo da curiosidade dos outros, sejam eles simplesmente os vizinhos, ou sejam as autoridades públicas ou os meios de comunicação social, ou sejam quaisquer outras pessoas” ⁽²⁷¹⁾.

Entendido como um direito especial de personalidade, é também visto como elemento integrador do objeto do direito geral de personalidade, previsto no artigo 70.º CC ⁽²⁷²⁾. Não se confundindo com a *privacy* norte-americana ⁽²⁷³⁾, o direito diz respeito à faculdade que

⁽²⁷¹⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, 88.

⁽²⁷²⁾ Cf. Pedro Pais de VASCONCELOS, “Proteção de dados pessoais e direito à privacidade”, *Direito da Sociedade da Informação*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, 249; Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006, 76 s.; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II/III, 90, e *Tratado de Direito Civil*, IV, Almedina, Coimbra, 2007, 254 s.; R. Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 318 s.; Paulo Mota PINTO, “Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 69, 1993, 479-586; Paulo Mota PINTO, “A proteção da vida privada e a constituição”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 76, 2000, 153 s.

⁽²⁷³⁾ Sobre a não confusão entre a *privacy* e a privacidade, cf. Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional*, AAFDL, Lisboa, 2015, 267. A questão passa, conforme explicita o autor, pela integração na *privacy* de dois elementos, a *decisional privacy* e a *informational privacy*. Enquanto a primeira diz respeito a comportamentos do indivíduo, ditados por decisões próprias relativamente às quais

cada um tem de controlar — não revelando e não permitindo que outros revelem — os mais variados aspetos ligados à sua vida privada. Repare-se que o direito não implica só a tutela de acontecimentos que ocorram em lugares privados, já que certos episódios da vida privada, como conversas, podem ter lugar em locais públicos, não podendo ser reveladas.

Há violação do direito não só com a divulgação de factos, mas também com a tomada de conhecimento desses factos

De acordo com Capelo de Sousa, “a reserva juscivilisticamente tutelada abrange não só o respeito da intimidade da vida privada, em particular a intimidade da vida pessoal, familiar, doméstica, sentimental e sexual e inclusivamente os respetivos acontecimentos e trajetórias, mas ainda o respeito de outras camadas intermédias e periféricas da vida privada, como as reservas do domicílio e de lugares adjacentes, da correspondência e de outros meios de comunicação privada, dos dados pessoais informatizáveis, dos lazeres, dos rendimentos patrimoniais e de demais elementos privados da atividade profissional e económica, bem como (...) a própria reserva sobre a individualidade privada do homem no seu ser para si mesmo, *v. g.* sobre o seu direito a estar só e sobre os caracteres de acesso privado do seu corpo, da sua saúde, da sua sensibilidade e da sua estrutura intelectual e volitiva”.

se reivindica um *right to be alone*, e se tentam justificar práticas como o aborto, as relações homossexuais, etc (cf. p. 364), a segunda diria respeito à proteção de dados.

Sobre esta perspetiva norte-americana da privacidade, cf., igualmente, Paulo Mota PINTO, “Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, 479 s.

Refira-se, pela importância das questões, que não é possível configurar um direito a ser deixado só no sentido de legitimar comportamentos que atentam diretamente contra a dignidade da pessoa humana, enquanto categoria ética. Ao individualismo alicerçador dessa perspetiva opomos o personalismo e uma conceção do direito na qual ele não pode ser pensado sem o salto para o patamar ético-axiológico.

Para uma referência ao problema, cf. Mafalda Miranda Barbosa, “Em busca da congruência perdida em matéria da proteção da vida do nascituro — a perspetiva juscivilística”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 92, tomo I, 2016, 23 s. e “Autonomia e dignidade a propósito do fim da vida”, *O Direito*, ano 148.º, tomo II, 2016, 233.

Veja-se, ainda, Paulo Mota PINTO, “A proteção da vida privada e a constituição”, O autor analisa a concretização que o Tribunal Constitucional faz do direito à reserva da intimidade da vida privada. Ora, desta análise, conclui que a jurisprudência do Tribunal Constitucional parece “evoluir no sentido de uma restrição do direito à proteção da vida privada a um direito relativo à informação sobre a vida privada”, excluindo-se do seu âmbito o direito à liberdade da vida privada.

Já Paulo Mota Pinto refere que, no quadro da privacidade, se incluem aspetos como a identidade, dados pessoais, como a filiação, residência, o número de telefone, o estado de saúde, a vida conjugal, afetiva, os afetos, os ódios, os projetos de casamento, de divórcio, a vida do lar, o passado de uma pessoa, a sua situação financeira, as heranças que recebeu, os prémios de jogos que ganhou, os passatempos, os dias e locais de férias, as deformações físicas, os hábitos sexuais, entre muitos outros ⁽²⁷⁴⁾.

Talvez tenha sido, exatamente, a multiplicidade de elementos que se integram na tutela da privacidade que levou a doutrina, embora não sem críticas ⁽²⁷⁵⁾, a distinguir diversas esferas de proteção: a esfera pessoal (a abranger aspetos pessoais, como fotografias, animais domésticos, automóvel que a pessoa guia, etc.), a esfera privada (referida a aspetos ligados à pessoa, como os seus gostos ou preferências) e a esfera de segredo (na qual se incluem as informações secretas pela sua natureza — códigos secretos, diários íntimos, história clínica — e as informações secretas por determinação da pessoa — *v. g.* o segredo de confissão) ⁽²⁷⁶⁾. Tais esferas de privacidade são cada vez mais profundas

⁽²⁷⁴⁾ Paulo Mota PINTO, “Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, 479 s. Cf., ainda, A. Pinto MONTEIRO, Paulo Mota PINTO, Mafalda Miranda BARBOSA, “A teoria geral do direito civil nos cem anos do Boletim da Faculdade de Direito”, *Boletim da Faculdade de Direito (volume comemorativo do centenário do BFD)*, 91, 2015, 379-422, analisando este estudo do autor.

⁽²⁷⁵⁾ Para um olhar crítico, cf. Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 477 s. Cf., igualmente, Paulo Mota PINTO, “A proteção da vida privada e a constituição”, 167, defendendo que ela só faz sentido para efeitos de graduação da gravidade da ofensa.

⁽²⁷⁶⁾ Sobre a teoria das três esferas, cf. Heinrich HUBMANN, *Persönlichkeitsrecht*, 1953, 216 s.; Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 319; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, 261 s.; Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direitos de personalidade*, 80. Pais de Vasconcelos fala em esfera íntima, esfera privada e esfera da vida pública. A primeira compreenderia o que de mais secreto existe na vida da pessoa, que este nunca ou quase nunca compartilharia com os outros ou que comunga com pessoas muitíssimo próximas; na esfera da privacidade incluir-se-iam aspetos da vida pessoal fora da intimidade, cujo acesso a pessoa permite a pessoas das duas relações, mas não a desconhecidos ou ao público; a esfera pública albergaria tudo o mais, aquilo a que na vida em relação e na inserção social todos têm acesso. Mais acrescenta o autor que “se há que distinguir estratos, não se encontra justificação para que sejam apenas estes três”. Em *Direito do Trabalho*, I, 557 s., Menezes Cordeiro adere a uma visão que distingue cinco esferas: esfera pública “(própria de políticos, atores, desportistas ou outras celebridades, ela implica uma área de condutas propositadamente acessível ao público,

e merecedoras de maior tutela. Nessa medida, auxiliam-nos na tarefa de concretização das possíveis violações da privacidade. Mas há que ter em conta, porém, que a distância entre o que é público e o que é privado é gradativa, ficando dependente das circunstâncias do caso concreto ⁽²⁷⁷⁾. Nas palavras de Pais de Vasconcelos, “a polaridade entre o público e o privado corresponde a uma escala progressiva e gradual, sem quebras de continuidade nem saltos bruscos, entre o que é totalmente privado e vedado ao conhecimento e ao contacto dos outros e o que é completamente aberto e se partilha com toda a gente. É difícil, se não mesmo impossível, estabelecer padrões previamente definidos e precisamente delimitados de níveis de privacidade. Tudo depende de tudo. Das pessoas, de cada pessoa, da sua sensibilidade e das suas circunstâncias; das necessidades e exigências da sociedade relativas ao conhecimento e à transparência da via em comum. É a sempre presente dialética entre o eu e os outros, entre o interesse pessoal e o bem comum, entre o subjetivo e o objetivo, entre direito subjetivo e direito objetivo” ⁽²⁷⁸⁾.

A inequívoca importância do direito à privacidade, por ser nela que o homem encontra o espaço vital de confiança para se desenvolver plenamente, não faz do direito em questão uma posição jus-subjetiva absoluta no sentido de ilimitada. Pelo contrário, conhece limites que resultam da confluência e do possível conflito com outros

independentemente de concretas autorizações”); esfera individual-social (“reporta-se ao relacionamento social normal que as diversas pessoas estabelecem com amigos, colegas e conhecidos; a reprodução de imagens será aí possível, salvo proibição, mas apenas para circular nesse mesmo meio”); esfera privada (“tem a ver com e vida privada comum da pessoa: apenas acessível ao círculo da família ou dos amigos mais estreitos, equiparáveis a familiares”); esfera secreta (“abrange o âmbito que o próprio tenha decidido não revelar a ninguém”); esfera íntima (“reporta-se à vida sentimental ou familiar no sentido mais estreito — cônjuge e filhos; tem uma tutela absoluta”).

⁽²⁷⁷⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direitos de personalidade*, 81 s.

A este propósito, tenha ainda em conta Paulo Mota PINTO, “Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, 500, alertando para a dificuldade de definir os contornos da privacidade e vincando a importância de forjar um critério que nos afaste da absoluta relatividade. Simultaneamente, rejeita o critério de lugar, sublinhando que há episódios da vida privada merecedores de tutela que podem ter lugar em sítios públicos. Não confere, de facto, relevo à distinção, para estes efeitos, entre vida privada e intimidade da vida privada, além do mais, também por deverem ser incluídos nessa tutela igualmente acontecimentos que hajam decorrido publicamente.

⁽²⁷⁸⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direitos de personalidade*, 81.

direitos, por um lado, e, por outro lado, do fundamento axiológico em que se louva.

Significa isto que, porque a privacidade de que se cura é a privacidade da pessoa e não do indivíduo, o direito em questão não serve para recortar um círculo de autismo solipsista. A pessoa, ser em relação, terá de necessariamente confrontar-se com o outro, pelo qual se reconhece como digno, ao qual — nos seus diversos papéis e estatutos — terá de revelar dados da sua privacidade, ou porque o deseja, ou porque tal se torna necessário no quadro da interação societária.

Significa isto que, se no quadro do direito à privacidade, são proibidas as perseguições, a invocação de um direito a ser deixado só (*right to be alone*) não pode conhecer, no ordenamento jurídico pátrio, o alcance com que é perspectivado por alguns autores no horizonte da *Common Law* ⁽²⁷⁹⁾. A invocação do direito aí serve para fundamentar comportamentos que seriam considerados ilícitos (*v. g.* o aborto). Na verdade, como referido *supra*, o direito à privacidade (ou à reserva da privacidade) não tem entre nós o sentido da *privacy* norte-americana, de pendor decisório.

Por vezes, fala-se de um direito ao esquecimento. O problema tem sido colocado com acuidade a propósito de realidades como as redes sociais e ganha importância capital ao nível da proteção de dados pessoais. Consagrado expressamente no Regulamento Geral de Proteção de Dados, cremos que ele deve ser compreendido com cautelas. Por um lado, o direito ao esquecimento não é absoluto e pode ceder perante a existência de um interesse público na divulgação da informação. Por outro lado, o direito ao esquecimento não deve ser confundido com o direito à desindexação da informação de motores de busca.

⁽²⁷⁹⁾ Mas significa, também, que se vão recortar limites ao direito por força da interação intersubjetiva. Pense-se, por exemplo, na situação dos menores e dos maiores acompanhados, que, sendo titulares do direito, podem vê-lo restringido nas suas relações com os representantes legais. O poder de vigiar o menor ou, nalguns casos, o maior acompanhado pode determiná-lo. Mas, a existência de uma vida em comum não significa que a sua reserva de vida privada desapareça. Só poderão interferir na vida privada do menor ou do incapaz quando isso seja imprescindível para levar a cabo as suas obrigações em relação a eles. Sobre o ponto, cf. Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 432. Já no caso dos cônjuges, há que compatibilizar o direito com os deveres de assistência e de cooperação, pois destes pode decorrer o dever de partilhar informações íntimas com o outro cônjuge. Novamente, *vide* Capelo de Sousa.

As pessoas famosas também são protegidas na sua privacidade. É verdade que a sua esfera de privacidade está limitada em relação às demais pessoas, sobretudo porque são elas próprias que procuram a exposição pública, da qual depende o seu sucesso pessoal e profissional, não podendo depois reivindicar o mesmo grau de proteção dos que não são conhecidos; é o chamado peso da fama. Não obstante, isto não implica que a sua esfera de privacidade se apague. Designadamente, a esfera de segredo mantém-se inalterada e a esfera pessoal continua a ser protegida ⁽²⁸⁰⁾.

Em qualquer caso, o direito à privacidade pode ser limitado pelo direito à informação (direito a informar e a ser informado). Contudo, tem de estar em causa uma função informativa e não recreativa ou a mera curiosidade do público ⁽²⁸¹⁾.

Na sequência da morte da Princesa de Gales, depois da perseguição de *paparazzi*, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, através da Resolução 1165 (1998), considerou que o direito à não interferência inclui quer a proteção dos sujeitos contra os poderes públicos, como também contra os privados, onde se incluem os meios de comunicação social. Seria, por isso, fundamental encontrar critérios de compatibilização entre o exercício do direito à liberdade de expressão e informação e o direito à privacidade.

5.6.8. Direito à honra

I. O direito à honra tem sido entendido como o direito à reputação, ou seja, o direito a que não sejam divulgados factos atentatórios da imagem exterior que os outros têm da pessoa, ainda que esses factos sejam verdadeiros, já que, como veremos, a veracidade daquilo que se divulga não exclui a ilicitude do ato.

A doutrina tem distinguido, a este propósito, uma vertente pessoal/subjectiva e uma vertente social/objetiva da honra ⁽²⁸²⁾. Pedro Pais de Vasconcelos refere que, “na primeira [na honra pessoal], traduz-se no respeito e consideração que cada pessoa tem por si própria; na

⁽²⁸⁰⁾ Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, cit.; Paulo Mota PINTO, “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 69, 1993, 479-586.

⁽²⁸¹⁾ Pais de VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, 86 s.

⁽²⁸²⁾ Nesse sentido, Pais de VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, 76 s.; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/III, 143.

segunda [na honra social], traduz-se no respeito e consideração que cada pessoa merece ou de que goza na comunidade a que pertence” ⁽²⁸³⁾. Assim, “a perda ou lesão da honra — a desonra — resulta, ao nível pessoal (...) na perda do respeito e consideração que a pessoa tem por si própria, e ao nível social, objetivo, pela perda do respeito e consideração que a comunidade tem pela pessoa” ⁽²⁸⁴⁾.

Também Menezes Cordeiro adere à dicotomia. Nas suas palavras, “podemos distinguir a honra social ou exterior, que exprime o conjunto de apreciações valorativas ou do respeito e deferência de que cada um disfruta na sociedade e a honra pessoal ou interior, que corresponde à auto-estima ou imagem que cada um faz das suas próprias qualidades” ⁽²⁸⁵⁾.

Em qualquer dos casos, estamos diante de uma conceção fáctica de honra, no quadro da qual o critério da ofensa é dado pela alteração empiricamente comprovável de certos elementos de facto ⁽²⁸⁶⁾. Ora, consoante explicita Faria Costa, estes conceitos apresentam insuficiências: a honra subjetiva nunca poderá ser afetada, uma vez que ela pertence inteiramente à pessoa; por outro lado, deixam-se sem proteção aqueles que, por qualquer razão, não têm capacidade para sentir a ofensa ou não se sintam dignas de honra, do mesmo modo que se protegem excessivamente as pessoas que têm uma exacerbada auto-estima ⁽²⁸⁷⁾. Por seu turno, se nos ativéssemos a uma conceção objetiva, consoante aduz Faria Costa, estaríamos a equiparar a honra de uma pessoa ao real juízo valorativo que os demais membros da comunidade fazem dela, pelo que ela seria sempre volátil ⁽²⁸⁸⁾.

Importa, por isso, partir de uma conceção normativa, que parta da ideia de que só pelo facto de ser pessoa cada um merece respeito ⁽²⁸⁹⁾. Distingue-se, aí, uma conceção normativo-social, para a qual a honra nasce da consideração do conjunto de relações interpessoais; e uma conceção normativo-pessoal, segundo a qual a honra seria um aspeto da personalidade de cada um, inato e radicado na

⁽²⁸³⁾ Pais de VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, 76.

⁽²⁸⁴⁾ Pais de VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, 76.

⁽²⁸⁵⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/III, 143.

⁽²⁸⁶⁾ Faria COSTA, “Crimes contra a honra”, *Comentário conimbricense do código penal*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, 601 s.

⁽²⁸⁷⁾ Faria COSTA, *Comentário conimbricense*, 603 s.

⁽²⁸⁸⁾ Faria COSTA, *Comentário conimbricense*, 604 s.

⁽²⁸⁹⁾ Faria COSTA, *Comentário conimbricense*, 605.

ineliminável dignidade do ser humano, pelo que seria indiferente ao valor social de cada um ⁽²⁹⁰⁾. Se a identificação entre a honra e a dignidade pessoal se percebe com meridiana clareza, ela pode conduzir, segundo explicita Faria Costa, à falta de densificação do bem jurídico, o que determina que a honra deva ser compreendida como um bem jurídico complexo, que inclui o valor pessoal de cada sujeito, radicado na sua dignidade e a reputação ou consideração exterior ⁽²⁹¹⁾.

Dentro da honra podemos distinguir uma esfera invariável de honra, a identificar-se com a ideia de dignidade da pessoa humana, à qual se alia uma honra familiar, que não podem ser limitadas. A par desta esfera invariável de honra, deparamo-nos com formas de honra que variam em função das circunstâncias: a honra profissional, o crédito, o decoro. Honra variável em função das circunstâncias — honra profissional, crédito, direito ao decoro.

II. As ofensas à honra podem surgir por diversas formas: desde logo, podemos estar diante de ofensas diretamente perpetradas ou indiretamente perpetradas; podemos estar diante da afirmação de factos desonrosos ou do proferimento de juízos de valor desonrosos; podemos deparar-nos com hipóteses em que a pessoa dirige a ofensa ao lesado (injúria) ou perante situações em que difunde os factos desonrosos a terceiros (difamação); podemos estar em face de imputação de factos com certeza ou sob a forma de suspeita; podemos confrontar-nos com afirmações falsas ou verdadeiras desonrosas ⁽²⁹²⁾. Quanto a este ponto, importa sublinhar, de facto, que a *exceptio veritatis* não configura por si só fundamento para excluir a ilicitude do ato. A veracidade ou a verosimilhança das afirmações só pode afastar o carácter ilícito do ato, se se verificar igualmente um interesse legítimo na divulgação da informação. Além disso, importa ter em conta que o juízo é mais severo no tocante à divulgação de factos do que relativamente a juízos de valor.

⁽²⁹⁰⁾ Faria COSTA, *Comentário conimbricense*, 607 s.

⁽²⁹¹⁾ Faria COSTA, *Comentário conimbricense*, 612.

⁽²⁹²⁾ Sobre o ponto, cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português* I/III, 148, abrindo várias hipóteses: afirmações falsas só por si; afirmações dubitativas («aquele fulano é honesto?»); afirmações verdadeiras, mas que inculcam o contrário do que digam ou insinuam coisa diversa; afirmações verdadeiras, mas sem contexto; afirmações verdadeiras, mas desinseridas de um contexto; afirmações verdadeiras, mas protegidas; afirmações totalmente verdadeiras.

III. Esta ideia é particularmente relevante para lidar com os múltiplos conflitos que podem suscitar-se entre o direito à honra e o direito à liberdade de expressão e de informação, bem como o direito à liberdade de imprensa. Tradicionalmente, tem-se entendido que os direitos em questão não podem atentar contra a honra de outra pessoa, salvo se estiver em causa um interesse legítimo ou, no caso da comunicação social, um interesse público (distinto de um interesse do público) que se sobreponha àquele e salvo se a divulgação for feita de forma a não exceder o necessário a tal divulgação. Designadamente, entende-se que só prevalece o direito a informar se ele for essencial para a tomada de decisão (direito ao esclarecimento) e quando se prosseguem interesses legítimos. Além disso, deve observar-se o princípio do mínimo dano (o meio utilizado não pode ser excessivo e deve ser o menos gravoso para a honra da pessoa visada. Havendo excesso, mesmo que haja interesse público, haverá ilicitude) ⁽²⁹³⁾. Não se esqueça, porém, o que se referiu anteriormente a propósito das mutações acerca do entendimento jurisprudencial dos limites do direito à liberdade de expressão.

IV. Particularmente interessante é, também, o problema das ofensas à honra perpetradas de forma coletiva. Pense-se, por exemplo, na hipótese de António afirmar que todos os polícias são corruptos. Pode Bernardo, polícia, sente-se ofendido e pretende reagir. Poderá fazê-lo? A dúvida tem sido colocada além-fronteiras e no nosso ordenamento jurídico ⁽²⁹⁴⁾. Na Alemanha, responde-se afirmativamente. Devemos, porém, exigir que seja possível a delimitação da incidência subjetiva da ofensa, designadamente, haveremos de concluir que através daquele comportamento foi efetivamente lesado o bem da personalidade do sujeito concretamente considerado.

5.6.9. Direito ao livre desenvolvimento da personalidade

Em Portugal, a doutrina tem vindo a interpretar o direito ao livre desenvolvimento da personalidade à luz dos contributos da doutrina e jurisprudências alemãs ⁽²⁹⁵⁾. Paulo Mota Pinto, a este propósito,

⁽²⁹³⁾ Pais de VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, 78 s.

⁽²⁹⁴⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português* I/III, 152.

⁽²⁹⁵⁾ Paulo Mota PINTO, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, *Direitos de personalidade e direitos fundamentais*, Coimbra, Gestlegal, 2018, nota 19.

recorrendo aos trabalhos preparatórios da revisão constitucional de 1997 e tomando como modelo os textos constitucionais alemão e espanhol, aduz que a consagração do direito ao desenvolvimento da personalidade teve sobretudo em vista a “tutela da individualidade e, em particular, das suas diferenças e autonomia” ⁽²⁹⁶⁾. Significa isto, na visão do autor, que se consagra um direito à diferença, isto é, a possibilidade de o homem adotar o seu estilo de vida, desde que não cause danos a terceiros ⁽²⁹⁷⁾. Contudo, não deixa de sublinhar que o seu conteúdo é mais amplo, envolvendo uma dimensão social, já que “as possibilidades de realização do indivíduo isoladamente são, necessariamente, limitadas”, pelo que o desenvolvimento da personalidade implicará a mediação do mundo e, assim, integrará também “exigências ou diretiva ao legislador, no sentido protetivo desse desenvolvimento” ⁽²⁹⁸⁾. E, por outro lado, não deixa de reconhecer ao direito uma dupla dimensão que, rememorando o ordenamento jurídico alemão, aponta quer para a proteção geral da personalidade (um direito geral de personalidade) quer para a liberdade geral de ação ⁽²⁹⁹⁾.

Na base do pensamento do autor está a ideia de que o artigo 26.º CRP consagra, afinal, não só um direito subjetivo, mas também um princípio geral, do qual se podem extrair consequências para a totalidade da ordem jurídica, deixando-se patente que se adotou uma conceção liberal, pré-estatal e anti-estatal de liberdade ⁽³⁰⁰⁾. O entendimento seria outro, de facto, se, ao invés de vermos nesse desenvolvimento da personalidade — de índole supostamente liberal — o ponto de ancoragem de todos os direitos especiais de personalidade e todas as liberdades, entendêssemos ser ele uma mera dimensão do direito geral de personalidade, e o limitássemos, necessariamente, pela consideração da axiologia fundamentante dos direitos de personalidade em geral. Mas ainda que olhássemos para o desenvolvimento da personalidade do ponto de vista objetivo — ou conjugássemos as duas dimensões — sempre haveria de se considerar que o

⁽²⁹⁶⁾ Paulo Mota PINTO, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, 17.

⁽²⁹⁷⁾ Paulo Mota PINTO, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, 17.

⁽²⁹⁸⁾ Paulo Mota PINTO, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, 18-19.

⁽²⁹⁹⁾ Paulo Mota PINTO, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, 24.

⁽³⁰⁰⁾ Paulo Mota PINTO, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, 19 e 21.

sentido do direito que queira verdadeiramente sê-lo arredava do nosso horizonte discursivo qualquer laivo de individualismo com que o autor procura contaminar o conteúdo deste direito ou princípio.

O ponto de vista do autor não nos parece de sufragar. Em primeiro lugar, o exercício que, na Alemanha, teve de ser levado a cabo para desentranhar do ordenamento jurídico um direito geral de personalidade, muito por força do modelo delitual com que naquele país somos confrontados, talvez justifique ver-se no desenvolvimento da personalidade a que se refere o artigo 2.º, § 1 da Lei fundamental alemã a consagração de um direito geral de personalidade, algo que entre nós se torna despiendo. Depois, sendo o desenvolvimento da personalidade apenas uma dimensão da pessoa, não fará sentido, em face do artigo 70.º CC, pensar no direito que o tutela como uma posição subjetiva mais ampla que o direito geral de personalidade ou que com ele se confunda, até porque há determinadas dimensões estáticas da personalidade que no primeiro não se integram. Por último, é a falta de ancoragem ético-axiológica que não podemos deixar de recusar.

No direito alemão, fruto das suas idiossincrasias, sentiu-se a necessidade de forjar um direito geral de personalidade. A razão é simples. Na verdade, o BGB, ao contrário do Código Civil português, não trata dos direitos de personalidade; por outro lado, o § 823 I BGB exige, como regra, para que uma pretensão indemnizatória seja procedente, no âmbito da responsabilidade delitual, a violação de um direito absoluto ⁽³⁰¹⁾. Se aliarmos a isto a experiência traumática do período nazi e a consciência daí herdada acerca da importância da defesa da dignidade humana, claramente se percebe que era necessário encontrar um ponto de apoio normativo de onde se pudesse desentranhar um direito que tivesse como objeto a pessoa. Tal sustentáculo foi encontrado no artigo 2.º, § 1 da Lei Fundamental, desentranhando-se a partir dele um direito geral de personalidade ⁽³⁰²⁾, no âmbito do qual se protegeria a inviolabilidade, a dignidade, o reconhecimento e o livre desenvolvimento da individualidade

⁽³⁰¹⁾ Cf. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, *Parte Geral*, tomo III, Coimbra, Almedina, 2004, 46.

⁽³⁰²⁾ Cf. HORST NEUMANN-DUESBERG, “Abgrenzbarkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und sein Suchtz nach § 823 Abs 1 BGB”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1957, 1341 s.; K. LARENZ, “Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Recht der unerlaubten Handlungen”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1955, 521 s.

das pessoas ⁽³⁰³⁾. Percebe-se, assim, que seja corrente afirmar que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, plasmado no texto constitucional, funcione como o quadro de desvelação quer do direito geral de personalidade, quer do direito à liberdade.

No quadro do nosso ordenamento jurídico, não é possível pensar nos mesmos moldes. O artigo 70.º CC, com efeito, consagra um direito geral de personalidade, pelo que a raiz normativa da posição subjetiva em referência há-de ser encontrada no âmbito do direito privado e não do direito constitucional.

Se se decompõe o direito ao livre desenvolvimento da personalidade em duas vertentes — o direito geral de personalidade e a liberdade genérica de ação —, e se o primeiro tem como objeto a personalidade humana, globalmente considerada nas suas múltiplas dimensões, refrações, zonas, então suscita-se a questão de saber por que razão não se integra, aí, a autonomia/liberdade. Na esteira de autores como Mertens, Giaeser e Degenhart, Paulo Mota Pinto distingue entre um aspeto passivo da tutela do respeito perante a personalidade em geral, a traduzir-se num direito geral de personalidade, e um aspeto ativo, que apontaria para a ideia de livre desenvolvimento da personalidade ligado à liberdade genérica para agir ⁽³⁰⁴⁾. O autor tem o cuidado de explicar que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade constitucionalmente consagrado não se confunde com o direito geral de personalidade, por aquele incluir a dimensão de liberdade que é estranha a esta vertente passiva do direito no plano do direito privado. Mas, não vislumbramos qualquer razão para excluir da tutela geral da personalidade a vertente ativa, quando o direito incide sobre o homem concretamente considerado que é um ser em constante devir. Por outro lado, se o direito ao livre desenvolvimento da personalidade funciona como a raiz do reconhecimento de um direito geral de personalidade, descontada a vertente ativa da liberdade genérica para agir, e se, na interpretação que lhe é oferecida, a liberdade é um valor fulcral, então parece entrar-se em contradição quando se retira do âmbito do direito geral de personalidade essa vertente de agir livre: é que, a aceitar-se o posicionamento, tudo redundaria, afinal, na ideia de que há uma dimensão do livre desenvolvimento da personalidade

⁽³⁰³⁾ Horst NEUMANN-DUESBERG, “Abgrenzbarkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und sein Schutzz nach § 823 Abs 1 BGB”, 1341.

⁽³⁰⁴⁾ Paulo Mota PINTO, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, 116.

que não se refrataria numa liberdade, contra aquele que parece ser o ponto de partida.

E se, para contornarmos estas dificuldades, considerássemos que o direito geral de personalidade tem, afinal, um sentido intencional análogo ao do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, por o homem ser um ser em permanente mudança e evolução, razão pela qual, ao tutelar-se o sujeito, se estaria a tutelar o seu desenvolvimento, então, haveríamos de concluir que perderia sentido útil a autonomização desta dimensão específica da personalidade, e que perderia coerência sistemática a previsão do direito ao desenvolvimento da personalidade no artigo 26.º CRP, num lugar posterior à consagração do direito à vida e do direito à integridade física, sob a epígrafe “outros direitos pessoais” e a par do direito à identidade, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar. Na verdade, mesmo sabendo que o argumento sistemático vale o que vale e que a interpretação não pode assumir-se como a busca da vontade histórica do legislador, sequer como a procura do sentido objetivado pela norma, compreendendo-se, antes, como uma interpretação teleológica e dogmática, torna-se translúcido que o legislador constituinte não integrou dentro do conteúdo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade a tutela de uma série de bens da personalidade que, obviamente, não podem deixar de fazer parte do núcleo de eficácia do direito geral de personalidade.

Significa isto que, ao invés, deveremos olhar para o desenvolvimento da personalidade como uma das refrações do ser humano que se integram no âmbito do direito geral de personalidade. É este, aliás, o entendimento oferecido pela maioria da civilística portuguesa, à cabeça da qual, nesta matéria, avulta o nome de Capelo de Sousa.

Capelo de Sousa, defendendo a existência de um direito geral de personalidade, considera que ele tem como objeto “o próprio ser dos indivíduos humanos concretos” ⁽³⁰⁵⁾, donde se podem extrair, com o autor, diversas conclusões. Trata-se este, de facto e de acordo com os ensinamentos do Mestre, de um objeto simultaneamente complexo e unitário, tutelando-se o homem concreto e não uma ideia abstrata de personalidade, que nos leva a postular o facto “de o homem ser um ser dinâmico, evolutivo” ⁽³⁰⁶⁾. Daí que o autor proponha, a par de uma

⁽³⁰⁵⁾ Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, 155 s.

⁽³⁰⁶⁾ Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 114 s.

análise estática do objeto do direito geral de personalidade, que nos convida a olhar para os diversos bens, zonas e dimensões da pessoa que são merecedoras de proteção (agrupadas numa ideia de “complexo unitário-somático-psíquico da personalidade humana, a apontar para a interioridade do ser; e numa ideia de relação «eu-mundo», a pressupor a dimensão comunitária de realização da personalidade ⁽³⁰⁷⁾), uma análise dinâmica, que tenha em conta os ciclos evolutivos do ser humano (a personalidade humana pré-natal; a personalidade humana nascida e com vida; a personalidade humana *post-mortem*) ⁽³⁰⁸⁾. Mas daí também que, dentro da dimensão relacional «eu-mundo», se insira a tutela do desenvolvimento da personalidade, que assim se integra no âmbito do direito geral de personalidade.

Nas palavras de Capelo de Sousa, “a personalidade humana é jus-civilisticamente tutelada no seu ciclo evolutivo” e tutela-se, “no direito civil, não só a estática mas também a dinâmica de tais elementos. Tudo o que conflui, adentro do âmbito da tutela geral da personalidade individualmente considerada, na existência de um bem jurídico inerente a cada ser humano vivo (inclusive, meramente concebido) ao desenvolvimento (são, livre e pleno) da sua concreta personalidade, também tutelado pela cláusula geral do artigo 70.º do Código Civil” ⁽³⁰⁹⁾.

Mais acrescenta o insigne civilista que “tal bem impõe a possibilidade de emergência das forças energéticas e transformadoras, interiores de cada homem; a garantia de meios e condições existenciais e convivenciais, tanto naturais como sociais, suficientes para todo o homem se poder desenvolver e a salvaguarda do poder de autodeterminação de cada homem e de autoconstituição da sua personalidade individual” ⁽³¹⁰⁾.

Nomeadamente, acrescenta o autor, este direito implica “o poder de gozar do melhor estado de saúde física e mental”, indo ao ponto de se exigir do Estado prestações públicas de saúde e aos outros de se absterem de comportamentos que possam violar os seus interesses nesta matéria ⁽³¹¹⁾; mas também o direito à informação, à educação,

⁽³⁰⁷⁾ Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 203 s., 243 s.

⁽³⁰⁸⁾ Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 156 s., 167 s., 188 s.

⁽³⁰⁹⁾ Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 353.

⁽³¹⁰⁾ Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 353.

⁽³¹¹⁾ Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 354.

à cultura e à ciência, à autodeterminação informacional, o direito a realizar, plena e efetivamente, qualquer atividade individual e social não ilícita, o direito a deter ou procurar deter os meios ambientais, materiais e humanos para levar a cabo essas atividades ⁽³¹²⁾. E, por último, inclui também o poder de autodeterminação do seu titular ⁽³¹³⁾, “desde logo, na possibilidade de escolha de finalidades ou objetivos, na recolha das informações e no empreendimento das ações, na abertura aos outros do seu ser pessoal, na promoção personalizada das atividades (...), na auto-avaliação dos dados da informação e dos resultados da ação e na adesão ideológica, filosófica, ética, religiosa, política, económica e cultural. Mas também nas possibilidades de contestação e de rutura com os sistemas informativos e comportamentais externos e nas faculdades de restrição e de cessação das atividades próprias. E, sobretudo, na autodeterminação do carácter, do temperamento, do intelecto e do corpo e na adaptação sócio-ambiental, numa dinâmica de autoconstituição ou de autodesenvolvimento da personalidade individual” ⁽³¹⁴⁾.

Parece ser também esta a perspectiva de Pais de Vasconcelos, que apresenta o direito ao livre desenvolvimento da personalidade como um direito especial de personalidade ⁽³¹⁵⁾. E aquela com a qual concordamos pelas diversas razões atrás avançadas.

Nessa medida, compreendemos o direito ao livre desenvolvimento da personalidade de modo restritivo. Em causa não está, contudo, a necessidade de garantir uma relevância reforçada, mormente para evitar, no plano constitucional, uma banalização dos direitos fundamentais, na esteira do que na Alemanha foi defendido por Duttge ⁽³¹⁶⁾, mas a consciência de que os direitos de personalidade, quaisquer que

⁽³¹²⁾ Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 355-356.

⁽³¹³⁾ Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 356 s.

⁽³¹⁴⁾ Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 357.

⁽³¹⁵⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, Coimbra, Almedina, 2006, 74 s. Nas palavras do autor: “A própria ideia de uma personalidade suscetível de desenvolvimento assenta numa conceção de pessoas, como a de Miranda, em que o ser humano tem o dom, dado por Deus, de poder determinar a sua própria natureza, de ser autoconstituente (...). Esta possibilidade, quase divina, é inerente à própria natureza humana, é-lhe constituinte. Daí que um dos direitos de personalidade tenha especificamente por missão essa qualidade”.

⁽³¹⁶⁾ Cf. Gunmar DUTTGE, “Freiheit für alle oder allgemeine Handlungsfreiheit”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997, 3353 s. Entre nós, para um posicionamento crítico da perspectiva, vide Paulo Mota PINTO, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, 30 s.

eles sejam, devem conhecer um objeto tão concretizável quanto possível. Daí que, no confronto com a liberdade genérica de ação e tendo em conta a ampla proteção que o direito geral de personalidade dispensa, o livre desenvolvimento da personalidade só possa ser entendido por referência ao núcleo de devir do ser humano.

Trata-se, portanto, de uma posição jurídica subjetiva distinta do direito geral de personalidade, embora lhe pertença. E também distinta do direito à liberdade que, para lá dos matizes específicos que pode conhecer, apresenta um âmbito mais generalizante do que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Diferenciando-se da liberdade enquanto direito subjetivo, haveremos, contudo, de reconhecer que na base fundacional deste direito — enquanto direito subjetivo que é — está a autonomia da pessoa. E será exatamente essa autonomia fundacional que nos oferecerá os limites ao próprio direito.

Tradicionalmente, os limites ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade eram definidos por referência à lei constitucional, aos ditames da moral e aos direitos de outrem. Compreende-se que assim fosse: se na época da afirmação do jus-subjetivismo era impensável a demarcação de limites internos ao próprio direito subjetivo, a superação desta perspetiva não foi, *ab initio*, acompanhada da suficiente densificação material da categoria «direito subjetivo» que permitisse a limitação da posição por referência à axiologia que não pode deixar de a sustentar. Embora estes limites não estejam expressamente previstos pelo legislador português, a doutrina vinha-os considerando como limites imanentes⁽³¹⁷⁾ e compreendendo em termos mais ou menos latos, o que impedia a invocação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade para fundar comportamentos atentatórios da dignidade da pessoa humana. Assim, no que à lei constitucional diz respeito, Paulo Mota Pinto entendeu-a como a ordem constitucional, ou seja, “a totalidade da ordem jurídica conforme com a Constituição”⁽³¹⁸⁾, embora advirta que se tem de deixar intocável um domínio último de liberdade, como conteúdo essencial do direito. A remissão para a ordem jurídica já constituída — e portanto, para o direito positivo — associada à compreensão do segundo anunciado limite (os direitos de outrem), a redundar na afirmação de que os direitos de cada um têm como limites os direitos de

⁽³¹⁷⁾ Paulo Mota PINTO, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, 92 s.

⁽³¹⁸⁾ Paulo Mota PINTO, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, 93.

outrem ⁽³¹⁹⁾, mostram-nos que subjacente à posição do autor está, afinal, uma compreensão do direito sem apelo a uma axiologia fundamentante. Tal é reforçado pela ideia de que o limite da lei moral tem um significado reduzido, num estado secularizado e neutral, exigindo-se que “as representações valorativas em causa tenham encontrado expressão numa norma — desta forma, coincidindo também com o primeiro limite” ⁽³²⁰⁾.

Parecem-nos ser dois os equívocos do entendimento perfilhado por Paulo Mota Pinto. Em primeiro lugar, a consideração da constitucionalidade sem a pressuposição de uma juridicidade mais ampla e mais funda; em segundo lugar, a ingénua convicção de que a neutralidade axiológica é alcançável e que com ela se pode fundamentar o ordenamento jurídico. Esta perspetiva não pode, pois, ser aceite. De facto, não nos oferecendo um sustentáculo ético-axiológico para a delimitação do direito, deixa-nos sem critério para decidir em que medida uma pretensão supostamente autonómica do sujeito pode ser acolhida ou não à luz do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

A perspetiva que assim se encabeça tem de ser devidamente fundamentada. Tal exercício, porém, só dialeticamente pode ser levado a cabo: ou seja, só através da exposição dos limites ético-axiológicos do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, a convocar o problema da própria fundamentação do Direito, estaremos em condições de perceber em que medida não pode ser aceite a perspetiva tradicional. Mas, desde já podemos adiantar que esse posicionamento que abdica da pressuposição ética acaba por redundar no pré-conceito positivista de que o que não é proibido por lei é permitido. Ora, esta ideia do universal negativo é, como veremos, há muito, posto em causa, por implicar uma compreensão da juridicidade que contraria o próprio Direito ⁽³²¹⁾.

⁽³¹⁹⁾ Paulo Mota PINTO, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, 96.

Veja-se, relativamente à consideração dos direitos dos outros como limite ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade de cada um, Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 357 s.

⁽³²⁰⁾ Paulo Mota PINTO, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, 96.

⁽³²¹⁾ O chamado princípio do universal negativo é uma decorrência do pensamento positivista. Reduzido o direito à lei, se esta não se pronunciasse sobre um comportamento, tal significaria que o mesmo seria permitido, delimitando-se assim a liberdade do homem. Ora, tal entendimento acaba por contrariar a ideia de que há mais direito para além do direito positivo e que muitas vezes o que não é expressamente proibido não deve ser permitido, no sentido de ser eticamente aceitável e, como

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade é reconhecido em nome da salvaguarda da dignidade da pessoa humana. Sendo este o seu fundamento último, não será possível invocar o direito, para legitimar um qualquer comportamento, quando o exercício concreto dele choque contra a dignidade que o alicerça. Por outro lado, se o que se recorta teleologicamente é um espaço de livre decisão do sujeito, que lhe garanta o incremento das suas potencialidades como pessoa, então, e numa conjugação dialética entre a teleologia e o fundamento normativo do direito, haveremos de reconhecer que não poderá haver invocação do direito sempre que o comportamento do sujeito satisfaça um qualquer capricho que, mesmo arreigado ao seu modo de ser, atente contra a sua dignidade. É que como explicam os autores, a dignidade do ser humano, sendo embora universal e não admitindo exceções (porque a todos é reconhecido — não podendo deixar de ser — o estatuto de pessoa), não é algo que resulte da realidade ôntica, antes presupondo uma intenção axiológica. Recordando as palavras de Castanheira Neves, “o esclarecimento antropológico oferece-nos decerto a condição de possibilidade dessa posição axiológica mas uma tal posição não se infere (não se funda diretamente) nesse esclarecimento, assim como a verdade antropológica menos ainda dará só por si garantia de viabilidade desse valor, assegurando as condições da sua efetiva realização” ⁽³²²⁾. Nem é algo que exista sem a sua plena e efetiva realização, donde exige a responsabilidade como tarefa e implica a orientação por valores, afastando-se tudo o que seja inumano (isto é, tudo o que seja humanamente negativo, ou seja, que impeça a realização daquela dignidade) ⁽³²³⁾.

Assim, não se integra no direito ao livre desenvolvimento um (não) direito ao aborto, um (não) direito a morrer, um (não) direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo,

Impõe-se a pergunta: o que cabe, afinal, no direito ao livre desenvolvimento da personalidade? Tomando de empréstimo as palavras de Capelo de Sousa, podemos dizer que “tal bem [da personalidade] impõe a possibilidade de emergência das forças energéticas e transformadoras, interiores, de cada homem; a garantia de meios e condições

tal, configurar um direito. Isto não equivale, no entanto, como sublinharemos *infra*, a dizer que o direito é tentacular em todos os aspetos da vida do sujeito.

⁽³²²⁾ A. Castanheira NEVES, *A revolução e o direito. A situação de crise e o sentido do direito no actual processo revolucionário*, Lisboa, 1976, 117.

⁽³²³⁾ Cf. A. Castanheira NEVES, *A revolução e o direito*, 119 s.

existenciais e convivenciais, tanto naturais como sociais, suficientes para todo o homem se poder desenvolver e a salvaguarda do poder de autodeterminação de cada homem e de autoconstituição da sua personalidade individual” ⁽³²⁴⁾. Assim sendo, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade envolve a tutela das condições materiais que garantam que, em termos existenciais, o homem possa vir a concretizar os seus próprios projetos existenciais. É que o homem, pessoa, não é apenas um ser espiritual. Pelo contrário, necessita de um certo nível de condições materiais que viabilizem “aquele espaço de liberdade sem o qual ele não poderá verdadeiramente assumir a autonomia das suas possibilidades espirituais e humanas, o que não acontecerá quer numa situação de degradação e de fundamental carência, em que o homem se veja absorvido pelas exigências da elementar substância biológica (...), quer no caso de uma situação concreta de existência que o leve a ceder a forças ou a intenções que lhe façam opaca a sua autonomia ou a desviem da sua específica teleologia” ⁽³²⁵⁾. Situando-nos nas relações entre privados, significa isto que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade vai implicar o poder de exigir dos demais membros da comunidade a abstenção de todo e qualquer comportamento que possa despersonalizar o homem, transformando-o num objeto técnico-funcional, e de todo e qualquer comportamento que implique a submissão do sujeito a campanhas de manipulação da vontade. Regressando ao verbo de Capelo de Sousa, “do direito ao desenvolvimento da personalidade decorre (...) que cada homem está juscivilisticamente tutelado na preparação, na realização e na incrementação, efetivas e plenas, de quaisquer suas atividades individuais e sociais não ilícitas, que livremente decidiu promover e para o exercício das quais possua e utilize, predominantemente, as suas respetivas energias e capacidades físicas e espirituais, detenha ou procure deter as eventualmente necessárias habilitações ou condições jurídicas e disfrute, tenha obtido ou esteja em vias de obter os eventuais meios, ambientais, materiais e humanos, que possa receber diretamente da Natureza, que deva pessoalmente reunir ou desfrutar através de relações jurídico privadas ou que lhe devam ser fornecidos mediante prestações estaduais ou para-estaduais correspondentes a direitos ou interesses subjetivos públicos seus” ⁽³²⁶⁾. Em causa estão

⁽³²⁴⁾ R. Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 353.

⁽³²⁵⁾ A. Castanheira NEVES, *A revolução e o direito*, 122.

⁽³²⁶⁾ R. Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 355/6.

aspectos tão variadas como o acesso à habitação, ao vestuário, aos meios básicos de subsistência, o acesso à instrução, à cultura, à informação, à saúde, o livre desempenho de uma atividade profissional, sem interferências de terceiros e qualquer que ela seja, o desenvolvimento de uma atividade desportiva, cultural, recreativa, política, ideológica, a participação em projetos sociais ou associativos, a possibilidade de abraçar uma vida religiosa ou, simplesmente, de cumprir os preceitos da fé que professa sem interferências alheias, a possibilidade de cumprir uma vocação matrimonial e de pôr em marcha um instinto maternal ou paternal, entre outros. Repare-se que, porque o direito em questão pode ser analisado, também, sob a vertente de um direito fundamental, integrável na categoria dos direitos, liberdades e garantias, pode implicar da parte do Estado a adoção de políticas ativas de promoção da habitação, da saúde, da educação, entre outras. Este ponto, contudo, deve ser compreendido com cautelas: o direito a prestações estaduais ou para-estaduais ⁽³²⁷⁾ fica sempre limitado pelas concretas possibilidades que o país tenha em cada momento concreto. Por outro lado, mesmo nas relações entre privados, haverá que não esquecer que o desenvolvimento das potencialidades inerentes à personalidade fica dependente, para além dos limites ontológicos e axiológicos já considerados, da efetiva possibilidade de concretização do projeto de vida pessoal desenhado. A fronteira entre o admissível e o inadmissível pode, portanto, variar, consoante os avanços científicos e tecnológicos verificados. Conforme ensina Capelo de Sousa, o sujeito tem direito a exigir o cumprimento de deveres de ação curativos, ou seja, de exigir aos outros que obstem “a que um seu defeito de audição, de fala, de visão, ou de locomoção corrigível, total ou parcialmente, mediante intervenção terapêutica ou uso de técnicas próprias, se converta, por negligência dos devedores de auxílio, em deficiência permanente, redutora do desenvolvimento da personalidade” ⁽³²⁸⁾. Mas o cumprimento de tais deveres positivos por parte do sujeito passivo da relação jurídica é condicionado por uma ideia de exigibilidade: em hipóteses como as que são consideradas por Capelo de Sousa, a possibilidade de se efetivar a pretensão depende do estado da arte e da ciência. Contudo, não pode ser esta a determinar o *dever-ser*. Onde, ainda que a técnica e a ciência potenciem um determinado resultado, a sua admissibilidade há-de ser aferida à luz da pressuposição axiológica que informa e enforma o direito.

⁽³²⁷⁾ Para consideração delas, cf. R. Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 355.

⁽³²⁸⁾ R. Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 354.

6. A CAPACIDADE: CAPACIDADE DE GOZO E CAPACIDADE DE EXERCÍCIO

Reclamada pela personalidade jurídica é a *capacidade jurídica* ou *capacidade de gozo de direitos*. Esta é definida pela doutrina como a suscetibilidade para se ser, em concreto, titular de um círculo mais ou menos amplo de direitos e de deveres. Enquanto a personalidade jurídica identifica um conceito absoluto; a capacidade envolve uma ideia quantitativa ⁽³²⁹⁾. Contudo, no caso das pessoas singulares, essa capacidade é plena, o que significa que, em regra, podem ser titulares de quaisquer direitos e quais obrigações. Não será assim, como veremos, no caso das pessoas coletivas.

Apesar do princípio da plenitude da capacidade de gozo das pessoas singulares, prevêm-se casos de incapacidade de gozo, por natureza insuprível. São exemplo as incapacidades nupciais (artigo 1601.º e 1602.º CC); incapacidade para perfilhar (artigo 1850.º CC) e a incapacidade para testar (artigo 2189.º CC).

A capacidade de gozo de direitos implica, ainda, a *capacidade de exercício de direitos*. Esta traduz-se na suscetibilidade para movimentar a sua esfera jurídica, adquirindo ou exercendo direitos, assumindo ou cumprimento obrigações, por ato próprio e exclusivo ou através de representante voluntário ou procurador ⁽³³⁰⁾. Em regra, todas as pessoas singulares têm capacidade de exercício de direitos a partir dos 18 anos. Antes desta faixa etária, a pessoa é menor, sofrendo uma incapacidade de exercício. Em determinadas situações pontuais e especificadas na lei, o maior — aquele que já atingiu 18 anos — pode ver a sua capacidade de exercício limitada ou (em casos limite) excluída.

Importa, por isso, analisar o regime da menoridade, em primeiro lugar, e, em segundo lugar, o regime do acompanhamento de maiores, que veio, entre nós, substituir os anteriores regimes de interdição e inabilitação.

De notar que as incapacidades de exercício só podem ser justificadas em nome da tutela do próprio incapaz. Esta é uma ideia fundamental, à luz da qual os regimes que analisaremos devem ser compreendidos. Tutela-se o incapaz contra a sua impreparação, contra a sua imaturidade, contra a sua precipitação, contra a sua ineptidão.

⁽³²⁹⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 220.

⁽³³⁰⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 221.

7. MENORIDADE

I. É menor, nos termos do artigo 122.º CC, aquele que ainda não completou dezoito anos de idade. Sendo menor, o sujeito não tem capacidade de exercício de direitos (artigo 123.º CC). Significa isto que, apesar de ser titular de direitos e de obrigações — o sujeito tem, como vimos, personalidade jurídica e capacidade de gozo de direitos —, o menor não pode agir autonomamente, exercendo os seus direitos e cumprindo os seus deveres, por ato próprio e exclusivo ou através de um procurador (representante voluntário).

II. A incapacidade por menoridade cessa com a maioridade (artigo 130.º CC).

Até à alteração do Código Civil introduzida pela Lei n.º 39/2025, de 1 de abril, previa-se uma outra forma de cessação da incapacidade de exercício por menoridade: a emancipação pelo casamento (artigo 132.º CC, entretanto revogado). A emancipação, de facto, conduzia à equiparação do menor ao maior, atribuindo-lhe plena capacidade de exercício de direitos, nos termos do artigo 133.º CC. No que respeita ao casamento, importava ter em conta alguns aspectos importantes. De acordo com a anterior redação do artigo 1601.º CC, sofriam de uma incapacidade de gozo para casar os menores de dezasseis anos. Significava isto que, antes de fazer dezasseis anos, o menor não podia casar. Porém, se se casasse entre os dezasseis e os dezoito anos, como autorização do(s) representante(s) legal(ais), o menor emancipava-se, equiparando-se ao maior. A falta da mencionada autorização determinava a irregularidade do casamento que, não obstante, continuava a ser válido. A consequência seria, nos termos do artigo 1649.º CC, a não emancipação do menor em relação a todos os bens que levou para o casamento. Contudo, com as alterações introduzidas ao Código Civil pela Lei n.º 39/2025, a capacidade de gozo para casar apenas se adquire aos 18 anos, o que significa que se revoga a possibilidade de emancipação por via do casamento.

III. Enquanto dura a incapacidade de exercício do menor, a sua esfera de direitos é movimentada pelo seu representante legal. Dito de outro modo, e de acordo com o artigo 124.º CC, a forma de suprimimento da incapacidade de exercício do menor é a representação legal, o que implica que exista um sujeito que atua em nome do incapaz, produzindo-se os efeitos jurídicos da atuação diretamente na esfera

do representado. Em regra, os representantes legais do menor são os pais. O conteúdo do poder paternal (modernamente designado por responsabilidades parentais, numa terminologia que nos parece criticável) está previsto no artigo 1878.º CC. Entre os diversos poderes que o direito funcional integra está, exatamente, o poder de representar o menor. Contudo, há determinados bens que são excluídos da administração dos pais (artigo 1888.º CC) e há determinados atos que não podem ser praticados pelos pais, sem autorização do tribunal (artigo 1889.º CC). Caso tais atos sejam levados a cabo, sem a exigível autorização, eles são anuláveis, nos termos do artigo 1893.º CC. Os pais estão, ainda, proibidos de adquirir bens dos filhos sujeitos ao poder paternal, nem os tomar de arrendamento, nos termos do artigo 1892.º CC. A sanção é, em caso de violação da proibição legal, novamente a anulabilidade, nos termos do artigo 1893.º CC.

Caso os pais tenham falecido, caso estejam inibidos do poder paternal, quanto à regência da pessoa do filho, caso estejam há mais de seis meses impedidos de facto de exercer o poder paternal ou caso sejam desconhecidos, o menor fica sujeito à tutela. O tutor tem poderes de representação que abrange a quase totalidade da esfera do menor. Contudo, está sujeito a algumas limitações, mais amplas do que aquelas que impendem sobre os pais. O artigo 1937.º CC estabelece uma lista de atos proibidos e o artigo 1938.º CC faz depender da prévia autorização do tribunal outros tantos atos. Se o tutor praticar um dos atos previstos no artigo 1937.º CC, a sanção é a nulidade, embora seja uma nulidade atípica (artigo 1939.º CC); já no caso de contravenção com o artigo 1938.º CC, a sanção é a anulabilidade (artigo 1940.º CC).

A administração de bens terá lugar nos termos do artigo 1922.º CC.

IV. Parece estar — pelo menos aparentemente — ausente da economia do Código Civil a regulamentação genérica da capacidade dos menores para a prática de atos de natureza pessoal. A afirmação requer, contudo, esclarecimentos. Na verdade, o legislador português teve oportunidade de se pronunciar acerca da capacidade dos menores para a prática de alguns atos de natureza pessoal, designadamente no que respeita a casos específicos de incapacidade de gozo. É o que acontece, por exemplo, no tocante à incapacidade para perfilhar do menor de dezasseis anos. O mesmo se diga relativamente a determinadas disciplinas especiais, como a que respeita à proteção de dados pessoais.

A referência à inexistência de uma regulamentação genérica em matéria de atos de natureza pessoal prende-se, portanto, com a questão da

capacidade do menor para o exercício dos seus direitos de personalidade ⁽³³¹⁾. Sendo inequívoco que os menores são titulares de tais direitos, parecem estar limitados no seu exercício em virtude da menoridade.

Em caso de violação ou ameaça de violação de um desses direitos, a sua defesa em juízo só se poderá concretizar por intermédio dos representantes legais ⁽³³²⁾. Por outro lado, os menores podem não ter capacidade para consentir a limitação voluntária dos seus direitos de personalidade ⁽³³³⁾. Em regra, serão os representantes legais a prestar

⁽³³¹⁾ Cf. Raul GUICHARD, “Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação”, *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, 6, 2005, 12 s., considerando que as normas gerais sobre a incapacidade não se adequam ao carácter especiais dos atos pessoais.

⁽³³²⁾ Cf. Rabindranath Capelo de SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, 171.

⁽³³³⁾ Esta limitação voluntária dos direitos de personalidade, por via do consentimento, não constitui, ela própria, um limite a esses mesmos direitos. Ao invés, traduz-se num meio de exercício do próprio direito. Esta ideia é corroborada por dois dados. Em primeiro lugar, o consentimento pode ser livremente revogado a todo o tempo. Em segundo lugar, o consentimento só é válido se respeitar os limites da ordem pública e dos bons costumes, o que quer dizer que os mesmos limites que decorrem do fundamento do direito de personalidade se tornam atuantes quando esteja em causa a sua restrição voluntária.

Por referência a certas situações, poderá não se denotar uma diferença significativa entre o mero exercício de um direito de personalidade e a limitação voluntária dele, por via do consentimento. Pense-se no paralelo entre os dois casos seguintes: *A* tira uma fotografia sua, que publica numa rede social; *B* autoriza *A* a tirar-lhe uma fotografia, para que seja publicada numa rede social. Não se pense, porém, que é indiferente a qualificação das diversas situações. Há que, na verdade, referir que, em termos definitórios e consequenciais, o consentimento não se confunde com as situações de autocolocação em risco ou de heterocolocação em risco consentido. Sobre o ponto, por referência aos problemas patenteados ao nível da imputação objetiva no quadro da responsabilidade civil extracontratual, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Cascais, PrincípiA, 2013, 1009 s. e demais bibliografia aí citada. Do mesmo modo, haveremos de referir que, pese embora o que fica inscrito nesta nota, o próprio conteúdo dos direitos de personalidade pode sofrer limitações pelo facto de o seu titular ser um menor. Na determinação do objeto do direito geral de personalidade e dos direitos especiais de personalidade, teremos de ter em conta os estádios de evolução do ser humano. Cf. Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 168 s. A menoridade do sujeito titular dos direitos de personalidade pode conduzir a certas limitações específicas de tais posições jus-subjetivas, desde logo porque, enquanto menor, a pessoa está sujeita ao dever de obediência em relação aos

o consentimento. Em determinadas situações, os menores podem ser chamados a consentir ao lado dos pais. Para tanto, é necessário que tenham maturidade suficiente para entender o alcance do seu ato ⁽³³⁴⁾. Noutros casos, o próprio menor pode prestar o consentimento sem ter de ser acompanhado pelos pais ⁽³³⁵⁾ ⁽³³⁶⁾. Consoante entende a doutrina, os direitos de personalidade são exercidos, em princípio, pelo próprio menor através de atos jurídicos extranegociais afirmativos da

seus pais. A específica estrutura deste dever, como contraponto do exercício das responsabilidades parentais, pode implicar, por exemplo, limitações ao direito à privacidade (embora não à sua anulação), ao direito à liberdade de escolha, à liberdade de movimentos, entre outros. Note-se, porém, que os pais devem ter em conta a progressiva maturação do menor, exercendo os seus poderes-deveres em função da crescente autonomização que o amadurecimento potencia e respeitando o integral desenvolvimento da personalidade do filho que, de outro modo, poderia ficar comprometido. Cf. Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 168/9.

⁽³³⁴⁾ Cf., no ordenamento jurídico austríaco, algumas normas que atribuem ao menor a decisão em determinados aspetos da sua vida pessoal, tendo em conta a sua maturidade, ou que exigem o concurso do seu consentimento ao lado dos representantes legais. Assim, cf. §§ 146 c) e d) ABGB (consentimento para tratamentos médicos); § 5 RelKEG (decisão sobre a religião, que pertence ao menor a partir dos 14 anos, devendo o mesmo ser ouvido desde os 10 anos) — cf. Raul GUICHARD, “Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação”, 16, onde colhemos estas indicações.

⁽³³⁵⁾ Para outros desenvolvimentos sobre o ponto, cf. Rabindranath Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 2004, policopiado, 14 s., considerando que em relação aos múltiplos atos de exercício dos direitos de personalidade do menor basta apenas a mera capacidade natural de entender e de querer deste.

⁽³³⁶⁾ No caso específico do consentimento para a realização de atos médicos, veja-se, *inter alia*, Catarina Pedro ABREU, *As regras de obtenção do consentimento para intervenções médicas em menores*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2012, (www.repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/9511/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Catarina%20Abreu.pdf). Tratando-se de intervenções médicas em benefício próprio, é necessário o consentimento do representante legal mais do ofendido menor, quando tenha condições de entender o alcance do seu ato. Se o menor recusar a intervenção e ela for feita no seu interesse, o médico não deve aceitar a recusa (deve chamar os pais a consentir ou pedir uma autorização em Tribunal). Os pais não podem recusar o tratamento em benefício do filho, porque não podem privar os filhos do direito à saúde. No caso de intervenções em benefício alheio, dos representantes legais ou do Tribunal (artigo 8.º lei dos transplantes), mas só em relação a órgãos regeneráveis, já que os menores estão expressamente proibidos de doar órgãos não regeneráveis (artigo 6.º). Quanto aos órgãos regeneráveis, admite-se o co-consentimento, caso o menor, ainda que de idade inferior a dezoito anos, tenha capacidade de discernimento e de manifestação de vontade.

sua personalidade, “dada a imediata ligação dos bens de personalidade à pessoa do seu titular (...)” ⁽³³⁷⁾. Quando se questiona a eventual (in)capacidade do menor para o exercício dos seus direitos de personalidade, estamos a centrar-nos quer nas hipóteses de lesão de tais posições subjetivas, quer nas hipóteses de limitação voluntária dos referidos direitos. Ora, em relação a estas matérias nada é disposto no Código Civil ⁽³³⁸⁾.

V. Pese embora o carácter sincopado a que nos referimos no ponto expositivo anterior, o certo é que podemos denotar uma lógica orientadora da disciplina jurídica própria dos menores. Trata-se de uma lógica gradativa, que permite estabelecer um equilíbrio desejado e justo entre a necessidade de proteção do menor (contra a sua irreflexão, a sua precipitação, a sua imaturidade) e a exigência de progressiva autonomização daquele.

Esta lógica gradativa é denotada a três níveis: *a)* ao nível dos direitos de personalidade do menor; *b)* ao nível do exercício das responsabilidades parentais; *c)* ao nível das exceções à incapacidade de exercício dos menores ⁽³³⁹⁾.

⁽³³⁷⁾ Rabindranath Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 16. Veja-se, ainda, na mesma obra a nota 12: “o exercício dos direitos de personalidade, dada a sua absolutez e eficácia *erga omnes*, processa-se normalmente através de atos materiais ou atos jurídicos, sem carácter negocial. Aliás, o exercício normal, direto e imediato da generalidade dos direitos de personalidade reveste carácter pessoal, cabendo por isso aos menores não podendo tais direitos ser diretamente exercidos pelo representante legal, sem prejuízo da legitimidade deste em matéria de reação perante a ofensa ou ameaça de ofensa de tais direitos”.

⁽³³⁸⁾ Isto não significa, como veremos, que não seja possível encontrar no quadro do direito positivo português (mormente no quadro da disciplina codicística) critérios de orientação do decidente quando se coloque um problema relativo ao exercício dos direitos de personalidade por um menor.

⁽³³⁹⁾ Sobre o ponto, cf. ROSA MARTINS, *Menoridade, (In)capacidade e Cuidado Parental*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 33 s. Considerando que o modelo português de passagem da menoridade à maioridade se baseia num sistema de fixação normativa da maioridade, num limite etário rígido, a autora acaba por admitir que, não obstante, “foi procurando (...) corrigir essa mesma rigidez através da atribuição ao sujeito menor de idade de diversos espaços de autodeterminação na condução da sua vida. De facto, o direito português foi acolhendo, ainda que de forma tímida, o princípio gradualista no que respeita ao desenvolvimento do ser humano e foi concedendo, por conseguinte, espaços de autonomia à criança e ao adolescente, atendendo ao grau de amadurecimento das suas faculdades físicas, intelectuais, morais e emocionais”.

Como referido anteriormente, os menores são titulares de direitos de personalidade, mas a menoridade pode importar determinadas limitações ao conteúdo de alguns desses direitos, como por exemplo o direito à liberdade de organização da própria vida ou o direito à privacidade. Tais limitações são estabelecidas em função do dever de obediência que os filhos têm em relação aos pais, previsto no artigo 1878.º/2, 1.ª parte CC. Importa, contudo, não esquecer que,

Para tanto, e ainda de acordo com o estudo de Rosa Martins, “lançou mão de diferentes técnicas legislativas, a saber: a obrigatoriedade da audição do sujeito menor de idade em relação a questões que lhe digam diretamente respeito, a necessidade da consideração da sua vontade relativamente a tais assuntos, a exigência do seu consentimento para a prática de determinados atos e a consagração de maioridades especiais”.

Entre os diversos expedientes pensados pelo legislador para dar cumprimento a esta necessidade de salvaguardar a progressiva autonomia do menor, a autora elenca alguns. A saber: “o artigo 1901.º CC determina a audição do adolescente maior de catorze anos, pelo juiz, quando exista desacordo entre os pais em questões importantes relativas ao exercício do poder paternal; o artigo 1931.º/2 CC impõe a audição pelo tribunal do menor com mais de catorze anos antes de proceder à nomeação do tutor; o artigo 1984.º/a obriga à audição dos filhos do adotante com mais de doze anos (...). O artigo 1878.º/2 CC determina o dever dos pais de ter em conta a opinião dos filhos, de acordo com a maturidade destes, relativamente aos assuntos familiares importantes e à organização da sua própria vida; o artigo 1885.º/2 CC estabelece o dever dos pais de tomar em consideração, na medida do possível, as inclinações dos filhos no que se relacione com a sua formação escolar, académica e profissional (...). A lei portuguesa exige também o consentimento da criança e do adolescente para a prática de atos de relevo (...), o consentimento para a adoção do adotando maior de doze anos. A lei estabelece ainda verdadeiras maioridades especiais, pré-maioridades ou maioridades antecipadas que se traduzem no reconhecimento de plena liberdade de decisão no que respeita a determinados assuntos: (...) a responsabilidade (civil) pelos factos danosos praticados pelo maior de sete anos; a livre administração ou disposição de certos bens por parte do maior de dezasseis anos; a prática de negócios jurídicos próprios da vida corrente da criança e do adolescente e os negócios jurídicos relativos à profissão, arte ou ofício que estes tenham sido autorizados a exercer; a celebração de casamento pelo maior de dezasseis anos; (...) a liberdade de escolha da religião do maior de dezasseis anos”.

O elenco oferecido por Rosa Martins é tendencialmente exaustivo e clarificador para a matéria que estamos a tratar. Contudo, preferimos deixar de lado uma visão tópica do problema, para o abordarmos de uma forma sistemática. No fundo, o que pretendemos em texto foi identificar os três pilares onde o estatuto da menoridade se alicerça, para neles encontrar uma ideia gradualista, ainda que de forma não aprofundada. Na verdade, a nossa preocupação central, neste estudo, é centrar-nos no plano negocial.

“porém, de acordo com a maturidade dos filhos, [os pais] devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida” (artigo 1878.º/2, 2.ª parte). Nas palavras de Raul Guichard, “na medida da sua aptidão de discernimento, segundo a sua maturidade, haverá que ouvir — para utilizar a linguagem do *Children Act* inglês: *whishes, feelings, needs* — as requestas ou desejos, os sentimentos e as necessidades do menor. E há-de ele desempenhar, assim, um papel ativo, de envolvimento nas decisões que o afetem, atendendo-se ao seu desacordo, fazendo-o participar ou até chamando-o a tomar por si tais deliberações”⁽³⁴⁰⁾. O autor fala, então, de um *direito de interlocução* e de um *direito à participação na comunidade familiar*. Quer isto dizer que o próprio exercício das responsabilidades parentais há-de ter em conta a progressiva maturação da criança e do jovem⁽³⁴¹⁾.

Ora, se esta gradual autonomização/maturação do menor é reconhecida no campo pessoal e familiar, ela não deixa de ter reflexos do domínio negocial. Dir-se-á, aliás, que ela é para o direito uma exigência sócio-ontológica e ético-axiológica. Uma exigência sócio-ontológica, porque a menoridade, sendo um estágio transitório, não reveste sempre as mesmas características. O menor de cinco anos tem um grau de autonomia e maturidade diverso do menor de dez anos e, ainda mais, do jovem adulto com dezassete anos. Ora, o direito — que não se queira pautar pelo puro formalismo e conceptualismo — não pode deixar de ter em consideração esta realidade à qual se vai aplicar. Uma exigência ético-axiológica, porque a capacidade de exercício de direitos é uma decorrência do

⁽³⁴⁰⁾ Raul GUICHARD, “Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação”, 6.

⁽³⁴¹⁾ Sobre o ponto, cf. Raul GUICHARD, “Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação”, 11 s.; Rosa MARTINS, *Menoridade, (In)capacidade e Cuidado Parental*, 110 s. A última autora citada propõe que se fale de um princípio de capacidade de agir dos menores, limitada a alguns âmbitos de atuação. Tratar-se-ia, a ser aceite, de um princípio da capacidade geral de agir do menor (criança e adolescente), mas não de uma capacidade de agir plena, antes limitada a um determinado âmbito de atuação, tendencialmente coincidente com o âmbito de atuação delimitado pela sua capacidade natural. Assim se traduziria a primazia do valor da autodeterminação sobre o valor da heterodeterminação da pessoa na condução da sua vida. A lei teria de delimitar expressamente o âmbito de atuação jurídica válida das crianças e dos adolescentes, correspondentes com o grau de desenvolvimento das suas faculdades intelectuais, volitivas, emocionais e sociais.

reconhecimento da personalidade jurídica e da capacidade jurídica às pessoas, que, por seu turno, é imposto pela inalienável dignidade do ser humano. Ora, se assim é, só faz sentido impor incapacidades de exercício na medida do necessário para a proteção do próprio incapaz. A autonomia do sujeito requer que ele só fique impossibilitado de movimentar a sua esfera jurídica por ato próprio e exclusivo até ao ponto em que não seja capaz de se determinar autonomamente e de salvaguardar isoladamente os seus interesses ⁽³⁴²⁾.

Estando sempre presente a ideia de proteção do incapaz em relação a si próprio, a imposição das incapacidades de exercício (no caso da incapacidade de exercício por menoridade) haverá de se orientar por dois princípios: *necessidade e proporcionalidade* ⁽³⁴³⁾. Os afloramentos destes princípios, no quadro do regime jurídico da menoridade, são nítidos. Entre outros, podemos salientar a anulabilidade como sanção para a celebração de negócios jurídicos pelo menor, sem estar representado pelos seus pais ⁽³⁴⁴⁾; o regime do dolo do menor ⁽³⁴⁵⁾; o regime das exceções à incapacidade de exercício do menor ⁽³⁴⁶⁾. Noutros ordenamentos jurídicos, a lógica gradualista — denotadora da ideia de necessidade e proporcionalidade — é prosseguida através do escalonamento etário do regime da menoridade. Por exemplo, na Alemanha prevê-se a nulidade dos negócios celebrados pelos menores com menos de sete anos, aos quais é reconhecida uma incapacidade negocial (*Geschäftsunfähigkeit*),

⁽³⁴²⁾ Cf., sobre o ponto, Raul GUICHARD, “Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação”, 12, colocando o problema de saber se não se deve “substituir o regime existente por uma incapacidade parcial, *rectius* uma incapacidade onde a forma de suprimento fosse a assistência (...), pelo menos a partir de certa idade, e porventura ressaltando alguns atos mais importantes”.

⁽³⁴³⁾ Sobre a incidência do princípio da proporcionalidade no quadro do direito privado, cf. Claus-Wilhelm CANARIS, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Coimbra, Almedina, 2003

⁽³⁴⁴⁾ Cf. Raul GUICHARD, “Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação”, 37 s. O autor considera que se deve preservar o incapaz relativamente à sua menor maturidade e, por outro lado, que se deve permitir, na medida do possível, uma participação ativa do menor no tráfico jurídico-negocial. Ora, segundo palavras do autor, “esta finalidade educacional ou pedagógica realiza-a a lei pela cominação da (mera) anulabilidade como consequência para os atos praticados pelo menor (...) e pela consagração de exceções relativamente latas a essa incapacidade — existindo assim espaço para que se vá preparando, gradualmente, o ingresso ou inserção plena no tráfico jurídico normal com a entrada no umbral da idade adulta”.

⁽³⁴⁵⁾ Estudaremos o regime *infra*.

⁽³⁴⁶⁾ Sobre o ponto, cf. Rosa MARTINS, *Menoridade, (In)capacidade e Cuidado Parental*, 99

nos termos dos §§ 105/1 e 104/I BGB ⁽³⁴⁷⁾. Os menores com idade compreendida entre os sete e os dezoito anos tem uma capacidade negocial limitada, nos termos do § 106 BGB e os negócios por si celebrados são considerados ineficazes em relação a si, exceto se forem autorizados pelos representantes legais ou, posteriormente, ratificados ⁽³⁴⁸⁾. Até existir a

⁽³⁴⁷⁾ A solução da nulidade é, no entanto, contestada por parte da doutrina alemã, por representar uma violação da proibição do excesso no domínio das incapacidades e por ser uma sanção pouco propícia aos interesses do menor, uma vez que a contraparte passa a poder, também, invalidar o negócio. Dando conta disso, cf. Raul GUICHARD, “Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação”, 27, nota 18, numa alusão ao pensamento de Canaris. No necessário recurso às fontes, cf. Claus-Wilhelm CANARIS, “Verstöße gegen des verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadenersatzrecht”, *Juristenzeitung*, 1987, 993 s.; Claus-Wilhelm CANARIS, “Zur Problematik von Privatrecht und verfassungsrechtlichen Übermaßverbot”, *Juristenzeitung*, 1988, 494 s.

Curiosamente, entre nós é possível advogar a nulidade dos negócios celebrados por determinados menores, de muito tenra idade, desde que se verifiquem os pressupostos da falta de consciência da ilicitude, uma divergência não intencional entre a vontade e a declaração que, nos termos do artigo 246.º CC, determina a nulidade do negócio. Não se trata, porém, de uma especificidade do regime da menoridade. Referindo-se a essa possibilidade, cf. Raul GUICHARD, “Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação”, 26, nota 15; C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 492, n. 655.

Acerca do problema da falta de consciência da declaração, *v.*, também, o que se dirá *infra*.

Apresentando um posicionamento diferente, *vide* C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 491 s.

Para outras considerações acerca do ordenamento jurídico alemão, nesta matéria, cf. Karl LARENZ/Manfred WOLF/Jörg NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10. Auflage, München, C.H. Beck, 2012, 487 s.; Dieter MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 10. Auflage, C.F. Müller, 2010, 427 s.

Entre nós, *vide*, igualmente, Rosa MARTINS, *Menoridade, (In)capacidade e Cuidado Parental*, 38 s., considerando que o sistema alemão é um sistema de fixação normativa da maioridade, fundado na conceção da vida humana como um processo evolutivo, pelo que reconhece uma pluralidade de fases ou idades. Apesar de louvar o afastamento de uma visão rígida de fixação da maioridade, que não tem em conta o gradual desenvolvimento do menor, considera que o modelo alemão não conseguiu, através dos seus escalões etários (até aos 7 anos e entre os sete e os dezoito anos), adequar-se totalmente à realidade evolutiva gradual do ser humano. Assim, conduz “a um superavit de autonomia dos sete aos catorze anos que não corresponde, por um lado, à capacidade de autodeterminação dos sujeitos deste grupo e que, por outro, não assegura o nível de proteção de que carecem”.

⁽³⁴⁸⁾ Cf. §§ 107 e 108 BGB. A ratificação pode ser feita pelos representantes legais ou pelo menor que entretanto atinja a maioridade. Dando conta deste regime, cf. Raul GUICHARD, “Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua

ratificação, a contraparte pode renunciar ao negócio, através de uma declaração dirigida aos representantes ou ao menor. Para tanto, e nos termos do § 109 BGB, é necessário que desconheça a menoridade ou que tenha justificadamente confiado na existência de autorização de quem tem legitimidade para a dar ⁽³⁴⁹⁾. Nos termos do § 107 BGB, são eficazes independentemente do consentimento dos representantes legais os negócios jurídicos celebrados pelo menor que apenas comportem uma vantagem jurídica ⁽³⁵⁰⁾. Segundo esclarece Raul Guichard, “para o efeito, atender-se-á à totalidade dos efeitos jurídicos e não, propriamente, aos económicos (...). Discute-se, porém, se os efeitos jurídicos mediatos — por exemplo, impostos que recaiam sobre o imóvel doado ao menor — são também de levar em conta. Nestes termos, um contrato bilateral nunca representará um negócio puramente vantajoso. Há necessariamente obrigações para o menor (...). Mas inclusivamente um contrato unilateral é passível de se revelar juridicamente desvantajoso” ⁽³⁵¹⁾.

Também no quadro do ordenamento jurídico austríaco se preveem três patamares etários. As consequências jurídicas associadas aos negócios celebrados pelo menor em cada um destes períodos são diferentes. Os menores de sete anos são considerados incapazes em termos absolutos e os seus atos são nulos (§§ 151/1 e 865/1 ABGB), mesmo se apenas comportarem vantagens e mesmo que sejam ratificados pelos representantes legais ⁽³⁵²⁾; entre os sete e os catorze anos, os menores são tidos como *menores não emancipados* e os negócios por si celebrados são considerados ineficazes, quando não sejam puramente vantajosos ou quando, não o sendo, não tenham sido autorizados pelos

justificação”, 28. No caso dos negócios unilaterais, o menor só os pode celebrar com a prévia autorização dos representantes legais — cf. § 111 e Raul GUICHARD, “Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação”, 28.

⁽³⁴⁹⁾ Ensaçando o regime, cf., entre nós, Raul GUICHARD, “Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação”, 28. Segundo esclarece o autor, a contraparte pode ainda “interpelar os representantes a fim de estes se pronunciarem dentro de prazo legal de duas semanas, decorrido o qual, o silêncio significará a negação da ratificação).

⁽³⁵⁰⁾ Raul GUICHARD, “Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação”, 29.

⁽³⁵¹⁾ Raul GUICHARD, “Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação”, 29. O autor adianta ainda que parte da doutrina pretende que os negócios *neutrais* sejam assimilados pelo § 107, podendo ser celebrados pelo menor sem autorização dos representantes legais.

⁽³⁵²⁾ Dando conta disso mesmo, cf. Raul GUICHARD, “Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação”, 16.

representantes legais ou posteriormente ratificados, dentro do prazo razoável dado pela contraparte para o efeito ⁽³⁵³⁾; entre os catorze e os dezoito anos, são designados por *menores emancipados* e podem gerir autonomamente a sua pessoa e os seus bens ⁽³⁵⁴⁾.

Aquilo que poderia parecer uma clivagem entre o ordenamento jurídico português e os ordenamentos jurídicos alemão e austríaco no tocante ao regime da menoridade acaba por permitir estabelecer pontes de comunicação. Na verdade, pese embora as diferenças que se denotam, importa não esquecer que o artigo 127.º CC estabelece exceções à incapacidade de exercício dos menores, as quais, se devidamente compreendidas, nos permitem reforçar a lógica gradualista a que temos vindo a fazer referência ⁽³⁵⁵⁾. Como

⁽³⁵³⁾ Cf. Raul GUICHARD, “Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação”, 16. O autor explicita que “o menor pode, por si só, adquirir direitos — *berechtigen* — mas não obrigar-se — *verpflichten* (§ 151/1 ABGB e § 865 Satz 2 e Satz 3 ABGB)”.

⁽³⁵⁴⁾ Cf. Raul GUICHARD, “Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação”, 17 s. O autor explica que, “correlativamente, os pais ficam desonerados de os sustentarem e de assumirem as suas despesas, em função dos rendimentos de que eles passem a dispor ou da possibilidade que evidenciem de os obter. E entende-se (...) que a capacidade reconhecida ao menor afasta o poder de representação dos pais nos domínios correspondentes”.

Para uma apreciação do modelo, cf., também, Rosa MARTINS, *Menoridade, (In) capacidade e Cuidado parental*, 39 s. A autora louva os escalões de menoridade (*Kinder*, até aos sete anos; *Unmündigen*, entre os sete e os catorze anos, e os *Mündigen*, entre os catorze e os dezoito anos — cf. § 21 ABGB). Aliás, a autora propõe uma alteração ao nível do ordenamento jurídico português, de modo a contemplarem-se dentro da menoridade os infantes; os pré-adolescentes e os adolescentes. Os escalões etários corresponderiam aos do ordenamento jurídico austríaco.

⁽³⁵⁵⁾ Não concordamos, portanto, com a visão de Rosa Martins. Na verdade, embora a autora admita que o modelo português procura corrigir a rigidez do estabelecimento da maioridade numa idade fixa, sem consideração de estádios evolutivos dentro da menoridade, considera que tal não é bastante e que o sistema português olha para os primeiros dezoito anos de vida como um bloco monolítico. Pelo que afirma que “a orientação de princípio do sistema português está longe de reconhecer que não há uma menoridade, mas menoridades” — cf. Rosa MARTINS, *Menoridade, (In) capacidade e Cuidado parental*, 31 s.

É inegável que o sistema português se baseia num modelo diverso do sistema alemão e do sistema austríaco. Não cremos, porém, que o legislador português tenha desconsiderado o processo evolutivo conducente à maioridade. O modo como são formuladas as exceções à incapacidade de exercício dos menores, contidas no artigo 127.º CC, e as possibilidades interpretativas que o preceito viabiliza permitem-nos concluir que não andaremos longe de muitas soluções viabilizadas pelos ordenamentos jurídicos considerados. Por outro lado, a previsão da nulidade dos

atos dos menores é alcançável se inexistir consciência da declaração por parte do menor; e noutras situações pode ser uma sanção que desproporcional em função à finalidade prosseguida. Acresce que, fora das situações em que o menor tem capacidade de exercício de direitos, a disciplina normativa de direito comparado que estamos a considerar pode conduzir-nos a uma desproteção do próprio menor, contrária aos seus interesses.

Rosa Martins considera que “o princípio da incapacidade por menoridade não oferece (...) resposta satisfatória às duas exigências que a menoridade reclama do direito: a proteção da criança e do adolescente em razão da sua especial vulnerabilidade, por um lado, e a promoção do desenvolvimento da sua personalidade, por outro. O mencionado princípio parece atender pura e simplesmente à primeira das exigências, ignorando, quase por completo, a segunda” (Rosa MARTINS, *Menoridade, (In)capacidade e Cuidado parental*, 69).

No fundo, a autora sustenta que se deve partir não da incapacidade, mas da capacidade, sob pena de a disciplina normativa deixar de ser compatível com o direito ao desenvolvimento da personalidade. Contudo, cremos que este temor não tem razão de ser. Em primeiro lugar, ignora-se a ampla margem de autonomia progressiva que é dada aos menores no campo pessoal; em segundo lugar, ignora-se, por completo, a operacionalidade das exceções contidas no artigo 127.º CC. Repare-se, contudo, que a autora a págs. 106 e s. considera estas exceções. Simplesmente, afirma que “nem mesmo esta exceção, com a larga margem de manobra que confere ao sujeito menor de idade, se mostra compatível com a realização do direito à autodeterminação da criança e do adolescente. A exceção em causa está dependente da verificação de três pressupostos, a saber: só são permitidos negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor; o menor deve possuir capacidade natural bastante para realizar tal negócio; o negócio só pode implicar despesas ou disposições de bens de pequena importância. Embora lhe reconheça o mérito de uma maior adequação do regime da incapacidade de agir à capacidade de entender e de querer a cada caso concreto, reconheço também que o verdadeiro alcance desta exceção só pode ser avaliado depois de se explicitar o que se deve entender por negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor e por despesas ou disposições de bens de pequena importância”.

Cremos que a autora acaba por dar resposta à sua própria dúvida. Na verdade, se a norma se tem de interpretar por referência aos princípios que a louvam e às especificidades do caso que a convoca, então, facilmente, nos apercebemos que a exceção consagrada no Código Civil português é de molde a, protegendo o menor, salvaguardar plenamente a sua capacidade natural de entender e de querer. Onde existir discernimento do menor, haverá capacidade de exercício.

Rosa Martins, como referido *supra*, propõe um princípio da capacidade geral de agir do menor, limitada a alguns domínios de atuação válida da criança e do adolescente, delimitados por lei. No regime por si pensado, “a capacidade natural desempenha o papel de verdadeiro critério da capacidade de agir”, o que obriga ao legislador “procurar a correspondência tendencial entre a capacidade legal de agir e a efetiva capacidade da pessoa”, o que não implica a total correspondência, porque esta implicaria uma averiguação em concreto da capacidade natural, o que seria impraticável (cf. Rosa MARTINS, *Menoridade, (In)capacidade, Cuidado Parental*, 116 s.). Ora, parece-nos que essa tendencial correspondência se estabelece no atual regime jurídico da menoridade. O legislador presume que, fora dos casos balizados pelo artigo 127.º CC, o menor não terá discernimento suficiente para agir no

veremos, aliás, algumas das exceções à incapacidade dos menores prevista no citado preceito acabam por ser coincidentes com situações de alargamento da capacidade dos menores nos ordenamentos jurídicos referidos.

O artigo 127.º CC dispõe, no seu n.º 1, que são excecionalmente válidos *a)* os atos de administração ou disposição de bens que o maior de dezasseis anos haja adquirido por seu trabalho; *b)* os negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas ou disposições de bens de pequena importância; *c)* os negócios jurídicos relativos à profissão, arte ou ofício que o menor tenha sido autorizado a exercer, ou os praticados no exercício dessa profissão, arte ou ofício. Consagra, portanto, três exceções à incapacidade de exercício dos menores, que urgem ser devidamente interpretadas, tanto mais que o entendimento derramado pelos autores sobre cada uma delas não é absolutamente unânime.

Considera-se que o menor tem capacidade para a celebração de negócios de mera administração ou de disposição de bens que haja adquirido pelo seu trabalho ⁽³⁵⁶⁾. Condição essencial é que o menor seja maior de dezasseis anos. Por outro lado, exige-se que os bens objeto do negócio tenham sido adquiridos pelo seu trabalho. Eis, portanto, as duas nervuras problemáticas da dogmática da al. *a)* do n.º 1 do artigo 127.º CC: o menor terá de ter dezasseis anos apenas no momento da celebração do negócio ou também no momento em que adquire os bens pelo seu trabalho? E como compreender a noção de

tráfego negocial. O legislador não retira arbitrariamente capacidade ao menor. Para sua proteção, considera-o incapaz, mas essa incapacidade cessa sempre que se mostre apto a gerir a sua esfera pessoal e patrimonial. Não existe, portanto, qualquer atentado ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Nem se afigura imprescindível estabelecer um modelo assente em escalões etários. A proposta de alteração sistemática de Rosa Martins conduziria, ainda, segundo esclarece a própria, a modificações ao nível das formas de suprimento. Assim, a par da representação legal, a autora propõe a chamada representação legal mitigada, que implicaria não só a substituição do menor, mas também a promoção da participação deste nas tomadas de decisão de assuntos que lhe digam respeito e a assistência (cf. ROSA MARTINS, *Menoridade, (In)capacidade e Cuidado Parental*, 128).

⁽³⁵⁶⁾ Note-se que a exceção diz respeito aos negócios cujo objeto sejam bens adquiridos com o trabalho, bem como aos negócios cujos bens sejam adquiridos com os proventos desse trabalho. Pense-se, por exemplo, na hipótese de o menor celebrar um contrato de troca de uma televisão por um computador, tendo comprado aquela televisão com o dinheiro que adquiriu com o seu trabalho.

trabalho inscrita na norma? Relativamente à primeira questão, Capelo de Sousa parece exigir, para que o preceito assimile a intencionalidade normativa do caso, que o menor já tenha dezasseis anos no momento da aquisição dos bens, porque, de outra forma, tais bens, embora sejam sua propriedade, são objeto de administração e disposição dos seus pais ou outros representantes legais ⁽³⁵⁷⁾. No tocante à segunda questão, deve entender-se trabalho num sentido amplo, não se confundido com o exercício de uma atividade profissional. De acordo com o ensino de Capelo de Sousa, a exceção aplica-se “quer se trate de trabalho por conta de outrem, quer por conta própria (em profissão liberal ou atividade empresarial), quer mesmo por qualquer esforço do menor intelectual ou físico de que resulte a aquisição do bem (p. ex. em concurso televisivo onde adquira um prémio). Mas já o preceito legal não se aplica se a aquisição do bem pelo menor não implicou por parte deste um esforço causal (*v. g.* se adquiriu um prémio no totoloto porque o pai preencheu ele mesmo o respetivo boletim, pagou a aposta e titulou com o nome do filho)” ⁽³⁵⁸⁾.

O trabalho deve, portanto, ser entendido como dispêndio de um mínimo de esforço físico ou intelectual pelo menor. Entende-se, na verdade, que, se o menor tem maturidade e discernimento para adquirir determinados rendimentos através do seu esforço, lhe deverá ser reconhecida autonomia para atuar no tráfego negocial com base nesses rendimentos. Não está em causa o trabalho em sentido próprio, mas a capacidade que o menor revela para levar a cabo uma atividade autónoma (ainda que pontual) e, nesse domínio específico, governar a sua vida. Por isso, os autores acabam por propor a adaptação extensiva do preceito, de modo a que ele se mostre apto a assimilar casos cujo âmbito de relevância é mais ampla do que a da norma, apesar de apresentar um sentido análogo. Assim, por exemplo, Castanheira Neves fala do caso do menor deslocado, defendendo que os atos celebrados nesse contexto por aquele que ainda não completou dezoito anos devem ser considerados válidos à luz da alínea *a)* do n.º 1 do artigo 127.º CC: “a situação de necessária autonomia em que se encontra o menor, quando deslocado do seio da família, é seguramente uma situação da mesma linha de relevância material (embora «para além dela») da que é correlativa ao direito de disposição dos rendimentos do trabalho, pois é apoiando-se sobre

⁽³⁵⁷⁾ Cf. Rabindranath Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 8, n. 9.

⁽³⁵⁸⁾ Cf. Rabindranath Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 9.

si próprio, ou com base apenas na sua atividade autónoma, que ele governa a sua vida” ⁽³⁵⁹⁾.

Em certa medida, o artigo 127.º/1, *a)* CC contém um princípio geral de capacidade jurídica de exercício do menor sempre que este denote a autonomia suficiente — pela aquisição de rendimentos próprios, pelo seu esforço — para governar a sua vida, em geral, ou no aspeto pontual que envolve a celebração do negócio. E, nesse sentido, ele parece ter um alcance mais amplo do que aquele que resulta do § 151/2 ABGB, nos termos do qual o menor tem capacidade para dispor dos rendimentos que haja adquirido pelo seu trabalho, em virtude de uma relação laboral, de um trabalho de férias ou de uma atividade autónoma ⁽³⁶⁰⁾. Mostra-nos isto que, apesar de a lei portuguesa não contemplar estádios de evolução dos menores, aos quais se apliquem regimes jurídicos diferenciados, não é alheia à progressiva autonomização que o menor conhece. Simplesmente, optou por um modelo normativo em que o marco não é (unicamente) a idade, mas as condições que evidenciam essa gradual maturação.

A atenção dispensada à gradual autonomização do menor e, consequentemente, à dupla necessidade de respeitar o seu espaço de autonomia (em nome das ideias de proporcionalidade e necessidade atrás afloradas) e de o preparar para a plena inserção no tráfego jurídico ⁽³⁶¹⁾ está também espelhada na alínea *b)* do n.º 1 do artigo 127.º CC. Nos

⁽³⁵⁹⁾ António Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica — Problemas Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, 178. Note-se que o autor considera que um dos pressupostos da adaptação extensiva do preceito é a impossibilidade de o menor obter a autorização dos pais para a prática dos atos em questão. Não cremos, contudo, que o requisito faça sentido no quadro do ordenamento jurídico português, no qual a incapacidade de exercício dos menores é suprida pelo instituto da representação legal (i.e., o menor tem de ser substituído pelos pais na celebração de um negócio, que agem em sem nome, não bastando a mera aquiescência daqueles na conclusão do ato). Porventura, o requisito faria sentido no quadro do ordenamento jurídico alemão, em face do disposto no § 107 BGB e no § 110 BGB. Para outras referências acerca do último preceito citado, cf. *infra* o que se dirá.

⁽³⁶⁰⁾ Cf. Raul GUICHARD, “Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação”, 17. Refere o autor que, nos termos do § 152/1 ABGB, “os contratos de prestação de serviços necessários para obter tais rendimentos (e, igualmente, os negócios ou atos unilaterais conexos ou conformadores de semelhantes contratos: denúncia, extinção por acordo, etc.) são igualmente passíveis de serem celebrados de modo autónomo pelo próprio, conquanto com base em razões ponderosas os representantes legais lhes possam pôr termo.

⁽³⁶¹⁾ Vincando esta segunda necessidade, cf. Raul GUICHARD, “Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação”, 38.

termos do preceito são excecionalmente válidos os negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas, ou disposições de bens, de pequena importância. São três, portanto, os requisitos de validade dos negócios celebrados pelo menor: o negócio tem de dizer respeito à vida corrente do menor; o negócio tem de estar ao alcance da capacidade natural (entendimento e vontade) do menor; o negócio apenas pode implicar despesas ou disposição de bens de pequena importância. Quanto a este último requisito, a doutrina não é unânime: alguns autores sustentam que se deve aferir da pequena ou grande importância das despesas tendo em conta as circunstâncias do caso concreto e a capacidade financeira do menor e do seu agregado familiar ⁽³⁶²⁾; outros defendem que a determinação do requisito deve ser feita de acordo com critérios objetivos e absolutos ⁽³⁶³⁾. Independentemente do melhor posicionamento na matéria, a verdade é que este critério estará sempre balizado pela ideia de vida corrente do menor, ou seja, pela ideia do que é habitual e comum a um menor naquelas circunstâncias ⁽³⁶⁴⁾.

⁽³⁶²⁾ Nesse sentido, cf. Pires de LIMA/Antunes VARELA, *Código Civil anotado*, I, 135; Rabindranath Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 10, nota 13.

⁽³⁶³⁾ Cf. Raul GUICHARD, “Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação”, 39. Repare-se que o autor considera que é necessário ter em conta as circunstâncias do caso concreto. Na verdade, “um critério objetivo, obedecendo ao entendimento normal no tráfego jurídico, pode não se mostrar tão eficaz na proteção do menor (notar-se-á a este propósito que no direito alemão, no § 105.^a BGB, onde os pressupostos da eficácia dos negócios da vida corrente do menor são entendidos de maneira objetiva, se excluem as situações onde exista perigo relevante para a pessoa ou património daquele)”.

Contudo, no que respeita à consideração da situação económica e social, rejeita tal hipótese, por resultar daí uma diferença de tratamento inadmissível entre um menor com um amplo património e um menor com um património diminuto.

Veja-se, ainda, nesta corrente, Luís Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 2.^a edição, Lisboa, Lex, 1995, 223.

⁽³⁶⁴⁾ Cf. Rabindranath Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 10, nota 11. V., igualmente, Luís Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, 223, considerando tratar-se dos negócios que a generalidade das pessoas normalmente celebra, para satisfação das exigências normais do dia-a-dia da vida em sociedade.

Cremos, porém, que se pode ir um pouco mais além no entendimento do que é um negócio da vida corrente do menor. Além destes negócios do quotidiano do menor, atentas as circunstâncias concretas do caso, podemos considerar que são negócios da vida corrente do menor aqueles negócios que um menor, habitualmente, naquelas circunstâncias, celebraria (ainda que não se reconduza ao seu dia-a-dia).

e pela possibilidade de o menor, pela sua capacidade natural, entender o alcance do negócio e conseguir determinar-se por esse entendimento. Isto mostra, claramente, que a alínea em questão se orienta claramente por uma ideia de autonomização progressiva do menor: permite-se ao menor que movimente a sua esfera jurídica na medida do que é normal para um menor, naquelas circunstâncias, e na medida da sua capacidade natural. Onde existir maturidade e discernimento, sem que se ponham em causa os interesses do menor (daí a limitação da capacidade aos bens de pequena importância), não faz sentido intervir a incapacidade de exercício ⁽³⁶⁵⁾.

A exceção contida neste artigo 127.º/1, b) CC conhece eco além-fronteiras. No ordenamento jurídico austríaco, considera-se que o menor tem capacidade para celebrar negócios próprios da sua idade, respeitantes a assuntos próprios da vida quotidiana, desde que a prestação do menor tenha sido integralmente cumprida. Segundo explicita Raul Guichard, “a lei austríaca estabelece que com o cumprimento das

Assim, por exemplo, parece ser de considerar válido o bilhete que o menor compra para assistir a um concerto.

⁽³⁶⁵⁾ Raul Guichard fala, a este propósito, de um “estágio preparatório para a vida adulta, onde se inserirá, dentro de certos limites, uma aprendizagem com os próprios erros e equívocos”. Cf. Raul GUICHARD, “Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação”, 38.

Sendo esta a *ratio* do artigo 127.º/1, b) admite-se a extensão teleológica do preceito de modo a abranger a prática de atos de natureza pessoal, designadamente quando em causa esteja a capacidade para consentir na limitação voluntária de direitos de personalidade.

Neste sentido, cf. Guilherme de OLIVEIRA, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 132, p. 19, considerando que a disciplina do artigo 127.º/1, b) CC é aplicável por analogia aos atos de natureza pessoal de pequeno relevo, como por exemplo atos de assistência médica que estejam ao alcance da sua capacidade natural.

Note-se que, estando em causa uma norma excecional, se poderia duvidar da possibilidade interpretativa a que nos referimos. Na verdade, entendia-se tradicionalmente, à luz do disposto no artigo 11.º CC, que as normas excecionais não são suscetíveis de aplicação analógica. Simplesmente, tal entendimento corresponde a uma visão a-problemática do problema da realização do direito. As modernas correntes metodológicas mostram que, porque a interpretação de uma norma só é possível no confronto com o caso concreto, ela apresenta sempre um cariz analógico, que, aliás, perpassa todo o esquema metódico. Quer isto dizer que a proibição do artigo 11.º CC é metodologicamente irrealizável. Acresce que esta é uma matéria para a qual o legislador não tem competência. Por outro lado, há boas razões que determinam o afastamento desta visão do problema. Sobre o ponto, com amplo desenvolvimento, cf. António Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 183 s.

obrigações da criança o negócio se torna retroativamente eficaz” ⁽³⁶⁶⁾. Além disso, “o menor é ainda livre de dar o destino que entender às coisas ou ao dinheiro colocados à sua livre disposição, por exemplo, à mesada ou aos presentes que receba” ⁽³⁶⁷⁾. Excluídos ficam “os negócios suscetíveis de fazerem perigar a satisfação das necessidades da vida do menor (*Befriedigung seiner Lebensbedürfnisse*, mormente, habitação, alimentação, roupas; donde os negócios para a satisfação de tais necessidades prevalecem sobre os demais” ⁽³⁶⁸⁾. A disciplina austríaca acaba por se mostrar próxima daquela com que somos confrontados no ordenamento jurídico alemão. Dispõe o § 110 BGB que “ein von dem Minderjährigen ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters geschlossener Vertrag gilt als von Anfang an wirksam, wenn der Minderjährige die vertragsmäßige Leistung mit Mitteln bewirkt, die ihm zu diesem Zweck oder zu freier Verfügung von dem Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen worden sind”. Ou seja, o menor pode celebrar negócios jurídicos, desde que eles sejam cumpridos com os meios que os representantes legais ou um terceiro, com a autorização daqueles, lhes entregaram para esse fim ou para sua livre disposição ⁽³⁶⁹⁾. Embora num domínio onde é reconhecida a autonomia do menor (que se vai adensando), o certo

⁽³⁶⁶⁾ Raul GUICHARD, “Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação”, 17.

⁽³⁶⁷⁾ Raul GUICHARD, “Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação”, 17. §

⁽³⁶⁸⁾ Raul GUICHARD, “Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação”, 17.

⁽³⁶⁹⁾ Cf. Raul GUICHARD, “Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação”, 29. Esclarece o autor que “a liberdade de disposição de tais meios é, no entanto, entendida na doutrina de maneiras distintas: ora de modo absoluto, ora tendo em atenção a vontade presumível dos representantes, ou apelando a uma vontade objetivada, que excluiria a realização de certos negócios pelo menor. O § 110 é justamente apelidado *Taschengeldparagraph* (que podemos traduzir por artigo do dinheiro de bolso ou para despesas miúdas). Nele, de resto, não se inclui apenas a mesada ou equivalente, mas todos os rendimentos postos pelos representantes à disposição do menor, por exemplo, uma bolsa de estudo por ele ganha ou a remuneração de um trabalho que haja prestado durante as férias (mas não, por exemplo, os alimentos prestados ao filho num período em que ele viva fora de casa dos pais). Na opinião dominante, mas não indisputada, o § 110 constitui um caso especial de aplicação do § 107, uma hipótese de autorização concludente, e não propriamente uma extensão da capacidade negocial (...). O § 110 apenas respeita ao negócio obrigacional, não regulando a eficácia do negócio de disposição ou cumprimento, a aferir nos termos do § 107”.

é que há sempre o amparo do representante legal na atuação do menor, ao ponto de alguns autores consideraram que não estamos perante um alargamento da capacidade do menor, mas de uma situação de autorização concludente dos representantes para suprir a sua incapacidade ⁽³⁷⁰⁾. Ao invés, a alínea *b)* do n.º 1 do artigo 127.º CC aponta claramente no sentido da capacidade de exercício dos menores, a acompanhar a sua capacidade natural ⁽³⁷¹⁾.

Por seu turno, a alínea *c)* do n.º 1 do artigo 127.º CC estabelece que são válidos os negócios jurídicos relativos à profissão, arte ou ofício que o menor tenha sido autorizado a exercer ou os praticados no exercício dessa profissão, arte ou ofício. Conforme esclarece Capelo de Sousa ⁽³⁷²⁾, “na primeira parte da alínea visam-se os atos próprios integradores da atividade laboriosa do menor (p. ex. se este é empregado de balcão pode vender um facto pronto a vestir da respetiva loja). Na segunda parte abrangem-se os negócios jurídicos que, embora não necessariamente integradores ou característicos dessa atividade, são pressupostos ou consequências adequadas desta (p. ex. a compra de tintas por um menor autorizado a pintar quadros para vender ou o aluguer de uma motorizada pelo menor como único meio razoável de deslocação para o local de trabalho)”.

Por estes negócios jurídicos apenas respondem os bens de que o menor tiver a livre disposição, nos termos do artigo 127.º/2 CC. Trata-se, pois, de uma limitação à responsabilidade assumida com a celebração de tais negócios, que visa acautelar o interesse do menor, num domínio onde, pelo exercício consentido de uma atividade profissional, arte ou ofício, o mesmo revela (presumivelmente) discernimento e maturidade para agir por ato próprio e exclusivo. A necessidade de autorização para o exercício de uma dada atividade profissional decorre das regras próprias do Direito do Trabalho e permite acautelar uma eventual precipitação do menor. Salvaguardada por estas duas vias a sua posição, presumida a sua maturidade para agir no setor específico da atividade que exerce, o ordenamento jurídico reconhece (excecionalmente) capacidade de exercício ao menor. Em certo sentido, o ordenamento jurídico português aproxima-se, neste ponto, da disciplina contida nos §§ 112 e 113 BGB,

⁽³⁷⁰⁾ Cf. nota anterior.

⁽³⁷¹⁾ Nesta medida, colocamos a hipótese de a assimilação por adaptação extensiva a que se refere Castanheira Neves (*v. supra*) se dever operar com a alínea *b)* do n.º 1 do artigo 127.º CC e não com a alínea *a)* do citado preceito.

⁽³⁷²⁾ Rabindranath Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 12 s.

nos termos dos quais se alarga a capacidade negocial dos menores se os representantes legais os autorizarem a exercer uma atividade comercial ou uma atividade profissional ⁽³⁷³⁾.

VII. Os negócios jurídicos celebrados pelo menor, fora das hipóteses em que excecionalmente têm capacidade de exercício de direitos, são anuláveis, podendo, nos termos do artigo 125.º CC, tal anulabilidade ser arguida pelos representantes legais, no prazo de um ano a contar do conhecimento que hajam tido do ato, mas nunca depois de o menor atingir a maioridade; pelo próprio menor, no prazo de um ano a contar da sua maioridade; ou pelos herdeiros do menor, no prazo de um ano a contar da sua morte, desde que ela ocorra no prazo de um ano a contar da sua maioridade ⁽³⁷⁴⁾.

VIII. O artigo 126.º CC dispõe que “não tem o direito de invocar a anulabilidade o menor que para praticar o ato tenha usado de dolo com o fim de se fazer passar por maior”. A interpretação do artigo 126.º não é unânime, dividindo-se os autores no tocante à possibilidade de os representantes legais, durante a menoridade, virem arguir a invalidade do ato do incapaz. A melhor posição parece-nos ser aquela que nega a legitimidade dos progenitores ou dos tutores (quando for esse o caso). A solução pode ser explicada pelo facto de, se o menor foi suficientemente sagaz para enganar a contraparte, isto significar que, afinal, ele tem capacidade para entender os seus atos e movimentar-se no tráfego negocial. Tal entendimento reforça a falta de legitimidade dos pais, afastando-nos de uma ideia de punição estrita. Na verdade, o menor é um incapaz de exercício de direitos. Sendo-o, os negócios jurídicos por si celebrados, com exceção dos contemplados no artigo 127.º CC, são anuláveis. Ora, diante dos artifícios por si usados para enganar a contraparte quando à sua capacidade, entende-se que, afinal, o menor não carece da proteção que o

⁽³⁷³⁾ Sobre o ponto, cf. Raul GUICHARD, “Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação”, 30. O autor esclarece que, no caso da atividade comercial, é necessária a autorização do Tribunal e que a autorização comporta a faculdade de o menor realizar os negócios conexos com a atividade exercida.

⁽³⁷⁴⁾ Nos termos do artigo 287.º/2 CC, não estando o negócio cumprido, a anulabilidade passa a poder ser arguida sem dependência de prazo, tanto por ação como por exceção. Por outro lado, o ato pode ser confirmado ou pelo representante legal, tratando-se de ato que pudesse celebrar, ou pelo menor, depois de atinvida a maioridade.

regime lhe dispensa e em nome da qual foi edificado. Ademais, a confiança da contraparte do menor na validade do negócio há de ser salvaguardada. O preceito impede o normal funcionamento do regime da menoridade. Ora, para nos afastarmos irremediavelmente do sentido protetivo que é dispensado pelo legislador ao menor, teremos de ser confrontados com um comportamento especialmente censurável deste. Ainda que a ideia não seja a da pura sanção do incapaz — tanto mais que, a ser assim, isso nos poderia encaminhar para a ideia de que os pais, então, manteriam a legitimidade que o artigo 125.º lhes confere —, a verdade é que a falta de discernimento de que presumivelmente padece aquele que ainda não completou os dezoito anos não nos pode permitir alargar o âmbito de relevância da norma a situações que fujam da intenção de enganar a contraparte quanto à capacidade. É que, em rigor, só essa intenção parece denotar a apetência para a condução dos negócios próprios que corporiza a capacidade de exercício de direitos. Assim compreendido o artigo 126.º CC, percebemos que ele mostra claramente que o regime protetor do menor deixa de ser aplicado se o menor, com as suas artimanhas, evidenciar o discernimento suficiente para atuar no tráfico jurídico. Também aos herdeiros do menor fica vedada a possibilidade de arguirem a anulabilidade, em caso de dolo do menor.

O dolo que aqui está em causa deve ser compreendido como o emprego de mentiras ou artimanhas para levar a contraparte a acreditar que o menor é maior.

8. ACOMPANHAMENTO DE MAIORES

I. Atingidos os dezoito anos, a pessoa adquire plena capacidade de exercício de direitos. Contudo, entendeu o legislador de 66 que, em determinadas situações, seria importante salvaguardar o sujeito contra si mesmo, contra a sua imperícia, contra a sua inabilidade, contra as suas fragilidades, retirando-lhe ou diminuindo-lhe a capacidade de exercício. As hipóteses ficariam contidas pela tipicidade dos fundamentos das incapacidades dos maiores, a dividir-se, segundo a gravidade, em interdição e inabilitação, conhecendo o regime uma feição excecional, a única que se compatibilizaria com as exigências ditadas pela dignidade da pessoa. A evolução da estrutura social, a consciência da gravidade que os remédios referidos comportam para o incapaz e a influência de instrumentos de direito internacionais ditaram que, paulatinamente, se fosse questionando a bondade da

solução consagrada no Código Civil. Esse processo reflexivo, primeiro com ecos apenas na doutrina e depois com projeção no plano político, culminou com a aprovação, pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, do regime do maior acompanhado e a consequente revogação do regime da interdição e da inabilitação. A substituí-los surge o regime de acompanhamento de maiores.

II. A doutrina civilística era clara ao sublinhar a natureza taxativa dos fundamentos da inabilitação e da interdição ⁽³⁷⁵⁾. Assim, podiam ser interditos aqueles que fossem portadores de uma anomalia psíquica, os surdos-mudos e os cegos; podiam ser inabilitados, para além destes, os pródigos e os que consumissem abusivamente bebidas alcoólicas ou estupefacientes. A verificação de tais fundamentos não seria suficiente, mas seria imprescindível para que a ação tendente à restrição da capacidade de exercício de um maior fosse procedente. Estas causas deveriam revestir algumas características, como sejam a durabilidade e a habitualidade ⁽³⁷⁶⁾. Ademais, no caso da interdição elas teriam de ser suficientemente graves de modo a impedirem o sujeito de reger o seu património e a sua esfera pessoal; já no caso da inabilitação, a sua gravidade seria menor, determinando apenas a impossibilidade de o sujeito reger o seu património. Mas apenas elas poderiam conduzir a uma limitação ou privação da capacidade de exercício ⁽³⁷⁷⁾. Ecoavam, porém, vozes em sentido contrário. Menezes Cordeiro defendia, já, a natureza exemplificativa dos

⁽³⁷⁵⁾ Neste sentido, cf. Rabindranath Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, Coimbra, 2004 (policopiado), 63 e 40.

⁽³⁷⁶⁾ Fala-se, também, de atualidade. Sobre o ponto, cf. Rabindranath Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 42 s. e 63 s., considerando que a deficiência se havia de traduzir num estado habitual, duradouro, não acidental ou transitório, e sustentando que o estado devia ser atual, ou seja, que se tinha de verificar no momento da propositura da ação, não podendo reportar-se a situações passadas ou previsíveis no futuro; e C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 235.

Por vezes, falava-se, também, de permanência, querendo com isso significar que a cura era difícil ou improvável — cf. Rabindranath Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 64.

⁽³⁷⁷⁾ A jurisprudência também se mostrava fiel a este entendimento. No acórdão de 29 de Abril de 2003, o Supremo Tribunal de Justiça considerou que, perante um “enorme *deficit* cultural, fruto do anterior *modus vivendi* (pastorícia e amanho da terra, de manhã à noite), paupérrimo em possibilidades de aquisição de conhecimentos, não estão reunidas as condições legais para a interdição ou inabilitação”.

fundamentos da interdição. De acordo com o ensinamento do autor, o abuso de bebidas alcoólicas e de estupefacientes que deixasse o visado incapaz de reger a sua pessoa e bens pela sua gravidade poderia levar à interdição ⁽³⁷⁸⁾. A posição do autor tinha entendida num contexto mais amplo. Em primeiro lugar, Menezes Cordeiro mostrava-se crítico da disciplina global da interdição e dos seus fundamentos que considerava ser fruto da tradição e remontar ao direito romano; em segundo lugar, considerava que não se tiveram em conta os dados sociológicos para se estabelecerem os referidos fundamentos. Nessa medida, na prática, a surdez-mudez e a cegueira não conduziriam à interdição ⁽³⁷⁹⁾, ao passo que circunstâncias como o consumo excessivo de bebidas alcoólicas e de estupefacientes poderiam, de facto, se redundassem na incapacidade para reger a sua pessoa e o seu património, determinar a necessidade da interdição. Tenha-se, porém, em conta que o autor não propugnava necessariamente uma realização do direito que não tenha na norma legal o seu fundamento imediato. Com efeito, Menezes Cordeiro via no alcoolismo crónico e na toxicomania formas de anomalia psíquica, reconduzíveis ao âmbito de proteção do preceito ⁽³⁸⁰⁾. No mesmo sentido depunha Pedro Pais de Vasconcelos. Para o autor, a prodigalidade, o abuso de bebidas alcoólicas e de estupefacientes podiam dar origem à interdição se a sua gravidade o justificasse e se se pudessem reconduzir ao conceito de anomalia psíquica ⁽³⁸¹⁾. Quer isto dizer que, apesar da leitura alargada que era proposta pelos civilistas, ela seria sempre balizada pelo conceito de anomalia psíquica. A questão que restava

⁽³⁷⁸⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, *Parte Geral*, tomo III, *Pessoas*, Almedina: Coimbra, 2004, 419 e Rabindranath Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 41 s.

⁽³⁷⁹⁾ Quanto ao ponto, cf. Américo Campos COSTA, “Incapacidades e formas do seu suprimento — Anteprojecto do Código Civil.”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 111 (1961), 196 s.

⁽³⁸⁰⁾ Sublinhe-se, porém, que o abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes deviam provocar dependência. Capelo de Sousa refere, a este propósito, que estas dependências deveriam provocar “defeito da inteligência, da vontade ou da afetividade” — cf. Rabindranath Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 65 e C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 242. Nessa medida, o pensamento de Menezes Cordeiro só faria sentido se as deficiências a que se alude forem elas mesmas causas de uma anomalia psíquica que se autonomize da referida dependência.

⁽³⁸¹⁾ P. Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5.^a edição, Coimbra: Almedina, 2008, 122.

era, portanto, a de determinar o que se devia entender por anomalia psíquica, por um lado, e, por outro lado, se se poderia ou não admitir a analogia de situações sempre que a gravidade da situação de facto tornasse impossível o sujeito de reger o seu património e a sua própria pessoa. E, para respondermos logradamente a estas dúvidas, havia que de lançar mão de alguns referentes de sentido de natureza metodológica. Nessa medida, a primeira ideia que urgia ressaltar era que, embora pudéssemos (e devêssemos) colher o contributo da ciência médico-psiquiátrica, não podíamos, nem devíamos, ficar presos às suas categorias para determinar o que era relevante para efeitos de anomalia psíquica fundadora da inabilitação e, nos casos mais graves, da interdição ⁽³⁸²⁾. Um sujeito que, em virtude de um acidente (de qualquer tipo), ficasse em coma poderia — comprovada que fosse a durabilidade e habitualidade da situação — ser interdito, sem que verdadeiramente se pudesse falar, aqui, de uma anomalia psíquica no sentido próprio (médico-científico) do termo ⁽³⁸³⁾. Quer isto dizer que o cerne da categoria havia de ser encontrado numa qualquer perturbação das faculdades intelectuais ou intelectivas (afetando a inteligência, a percepção ou a memória) ou das faculdades volitivas (atinente quer à formação da vontade, quer à sua manifestação), ao que acrescentaríamos as deficiências da afetividade e da sensibilidade ⁽³⁸⁴⁾. Eram, portanto, duas as notas densificadoras do

⁽³⁸²⁾ Nesse sentido, embora por referência ao direito mais antigo, cf. Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, Coimbra: Almedina, 1997, 81 s.

⁽³⁸³⁾ Cf. sobre o ponto, Rabindranath Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 42 s., explicitando que não eram suficientes perturbações passageiras, embora graves, mas que não se devia exigir o caráter definitivo e incurável da deficiência.

⁽³⁸⁴⁾ Num acórdão datado de 21 de Julho de 1983, o Supremo Tribunal de Justiça considerou que a anomalia psíquica incluía qualquer deficiência do intelecto, de entendimento ou discernimento, bem como as deficiências da vontade e da afetividade e sensibilidade. Mais considerou que elas deviam ser duradouras ou habituais e não meramente acidentais ou transitórias. Cf. www.dgsi.pt.

Veja-se, ainda, com grande importância, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Novembro de 2015.

No mesmo sentido, cf. Pires de LIMA/Antunes VARELA, *Código Civil anotado*, I, 4.^a edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, artigo 138.º; Rabindranath Capelo de Sousa, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, Coimbra, 2004 (policopiado), 40 (aderindo à posição dos autores anteriormente citados e dando como exemplos as esquizofrenias, alienações face ao mundo exterior, desorganização de ideias, sensações de perseguição, comportamentos irracionais, alucinações, oligofrenias, como a idiotia, a imbecilidade, doenças senis, como a arteriosclerose, demências pré-senis,

conceito: àquela referida perturbação (do quadro intelectual ou volitivo ou da dimensão afetiva ou sensitiva) havia de associar-se a nota da habituabilidade/durabilidade. Sem que estes dados fossem bastantes. Na verdade, também aquele que, pelo seu *modus vivendi*, enfrenta dificuldades cognitivas pode sofrer uma perturbação de índole intelectual, sem que, contudo, se pudesse falar aqui de uma anomalia psíquica. Podia, portanto, concluir-se que o elemento perturbador teria de ser endógeno e não exógeno ao sujeito, ou seja, não bastava uma perturbação determinada por um fator externo ⁽³⁸⁵⁾. Se assim era, então teríamos de concluir que — tal como em qualquer processo de realização do direito — a densificação do conceito apenas podia ter lugar em confronto com o caso concreto e com a intencionalidade problemática que ele suscita, discernindo-se a partir desse *prius* que é o problema *decidendum* se a norma assimilava, na sua intencionalidade, o âmbito de relevância daquele ou não. Ora, isto conduzia-nos insofismavelmente a um pensamento de tipo analógico, donde se suscitava a questão de saber até que ponto era ou não possível a *aplicação* analógica da norma em questão, a autorizar, por exemplo, uma solução diversa para o caso do sujeito que, em virtude do enorme *deficit* cultural, fruto do anterior *modus vivendi* (pastorícia e amanho da terra, de manhã à noite), se mostra paupérrimo em possibilidades de aquisição de conhecimentos. A resposta a este problema implicava que se partisse de uma ideia firme acerca da natureza das normas que entre nós regulavam a interdição e a inabilitação. Na verdade, tratando-se de casos de incapacidade de exercício — isto é, de casos de insuscetibilidade de movimentar a esfera jurídica de que se é titular por ato próprio e exclusivo ou através de um representante voluntário —, as normas em questão tinham de ser consideradas excepcionais. De facto, o reconhecimento da personalidade jurídica — suscetibilidade para se ser, em abstrato, titular de direitos e obrigações — é reclamado pela ideia de dignidade da pessoa humana que sustenta todo o ordenamento jurídico que queira, verdadeiramente, ser um ordenamento de direito e do direito. Esta personalidade jurídica arrasta consigo a capacidade jurídica, enquanto

como o Alzheimer, paralisias sifilíticas, esclerose lateral amiotrófica, psicose maníaco-depressiva, depressões).

⁽³⁸⁵⁾ Isto, obviamente, sem embargo de o elemento perturbador endógeno ter na sua origem um fator exógeno.

Cf. Ac. STJ 19 de Novembro de 2015.

suscetibilidade para, em concreto, ser titular de um círculo mais ou menos amplo de direitos e obrigações, e reclama a capacidade de exercício. Quer isto dizer que as limitações a tal capacidade de exercício — traduzíveis em situações de incapacidade de exercício — só podem/podiam existir quando sirvam/servissem para proteger o sujeito (incapaz) e na medida do necessário. Partíamos, portanto, da ideia de que os preceitos em questão tinham natureza excecional ⁽³⁸⁶⁾.

⁽³⁸⁶⁾ Tratava-se, contudo, de uma disciplina complexa que configura a regra, quando seja decretada a interdição ou a inabilitação. Note-se, aliás, que o regime (regra) continha em si exceções. O que aqui traduzimos por uma ideia de excecionalidade das incapacidades de exercício pode ser compreendido, em termos dogmáticamente mais densificados.

Estando sempre presente a ideia de proteção do incapaz em relação a si próprio, a imposição das incapacidades de exercício (no caso da incapacidade de exercício por menoridade) haveria de se orientar por dois princípios: *necessidade e proporcionalidade*.

Os afloramentos destes princípios, no quadro do regime jurídico da menoridade, são nítidos. Entre outros, podemos salientar a anulabilidade como sanção para a celebração de negócios jurídicos pelo menor, sem estar representado pelos seus pais. Cf. Raul GUICHARD, “Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação”, *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, 6, 2005, 37 s. O autor considera que se deve preservar o incapaz relativamente à sua menor maturidade e, por outro lado, que se deve permitir, na medida do possível, uma participação ativa do menor no tráfico jurídico-negocial. Ora, segundo palavras do autor, “esta finalidade educacional ou pedagógica realiza-a a lei pela cominação da (mera) anulabilidade como consequência para os atos praticados pelo menor (...) e pela consagração de exceções relativamente latas a essa incapacidade — existindo assim espaço para que se vá preparando, gradualmente, o ingresso ou inserção plena no tráfico jurídico normal com a entrada no umbral da idade adulta”.

Constituem outros afloramentos de tais ideias de *necessidade e proporcionalidade* o regime do dolo do menor, o regime das exceções à incapacidade de exercício do menor. Sobre o ponto, cf. Rosa MARTINS, *Menoridade, (In)capacidade e Cuidado Parental*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 99.

Veja-se, ainda, Mafalda Miranda BARBOSA, “Breves reflexões em torno do artigo 127.º CC”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XC, tomo II, 2014, 685 s.

No tocante aos interditos e inabilitados, as ideias de *necessidade e proporcionalidade* a que nos referimos expressavam-se pela anulabilidade dos atos do interdito e inabilitado; pelo regime do dolo do interdito e inabilitado, pelo regime das exceções à incapacidade de exercício do interdito/inabilitado. No tocante à inabilitação, refletiam-se, ainda, na circunscrição da incapacidade à prática de atos de disposição entre vivos e de todos aqueles que venham especificados na sentença. Ademais, e novamente de forma globalizante para as duas incapacidades aptas a afetar maiores de idade, dir-se-ia que as ideias de *necessidade e proporcionalidade* se espelhavam pela natureza taxativa dos fundamentos de cada uma delas. Ora, é exatamente esta

Tradicionalmente, afirmava-se que não era possível aplicar por analogia as normas excepcionais, pese embora pudessem ser objeto de uma interpretação extensiva. É esta a lição que se colhe do artigo 11.º CC. O cumprimento do postulado era, para o pensamento herdeiro de oitocentos, facilmente exequível. Reduzindo-se o direito à lei e acreditando-se aproblematicamente que ele se realizava pela subsunção do caso à norma, vista como premissa maior, interpretava-se a norma em termos exegéticos para se alcançar o resultado pretendido. Excluía ficaria toda a analogia ⁽³⁸⁷⁾. Para tanto, bastava chamar-se à colação a teoria tradicional da interpretação. A norma seria, então, encarada em abstrato, no jogo entre letra e espírito. Aquela definia um círculo de sentidos possíveis e fixava as fronteiras dentro das quais o espírito se poderia mover, excluindo os chamados candidatos negativos, ou seja, os sentidos que a letra inequivocamente e *a priori* excluía. Mas dentro desse círculo de sentidos possíveis, a letra voltaria a atuar na sua função de seleção positiva, dicotomizando os candidatos positivos — os sentidos naturais, aqueles que mais correspondessem aos usos habituais das expressões em causa — e os candidatos neutros — aqueles que correspondem a utilizações menos habituais dos elementos linguísticos ⁽³⁸⁸⁾. Só depois entrariam em jogo os outros elementos da interpretação, o elemento sistemático, histórico

ideia de taxatividade que nos comunicava a ideia de excecionalidade das normas em causa. A regra seria sempre a da capacidade de exercício dos maiores de 18 anos.

⁽³⁸⁷⁾ Sobre o ponto, cf. A. Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica — Problemas fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, 273, que aqui acompanhamos de muito perto.

Por referência ao princípio a legalidade criminal, mas revelando uma problematização que comunga da mesma intencionalidade, cf. A. Castanheira NEVES, «O princípio da legalidade criminal», *O seu problema jurídico e o seu critério dogmático*, *Boletim da Faculdade de Direito, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia*, 1984, 307 s. (também publicado em *Digesta — Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, volume 1.º, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 347 s.; Mafalda Miranda BARBOSA/João Pedro RODRIGUES, «Da incompetência do TC para apreciar eventuais violações do princípio da legalidade criminal: breve reposicionamento crítico em sede metodológica», *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, vol. III, 106 s.

⁽³⁸⁸⁾ Sobre o problema da interpretação, para mais desenvolvimentos, cf. A. Castanheira NEVES, «Interpretação Jurídica», *Digesta*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, 337 s.; Id., *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003; José Pinto BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, 809 s.; Mafalda Miranda BARBOSA/João Pedro RODRIGUES, «Da incompetência do TC para apreciar eventuais violações do

e teleológico, obtendo-se, assim, o resultado interpretativo devido, que se traduziria numa interpretação declarativa, restritiva ou extensiva ⁽³⁸⁹⁾, distinguindo-se claramente da analogia. Na verdade, esta só seria chamada a operar quando se ultrapassassem os sentidos pré-jurídicos delineados pela letra da lei. A consideração atomista da norma, nas duas grandezas que a compõem, só é possível se aceitarmos que o valor linguístico de um texto é constante e que a utilização de expressões comuns num enunciado jurídico deixa inalterado o seu sentido. Ora, qualquer um destes pressupostos é falso. O sentido de qualquer comunicação está sempre dependente do interlocutor, do contexto e do momento histórico em que se situa. Da mesma forma, o uso de expressões linguísticas num texto jurídico altera o sentido das mesmas. Pelo que teremos de concluir, oportunamente, que abstratamente a norma nada nos comunica, só sendo possível interpretá-la no confronto com o caso concreto. Por isso, o objeto da interpretação passa a ser a norma problema, isto é, ela deixa de ser vista como um enunciado linguístico para passar a ser entendida como a tipificação de um problema, com uma intrínseca intencionalidade problemática. Em confronto ficam, então, dois problemas e o nosso raciocínio passa a caminhar do particular para o particular, razão pela qual se pode afirmar que a analogia estará sempre presente em qualquer processo de interpretação jurídica ⁽³⁹⁰⁾. Deixa de fazer sentido falar de interpretação extensiva e restritiva, passando a assumir-se como resultados interpretativos a extensão e a redução teleológica, formas de interpretação corretiva que não nos apartam da analogia. A proibição de aplicação analógica de normas excepcionais convoca razões mais ou menos óbvias. Como ensina

princípio da legalidade criminal: breve reposicionamento crítico em sede metodológica», 108 s. (que aqui damos por reproduzido em alguns pontos específicos).

⁽³⁸⁹⁾ Se ambos os elementos da norma coincidissem, a interpretação dir-se-ia declarativa. Se a letra fosse mais ampla que o espírito, restringir-se-ia o sentido textual para o fazer coincidir com o seu espírito, dando-se lufar à interpretação restritiva. Se, pelo contrário, a letra fosse menos ampla que o espírito, alargar-se-ia o sentido textual da lei, dentro dos seus sentidos possíveis, para o fazer coincidir com o seu espírito, abrindo-se as portas a uma interpretação extensiva.

⁽³⁹⁰⁾ Sobre o ponto, cf., novamente, Mafalda Miranda BARBOSA/João Pedro RODRIGUES, «Da incompetência do TC para apreciar eventuais violações do princípio da legalidade criminal: breve reposicionamento crítico em sede metodológica», 108-109 e, para desenvolvimentos não consentâneos com o nosso âmbito de análise, a demais bibliografia já citada acerca da interpretação jurídica.

Castanheira Neves, reportando-se à doutrina tradicional, “sendo essas normas impostas pela autoridade contra a razão jurídica, não seria legítimo, não teria mesmo sentido, estendê-las ou desenvolvê-las, porque careceriam exatamente de razão jurídica que justificasse essa extensão ou esse desenvolvimento” ⁽³⁹¹⁾. Por outro lado, continua o autor, “se as normas são excepcionais ou singulares, só valem por definição para os casos que preveem e não para outros”, porque, “de contrário, seria generalizar o que justamente é singular ou excepcional” ⁽³⁹²⁾. Discordando dos ensinamentos, Castanheira Neves avança que em algumas situações pode ser a própria *ratio iuris* da exceção a justificar a sua extensão para além do expressamente previsto na norma. A isto não se opõe, verdadeiramente, o artigo 11.º CC. Desde logo, é metodologicamente insustentável a posição consagrada no preceito ⁽³⁹³⁾. Por outro lado, o legislador, ao verter o postulado aproblematicamente assumido numa norma legal, acaba por assumir uma tarefa que não lhe pertence, porquanto caiba ao pensamento jurídico pronunciar-se sobre questões metodológicas. A desconsideração da solução vertida no preceito citado torna-se, então, mister, podendo afirmar-se, novamente com Castanheira Neves, que “o que justifica a analogia em geral justificará igualmente a aplicação analógica de normas excepcionais, sempre que os dois momentos (...) [tidos] como condição daquela analogia se verificarem no seu particular âmbito de normatividade — ou seja, e como diz em geral a doutrina, sempre que a *eadem ratio* da norma excepcional ou do seu regime de exceção se puder afirmar quanto a outros casos não expressamente previstos nessa norma” ⁽³⁹⁴⁾. O que não quer dizer, continua o autor, “que seja fácil o exato reconhecimento dessa *eadem ratio* e não se

⁽³⁹¹⁾ A. Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 273.

⁽³⁹²⁾ A. Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 273. Referindo-se ao pensamento de Betti, o filósofo do direito português adianta um argumento do referido autor: a competência para decidir o âmbito de aplicação das normas excepcionais caberia exclusivamente ao legislador. No fundo, elas “caracterizar-se-iam por uma colisão com princípios fundamentais da ordem jurídica (...), pelo que toda a sua aplicação alargada significaria um maior atentado a esses princípios e constituiria uma anomalia, cuja extensão abriria uma mais longa brecha na normalidade e aumentaria a desarmonia com a lógica dos princípios e com o desígnio da racional essência que deles se esperaria”

⁽³⁹³⁾ Afirma Castanheira Neves que proibir a analogia e só admitir a interpretação extensiva é tão ingênuo como ontem foi proibir a própria interpretação — *Metodologia Jurídica*, 275.

⁽³⁹⁴⁾ A. Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 275.

deva ser exigente na delimitação do âmbito analógico que nela se apoie, para que a pretexto de uma analogia legítima não se subvertam os princípios ou os regimes jurídicos excepcionados”. Não era, portanto, a natureza excecional (por oposição à regra que é a da capacidade de exercício dos sujeitos) a determinar a impossibilidade de aplicação analógica das referidas normas, tanto mais que podíamos concluir, fundadamente e apoiando-nos nos ensinamentos metodológicos, que a analogia não pode ser proscrita do âmbito da concreta realização do direito. Mas isto não significava que não houvesse limites à constituição normativa operada pelo decidente ou, nas palavras, de Castanheira Neves que não se fosse exigente, correndo-se o risco de subversão dos princípios. Nessa medida, devíamos considerar que o legislador, ao ter estabelecido os fundamentos da interdição e da inabilitação, fê-lo em obediência a uma ideia de *necessidade* e de *proporcionalidade*, únicas compatíveis com a ideia de dignidade da pessoa humana que reclama o reconhecimento da capacidade de exercício. Ora, se assim era, então encontrávamos um limite a uma eventual autónoma constituição normativa, o que significava, afinal, que a analogia que se reconhece imprescindível havia de operar tendo como critério imediato um dos fundamentos consagrados pelo legislador, o que nos permite concluir pela importância da densificação do conceito de anomalia psíquica para lá do que a ciência médica nos comunica.

Estas limitações acabaram por criar dificuldades evidentes ao jurista. Porque a pessoa era substituída, em muitos casos, na sua vontade, ficando privada da capacidade de exercício, não era possível ir para além do que expressamente fosse autorizado pela prescrição legislativa, ainda que esta não tivesse de ser interpretada em termos hermenêuticos, antes se viabilizando a sua redensificação pela consideração analógica do caso. Mas se isso garantia a justeza do regime, por outro lado, poderia deixar sem qualquer proteção alguns sujeitos que, fruto das suas particularidades, não pudessem ver integradas as suas situações nos âmbitos de relevância da interdição e da inabilitação.

III. O Código Civil previa fundamentos comuns entre a interdição e a inabilitação e que mesmo aqueles que eram específicos da inabilitação podiam vir a consubstanciar uma situação de anomalia psíquica justificadora da restrição mais grave da capacidade de exercício. Nessa medida, havia que distinguir as situações de interdição das situações de inabilitação. Ora, nesse traçar de fronteiras era fundamental a chamada à colação das ideias de *necessidade* e

proporcionalidade: ou seja, a interdição só devia ser decretada como medida de última *ratio*, quando a proteção do incapaz não fosse possível por via da inabilitação. Tal ocorria quando o sujeito, para além de não conseguir reger o seu património, não se mostrava capaz de reger a sua própria pessoa ⁽³⁹⁵⁾. Esta diferença de âmbitos de relevância projetava-se, consequentemente, em diferenças de regime entre a interdição e a inabilitação. A menor gravidade que consubstanciava a inabilitação determinava que a forma de suprimimento fosse, em regra, a assistência e não a representação legal. O curador — o assistente do inabilitado — não substituíu o incapaz, antes o acompanhava, autorizando ou não a prática dos atos, ao contrário do representante legal, que atua em nome do menor e atuava em nome do interdito. Acresce que, como regra, nos termos do artigo 153.º CC, o assistente apenas necessitava de prestar o seu consentimento para a prática de atos de disposição entre vivos, podendo, *a contrario*, o inabilitado praticar por ato próprio e exclusivo atos de mera administração e atos *mortis causa*, a não ser que eles surgissem discriminados na sentença. Havia, contudo, a possibilidade de, de acordo com o artigo 154.º CC, se entregar a administração do património do inabilitado, no todo ou em parte, ao curador. Neste caso, segundo Menezes Cordeiro, “segue-se (...) um princípio de representação pelo curador, num esquema semelhante ao da tutela” ⁽³⁹⁶⁾. Mas ainda assim — como recordava o autor — havia uma diferença assinalável entre a interdição e a inabilitação. É que o curador, ao contrário do tutor, não interferia na esfera pessoal do inabilitado ⁽³⁹⁷⁾. Ou seja, o inabilitado não necessitava do seu curador para prestar consentimento no caso de limitação voluntária dos seus direitos de personalidade, ainda que tal consentimento seja, na classificação doutrinal, vinculante e, nessa medida, envolva a celebração de um negócio jurídico. A capacidade do inabilitado não ficava limitada no tocante à sua esfera pessoal. É certo que a sentença podia, nos termos do artigo 153.º/1, especificar outros atos para além dos negócios de disposição entre vivos aos quais estendesse a incapacidade de exercício resultante da inabilitação. Contudo, importa não esquecer os fundamentos da inabilitação.

⁽³⁹⁵⁾ No mesmo sentido, cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I/III, 419.

⁽³⁹⁶⁾ Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I/III, 426.

⁽³⁹⁷⁾ Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I/III, 426.

O artigo 152.º era claro ao estabelecer como requisito da inabilitação a incapacidade de reger convenientemente o património daqueles que se mostrassem habitualmente pródigos, consumissem abusivamente bebidas alcoólicas ou estupefacientes, devendo entender-se que o requisito se estendia aos que sofressem de uma anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira. Na verdade, é essa particularidade — a incapacidade para reger convenientemente o património — que, distinguindo-se da incapacidade para reger o património e a sua pessoa, permitia concluir que a deficiência psíquica ou física em questão não era de tal modo grave que justificasse a interdição ⁽³⁹⁸⁾. Por outro lado, é também certo que o artigo 1601.º considerava que o inabilitado por anomalia psíquica não podia celebrar um casamento. Tratava-se, aí, contudo, de uma situação de incapacidade de gozo (e não de exercício), que se estendia, aliás, a quem não visse movido contra si um processo tendente à restrição da sua capacidade, mas se mostrasse notoriamente demente, mesmo em intervalos lúcidos, e que devia ser explicada à luz da natureza do próprio vínculo matrimonial ⁽³⁹⁹⁾. Ao contrário do inabilitado, que apenas necessitava da autorização do seu curador para a celebração de negócios de disposição *inter vivos* e todos aqueles que fossem especificados na sentença, não vendo a sua esfera pessoal afetada pela incapacidade, o interdito, pela gravidade acrescida da situação que o afligia, via-se totalmente privado da sua capacidade de exercício. Por um lado, deixava de poder atuar autonomamente, por ato

⁽³⁹⁸⁾ Neste sentido, cf. Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 122 s. Diz o autor que o interditando era alguém que não conseguia cuidar da sua pessoa e dos seus bens, enquanto o inabilitando não conseguia cuidar convenientemente dos seus bens, mas não precisava de auxílio para cuidar da sua pessoa.

Não concordamos, porém, com Pedro Pais de Vasconcelos no segmento em que o autor afirma que a inabilitação era de certo modo residual. Na verdade, atenta uma ideia de necessidade e de proporcionalidade a que não podíamos ser alheios, importa sublinhar que a interdição só teria lugar quando a inabilitação não fosse suficiente para proteger o incapaz. Nessa medida, essa natureza residual perdia-se.

No mesmo sentido, cf. Rabindranath Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 65, sublinhando que os inabilitados apenas se mostravam incapazes de reger o seu património e que não era necessária uma total inabilidade ou incapacidade, bastando que a regência do património “não seja conveniente, isto é, adequada, em termos mais ou menos concorrentes, que não deixem de implicar riscos mas, na medida do possível, ponderados e superados”.

⁽³⁹⁹⁾ De notar, aliás, que essa incapacidade não existia para os inabilitados por anomalia psíquica no caso da perfilhação. Cf. artigo 1850.º CC.

próprio, na esfera pessoal; por outro lado, era equiparado ao menor, no campo patrimonial, sendo insuscetível de, por si, celebrar um negócio jurídico.

Previam-se, contudo, exceções, que, aliás, também se aplicavam ao inabilitado, por força da remissão que o artigo 156.º fazia para o regime da interdição e, subsequentemente, o artigo 139.º estabelecia para o regime da menoridade. Dito de uma forma mais direta, o artigo 127.º era aplicável aos incapazes maiores. A aplicação de um regime primariamente pensado para os menores aos interditos e inabilitados requeria, contudo, cautelas. A disciplina normativa da menoridade permite-nos concluir que, em nome do respeito pela dignidade da pessoa humana (e, portanto, necessariamente da sua autonomia), a incapacidade de exercício imposta aos menores se orienta, também, por uma ideia de necessidade e de proporcionalidade. Na verdade, na base da imposição de tal incapacidade está a necessidade de proteger o menor contra si mesmo, a sua imponderação, a sua falta de discernimento, a sua falta de maturidade. Por isso, o âmbito da incapacidade há de ser determinado em função da necessidade de proteção desse menor ⁽⁴⁰⁰⁾.

⁽⁴⁰⁰⁾ Parece decorrer do que ficou dito que a capacidade de exercício de direitos, se bem que tida como um expediente facultado pelo ordenamento jurídico para viabilizar a atuação pessoal de uma esfera de direitos e obrigações, se liga insofismavelmente a uma ideia de pessoa como sujeito dotado de uma ineliminável dignidade ética e, como tal, portador de uma estrutura ontológica alicerçada na liberdade positiva, viabilizadora do encontro com o outro. Neste sentido, cf., também, François TERRÉ/Dominique FENOUILLET, *Droit civil: les personnes, la famille, les incapacités*, 6^e édition, Dalloz, 1996, 9 s. Não seria, de facto, suficiente que o ordenamento jurídico atribuísse ou reconhecesse um círculo de direitos e obrigações polarizados num sujeito. Em homenagem à liberdade deste, que se reivindica, urgia que essa esfera de autonomia pudesse ser exercitável, por um ato próprio ou de terceiro quando devidamente autorizado para o efeito.

Só nessa medida o direito subjetivo pode ser entendido, numa esfera negocial, como manifestação da liberdade de cada um. Pelo que, só se justifica a previsão de casos de incapacidade de exercício quando inteligidos à luz da necessidade de proteção do próprio incapaz, dos seus interesses patrimoniais e pessoais. Cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 227 s. Veja-se, contudo, que o autor salienta, numa referência histórica, que a doutrina anterior ao Código de 1966, ao tratar do problema dos pródigos — então sujeitos à interdição e não à inabilitação, dada a sua inexistência —, “acentuava (...) que a incapacidade dos interditos por prodigalidade tinha sido instituída no interesse das outras pessoas (cônjuge ou herdeiros legítimos), embora por reflexo servisse também o interesse do prodigo.” Porém, acrescenta Mota Pinto, em face da não dependência da inabilitação dos requisitos

anteriormente erigidos para a interdição do pródigo — que ele fosse casado ou que tivesse herdeiros legítimos — parece carecer de fundamento tal asserção.

V., no mesmo sentido, Raul GUICHARD, «Alguns aspectos do instituto da interdição», *Direito e Justiça*, vol. IX, tomo 2, 1995, 132. Referindo-se especificamente à interdição, considera que “na interdição (...) trata-se de proteger aqueles que, de uma maneira ou de outra, estão afetados duradouramente nas suas capacidades volitivas ou intelectivas e, por conseguinte, não têm a aptidão necessária para se autodeterminarem. Sucede, porém, que entre a proteção de um homem e a sua liberdade existe um antagonismo incontornável. Ninguém ignora quanto a interdição contende com a livre condução da vida e desenvolvimento da personalidade. Encontramo-nos, sem exagero, perante uma das mais gravosas intromissões do estado na liberdade do indivíduo, na sua esfera privada”, pelo que “tais restrições só lograrão hoje justificar-se cabalmente à luz da própria proteção do incapaz”.

Exatamente porque a ideia de incapacidade só logra obter justificação à luz da proteção do próprio incapaz, considera-se taxativo o elenco de situações em que a capacidade de exercício está ausente ou limitada. Menoridade, interdição e inabilitação esgotam aquele quadro de possibilidades, sem embargo das situações, verificáveis em concreto, de incapacidade acidental, tida, na sua essência, como um vício da vontade. A ideia matriz da proteção do próprio incapaz, ao mesmo tempo que explica a taxatividade dos casos de incapacidade de exercício — taxatividade das hipóteses legais de incapacidade; taxatividade dos fundamentos suscetíveis de desencadear esses mecanismos de tutela —, impõe que nas restrições operadas não se vá para além do que é indispensável em vista daquela proteção. Fala, nesse sentido e tratando unicamente nesse artigo dos problemas relativos aos interditos, Raul Guichard de um princípio de proporcionalidade («Alguns aspectos do instituto da interdição», 140-141): a medida tem de se mostrar indispensável em vista da protecção do interdicendo (cf. p. 142). Na explicitação tradicional — e ainda hoje maioritária — do fundamento da anulabilidade dos negócios celebrados pelo incapaz, a doutrina centra-se na própria pessoa daquele, olhado na sua singularidade.

Diferente perspectiva é aquela a que somos conduzidos pelo pensamento de Baptista MACHADO, “Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 117.º ano, 1984-1985, n.º 3725, 229-233; n.º 3726, 265-269; n.º 3727, 294-298; n.º 3728, 321-325; n.º 3729, 361-365; n.º 3730, 9-14; n.º 3733, 101-105; n.º 3735, 169-172; n.º 3737, 227-229. Partindo da consideração do modo-de-ser-pessoa como um ser de comunicação, insuscetível de se realizar plenamente no isolamento, e do seu modo de agir como um modo comunicativo, quer essa comunicação seja verbalizada, quer não seja, elege como princípio jurídico fundamentalíssimo o princípio da confiança (cf. “Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*”, 231 s.). Efetivamente, para que essa comunicação se cumpra enquanto necessidade básica do ser humano, ela tem de se alicerçar na observância de regras éticas elementares como a veracidade e a lealdade, às quais correspondem os conceitos complementares de credibilidade e responsabilidade. Continuando o seu raciocínio, Baptista Machado acrescenta que a autovinculação através de uma conduta comunicativa implica que o sujeito seja parte inteira, membro adulto da comunidade de interação, pelo que a conduta responsável surge como aquela em que o seu autor responde por uma pretensão de validade, de que falava Habermas (“Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*”, 265). Pelo que, e focando-se no menor, conclui que este, “mediante a sua conduta, se não autovincula, se não vincula

a ser coerente e a um *non venire contra factum proprium* (...), não pode engendrar uma confiança legítima” (p. 266).

Já não surge aqui como polo dinamizador do discurso o incapaz, carecido de proteção, mas o incapaz — mais concretamente o menor — no encontro comunicacional com o outro, através do qual se gera uma expectativa de confiança. Iluminam-nos na descoberta desta subtil diferença as próprias palavras do autor: “quando se diz que a lei não permite ao menor assumir negocialmente uma responsabilidade e que, com esta proibição, a lei visa a proteção do incapaz, se adota um ponto de vista que, embora exato, não é o mais condizente com o que vimos desenvolvendo nem o mais conforme com a inserção dos menores na comunidade comunicativa” (“Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*”, 266).

Não obstante a impressividade da asserção, ou talvez em virtude dela, importa refletir cuidadosamente sobre o que ficou explanado. Para tanto, não esqueçamos os três pontos em que Baptista Machado se alicerça na construção proposta: permite recusar eficácia jurídica a certos atos de conhecimento, reconhecimento ou autorização; mostra que o menor não pode ser responsabilizado nos termos do artigo 485.º CC, ainda que tenha assumido a responsabilidade pelos danos, visto que a sua conduta comunicativa não merece crédito; permite compreender que os efeitos da violação do princípio da boa-fé que se traduza num *venire contra factum proprium* não têm aplicação a menores ou interditos, bem como nos outros casos em que a responsabilidade é, aos olhos do civilista, uma responsabilidade pela confiança. Deixando de lado o problema do artigo 485.º CC, na medida em que, fiéis a uma visão dualista da responsabilidade civil, entendemos que a previsão normativa daquele pode remeter-nos quer para a responsabilidade contratual, quer para a responsabilidade extracontratual, cujo mecanismo de funcionamento e fundamento último extravasam a problemática das incapacidades de exercício no mundo negocial, centraremos a nossa atenção nos outros dois pontos trazidos à colação pelo autor. Não podendo deixar de louvar a fundamentação ética do direito, em geral, e da responsabilidade, em particular, importa, porém, referir que o necessário apelo a uma ideia de confiança, como princípio ético fundamentalíssimo, se galvaniza no momento em que, patologicamente, se quebra uma relação negocial ou quase negocial. Gera-se a correspondente responsabilidade que é vista funcionalmente como um meio de garantir, por outra via, a satisfação do seu interesse ao credor ou um meio de garantir àquele que, unido por um vínculo especial análogo ao negocial, confiou o ressarcimento dos danos gerados pela frustração das suas expectativas. O princípio da confiança atua, aí, como referente último da responsabilidade contratual. Ora, quando em causa está o regime das incapacidades de exercício, o problema da responsabilização diante do outro que com o menor, o interdito ou o inabilitado coopera de forma estreita e funcionalmente ligada a um fim perde sentido na medida em que o negócio, ferido *ab initio* pela marca da anulabilidade, não produz os seus efeitos. É claro que resta o problema da responsabilidade pela celebração de um contrato inválido ou mais amplamente da responsabilidade pré-contratual ou, alargando o nosso espectro de considerações, pela violação de deveres de proteção que, integrando o conteúdo contratual, à luz da boa-fé, subsistem mais das vezes à invalidação do mesmo. E nessa medida o apelo a uma ideia de confiança afigura-se imprescindível. Afinal, emergindo ela como o fundamento último da imputação contratual e configurando-se como o *tertium datum* que viabiliza o juízo analógico de assimilação da intencionalidade do caso concreto pela intencionalidade do artigo 798.º CC, somos forçados a concluir que, em todas estas

É neste quadro que o legislador pátrio, pese embora não tenha aderido a um modelo de prazos, estabelece, por um lado, a

hipóteses tipificadas, o incapaz não deve ser responsabilizado. Mas, se essa é a força motriz que orienta a responsabilidade, quando em causa esteja a própria vinculação contratual do que se trata não é da viabilidade ou não de o incapaz gerar, de forma credível, um nível de confiança tutelável pelo direito (e portanto de se verificar em concreto um fundamento para a responsabilização do devedor), mas de se garantir a proteção do próprio declarante. De outra forma, se o que entrasse em jogo fosse primordialmente a impossibilidade natural de — em moldes eticamente cunhados — o incapaz participar no tráfego negocial, a sanção mais adequadamente predisposta pelo ordenamento jurídico seria a nulidade e não a anulabilidade, uma vez que a contraparte, no quadro do regime das incapacidades de exercício, não poderá desvincular-se do negócio. Do mesmo modo que não se perceberia que, e na sequência da linha de raciocínio de Baptista Machado, determinados atos de reconhecimento pudessem ser validamente levados a cabo por incapazes. Donde se conclui que, sem negarmos a importância da confiança normativamente conformada e intrinsecamente conexiionada com a boa-fé na fundamentação da responsabilidade contratual, aqui entendida de uma forma mais ampla que a resultante da simples violação do *pacta sunt servanda*, a *ratio* da previsão e regulamentação dos regimes de incapacidades de exercício ou incapacidades para agir situa-se na própria pessoa do incapaz e não na projeção do seu comportamento declarativo na esfera da contraparte. Não quer isto dizer que a confiança (ou a falta dela) não seja relevante. Simplesmente, não nos parece ser esse o dado proeminente de fundamentação do sistema. Parecem-nos, pois, ser três as ideias que interagem a este nível, sem que nenhuma delas exclua as demais, passando as diferentes visões postas em diálogo por uma hierarquização diversa dos valores em apreço. Assim, sendo a ideia de confiança, alicerçada no encontro comunicacionalmente ético entre humanos, pilar essencial do mundo contratual, ela deve ser tida como fundamento último da responsabilidade contratual. A propósito da formação do contrato e do requisito subjetivo da capacidade das partes o que está, num primeiro plano em causa, não é a não responsabilização do incapaz, na medida em que aquela confiança não se gera, mas a própria não vinculação do mesmo, da qual poderia resultar uma responsabilidade ulterior. E essa não vinculação ou, de uma forma mais consonante com o regime normativo, a possibilidade de desvinculação que lhe é conferida justifica-se pela justa proteção daquele. Sem que isso afaste, obviamente, a ideia de confiança porque, se nos preocuparmos com o acautelar da posição da contraparte, somos levados a afirmar que ela não é descurada na exata medida em que não se geraram expectativas dignas de tutela.

Acerca da questão da responsabilidade pré-contratual, quando esteja em causa um menor ou outro incapaz, cf. Karl LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band I, Allgemeiner Teil, 13.^a ed., München, 1982 e Baptista MACHADO, “Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*”, n.º 3726, 266, que considera que “segundo a valoração da nossa lei, aquele que é limitado na sua capacidade negocial não deve sofrer quaisquer desvantagens decorrentes da sua participação no tráfico jurídico, a não ser que se trate de uma participação autorizada pelo representante legal”.

Vea-se, ainda, Raul GUICHARD, “Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação”, 36, n. 23.

anulabilidade como sanção para a celebração de um negócio jurídico por um menor, e, por outro, diversas exceções à incapacidade de exercício deste. O que tais exceções traduzem é, como vimos, o reconhecimento da capacidade de exercício sempre que as aludidas necessidades protetivas estejam ausentes. A alínea *b)* do n.º 1 do artigo 127.º CC é disso exemplo claro, chamando à colação uma ideia de capacidade natural (para entender e querer do menor) pela qual — a par da pequena importância dos bens envolvidos no negócio e do caráter usual deste para um menor naquelas circunstâncias — se orienta a ponderação acerca da (in)validade do ato. No fundo, podemos dizer que o recurso aos conceitos indeterminados e as potencialidades abertas pela racionalidade de pendor analógico que perpassa toda a realização do direito (a permitirem mobilizar a norma para além do seu sentido literal) garantem um justo equilíbrio entre a salvaguarda da autonomia do menor, a necessidade de tutela deste e a proteção da segurança jurídica.

O mesmo se poderá dizer das restantes alíneas do citado preceito. Importa, contudo, notar que o referido equilíbrio se obtém, por exemplo na alínea *a)* do n.º 1 do artigo 127.º CC, com recurso a outra técnica legislativa: a exceção não é aí construída a partir das características objetivas do negócio em articulação com a capacidade de discernir e decidir do menor, mas é forjada a partir da consideração de um elemento etário, por um lado, e, por outro, da autonomia que o menor revela na organização da sua vida (através da aquisição, pelo seu esforço, dos bens com os quais vai celebrar o negócio). A consideração do referido elemento etário parte de um dado onto-sociológico: apesar de o menor ainda não ter atingido os dezoito anos (idade que é fixada também a partir de considerações de tipo sociológico como aquela em que o menor atinge a maioridade), o marco dos dezasseis anos parece ser suficiente ao legislador para, em conjugação com a autonomia evidenciada/demonstrada, atribuir capacidade de exercício àquele. Quer isto dizer que, longe do sistema de escalonamento etário, o legislador não foi imune à ideia de que a menoridade é sempre *regressiva* ⁽⁴⁰¹⁾, um estágio transitório, que desaparece paulatinamente com o tempo: o menor com dezasseis anos não é igual ao menor com 10 anos e, desde que ele consiga obter rendimentos com base nos quais celebra um negócio, nada obsta a que

⁽⁴⁰¹⁾ Cf. Rosa MARTINS, *Menoridade, (In)capacidade e Cuidado Parental*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 118.

esta capacidade natural seja reconhecida pela atribuição de capacidade de exercício de direitos.

Esta ideia de regressividade da menoridade acaba por estar também presente nas restantes alíneas do artigo 127.º CC. Simplesmente, se nas outras é um pressuposto fundamentador, na alínea *a)* do n.º 1, convola-se, pela referência à idade, num elemento dogmático de operacionalidade da previsão normativa. A consequência da diferente arquitetura normativa é simples de entender: enquanto ao nível das restantes alíneas do n.º 1 do artigo 127.º CC é possível adaptar o preceito a qualquer tipo de incapacidade, bastando, *v. g.* no caso da alínea *b)*, que o jurista se oriente pela natureza do negócio e pela capacidade natural do incapaz, no tocante à alínea *a)*, pressupondo-se dogmaticamente o elemento regressivo, a fazer apelo a um determinado marco etário, aumentavam as dificuldades na aplicação do preceito aos interditos e inabilitados.

Eram, sobretudo, dois os elementos perturbadores. O primeiro passava pela imposição dos dezasseis anos como requisito para a validade do ato praticado pelo incapaz. Na verdade, um interdito e um inabilitado nunca poderiam ter dezasseis anos. A interdição e a inabilitação aplicavam-se necessariamente a maiores de idade ⁽⁴⁰²⁾. Quer isto dizer que o requisito estaria sempre preenchido. Ou, dito de outro modo, porque à interdição e à inabilitação escapava a lógica regressiva, não fazia sentido colocar como barreira para a excepcional atribuição de capacidade de exercício ao interdito ou inabilitado um marco etário.

O segundo elemento perturbador era de outra índole. Não se tratava, com efeito, da inviabilidade de consideração de um determinado requisito da previsão normativa, mas da necessidade de ser-se cautelosos quando lidássemos com ele, sob pena de subvertermos a proteção que se almejava alcançar para o genericamente incapaz. A transposição não materialmente conformada do preceito para o mundo dos interditos poderia conduzir, na prática, a situações em que se obviava por completo a proteção que o ordenamento lhe dispensava. Na verdade, sendo o núcleo central do artigo 127.º/1, *a)* animado pela ideia de que, tendo um bem sido adquirido pelo esforço

⁽⁴⁰²⁾ Cf. os antigos artigos 138.º/2 e 156.º CC. Ainda que seja antecipado o requerimento de interdição ou de inabilitação, tal só pode suceder no ano anterior ao menor atingir a maioridade, com vista a produzir efeitos a partir do dia em que aquele perfaça dezoito anos.

intelectual ou físico do menor, não fazia sentido submeter os negócios que o tivessem por objeto às restrições previstas em geral pelos artigos 123.º e 125.º CC, poder-se-ia supor que, em relação a todos os bens adquiridos pelo trabalho do interdito, se aplicava a exceção em causa, passando a adaptação de que fala o artigo 139.º CC pela não consideração do limite etário dos dezasseis anos. Contudo, se pensássemos que, no quadro das sociedades atuais, a maioria dos bens que a pessoa adquire ao longo da sua vida resulta do seu próprio trabalho, frustrar-se-ia, em muitos casos, a intencionalidade normativa do regime da interdição se interpretássemos o preceito no sentido delineado. Urgia, como tal, operar uma restrição teleológica daquele que nos conduzisse a afirmar que a norma em causa apenas assimilava a intencionalidade problemática do caso naquelas situações em que o bem tinha sido adquirido pelo trabalho do interdito quando ele efetivamente já o era ou estava em vias de o ser. Na verdade, apenas nessas situações se verificava a suficiente analogia com a hipótese tipificada para o menor. O facto de este realizar um determinado trabalho indicia uma capacidade natural mínima que torna desnecessária, em relação a certos bens, a proteção dispensada em geral para salvaguarda da sua esfera de interesses. Ora, não estando a interdição ligada a um processo evolutivo natural de maturação como a menoridade, podia perfeitamente acontecer que uma pessoa adquirisse num determinado momento da sua vida bens com o seu esforço, perdendo, posteriormente, a capacidade natural para os gerir.

Pensemos num exemplo: A é titular de um património constituído por diversos bens móveis e imóveis. Os direitos que integram o seu património foram adquiridos com dinheiro que angariou trabalhando ao longo de 30 anos. A partir de certa idade, A passa a sofrer de uma demência degenerativa, que constituía fundamento para os seus filhos requererem a sua interdição. Se se aplicasse automaticamente o artigo 127.º/1, a) CC a este interdito, estar-se-ia a frustrar a finalidade de proteção do regime da interdição, uma vez que ele poderia livremente celebrar qualquer negócio que tivesse por objeto um bem integrante do património que foi construindo durante a vida de trabalho. Acresce que — e apesar de ao nível da interdição não funcionar a lógica regressiva — a *ratio* da exceção (o reconhecimento da capacidade do incapaz numa situação excecional em que ele se mostra autónomo na angariação de rendimentos e na organização de um pontual aspeto da sua vida) não se verificaria. A analogia seria meramente formal e não material. Por isso, devia entender-se que eram válidos os negócios celebrados pelo interdito que tivessem por

objeto um bem que ele tivesse adquirido com o seu trabalho, quando já era interdito ou estava em vias de o ser.

Significa isto que, sobretudo, o interdito, em quase todos os negócios, ficava privado do exercício da sua vontade, que era manifestada exclusivamente pelo representante legal. E se é verdade que o ordenamento jurídico estabelecia limites para a atuação do tutor no que respeitava à esfera patrimonial, parecia deixar sem regulamentação a representação no campo pessoal, facto que a doutrina vinha a salientar como negativo. Por outro lado, significa, também, que, porque o sistema era gizado em abstrato, sem ter em conta as especificidades de cada sujeito concreto, a solução que se dispensava era globalizante: havendo fundamento para a interdição e sendo esta decretada pelo Tribunal competente, o sujeito via-se impossibilitado de praticar qualquer ato, fosse ele próprio da sua vida pessoal, dissesse ele respeito ao seu património.

Acresce que o regime das incapacidades dos maiores acabava por não ter em conta a natureza gradual de algumas demências, maxime as que têm como causa a idade. É certo que a interdição e a inabilitação não surgiam *ex abrupto*, emergindo, antes, no termo de um processo judicial para o efeito, com a sua tramitação mais ou menos lenta. Daí que o regime dos atos praticados pelo interdito e pelo inabilitado não fosse o mesmo consoante a fase do processo em que nos encontrássemos: anuláveis depois do registo da sentença; anuláveis no período de pendência da ação, mas apenas se a interdição ou a inabilitação viessem a ser efetivamente decretadas e se mostrasse que o ato tinha causado prejuízo (aferido por referência ao momento da celebração do negócio e não por referência ao momento do julgamento) ao futuro incapaz; anuláveis segundo a disciplina da incapacidade acidental, caso tivessem sido celebrados antes da publicidade da ação. Mas, em nada se salvaguardava a possibilidade de o sujeito poder acautelar para o futuro, num momento em que ainda não se encontrava privado das suas capacidades intelectivas e/ou volitivas, como deveria ser feita a gestão do seu património. O problema foi debatido na doutrina, tendo-se defendido a possibilidade de celebração de um *mandato em previsão da incapacidade* ⁽⁴⁰³⁾.

⁽⁴⁰³⁾ Paula VÍTOR, *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008; Paula VÍTOR, “Pessoas com capacidade diminuída: promoção ou/ e protecção”, *Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, 175 s.

Eram, porém, muitos os problemas que se tinham de enfrentar, no plano do direito constituído e a constituir. Desde logo, deixa de ser possível revogar a procuração e deixa de haver controlo sobre a atuação do mandatário ⁽⁴⁰⁴⁾.

Apesar das dificuldades que os regimes da interdição e da inabilitação poderiam comunicar ao jurista, estamos em crer que eles eram dotados de alguma maleabilidade (*v. g.* a possibilidade de aplicação das exceções do artigo 127.º ao interdito e ao inabilitado e a suscetibilidade de uma interpretação corretiva do preceito a viabilizar a sua mobilização no que tange aos atos de natureza pessoal) para garantir, em cada caso concreto, uma solução justa e protetiva da posição debilitada do incapaz. Mas, embora o artigo 127.º, se adequadamente interpretado, parecesse contornar alguma falta de flexibilidade do regime, a doutrina sublinhava amiúde que a solução dispensada pela interdição acabava por se revelar rígida, por não ser desenhada à medida do incapaz ⁽⁴⁰⁵⁾. Por outro lado, denotava-se, também, uma certa rigidez no tocante aos fundamentos das incapacidades dos maiores, a deixar de fora as situações de incapacidade temporária, ainda que pudessem ser colmatadas por uma adequada compreensão da norma.

A doutrina (e posteriormente o poder político) considerou(aram) que os regimes da interdição e da inabilitação estavam, assim, longe de proporcionar boas soluções, gerando-se um largo consenso em torno da questão ⁽⁴⁰⁶⁾.

⁽⁴⁰⁴⁾ Por referência ao ordenamento jurídico alemão, cf. Raúl Guichard ALVES, “Alguns aspetos do instituto da interdição”, 95.

⁽⁴⁰⁵⁾ Cf. A. Pinto MONTEIRO, “O Código Civil Português entre o elogio do passado e um olhar sobre o futuro”, *Volume comemorativo do cinquentenário do Código Civil Português, no prelo*, depondo no sentido da necessidade de alteração legislativa e considerando que a interdição é uma medida radical e rígida, que não corresponde a um «fato à medida».

⁽⁴⁰⁶⁾ Cf., novamente, Paula VÍTOR, *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída*; Paula VÍTOR, “Pessoas com capacidade diminuída: promoção ou/e protecção”, 175 s.; Jorge Duarte PINHEIRO, “As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres. Incapacidades e suprimimento — a visão do jurista”, *O Direito*, 142, 3, 2010, 465 s. (também publicado em *Interdição e inabilitação*, coleção formação permanente, CEJ, 2005, 32 s.).

Para um elenco muito contundente das posições que se foram afirmando a propósito da interdição, cf. Raúl Guichard ALVES, “Alguns aspetos do instituto da interdição”, *Direito e Justiça*, 9, tomo 2, 1995, 131 s., também publicado em *Interdição e inabilitação*, coleção formação permanente, CEJ, 2005, 39 s., aqui 42: “não

Vários foram os problemas que foram sendo sublinhados. Desde logo, e sem ponderarmos agora os elevados custos e a morosidade dos processos tendentes à interdição e à inabilitação para que alguns autores nos alertam ⁽⁴⁰⁷⁾, destacou-se, desde há muito, que a interdição poderia pôr em causa o princípio da proporcionalidade, por implicar de forma generalizante, em todos os domínios e por referência a todos os negócios jurídicos, sem atender às capacidades residuais da pessoa, a incapacidade jurídica ⁽⁴⁰⁸⁾. Por seu turno, a inabilitação acabaria por, na prática, poder conduzir aos mesmos resultados ⁽⁴⁰⁹⁾. Além disso, o interdito e o inabilitado não poderiam manifestar a sua vontade — num momento anterior à incapacidade — sobre quem os deveria representar ou assistir. Nas palavras de Pinto Monteiro, “só depois de interdita ou inabilitada é que a pessoa incapaz encontra quem a substitua ou acompanhe” ⁽⁴¹⁰⁾. Acresce que as medidas começaram a ser vistas como contraproducentes: para além do efeito

falta quem critique o “carácter automático, global e estático” dos efeitos da interdição: “um sistema ablativo”, instaurando “uma permanente condição de verdadeira inferioridade jurídica”, que não atenderia à idoneidade ou aptidão concreta do sujeito, na “imponência qualitativa e quantitativa dos seus efeitos”. Quem deplore o pendor “patrimonialístico” da disciplina dos dois institutos; a que acresceria o facto de a administração do património, consentida ao tutor ou colocada sob controlo do curador, obedecer a critérios predominantemente “conservatísticos”. Quem acentue outros aspetos do regime legal que se traduzem num verdadeiro desfavorecimento do incapaz. Quem assinale ainda, como consequência perversa, o seu carácter antiterapêutico e disruptivo, a forte resistência com que amiúde depara por parte do doente, ao arrepio da ideia médica de que a colaboração e empenho deste constituem, a maior parte das vezes, condição primeira da eficácia do tratamentos e cura; quem chame a atenção para a estigmatização, segregação e, em geral, abandono, a que o incapaz se encontra exposto. Quem denuncie a funcionalização dos institutos aos interesses dos familiares e de terceiros”.

Sobre o ponto, *vide*, igualmente, A. Pinto MONTEIRO, “O Código Civil Português entre o elogio do passado e um olhar sobre o futuro”, Revista de Legislação e de Jurisprudência, Coimbra, 146, n.4002 (Jan.-Fev. 2017), 148-154, considerando que “uma pessoa maior *com deficiências deve poder ser ajudada sem que para isso tenha de perder a sua capacidade de exercício*” e encontrando aqui o maior inconveniente dos regimes passados.

⁽⁴⁰⁷⁾ Jorge Duarte PINHEIRO, “As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres. Incapacidades e suprimento — a visão do jurista”, 32.

⁽⁴⁰⁸⁾ Nesse sentido, por referência ao ordenamento jurídico alemão, cf. Raúl Guichard ALVES, “Alguns aspetos do instituto da interdição”, 92.

⁽⁴⁰⁹⁾ Cf. Raúl Guichard ALVES, “Alguns aspetos do instituto da interdição”, 92.

⁽⁴¹⁰⁾ A. Pinto MONTEIRO, “O Código Civil Português entre o elogio do passado e um olhar sobre o futuro”.

estigmatizador que muitos lhes reconhecem, entendeu-se que contrariariam uma perspectiva de recuperação do incapaz, vendo-se na “interdição um instrumento antiterapêutico, suscetível de se repercutir desfavoravelmente no estado do paciente, muitas vezes considerada por este como uma intrusão injusta, com conotações discriminatórias e infamantes” ⁽⁴¹¹⁾. No mais, os regimes apresentavam um forte pendor patrimonial e conservador, não oferecendo soluções congruentes no que respeita à esfera pessoal do incapaz e orientando a atuação do representante legal pelos atos conservatórios do património do interdito ⁽⁴¹²⁾. As diversas críticas foram orientadas por e determinaram uma mudança de paradigma. De acordo com Pinto Monteiro, a pergunta agora já não é “aquela pessoa possui capacidade mental para exercer a sua capacidade jurídica?”, mas “quais os tipos de apoio necessários àquela pessoa para que ela exerça a sua capacidade jurídica?” ⁽⁴¹³⁾. Parte-se de uma ideia de capacidade, para dotar a pessoa dos instrumentos necessários para a sua tutela nos casos pontuais — e sempre tendo em conta as particularidades de cada atuação ou domínio de atuação — em que dela careça. A solução já não é generalizante, procurando, pelo contrário, preservar até ao limite a possibilidade de atuação autónoma do sujeito. No fundo, pretende-se proteger sem incapacitar ⁽⁴¹⁴⁾.

Esta mudança de paradigma é espelhada por instrumentos de direito internacional, entre os quais destacamos a Recomendação (99) 4, do Conselho da Europa, adotada em 23 de Fevereiro de 1999, na qual se estabelecem alguns princípios aplicáveis à proteção de adultos incapazes, entre os quais o princípio da flexibilidade na resposta jurídica, o princípio da máxima preservação da capacidade do sujeito, o princípio da proporcionalidade, da subsidiariedade e da necessidade, o princípio do respeito pelos desejos e sentimentos da pessoa, o princípio da prevalência dos interesses e bem-estar do incapaz ⁽⁴¹⁵⁾,

⁽⁴¹¹⁾ Raúl Guichard ALVES, “Alguns aspetos do instituto da interdição”, 92.

⁽⁴¹²⁾ Novamente, Raúl Guichard ALVES, “Alguns aspetos do instituto da interdição”, 42.

⁽⁴¹³⁾ A. Pinto MONTEIRO, “O Código Civil Português entre o elogio do passado e um olhar sobre o futuro”.

⁽⁴¹⁴⁾ A. Pinto MONTEIRO, “O Código Civil Português entre o elogio do passado e um olhar sobre o futuro”.

⁽⁴¹⁵⁾ Referindo-se a isso mesmo, cf. Jorge Duarte PINHEIRO, “As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres. Incapacidades e suprimimento — a visão do jurista”, 35, sublinhando como projeção da flexibilidade a possibilidade de se

e a Convenção das Nações Unidas de 13 de Dezembro de 2006, sobre os direitos das pessoas com deficiência, que, no seu artigo 12.º/2, dispõe que as pessoas com deficiência têm igual capacidade jurídica que as outras, em todos os aspetos da sua vida ⁽⁴¹⁶⁾. Por outro lado, ela tinha sido já acolhida em diversos ordenamentos jurídicos, que protagonizaram reformas no seu direito no tocante a esta matéria.

IV. A Lei n.º 49/2018, de 14/8, veio revogar os institutos da interdição e da inabilitação e consagrar o regime do acompanhamento de maiores. Antes da sua entrada em vigor, os portadores de uma anomalia psíquica, os surdos-mudos, os cegos, os pródigos, os que consumissem abusivamente bebidas alcoólicas ou estupefacientes podiam ser, no termo de um processo (de interdição ou de inabilitação, consoante os fundamentos e, no caso de dizerem respeito a ambas as incapacidades, consoante a gravidade dos mesmos), considerados incapazes de exercício de direitos ou ver a sua capacidade limitada, em ambos os casos para proteção dos próprios. A regra, agora, é a da

adotarem medidas que não restrinjam necessariamente a capacidade jurídica do adulto carecido de proteção e a relevância das disposições de vontade de uma pessoa capaz destinadas a regular uma situação de incapacidade pessoal superveniente.

⁽⁴¹⁶⁾ Para uma análise da necessidade de compatibilizar o direito interno com o texto da Convenção, embora por referência ao ordenamento jurídico espanhol, cf. Blanca Sillero CROVETTO, “Incapacitación parcial tras la convención de Nueva York? Posicionamiento jurisprudencial”, *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, Madrid: Dykinson, 2014, 31 s.

O legislador espanhol deixa, fruto do que resulta da Convenção, de falar de incapacidade para passar a falar de pessoa com capacidade modificada. Cf. Immaculada ORTEGA, “Del estado civil de incapacitado al de persona con capacidad modificada”, *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, Madrid: Dykinson, 2014, 159.

Para outros estudos, no nosso país vizinho, veja-se Torcuato BALBOA, “Hacia la reforma del código civil y la ley de enjuiciamiento civil en materia de discapacidad”, *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, Madrid: Dykinson, 2014, 7 s.; Maria Carmen ZORRILLA, *La asistencia. La medida de protección de la persona con discapacidad psíquica alternativa al procedimiento judicial de incapacitación*, Madrid: Dykinson, 2014 (cf., em especial, as páginas 17 s. e 47 s., onde a autora fala do reconhecimento legal do direito à autodeterminação pessoal e dos inconvenientes dos procedimentos de incapacitação); Patricia GOMÉZ, “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *REDUR*, 10, 2012, 61 s.

capacidade de exercício de todos os que sejam maiores de dezoito anos, não se admitindo situações genéricas de incapacidade a partir do momento em que o sujeito atinge a maioridade. Tal não equivale, no entanto, a uma falta de proteção da pessoa. Prevêem-se medidas de acompanhamento que visam garantir a salvaguarda dos interesses dos sujeitos em questão, quando se mostrem impossibilitados, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de cumprir os seus deveres. Mas há uma inversão dos termos da equação: da incapacidade passamos para a capacidade. E se podemos concluir que, afinal, o acompanhamento de maiores pode redundar na total incapacitação do sujeito, a *revolução copernicana* a que se assiste não pode deixar de ter consequências dogmáticas que se traduzem, afinal, na modelação do próprio regime.

V. São dois os requisitos para que possa ser decretado o acompanhamento, um de ordem subjetiva e outro de ordem objetiva.

No que ao primeiro respeita, haveremos de considerar *a impossibilidade de exercer plena, pessoal e conscientemente os direitos ou cumprir os deveres*. Em causa está, portanto, a possibilidade de o sujeito formar a sua vontade de um modo natural e são. Por um lado, há de ter as capacidades intelectuais que lhe permitam compreender o alcance do ato que vai praticar quando exerce o seu direito ou cumpre o seu dever. Por outro lado, há de ter o suficiente domínio da vontade que lhe garanta que determinará o seu comportamento de acordo com o pré-entendimento da situação concreta que tenha ⁽⁴¹⁷⁾. Em suma, trata-se da possibilidade de o sujeito se autodeterminar, no que respeita ao exercício dos seus direitos e ao cumprimento dos seus deveres. A lei prescinde agora dos requisitos da habitualidade, permanência e durabilidade e permite que o acompanhamento seja decretado em relação a um especial domínio da vida do beneficiário e a situações transitórias. Pense-se, por exemplo, no internamento subsequente a um acidente, tratamento ou intervenção cirúrgica, que deixa a pessoa impossibilitada de exercer os seus direitos por um

⁽⁴¹⁷⁾ Pode não ter tal domínio da vontade porque ela está fragilizada ou porque não consegue torná-la atuante. Pense-se, por exemplo, na situação de um tetraplégico ou de uma pessoa que, sofrendo de uma atrofia muscular que não o afeta intelectualmente, não consegue pôr em marcha a sua vontade, de modo que dela se poderá dizer que não tem o domínio da vontade que lhe permita determinar o seu comportamento de acordo com o seu entendimento.

período de tempo relativamente curto. Mas continua a exigir-se uma certa constância, até porque o acompanhamento só será decretado quando não seja possível alcançar as finalidades que com ele se prosseguem através de deveres gerais de cooperação e assistência.

Quanto ao requisito de índole objetiva, exige-se que a impossibilidade para exercer os direitos ou cumprir os deveres se funde em *razões de saúde, numa deficiência ou no comportamento do beneficiário*. Novamente, a formulação afigura-se ampla, dando margem ao julgador para cumprir as finalidades normativas do regime em função das especificidades dos casos com que se depare. A jurisprudência terá, estamos seguros disso, um papel fundamental na densificação deste tríptico de fundamentos. Mas, enquanto os Tribunais (*maxime* os Tribunais superiores) não se pronunciarem judicativamente sobre estas questões, cabe à doutrina ensaiar algumas respostas. Para tanto, será fundamental o conhecimento quer da base sociológica que subjaz à disciplina jurídica em apreço, quer do quadro regulativo anterior.

Nas razões de saúde integram-se tanto as patologias de ordem física, como as de ordem psíquica e mental. Parece, portanto, haver um alargamento em relação ao quadro de fundamentos das interdições e inabilitações, não se ficando preso a uma ideia estrita de anomalia psíquica. Já no que respeita à deficiência, integram-se na previsão normativa os cegos e os surdos-mudos, a que já se referia o anterior regime das interdições e inabilitações, tal como se integram as deficiências mentais, aí também contempladas. Fundamental é que a deficiência limite o desempenho do sujeito em termos volitivos e/ou cognitivos. Serão, por isso, residuais as situações de cegueira ou surdez-mudez que possam fundar o regime do acompanhamento, na medida em que dificilmente determinarão a limitação da possibilidade de exercer direitos e cumprir deveres, o que não significa que sejam inexistentes. Finalmente, no tocante ao segmento *pelo seu comportamento*, se dúvidas parece não haver quanto à possibilidade de, por essa via, se contemplarem os casos de comportamento pródigo, comportamento condicionado pelo abuso de bebidas alcoólicas e estupefacientes, hesita-se em saber se o regime se queda nestas hipóteses ou se permite que outros comportamentos inviabilizadores do exercício de direitos e do cumprimento de deveres possam ser tidos em conta para efeitos de decretamento do acompanhamento. Ora, como não estamos balizados, na tarefa interpretativa, por um princípio de tipicidade que limite a autónoma constituição normativa, parece que podemos ir, orientados por este critério-guia, além das hipóteses clássicas de prodigalidade, de consumo de bebidas alcoólicas e

de estupefacientes. Fundamental é que o comportamento concreto se repercute na impossibilidade de exercer direitos e cumprir deveres, isto é, que o comportamento seja causa, em concreto, pelo menos num domínio específico da vida, da falta de autodeterminação da pessoa. Pense-se, por exemplo, no sujeito A que é viciado em jogo, condicionando a gestão dos seus interesses patrimoniais por causa dessa adição, que curiosamente talvez já pudesse ser assimilado, outrora, pelo âmbito de relevância da inabilitação, atenta a insusceptibilidade metodologicamente comprovada de se dar cumprimento à proibição de aplicação analógica de normas excepcionais (por não ser possível cindir a interpretação da analogia e por a interpretação extensiva ser, afinal, um resultado interpretativo a desconsiderar, substituindo-se pela extensão teleológica, que é, em si mesma, analogia) ⁽⁴¹⁸⁾. Mas pense-se também no caso decidido pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 29/4/2003 ⁽⁴¹⁹⁾, no qual estava em causa um défice cultural evidente determinado por uma vida dedicada à pastorícia e gerador de dificuldades óbvias de atuação no tráfico negocial. Se outrora foi recusada (e bem) a inabilitação, podemos agora pensar que, se o défice cultural tiver sido causado por um comportamento do próprio sujeito, é plausível pensar-se no acompanhamento a este propósito.

O caso conta-se em poucas palavras. A propôs ação especial de interdição contra sua irmã B, pedindo que se decrete a interdição desta, ou, na hipótese de se considerar mais adequada, a sua inabilitação, por anomalia psíquica, alegando que a requerida é incapaz de governar a sua pessoa e bens, estando o seu estado de saúde mental a agravar-se. A ação foi julgada improcedente. O quadro factual resume a poucos dados: B não conhece o dinheiro, não sabe ler nem escrever, não sabe ler as horas; vive numa casa que se encontra em ruínas e sem telha, envolta em silvas. Nunca frequentou a escola, tendo-se dedicado a vida toda à pastorícia. Amanha as terras e apascenta o gado, como qualquer outro pastor, come sozinha, veste-se de acordo com o seu gosto e

⁽⁴¹⁸⁾ Para uma consideração da eventual possibilidade de, no quadro do anterior regime da inabilitação, se poder chegar a uma solução próxima, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Maiores acompanhados. Primeiras notas depois da aprovação da Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto*, Gestlegal, 2018, 9 s. Sobre a questão metodológica tratada em texto, cf. A. Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica — Problemas fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993.

⁽⁴¹⁹⁾ Proc. n.º 03A2745 (relator, Faria Antunes).

o seu costume, escolhendo as suas próprias roupas, faz as suas próprias compras nos estabelecimentos da freguesia, designadamente no da povoação onde reside, embora, normalmente, não seja ela a efetuar os respetivos pagamentos, por não conhecer o dinheiro. É recenseada e exerce o seu direito de voto sem qualquer acompanhamento, vai à missa, vai à campa de seus pais e encomenda missas sem necessidade de guia. Embora não saiba ler as horas, sabe as horas das refeições e do recolher, conhece os dias da semana; e, apesar de não distinguir o valor das notas e moedas, não esbanja o dinheiro, guarda-o e dá-o a guardar. Conclui, assim, o Supremo Tribunal de Justiça que “do que se trata, *in casu*, (...) não é de um caso de anomalia psíquica, mas de um caso de enorme *déficit* cultural da recorrida, fruto do seu anterior *modus vivendi*, bem espelhado nos autos e paupérrimo em possibilidades de aquisição de conhecimentos (levou uma vida dedicada à pastorícia e ao amanho da terra, de manhã à noite)”, pelo que não estão reunidos os requisitos da interdição ou da inabilitação. Ora, independentemente de o comprometimento do funcionamento adaptativo (nomeadamente dos domínios concetual e prático) e da capacidade intelectual global terem como causa uma patologia de base ou um *modus vivendi* (um comportamento) do maior, o certo é que o sujeito se mostra incapaz, em concreto, de conduzir a sua vida em condições de dignidade mínima, designadamente habitacional. Significa isto que, se pode não se justificar a interdição, e se a inabilitação se pode afigurar demasiado restritiva, podem ser decretadas, ainda assim, medidas concretas que a auxiliem no exercício dos seus direitos. Simplesmente, tendo em conta uma ideia de subsidiariedade, elas só fazem sentido se os objetivos prosseguidos com tais medidas se mostrarem garantidos através dos deveres gerais de cooperação e de assistência que caibam no caso, de acordo com o artigo 140.º/2 CC. Ora, no caso, poderia estar em causa — por parte da irmã que requer a medida de interdição/inabilitação (ao abrigo do regime anterior e que, atualmente, requereria o acompanhamento) — a necessidade de cumprir uma obrigação de alimentos, nos termos do artigo 2009.º CC. Tudo dependeria, portanto, de saber em que medida o que estava em causa seria apenas a incapacidade da maior de se aperceber da degradação das suas condições de vida e/ou prover pela sua melhoria ou, ao invés, uma ineptidão mais alargada para agir no tráfico negocial, mostrando-se impedida — pelas suas condições de vida anteriores, indiciadoras ou não de uma patologia associada — de realizar negócios que ultrapassassem os atos de vida corrente.

Na determinação do âmbito de relevância do acompanhamento, haveremos de ter em conta uma outra ideia. Visando assegurar o

bem-estar e a recuperação do maior, garantir o pleno exercício dos seus direitos e o cumprimento dos seus deveres, a medida de acompanhamento só é decretada quando as finalidades que com ela se prosseguem não sejam garantidas através dos deveres gerais de cooperação e assistência, o que significa que, independentemente da verificação dos requisitos subjetivo e objetivo da medida de acompanhamento, pode não se justificar normativamente a nomeação de um acompanhante. Além disso, as medidas de acompanhamento são determinadas pelo juiz em função das necessidades concretas do sujeito, consagrando-se um *princípio de necessidade*, nos termos do artigo 145.º do Código Civil.

Acresce que, porque a ideia não é incapacitar o sujeito, mas auxiliá-lo, dando-lhe o apoio necessário, para que exerça na plenitude a sua capacidade jurídica, o intérprete deixa de estar preso a uma lógica de taxatividade, o que torna viável uma maior flexibilidade. Acresce que o acompanhamento é decretado a pedido do beneficiário ou mediante sua autorização. Assim sendo, o julgador poderá ser menos restritivo. E se é verdade que, em situações residuais, a mencionada autorização pode ser suprida pelo tribunal e, noutras, o Ministério Público pode requerer o acompanhamento independentemente de autorização, então, haveremos de reservar para essas hipóteses um maior rigor no controlo dos fundamentos da adoção da medida. Institui-se, portanto, um sistema móvel, em que a falta de manifestação de vontade por parte do acompanhado deve ser compensada por uma maior exigência na verificação dos requisitos que se analisam neste ponto expositivo.

Como bem se compreenderá, o juiz passa agora a estar mais onerado na sua tarefa judicativa. Com efeito, se é certo que não se vê enredado na necessidade de discutir — em termos jurídicos, mas com apelo a dados médicos — o que é uma anomalia psíquica ⁽⁴²⁰⁾, não é menos seguro que, partindo das concretas patologias que o sujeito evidencia ou do tipo de comportamento por si levado a cabo, terá de determinar a específica repercussão que elas possam ter na

⁽⁴²⁰⁾ Note-se, porém, que a doutrina e a jurisprudência evidenciam que a anomalia psíquica não devia ser entendida em sentido estrito, não se tendo de restringir ao conceito homólogo de matriz clínico-psiquiátrica. Incluir-se-iam na anomalia psíquica, compreendida em termos amplos, quer as deficiências de intelecto, de entendimento ou discernimento, quer as deficiências da vontade, da afetividade ou da sensibilidade.

possibilidade de exercer plena, pessoal e conscientemente os direitos ou cumprir os correspondentes deveres. Ora, esta tarefa — a implicar uma ligação íntima entre os dois requisitos anunciados — pressupõe, como não poderá deixar de ser, um diálogo entre o mundo da juridicidade e a ciência médica. Os peritos médicos passam a ter um papel ainda mais importante nos processos de acompanhamento de maiores, de molde a poderem determinar se as incapacidades demonstradas pelas pessoas podem ou não ser determinadas pelas patologias diagnosticadas. A conexão impõe-se como central, já que é ela que garantirá a verificação dos pressupostos que o legislador estabeleceu a este nível.

Nessa medida, requer-se um diálogo a duas vozes. Os juristas — e mais especificamente os juízes — deverão saber em que medida uma qualquer razão de saúde ou deficiência, seja ela física ou mental, condiciona a esfera de autodeterminação do sujeito; os médicos têm de ter presente que o que se procura é descobrir o impacto que uma patologia ou um comportamento possam ter na dimensão cognitiva e volitiva do indivíduo.

Todas estas ideias devem ser concretizadas por referência ao caso *decidendum*. Nessa medida, impõe-se que, em concreto, o perito médico se pronuncie respondendo de forma clara à questão: a patologia x, diagnosticada e certificada, influencia ou não uma diminuição da capacidade cognitiva e/ou volitiva do sujeito, ao ponto de se poder dizer que não consegue exercer plena, pessoal e conscientemente os seus direitos e exercer os seus deveres?

Repare-se que, consoante a doutrina já esclarecia na vigência do regime da interdição e da incapacitação, não se procura um conceito psiquiátrico ou simplesmente médico, mas um conceito prático-social ⁽⁴²¹⁾. Simplesmente, em face da abertura legal importa saber de que modo uma determinada patologia determina uma diminuição prático-social das aptidões do sujeito e em que medida.

Não obstante, o Tribunal da Relação do Porto, no Acórdão de 26/9/2019 ⁽⁴²²⁾, veio considerar que, porque “a medida de acompanhamento de uma pessoa maior só se justifica quando esta revelar uma *inaptidão básica para autogovernar e autodeterminar a sua vida*, tanto pessoal, como patrimonial, existindo fatores que, de um

⁽⁴²¹⁾ Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídico Civil*, II, Coimbra, Almedina, 1992, 82 s.

⁽⁴²²⁾ Proc. n.º 13569/17.1T8PRT.P1 (relator: Joaquim Correia Gomes).

modo global ou particular, reduzem ou eliminam a voluntariedade e consciência dos seus atos, em função dos seus juízos de capacidade, os quais devem ser aferidos em concreto e não em abstrato”, o Tribunal “deve partir de um critério realista da capacidade natural na formação da livre vontade da pessoa que vier a beneficiar das medidas de apoio, mormente da sua capacidade mental e da heterogeneidade desta, mas *não de critérios abstratos e ficcionados a partir de modelos estanques, como são aqueles que resultam de modelos exclusivamente médicos*”.

Em causa estava uma senhora que padecia de uma demência senil, de etiologia predominantemente neurodegenerativa, no estado inicial, tendo sido contra ela proposta uma ação de interdição em 2017. No âmbito do processo, os peritos médicos concluíram que “a interditanda mostrou à observação sintomatologia compatível com o diagnóstico de demência senil, de etiologia predominantemente neurodegenerativa, no estágio inicial; e que, por força desta afeição, que é insidiosa, progressiva e irreversível, e cuja cura está para além das possibilidades da medicina atual, está incapaz de administrar convenientemente o seu património, pelo que deve ser inabilitada”. Posteriormente, por força da entrada em vigor da Lei n.º 49/2018, foi determinado que se notificassem as partes no processo para que se pronunciassem sobre as medidas de acompanhamento. A primitiva ação que apontava para a inabilitação convolou-se, assim, numa ação de acompanhamento de maiores, tendo sido decretada a medida de representação geral, nos termos do artigo 145.º, n.º 2, alínea *b*), do Código Civil, ao mesmo tempo que se determinou a incapacidade para testar, para efeitos do artigo 2189.º, alínea *b*), do Código Civil.

A sentença de que assim se dá conta, e que foi objeto de recurso, não deixa de causar alguma estranheza. Se, de acordo com os relatórios dos peritos médicos, as debilidades do sujeito não eram de molde a determinar uma incapacidade tão grave como a interdição, estranha-se que, no quadro do acompanhamento de maiores, a medida decretada seja a representação geral. Por outro lado, a sentença orientou-se exclusivamente pelos aspetos patrimoniais, omitindo qualquer referência ao exercício de direitos pessoais.

Nessa medida, tem razão a Relação do Porto quando diz que o juízo de capacidade ou incapacidade deve ser proferido em concreto e não em abstrato. Isto é, deve partir-se da concreta capacidade ou sujeito, das suas particulares idiossincrasias, para se determinar se é ou não necessário lançar mão de uma medida de acompanhamento e, posteriormente, como é que ela deve ser modelada. Não basta, na

verdade, que seja detetada uma patologia do ponto de vista médico para que aquela possa ter lugar. Mesmo na vigência dos anteriores regimes da interdição e da inabilitação, não bastava a verificação de um dos fundamentos taxativamente previstos: para além da sua durabilidade e habitualidade — requisitos de que agora se prescinde —, era necessário que a anomalia psíquica, a surdez-mudez ou a cegueira afetasse a possibilidade de reger a pessoa e os bens ou, unicamente, a possibilidade de reger os bens. E o mesmo se impunha no tocante ao consumo excessivo e habitual de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes e à prodigalidade. Exige-se, hoje, que a saúde, a deficiência ou o comportamento do sujeito determinem a impossibilidade de exercer plena, pessoal e conscientemente os direitos ou cumprir os deveres. E é essa impossibilidade que tem de ser analisada concretamente, não podendo resultar de uma mera pressuposição teórica em função dos dados científicos.

Esta conclusão — para a qual somos também conduzidos pelo Acórdão da Relação do Porto citado — não nos pode levar, sem mais, a afirmar que bastaria a verificação de uma incapacidade funcional do sujeito para que este possa ser objeto de uma medida de acompanhamento. Não obstante a abertura do novo regime no tocante aos requisitos de aplicação das medidas em causa, impõe-se uma conexão entre a impossibilidade para exercer os direitos de modo pleno, pessoal e consciente e os fundamentos objetivos do acompanhamento. E é nesse ponto que, como referido anteriormente, se pode tornar essencial o apoio nos conhecimentos de outros ramos do saber. O que não significa que nos quedamos numa perspetiva abstrata e formal, que não teria em conta as especificidades daquele sujeito em particular.

VI. O alargamento dos fundamentos do acompanhamento de maiores é compensado pela menor rigidez do conteúdo desse mesmo acompanhamento. Este conteúdo não está definido *a priori* e não decorre automaticamente da lei. Pode ir de um mínimo a um máximo, mas, em todo o caso, é o juiz que determina em concreto, em função das necessidades particulares do sujeito, a sua modelação. O acompanhamento corresponde, na expressão de Pinto Monteiro, a um *fato à medida* ⁽⁴²³⁾, e, assim sendo, o desenho concreto que conheça fica dependente das necessidades específicas do acompanhado.

⁽⁴²³⁾ A. Pinto MONTEIRO, “O Código Civil Português entre o elogio do passado e um olhar sobre o futuro”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 146,

Inultrapassável é, com efeito, a regra segundo a qual o acompanhamento se deve limitar ao necessário. Orientado por este padrão de necessidade, o Tribunal pode atribuir ao acompanhante um ou vários poderes, consoante o que seja requerido pela concreta situação do acompanhado, fazendo, assim, intervir diversos regimes jurídicos. Entre as funções que se podem atribuir ao acompanhante, destacam-se, nos termos do n.º 2 do artigo 145.º do Código Civil, o exercício das responsabilidades parentais ou dos meios de as suprir; a representação geral ou especial, com indicação expressa, neste caso, das categorias de atos para que seja necessária; a administração total ou parcial de bens; a autorização prévia para a prática de determinados atos ou categorias de atos; intervenções de outro tipo.

Significa isto que as situações de acompanhamento podem ser muito díspares, incluindo hipóteses de assistência ou de representação, que pode chegar a ser genérica.

O Tribunal da Relação do Porto, no Acórdão de 26/9/2019 ⁽⁴²⁴⁾, veio considerar que, porque “a medida de acompanhamento de uma pessoa maior só se justifica quando esta revelar uma *inaptidão básica para autogovernar e autodeterminar a sua vida*, tanto pessoal, como patrimonial, existindo fatores que, de um modo global ou particular, reduzem ou eliminam a voluntariedade e consciência dos seus atos, em função dos seus juízos de capacidade, os quais devem ser aferidos em concreto e não em abstrato”, o Tribunal “deve partir de um critério realista da capacidade natural na formação da livre vontade da pessoa que vier a beneficiar das medidas de apoio, mormente da sua capacidade mental e da heterogeneidade desta, mas *não de critérios abstratos e ficcionados a partir de modelos estanques, como são aqueles que resultam de modelos exclusivamente médicos*”.

Mesmo nesses casos, o acompanhado conserva, em regra, a capacidade para a celebração de negócios da vida corrente (negócios que a generalidade das pessoas celebra ou para satisfação das necessidades do dia a dia ou para satisfação de necessidades que, ultrapassando o quotidiano, fazem ainda parte do ordinário da vida), nos termos do artigo 147.º/1 CC, bem como continua a ter capacidade de exercício

n.º 4002, 2017. No mesmo sentido, cf. A. Menezes CORDEIRO, “Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores”, *Revista de direito civil*, 3-III, 2018, 542 s.

⁽⁴²⁴⁾ Proc. n.º 13569/17.1T8PRT.P1 (Joaquim Correia Gomes).

no tocante a direitos pessoais, embora a decisão judicial ou a lei possam determinar a exclusão da capacidade nestes casos.

O n.º 2 do artigo 147.º do Código Civil oferece um elenco exemplificativo de direitos pessoais: direito de casar, de constituir uma união de facto, de procriar, de perfilhar, de adotar, de cuidar e de educar os filhos ou os adotados, de escolher a profissão, de se deslocar no país ou no estrangeiro, de fixar domicílio e residência, de estabelecer relações com quem entender e de testar. Quanto a estes direitos de natureza pessoal, há a destacar duas notas. Em primeiro lugar, há mais direitos pessoais do que aqueles que são referidos pelo legislador no citado artigo ⁽⁴²⁵⁾. Em rigor, todos os direitos de personalidade podem ser qualificados como direitos pessoais, o que significa que, por norma, a limitação voluntária destes direitos pode ser exercida livremente pelo acompanhado, exceto se a decisão judicial decretar o contrário ou a lei dispuser de outro modo. Em segundo lugar, importa ter em conta os artigos 1601.º, 1850.º e 2189.º CC. Referindo-se a direitos previstos no citado n.º 2 do artigo 147.º, e lidando com a capacidade de gozo de direitos, as alterações verificadas nas respetivas normas permitem-nos dizer que a reforma introduzida pela Lei n.º 49/2018 também alargou a própria capacidade de gozo dos sujeitos. É que, enquanto no anterior regime a previsão era, genericamente, a da incapacidade para testar dos interditos por anomalia psíquica, da incapacidade para perfilhar dos interditos por anomalia psíquica, e a incapacidade para casar dos interditos e incapacitados por anomalia psíquica, agora a incapacidade fica dependente de ser decretada na sentença que estabelece o acompanhamento, isto é, fica dependente da concreta perturbação (e da específica valoração que o juiz dela faça) do acompanhado ⁽⁴²⁶⁾.

O julgador será, portanto, onerado com uma ponderação sempre difícil também a jusante, isto é, depois da decisão acerca da necessidade de aplicação de uma medida de acompanhamento, já que o conteúdo desta medida será determinado em face das reais e específicas necessidades que aquele sujeito denote. É neste ponto que a

⁽⁴²⁵⁾ Em rigor, nem todas as posições jurídicas consideradas no preceito podem ser vista como verdadeiros direitos subjetivos.

⁽⁴²⁶⁾ Note-se, porém, que a demência notória é fundamento de incapacidade para casar, nos termos da alínea *b*) do artigo 1601.º CC, mesmo durante os intervalos lúcidos; e que a demência é fundamento de incapacidade para perfilhar, se notória, no momento da perfilhação (artigo 1850.º).

intervenção do perito médico se pode justificar novamente, talvez com um caráter ainda mais premente. Cabe-lhe, orientado pelos quesitos formulados pelo julgador, explicitar qual a repercussão que a patologia ou o comportamento determinante da limitação cognitiva ou volitiva podem ter ao nível da possibilidade de celebrar negócios de mera administração e/ou de disposição e, dentro destes, dos específicos tipos contratuais que podem ser mobilizados.

Simplesmente, o juízo médico não pode, nem deve substituir a ponderação judicativa que tem de ter lugar. O citado acórdão da Relação do Porto de 26/9/2019 especifica que, estando em causa a aptidão funcional da capacidade jurídica e mental de uma pessoa, a avaliação do juiz deverá centrar-se na pessoa do beneficiário da medida, o que pressupõe que o julgador cumpra uma série de operações mentais: “realizar uma listagem das suas necessidades básicas, destrinchando aquelas para as quais está apta a realizar, daquelas outras que denota algumas limitações; estabelecer as prioridades de intervenção; elencar os recursos pessoais e patrimoniais disponíveis; avaliar as alternativas de intervenção não jurisdicionais existentes; respeitar os desejos e vontades manifestados pela pessoa a ser acompanhada”.

É por meio delas que o julgador acederá aos exatos contornos da incapacidade natural do sujeito e poderá determinar o âmbito do acompanhamento que venha a ser decretado. Repare-se que, nesta formulação, leva-se ínsito não só os princípios da necessidade e da subsidiariedade, como também o princípio do respeito pela autonomia e vontade do acompanhado.

Porém, contra o que poderia ser pensado *prima facie*, esta exigência deve ser entendida num duplo sentido. Dito de outro modo, se a consideração das particulares debilidades funcionais do lesado é fundamental para não lhe ser imposta uma medida de acompanhamento mais gravosa do que o necessário, torna-se também fulcral para decidir em que termos se deve ou não manter a sua capacidade para a prática de atos da vida corrente, por um lado, e, para o exercício de direitos pessoais e quais, por outro lado. É que, como referido *supra*, mesmo quando seja aplicada uma medida de representação geral, o acompanhado mantém incólume a sua capacidade a esses dois níveis.

No que respeita aos negócios da vida corrente, sempre se poderá pensar que a solução é a mais consentânea até com a mais grave determinação do acompanhamento. Na verdade, o artigo 127.º CC, que antes da aprovação da Lei n.º 49/2018 também se aplicava aos

incapazes maiores, refere-se à categoria na alínea *b*) do n.º 1, que considera que são excecionalmente válidos “[o]s negócios jurídicos da vida corrente do menor que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas, ou disposições de bens, de pequena importância”. Tratando-se de um menor e da interpretação do citado artigo 127.º, n.º 1, alínea *b*), são três os requisitos de validade do negócio celebrado pelo menor: tem de dizer respeito à vida corrente do menor; tem de estar ao alcance da capacidade natural (entendimento e vontade) do menor; apenas pode implicar despesas ou disposição de bens de pequena importância. Quanto a este último requisito, a doutrina não é unânime: como vimos, alguns autores sustentam que se deve aferir da pequena ou grande importância das despesas tendo em conta as circunstâncias do caso concreto e a capacidade financeira do menor e do seu agregado familiar ⁽⁴²⁷⁾; outros defendem que a determinação do requisito deve ser feita de acordo com critérios objetivos e absolutos ⁽⁴²⁸⁾. Independentemente do melhor posicionamento na matéria, a verdade é que o pressuposto estará sempre balizado pela ideia de vida corrente do menor, ou seja, pela ideia do que é habitual e comum a um menor naquelas circunstâncias ⁽⁴²⁹⁾ e pela possibilidade de o menor, pela sua capacidade natural, entender o alcance do negócio e conseguir determinar-se por esse entendimento. Verdadeiramente, os dois últimos requisitos analisados complementam-se, embora não se confundam, já que, se um ato

⁽⁴²⁷⁾ Nesse sentido, cf. Pires de LIMA/Antunes VARELA, *Código Civil anotado*, I, 4.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, 135; Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 10, n. 13

⁽⁴²⁸⁾ Cf. Raul GUICHARD, “Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação”, *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, 6, 2005, 39. Repare-se que o Autor considera que é necessário ter em conta as circunstâncias do caso concreto. Na verdade, “um critério objetivo, obedecendo ao entendimento normal no tráfego jurídico, pode não se mostrar tão eficaz na proteção do menor (notar-se-á a este propósito que no direito alemão, no § 105.ª BGB, onde os pressupostos da eficácia dos negócios da vida corrente do menor são entendidos de maneira objetiva, se excluem as situações onde exista perigo relevante para a pessoa ou património daquele)”.

Contudo, no que respeita à consideração da situação económica e social, rejeita tal hipótese, por resultar daí uma diferença de tratamento inadmissível entre um menor com um amplo património e um menor com um património diminuto.

Veja-se, ainda, nesta corrente, Luís Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 2.ª edição, Lisboa, Lex, 1995, 223.

⁽⁴²⁹⁾ Cf. Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 10, n. 11.

que esteja ao abrigo da capacidade natural do menor pode não ser um ato da vida corrente, dificilmente este não estará integrado naquela capacidade. Isso mesmo se percebe na explicitação que Luís Carvalho Fernandes faz da noção de negócio da vida corrente do menor. Diz-nos o Autor que se trata dos “negócios que a generalidade das pessoas normalmente celebra, para satisfação das exigências normais do dia a dia da vida em sociedade” ⁽⁴³⁰⁾. Não cremos, porém, que tenhamos de estabelecer uma perfeita equivalência entre a noção de negócio da vida corrente e negócio do quotidiano. Atentas as particularidades do caso, podemos considerar que são negócios da vida corrente de um menor aqueles que um menor, naquelas circunstâncias, celebraria, mesmo que não se reconduza ao seu dia a dia. Assim, por exemplo, parece ser de considerar válido o negócio de compra e venda de um bilhete que o menor adquire para assistir a um concerto. Estes dados mais ou menos sedimentados na doutrina e na jurisprudência devem ser aproveitados pelo jurista para interpretar o novo artigo 147.º/1 CC. Os negócios da vida corrente são, portanto, os negócios que a generalidade das pessoas celebra ou para satisfação das necessidades do dia a dia ou para satisfação de necessidades que, ultrapassando o quotidiano, fazem ainda parte do ordinário da vida. Há, contudo, algumas diferenças que devemos assinalar entre as duas normas. Anteriormente, o sujeito privado da sua capacidade de exercício poderia celebrar negócios da vida corrente, desde que ao abrigo da sua capacidade natural, e desde que os bens assumissem pequena importância. Não se exige, agora, o requisito da capacidade natural, nem se faz referência ao valor envolvido no negócio, pelo que há que reconhecer que o juiz em concreto pode excluir da capacidade de exercício do sujeito a celebração deste tipo de negócios.

No tocante aos direitos de natureza pessoal, importa recordar que a limitação da capacidade de gozo não existia para todos os interditos e inabilitados: os inabilitados mantinham a capacidade de exercício no tocante à esfera pessoal (uma vez que apenas se mostravam impossibilitados de reger os seus bens), os interditos podiam, se justificado, exercer alguns direitos pessoais (numa flexibilização que era obtida por via de uma mobilização adaptativa do artigo 127.º CC, que, aliás, continua a ser defendida para o caso dos menores). Ora,

⁽⁴³⁰⁾ Luís Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, 223.

talvez estas sejam as situações em que, de facto, se justificaria a atuação do sujeito. Fora delas, pensar na capacidade talvez seja ficcionar uma capacidade que não existe, desprotegendo o sujeito. Mas, se assim é, então, talvez se vá constatar uma coincidência prática entre as soluções que eram viabilizadas no passado e aquelas a que chegaremos agora se o juiz, em concreto, limitar a capacidade. Fundamental é, portanto, que o julgador tenha consciência, pelo exercício que se propõe, e que é especificado ao nível da nossa jurisprudência, da necessidade de ponderar caso a caso acerca da possibilidade de exercício autónomo dos diversos direitos de natureza pessoal.

Neste âmbito, porque o exercício dos direitos de personalidade está umbilicalmente ligado à pessoa (a não ser que em causa esteja a limitação voluntária desses direitos ou a sua defesa em face da agressão de terceiros), pode, porém, suceder que o juiz não limite o seu exercício em concreto, sobretudo quando em causa esteja a simples liberdade genérica de ação, o que, contrariamente ao que ocorreria no quadro dos regimes anteriores, pode conduzir à necessidade de repensar o âmbito do próprio artigo 491.º do Código Civil e da responsabilidade que, por via do preceito, pode ser assacada a quem tenha o dever de vigilância sobre o naturalmente incapaz. É que mesmo não se confundindo o naturalmente incapaz com o incapaz de exercício de direitos, há situações em que, porque o sujeito reclamará a sua liberdade de movimentos ou de ação, o âmbito de um eventual dever de vigilância se pode reduzir.

A ponderação das especificidades da incapacidade funcional demonstrada pelo beneficiário da medida de acompanhamento é, ainda, necessária para a determinação do acompanhante. Como sublinha o citado Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26/9/2019, “a designação judicial do(s) acompanhante(s) deve estar igualmente centrada na pessoa maior que em concreto, e não em abstrato, vai ser legalmente acompanhada, concluindo-se que aquela está em melhor posição para assumir as funções de acompanhamento legal, o que passa por: (i) assegurar as medidas de apoio que foram determinadas pelo tribunal; (ii) prestar-lhe os cuidados devidos, atento o respetivo contexto pessoal, social e ambiental; (iii) participar juridicamente na representação legal determinada pelo tribunal; (iv) assegurar em todos os domínios a vontade e os desejos da pessoa acompanhada, tanto a nível pessoal, como patrimonial, que não foram judicialmente reservados ou restringidos”. Significa isto que a escolha do acompanhante, mais do que seguir a ordenação constante do n.º 2 do artigo 143.º do Código Civil, deve atender ao critério da salvaguarda do interesse

imperioso do beneficiário, caso não seja possível orientá-la pela vontade expressa do acompanhado ou do seu representante legal, nos termos do n.º 1 do mencionado preceito.

O conteúdo do acompanhamento pode, portanto, ser muito variável. E se, em muitas situações, poderemos chegar a soluções próximas àquelas a que seríamos conduzidos pelos anteriores regimes da interdição e da inabilitação, o certo é que essa solução será desenhada à luz das especificidades do caso concreto. É essa a pedra de toque do novo regime, que se torna assim mais flexível para o maior e mais oneroso para o julgador, sem desprimor para as soluções de flexibilidade a que poderíamos ser conduzidos quer pelo artigo 127.º do Código Civil, quer pelo regime da inabilitação.

Pense-se, por exemplo, no interessante caso relatado e decidido no Acórdão do STJ de 19/11/2015 ⁽⁴³¹⁾. Tinha sido proposta contra A uma ação de inabilitação, com base numa anomalia psíquica permanente de que padece — psicose maníaco-depressiva grave/doença bipolar, determinante da impossibilidade de reger por si só a sua pessoa e os seus bens. A encontrava-se, à data dos autos, reformado por causa da sua doença mental, não exercendo qualquer atividade empresarial ou de mera gestão corrente há mais de 20 anos, e sendo submetido a diversos períodos de internamento, com a progressiva deterioração das suas capacidades intelectuais e cognitivas. Em períodos de crise psíquica, A comportava-se como um benemérito, demonstrando, entre outros, o desejo de doar um terreno com 7000 m² a um clube desportivo, de doar a sua quota numa sociedade, de casar com a sua companheira em Albufeira, de fazer doações em numerário aos seus sobrinhos, de doar apartamentos aos sobrinhos netos, de doar um jipe a cada um dos seus funcionários, em número de 150 a 200 unidades, tendo redigido o respetivo contrato-promessa. Em suma, os requerentes alegaram que A não era um príndigo, mas que incorria, frequentemente, em excessos patrimoniais. Em contestação, A alegou que padece de uma doença de foro neurológico, hereditária, do tipo “psicose”, mas que isso não o impedia de exercer de forma proveitosa e bem-sucedida a sua atividade industrial, não padecendo de uma anomalia psíquica impeditiva de reger a sua pessoa e os seus bens. Além disso, a doença em questão não tem carácter permanente, manifestando-se com intervalos de muitos meses ou anos,

⁽⁴³¹⁾ Proc. n.º 63/2000.C1.S1 (relator: Silva Gonçalves).

nos quais recorre espontaneamente ao médico adequado que lhe prescreve a adequada medicação, a qual respeita escrupulosamente, com auxílio de terceiros. No mais, os períodos de internamento tiveram lugar por sua iniciativa, em momentos em que não tinha auxílio de terceiros, reconhecendo os sintomas iniciais da doença e, consequentemente, suspendendo qualquer atividade. Alegou, ainda, que sempre foi contido nos seus gastos quotidianos. Procurava, apenas, seguir o exemplo do seu pai, um filantropo e benemérito, que após o 25 de Abril de 1974 ofereceu uma bicicleta a todos os seus funcionários, para além de outros atos solidários. Relativamente aos jipes, pretendia com eles recompensar os seus trabalhadores pelo seu esforço e dedicação, tratando-se de uma decisão ponderada ao longo do tempo. O tribunal de 1.^a instância veio considerar improcedente a ação. Contudo, a Relação de Coimbra, por Acórdão de 11/11/2014, reconheceu a existência de uma situação de incapacidade que justificaria a inabilitação por anomalia psíquica do requerido, retirando-lhe a possibilidade de praticar, por ato próprio e sem autorização de curador, atos de disposição de bens entre vivos, fixando-se o início da incapacidade no ano de 1995. Tendo em conta que a anomalia psíquica “compreende qualquer perturbação das faculdades intelectuais ou intelectivas (afetando a inteligência, a percepção ou a memória) ou das faculdades volitivas (atinentes quer à formação da vontade, quer à sua manifestação). Há enfermidades mentais nas quais o primeiro aspeto permanece suficientemente intacto, mas em que a componente volitiva surge alterada”, e com base nos factos dados como provados, o STJ decidiu pela inabilitação do sujeito, considerando que «se é certo que houve atos de altruísmo que ele praticou e que são conformes aos usos sociais, por serem praticados por uma pessoa de avantajados réditos, também é verdade que, tomando na devida conta o valor do denunciado dispêndio afeto à doação dos “jeep Honda” a todos os trabalhadores das sociedades de que era sócio e que o requerido intentou concretizar, anotando nós a sequência temporal de todas estas dádivas, havemos de ajuizar que todos estes atos, de duvidosa filantropia, se entrecruzam numa movimentação de insanidade mental, a corporizar a avaliação de que o requerido sofreu de singular patologia mental que consubstancia anomalia psíquica a justificar a inabilitação». Na necessária transposição para o regime atualmente em vigor, o regime do acompanhamento de maiores, podemos concluir que os contornos da doença concretamente experienciada não têm de determinar uma absoluta incapacitação do sujeito, sequer a impossibilidade de por ato próprio e exclusivo praticar atos de

disposição de bens. O que está em causa, na verdade, é a propensão do sujeito para, em momentos marcados pela euforia, celebrar negócios jurídicos que se podem revelar gravosos, pela sua natureza de liberalidade. Ao admitir-se, nas palavras de Pinto Monteiro, *um fato à medida*, aventa-se a hipótese de o juiz decretar a assistência do maior para a prática de negócios jurídicos de natureza gratuita, que não se possam qualificar como atos da vida corrente. Do ponto de vista pessoal, a consciência de que, em determinados períodos temporais de manifestação da doença, o sujeito necessita do auxílio de terceiros, designadamente para gerir a sua medicação, leva a questionar da possibilidade de serem decretadas medidas de outro tipo, adequadas à situação. É claro que com isto não se acautelam ulteriores formas de manifestação da doença. Por não se lidar com aspetos matemáticos e determinísticos da vida, nada garante que as manifestações de prodigalidade decorrentes da patologia que sofre não ocorram por referência a outros tipos negociais. A ponderação que tem de ter lugar é se ao restringir-se o âmbito da medida de acompanhamento não estamos, com o intuito de salvaguardar o maior, a desprotegê-lo de algum modo. Tal ponderação deve ser levada a cabo, em concreto, pelo julgador, também atento o cenário de evolução dos fundamentos que determinam a sua aplicação.

VII. O novo regime do acompanhamento de maiores prevê mecanismos de salvaguarda do acompanhado em relação ao próprio acompanhante. Assim, depois de, nos termos do artigo 146.º CC, se determinar que o acompanhante deve privilegiar o bem-estar e a recuperação do acompanhado, atuando com a diligência exigida a um *bonus pater familias*, estabelecem-se regras, no artigo 150.º CC, para fazer face a eventuais conflitos de interesses.

O instituto orienta-se, como não poderia deixar de ser, pelo supremo interesse do acompanhado. Por isso, em caso de conflito de interesses, deve o acompanhante abster-se de agir ou, em caso de necessidade, solicitar ao Tribunal a autorização para a prática do ato. Caso não o faça, o negócio celebrado é considerado anulável, nos termos do artigo 261.º CC, por remissão do artigo 150.º/2 CC. Prevê-se no artigo 261.º a invalidade do negócio consigo mesmo. No seio da representação voluntária, o representante não pode celebrar, em nome do representado, negócios consigo mesmo, já que, dessa forma, acabaria por preterir o interesse de quem lhe havia outorgado poderes de representação. Comina-se, por isso, o negócio consigo mesmo com a anulabilidade, considerando-se, porém, que ele pode ser válido quando o

representado haja especificamente consentido na celebração, ou quando, pela sua natureza, se exclua o conflito de interesses. O âmbito de relevância do artigo 150.º é mais amplo. Não está em causa a específica celebração de negócios jurídicos, mas qualquer forma de atuação que envolva um conflito de interesses. Em causa pode estar, por exemplo, a simples autorização para a celebração de um negócio pelo acompanhado. Por outro lado, a mobilização do regime do artigo 261.º requer algumas cautelas. De facto, quando lidamos com as exceções à anulabilidade do negócio consigo mesmo, havemos de ter em conta que elas não podem ser automaticamente transpostas para o âmbito do acompanhamento. Em primeiro lugar, sempre que em causa esteja uma hipótese de representação pelo acompanhante, haveremos de considerar que não faz sentido falar do específico consentimento que possa ter sido prestado pelo acompanhado: é que nessa hipótese, ao contrário do que sucede ao nível da representação voluntária, estamos num âmbito em que o acompanhante/representante é chamado a agir por o acompanhado não conseguir fazê-lo por si, acautelando os seus interesses. E o mesmo se diga para as situações em que o negócio tem de ser autorizado pelo acompanhante: seria contraditório exigir que, para a sua validade, o acompanhado prestasse a sua autorização para a celebração de um negócio que, depois de autorizado pelo acompanhante, seria celebrado pelo próprio. Em segundo lugar, estando em causa não a celebração de um negócio consigo mesmo, mas a existência de um conflito de interesses que afete a atuação do acompanhante, teremos de concluir que, inexistindo tal conflito, nem sequer se verifica a previsão normativa que impõe a remissão para o artigo 261.º

Além disso, no que respeita aos atos de disposição de bens imóveis, o artigo 145.º/3 CC dispõe que eles carecem sempre de autorização judicial específica.

Não explicita, contudo, quem é o autor do ato. Tratando-se de um ato do acompanhante em nome do acompanhado, tal já resultava das regras do artigo 1938.º CC, conjugado com o artigo 1889.º CC. Estes preceitos são, aliás, mais amplos. De facto, enquanto a norma do artigo 145.º/3 CC fala da disposição ⁽⁴³²⁾ de bens imóveis, o

(432) O conceito de ato de disposição não se confunde com o de ato de alienação. Basta pensar que a doação, configurando uma alienação da coisa, escapa à distinção entre os atos de disposição e os atos de mera administração, por não ser um ato de gestão patrimonial — nesse sentido, cf. C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral*

artigo 1938.º/1, a) CC refere-se a alienação e oneração de bens não suscetíveis de deterioração. E, embora o conceito de disposição pareça ser, em certa medida, mais amplo do que o de alienação, as restantes alíneas dos artigos citados contemplam hipóteses que se integrariam no conceito de disposição ⁽⁴³³⁾. A verdade é que os preceitos em questão se continuam a aplicar ao maior acompanhado, não pela equiparação ao menor — que inexistente — mas por expressa determinação do artigo 145.º/4 CC ⁽⁴³⁴⁾.

Quid iuris, em relação aos atos que são autorizados pelo acompanhante e aos atos livremente praticados pelo acompanhado?

Neste último caso, parece-nos que eles não se devem integrar no âmbito de relevância do artigo 145.º/3 CC. Na verdade, se estamos num domínio em que o maior tem capacidade de exercício de direitos, que não foi excecionada pelo juiz em face das peculiaridades do caso, então, haveremos de considerar que aqueles atos em concreto estão fora do âmbito do acompanhamento, não havendo razão para se impor o controlo judicial prévio e específico. Pense-se na hipótese em que A é sujeito a uma medida de acompanhamento em virtude da impossibilidade de exercer pessoalmente determinados direitos, fruto de uma adição de jogo. A compulsão de A para jogar determina que ele dissipe património, o que leva a que o juiz ordene a representação ou a assistência em todos os negócios que envolvam uma alienação de património acima de determinado montante. A celebra com B um contrato de arrendamento por 7 anos, para

do *Direito Civil*, 406 s. em especial 410. Pense-se, ainda, que alguns atos que, sendo considerados atos de disposição (arrendamento superior a 6 anos), não envolvem qualquer alienação e que determinados atos de alienação podem não se configurar como atos de disposição (quanto a estes veja-se, contudo, as demais alíneas dos citados artigos 1889.º e 1938.º). Nessa medida, o recurso às regras da tutela pode ser importante não só pela delimitação mais ampla do objeto em questão, como pela própria natureza do negócio em causa.

⁽⁴³³⁾ Note-se, porém, que quem compra também celebra um negócio de disposição, donde o artigo 145.º/3 acaba por, nessa perspetiva, ser mais amplo do que os restantes artigos citados. Mas só nessa perspetiva. Refira-se, contudo, que o artigo 1938.º/1, b) se refere à hipótese de aquisição de bens, móveis ou imóveis, como aplicação de capitais do menor. Simplesmente, o preceito parece apontar para uma ideia de negócio aquisitivo de investimento e não a uma mera compra.

⁽⁴³⁴⁾ Também o artigo 1937.º CC continua a ser aplicável. Note-se que, em rigor, a doação não integra o conceito de ato de disposição, por não se tratar de um ato de gestão patrimonial, pelo que, na ausência de previsão expressa, o artigo 145.º/3 CC não contemplaria estas hipóteses.

sua habitação permanente. Lidamos com um negócio de disposição que, não obstante, não está contemplado na sentença. Cremos que em relação a ele não se justifica a necessidade de obtenção de uma autorização judicial prévia e específica.

Quanto aos atos praticados pelo acompanhado e autorizados pelo acompanhante, integrando-se no âmbito de relevância da previsão do citado preceito, a situação do acompanhado fica mais limitada do que a do inabilitado, contra aquela que era a intencionalidade da disciplina normativa. Se o acompanhado apenas necessita de assistência, isso significa que ele próprio pode funcionar como controlo da atuação do acompanhante, através da manifestação da sua vontade que deve ser salvaguardada. O artigo 145.º/3 CC visa isso mesmo: impedir abusos por parte do acompanhante (e não o suprimento de qualquer incapacidade pontual, determinada pelo juiz, uma vez que para tanto bastaria a atuação do próprio acompanhante). Simplesmente, a atuação conjunta nas hipóteses de assistência parece afastar a relevância da intencionalidade normativa ⁽⁴³⁵⁾. Na verdade, a iniciativa negocial é, nestes casos, do acompanhado, recebendo para a validade do negócio a autorização do acompanhante. No caso em que é ordenada a assistência, a vontade do acompanhado está presente e é manifestada e, de acordo com a valoração normativa, ela deve ser ponderada conjuntamente com o interesse. No fundo, desde que não haja uma contrariedade aberta e grave entre interesse e vontade, parece que esta deve ser salvaguardada. A iniciativa negocial é do acompanhado (vontade). A autorização do acompanhante salvaguarda o interesse. Mas o próprio acompanhado pode ver se há ou não preterição do seu interesse, abstendo-se de agir em caso afirmativo. A autorização do acompanhante serve, apenas, para refrear a vontade, naquelas hipóteses em que não há uma absoluta ausência de autodeterminação. Não se parece, por isso, justificar o controlo por parte do tribunal. Se assim fosse, estar-se-ia a equiparar, para estes efeitos, as situações de assistência às situações de representação, tendo em conta apenas o interesse.

Repare-se, aliás, que, se os tribunais têm entendido que, “relativamente a alienações ou disponibilidades de bens que integram o património de beneficiário de Acompanhamento de Maior — quando este não carece dessa alienação para suportar/custear as despesas com a sua

⁽⁴³⁵⁾ E não há aqui qualquer contradição com o que se disse a propósito do artigo 150.º CC.

sobrevivência, tratamentos ou sequer com o seu bem-estar, e bem assim quando nada evidencia que os bens implicam despesas que o dito não tem condições económico-financeiras para suportar! — a respetiva auto-rização só deve conceder-se se tais alienações forem suscetíveis de obter ou permitir colher um valor patrimonial superior à correspondente perda do valor, ou quando com tal venda ou alienação se possa evitar um prejuízo bem maior que, previsivelmente, lhe advirá se ela não se efetuar” ⁽⁴³⁶⁾, esta solução não corresponde ao melhor entendimento sobre a questão: havendo de respeitar a autonomia do acompanhado, o primeiro elemento a ter em conta há de ser a sua vontade, pelo que “só na impossibilidade de reconstruir aquele critério subjetivo poderemos remeter para o padrão da pessoa média e, mesmo nesta situação, não poderá deixar de se ter em conta, “na concreta situação considerada”, a sua oportunidade e a escala de valores pela qual o acompanhado se tenha pautado ao longo da vida” ⁽⁴³⁷⁾. Ou seja, não devemos buscar o melhor interesse, mas apenas afastar a absoluta contrariedade ao interesse do acompanhado, donde o controlo, no caso de mera assistência, deixa de ter de ser adjudicado a um terceiro imparcial.

Outras são, aliás, as críticas que podem ser dirigidas ao conteúdo do artigo 145.º/3 CC. Na verdade, por que razão se haveria de restringir a imposição aos bens imóveis, quando atualmente há formas de riqueza tão ou mais importantes que a propriedade imobiliária? A este propósito, Miguel Teixeira de Sousa sublinha que “não está excluído que, através de uma interpretação extensiva, o mesmo deva valer para outras formas de riqueza, como, por exemplo, valores mobiliários e outros instrumentos financeiros” ⁽⁴³⁸⁾. Sendo essa a solução que nos parece materialmente justa, cremos que a ela se pode chegar, sem necessidade do artigo 145.º/3 CC, por via de uma extensão teleológica do artigo 1938.º/1, b) CC, o que mostra que o novo preceito se torna despidendo e constrangedor nas soluções que consagra.

VIII. Se, porventura, o acompanhado praticar um dos atos para os quais a sentença definiu que ele deveria ser representado ou assistido,

⁽⁴³⁶⁾ Ac. TRC 16-5-2023, proc. n.º 177/18.9T8MMV-A.C1, relator Luís Cravo.

⁽⁴³⁷⁾ Paula Vítor, *Código Civil Anotado* (coord. Ana Prata), I (Artigos 1.º a 1250.º), 2.ª edição, Coimbra, Edições Almedina, 2019, 187.

⁽⁴³⁸⁾ Miguel Teixeira de Sousa, “O regime do acompanhamento de maiores: alguns aspectos processuais”, *O novo regime do maior acompanhado*, CEJ, 2019, 47.

tal negócio é anulável, nos termos do artigo 154.º CC. Haveremos, porém, de ter em conta diversos momentos para poder afirmar com segurança qual o valor do ato praticado. Assim, se for levado a cabo *depois do registo do acompanhamento*, a anulabilidade avulta sem outros requisitos adicionais. Porém, se praticado *depois de anunciado o início do processo de acompanhamento, mas antes daquele registo*, o ato é anulável, exigindo-se, contudo, que uma decisão final de acompanhamento seja decretada e que tenha causado prejuízo do acompanhado.

Estas eram já exigências que o Código Civil formulava para a anulabilidade dos atos praticados pelo interdito ou pelo inabilitado, na pendência do processo, nos termos do anterior artigo 149.º CC, aplicado diretamente (no primeiro caso) ou por remissão do artigo 156.º CC (no segundo caso). Colocava-se, então, o problema de saber se o caráter prejudicial se deveria aferir por referência ao momento da prática do ato ou do ajuizamento ⁽⁴³⁹⁾. A este propósito, ensinava Carlos Alberto da Mota Pinto que “a exigência da prejudicialidade do ato constava já do artigo 956.º, n.º 2, do Código de Processo Civil. (...) Fosse qual fosse a melhor solução, não há dúvida que a interpretação mais chegada ao texto do artigo 956.º do Código de Processo Civil era a que permitia a anulação de negócios que, tendo sido embora celebrados nas condições em que o faria uma pessoa normal e sensata, se vieram a tornar desvantajosos para o interdito por força de eventualidades posteriores. Em face do artigo 149.º do Código Civil é de afastar tal solução que, aliás, segundo a melhor interpretação da lei, e não obstante as ilações do elemento literal, já se não poderia admitir para o artigo 956.º do Código de Processo Civil” ⁽⁴⁴⁰⁾. E apresentava, para sustentar a posição segundo a qual a prejudicialidade se deveria aferir, necessariamente, por referência ao momento da prática do facto, dois argumentos: “a apreciação do prejuízo no momento da conclusão do negócio impõe-se, quer por força do elemento gramatical da interpretação (Artigo 149.º: «*causou prejuízo*»), quer por força do elemento racional. É a solução mais conforme a *ratio iuris* do artigo 149.º, pois a exigência do requisito visa evitar que, à volta dos interdicendos, se forme um vácuo, que estes sejam postos como que em quarentena pelos restantes indivíduos, perigo particularmente impressionante quanto é certo poder acabar por se

⁽⁴³⁹⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 237 s.

⁽⁴⁴⁰⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 237 s.

reconhecer tratar-se de pessoas normais. Se os atos posteriores à propositura da ação fossem anuláveis sem mais requisitos, ou mediante a simples prova da cognoscibilidade da demência, ninguém quereria contratar com um interdendo, sujeito, como estaria, a ver o negócio desabar, e, por este motivo, os interdicendos dificilmente poderiam gerir os seus interesses”.

Os dois argumentos não são transponíveis para a interpretação do atual quadro legal. Na verdade, na formulação do artigo 154.º/1, b) CC, pode ler-se “e caso se mostrem prejudiciais ao acompanhado”, ao invés de “tenham causado prejuízo”. A alteração do tempo verbal no enunciado da norma, porém, não nos deve perturbar. Na verdade, a interpretação jurídica está longe de ser um exercício hermenêutico que, com apelo aos tradicionais elementos literal, sistemático, histórico e teleológico, e na contemplação da norma como uma entidade autossubsistente, composta por letra e espírito, se tenha por concluída. Pelo contrário, e como já referimos, a tarefa deve ser encarada do ponto de vista normativo, olhando para a norma como um problema e confrontando-a com o problema que o caso concreto suscita, para saber se a solução que o legislador pensou se adequa ou não às exigências problemáticas que por este são comunicadas. Ora, é tendo isto em mente, que prescindimos da valoração de um qualquer elemento literal da norma para a encararmos na sua intencionalidade problemática. E nessa medida temos de indagar se as razões para a exigência do requisito da prejudicialidade se mantêm de pé.

No período da pendência do processo de acompanhamento, o futuro acompanhado não tem ainda ao seu lado quem o represente (se for esse o caso) ou quem o assista (se for esse, também, o caso). E não está, sequer, definido o âmbito e o conteúdo desse acompanhamento. Em teoria, poder-nos-íamos confrontar com posições extremas. Ou se considerava que o negócio seria sempre válido, exceto se se verificassem os pressupostos da incapacidade acidental, protegendo-se também a confiança da contraparte; ou se considerava que o negócio seria sempre anulável se o acompanhamento viesse a ser decretado. Neste caso, porque o acompanhante não poderia ainda atuar em nome ou ao lado do acompanhado, aquele que com ele contratasse ver-se-ia sempre na contingência de vir a ser forçado à desvinculação do negócio. Com isto o mercado negocial retrair-se-ia em relação ao futuro acompanhado. Com a primeira posição, não se acautelariam devidamente os interesses do sujeito contraente. Para o evitar, a solução pensada foi exatamente a de impor o requisito da prejudicialidade. Ora, se assim é, então

não faz sentido que o carácter prejudicial do ato seja aferido no momento do ajuizamento, porque nesse caso, ficando a valoração dependente das valorizações ou desvalorizações posteriores da coisa ou direito, a contraparte ficaria igualmente com receio da desvinculação negocial e, receando, afastaria a possibilidade de conclusão do negócio com o futuro acompanhado.

É claro que agora se determina, em nome da não estigmatização do sujeito, que “a publicidade a dar ao início, ao decurso e à decisão final do processo de acompanhamento é limitada ao estritamente necessário para defender os interesses do beneficiário ou de terceiros, sendo decidida, em cada caso, pelo tribunal”, mas, porque em nome da segurança jurídica e da tutela das expectativas das contrapartes e do mercado ela não pode — mesmo que seja mínima — deixar de existir, parece que o juízo interpretativo que se fazia em face do artigo 149.º CC se deve manter por referência ao artigo 154.º CC.

Assim, e colhendo os ensinamentos da doutrina anterior às alterações introduzidas pela Lei n.º 49/2018, não devem ser tidas em conta as valorizações ou as desvalorizações do bem ou direito posteriores à celebração do negócio. Nas palavras de Mota Pinto, “o prejuízo verificar-se-á, quanto aos negócios onerosos, sempre que um contraente sensato e prudente na gestão dos seus bens não teria celebrado o negócio naqueles termos” ⁽⁴⁴¹⁾. Já no tocante aos negócios gratuitos, devem ser sempre considerados prejudiciais ⁽⁴⁴²⁾.

Aos atos anteriores ao anúncio do início do processo de acompanhamento, aplicar-se-á o regime da incapacidade accidental. O artigo 154.º/3 CC remete, assim, para o artigo 257.º CC, nos termos do qual “a declaração negocial feita por quem, devido a qualquer causa, se encontrava acidentalmente incapacitado de entender o sentido dela ou não tinha o livre exercício da sua vontade é anulável, desde que o facto seja notório ou conhecido do declaratório”, sendo o facto notório “quando uma pessoa de normal diligência o teria podido notar”.

A anulabilidade do negócio celebrado antes do anúncio do início do processo de acompanhamento é, assim, aferida caso a caso, em face das circunstâncias existentes no momento dessa celebração. Exige-se para que ele possa ser anulado, em primeiro lugar, que o sujeito estivesse momentaneamente incapacitado, isto é, que, no

⁽⁴⁴¹⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 238.

⁽⁴⁴²⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 238.

momento da prática do ato (momento em que a declaração negocial foi emitida), estivesse incapaz de entender o alcance do seu ato e/ou de determinar a sua vontade de acordo com um pré-entendimento que tivesse, e, em segundo lugar, que esse estado de incapacidade fosse conhecido ou notório da contraparte. Sê-lo-á, quando uma pessoa de normal diligência a teria podido notar.

O artigo 154.º/2 CC dispõe que “o prazo dentro do qual a ação de anulação deve ser proposta só começa a contar-se a partir do registo da sentença”. A referência é feita, obviamente, para o caso dos negócios celebrados durante a pendência do processo de acompanhamento. Contudo, nada mais é esclarecido pelo legislador no tocante a prazos para arguir a anulabilidade, por um lado, nem no tocante à legitimidade para o efeito, por outro lado. E, tratando-se de uma anulabilidade (contrariamente ao que sucederia no âmbito da nulidade), não pode deixar de se enfrentar quer a questão relativa a saber quem pode invocá-la, quer a questão de determinar dentro de que período o poderá fazer.

No regime da interdição e da inabilitação, o problema resolvia-se facilmente por determinação do legislador. Sendo o interdito equiparado ao menor, nos termos do artigo 139.º CC, e aplicando-se ao inabilitado o regime da interdição em tudo o que não fosse expressamente consagrado a propósito da inabilitação, nos termos do artigo 156.º CC, as questões que agora enunciamos eram resolvidas à luz do artigo 125.º CC.

Assim, tendo em conta uma disciplina normativa que determinava a anulabilidade dos atos dos incapazes maiores, quando praticados depois do registo da sentença de interdição ou inabilitação, quando levados a cabo na pendência do processo, desde que a interdição ou inabilitação viessem a ser efetivamente decretadas e o ato causasse prejuízo, quando praticados antes da publicidade da ação, verificados que estivessem os requisitos da incapacidade accidental, considerava-se, no tocante aos negócios celebrados nos dois primeiros períodos, que tinham legitimidade para arguir a sua anulabilidade o representante legal ou o assistente, consoante os casos, no prazo de um ano a contar do conhecimento, mas nunca depois de a incapacidade ter sido levantada; o interdito ou inabilitado, no prazo de um ano a contar do levantamento da interdição ou inabilitação; os herdeiros, no prazo de um ano a contar da morte do incapaz, desde que ela ocorresse antes de esgotado o prazo a que nos referimos em último lugar.

Quid iuris, depois da aprovação da Lei n.º 49/2018?

O acompanhado é, para todos os efeitos, tido como capaz, ainda que, em concreto, o acompanhamento possa conduzir à limitação da sua capacidade de exercício (e, em última instância, à privação dessa capacidade). Por isso, não é equiparado a um menor. A anterior remissão para o regime da menoridade desaparece e, com a alteração da intencionalidade predicativa da medida de proteção dos maiores com debilidades mentais, físicas ou comportamentais, desaparece também o fundamento para, por correção normativa, podermos operar essa remissão. O artigo 125.º CC deixa, por isso, de se aplicar (pelo menos automaticamente) a maiores e vê confinado o seu âmbito de relevância aos menores.

Na falta de previsão expressa do legislador, ter-se-á de aplicar o regime regra contido no artigo 287.º CC. Diz-nos a norma que “1. Só têm legitimidade para arguir a anulabilidade as pessoas em cujo interesse a lei a estabelece, e só dentro do ano subsequente à cessação do vício que lhe serve de fundamento; 2. Enquanto, porém, o negócio não estiver cumprido, pode a anulabilidade ser arguida, sem dependência de prazo, tanto por via de ação como por via de exceção”.

Interpretemos, então, a norma à luz do caso concreto.

Pensemos, primeiro, nos atos praticados depois do registo do acompanhamento e nos atos praticados na pendência do processo de acompanhamento.

A anulabilidade prevista no artigo 154.º CC foi estabelecida no interesse do acompanhado. Assim, por princípio, haveremos de considerar que tem legitimidade para arguir a anulabilidade. E o acompanhante terá legitimidade? Este pode representar o acompanhado ou assisti-lo consoante os casos. Assim, a atuação do acompanhante em nome do acompanhado ou ao lado do acompanhado deve ser entendida como a atuação do próprio sujeito beneficiário da medida de proteção, donde a legitimidade do último deve estender-se ao primeiro. Não está aqui em causa um alargamento da legitimidade ativa, mas a consideração de que o acompanhante age, nos casos em que tem poderes de representação, como se fosse o próprio acompanhado, e orienta-o, sempre que tenha poderes de assistência.

A solução parece, aliás, estar em sintonia com o disposto nos artigos 16.º e 19.º Código de Processo Civil (CPC). Diz-nos o n.º 1 do artigo 16.º CPC que “os menores e os maiores acompanhados sujeitos a representação só podem estar em juízo por intermédio dos seus representantes, exceto quanto aos atos que possam exercer pessoal e livremente”; e o artigo 19.º CPC que “1. Os maiores acompanhados que não estejam sujeitos a representação podem intervir em todas as

ações em que sejam parte e devem ser citados quando tiverem a posição de réus, sob pena de se verificar a nulidade correspondente à falta de citação, ainda que tenha sido citado o acompanhante; 2. A intervenção do maior acompanhado quanto a atos sujeitos a autorização fica subordinada à orientação do acompanhante, que prevalece em caso de divergência”.

Mas a solução de “alargamento” da legitimidade ao acompanhante só se compreende na articulação dos prazos de arguição dessa mesma anulabilidade. Esse prazo é de um ano a contar da cessação do vício que lhe serve de fundamento. O vício cessa quando a situação de acompanhamento (e, necessariamente, os fundamentos dela) desaparece. O acompanhado teria um ano a contar do levantamento do acompanhamento para arguir a anulabilidade. Acontece que este levantamento pode nunca vir a ocorrer. Além de que pode haver interesse em que a desvinculação tenha lugar num momento prévio. Assim, surgiria o acompanhante a representar o acompanhado, quando exista essa representação, ou a orientá-lo, nos casos de atos sujeitos a autorização. O prazo seria, nestas hipóteses, de um ano a contar do momento em que cada um deles estivesse em condições de agir, ou seja, a partir do momento do conhecimento, mas nunca depois do levantamento do acompanhamento, por nessa fase deixar de fazer sentido a intervenção do acompanhante.

Além disso, a solução parece também intencionada pelo n.º 2 do artigo 154.º CC.

Quer isto dizer que, embora o artigo 125.º CC apenas se aplique, na sua literalidade e sem a remissão expressa do legislador, a menores, porque a não aplicação da solução que o legislador dispensou aos atos daqueles que ainda não perfizeram dezoito anos aos maiores que beneficiam de acompanhamento viola a intencionalidade normativa da norma, haveremos de considerar que ela se aplica por adaptação aos atos dos acompanhados. A relevância material do caso tem um sentido intencional nuclearmente assimilável à relevância material da norma, muito embora as circunstâncias juridicamente relevantes daquele excedam o tipo de relevância nesta previsto” ⁽⁴⁴³⁾.

E no que respeita à legitimidade dos herdeiros? Ocupando os sucessíveis a posição jurídica do *de cuius*, dir-se-á que sim, sendo apenas problemática a definição do prazo em que poderão atuar. Se o acompanhamento já tiver sido levantado no momento em que ocorre

⁽⁴⁴³⁾ A. Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 177 s.

a morte, o prazo há de ser apenas o tempo que restaria ao *de cuius*; se o acompanhamento ainda não tiver sido levantado quando o acompanhado morrer, então, haveremos de contar o prazo de um ano a contar da morte.

Resta-nos analisar o problema por referência aos atos praticados antes do anúncio do início do processo de acompanhamento. Quanto à anulabilidade destes, a verificar-se, tem legitimidade para a invocar o sujeito que, no momento da celebração do negócio, estava incapacitado de entender e querer, no prazo de um ano a contar do momento em que as suas capacidades cognitivas e volitivas lhe permitem a correta percepção do alcance do ato que praticou e o perfeito domínio da sua vontade. Quanto ao acompanhante, ele terá legitimidade, desde que o ato em questão seja um daqueles em relação ao qual há necessidade de representação ou de assistência. O prazo será de um ano a contar do conhecimento, não podendo começar a correr, por aplicação analógica do n.º 2 do artigo 154.º CC, antes do registo do acompanhamento. Não se lhe poderá, porém, atribuir legitimidade se o prazo já tivesse expirado no momento em que o acompanhamento tenha sido decretado.

Em suma, havendo representação, o acompanhado tem um ano a contar do levantamento para requerer a anulação do negócio (por ser esse o momento em que cessa o vício, nos termos do artigo 287.º CC). O acompanhante, atuando como representante, tem um ano a contar do momento em que pode agir em representação do maior, ou seja, um ano a contar do conhecimento (ou, se estiverem em causa atos praticados na pendência do processo, um ano a contar da data em que o acompanhamento é registado, a não ser que o conhecimento ocorra depois). Mas porque a eventual inação do acompanhante não pode ser imputada ao acompanhado, não devemos fazer depender o prazo e a legitimidade deste (depois de levantado o acompanhamento) do destino que foi dado quer ao prazo, quer à legitimidade do acompanhante. Repare-se que esta ideia de representação (que nos permite mobilizar a intencionalidade normativa do artigo 125.º CC, numa forma de adaptação extensiva do preceito, fazendo-o equiparar à compreensão do artigo 287.º CC conformada à luz das exigências do caso concreto) não é posta em causa pelo artigo 1938.º/1, e) CC, exatamente por estarmos aqui diante de uma hipótese em que a demora na propositura da ação pode gerar prejuízos (é essa consideração que, aliás, justifica o alargamento da legitimidade ao acompanhante). No caso de assistência, os termos do problema são outros. O acompanhado terá sempre um ano a contar do levantamento do acompanhamento. Contudo, porque pode haver interesse imediato

na desvinculação (ou porque o levantamento do acompanhamento pode não ser expectável ou nem vir a ocorrer), o acompanhante pode agir, arguindo a anulabilidade do ato, tendo o acompanhado a seu lado. O prazo é de um ano a contar do conhecimento que o acompanhante haja tido do negócio. Contudo, tal não invalida o prazo de um ano do próprio acompanhado a que fizemos referência. Em primeiro lugar, mais uma vez, não podemos imputar ao acompanhado a inação do acompanhante (e aqui não há qualquer contradição com o que se disse em relação ao artigo 145.º/3, uma vez que partimos agora de uma omissão e não da positiva autorização de um ato de iniciativa do maior). Em segundo lugar, a legitimidade do acompanhante é aqui, por interpretação corretiva do sistema, na conjugação entre a solução predisposta pelo artigo 287.º e a intencionalidade do artigo 125.º CC, a do próprio acompanhado, o que em termos processuais terá consequências (o artigo 125.º, sendo mobilizado por adaptação, não pode aplicar-se automaticamente. Aliás, no que respeita às hipóteses de assistência, o acompanhante deve estar apenas ao lado do acompanhado no processo, embora a sua posição prevaleça sobre a deste), donde aquilo a que se assiste é a uma mera antecipação de uma legitimidade que apenas ocorrerá depois do levantamento do acompanhamento. Assim sendo, em face da inação do acompanhante, nada impedirá o acompanhado de agir posteriormente. Poder-se-á questionar por que razão não se alarga a solução do artigo 125.º CC aos herdeiros do maior acompanhado, no tocante ao prazo. Na verdade, se o acompanhamento já tivesse sido levantado, os herdeiros não passam a dispor do prazo de um ano a contar da morte. Isto pode suscitar constrangimentos do ponto de vista da tempestividade processual, que devem ser superados com base numa interpretação corretiva do regime da caducidade. De facto, não podemos aplicar automaticamente a solução do artigo 125.º, porque falta cumprir um dos dois momentos da analogia jurídica. Se a analogia problemática está presente, parece falhar a analogia judicativa. Enquanto no caso do menor o que está em causa é a salvaguarda do seu interesse, no caso do maior acompanhado, o interesse tem de surgir sempre balizado pela vontade (já que se parte sempre de uma ideia de salvaguarda da autonomia, que leva, inclusivamente, a que, em regra, o acompanhante seja escolhido pelo acompanhado). Isto quer dizer que, caso o levantamento do acompanhamento já tivesse ocorrido, não tendo ainda o antigo acompanhado agido processualmente, ficamos privados de razões para autonomizar um novo prazo (há que atender mais à vontade daquele que agora não é já acompanhado do que ao seu interesse; o prazo há de ser apenas aquele que ainda não tinha sido completado).

9. LEGITIMIDADE

Ao contrário da capacidade, a legitimidade implica uma relação entre o sujeito e o conteúdo de um ato ou entre um sujeito e um concreto bem. De acordo com o ensinamento de Capelo de Sousa, pode também dizer respeito a uma relação da pessoa com outra ou outras ⁽⁴⁴⁴⁾.

Faltando a legitimidade, deparamo-nos com uma situação de *ilegitimidade*. Esta é imposta não no interesse do próprio, como no caso das incapacidades, mas para salvaguarda do interesse de terceiros. Verificando-se uma situação de ilegitimidade, as sanções predispostas podem ser diversas. Mota Pinto dá-nos diversos exemplos: “à venda de coisa alheia corresponde a nulidade; ao negócio consigo mesmo, a anulabilidade; à representação sem poderes e ao abuso de representação, a ineficácia em relação ao representado (...)” ⁽⁴⁴⁵⁾.

Um particular caso de ilegitimidade é-nos oferecido pelas ilegitimidades conjugais, distintas, pela sua natureza, das incapacidades nupciais. Pela importância do regime, impõem-se breves palavras sobre elas.

De acordo com o artigo 1682.º CC, para a alienação e oneração de bens móveis é necessário o consentimento do outro cônjuge, desde que se trate de bens comuns cuja administração pertença a ambos os cônjuges (1682.º/1) ou desde que se trate de bens móveis próprios ou comuns de que tenha a administração se foram utilizados conjuntamente na vida do lar ou como instrumento de trabalho e de bens móveis que pertençam ao cônjuge que não os administra (1682.º/3). A cabal compreensão da regra enunciada requer que se saiba, *a priori*, a quem pertence a administração dos bens do casal. A resposta é-nos dada pelo artigo 1678.º CC: cada um dos cônjuges tem a administração dos seus bens próprios (1678.º/1 CC); a administração dos bens comuns pertence a ambos (1678.º/3). Há, porém, exceções a esta regra. Nos termos do n.º 2 do artigo 1678.º, cada um dos cônjuges tem ainda, quanto aos bens próprios, a administração dos bens do outro cônjuge, por si exclusivamente utilizados como instrumento de trabalho (1678.º/e); a administração dos bens do outro cônjuge, quando este estiver impossibilitado de exercer a administração por se achar num local remoto ou desconhecido ou por qualquer outro motivo (1678.º/f); a administração dos bens próprios do outro cônjuge, se este lhe conferir tal poder por mandato; e, quanto aos bens comuns, a

⁽⁴⁴⁴⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 260.

⁽⁴⁴⁵⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 260-261.

administração dos proventos que receba do seu trabalho; dos seus direitos de autor; dos bens comuns por ele levados para o casamento ou adquiridos a título gratuito depois do casamento; dos bens doados a ambos os cônjuges com exclusão da administração do outro cônjuge; dos bens móveis comuns por ele exclusivamente utilizados como instrumento de trabalho; dos bens comuns se o outro cônjuge se encontrar ausente ou impossibilitado; dos bens comuns se o outro cônjuge lhe conferir esse poder por mandato. Por seu turno, a determinação do que é um bem próprio ou comum fica dependente da análise do regime de bens do casal: comunhão geral (1732.º CC), separação de bens (1735.º CC) ou, na falta de determinação dos nubentes em acordo pré-nupcial, o regime (supletivo) da comunhão de adquiridos (1721.º CC).

Estando em causa a alienação ou oneração de bens imóveis, rege o artigo 1682.º-A C: é necessário o consentimento de ambos os cônjuges, exceto se estiverem casados no regime de separação de bens, para a alienação, oneração, arrendamento ou constituição de outros direitos pessoais de gozo sobre imóveis próprios ou comuns. À mesma disciplina fica sujeita a alienação, oneração ou locação de estabelecimento comercial, próprio ou comum. Tratando-se da alienação, oneração, arrendamento ou constituição de outros direitos pessoais de gozo sobre a casa de morada de família, é sempre necessário o consentimento, mesmo que os cônjuges estejam casados no regime de separação de bens. No tocante à casa de morada de família, requer-se ainda o consentimento de ambos os cônjuges os atos previstos no artigo 1682.º-B CC.

A falta de consentimento quando seja necessário determina a ilegitimidade do cônjuge que agiu e a anulabilidade do negócio. Este direito de anulação pode, nos termos do artigo 1687.º/2 CC, ser exercido pelo cônjuge que não deu o consentimento ou pelos seus herdeiros, no prazo de seis meses a contar da data em que o cônjuge ou os seus herdeiros tiveram conhecimento, desde que não tenham decorrido três anos a contar da celebração do ato.

•

PESSOAS COLETIVAS

1. NOÇÃO E NATUREZA

Na noção oferecida por Mota Pinto, as pessoas coletivas “são organizações constituídas por uma coletividade de pessoas ou por

uma massa de bens, dirigidos à realização de interesses comuns ou coletivos, às quais a ordem jurídica atribui personalidade jurídica” ⁽⁴⁴⁶⁾.

Dela podemos extrair importantes notas. Em primeiro lugar, as pessoas coletivas — inicialmente designadas por pessoas jurídicas ⁽⁴⁴⁷⁾ — existem enquanto coletividades de pessoas ou conjuntos de bens que, dotados de uma organização própria, se dirigem à prossecução de interesses jurídicos. O ordenamento jurídico atribui-lhes personalidade, exatamente, para garantir que aqueles interesses coletivos sejam mais facilmente alcançados. Parece ser, portanto, ainda em nome da pessoa que lhes é reconhecida a suscetibilidade de serem centros autónomos de imputação de direitos e de deveres. Daqui não resulta, contudo, unanimismo na compreensão do fenómeno da personalidade coletiva. Pelo contrário, são várias as posições que diacrónica e sincronicamente se confrontam a este propósito.

Inicialmente, as pessoas coletivas foram concebidas como uma ficção — a lei, ao atribuir personalidade jurídica às pessoas coletivas, estava a considera-las como se fossem pessoas singulares, o que redundava numa *fictio*. Para Savigny, a pessoa coletiva seria o sujeito de relações jurídicas que, não sendo uma pessoa singular, era tratada como tal para prosseguir uma determinada finalidade ⁽⁴⁴⁸⁾. De acordo com o ensinamento de Menezes Cordeiro, não estava aqui em causa uma ideia de fingimento. O que estava em causa era o reconhecimento de que só o ser humano é sujeito de direitos, admitindo-se, porém, por razões de ordem técnica, as pessoas coletivas, que corresponderiam a uma ficção, no sentido de que não se poderiam confundir com as primeiras. Assim, consoante explicita, a ideia de ficção em Savigny tem ainda uma referência ética. A preocupação é a de não equipar esta categoria jurídica ao homem e à sua dignidade ⁽⁴⁴⁹⁾. Só posteriormente, com as sucessivas interpretações e

⁽⁴⁴⁶⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 269.

⁽⁴⁴⁷⁾ Cf., sobre o problema da designação, Guilherme MOREIRA, *Instituições de Direito Civil Português*, I, 1907, 153 s. Para uma análise histórica da questão, vide A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/III, 469 s. e A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, Coimbra, Almedina, 2011, 545, 676.

⁽⁴⁴⁸⁾ F. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, II, 1840, 310 s. Sobre a personalidade coletiva, cf., por todos, Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 134-194.

⁽⁴⁴⁹⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/III, 469 s. e A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, 676. Para uma importante

desenvolvimentos do pensamento do autor alemão, é que se deu lugar a uma absoluta tecnicização da categoria. Daí a crítica atual de Mota Pinto à teoria da *fictio iuris*. Nas suas palavras, “para atribuir personalidade jurídica aos entes coletivos, o direito civil não carece de fingir estar perante uma pessoa física ou singular. A personalidade jurídica, quer a das pessoas físicas, quer a das pessoas coletivas, é um conceito jurídico, uma realidade situada no mundo jurídico, nessa particular zona da camada cultural da realidade ou do ser. É uma criação do espírito humano no campo do direito, em ordem à realização de fins jurídicos” ⁽⁴⁵⁰⁾.

Independentemente da verdadeira intencionalidade da formulação savigniana, as construções subsequentes sobrevalorizaram a dimensão técnico-operativa, transformando-se a personalidade coletiva num mero expediente ao serviço de determinados interesses ⁽⁴⁵¹⁾. A reação contra este entendimento haveria de surgir por via das posições organicistas. As pessoas coletivas seriam reconhecidas como tal a partir de um dado com existência ôntica, que Von Gierke representa em termos organicistas. A sua teoria da *realen Verbandspersönlichkeitstheorie* apresentava a pessoa coletiva como um verdadeiro organismo, que não se confunde com as pessoas singulares que o integram e é desenhado como uma estrutura antropomórfica ⁽⁴⁵²⁾. É esta necessidade de descobrir um organismo correspondente à personificação da organização coletiva que é objeto de críticas que perduram até hoje. Entre nós, Mota Pinto aduz que a teoria organicista não pode ser

análise destas questões, cf., igualmente, Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 139.

⁽⁴⁵⁰⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 140.

⁽⁴⁵¹⁾ Esta tecnicização absoluta determinou, inclusivamente, a negação da própria personalidade coletiva, que seria um instrumento ao serviço dos interesses daqueles que estão por detrás da pessoa jurídica — nesse sentido, cf. a análise crítica que Menezes Cordeiro faz do pensamento de Ihering. Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/III, 494 s.; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, 573 s.

Para uma negação mais veemente da categoria, cf. DUGUIT, *L'Etat, le Droit objectif et la loi positive*, 1901, 1 s.

Veja-se, ainda, embora noutro contexto, E. WOLF, “Grundlagen des Gemeinschaftsrechts”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 173 (1973), 97-123 (100 s.)

⁽⁴⁵²⁾ O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, *Allgemeiner Teil und Personenrecht*, Duncker & Humblot, 3. Aufl., 2010, 470 s. Para uma apreciação crítica, cf. Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 141.

aceite, “enquanto parte do princípio de que se torna necessário descobrir ou construir um organismo antropomórfico, com vontade, espírito, etc., para justificar a personalidade jurídica. Parece tratar-se — a teoria organicista — de um esquema mental, fortemente influenciado por uma tendência marcante na história das ideias, há algumas décadas, para uma perspetiva biológica das sociedades, dos fenómenos e das instituições sociais” ⁽⁴⁵³⁾. Também Menezes Cordeiro critica a perspetiva, por considerar que a personificação que não tenha subjacente o organismo correspondente pode continuar a ser possível ⁽⁴⁵⁴⁾. Para o autor, “a pessoa coletiva é antes de mais um determinado regime, a aplicar a seres humanos implicados. (...) No caso de uma pessoa de tipo corporacional, os direitos da corporação são os direitos dos seus membros. Simplesmente, trata-se de direitos que eles detêm de modo diferente do dos seus direitos individuais” ⁽⁴⁵⁵⁾. Ou seja, trata-se, segundo a categorização do civilista, de uma definição sistemática, técnica e funcional das pessoas coletivas, que o próprio reconhece poder aproximar-se das correntes normativistas e analíticas, que reduzem a personalidade coletiva a um mero expediente técnico ⁽⁴⁵⁶⁾, mas à qual adere pela impossibilidade de se encontrar um substrato que unifique as diversas pessoas coletivas, tanto mais que, nos nossos dias, por necessidades materiais, concede-se personalidade às mais variadas entidades ⁽⁴⁵⁷⁾.

⁽⁴⁵³⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 141/2.

⁽⁴⁵⁴⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/III, 501 s.; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, 579.

Menezes Cordeiro explicita, ainda, que, depois da formulação de Von Gierke, foram apresentadas outras versões da teoria organicista. A ideia seria encontrar um substrato que desse unidade à pessoa coletiva, e que se poderia procurar na vontade, no património, na ideia de organização. O que Menezes Cordeiro evidencia é que as posições acabaram por falhar por não ser possível encontrar um substrato que unifique todas as pessoas coletivas — cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/III, 505 s.; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, 583.

Veja-se, ainda, Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 141.

⁽⁴⁵⁵⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/III, 517; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, 594.

⁽⁴⁵⁶⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/III, 519; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, 598.

⁽⁴⁵⁷⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/III, 519; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, 598.

Não temos a menor dúvida de que as pessoas coletivas são uma criação do direito. Elas não têm vontade própria; no entanto, como explicita Manuel de Andrade, a personalidade coletiva não “resultará como que em *pura sombra*, em forma jurídica *suspensa no vácuo*, sem nenhuma correlação com o mundo exterior” ⁽⁴⁵⁸⁾. Mas palavras do civilista, “o conceito de personalidade coletiva não é uma pura invenção de legisladores e juristas, um instrumento ou artifício técnico privativo do laboratório jurídico. Este modo de representar aquelas organizações juntamente com as relações que lhes interessam foi transplantado da vida social para o Direito, ou pelo menos inspirado nela (...)” ⁽⁴⁵⁹⁾.

A personalidade coletiva não resulta de uma necessidade axiológica de reconhecimento, em nome da dignidade que lhes subjaz; é atribuída em função de determinados interesses das pessoas que estão na base da sua constituição ⁽⁴⁶⁰⁾. Só que tal atribuição não funciona no vazio; antes resulta da elevação de um determinado substrato — que pode não ser o mesmo por referência a cada uma das categorias de pessoas coletivas — à condição de sujeito de direito. Pelo que, a par da ideia de expediente técnico-jurídico, haverá a considerar um substrato, no qual se integra o fim em torno do qual a pessoa coletiva se organiza. Ora, é precisamente este fim, central para inúmeros aspetos da disciplina das pessoas coletivas, que justifica a atribuição da personalidade jurídica a estes entes. Trata-se, portanto, de uma personalidade jurídica funcionalizada à prossecução de determinados interesses humanos coletivos ou comuns ou, e dito de outro modo, de um expediente técnico que permite que os sujeitos (pessoas físicas) prossigam determinados interesses de modo diverso e mais consentâneo com a sua natureza ⁽⁴⁶¹⁾.

Veja-se, ainda, J. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, 218 s.

⁽⁴⁵⁸⁾ Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, 50.

⁽⁴⁵⁹⁾ Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, 51/2.

⁽⁴⁶⁰⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 137, considerando que a posição das pessoas coletivas é hierarquicamente muito inferior à das pessoas humanas, constituindo um meio para a realização dos seus fins.

⁽⁴⁶¹⁾ Menezes Cordeiro apresenta uma outra visão do problema — cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/III, 516 s; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, 604. Para o autor, a personalidade coletiva exprime essencialmente um regime jurídico-positivo; a pessoa coletiva é sobretudo

2. ELEMENTOS DA PESSOA COLETIVA

A civilística portuguesa, seguindo diversas influências, não é unânime na sistematização dos elementos das pessoas coletivas. Enquanto muitos, na linha de Manuel de Andrade, os reconduzem a dois elementos constitutivos — o substrato e o reconhecimento; outros, ao constatarem que existem elementos relativos ao negócio jurídico de que é possível lançar mão e que o ordenamento jurídico admite a constituição meramente formal de pessoas coletivas, abdicam de tal sistematização ⁽⁴⁶²⁾. Como Menezes Cordeiro reconhece, trata-se de uma divergência que não representa uma clivagem de fundo ⁽⁴⁶³⁾. cremos, não obstante, que haverá vantagens em adotar a sistemática e a terminologia de Manuel de Andrade ⁽⁴⁶⁴⁾, por, por meio dela, se aceder a uma configuração tendencialmente mais precisa da pessoa coletiva em questão.

Distinguem-se, por isso, dois elementos na formação de uma pessoa coletiva: o *substrato*, integrado pelos dados anteriores à atribuição da personalidade jurídica ⁽⁴⁶⁵⁾, e o *reconhecimento* — o elemento de direito, que garante a elevação do substrato à condição de pessoa para o direito.

O substrato, por seu turno, é integrado por diversos elementos. Seguindo a sistematização de Manuel de Andrade e Mota Pinto, podemos distinguir o elemento pessoal ou patrimonial, o elemento intencional, o elemento teleológico e o elemento organizativo.

um regime a aplicar às pessoas singulares. Dando o exemplo de uma corporação, esclarece que os direitos da corporação são os direitos dos seus membros, embora sejam direitos que detêm de modo diferente dos seus direitos individuais. É claro que o autor reconhece que esta ideia não é suficiente. Mas parece analisar o problema do ponto de vista do expediente jurídico, sobretudo ao salientar que não é possível definir a pessoa coletiva por referência a um substrato ao qual todas as pessoas coletivas possam ser reconduzidas.

⁽⁴⁶²⁾ É o caso de Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/III, 565 s.; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, 674.

⁽⁴⁶³⁾ A. Menezes CORDEIRO *Tratado de Direito Civil Português*, I/III, 516 s.; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, 604.

⁽⁴⁶⁴⁾ Nesse sentido, cf., também, Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 271 s.

⁽⁴⁶⁵⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 271. Não cremos, porém, que o autor tenha razão quando fala, a este nível, de realidades extrajurídicas. É que, como veremos, muitos dos elementos que integram o substrato apresentam uma evidente dimensão normativa-jurídica.

O *elemento pessoal* representa o conjunto de pessoas que estão na base da pessoa coletiva — os associados (no caso das associações) e os sócios (no caso das sociedades — que não se confundem com ela. Ao invés, entre os membros da pessoa coletiva e a pessoa coletiva propriamente dita existe uma relação de autonomia pessoal e patrimonial. Este elemento pessoal é o elemento básico das corporações, caracterizadas por serem uma organização composta por um conjunto de pessoa. Já o *elemento patrimonial* é característico das fundações, identificando o conjunto de bens que é afeto à prossecução de um interesse social.

Consoante explica Mota Pinto, “quer nas corporações, quer nas fundações, existem pessoas e bens ou meios patrimoniais” ⁽⁴⁶⁶⁾. Simplesmente, “nas corporações só o elemento pessoal é relevante, só ele sendo um componente necessário do substrato da pessoa coletiva”, ou seja, pode existir uma associação sem um património; do mesmo modo que, no caso das sociedades, é a coletividade dos sócios que domina a vida da sociedade ⁽⁴⁶⁷⁾. Temos algumas dúvidas acerca da prescindibilidade do património no caso das sociedades, já que os dados normativos contrariam a ideia. Contudo, percebe-se a centralidade da pessoa coletiva radique na coletividade dos sócios que regem a vida da sociedade. Já no tocante às fundações, só o elemento patrimonial parece assumir relevo, “estando a atividade pessoal (...) ao serviço da afetação patrimonial — estando subordinada a esta, em segundo plano ou até, rigorosamente, fora do substrato da fundação” ⁽⁴⁶⁸⁾.

Quer isto dizer que, se analisarmos o substrato das associações — enquanto elemento constitutivo imprescindível —, o peso primordial é dado ao subelemento pessoal, ao ponto de se poder afirmar que é a coletividade de pessoas que, dando origem ao novo ente dotado de personalidade jurídica e regendo os seus destinos, constitui a sua essência. Esta nota, que marca a diferença relativamente às fundações — que apresentam como elemento vital do substrato o subelemento patrimonial —, repercute-se na configuração dos restantes subelementos do referido substrato. A afirmação deve ser entendida com cautelas. Na verdade, a repercussão a que se alude não pode ser entendida como um condicionamento direto e unitário,

⁽⁴⁶⁶⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 272.

⁽⁴⁶⁷⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 273.

⁽⁴⁶⁸⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 273.

pois, se assim fosse, não haveria razão para distinguir as associações das sociedades, que também integram a categoria das corporações. Ou seja, a modelação dos diversos elementos do substrato das pessoas coletivas não é determinada, exclusivamente, pelo pendor mais pessoal ou mais patrimonial que elas apresentam. Não obstante, é inegável que a presença fundamental da coletividade de pessoas na base da constituição do novo ente jurídico autónomo não é inócua, no que respeita à conformação do elemento organizatório, teleológico e intencional. Assim, podemos considerar que, enquanto as fundações, porque vivificadas a partir de um substrato patrimonial, são instituídas por um ato do fundador que, basicamente, o que vem fazer é afetar uma determinada massa de bens à prossecução de um interesse social; as associações só surgem a partir de um acordo constitutivo de todos os associados ⁽⁴⁶⁹⁾. Por outro lado, no que respeita ao elemento organizatório, há que lembrar que a estrutura organizativa da pessoa coletiva fica dependente da sua finalidade e da natureza pessoal ou patrimonial que está associada ao seu substrato. Não se pode, na verdade, ignorar que, enquanto as fundações são geridas a partir da vontade originária fixada pelo fundador, que, uma vez cumprido o ato instituidor, fica de fora da fundação, não fazendo igualmente parte do substrato da pessoa coletiva em questão aqueles que integram os órgãos de administração ⁽⁴⁷⁰⁾, a vida da associação é determinada pela vontade do conjunto de associados que a constituíram e que integram o substrato ⁽⁴⁷¹⁾.

O *elemento teleológico* traduz o fim que a pessoa coletiva prossegue, sendo para alguns autores tido como o elemento fundamental da pessoa coletiva. É esta a posição de Menezes Cordeiro, que a justifica com o facto de ser o fim a ditar a idoneidade e o reconhecimento da pessoa coletiva; a sua capacidade, em função do princípio da especialidade; o eventual reconhecimento da utilidade pública;

⁽⁴⁶⁹⁾ No fundo, estamos aqui a referir-nos, ainda que de forma subtil, ao elemento intencional do substrato da pessoa coletiva. Este elemento intencional evidencia o *animus personificandi*, ou seja, a intenção de criar uma nova pessoa jurídica, como veremos *infra*.

⁽⁴⁷⁰⁾ Cf. MOTA PINTO, *Teoria Geral do direito civil*, 273.

⁽⁴⁷¹⁾ Mais uma vez nas palavras de MOTA PINTO, “os associados dominam através dos órgãos — designadamente a assembleia-geral — a vida e o destino da corporação (...)”; “são regidas por uma vontade imanente, por uma vontade própria, que vem de dentro e, por isso, pode dizer-se que têm órgãos dominantes” — MOTA PINTO, *Teoria Geral do direito civil*, 283.

o tipo de atuação requerido aos titulares dos órgãos; as coordenadas da interpretação dos estatutos ⁽⁴⁷²⁾.

O fim da pessoa coletiva, assumindo importância vital, deve obedecer a determinados requisitos. Desde logo, porque na base da pessoa coletiva está — como veremos — um negócio jurídico, aplicam-se ao fim da pessoa coletiva os requisitos do artigo 280.º CC. Por outro lado, o fim deve ser comum ou coletivo. Mota Pinto explica esta exigência com recurso ao direito positivo — quanto às sociedades, são proibidos os pactos leoninos (artigo 994.º CC); no caso das fundações, o fim fundacional tem de ser de interesse público, como resulta dos artigos 157.º e 188.º CC ⁽⁴⁷³⁾. No tocante às associações, como o próprio autor explicita, “não há preceito expresse formulando a sua exigência, mas esta deriva da razão de ser do instituto da personalidade coletiva” ⁽⁴⁷⁴⁾.

O *elemento intencional*, por seu turno, mostra-nos a necessidade de existir uma vontade de constituir um novo ente jurídico autónomo e resulta da natureza negocial do ato de formação da pessoa coletiva: no caso das associações, o ato de constituição da associação; no caso das fundações, o ato de instituição da fundação; no caso das sociedades, o contrato de sociedade ⁽⁴⁷⁵⁾. Em causa estão atos negociais, qualificados como contratos (no caso das associações e das sociedades) e como negócios jurídicos unilaterais (no caso das fundações) ⁽⁴⁷⁶⁾. Afastamo-nos, assim, de posições normativistas, que viam no ato de constituição da pessoa coletiva um ato próprio ⁽⁴⁷⁷⁾.

Consoante explicita Mota Pinto, é a ausência deste elemento que determina a falta de personalidade jurídica das comissões especiais (de acordo com o artigo 199.º CC, constituídas para realizar um

⁽⁴⁷²⁾ A. Menezes CORDEIRO *Tratado de Direito Civil Português*, I/III, 576; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, 676.

⁽⁴⁷³⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 274-275.

⁽⁴⁷⁴⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 274.

⁽⁴⁷⁵⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 276. Veja-se, igualmente, A. Menezes CORDEIRO *Tratado de Direito Civil Português*, I/III, 577; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, 676 s.

⁽⁴⁷⁶⁾ A. Menezes CORDEIRO *Tratado de Direito Civil Português*, I/III, 570; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, 667. O autor recorda, no entanto, que é possível a constituição de uma pessoa coletiva através de um diploma legal, normalmente um Decreto-Lei.

⁽⁴⁷⁷⁾ Nesse sentido, O. Von GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, 142 s.

plano de socorro ou beneficência, para promover a execução de obras públicas, monumentos, festivais, exposições, festejos e atos semelhantes), das fundações de facto (naquelas hipóteses em que “um indivíduo pretende criar ou manter uma obra de utilidade pública, financiando-a com uma certa parte do seu património, mas sem contrair um vínculo jurídico correspondente, podendo, em qualquer momento, pôr termo à afetação desses bens àquele fim”) ⁽⁴⁷⁸⁾ e das fundações fiduciárias (nas hipóteses em que “se dispõe a favor de uma certa pessoa coletiva já existente, para que ela prossiga um certo fim de utilidade pública, compatível com o seu próprio escopo”) ⁽⁴⁷⁹⁾.

Problema interessante passa por indagar acerca da relevância negativa do *animus personificandi*, ou seja, de saber se releva ou não a manifestação de uma vontade contrária à formação de uma pessoa coletiva, quando se lance mão de um procedimento de constituição da mesma. As respostas dos autores não são unânimes. Oliveira Ascensão considera que os sujeitos, no uso da sua autonomia, podem, por exemplo, decidir se querem constituir uma associação ou uma associação sem personalidade jurídica ⁽⁴⁸⁰⁾. Menezes Cordeiro, por seu turno, entende que, se uma pessoa desencadeia os mecanismos aptos à constituição de uma pessoa coletiva e depois não a quer, podemos estar diante de uma de três hipóteses: *a)* há reserva mental, que em princípio é irrelevante; *b)* há uma declaração não séria, que em princípio também é irrelevante; *c)* há uma efetiva declaração contraditória com o resto da conduta, havendo de interpretar o conjunto e invalidando-se a declaração por indeterminabilidade, se não houver uma “saída possível” ⁽⁴⁸¹⁾.

Finalmente, o *elemento organizatório* ou *organizacional*. A pessoa coletiva, como organização que é, implica uma denominação, uma sede, uma forma de funcionamento. Segundo ensina Mota Pinto, “a pessoa coletiva é integrada (...) por uma organização destinada a introduzir na pluralidade de pessoas e de bens existentes uma ordenação unificadora. Essa organização traduz-se num conjunto de preceitos disciplinadores das características e do funcionamento da pessoa coletiva (preceitos contidos nos estatutos ou no ato

⁽⁴⁷⁸⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 276.

⁽⁴⁷⁹⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 277.

⁽⁴⁸⁰⁾ Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, 236 s.

⁽⁴⁸¹⁾ A. Menezes CORDEIRO *Tratado de Direito Civil Português*, I/III, 579; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, 672.

de constituição ou instituição) e na existência de órgãos, isto é, de centros institucionalizados de poderes funcionais a exercer pelo indivíduo ou pelo colégio de indivíduos que nele estiverem providos com o objetivo de exprimir a vontade juridicamente imputável da essa pessoa coletiva” ⁽⁴⁸²⁾.

A estrutura organizativa das pessoas coletivas vem balizada pelas regras definidas pelo legislador. Mas, este confere aos seus membros uma ampla liberdade de conformação, em obediência ao princípio da liberdade de associação e liberdade de constituição de sociedades (conexcionada com a liberdade de iniciativa económica), constitucionalmente consagrados, e em atenção à natureza negocial que subjaz à criação da pessoa coletiva. O ato de constituição da associação, de facto, deve vir acompanhado da elaboração de estatutos, que ficam sujeitos aos mesmos requisitos de publicidade que o primeiro. Ora, são eles que, em primeira linha, vão estabelecer as regras que disciplinam o funcionamento da pessoa coletiva. E se os documentos em apreço, necessariamente, têm de conter determinadas menções, a verdade é que há outras que ficam na inteira disponibilidade dos associados.

O artigo 167.º CC, dizendo respeito ao ato de constituição das associações, refere, no n.º 1, que ele “especificará os bens ou serviços com que os associados concorrem para o património social, a denominação, fim e sede da pessoa coletiva, a forma do seu funcionamento, assim como a sua duração, quando a associação se não constitua por tempo indeterminado” ⁽⁴⁸³⁾, e dispõe, no n.º 2, que “os

⁽⁴⁸²⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 277.

⁽⁴⁸³⁾ Os autores chamam a atenção para o facto de o ato de constituição ser diferente dos estatutos. O n.º 1 do preceito refere-se ao ato de constituição da associação, dizendo o n.º 2 respeito aos estatutos — cf. Mota PINTO, *Teoria Geral do direito civil*, 303; M. Vilar de MACEDO, *Regime civil das pessoas colectivas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, 64. No entanto, o ato de constituição compreende os estatutos, que “são incorporados no próprio instrumento notarial de constituição ou figuram em documento anexo, quando a sua extensão o justifique” (*ult. op. cit., loc. cit.*); A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/III, 623-624 (“o ato constitutivo corresponde a uma ou mais declarações de vontade, nas quais o ou os fundadores [...] dão conta da vontade de constituir determinada pessoa coletiva, aprovando os seus estatutos. Estes, por seu turno, analisam-se num documento eventualmente autónomo, que regula as características e o funcionamento da pessoa coletiva criada”. Mas, “os estatutos têm a natureza do ato constitutivo”) e p. 709 e ss. (questionando se, “quando haja dois documentos, os elementos necessários elencados como devendo pertencer ao ato constitutivo poderão ser deslocados para os estatutos” e respondendo que os

estatutos podem especificar ainda os direitos e obrigações dos associados, as condições da sua admissão, saída e exclusão, bem como os termos da extinção da pessoa coletiva e consequentemente devolução do seu património”.

A menção à forma de funcionamento, que deve constar quer do ato de constituição, quer dos estatutos ⁽⁴⁸⁴⁾, implica uma referência originária aos órgãos que integram a associação — órgão de administração, conselho fiscal e assembleia geral ⁽⁴⁸⁵⁾ —, à sua composição, às suas funções, ao número de titulares, às regras relativas à convocação, à frequência das reuniões, ao quórum constitutivo e deliberativo. A definição de regras nesta matéria estará sempre limitada pelo disposto nos artigos 170.º e ss. CC.

Contudo, importa notar que os estatutos não se limitam a replicar a disciplina legal. Pelo contrário, há uma ampla margem de conformação que é deixada na mão dos associados.

Assim por exemplo, o n.º 2 do citado artigo 167.º abre as portas à diferenciação, em termos de direitos e deveres, entre os associados. Quer isto dizer que, sendo embora a Assembleia Geral o órgão que reúne todos os membros da pessoa coletiva, é possível, pela criação de categorias variáveis de associados, excluir alguns da participação naquela reunião magna. Ao mesmo tempo, é possível estabelecer regras próprias no tocante à convocação e modo de deliberação da assembleia.

elementos que o artigo 167.º/1 considera obrigatórios abrangem no essencial as rubricas que animam os estatutos das associações, pelo que “não parece haver substância para esvaziar os estatutos, incluindo tal matéria no ato constitutivo e, muito menos, para invalidar uma associação, quando os elementos do artigo 167.º/1 apareçam nos estatutos e não no ato constitutivo”).

⁽⁴⁸⁴⁾ Na verdade, os autores têm interpretado o n.º 2 do artigo 167.º no sentido de considerar que, pela presença da expressão «*ainda*», os estatutos podem conter menções referentes aos pontos nele elencados, mas também, e obrigatoriamente, devem integrar menções respeitantes aos pontos especificados no n.º 1. Cf. M. Vilar de MACEDO, *Regime civil das pessoas colectivas*, 64.

Sobre o ponto, cf., ainda, A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/III, 627, sublinhando que, se os estatutos não contiverem “algum ou alguns dos elementos essenciais, ou é possível suprir a omissão, pela interpretação ou com recurso a algum ato superveniente, ou a constituição da pessoa coletiva é nula, por indeterminabilidade do objeto ou do conteúdo do ato de que ela dependa”.

⁽⁴⁸⁵⁾ No tocante à assembleia geral, os autores não são unânimes em vê-la como um verdadeiro órgão. Sobre o ponto, contudo, cf. Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, 115 s.

Tal possibilidade já foi reconhecida amiúde pela jurisprudência portuguesa ⁽⁴⁸⁶⁾ e vem, na prática, espelhada pela existência, em muitas associações que obtêm o reconhecimento, passando pelo crivo do notário que, outorgando a escritura de constituição, estabelece o controlo da legalidade dos termos em que a pessoa coletiva é criada, de duas categorias de associados: efetivos e não efetivos; ordinários e honorários ⁽⁴⁸⁷⁾.

Não obstante, o que fica dito requer uma especial prudência.

Conforme explicita Vilar de Macedos, “os direitos de que o associado goza perante a associação podem ser classificados em dois grupos: direitos de participação e direitos de fruição” ⁽⁴⁸⁸⁾. Entre os primeiros, contam-se os direitos inerentes à qualidade de associado, de votar, de intervir na assembleia geral e de ser eleito e exercer funções nos órgãos da associação ⁽⁴⁸⁹⁾. Num outro ensejo, e a propósito do direito de participação na Assembleia Geral, o jurista citado considera que “estes direitos [de votar as deliberações sujeitas ao sufrágio da assembleia geral, o direito de apresentar protestos, requerimentos, moções, propostas e reclamações sobre matérias que não seja, estranhas à ordem do dia, o direito de intervir nas sessões da assembleia geral, usando a palavra] justificam-se se pensarmos que a assembleia geral é composta pela universalidade dos associados, e que é por seu intermédio que cada associado exerce a sua função de soberania perante a associação” ⁽⁴⁹⁰⁾.

Ou seja, estamos em crer que, se é admissível a restrição do direito de participação na assembleia geral por referência a alguns associados, não se pode aceitá-la quando não conheça limites. Assim, só

⁽⁴⁸⁶⁾ Veja-se, a título de exemplo, o *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* de 2/12/2008.

⁽⁴⁸⁷⁾ Sobre o ponto, cf. M. Vilar de MACEDO, *As associações no direito civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 25-26, que, referindo-se ao direito dos associados de participar nos órgãos da associação, sublinha que “este direito existe por força da qualidade de associado, e compreende, nomeadamente, o direito de eleger e ser eleito para os órgãos da associação. É lícito, porém, que os estatutos limitem este direito, desde que essa limitação não constitua manifesta discriminação (...). Os estatutos podem estabelecer categorias de associados que não gozem do direito de integrar os corpos gerentes — por ex. associados menores ou honoríficos —, desde que tal não viole o princípio da não discriminação, e podem limitar os direitos de associados que não cumpram os seus deveres para com a associação (...)”.

⁽⁴⁸⁸⁾ M. Vilar de MACEDO, *Regime civil das pessoas colectivas*, 70.

⁽⁴⁸⁹⁾ M. Vilar de MACEDO, *Regime civil das pessoas colectivas*, 70.

⁽⁴⁹⁰⁾ M. Vilar de MACEDO, *As associações no direito civil*, 27.

será possível a aludida restrição se ela: *a)* não implicar um *acto discriminatório*, ou seja, se ela não atentar contra princípios e direitos fundamentais dos associados enquanto pessoas individualmente consideradas, designadamente o princípio da igualdade; *b)* não se dirigir a associados individualizados, exceto quando tal restrição corresponda a uma sanção pelo não cumprimento de determinados deveres (*v. g.* o pagamento de quotas), tendo de, ainda assim, estar prevista em abstrato, ou quando tal restrição — no caso do direito de voto — corresponda a uma solução para um eventual conflito de interesses entre o associado, seu cônjuge, ascendentes e descendentes e a associação ⁽⁴⁹¹⁾; *c)* se dirigir a grupos de associados, ou porque não apresentam determinadas qualificações (*v.g.* associados menores ⁽⁴⁹²⁾ ou associados que não tenham ainda cumprido um mínimo de tempo na associação), ou porque pertencem a uma categoria de associados não efetivos que, por isso e desse modo, ou não estiveram na base da constituição ou não fazem parte da formação da própria vontade da pessoa coletiva; *d)* não implicar uma modificação da natureza associativa coletiva da associação. A este ensejo, Menezes Cordeiro ensina que, “tendencialmente, [a assembleia geral] deverá corresponder à reunião de todos os associados”. E acrescenta que “podemos

⁽⁴⁹¹⁾ Esta situação está expressamente prevista no artigo 176.º CC. As deliberações tomadas com infração da regra nele constante são anuláveis, sempre que o voto do associado impedido for essencial à existência da maioria necessária. Em causa está aqui a tentativa de evitar que o associado beneficie, em proveito próprio ou das pessoas referidas no n.º 1, das deliberações tomadas em assembleia geral. Ademais, o que se procura evitar é que a vontade do associado, em vez de se orientar para a formação da vontade coletiva da associação, a deturpe. Sobre o ponto, A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/III, 733 e M. Vilar de MACEDO, *Regime civil das pessoas colectivas*, 109 s.

⁽⁴⁹²⁾ Cf. Lei n.º 124/99, de 20 de Agosto M. Vilar de MACEDO, *Regime civil das pessoas colectivas*, 71, falando de uma *limitação natural* dos direitos do associado menor, que não pode eleger ou ser eleito para os corpos gerentes da associação enquanto não perfizer catorze anos; e p. 62, explicitando que a capacidade das “pessoas humanas que podem constituir uma associação diverge da capacidade jurídica comum quanto ao momento da sua aquisição: podem integrar a associação pessoas que tenham completado catorze anos, e estas, ao fazê-lo, fazem-no com capacidade plena”.

Sobre o ponto, cf., também, A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/III, 733, sublinhando que a “participação em assembleia geral não exige a maioridade”, porque, “salvo regra em contrário, a norma que permita associações com menores está, de modo automático, a facultar-lhes o acesso à assembleia geral”.

admitir que os estatutos limitem a presença, na assembleia geral, a alguns associados: os que tenha uma antiguidade superior a um certo mínimo, como exemplo. Trata-se, porém, de restrições provisórias. O associado amputado, para sempre, da presença em assembleia geral teria uma posição muito amputada nos seus direitos. No limite, poderia ser um beneficiário da atuação associativa, mas não um associado. Excetua-se a situação dos associados honorários, que não têm direito de voto, ainda que possam participar na assembleia mas que também não têm deveres, designadamente no tocante a joias e quotizações” ⁽⁴⁹³⁾.

A posição do autor mostra-se coincidente com a que expusemos. Não obstante, a perspectiva em que se alicerça é diversa. Na verdade, enquanto o acento tónico é por Menezes Cordeiro colocado no direito de cada um dos associados ⁽⁴⁹⁴⁾, nós, não desmerecendo o posicionamento, enfatizamos, igualmente, a impossibilidade de se adotar uma regra regulamentar como a que implique que se desvirtue a natureza coletiva associativa da própria associação, pondo-se em causa o seu substrato ⁽⁴⁹⁵⁾. É esta, aliás, a necessidade de salvaguardar estes aspetos a razão para as regras estabelecidas em matéria de *quórum*. Assim, nos termos do artigo 175.º CC, “a associação não pode deliberar, em primeira convocação, sem a presença de metade, pelo menos, dos seus associados”. É claro que o preceito deixa margem para a realização da reunião em segunda convocatória, possibilidade expressamente admitida na lei italiana ⁽⁴⁹⁶⁾ e que, em regra, as deliberações são tomadas por maioria absoluta dos votos dos associados presentes (n.º 2 do

⁽⁴⁹³⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/III, 733.

⁽⁴⁹⁴⁾ Cf., ainda, L. Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, 5.ª edição, UCP, Lisboa, 2009, 622 s.

⁽⁴⁹⁵⁾ Cf., novamente, L. Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, 629, considerando que “participam na assembleia geral os associados na sua generalidade, sem distinção de direitos. Esta regra sofre, contudo, por vezes, na prática, alguns desvios, tolerados pelo Código Civil, que nada estatui a esse respeito e deixa, pelo contrário, ao estatuto a fixação dos direitos e deveres dos associados. Assim, é habitual certas categorias de associados — como os honorários ou de mérito — não terem direito de voto, o que os priva de uma participação ativa na assembleia geral, embora nela possam estar presentes. Também se deve ter como possível a atribuição a certos associados — como sejam os fundadores — de direitos especiais de voto ou na formação de maiorias”.

⁽⁴⁹⁶⁾ Cf. artigo 21.º Código Civil italiano. Cf., ainda, M. Vilar de MACEDO, *Regime civil das pessoas colectivas*, 101. De acordo com o autor citado, “se, à hora marcada para a reunião, não comparecer a maioria dos associados, a assembleia reunirá em segunda convocação, decorrido que seja um determinado lapso

artigo 175.º), mesmo que se trate de deliberações sobre alterações dos estatutos, para as quais se exige uma maioria qualificada de três quartos do número dos associados presentes (n.º 3 do artigo 175.º). Contudo, as deliberações sobre a dissolução ou prorrogação da pessoa coletiva requerem o voto favorável de três quartos do número de todos os associados (n.º 4 do artigo 175.º) e, em todos os casos, fica-se a perceber que se dá aos associados a possibilidade de contribuírem para a formação da vontade coletiva da associação, da qual se distinguem. Ora, prevendo o regulamento interno uma restrição tão ampla do direito de participação na assembleia geral, mesmo com desconhecimento dos números, podemos aventar que se torna impraticável atingir a maioria prevista no n.º 4 do artigo e que a deliberação em primeira convocatória se torna inviável. Repare-se que as normas contidas no preceito são imperativas, embora, nos termos do n.º 5, só o sejam quanto aos mínimos ⁽⁴⁹⁷⁾. Por esse motivo, o Tribunal da Relação de Lisboa, no Acórdão proferido em 3/10/1996, considerou que “as disposições estatutárias de uma associação que imponham a tomada de determinadas deliberações apenas pelos sócios fundadores são nulas, pois violam as normas imperativas dos n.ºs 2 a 5 do artigo 175.º CC, ao estabelecerem uma desigualdade de poderes e direitos entre sócios fundadores e não fundadores” ⁽⁴⁹⁸⁾.

Outro aspeto que tem suscitado controvérsia é a possibilidade de representação dos associados nas assembleias gerais das associações. O problema tem gerado dúvidas na doutrina e na jurisprudência, em face do disposto no artigo 180.º CC, nos termos do qual, “salvo disposição estatutária em contrário, a qualidade de associado não é transmissível, quer por ato entre vivos, quer por sucessão; o associado não pode incumbir outrem de exercer os seus direitos pessoais”.

temporal, com o número de associados que se encontrar presente. De outro modo, seria impossível realizar assembleias gerais”.

Menezes Cordeiro distingue, a este ensejo, o *quórum constitutivo* ou quórum necessário para que a assembleia, em primeira convocação, se possa considerar constituída; e o *quórum deliberativo*, respeitante à possibilidade de, em segunda convocação, a assembleia poder deliberar com qualquer número de associados presentes — A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/III, 737. No mesmo sentido, L. Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, 632.

⁽⁴⁹⁷⁾ De facto, os estatutos da associação podem exigir um número de votos superior ao fixado nos números anteriores do artigo.

⁽⁴⁹⁸⁾ Também citado, no seu sumário, em M. Vilar de MACEDO, *Regime civil das pessoas colectivas*, 106.

As dúvidas adensam-se em face do artigo 175.º CC, atenta a formulação do seu n.º 1, a parecer exigir a presença física dos associados na referida assembleia ⁽⁴⁹⁹⁾. De acordo com a jurisprudência do STJ, exigir-se-ia a presença dos associados no caso dos números 1 a 3 do artigo 175.º, embora já não em caso de deliberação sobre a dissolução ou prorrogação da pessoa coletiva, por questões práticas, atinentes à inviabilidade de, de outra forma, estas assembleias se realizarem ⁽⁵⁰⁰⁾.

Não cremos, porém, que esta posição possa ser sufragada. Desde logo, os argumentos avançados para a sustentar padecem da fragilidade de uma interpretação literal, que perde inclusivamente sentido lógico. Como sublinha Filipa Morais Antunes, “com base num argumento de coerência, não se compreende à luz da finalidade alegadamente visada pela norma — a proteção do carácter predominantemente coletivo dos interesses tutelados — que, para a tomada de deliberações relevantes para a associação, o legislador tenha sido menos exigente, ao admitir, quanto a estas, o voto por procuração e ao não exigir a presença física dos associados” ⁽⁵⁰¹⁾. Dito de outro modo, qual o sentido de se exigir a presença física dos associados para as deliberações relativas à alteração dos estatutos (nas quais se impõe uma maioria qualificada), justificada pela importância das mesmas, e prescindir-se dela quando em causa esteja a decisão acerca da continuidade ou não da pessoa coletiva? A mesma razão de operacionalidade prática não poderá estar presente no tocante a estas últimas?

Por outro lado, o carácter predominantemente coletivo dos interesses tutelados não é posto em causa com a possibilidade de representação; muito menos se poderá dizer que se perde a natureza coletiva da decisão. É que na representação e pela representação é ainda e sempre a vontade do representado que se torna atuante.

⁽⁴⁹⁹⁾ A. F. Morais ANTUNES, “O governo das associações civis”, *Direito das Associações*, 114; L. Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, 622; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/III, 684; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 698; J. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil/Teoria Geral*, I, 300; Paulo HENRIQUES, “O regime geral das associações”, *Direito das Associações — o controlo da legalidade*, CEJ, 2018, 163 s.

⁽⁵⁰⁰⁾ Cf. Ac. STJ 16 de abril de 2009, Proc. n.º 09B0139 (relator Lázaro Faria).
Veja-se, porém, em sentido contrário o Ac. STJ 16 de novembro de 2006, Proc. n.º 06B2647, relator João Bernardo.

⁽⁵⁰¹⁾ A. F. Morais ANTUNES, “O governo das associações civis”, *Direito das Associações*, 118.

Não só o argumento literal retirado do artigo 175.º CC não colhe, como podemos aduzir outros argumentos de sinal contrário ⁽⁵⁰²⁾. Em primeiro lugar, consoante a doutrina tem vindo a sublinhar, na parte final do artigo 180.º CC, não se integra o direito de voto: o mesmo é dizer que o direito de voto não é um dos direitos pessoais titulados pelo associado ⁽⁵⁰³⁾. Em segundo lugar, a considerar-se correta a visão restritiva acerca do problema da representação, perderia sentido o artigo 176.º/1 CC ⁽⁵⁰⁴⁾, ao determinar que “o associado não pode votar, por si ou como representante de outrem, nas matérias em que haja conflito de interesses entre a associação e ele, seu cônjuge, ascendentes ou descendentes” ⁽⁵⁰⁵⁾.

A partir do momento em que se admite o voto por procuração, haveremos de considerar que esta não está — de acordo com o artigo 262.º/2 CC — sujeita a qualquer formalidade especial. O princípio geral da liberdade de forma, acolhido expressamente pelo legislador em matéria de representação voluntária, só é afastado em duas hipóteses: *a)* ou quando uma norma especificamente determine uma forma (condicionando a própria representação, como ocorre em sede

⁽⁵⁰²⁾ Nesse sentido, cf. A. F. Morais ANTUNES, “O governo das associações civis”, *Direito das Associações*, 119.

⁽⁵⁰³⁾ Nas palavras de Paulo Henriques, “a ideia de incluir o direito de voto no âmbito da proibição da segunda parte do artigo 180.º, isto é, no leque dos direitos que o associado não pode incumbir outrem de exercer, está em manifesta contradição com a própria lei. Na verdade, em vista do que estabelece o artigo 176.º, n.º 1, é seguro que o Código Civil admite que o associado incumba outrem de votar por ele; apenas se discute o âmbito de aplicação da norma: se é geral ou se vale apenas para os casos de dissolução e prorrogação. E nem nos devemos surpreender que o direito de voto numa associação admita exercício por procuração: são opções de funcionalidade que significam uma ampliação da liberdade de participação” — cf. P. HENRIQUES, «O regime geral das associações», 163. Cf., também, A. F. Morais ANTUNES, «O governo das associações civis», *Direito das Associações*, 119; Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I, 684; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 694; J. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil/Teoria Geral*, 300.

⁽⁵⁰⁴⁾ Cf. M. CAETANO, “As Pessoas Colectivas no Novo Código Civil Português”, *O Direito*, 99, 1967), 108, considerando que o artigo 176.º apenas diria respeito às deliberações que, nos termos do artigo 175.º, pudessem ser tomadas por voto por procuração. Criticando a solução, cf. P. HENRIQUES, “O regime geral das associações”, 163, afirmando que, “ao confinar a aplicação do disposto no artigo 176.º, n.º 1, aos casos em que o assunto a deliberar é a dissolução ou a prorrogação, o intérprete chega a resultados irrazoáveis: a ser assim, o associado poderia votar, por si, mesmo havendo o conflito de interesses, em todas as outras matérias”.

⁽⁵⁰⁵⁾ Cf. P. HENRIQUES, “O regime geral das associações”, 296.

de sociedades comerciais), ou *b*) quando o negócio que com base nos poderes por ela atribuídos vá ser celebrado pelo representante esteja submetido a uma dada formalidade. Não sendo esse o caso de um voto numa assembleia geral, afasta-se a exigência de qualquer controlo de legalidade por parte de uma entidade cuja atuação faça fé pública, como um notário. E se os órgãos da pessoa coletiva podem exigir que o representante faça prova dos seus poderes, designadamente através da apresentação de um documento onde tais poderes representativos constem, nos termos do artigo 260.º CC, tal exigência está longe da necessidade de outorga de uma escritura pública ou do reconhecimento notarial das assinaturas. Ora, se o risco de interferência abusiva de um terceiro existe nestas hipóteses, não se percebe por que razão ela tem de ser totalmente afastada na situação de voto por correspondência.

Donde se deve concluir que, ainda que o legislador se tenha mostrado particularmente cauteloso, cabe aos estatutos da associação a última palavra em matéria de procedimentos de verificação da autenticidade da assinatura no voto por correspondência. A liberdade que subjaz à associação — à sua constituição, ao seu funcionamento e à participação de cada um dos associados — determina ser esta a melhor solução. Nas palavras de Paulo Henriques, “a liberdade de organização e regulamentação interna deve ser concretizada, desde logo, numa ampla liberdade de modelação do conteúdo dos estatutos” ⁽⁵⁰⁶⁾. De igual modo, o princípio democrático depõe no mesmo sentido.

A admissibilidade de voto por meio de representante está, também, expressamente, prevista no caso das sociedades, nos artigos 189.º/4, 249.º e 380.º CSC.

Reunidos os elementos do substrato, é importante ter em conta o *reconhecimento*, enquanto elemento de direito, que eleva os elementos que integram o primeiro ao estatuto de pessoa jurídica. O reconhecimento pode ser de dois tipos: *normativo*, que resulta automaticamente da lei, desde que verificados os elementos do substrato (*reconhecimento normativo incondicionado*) ou desde que, depois de verificados os elementos do substrato, se cumpram determinadas exigências (*reconhecimento normativo condicionado*); ou *individual ou por concessão*, traduzido num ato discricionário de uma entidade administrativa que, caso a caso, decide se personifica

⁽⁵⁰⁶⁾ P. HENRIQUES, “O regime geral das associações”, 164 s.

o substrato ou não ⁽⁵⁰⁷⁾. O reconhecimento normativo condicionado vigora para as associações e as sociedades; o reconhecimento individual ou por concessão vigora para as fundações ⁽⁵⁰⁸⁾.

3. FORMAÇÃO DAS PESSOAS COLETIVAS

As associações formam-se a partir de um ato de constituição, a que se refere os artigos 167.º e seguintes CC. Este ato de constituição deve conter algumas especificações e deve integrar os respetivos estatutos, sem os quais a associação não é reconhecida. Por outro lado, deve constar de escritura pública, sob pena de nulidade do ato, e deve ser publicado — bem como os estatutos — no jornal oficial. Cumpridos estes requisitos, o reconhecimento decorre automaticamente da lei.

Sublinhe-se, ainda, a existência de um processo expedito de constituição de uma associação, à luz da Lei n.º 40/2007.

As sociedades são constituídas a partir de um contrato de sociedade, que deve constar de escritura pública. O reconhecimento opera com o registo do contrato, nos termos do artigo 5.º CSC.

Por seu turno, as fundações podem ser instituídas por um testamento ou por um negócio *inter vivos*. Estando em causa a instituição da fundação por testamento, o ato é livremente revogável até à morte do testador, tornando-se irrevogável a partir da morte do testador. Por outro lado, aplicam-se as regras próprias da instituição de herdeiros no caso de se afetar à instituição da fundação a totalidade ou uma quota do património do falecido e as regras próprias da instituição do legatário se apenas forem atribuídos à instituição da fundação bens concretos do falecido. Estando em causa a instituição por ato entre vivos, um negócio jurídico unilateral gratuito, o ato torna-se irrevogável logo que o reconhecimento é requerido ou

⁽⁵⁰⁷⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 280.

⁽⁵⁰⁸⁾ Veja-se, porém, a proposta de adoção de um reconhecimento normativo para as fundações privadas. Sobre o ponto, cf. Rui Soares PEREIRA, “Sobre a proposta de implementação do sistema de reconhecimento normativo de fundações privadas em Portugal”, *Direito das Fundações em Debate — Perspetivas de Reforma*, Princípiã, 2020, 123 s. Acerca do reconhecimento das fundações, veja-se, ainda, Diogo Costa GONÇALVES, “O reconhecimento das fundações privadas: personificação ou limitação da responsabilidade?”, *Direito das Fundações em Debate — Perspetivas de Reforma*, Princípiã, 2020, 87 s.

logo que se inicia o reconhecimento oficioso. Porém, os herdeiros não podem revogar a instituição no caso de o fundador morrer antes de iniciado o reconhecimento ⁽⁵⁰⁹⁾.

4. CLASSIFICAÇÕES DE PESSOAS COLETIVAS

I. Do que ficou dito resulta, desde logo, o possível agrupamento das pessoas coletivas em *corporações* e *fundações*. As primeiras têm um substrato integrado por um elemento pessoal; nas segundas, o elemento determinante é o elemento patrimonial. Esta simples diferença comporta consequências relevantes em termos de regime. Consoante explicita Mota Pinto, “as corporações são constituídas e governadas por um agrupamento de pessoas (os associados), que subscrevem originariamente os estatutos e outorgam no ato constitutivo ou aderem posteriormente à organização. Os associados dominam através dos órgãos — designadamente, a assembleia geral — a vida e o destino da corporação, podendo mesmo alterar os estatutos” ⁽⁵¹⁰⁾. Já no tocante às fundações, “são instituídas por um ato unilateral do fundador de afetação de uma massa de bens a um dado escopo de interesse social. O fundador, além de indicar no ato da instituição o fim da fundação e de especificar os bens que lhe são destinados, estabelecerá de uma vez para sempre as normas disciplinadoras da sua vida e destino” ⁽⁵¹¹⁾.

II. Por outro lado, as pessoas coletivas podem dividir-se entre as *pessoas coletivas de direito público* e as *pessoas coletivas de direito privado*. Nem sempre, porém, os termos da distinção são claros, e a doutrina tem-se mostrado particularmente dividida na definição dos contornos da mesma. Vários são os critérios que têm sido avançados como guia do jurista nesta matéria ⁽⁵¹²⁾. Cabral Moncada propõe, a este propósito, o *critério do fim*. Nestes termos, se o fim prosseguido for de interesse público, a pessoa colética é pública; se o

⁽⁵⁰⁹⁾ Para mais desenvolvimentos sobre o ponto, cf. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 306 s.

⁽⁵¹⁰⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 283.

⁽⁵¹¹⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 283.

⁽⁵¹²⁾ Para uma sistematização destes critérios, vide A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português* I/III, 541; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 653.

interesse prosseguido for privado, a pessoa coletiva é privada ⁽⁵¹³⁾. Porém, ele mostra-se falho. Para o entendermos, basta pensar nas fundações, cujo fim é eminentemente público.

Freitas do Amaral, por seu turno, adianta o *critério da criação* ou da *iniciativa* ⁽⁵¹⁴⁾, nos termos do qual seriam públicas as pessoas coletivas criadas pelo Estado ou outros entes públicos, através de uma lei ou de um ato administrativo. Simplesmente, esquece que o Estado cria muitas vezes pessoas coletivas privadas. Menezes Cordeiro adianta, a este propósito, que o Estado cria frequentemente sociedades anónimas, algumas das quais têm as suas ações sob exclusiva titularidade dele, como é o caso da Caixa Geral de Depósitos ⁽⁵¹⁵⁾.

Castro Mendes atende à integração ou não da pessoa coletiva na organização complexa do Estado ou de outros entes públicos. Existindo tal integração e podendo o Estado ou outro ente público exercer sobre aquela um controlo de mérito e não um mero controlo de legalidade, a pessoa coletiva deveria considerar-se pública ⁽⁵¹⁶⁾. Também este não parece ser um critério aceitável, já que há pessoas coletivas privadas sobre as quais o Estado exerce um controlo de mérito. Por outro lado, como esclarece Menezes Cordeiro, “a grande confusão reinante após as nacionalizações impede integrações sistemáticas coerentes”.

Carvalho Fernandes olha para o problema do ponto de vista do *regime* aplicável. Assim, são públicas as pessoas coletivas que estejam subordinadas ao direito público, cujos conflitos sejam da competência da jurisdição administrativa, que tenham um estatuto tributário próprio, e cujas relações com os trabalhadores sejam disciplinadas por regras específicas ⁽⁵¹⁷⁾.

Menezes Cordeiro, por sua vez, opta por um *critério jurídico cultural*: são privadas as pessoas coletivas que se regem pelo direito civil ou comercial, assumindo a forma de sociedades comerciais, de cooperativas, de associações, de fundações ou de sociedades civis, e de outras figuras, plenas ou rudimentares, que ocorram em setores civis

⁽⁵¹³⁾ Cabral MONCADA, *Lições de direito civil*, I, 1995 (reimpressão), 326 s.

⁽⁵¹⁴⁾ Freitas do AMARAL, *Curso de direito administrativo*, I, 1994, 587

⁽⁵¹⁵⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português* I/III, 541; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 653.

⁽⁵¹⁶⁾ Castro MENDES, *Teoria Geral*, I, 263

⁽⁵¹⁷⁾ Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, 460 s. Em análise da posição, que cunha de critério do regime, vide A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português* I/III, 541; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 653.

ou comerciais extravagantes. A conclusão é possível, tendo em conta o princípio da tipicidade que rege as pessoas coletivas. Todas as outras pessoas coletivas seriam públicas ⁽⁵¹⁸⁾. Mas o critério, embora ilustrativo, pouco nos esclarece em relação a algumas pessoas coletivas, como as empresas públicas, que o próprio autor esclarece que não são redutíveis aos esquemas privados tradicionais, mas às quais é aplicável o direito privado.

Nessa medida, pese embora as fragilidades que sempre possam vir a ser denotadas, parece-nos adequado aderir — na linha da distinção entre o direito público e o direito privado — ao *critério da autoridade pública*. Seriam pessoas coletivas de direito público aquelas que detêm, em maior ou menor grau, *ius imperium*; sendo todas as outras pessoas coletivas de direito privado. É este o critério adotado por Manuel de Andrade ⁽⁵¹⁹⁾, Mota Pinto, Pais de Vasconcelos, entre outros.

Não obstante, há determinadas pessoas coletivas cuja classificação dicotómica não deixa de, com base no critério enunciado, suscitar dúvidas.

III. Dentro das pessoas coletivas de direito privado, podemos distinguir ⁽⁵²⁰⁾ as *pessoas coletivas privadas de utilidade pública e fim desinteressado* (que promovem interesses de terceiros, os beneficiários. A utilidade é pública porque à comunidade em geral interessa que sejam satisfeitos tais interesses) ⁽⁵²¹⁾; as *pessoas coletivas privadas de utilidade pública fim interessado ideal* (de que são exemplo as associações desportivas, recreativas, culturais, etc.); as *pessoas coletivas privadas de utilidade pública fim económico não lucrativo* (que procuram alcançar determinados benefícios para os associados, que, não obstante, não se traduzem no lucro económico) ⁽⁵²²⁾; e as

⁽⁵¹⁸⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português* I/III, 541; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 653.

⁽⁵¹⁹⁾ Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, 71 s.; Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 284 s.; Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 151 s.

⁽⁵²⁰⁾ Segue-se, aqui, o critério de Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, 73 s.; Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 287; Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 151 s.

⁽⁵²¹⁾ Será o caso de algumas associações e das fundações. Cf. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 288.

⁽⁵²²⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 289. São exemplos os sindicatos, as cooperativas de consumo, de habitação, de construção, as associações patronais.

pessoas coletivas privadas de utilidade privada, que têm um escopo lucrativo, visando a obtenção de lucros para serem distribuídos pelos seus membros ⁽⁵²³⁾.

5. TIPOLOGIA DE PESSOAS COLETIVAS

As pessoas coletivas privadas estão sujeitas ao princípio da tipicidade, no sentido de que devem obedecer a um dos tipos previstos na lei ⁽⁵²⁴⁾. Podemos, assim, confrontar-nos com associações, fundações e sociedades.

As associações são pessoas coletivas privadas de utilidade pública e fim desinteressado ou fim interessado ideal ou económico não lucrativo. Podem, além disso, ser qualificadas como corporações, por serem pessoas coletivas de substrato pessoal.

As fundações são pessoas coletivas privadas de utilidade pública e fim desinteressado. Não têm membros, correspondendo, nas palavras de Pais de Vasconcelos, “à autonomização e institucionalização de um fim do seu fundador, que tem de ser um interesse social, e para cuja prossecução são dotadas dos meios necessários ⁽⁵²⁵⁾”. A estas fundações falta o substrato pessoal ⁽⁵²⁶⁾. Esta falta, segundo explicita Menezes Cordeiro, faz com que a autodeterminação seja menor: “dependerá do que resultar dos seus estatutos, sempre com a assistência de uma autoridade pública” ⁽⁵²⁷⁾. O fim que prosseguem reconduz-se sempre a um interesse social. Há quem questione, porém,

⁽⁵²³⁾ É o caso típico das sociedades, mas também dos agrupamentos complementares de empresas e dos agrupamentos europeus de interesses económicos. Sobre o ponto, Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 292.

⁽⁵²⁴⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português* I/III, 549; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 658. O autor — na referência tricotómica às associações, fundações e sociedades — sublinha que não se trata de uma classificação legal, mas de um alinhamento de tipos. Parece-nos ser este o melhor entendimento. Contra, porém, veja-se Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 292 s. Em sentido concordante, Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 144 s.

⁽⁵²⁵⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 145.

⁽⁵²⁶⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português* I/III, 711; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 821.

⁽⁵²⁷⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português* I/III, 711; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 821.

se, no plano do direito a constituir, não seria possível admitir o reconhecimento de uma fundação que visasse prosseguir um interesse particular ⁽⁵²⁸⁾.

As sociedades, por seu turno, são, como já sabemos, pessoas coletivas privadas de utilidade privada (escopo lucrativo). Dentro das sociedades, podemos distinguir as sociedades civis e as sociedades comerciais. Estas são aquelas que têm por objeto a prática e atos de comércio e adotam um dos tipos de sociedades previstos no Código das Sociedades Comerciais (sociedades em nome coletivo, sociedades por quotas, sociedades anónimas e sociedades em comandita). As primeiras — as sociedades civis — têm por objeto a prática de atos não comerciais e podem adotar ou não uma das formas das sociedades comerciais. Importa, contudo, notar que, se não se constituírem sob a forma de uma das sociedades previstas no Código das Sociedades Comerciais, não lhes é reconhecida personalidade jurídica ⁽⁵²⁹⁾. As sociedades comerciais têm personalidade jurídica (artigo 5.º CSC), bem como as sociedades civis sob forma comercial (artigo 5.º e 1.º/4 CSC).

No tocante às formas que as sociedades comerciais podem assumir, podemos falar de sociedades em nome coletivo, sociedades por quotas, sociedades anónimas e sociedades em comandita. O critério de distinção entre ambos passa pela divisão do capital social e pela responsabilidade ou irresponsabilidade dos sócios perante os credores sociais.

⁽⁵²⁸⁾ Sousa RIBEIRO, “As fundações no Código Civil — regime actual e projecto de reforma”, *Lusiadas — revista de ciência e cultura*, 2001, 59 s. Problematicando o ponto, cf. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 293

⁽⁵²⁹⁾ Há, porém, exceções, como no caso de algumas ordens profissionais. Para um elenco dos argumentos que levam a sustentar a não atribuição de personalidade jurídica às sociedades civis sem forma comercial, cf. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 295 s.

Note-se, ademais, que a doutrina não é unânime a afirmar que às sociedades civis sem forma comercial não é atribuída personalidade jurídica. Sobre a questão, que não deixa de ser problemática, cf. Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 202 s. No fundo, ao contrário do ordenamento jurídico alemão, o sistema português permite a personificação coletiva independentemente da autonomia patrimonial, ao mesmo tempo que exige sempre uma clara formalização. Ora, se tivermos em conta estas ideias, a personificação das sociedades civis sem forma comercial ficaria apenas dependente do cumprimento dos requisitos do artigo 167.º CC. Admite, por isso, a personalidade destes entes. Nesse sentido, veja-se também Castro MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 287.

No caso das sociedades em nome coletivo, os sócios respondem pessoal e ilimitadamente perante os credores sociais, pelas dívidas da sociedade. A responsabilidade é subsidiária em relação à da sociedade e solidária entre todos os sócios. Ao invés, numa sociedade por quotas, o capital social está dividido por quotas, e os sócios não respondem perante os credores pelas dívidas da sociedade, embora respondam perante a sociedade pela realização da sua quota e, solidariamente com os restantes sócios, pela integração do restante capital social. Também nas sociedades anónimas, nas quais o capital social está dividido em ações, fica excluída qualquer responsabilidade dos sócios perante os credores da sociedade; diferente do que ocorre nas sociedades por quotas, a responsabilidade perante a sociedade é também limitada: o sócio só responde até ao montante do capital social que subscreveu. As sociedades em comandita apresentam dois tipos de sócios — os sócios comanditados, que respondem como os sócios das sociedades em nome coletivo; e os sócios comanditários, que respondem nos termos dos sócios das sociedades anónimas.

6. CAPACIDADE DE GOZO DAS PESSOAS COLETIVAS

Se é certo que o problema da personalidade jurídica foi afirmado como o grande problema relativo às pessoas coletivas desde o século XIX ⁽⁵³⁰⁾, não é menos verdade que a questão da capacidade de gozo daquelas, que o acompanha, ainda hoje suscita divergências na doutrina. Em causa está, no plano do direito positivo, a interpretação do artigo 160.º CC; e, no plano dogmático, a discussão acerca da natureza categorial e do âmbito de relevância material do que ficou conhecido por *princípio da especialidade do fim*. O problema, contudo, pode ser perspectivado de um modo mais amplo.

Em termos gerais, podemos dizer que se denotam, quanto à matéria, duas tendências na literatura portuguesa. De um lado, encontramos os autores que sustentam que a capacidade de gozo das pessoas coletivas é genérica; de outro lado, filiam-se aqueles que, pelo contrário, apontam o carácter específico e funcionalizado dessa mesma capacidade. Se uns e outros não divergem diametralmente, porquanto os primeiros sublinhem, pese embora o carácter genérico

⁽⁵³⁰⁾ Sobre o ponto, cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português* I/III, 469; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 545.

com que conformam a referida capacidade, as limitações desta que a apartem da congénere titulada pelas pessoas singulares; e os segundos proponham um sentido muito mais flexível do princípio da especialidade do fim, é seguro que as conclusões a que uns e outros chegam ao nível da concreta realização do direito não são idênticas, ao mesmo tempo que denotam compreensões diversas da personalidade coletiva ⁽⁵³¹⁾.

Impõe-se, por isso, uma tomada de posição sobre a questão.

6.1. O artigo 160.º CC

O artigo 160.º CC, com a epígrafe *Capacidade*, dispõe que “a capacidade das pessoas coletivas abrange todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins”, excluindo, porém, todos aqueles que sejam “vedados por lei ou que sejam inseparáveis da personalidade singular”. Quer isto dizer que, independentemente do recorte que seja dispensado, em termos definitórios, à capacidade de gozo das pessoas coletivas, o círculo de direitos e de obrigações que elas titulam se vê limitado por três vias: pela natureza das coisas; pelas disposições legais e pelo princípio da especialidade do fim ⁽⁵³²⁾.

No que ao primeiro limite respeita, ele é facilmente perceptível. De facto, não faria sentido sequer problematizar a titularidade de direitos que não sejam pensáveis fora da ligação à pessoa, enquanto ser humano. Excluem-se, portanto, do âmbito da capacidade da pessoa coletiva posições subjetivas ativas como o direito à vida, o direito à integridade física, os direitos de natureza familiar, *inter alia*. Sublinhe-se, porém, que isto não afasta do núcleo de relevância da capacidade de

⁽⁵³¹⁾ Sobre este ponto, cf. L. Cabral Moncada, *Lições de Direito Civil*, 362, considerando que tanto se pode considerar que as pessoas coletivas têm capacidade genérica, mas apenas para praticar os atos que forem relativos aos interesses que as integram; como se pode entender que a capacidade é excecional, por não se estender aos atos que saiam da esfera do fim.

Cabral Moncada acabaria por desvalorizar o dissídio. Criticando essa desvalorização, cf. Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 170.

⁽⁵³²⁾ Quanto ao ponto, cf., sem embargo de ulteriores precisões, cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português* I/III, 597; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 677; Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 318 s.; J. Oliveira Ascensão, *Direito Civil — Teoria Geral*, I, 257 s.

gozo das pessoas coletivas todos os direitos de personalidade. Consideram os autores — e bem — que, apesar de estes se mostrarem umbilicalmente ligados aos modos de ser da personalidade humana, alguns dos direitos especiais de personalidade podem ser pensados por referência às pessoas coletivas. Assim, por exemplo, o direito à imagem, o direito à honra, o direito à privacidade. É claro que em relação a cada um deles há que operar, no salto do pessoal para o coletivo, uma transposição, a exigir um exercício de adaptação dogmática ⁽⁵³³⁾. É nessa medida que se colocam dúvidas acerca da possibilidade de se configurar um direito geral de personalidade, a ser titulado pelas pessoas coletivas ⁽⁵³⁴⁾.

Se, porém, as posições na doutrina se tendem a aproximar nesta matéria, parece haver discrepância no tocante à consequência jurídica da violação deste limite decorrente da natureza das coisas e ao seu

⁽⁵³³⁾ Quer isto dizer que o direito à imagem em que se pensa, por referência a uma pessoa coletiva, não há de ser pensado como o poder de controlar os sinais visuais exteriores de identificação da pessoa (entendido, num sentido algo abusivo, porque restritivo, como direito ao retrato), mas como o poder de controlar o uso que se faz dos sinais distintivos da pessoa coletiva, alguns dos quais, aliás, tutelados por via de direitos específicos. Por seu turno, o direito à honra não pode ser compreendido no sentido da dignidade do ser humano, mas no sentido do crédito e reputação, sendo, portanto, menos abrangente do que o homólogo direito à honra das pessoas singulares; e o direito à privacidade, para concluir a lista exemplificativa de que lançamos mão no texto, deve ser entendido não no sentido da intimidade, mas no sentido da tutela de uma esfera de segredo que compete à própria pessoa coletiva gerir autonomamente.

Para a consideração de outros direitos de personalidade titulados pelas pessoas coletivas, cf. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 319 (direito ao nome e direito geral de personalidade, do qual se desentranham um direito à honra, à liberdade, etc.).

A este propósito, veja-se, também, Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, 257.

⁽⁵³⁴⁾ Capelo de Sousa responde afirmativamente a esta questão. Sobre o ponto, cf. Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*. No mesmo sentido, Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 319.

Interessante será pensar se naquelas situações em que a pessoa coletiva é titular de uma empresa ou estabelecimento se se pode falar de um direito à empresa e, caso a resposta seja *positiva*, se se pode ou não aproximá-lo, com as devidas distâncias, de um direito de personalidade. Cremos que a resposta não poderá ser senão negativa. Cf., contudo, para outros desenvolvimentos, Mafalda Miranda BARBOSA, *Liberdade versus responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual? Considerações a propósito dos cable cases*, Coimbra, Almedina, 2006.

fundamento. Menezes Cordeiro ensina, neste quadro, que “a violação das limitações impostas pela natureza das coisas implica a nulidade do negócio, por impossibilidade legal — artigo 280.º CC” ⁽⁵³⁵⁾. A impossibilidade legal a que o autor alude não se confunde com a contrariedade à lei, sequer com a contrariedade a uma norma imperativa. O fundamento para a nulidade seria, portanto, diverso daquele que resulta da invocação do artigo 294.º CC, por violação da norma imperativa contida no artigo 160.º CC. A clivagem — que não releva em termos práticos — não deve ser sobrevalorizada. É que a impossibilidade a que o autor alude, decorrendo da natureza incindível de alguns direitos relativamente à personalidade humana, mais do que uma impossibilidade jurídica, é uma impossibilidade no plano fáctico.

O mesmo não se pode dizer por referência aos limites decorrentes de uma norma legal que vede a titularidade de algum ou alguns direitos às pessoas coletivas. A sanção aí é a nulidade ⁽⁵³⁶⁾ e a possibilidade de emergir um ato que contrarie a específica proibição legal é uma realidade. O problema, a este nível, reside, então, na qualificação da limitação. Enquanto alguns autores olham para a restrição no quadro da capacidade de gozo das pessoas coletivas ⁽⁵³⁷⁾, outros sustentam que o que está em causa é uma situação de ilegalidade ⁽⁵³⁸⁾. O argumento mais sugestivo de Menezes Cordeiro na defesa da sua posição passa pela consideração do fator tempo. Diz-nos o autor que o legislador pode permitir um ato e depois proibi-lo, vindo posteriormente a permiti-lo de novo. Ora, segundo o autor, a capacidade de gozo da pessoa coletiva não pode ficar dependente das alterações legislativas. Não cremos, porém, que o argumento proceda por si só: na verdade, podemos pensar, por exemplo, por referência às pessoas singulares, numa alteração legislativa que confira capacidade de gozo para testar, casar ou perfilhar a quem estava privado dela. E esta modificação amplificadora da capacidade de gozo de certas pessoas singulares pode ser revertida por uma posterior revisão da lei. A construção do civilista

⁽⁵³⁵⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português* I/III, 598; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 678.

⁽⁵³⁶⁾ Menezes Cordeiro entende que, neste caso, a nulidade resulta ou da violação de lei expressa (294.º) ou da ilicitude (280.º). Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português* I/III, 599.; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 679.

⁽⁵³⁷⁾ Cf. Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 318.

⁽⁵³⁸⁾ Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português* I/III, 598; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 678.

já se torna, porém, mais convincente se pensarmos no problema da aplicação da lei no tempo que chama à colação. Nas suas palavras, “vamos supor que era permitida a livre aquisição de imóveis pelas sociedades de advogados e que uma lei superveniente a vinha proibir. Se se tratar de um problema de capacidade de gozo, a sociedade proprietária teria de, imediatamente, deixar de o ser, ficando o imóvel *nullius*: não faz sentido. Estando em causa — como está — uma proibição, ela só produziria efeitos para o futuro — artigos 12.º/1 e 12.º/2” ⁽⁵³⁹⁾. Simplesmente, não cremos que a razão esteja do lado do insigne civilista. É que a lei nova só se aplica retroativamente quando dispuser diretamente sobre o conteúdo de certas relações jurídicas, abstraindo dos factos que lhe deram origem, e no exemplo do autor o que está em causa é a aquisição do imóvel e não a titularidade do direito de propriedade, logo o facto que lhe deu origem.

Por outro lado, se pensarmos que a capacidade de gozo é a suscetibilidade para se ser titular, em concreto, de um círculo mais ou menos amplo de direitos e deveres e que as proibições legais em questão o que fazem é impedir que uma pessoa coletiva seja titular de uma dada relação jurídica, cremos não haver razões para afastar a categoria. No fundo, a ilegalidade a que Menezes Cordeiro faz apelo — e que funda a nulidade do ato — traduz a incapacidade da pessoa coletiva no tocante ao concreto direito.

A terceira limitação a que fizemos referência leva-nos à consideração do *princípio da especialidade do fim*. Nele — e na sua interpretação — reside o cerne da divergência doutrinária a que aludimos *ab initio*. Importa, por isso, olhar para as diversas posições na matéria.

6.2. O princípio da especialidade do fim

6.2.1. Posições doutrinárias

Se quisermos captar a diversidade doutrinária na matéria poderemos tentar construir um tríptico com base nas posições dos autores. Àqueles que negam a relevância do princípio opõem-se os outros que a afirmam. Dentro destes, contudo, haveremos de distinguir os que o ligam ao problema da capacidade de gozo das pessoas coletivas e os que o associam a uma ideia de legitimidade para agir.

⁽⁵³⁹⁾ Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português* I/III, 599; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 679.

Quando pensamos na não relevância do princípio da especialidade do fim, o nome de Menezes Cordeiro assoma no horizonte discursivo. Nas suas palavras, “o denominado princípio não restringe hoje a capacidade das pessoas coletivas; tal como emerge do artigo 160.º/1, ele diz-nos, no fundo, que todos os direitos e obrigações são, salvo raras exceções (...), acessíveis às pessoas coletivas”⁽⁵⁴⁰⁾. Para sustentar a sua posição, apresenta argumentos de índole diversa. A par de considerações de direito comparado — a evidenciar a falta de relevância em ordenamentos jurídicos estrangeiros de referência (*v. g.* Itália e Alemanha) — convoca o saber histórico para alicerçar o seu entendimento. Na verdade, Menezes Cordeiro parte da explicação da origem do princípio da especialidade do fim⁽⁵⁴¹⁾. Próprio dos direitos de tradição latina, ele foi sendo construído sob a égide da luta pela centralização do poder régio e do combate ao poder da Igreja. Em causa estavam os inúmeros bens deixados aos conventos e mosteiros, que passavam a ser considerados *bens de mão morta* (deixavam de poder ser transacionados, tinham uma produtividade diminuída em certos casos e não pagavam impostos)⁽⁵⁴²⁾, e que os reis foram querendo limitar, designadamente pela sujeição da sua aquisição pelas pessoas referidas à autorização régia⁽⁵⁴³⁾. Com a Revolução Francesa e a forte perseguição que se fez sentir à Igreja Católica, procedeu-se à venda compulsiva dos bens dela⁽⁵⁴⁴⁾. Seria

⁽⁵⁴⁰⁾ Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português* I/III, 597; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 679.

⁽⁵⁴¹⁾ Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português* I/III, 591; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 671.

⁽⁵⁴²⁾ Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português* I/III, 591; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 671.

⁽⁵⁴³⁾ Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português* I/III, 592; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 672.

⁽⁵⁴⁴⁾ Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português* I/III, 592; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 672.

Para uma consideração da legislação que, em Portugal, procurou fazer face aos bens de mão morta, desde D. Dinis, cf. págs. 592/3.

Menezes Cordeiro faz, ainda, o confronto com a tradição anglo-saxónica. Aí, a personalidade coletiva era atribuída por uma lei especial do Parlamento, que definia os poderes da pessoa coletiva. Os atos que fossem praticados ultrapassando tais poderes eram considerados *atos ultra vires*, não a vinculando. Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português* I/III, 591; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 671.

De notar que, em geral, o ideário liberal de sentido revolucionário mostrava-se desconfortável diante das pessoas coletivas, por se tratarem de organizações que

neste contexto que surgiria o princípio da especialidade do fim, que foi posteriormente perdendo a referência à sua origem. Ora, segundo o civilista, o princípio perdeu o seu fundamento: o problema dos bens de mão morta não passa de uma referência histórica, sem paralelo na realidade hodierna ⁽⁵⁴⁵⁾.

Além de ter perdido o seu fundamento histórico, o princípio perdeu o seu campo de aplicação. Tal constata-se, por exemplo, se tivermos em conta as doações e outros negócios gratuitos que podem, dentro de certas circunstâncias, ser celebrados por sociedades comerciais, tratando-se, na impressiva expressão do autor, “de uma indústria, por parte de instituições lucrativas e muito bem geridas” ⁽⁵⁴⁶⁾.

Nessa medida, conclui Menezes Cordeiro que o artigo 160.º CC não consagra uma limitação à capacidade de gozo das pessoas coletivas em função do princípio da especialidade do fim. Tal não significa, contudo, que não haja determinados atos inacessíveis para as pessoas coletivas. Simplesmente, nessas hipóteses, estaremos diante de proibições ditadas por uma lei especial ⁽⁵⁴⁷⁾.

Também Oliveira Ascensão depõe no sentido da capacidade genérica das pessoas coletivas. A consideração do fim não implica uma

reduziam o papel do indivíduo. Nesse sentido, cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português I/III*, 483; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 559.

⁽⁵⁴⁵⁾ Também a referência à doutrina dos atos *ultra vires* (cf. nota anterior) carece de sentido para o autor. Existindo um sistema de reconhecimento automático de pessoas coletivas e vigorando o princípio da liberdade no que toca à sua constituição, a doutrina dos atos *ultra vires* constituiria um embaraço não justificado ao comércio jurídico.

Sobre o ponto, cf., também, H. Winthrop BALLANTINE, “Proposed revision of the ultra vires doctrine”, *Cornell Law Review*, 12/4 (1927), 453 s.; C. FORSYTH, “Of fig leaves and fairy tales: the ultra vires doctrine, the sovereignty of Parliament and Judicial Review”, *The Cambridge Law Journal*, 55/1 (1996), págs. 122-140; F. A. MACK, “The law on ultra vires acts and contracts of private corporations”, *Marquette Law Review*, 14/4 (1930), 212 s.

⁽⁵⁴⁶⁾ Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português I/III*, 597; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 677.

⁽⁵⁴⁷⁾ Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português I/III*, 597, n. 1990; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 677, n. 2257.

Cf., porém, A. Menezes CORDEIRO, *Direito bancário*, 5.ª edição, revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2014, 945 s., tratando do problema da celebração de contratos de *swap ad nutum* e resolvendo-o à luz da ideia de capacidade de gozo das pessoas coletivas que os celebram.

limitação daquela, ou só implicará quando “em hipóteses extremas, quando a prossecução do fim for incompatível com a titularidade de certas situações jurídicas. A eventual anomalia residirá no desvio em relação ao fim, e não na incapacidade. Pois a pessoa coletiva pode praticar atos daquela categoria e ser titular dos direitos dela derivados. O que não pode é praticá-los de maneira a afastar-se dos seus fins” ⁽⁵⁴⁸⁾. Para o autor, as limitações decorrentes do artigo 160.º/2 CC não interferem na definição dos contornos da referida capacidade. Acresce que será muito difícil — pensando em categorias de atos e não em atos em concreto — pensar em alguma categoria que esteja liminarmente excluída da capacidade das pessoas coletivas ⁽⁵⁴⁹⁾.

No mesmo sentido, Pais de Vasconcelos aduz que “o fim, concretizado pelo objeto social, quer dizer, o fim social em sentido concreto, não tem a ver com o âmbito da capacidade de gozo das pessoas coletivas, mas antes com a legitimidade da pessoa coletiva para agir sobre bens, interesses e situações jurídicas que sejam alheias a esse mesmo fim. A questão que suscita não é de incapacidade, mas antes de ilegitimidade. Trata-se de ajuizar se certo ato ou certa atividade da pessoa coletiva tem com o fim social aquela especial relação que permite concluir sobre a legitimidade ou ilegitimidade do ato ou atividade” ⁽⁵⁵⁰⁾. Nessa medida, e alicerçado em diversos argumentos sistemáticos, o autor sustenta que, em caso de desvio do fim, a sanção mais adequada é a ineficácia, reservando-se a nulidade para as situações mais graves em que o ato é contrário à ordem pública. Nas suas palavras, “assim sucederá quando o objeto da pessoa coletiva esteja fora da sua disponibilidade, seja fixado por lei ou autorizado ou aprovado pelo Estado, com sentido de Ordem Pública, de tal modo que a prática do ato *ultra vires* se traduza numa ofensa à ordem pública subjacente à fixação (ou à aprovação ou autorização) do objeto social” ⁽⁵⁵¹⁾. Do mesmo modo, a sanção deverá ser a nulidade quando a prática do ato seja proibida por lei. Simplesmente, “nestes casos, porém, a nulidade não é consequente da falta de capacidade de gozo da pessoa coletiva, mas antes de

⁽⁵⁴⁸⁾ J. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, 275 s.

⁽⁵⁴⁹⁾ J. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, 264.

⁽⁵⁵⁰⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 171.

⁽⁵⁵¹⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 177.

contrariedade a lei injuntiva ou à ordem pública do ato praticado (artigo 280.º)” ⁽⁵⁵²⁾.

Estes autores rompem, portanto, com aquela que parece ser (pelo menos, ainda) a posição maioritária (e tradicional) na doutrina. De acordo com esta última, a capacidade de gozo das pessoas coletivas fica limitada pela consideração dos atos que sejam necessários ou convenientes à prossecução do seu fim, isto é, pelo princípio da especialidade do fim. Assim, sustentam Manuel de Andrade ⁽⁵⁵³⁾, Pires de Lima e Antunes Varela ⁽⁵⁵⁴⁾, Mota Pinto ⁽⁵⁵⁵⁾, Carvalho Fernandes ⁽⁵⁵⁶⁾, entre outros. Se, como esclarece Mota Pinto, “a personalidade coletiva é um mecanismo aparelhado pela ordem jurídica para mais fácil e eficaz realização de certos interesses (os correspondentes aos fins estatutários)”, “compreende-se (...) que o escopo estatutário sirva de medida do âmbito da capacidade” ⁽⁵⁵⁷⁾.

Os autores citados vincam, não obstante, o caráter mais flexível do princípio quando comparado com a disciplina do Código de Seabra na matéria. Isto implica, por exemplo, que as pessoas coletivas de fim desinteressado possam praticar atos de natureza lucrativa, que seriam convenientes para financiar as atividades diretamente relacionadas com o seu escopo ⁽⁵⁵⁸⁾. Do mesmo modo, não será absoluta a proibição de as sociedades comerciais fazerem doações ⁽⁵⁵⁹⁾.

⁽⁵⁵²⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 177.

⁽⁵⁵³⁾ Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, 112 s.

⁽⁵⁵⁴⁾ Pires de LIMA/Antunes VARELA, *Código Civil anotado*, I, 165.

⁽⁵⁵⁵⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 319 s. Na sequência do pensamento do autor, defendem a mesma perspetiva A. Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, responsáveis pela 4.ª edição das lições do civilista.

⁽⁵⁵⁶⁾ Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 592 s.

⁽⁵⁵⁷⁾ Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 319.

⁽⁵⁵⁸⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 320.

⁽⁵⁵⁹⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 320, n. 370, considerando que “a sociedade pode fazer doações remuneratórias a empregados, clientes, etc, pode praticar validamente atos de beneficência, conceder bolsas de estudo, etc”. No mesmo sentido, embora num quadro de fundamentação diverso, cf. Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português* I/III, 596; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 676, indo mais longe do que a simples consideração das doações conformes aos usos sociais e invocando, na sua argumentação, não só os artigos 940.º CC e 6.º CSC, como também a lei do mecenato; Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 172 s.; Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 596 s.; Carvalho FERNANDES/P. Pitta e CUNHA, “Assunção de dívida alheia. Capacidade de

6.2.2. Posições jurisprudenciais (em sentido lato)

A jurisprudência portuguesa, em matéria de capacidade de gozo das pessoas coletivas, mostra-se próxima daquela que referimos ser a posição tradicional (e maioritária) da doutrina. Vários são, de facto, os acórdãos onde se consagram soluções de acolhimento do princípio da especialidade do fim.

Assim, por exemplo, no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Junho de 2013, pode ler-se que, “enquanto pessoa coletiva, a cooperativa é titular dos direitos e obrigações necessários à prossecução dos seus fins (artigo 160.º/1 CC), direitos estes que não só transcendem as pessoas físicas que integram os seus órgãos, como também não estão na livre disposição destas”. Estando em causa o despedimento de funcionárias da cooperativa, o Supremo Tribunal de Justiça veio considerar que tinha sido violado o dever de lealdade para com o fim ou interesse da pessoa coletiva e sustentou que os avultados pagamentos de que aquelas beneficiavam acabaram por agravar uma débil situação financeira da segunda. É neste contexto que o princípio da especialidade do fim é chamado à colação, balizado, no caso concreto, pela natureza específica de uma cooperativa.

Também o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 27 de Março de 2008, debruçando-se sobre a aceitação de uma letra, convocou o princípio da especialidade do fim para aferir da capacidade de gozo de uma sociedade comercial para a prática do referido ato ⁽⁵⁶⁰⁾. Por seu turno, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça

gozo das sociedades anónimas. Qualificação de negócio jurídico”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 57/II, 1997, 710, considerando que o artigo 160.º CC recebeu sensível alargamento, quando comparado com o artigo 34.º C. Seabra, e que transposto para o domínio das sociedades comerciais, não permite afirmar que as sociedades não podem praticar atos gratuitamente. Exemplifica, seguidamente, alguns desses atos que estão ao abrigo da capacidade das sociedades: mecenato, ofertas publicitárias, prémios, distribuição de lucros aos trabalhadores, atos de remuneração suplementar, garantias e assunção de dívidas a entidades com quem estão numa relação de grupo. Para os autores, há que analisar a relevância do ato no respetivo contexto, não se podendo dizer que as próprias doações estão liminarmente afastadas.

A solução decorre, aliás, expressamente do artigo 6.º CSC.

Num sentido mais restritivo, veja-se Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, 124/5.

⁽⁵⁶⁰⁾ No mesmo sentido, cf. os acórdãos referidos no aresto citado: acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Junho de 2004; o acórdão do Supremo

de 13 de Abril de 1994 veio considerar válido o contrato de prestação de serviços celebrado por um sindicato, apesar da natureza lucrativa do mesmo ⁽⁵⁶¹⁾; e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Janeiro de 1998, definindo o princípio da especialidade do fim como o que se “traduz na prática de atos adequados ao escopo, à razão de ser da pessoa coletiva”, sustenta que “tal princípio esbate-se no âmbito das sociedades comerciais, quando o artigo 4.º CSC exara que as cláusulas contratuais e certas deliberações sociais que fixem à sociedade determinado objeto ou proíbam a prática de certos atos não limitam a capacidade da sociedade”.

Num Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República de 27 de Abril de 1995, considerou-se que, “de acordo com o princípio da especialidade do fim, (...) a atividade jurídica das pessoas coletivas não pode ultrapassar os limites do escopo que lhes está assinalado, pelo que só para a satisfação dos interesses que constituem fins ou atribuições do ente jurídico podem ser exercitados direitos e contraídas obrigações”. Todavia, consoante se pode ler no parecer, numa lição que se pode reconduzir a Manuel de Andrade, Mota Pinto, e na senda deste, Pinto Monteiro, “a restrição resultante do princípio (...) há-de ser entendido em termos flexíveis, pelo que, a título de exemplo, uma pessoa coletiva de fim desinteressado não está incapacitada de praticar atos de natureza lucrativa, em ordem a obter recursos com que possa promover a satisfação dos interesses altruísticos que se propõe servir”.

A propósito da recusa de inscrição no registo predial do ato aquisitivo de um imóvel por um menor, fundada na nulidade da doação efetuada por uma sociedade comercial, o Instituto Nacional de Registos e Notariado deliberou, em 2007 ⁽⁵⁶²⁾, mobiliza o princípio da especialidade do fim, considerando, no entanto, que “parece não bastar a simples gratuidade dos atos praticados pela sociedade para que os mesmos sejam colocados fora da respetiva capacidade, uma vez que as sociedades lançam mão de atos desse tipo, que validade podem praticar, desde que (...) se mostrem necessários ou, pelo menos, convenientes à prossecução do fim societário”. Nessa

Tribunal de Justiça de 28 de Outubro de 2003; o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Setembro de 2000; o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Maio de 2003.

⁽⁵⁶¹⁾ Sobre o mesmo, cf. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 320, n. 369.

⁽⁵⁶²⁾ Trata-se do processo P.R.P. 122/2007 DSJ-CT.

medida, aduz que “a latitude com que o preceito legal (artigo 6.º/1 CSC) intenta definir o âmbito da capacidade da sociedade é de tal modo ampla que pode conduzir a que, na prática, seja postergado o princípio da especialidade”. *In fine*, conclui que a doação feita a um menor não se integrará, por certo, numa das situações em que é possível celebrar validade uma doação. No entanto, porque não é manifesta a nulidade do ato, delibera no sentido da não recusa do ato de registo.

Pode, pois, afirmar-se que, se é certo que os vários operadores judiciais continuam fiéis a uma ideia de especialidade do fim, compreendida ao nível da capacidade de gozo das pessoas coletivas, não é menos seguro que se assiste a um alargamento dos contornos do princípio que, ganhando elasticidade, perde o seu carácter rígido, ao ponto de alguns autores falarem da sua erosão.

O fenómeno não é privativo do nosso ordenamento jurídico. Se em muitas latitudes a ideia de especialidade do fim como limitadora da capacidade coletiva é posta de lado ⁽⁵⁶³⁾, noutras localizações, assiste-se à mesma tendência de flexibilização dos poderes inerentes às pessoas coletivas. Isso é notório, por exemplo, no quadro da *Common Law*. A análise de alguns precedentes jurisdicionais — e a diacronia que os acompanha — é disso prova bastante ⁽⁵⁶⁴⁾. Explica Stephen Griffin, com referência à doutrina dos atos *ultra vires*, que ela teve a sua origem histórica no *Companies Act 1862* e da interpretação que a *House of Lords* foi chamada a fazer, a propósito dos efeitos e amplitude da chamada *object clause*. Duas eram as possibilidades com que, hermenêuticamente, a *House of Lords* se deparava: ou se entendia que a legislação tinha conferido todos os poderes de uma pessoa natural a uma pessoa coletiva, menos os poderes que tenham sido expressamente ou por implicação excluídos; ou se entendia que qualquer matéria que não tivesse sido autorizada expressamente ou por necessária implicação com a cláusula definidora do objeto deveria ser considerada proibida. Este segundo sentido acabou por ser o que se privilegiou, em atenção ao interesse dos credores e dos sócios ⁽⁵⁶⁵⁾. Ele viria, contudo, a ser considerado demasiado

⁽⁵⁶³⁾ Pense-se, por exemplo, no ordenamento jurídico alemão e no ordenamento jurídico italiano.

⁽⁵⁶⁴⁾ Sobre o ponto, cf., novamente, s. GRIFFIN, “The rise and fall of the ultra vires”, 5 s.

⁽⁵⁶⁵⁾ S. GRIFFIN, “The rise and fall of the ultra vires”, 5 s.

restritivo, pelo precedente *AG v. The Great Eastern Railway Company* ⁽⁵⁶⁶⁾: a regra *ultra vires* teria de passar a ser aplicada *razoavelmente*, considerando-se que seria legítimo uma pessoa coletiva celebrar um negócio diferente do definido como o principal objeto da pessoa coletiva, desde que fosse *razoavelmente instrumental* do primeiro ⁽⁵⁶⁷⁾. O foco central da doutrina era, assim, colocado no objeto da pessoa coletiva. Com o precedente *Re David Payne*, a doutrina dos atos *ultra vires* passa a ser pensada não de acordo com o modo como a poder de uma pessoa coletiva pode ou não ser exercido, mas de acordo com a questão da capacidade daquela; e, posteriormente, com os precedentes *Cotman v. Brougham* e *Bell Houses Ltd v. City Wall Properties Ltd.*, segundo os ensinamentos de Griffin, a regra tornou-se muito limitada em termos práticos, embora não tenha sido relegada para uma regra de importância marginal ⁽⁵⁶⁸⁾. Em *Chaterbridge Corporation v. Lloyds Bank* e em *Rollen Steel Products Ltd v. British Steel Corporation*, a doutrina dos atos *ultra vires* foi restringida a determinados aspetos da capacidade contratual ⁽⁵⁶⁹⁾, numa evolução que vinha de trás e que culminaria com os *Company Acts* de 1948, 1985 e 1989. Com o primeiro regime citado, tornou-se possível à pessoa coletiva alterar a cláusula do seu objeto, por via deliberativa; com o segundo, dá-se a abolição da doutrina *ultra vires* em relação aos terceiros que atuem de boa-fé, no momento da negociação com a sociedade; com o terceiro, passa a considerar-se que a validade de um ato da sociedade não deve ser posto em causa com base na diminuta capacidade em função de algo contido no *company's memorandum* ⁽⁵⁷⁰⁾.

Como a diferença categorial que separa a especialidade do fim à doutrina dos atos *ultra vires*, podemos concluir que a tendência é para flexibilização do princípio operante em matéria de capacidade de gozo das pessoas coletivas. Importa, não obstante, olhar mais detidamente para o problema.

⁽⁵⁶⁶⁾ S. GRIFFIN, “The rise and fall of the ultra vires”, 9.

⁽⁵⁶⁷⁾ S. GRIFFIN, “The rise and fall of the ultra vires”, 9.

⁽⁵⁶⁸⁾ S. GRIFFIN, “The rise and fall of the ultra vires”, 10 s.

⁽⁵⁶⁹⁾ S. GRIFFIN, “The rise and fall of the ultra vires”, 12 s.

⁽⁵⁷⁰⁾ S. GRIFFIN, “The rise and fall of the ultra vires”, 16 s.

Na Irlanda, veja-se o *Companies Bill 2012*, nos termos do qual as novas sociedades de responsabilidade limitada (privadas) não têm de ter nos seus estatutos uma cláusula a definir o objeto. Nesse sentido, deixam de ficar presas à doutrina *ultra vires*.

6.2.3. Proposta interpretativa em matéria de especialidade do fim

a. O fundamento do princípio da especialidade do fim

A primeira questão que o jurista há de colocar, a este nível, é se faz ou não sentido falar da limitação da capacidade de gozo das pessoas coletivas por via do princípio da especialidade do fim. Ora, na busca da resposta que se procura, há que relembrar a origem dele. De acordo com os ensinamentos de Menezes Cordeiro, de que demos conta *supra*, o princípio emergiu da necessidade de combater os bens de mão morta e as deixas à Igreja ⁽⁵⁷¹⁾. Paralelamente, na senda do liberalismo e das Revoluções Liberais, as pessoas coletivas eram vistas como entes estranhos, cujos poderes teriam que ser limitados, em nome da salvaguarda do individual. Nessa medida, o princípio foi acolhido em termos estritos. Entre nós, o Código de Seabra prescrevia, no artigo 34.º, que “as associações ou corporações, que gozam de individualidade jurídica, podem exercer todos os direitos civis relativos aos interesses legítimos do seu instituto”; e o artigo 35.º dispunha que “as associações ou corporações perpetuas não podem, porém, adquirir por título oneroso bens imobiliários, exceto sendo fundos consolidados; e os que adquirem por título gratuito, não sendo desta espécie, serão, salvas as disposições de leis especiais, convertidos nelas dentro de um ano, sob pena de se perderem em favor da fazenda nacional”. Excetuavam-se, porém, os bens imóveis que forem indispensáveis para o desempenho dos deveres das associações ou corporações.

Ora, não só não existe hoje o problema das deixas à Igreja ⁽⁵⁷²⁾, como o liberalismo individualista foi superado ⁽⁵⁷³⁾. Simplesmente, na interpretação do princípio (e do ou dos critérios em que ele se verte), não temos de indagar a vontade do legislador histórico, nem temos de ficar presos ao fenómeno que historicamente esteve na base do seu surgimento. Não é a mera constatação da inexistência de um

⁽⁵⁷¹⁾ Cf. Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português I/III*, 591; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 671.

⁽⁵⁷²⁾ Com Menezes Cordeiro, podemos acrescentar o advérbio *infelizmente*, dada a importância do papel da Igreja na sociedade, não só em termos espirituais, como também em termos sociais. Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português I/III*, 593; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 673.

⁽⁵⁷³⁾ Pelo menos na sua versão clássica.

pedaço de realidade que serviu de mote a uma disciplina normativa que força a concluir pela obsolescência da última. Pode, na verdade, ter desaparecido o gérmen e o princípio manter a sua vigência, por referência a novos contornos problemáticos. Para chegarmos a uma resposta — de sentido positivo ou negativo — a este ensejo, necessitamos de mergulhar no próprio fundamento da personalidade coletiva. É que só a contemplação desta, no cotejo com a intencionalidade problemática do princípio da especialidade do fim e com o desenho dogmático que as pessoas coletivas recebem no nosso ordenamento jurídico, é de molde a esclarecer as nossas dúvidas ⁽⁵⁷⁴⁾.

Para tanto, haveremos de ripristinar as conclusões a que chegámos *supra*. A personalidade coletiva não resulta de uma necessidade axiológica de reconhecimento, em nome da dignidade que lhes subjaz; mas é atribuída em função de determinados interesses das pessoas que estão na base da sua constituição. Porque tal atribuição não funciona no vazio, ela resulta da elevação de um determinado substrato à condição de sujeito de direito. Pelo que a par da ideia de expediente técnico-jurídico, haverá a considerar um substrato, no qual se integra o fim em torno do qual a pessoa coletiva se organiza.

Esse fim assume uma importância extrema em termos dogmáticos ⁽⁵⁷⁵⁾. Como vimos anteriormente, no caso das associações, elas extinguem-se, por decisão judicial, nos termos do artigo 182.º/2 CC, quando o seu fim se tenha esgotado ou se haja tornado impossível; quando o seu fim real não coincida com o fim expresso no ato de constituição ou nos estatutos; quando o seu fim seja sistematicamente prosseguido por meios ilícitos ou imorais; quando a sua existência se torne contrária à ordem pública. Quer isto dizer que, tratando-se de uma associação, a vida da pessoa coletiva fica dependente do fim pelo qual ela foi reconhecida. Se assim é, se a associação não se pode afastar do fim expresso nos estatutos ou no ato de constituição, então faz todo o sentido sustentar que os direitos que o ordenamento jurídico lhe atribui sejam apenas aqueles que forem necessários ou convenientes à prossecução desse

⁽⁵⁷⁴⁾ A compreensão da natureza da personalidade coletiva dir-nos-á se o princípio da especialidade do fim mantém ou não a sua validade; por seu turno, a referência ao quadro dogmático e legal das pessoas coletivas permitir-nos-á, na transposição devida para o plano do ser, determinar em que medida se pode reconhecer eficácia àquele.

⁽⁵⁷⁵⁾ Sobre os requisitos a que há de obedecer o fim da pessoa coletiva, cf. Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, 141 s.

mesmo fim ⁽⁵⁷⁶⁾. A contrariedade ao escopo estatutário, ao invés, põe em causa o próprio substrato da pessoa coletiva e, concomitantemente, uma atuação que corporize tal contrariedade não se justifica em nome da personalidade que foi atribuída ⁽⁵⁷⁷⁾.

No caso das fundações, a limitação da capacidade em função da finalidade que subjaz ao reconhecimento daquela também se percebe perfeitamente. Tratando-se de pessoas coletivas de base patrimonial, elas necessariamente prosseguem fins de interesse social, nos termos do artigo 185.º CC, de tal modo que o reconhecimento pode ser negado, *ex via* artigo 188.º/3, *a*) CC, se os fins da fundação não forem considerados de interesse social pela entidade competente, designadamente se aproveitarem ao instituidor ou sua família ou a um universo restrito de beneficiários com eles relacionados.

Quer isto dizer que a própria autoridade administrativa que concede ou não o reconhecimento à massa de bens adstrita à prossecução de um fim (de interesse social) opera um controle (de legalidade e de

⁽⁵⁷⁶⁾ Sobre o ponto, cf. Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 175. O autor esclarece, e bem, que o desvio ao fim como causa de extinção da pessoa coletiva não está ligado à prática de atos isolados, mas antes ao desenvolvimento de atividades a que a pessoa coletiva se dedique com o mínimo de constância e duração. Simplesmente, mesmo reconhecendo que a extinção da pessoa coletiva não pode ter lugar quando esteja em causa apenas a prática de um ou mais atos isolados contrários ao fim, resulta da disciplina legal que a pessoa coletiva está limitada nos seus poderes à prossecução do fim em nome do qual ela foi constituída. O que quer dizer que a pessoa coletiva tem os seus poderes limitados pelo fim.

Poder-se-á pensar que, se os atos das pessoas coletivas contrários ao fim são nulos, não faz sentido pensar-se na possibilidade de extinção da pessoa coletiva pelo desenvolvimento com duração e constância de atividades contrárias ao fim. É que os diversos atos que compõem essa atividade seriam nulos e, como tal, não produziriam efeitos. Simplesmente, há atos que, não dizendo diretamente respeito ao fim da pessoa coletiva, podem ser instrumentalmente levados a cabo por ela, por serem convenientes à prossecução daquele seu fim. O que o artigo 182.º sanciona, no fundo, é a transformação de uma atividade incidental e instrumental na principal atividade da pessoa coletiva.

Ora, isto não contraria o que dissemos em texto. É que, como se compreenderá, a disciplina normativa impõe a obediência ao fim, donde se poderá concluir que mesmo a prática de atos instrumentais tem de apresentar uma qualquer ligação a esse escopo. E se não é a prática de um ato isolado contrário ao fim (ou seja, que nem instrumentalmente se relaciona com ele) que pode determinar a sua extinção, não menos verdadeiro é que o ordenamento jurídico apenas permite que as pessoas coletivas atuem aí onde prosseguem, direta ou reflexamente, a sua finalidade.

⁽⁵⁷⁷⁾ Veja-se, no tocante às sociedades, o artigo 142.º CSC, com referência ao objeto da sociedade. Sobre a questão do objeto, cf., *infra*, outras considerações.

oportunidade) acerca da viabilidade da realização do interesse em nome do qual o substrato é elevado à categoria de pessoa para o direito. Seria, por isso, estranho que os direitos que se atribuem à pessoa coletiva (no caso, à fundação) fossem mais amplos do que aqueles que sejam necessários ou convenientes à prossecução do fim.

É claro que, no que respeita às corporações, ao contrário do que sucedeu no passado, mormente no espaço anglo-saxónico, a constituição da pessoa coletiva é pautada por uma ideia de liberdade. O controlo que se estabelece — por via de um reconhecimento que agora é normativo condicionado (e não individual ou por concessão) — é um mero controlo de legalidade. Não obstante, ele existe (o que afasta a relevância do reconhecimento normativo incondicionado) e opera por referência a um fim determinado, pelo que os direitos que se atribuem à pessoa de tipo corporacional são também aqueles que se contêm no seu escopo, cujo desaparecimento levará à extinção do ente coletivo.

Há, portanto, uma íntima conexão entre a natureza e o fundamento da personalidade coletiva e o círculo de direitos e obrigações que a pessoa titula, donde se pode concluir que o princípio da especialidade do fim, plasmado no artigo 160.º CC, encontra o seu fundamento na natureza da personalidade coletiva.

b. Capacidade e legitimidade

Se fundadamente (e passe a redundância) encontrámos o fundamento do princípio da especialidade do fim na natureza da personalidade coletiva, então o que está em causa ao nível do princípio é a titularidade dos direitos e obrigações pela pessoa coletiva, ou seja, a maior ou menor amplitude dos seus poderes. Isto quer dizer que o princípio vem dar resposta à questão da capacidade de gozo das corporações e fundações, não se podendo interpretar no sentido da legitimidade. Discordamos, por isso, de Pedro Pais de Vasconcelos, quando diz que “o fim, concretizado pelo objeto social, quer dizer, o fim social em sentido concreto, não tem a ver com o âmbito da capacidade de gozo das pessoas coletivas, mas antes com a legitimidade da pessoa coletiva para agir sobre bens, interesses e situações jurídicas que sejam alheias a esse mesmo fim. A questão que suscita não é de incapacidade, mas antes de ilegitimidade” ⁽⁵⁷⁸⁾. É que

⁽⁵⁷⁸⁾ Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 171.

o que resulta da descoberta do fundamento anunciado é que o que está em causa não é a particular posição da pessoa coletiva relativamente a um concreto bem, não é a ligação do sujeito com o conteúdo de um determinado ato jurídico ou a relação da pessoa com outra ou outras ⁽⁵⁷⁹⁾, mas a suscetibilidade ou não de levar a cabo o referido ato. Com o regime contido no artigo 160.º CC não se estão, de facto, a proteger, em primeira linha, os interesses dos credores da pessoa coletiva ou dos membros — pessoas singulares — que as integram, mas a garantir a incolumidade do substrato que serviu de base à personificação.

Estando diante de uma questão relativa à capacidade de gozo das pessoas coletivas não só a sanção adequadamente predisposta para fazer face a um ato que viole o princípio da especialidade do fim é a nulidade, nos termos do artigo 294.º CC, como parece que a análise deve recair sobre uma categoria de atos. O que se pretende é saber quais os direitos que a pessoa coletiva titula, logo a resposta deve ser, segundo alguns autores, oferecida por referência a essa lógica categorial ⁽⁵⁸⁰⁾.

c. Categorias de atos e os atos em concreto. A eficácia do princípio da especialidade

Isto leva alguns autores a afirmar que o princípio da especialidade do fim não teria campo de aplicação. Seria, segundo esta posição, difícil pensar-se *a priori* numa categoria de atos que não estivesse, pelo menos reflexamente, relacionada com o fim da pessoa coletiva. A amplitude com que o princípio surge consagrado no artigo 160.º CC, na verdade, determinaria a validade não só dos atos diretamente relacionados com o fim, como também dos atos que lhe fossem instrumentais.

Cremos, porém, que há, no mínimo, uma categoria de atos que pode ser excluída da capacidade de gozo de certas pessoas coletivas. Pensamos nos negócios gratuitos — mormente nas doações — e nas sociedades comerciais, cujo fito é a obtenção de lucro, para que seja distribuído pelos sócios. Animadas por um espírito de liberalidade (*animus liberandi*), as doações envolvem um empobrecimento, sem que haja — por se tratar de um contrato unilateral — a entrada de uma prestação correspondente na esfera da pessoa coletiva. Nessa

⁽⁵⁷⁹⁾ Sobre o conceito de legitimidade, *vide* o que se disse *supra*.

⁽⁵⁸⁰⁾ Cf. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, 264.

medida, as doações contrariam abertamente o escopo lucrativo das sociedades, estando excluídas da sua capacidade de gozo. A lição, que vinha sendo explicitada por insígnies civilistas ⁽⁵⁸¹⁾, acabou por obter consagração no artigo 6.º CSC. Depois de repetir, no seu n.º 1, que a “a capacidade das sociedades compreende os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu fim, excetuados aqueles que lhe sejam vedados por lei ou sejam inseparáveis da personalidade singular”, o n.º 2 explicita que “as liberalidades que possam ser consideradas usuais, segundo as circunstâncias da época e as condições da própria sociedade, não são havidas como contrárias ao fim desta”. Quer isto dizer, *a contrario*, que o artigo 6.º/2 conjugado com o artigo 6.º/1 CSC vem considerar que as liberalidades, em regra, estão excluídas da capacidade das sociedades, por contrariarem o seu fim.

O preceito chama-nos, porém, a atenção para a necessidade de contemplar o ato praticado pela sociedade na sua concretude e não apenas ao nível categorial. Nem por isso somos contrariados na interpretação que vimos fazendo do princípio da especialidade do fim. Na verdade, ao nível da realização concreta do direito, somos instados a relevar adequadamente todas as particularidades do caso concreto e não apenas os seus elementos típicos. Assim sendo, há que olhar para cada ato como único e específico para concluir se ele se integra ou não na categoria de atos a que abstratamente pertence.

Ora, pode suceder que um ato integrado, em abstrato, numa categoria se veja, em concreto, excluído por a sua intencionalidade problemática ser díspar da que predica aquela. Pensemos, por exemplo, numa compra e venda celebrada por uma sociedade comercial a um preço reduzidíssimo com a intenção de beneficiar a contraparte. O reverso desta exclusão é a sua inclusão na categoria das liberalidades, o que determinará a falta de capacidade da pessoa coletiva e, portanto, a nulidade do negócio.

A este propósito, Cassiano dos Santos sustenta que haverá que temperar o princípio da especialidade do fim com o princípio da proteção da confiança de terceiros. Assim sendo, em nome dessa confiança e segundo a posição do comercialista, não podemos considerar que um ato em abstrato integrado na capacidade de gozo de uma pessoa

⁽⁵⁸¹⁾ Cf. Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, 112 s.; Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 320.

coletiva possa depois vir a ser dela excluído e, portanto, considerado nulo ⁽⁵⁸²⁾. Há, contudo, exceções: sempre que não haja razões para proteger a confiança da contraparte, podemos olhar para a finalidade em concreto do ato e ajuizar de acordo com o ato em si e não de acordo com a sua categoria abstrata ⁽⁵⁸³⁾. São os casos em que o terceiro conhecia ou devia conhecer que o ato é contrário ao fim da pessoa coletiva ou os casos em que o terceiro mantém com ela uma relação especial ⁽⁵⁸⁴⁾.

Não cremos, porém, que esta interpretação possa prevalecer. Na verdade, embora os autores chamem a atenção para o facto de o princípio da especialidade do fim poder abalar a confiança de terceiros que entrem numa relação contratual com a sociedade, o certo é que, ao consagrá-lo, o legislador ponderou o conflito entre os valores em diálogo e resolveu-o num determinado sentido, dando prevalência à salvaguarda do fim.

Do mesmo modo, é possível que um ato em abstrato excluído da capacidade de gozo da pessoa coletiva venha a ser integrado nesse âmbito de poderes subjetivos, por se considerar que, em concreto, não faz parte da categoria negocial que ultrapassa a especialidade do fim. Há, de facto, algumas doações que não são tidas, para este efeito, como verdadeiras liberalidades. O artigo 940.º/2 CC diz expressamente que não há doação nos donativos conformes aos usos sociais; e o artigo 6.º/2 CSC dispõe que “as liberalidades que possam ser consideradas como usuais, segundo as circunstâncias da época e as condições da própria sociedade, não são havidas como contrárias ao fim desta”. A leitura do preceito à luz do que estabelece o diploma mãe em matéria de direito civil mostra-nos que, mais do que prescindir da consideração de categorias de atos, o que está em causa é saber se o ato concreto — com as suas idiossincrasias — se integra ou não na categoria a que abstratamente pertence. Assim,

⁽⁵⁸²⁾ Cassiano dos SANTOS, *Estrutura associativa e participação societária capitalística*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, 245-257 e 275-300; Id., *A capacidade de gozo das sociedades: o art. 6.º do CSC*, texto policopiado de apoio às aulas de Direito Comercial II, na FDUC, 2013.

⁽⁵⁸³⁾ Cassiano dos SANTOS, *Estrutura associativa e participação societária capitalística*, 245 s.; ID., *A capacidade de gozo das sociedades: o art. 6.º do CSC*, texto policopiado de apoio às aulas de Direito Comercial II, na FDUC, 2013.

⁽⁵⁸⁴⁾ Cassiano dos Santos, *Estrutura associativa e participação societária capitalística*, 245 s.; ID., *A capacidade de gozo das sociedades: o art. 6.º do CSC*, texto policopiado de apoio às aulas de Direito Comercial II, na FDUC, 2013.

a sociedade comercial poderá fazer doações remuneratórias, praticar atos de beneficência, conceder bolsas de estudo, etc. ⁽⁵⁸⁵⁾ ⁽⁵⁸⁶⁾.

A tentativa de interpretação do artigo 6.º CSC à luz do artigo 9.º da *Primeira Diretiva Comunitária sobre Sociedades Comerciais*, flexibilizando ao máximo a ideia de especialidade do fim, protagonizada por alguns autores ⁽⁵⁸⁷⁾, não nos conduz a soluções diversas. Na verdade, o n.º 1 do referido preceito dispõe que “a sociedade vincula-se perante terceiros pelos atos realizados pelos seus órgãos, mesmo se tais forem alheios ao seu objeto social, a não ser que esses atos excedam os poderes que a lei atribui ou permite atribuir a esses órgãos”. Ora, não só o fim das sociedades comerciais — a obtenção do lucro — não se confunde com o objeto social, como o artigo 6.º/4

⁽⁵⁸⁵⁾ Cf. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 320, n. 370. Cf., também, Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português* I/III, 597; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 677, falando, embora numa perspectiva que sabemos ser diversa, do estatuto do mecenato como forma de atrair certas doações.

⁽⁵⁸⁶⁾ Importa a este ensejo considerar, igualmente, o artigo 6.º/3 CSC, que dispõe que as sociedades comerciais não têm capacidade para prestar garantias reais ou pessoais a dívidas de outras entidades, salvo se existir um justificado interesse próprio da sociedade garante ou se se tratar de uma sociedade em relação de domínio ou de grupo. No fundo, articulado com o n.º 1 do artigo 6.º CSC, o artigo 6.º/3 CSC vem dizer-nos que a prestação de garantias, em abstrato integradas na categoria das liberalidades (por referência à pessoa garantida), não deve ser vista como tal em dadas circunstâncias.

Sobre o ponto, cf. Pedro de Albuquerque, “Da prestação de garantias por sociedades comerciais a dívidas de outras entidades”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 57/I, 1997, 69-147; Pedro de ALBUQUERQUE, “A vinculação das sociedades comerciais por garantia de dívidas de terceiros”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 55/III, 1995, 689-711; C. Osório de CASTRO, “Da prestação de garantias por sociedades a dívidas de outras entidades”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 56/II, 1996, 565-593; C. Osório de CASTRO, “De novo sobre a prestação de garantias por sociedades a dívidas de outras entidades”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 58/II, 1998, 823-858; L. Brito CORREIA, “Parecer sobre a capacidade de gozo das sociedades anónimas e os poderes dos seus administradores”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 57/II, 1997, 739-776; Carvalho FERNANDES/Pitta e CUNHA, “Assunção de dívida alheia. Capacidade de gozo das sociedades anónimas. Qualificação de negócio jurídico”, 693-719; Henrique MESQUITA, “Parecer (sobre a capacidade das pessoas coletivas)”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 57/II, 1997, 721-737; Soveral MARTINS, “Da personalidade e capacidade jurídica das sociedades comerciais”, *Estudos de direito das sociedades* (coord. Coutinho de Abreu), 12.ª edição, 2015, 95-128.

⁽⁵⁸⁷⁾ Cf. Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 172.

CSC parece consagrar a mesmíssima solução, que em nada contraria o disposto no n.º 1 e 2 da mesma norma.

d. Fim e objeto: a diferente relevância. O caso particular das associações e fundações

Decorre do que ficou dito no ponto expositivo anterior que o objeto social não é um critério de delimitação da capacidade de gozo das sociedades comerciais ⁽⁵⁸⁸⁾. O desvio ao fim estabelecido no contrato social, pese embora possa acarretar consequências jurídicas, não afeta a capacidade negocial daquelas. Esta cisão compreende-se no quadro da modalidade de pessoas coletivas em causa, relativamente às quais se pode autonomizar um escopo lucrativo. Ela torna-se, contudo, problemática no contexto de outras pessoas coletivas. Pensamos, designadamente, nas fundações e nas associações de fim desinteressado ou interessado ideal ou económico não lucrativo.

A questão da capacidade de gozo que temos vindo a acompanhar há de, portanto, ser analisada por referência a cada uma das categorias de pessoas coletivas com que, de acordo com a tipificação do ordenamento jurídico, nos podemos confrontar.

No tocante às fundações, sabemos que o fim há de ser um interesse social. Ora, esse fim, embora possa ser nomeado em termos amplos para qualquer fundação, integra o objeto fundacional. O que se exige é que o objeto a que a fundação se dirige possa reputar-se de interesse social. A este propósito, Pedro Pais de Vasconcelos esclarece que “fim e objeto social não devem ser desintegrados: o objeto constitui uma precisão do fim” ⁽⁵⁸⁹⁾. Não concordamos inteiramente com a posição do autor. Em primeiro lugar, não cremos que o problema possa ser analisado em termos generalizantes, pois, como se referiu *supra*, no caso das sociedades, é viável a cisão. Em segundo lugar, pensando nas fundações, o objeto não constitui uma precisão do fim; ao invés, o fim traduz-se na prossecução daquele objeto e este

⁽⁵⁸⁸⁾ Cf. Henrique MESQUITA, “Parecer (sobre a capacidade das pessoas coletivas)”, 731, considerando que o objeto social não limita a capacidade das pessoas coletivas.

Veja-se, porém, Pinto Furtado, *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2009, cap. II, considerando que a capacidade das sociedades comerciais está limitada pelo seu objeto, tanto mais que é este que consta obrigatoriamente do contrato social e não a referência ao lucro.

⁽⁵⁸⁹⁾ Pais de Vasconcelos/Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 175.

deve revestir necessariamente interesse social ⁽⁵⁹⁰⁾. Objeto e objetivo tornam-se incindíveis. A ser assim, as fundações só titulam os direitos e obrigações que sejam necessárias ou convenientes à prossecução do seu fim, isto é, do seu objeto fundacional. E o mesmo se pode dizer em relação às associações: quer tenham um fim desinteressado/altruístico, quer tenham um fim interessado ideal, quer tenham um fim económico não lucrativo, o paralelo com as fundações é evidente. O objeto surge simbioticamente ligado ao objetivo.

Isto não quer, no entanto, dizer que o ato da pessoa coletiva não seja válido se ultrapassar os contornos do seu objeto imediato. Uma associação cujo objeto/fim é a promoção da literatura portuguesa pode explorar, de forma lucrativa, um bar, na medida em que tal se afigure como conveniente para a prossecução do seu escopo; uma associação pode adquirir valores mobiliários no mercado regulamentado ou não regulamentado, tanto quanto tal prática se mostre conveniente para o financiamento das atividades da própria pessoa coletiva. Do que se trata, portanto, não é de sindicar se o ato se integra no objeto/fim, sendo uma concretização dele, mas de indagar se o contraria ou não. E, desde que não o contrarie, deve ser considerado válido, independentemente de em concreto se mostrar adequado ou não. Dito de uma forma mais explícita, se a associação X, cujo objeto é a promoção do direito à vida em todas as suas formas, adquirir ações do Banco Y, como forma de financiamento das suas atividades, o negócio deve ser considerado válido, ainda que, em concreto, se mostre prejudicial. É que, embora a ligação entre o ato e a capacidade agora não seja categorial, mas sim funcional, nem a relação tem de ser direta (podendo ser meramente reflexa), nem o jurista tem de indagar da oportunidade da atuação da pessoa coletiva.

⁽⁵⁹⁰⁾ Também não concordamos com as conclusões a que o autor chega. Considerando o problema em geral e olhando para o artigo 6.º/4 CSC, que não limita a capacidade de gozo das pessoas coletivas pelo seu objeto, Pedro Pais de Vasconcelos sustenta que a mesma solução deve ser proposta para o caso das associações e das fundações. Ou seja, a sua capacidade não estaria limitada pelo objeto, pelo que, sendo este uma mera concretização do fim (e, portanto, não se distinguindo dele), não haveria limitação da capacidade de gozo pelo fim da pessoa coletiva. Na verdade, como decorre do exposto em texto, não é possível estabelecer uma analogia bastante entre as diversas modalidades de pessoas coletivas, uma vez que a disciplina normativa contida no artigo 6.º/4 CSC só é perceptível — aliás, em conjugação com os números 1, 2 e 3 do mesmo artigo — por referência a uma pessoa coletiva cujo fim se autonomiza do objeto.

A nulidade do ato, contudo, avultará se essa mesma associação promover uma campanha a favor do aborto, por contrariar abertamente o seu escopo. Avulta, então, o princípio da especialidade do fim, pela manifesta contrariedade com o substrato que foi personificado. Também haverá contrariedade ao fim naquelas situações em que a associação efetua uma doação a um dos membros da direção da associação. No fundo, a limitação pelo princípio da especialidade do fim deve ser entendida em termos negativos: a nulidade do ato emerge, quando há contrariedade dele com o fim/objeto. Não se tem de investigar a conexão positiva, isto é a oportunidade concreta do ato. Afastar-se-á a validade do ato apenas naquelas situações em que o ato é totalmente estranho (não está ao serviço do objeto da pessoa coletiva, antes dificultando a prossecução do interesse coletivo que esteve na base da sua constituição) ou é abertamente contrário ao objeto da pessoa coletiva ⁽⁵⁹¹⁾.

Não cremos, por isso, que tenham razão de ser os receios manifestados por Pedro Pais de Vasconcelos, quando afirma que “seria demasiado violento e gerador de excessiva insegurança considerar nulo, por exemplo, um contrato de trabalho celebrado por uma fundação com o seu trabalhador por vir a ser considerada a sua contratação desnecessária, inútil ou mesmo perniciosa à prossecução do fim social, ou o mesmo em relação ao seu despedimento, ou também a compra de material de escritório, ou a contratação de um financiamento, ou ainda a entrega de donativos a beneficiários por pessoas coletivas, ou a concessão de bolsas de estudo ou a compra de obras de arte por fundações com fins culturais, ou a contratação de um Professor para uma Universidade” ⁽⁵⁹²⁾. Na verdade, o autor chama à colação este argumento para aduzir que não seria justo considerar que a capacidade de gozo das pessoas coletivas estaria limitada pelo princípio da especialidade do fim, impondo-se a nulidade do ato quando ele não se mostrasse necessário ou conveniente à prossecução do fim.

⁽⁵⁹¹⁾ Num outro contexto, Soveral Martins fala de atos estranhos ao objeto social, de atos contrários ao objeto social e de atos modificativos do objeto social. Cf. Soveral Martins, *Os poderes de representação dos administradores de sociedades anónimas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, 295 s.

Os atos modificativos seriam aqueles que implicam a substituição total ou parcial das atividades previstas por atividades não previstas no objeto da pessoa coletiva.

⁽⁵⁹²⁾ Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 176.

Simplemente, embora a conexão que agora se estabelece seja funcional, como referimos *supra*, o que está em causa não é a análise da oportunidade material do ato, mas a determinação da sua contrariedade (tendencialmente abstrata, embora colorida com notas de concretude bastante) ou não com o objeto/fim da pessoa coletiva ⁽⁵⁹³⁾.

7. A CAPACIDADE DE EXERCÍCIO DAS PESSOAS COLETIVAS

O problema da capacidade de exercício das pessoas coletivas tem sido tratado como um problema de natureza conceptual ⁽⁵⁹⁴⁾. A sua importância é, portanto, meramente teórica.

As pessoas coletivas, pela sua natureza, não podem agir por si mesmas. Carecem dos órgãos e dos titulares dos órgãos para poder atuar. Esta perceção suscitou a ideia de que as pessoas coletivas não teriam capacidade de exercício de direitos, sendo a sua incapacidade suprida pela representação (estatutária).

Consoante explica Pais de Vasconcelos, esta construção, derivada do monismo normativista, não faz sentido ⁽⁵⁹⁵⁾. Nas palavras do autor, “a personalidade jurídica, entendida como uma manifestação

⁽⁵⁹³⁾ A este propósito, veja-se, também, F. GOMES, *A inclusão dos contratos de swap na capacidade de gozo das sociedades comerciais*, Universidade Católica Portuguesa, 2014 (policopiado), considerando que, para resolver a questão da capacidade ou não de uma sociedade comercial para celebrar um contrato *swap*, se deve “aferir se o contrato de permuta financeira é equilibrado, especialmente o seu esboço matemático: o seu princípio operativo, pela forma como foi idealizado, deve permitir que a sociedade ganhe ou perca de acordo com o acerto ou falhanço das previsões que fundamentaram a sua intenção de celebrar um *swap*. Um contrato de *swap* que, dada a sua construção matemática, leve a sociedade a perder sempre ou a ganhar pouco e a perder muito não se inclui na capacidade de gozo dessa pessoa coletiva, uma vez que não se apresenta como necessário ou conveniente à prossecução de lucros”. No fundo, contra o que poderia ser sugerido por uma leitura apressada das páginas do autor, não cremos que a validade ou não — em termos de capacidade de gozo das pessoas coletivas — de um contrato *swap* possa passar pela análise da oportunidade dele. Daí que a posição do autor só faça sentido se com ela entendermos que certos desenhos dos contratos de *swap* os podem aproximar — em termos de analogia problematizante e judicativa — de um contrato gratuito, por dele não se conseguir extrair qualquer benefício para a pessoa coletiva, mas tão-só para a contraparte no negócio.

⁽⁵⁹⁴⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 315.

⁽⁵⁹⁵⁾ Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 160 s.

unitária abrangendo por igual as pessoas singulares e coletivas, comportaria, em ambos os casos, a dicotomia entre a capacidade de gozo e a capacidade de exercício. Pela sua semelhança com o regime da representação legal dos menores, a representação das pessoas coletivas pelos titulares dos seus órgãos foi assimilada à tutela” ⁽⁵⁹⁶⁾. Mas, “em rigor, esta equiparação não se justifica. A *ratio legis* da incapacidade de exercício das pessoas singulares não se verifica nas pessoas coletivas” ⁽⁵⁹⁷⁾.

Também Menezes Cordeiro considera que, por referência às pessoas coletivas, não faz sentido falar de uma incapacidade de exercício. Mas vai mais longe e aduz que, no direito das pessoas coletivas, “não faz sentido contrapor a capacidade de gozo à de exercício; há apenas capacidade” ⁽⁵⁹⁸⁾.

Para Mota Pinto, a posição negatória da capacidade de exercício das pessoas coletivas não está isenta de críticas, tudo dependendo da forma como se concebe a natureza do vínculo entre a pessoa coletiva e as pessoas singulares que agem em seu nome e no seu interesse. Ora, a partir do momento em que se conceba esse vínculo como um nexó de organicidade, então, em rigor, tem que se admitir que as pessoas coletivas têm capacidade de exercício, e, para Mota Pinto, o regime da responsabilidade civil extracontratual das pessoas coletivas não permite outra conceção ⁽⁵⁹⁹⁾.

8. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS COLETIVAS

Nos termos do artigo 165.º CC, as pessoas coletivas podem ser responsáveis civilmente pelos atos ou omissões dos seus representantes, agentes ou mandatários, nos mesmos termos em que os comitentes respondem pelos atos ou omissões dos seus comissários.

Pese embora o preceito único em matéria de responsabilidade civil das pessoas coletivas, a responsabilização destes entes não deve ser

⁽⁵⁹⁶⁾ Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 160.

⁽⁵⁹⁷⁾ Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 161.

⁽⁵⁹⁸⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português I/III*, 600; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 680.

⁽⁵⁹⁹⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 316 s.

compreendida de forma unívoca. Pelo contrário, devemos estar atentos à dicotomia que se estabelece entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual. As diferenças que analisámos *supra*, no plano estrutural, no plano funcional e no plano fundacional/axiológico, repercutem-se a este nível. De facto, se a responsabilidade contratual pode ainda ser vista como um modo de satisfazer por outra via o interesse do credor, justificando-se em nome da confiança normativizadas pela boa-fé e reforçada pela vinculatividade negocial, entende-se que o responsável seja sempre aquele que se obrigou negocialmente: ora, a partir do momento em que a pessoa coletiva é reconhecida capacidade jurídica, compreende-se que, podendo assumir a veste de devedora, possa ser responsabilizada em caso de não cumprimento (em sentido lato). O mesmo raciocínio não é possível por referência à responsabilidade extracontratual, cuja responsabilização conhecerá outro fundamento e outro regime.

Teremos, portanto, que analisar o problema da responsabilidade civil das pessoas coletivas em dois domínios diferentes.

8.1. A responsabilidade extracontratual das pessoas coletivas

Dispõe o artigo 165.º CC que as pessoas coletivas podem ser responsabilizadas pelos atos dos seus representantes, agentes ou mandatários, nos mesmos termos em que os comitentes respondem pelos atos ou omissões dos seus comissários. Remete-nos, portanto, o preceito para o artigo 500.º CC.

O artigo 500.º/1 CC prevê que “aquele que encarrega outrem de qualquer comissão responde, independentemente de culpa, pelos danos que o comissário causar, desde que sobre este recaia também a obrigação de indemnizar”, restringindo o n.º 2 do citado preceito a responsabilidade para as situações em que “o facto danoso for praticado pelo comissário, ainda que intencionalmente ou contra as instruções daquele, no exercício da função que lhe foi confiada”.

Muitas são as dúvidas patenteadas pelo regime. Desde logo, sendo certo que o artigo 500.º CC consagra uma hipótese de responsabilidade objetiva, os autores questionam se estaremos diante de uma verdadeira responsabilidade pelo risco ou perante uma forma de responsabilidade *garantia*, que visa acautelar o lesado contra o risco de insolvência do comissário. Fundamental, para que o comitente responda, é que a responsabilidade recaia em primeira linha sobre o comissário. Estando a causa a aplicação do artigo 500.º CC à responsabilidade das pessoas coletivas, basta que estar diante de um

dano causado por um representante, agente ou mandatário da pessoa coletiva, sem ser necessário indagar acerca da efetiva relação de comissão que se possa ou não ter estabelecido.

Por outro lado, exige-se que os danos tenham sido causados no exercício das funções que lhe foram confiadas. Segundo Menezes Cordeiro, “a ideia do legislador é a de delimitar o âmbito do risco que vai repercutir no comitente”. Ora, nem sempre se mostram coincidentes as respostas dos autores quanto à delimitação anunciada. Antunes Varela considera que há atuação no exercício das funções quando a comissão seja causa adequada ou idónea do facto ilícito perpetrado pelo comissário. Importante é que o ato seja praticado no quadro geral de competência deste último, uma vez que, fora dele, a lesão ocorrida deixa de ser previsível, não devendo o comitente responder por ela ⁽⁶⁰⁰⁾.

⁽⁶⁰⁰⁾ Cf. Antunes VARELA, *Das Obrigações*, I, 536 s. No mesmo sentido, cf. Pedro Nunes de CARVALHO, “A responsabilidade do comitente”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 48, 1988, 85 s. Porque “o comitente só será chamado à responsabilidade nos casos em que o ato praticado pelo comissário tenha determinado nexos causais com a comissão”, coloca-se o problema de saber como é que ele há de ser estabelecido. Em resposta ao quesito, o autor aduz que “não basta que haja uma mera conexão temporal ou local com a função”, sendo necessário que o ato seja praticado no exercício dela. Tal conexão há de ser suficiente e não ocasional, devendo interpretar-se a noção de acordo com o fundamento da responsabilidade do comitente, qual seja, a de se basear também no benefício que o comitente retira da atividade do comissário, não estando em debate uma mera responsabilidade pela garantia. Nessa medida, o autor sustenta que, quando o artigo 500.º/2 CC aponta para “a responsabilidade do comitente por atos praticados pelo comissário ainda que intencionalmente, deve entender-se que a referência aos atos danosos praticados intencionalmente pelo comissário no exercício da sua função se reporta apenas àqueles que sejam previsíveis (...) no quadro geral da função (teoria da causalidade adequada)”.

Cf., ainda, Mota PINTO, *Teoria Geral*, 321; Ribeiro de FARIA, *Direito das Obrigações*, I, 17-18, sustentando o que o nexo do facto ilícito com as funções do comissário deve ser interno, direto e causal; Antunes VARELA/Pires de LIMA, *Código Civil anotado*, vol. I, 4.ª edição, 1987, 509, falando de factos ilícitos praticados por ocasião do exercício das funções mas em que o exercício não constitui uma causa adequada.

Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, 407. A autora mostra-se cética da possibilidade de densificar a noção de “exercício de funções” com recurso a um critério causal. Para ela, “a principal dificuldade radica em que o uso de expressões habitualmente conotadas com um dos pressupostos da responsabilidade civil pode levar a equívocos terminológicos e conceituais”, confundindo-se o pressuposto comum da causalidade com

Por seu turno, Menezes Cordeiro e Menezes Leitão acabam por aderir a um posicionamento mais amplo, sustentando que basta que os danos sejam causados no exercício da função e não por causa dela ⁽⁶⁰¹⁾. Ora, tudo visto, cremos ser preferível sustentar, na esteira do entendimento mais restritivo, que a lesão deve ser vista como concretização do risco funcional, exigindo-se, por isso, a atuação no quadro geral de competência ou dos poderes conferidos ao comissário, com o que ficam excluídos os atos que não se inscrevem no esquema do exercício da função (que foi para o surgimento deles mera ocasião), embora se incluam os que se ligam àquela por um nexo meramente instrumental (designadamente nas hipóteses de abuso de funções) ⁽⁶⁰²⁾.

Fica vincado por esta via um sentido imputacional evidente. Mas, não obstante, não é possível falar-se aqui de um risco específico pelo qual o comitente há de responder. Como explica Maria da Graça Trigo, quando se afirma que ao comitente cabe suportar os riscos da comissão, está-se, no fundo, a sustentar que lhe cabe suportar as contingências resultantes de ter outras pessoas a atuar para si (teoria do alargamento das esferas de risco) e os perigos que a comissão acarreta. No entanto, “o facto de se utilizar o trabalho de um comissário pode aumentar, diminuir ou simplesmente manter inalterada a probabilidade do dano”. Basta pensar que frequentemente

um dos pressupostos específicos da responsabilidade do comitente. Apresentando o seu próprio critério (distinto, pois, da cisão entre *exercício das funções* e *por ocasião das funções*, a fazer apelo à ideia de que, neste último caso, o facto podia ter tido lugar independentemente daquelas), esclarece que a conexão causal adequada entre as funções do comissário e o facto danoso traduz-se fundamentalmente na verificação de um certo nível de probabilidade de que no decurso daquelas funções possa ocorrer um ato lesivo de terceiros, não andando por isso muito longe das soluções a que se chegam pelo denominado *Salmond Test* (o qual vem indagar se o ato se insere no âmbito dos atos autorizados pelo comitente, quer a autorização seja expressa, tácita ou mesmo aparente) — cf. p. 342 s.

⁽⁶⁰¹⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, II, *Direito das Obrigações*, tomo III, Almedina, 2010, 614; Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações* I, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, 369.

⁽⁶⁰²⁾ A lição é de Antunes VARELA, *Das obrigações*, 642, que aqui acompanhamos de perto. Note-se, porém, que não aderimos a uma conceção de causalidade entendida em termos de causalidade adequada. Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalista do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Princípia, 2013.

o dependente é escolhido pelo principal em função das suas competências profissionais, donde o risco até poderia diminuir. Acresce que, e continuando a acompanhar o seu estudo, a referência que se faz, em sede de responsabilidade do comitente, ao risco normal inerente ao negócio acaba por contrariar o simultâneo apelo ao aumento do risco ⁽⁶⁰³⁾. Ou, como adverte Antunes Varela, o simples apelo ao risco e benefício dele resultante não é bastante para justificar o regime legal, até porque “o comitente (...) não suporta definitivamente o peso da indemnização”, gozando, em princípio, de direito de regresso contra o comissário ⁽⁶⁰⁴⁾. Em causa estará, portanto, uma ideia de garantia ⁽⁶⁰⁵⁾ ou, e retomando a nossa taxonomia ⁽⁶⁰⁶⁾, uma ideia de responsabilidade pelo risco genérico, que surge paredes-meias com essa ideia de garantia ⁽⁶⁰⁷⁾.

O que se torna evidente, para lá de todas as dificuldades interpretativas, é que o artigo 500.º CC exige uma dupla imputação ⁽⁶⁰⁸⁾. Nas palavras de Carneiro da Frada, “a sua responsabilidade [do comitente] só se verifica se e na medida em que sobre o comissário

⁽⁶⁰³⁾ Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual*, 406 s.

A autora considera a possibilidade de se analisar o fundamento da hipótese resarcitória na ótica do risco da empresa. Não se identificando aqui o risco com o perigo para a integridade de coisas e pessoas, ele corresponde às consequências danosas que podem advir da atividade empresarial (cf. p. 410).

⁽⁶⁰⁴⁾ Antunes VARELA, *Das obrigações*, I, 645.

⁽⁶⁰⁵⁾ Segundo Antunes VARELA, *Das obrigações*, I, 646, “é mais justo que os efeitos da frequente insuficiência económica do património do comissário recaiam sobre o comitente, que o escolheu e o orientou na sua atuação, do que sobre o lesado, que apenas sofreu as consequências desta”. No mesmo sentido, cf. Menezes LEITÃO, *Das obrigações*, 366.

Em sentido diverso, considerando que não é possível falar aqui de uma ideia de garantia, cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado*, 617 s., porque a obrigação do comitente é principal e não secundária, porque, quando o comitente paga, há direito de regresso e não sub-rogação. No fundo, a ideia de garantia teria aqui sentido político-legislativo e não técnico. Para o autor, o que está em causa é uma forma de ilicitude imperfeita.

⁽⁶⁰⁶⁾ Mafalda Miranda BARBOSA, *Estudos a propósito da responsabilidade objetiva*, Princípiã, 2014, 129 s.

⁽⁶⁰⁷⁾ Para a consideração de outros autores que evidenciam as dificuldades de entender a responsabilidade do comitente como uma pura responsabilidade pelo risco, cf. Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 514; Rui de ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, 291-292.

⁽⁶⁰⁸⁾ Cf. M. Carneiro da FRADA, “A responsabilidade objetiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana”, *Direito e Justiça*, vol. XII, tomo I, 1998, 301.

recaia também a obrigação de indemnizar. Tal significa que para a responsabilidade do comitente surgir se torna necessária uma imputação primária do dano ao comissário, comprovada a qual é depois viável uma imputação secundária ou de segundo grau ao comitente” ⁽⁶⁰⁹⁾.

Entende-se que assim seja. Estamos, na verdade, no domínio extracontratual. Cada um é responsável pelas consequências da sua própria atuação e, quando imputável, pelas consequências da atuação de um terceiro que possa ser visto, com recurso a critérios específicos, como uma *longa manus* do sujeito (que assim se poderia qualificar como autor mediato ou instigador). Se alguém é chamado a responder independentemente de culpa pelo dano causado por um terceiro, o mínimo que se pode exigir é que esse terceiro — o comissário — seja, em primeira linha, responsável, atuando o comitente como um garante da solvabilidade e/ou respondendo pelo risco genérico de introduzir alguém na sua esfera de atuação, através da relação de comissão estabelecida.

Tudo visto, podemos tentar sistematizar os requisitos da responsabilização aquiliana das pessoas coletivas. Para que sejam obrigadas a indemnizar um terceiro, exige-se que

- a) o representante, o agente ou o mandatário da pessoa coletiva seja responsável. Significa isto que todos os pressupostos da responsabilidade civil têm de estar preenchidos por referência ao funcionário, agente, titular do órgão da pessoa coletiva;
- b) o ato danoso haja sido praticado pelo titular do órgão, agente ou mandatário no exercício das funções que lhe foram confiadas. Como referido anteriormente, a lesão deve ser vista como concretização do risco funcional, exigindo-se, por isso, a atuação no quadro geral de competência ou dos poderes conferidos agente, titular do órgão, mandatário, com o que ficam excluídos os atos que não se inscrevem no esquema do exercício da função (que foi para o surgimento deles mera ocasião), embora se incluam os que se ligam àquela por um nexo meramente instrumental (designadamente nas hipóteses de abuso de funções). Note-se, neste ensejo, que a responsabilidade se mantém ainda que o ato seja

⁽⁶⁰⁹⁾ M. Carneiro da FRADA, “A responsabilidade objetiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana”, 301.

praticado intencionalmente. Consoante, explicita Mota Pinto ⁽⁶¹⁰⁾, o ato doloso só deve responsabilizar a pessoa coletiva quando foi praticado no interesse pessoal do agente, sem qualquer conexão com os interesses da pessoa coletiva. Porém, deve ir-se mais longe — conforme também defende o autor — se, ao prosseguir interesses exclusivamente próprios, o agente se aproveita de uma imagem de credibilidade que a pessoa coletiva lhe transmite e que, verdadeiramente, permite a efetivação do ato ⁽⁶¹¹⁾.

Verificados estes dois requisitos, a pessoa coletiva responde ao lado da pessoa singular. A responsabilidade é solidária, podendo ser exercido, no quadro das relações internas, o direito de regresso, consoante o apuramento de culpas dos sujeitos envolvidos. Quer isto dizer que, uma vez paga a indemnização pela pessoa coletiva, ela pode exigir do agente, mandatário, titular do órgão o reembolso do que pagou, desde que haja culpa do agente. Se, pelo contrário, a indemnização tiver sido paga pelo titular do órgão, pelo agente, pelo mandatário, havendo culpa da pessoa coletiva no plano das relações internas, pode exigir-lhe o reembolso do que haja pago, a título de direito de regresso.

8.2. Responsabilidade contratual das pessoas coletivas

Contratualmente, a pessoa coletiva responde nos termos do artigo 800.º CC. O desenho estrutural do artigo 800.º CC é, então, absolutamente díspar. Desaparece, a este nível, a dupla imputação para se fazer responder o devedor pelos atos dos auxiliares que utilize no cumprimento da obrigação como se fossem os seus próprios atos. Como sublinha Carneiro da Frada, “a técnica da lei é distinta. O que ela faz é projetar logo a conduta do auxiliar na pessoa do devedor para verificar se desse modo o devedor incorreria ou não em responsabilidade” ⁽⁶¹²⁾. Trata-se do que o autor cunha por *teoria da ficção*, na medida em que “se ficciona o comportamento causador do dano na pessoa do devedor” ⁽⁶¹³⁾, consubstanciando, de acordo

⁽⁶¹⁰⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 324.

⁽⁶¹¹⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do direito civil*, 324.

⁽⁶¹²⁾ M. Carneiro da FRADA, “A responsabilidade objetiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana”, 301.

⁽⁶¹³⁾ M. Carneiro da FRADA, “A responsabilidade objetiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana”, 302; Id. *Contrato*,

com a lição de outros civilistas, uma verdadeira responsabilidade objetiva por ato alheio ⁽⁶¹⁴⁾.

Duas são as situações com que podemos ser confrontados: *a)* o devedor atua com culpa *in elegendo*, *in instruendo* ou *in vigilando*, devendo ser responsabilizado com base em culpa, para o que não seria necessário mobilizar o artigo 800.º CC ⁽⁶¹⁵⁾; *b)* o devedor não atua negligeramente, mas ocorre um dano por virtude da atuação do terceiro

210. Em sentido próximo, cf., ainda, Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade dos administradores*, 487.

⁽⁶¹⁴⁾ Cf. Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, II, 7.ª edição (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2001, 103. De acordo com Carneiro da Frada, não estaria em causa uma verdadeira responsabilidade objetiva. Segundo se pode ler no estudo citado do autor, “outro poderia ter sido o caminho do legislador. Em vez da descrita ficção, uma similar amplitude de responsabilidade teria sido obtida se se tivesse abertamente consignado uma responsabilidade objetiva pela utilização de terceiros no cumprimento do programa obrigacional. Se bem se reparar, sem ter então que «representar» uma responsabilidade por facto ilícito-culposo do devedor” — M. Carneiro da FRADA, “A responsabilidade objetiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana”, 303. Cf., também, M. Carneiro da FRADA, *Contrato*, 209 s.

Aderindo à chamada teoria da ficção, cf. Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual*, 249 s.

⁽⁶¹⁵⁾ De facto, nestas situações, o devedor não conseguiria ilidir a presunção de culpa contida no artigo 799.º CC, respondendo nos termos gerais da responsabilidade contratual. É que os deveres que vinculam o devedor não são só os deveres de prestação principal, mas todos aqueles que estão ao serviço da integral satisfação do interesse do credor e todos aqueles que estão ao serviço da incolumidade do património e da pessoa do credor. A culpa na escolha, na instrução e na vigilância do terceiro que é usado para o cumprimento da obrigação configura, portanto, um incumprimento culposo ou um cumprimento defeituoso culposo da prestação. Isto é, sendo imputável ao devedor, desencadear-se-ia a correspondente responsabilidade.

A este propósito convém vincar uma divergência na doutrina nacional. Enquanto alguns autores olham para o artigo 800.º no sentido de o preceito consagrar uma pura responsabilidade objetiva; outros entendem que as situações em que há culpa *in vigilando*, *in instruendo* ou *in elegendo* da parte do devedor também são assimiladas pela sua intencionalidade prático-normativa.

Daqui resulta, em termos de construção dos pressupostos de relevância do preceito, uma consequência importante. Assim, enquanto a maioria dos autores sustenta que a falta de culpa do auxiliar afasta a responsabilidade do devedor (cf. Vaz SERRA, “Responsabilidade do devedor pelos actos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 72, 1958, 280 s.; Pessoa JORGE, *Ensaio*, 143 s.). Em sentido contrário parece depor Carneiro da Frada, M. Carneiro da FRADA, “A responsabilidade objetiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana”, 303.

auxiliar, e ele continua a ser responsabilizado, *ex via* artigo 800.º CC ⁽⁶¹⁶⁾. O que divide a doutrina, a este ensejo, é saber se esta é uma responsabilidade objetiva por ato de terceiro ou uma direta responsabilidade do devedor.

Se a estrutura imputacional parece apontar no sentido da segunda alternativa, importa ponderá-la em função da intencionalidade normativa do preceito ⁽⁶¹⁷⁾. Em face de uma obrigação, em regra, o devedor não tem o poder de recusar uma prestação efetuada por um terceiro ⁽⁶¹⁸⁾. Por outro lado, aquele que está por ela vinculado até ao momento do cumprimento integral da prestação é sempre o devedor. O risco do não cumprimento da obrigação corre, por isso, por conta dele ⁽⁶¹⁹⁾. De acordo com o ensinamento de Vaz Serra, “o devedor

Para um aprofundado debate sobre a questão, cf. Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual*, 247 s.

Para a consideração de ordenamentos jurídicos onde se chega à solução da responsabilidade contratual por facto de outrem sem que haja um preceito análogo ao artigo 800.º CC, cf. René RODIÈRE, “Y a-t-il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui?”, *Recueil Dalloz*, Chr., 1952, 18 s.

⁽⁶¹⁶⁾ Veja-se, num sentido próximo, Ernst von CAEMMERER, “Verschulden von Erfüllungsgehilfen”, *Festschrift für Fritz Hauß*, Karlsruhe, 1978, 38 s. Para o autor, o devedor poderá ser responsável por culpa *in elegendo*, naquelas situações em que escolhe incorretamente o seu auxiliar (*v. g.*, escolhe uma pessoa que não tem as competências devidas ou é inimputável); caso o seu comportamento não seja culposos, então poderá continuar a ser responsabilizado, por via do § 278 BGB, desde que o terceiro auxiliar atue com culpa. A falta de culpa do auxiliar determina a exoneração da responsabilidade do devedor, já que a missão do § 278 não é ampliar a responsabilidade do devedor, mas torna-lo responsável como se tivesse sido ele próprio a atuar.

⁽⁶¹⁷⁾ Para além da chamada teoria da ficção, Carneiro da Frada indica outros tópicos para a fundamentação da responsabilidade do devedor pelos atos dos auxiliares: “se a utilização de auxiliares pelo devedor aumenta o seu raio de ação, potenciando os seus lucros, é também de elementar justiça que sobre ele recaiam os riscos correspondentes à sua atividade. É o devedor, aliás, quem os pode controlar melhor e, em qualquer caso, absorve-os com maior facilidade. Por isso também, como corresponsável desse risco da sua atividade, se compreende que ao credor esteja vedado interferir no programa de realização da prestação elaborado pelo devedor” — M. Carneiro da FRADA, “A responsabilidade objetiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana”, 303.

⁽⁶¹⁸⁾ Cf. artigos 767.º e 768.º CC, para fundamentar a afirmação, bem como para evidenciar as situações em que o credor pode opor-se à realização da prestação por um terceiro.

⁽⁶¹⁹⁾ Veja-se, porém, *supra* a questão de saber se se deve ou não exigir a culpa do devedor, que se presumiria nos termos do artigo 799.º CC. Sobre o ponto, cf. Karl LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeine Teil*, München, 1979,

responde por todos aqueles que deixou penetrar no seu domínio de atividade ou que admitiu a colaborar consigo de maneira mais ou menos permanente ou mais ou menos completa na execução das suas obrigações” ⁽⁶²⁰⁾. Entende-se que assim seja. Na verdade, se o devedor não fosse chamado a responder independentemente de culpa própria, ele encontraria um expediente simples para excluir a sua responsabilidade. Bastaria, para tanto, que chamasse um terceiro para efetuar a prestação, o que, inclusivamente, poderia abrir a porta a abusos evidentes ⁽⁶²¹⁾. No fundo, intervindo aqui uma ideia de confiança, o devedor responde independentemente de culpa sua pelos danos que ocorram. Simplesmente, não se verifica a dupla imputação a que somos conduzidos por via do artigo 500.º CC. E não se verifica porque o contrato que alicerça a responsabilidade define, *a priori*, o obrigado e, portanto, o responsável em caso de incumprimento (em sentido amplo). O que o artigo 800.º vem esclarecer é que a imputação dos danos ao devedor não se perde pelo simples facto de ele ter utilizado um terceiro, seu auxiliar ⁽⁶²²⁾, no cumprimento da obrigação. Nessa medida, ainda que objetivada, a

292 s. No ordenamento jurídico alemão, cf., ainda, Berthold KUPISCH, “Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278)”, *JuS*, 1983, 817 s.

V., ainda e novamente, Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual*, 251 s., dando conta da posição de Oertmann, que preconizaria a *ficção de existência de uma obrigação própria do auxiliar*, pelo que a ilicitude e a culpa teriam de se referir a essa pessoa, donde o auxiliar teria de ser imputável e não poderia ocorrer, em relação a ele, qualquer causa de exclusão da culpa; e da ideia de *ficção de que não teria sido o auxiliar a atuar, mas sim o devedor*, pelo que a questão da culpa se apuraria determinando se uma atuação correspondente do próprio devedor seria ou não culposa. Assim, se o devedor, em caso de comportamento equivalente, fosse imputável e não se verificassem causas de exclusão da culpa, haveria responsabilidade.

⁽⁶²⁰⁾ A. Vaz SERRA, “Responsabilidade do devedor pelos actos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos”, 273 s.

V., igualmente, Pessoa JORGE, *Ensaio*, 149, considerando que o artigo 800.º vem impedir que o devedor invoque a inexecução da obrigação imputável ao auxiliar e determinar que ele continua sujeito à sua obrigação inicial e à correlativa responsabilidade.

⁽⁶²¹⁾ Cf. A. Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas*, 284 s.

⁽⁶²²⁾ Os autores têm sublinhado que estes auxiliares podem ser, indiferentemente e para efeitos da mobilização do regime do artigo 800.º CC, auxiliares dependentes ou independentes. Nesse sentido, cf. Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas*, 287 s.; Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores*, 487, n. 61; Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual*,

responsabilidade há de configurar-se como uma responsabilidade direta do devedor ⁽⁶²³⁾. Em rigor, aliás, a ideia de controlo da atuação do auxiliar pelo devedor como justificativa da disciplina normativa contida no artigo 800.º CC, aproximando a solução da plasmada no artigo 500.º CC, perde-se por completo se tivermos em conta os representantes legais, por cujos atos também responde o património do devedor ⁽⁶²⁴⁾. Aproximamo-nos, assim, dos autores que sublinham

242 s.; Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, *Revista de Direito e Economia*, ano XV, 82 s.

A este propósito, *v.*, igualmente, o problema enunciado por Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, 92: até que ponto se integra a atividade de um terceiro na previsão do artigo 800.º/1 CC? Em causa está, por exemplo, a determinação da eventual responsabilidade do devedor pela atividade dos correios ou dos caminhos-de-ferro, que utiliza para enviar a coisa objeto da prestação ao credor. De acordo com o ensinamento da doutrina alemão, referida por Maria Victória Rocha, haveria exclusão da responsabilidade quando a atuação da empresa fosse monopolista. Mais esclarece que o § 287 BGB não é fonte de imputação de novos deveres. Cremos que o caráter monopolista ou não da atuação do terceiro não é significativo para a resolução da questão concretamente considerada. Na verdade, a solução para o problema há-de passar aos nossos olhos pela determinação do âmbito da obrigação a que se vinculou o devedor. Só a análise desse âmbito será de molde, em harmonia com a ideia de que o § 287 BGB não é fonte de novos deveres (e, portanto, com a ideia de que o artigo 800.º CC não é, também, fonte de novos deveres), a esclarecer o decidente no caso concreto.

⁽⁶²³⁾ Para um elenco das possíveis justificações que vão sendo avançadas para a solução contida no artigo 800.º CC, cf. Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, 81: necessidades práticas económico-sociais que se manifestam na necessidade de responderem pelos riscos da atividade aqueles que dela tiram proveitos; garantia contra a eventual insolvência dos auxiliares; extraneidade do credor relativamente à escolha dos auxiliares; presunção de culpa *in viligando* ou *in elegendo*; poder de prevenção do perigo; exigência de uma garantia tacitamente prestada pelo devedor ao credor.

Para um elenco de outros possíveis fundamentos, cf. Pedro MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”, 208 s.: ideia de confiança; ideia de responsabilidade pelo próprio círculo de vida; benefício que o devedor terá ao alargar as suas possibilidades de ação (e, assim, de lucro); necessidade funcional do tráfico negocial. O autor mostra-se crítico de todas estas justificações.

V., igualmente, Ernst von CAEMMERER, “Verschulden von Erfüllungsgehilfen”, 39 s.; Karl LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 297 s.

⁽⁶²⁴⁾ Repare-se que Maria Victória Rocha explicita que, no tocante à responsabilidade do devedor pelos atos dos representantes legais, se os efeitos da atuação destes se projetam na esfera do incapaz, é justo que seja o património dele a suportar

que a intencionalidade do preceito não é alargar o âmbito da responsabilidade do devedor, fazendo-o assumir o risco de utilização de auxiliares. Na verdade, do que se trata é de fazer o devedor responder como se fosse ele próprio a atuar ⁽⁶²⁵⁾.

A intencionalidade normativa que foi encontrada para o artigo 800.º CC — responsabilização direta do devedor, por ser ele o obrigado perante o credor, tratando-se o ato do auxiliar como um ato dele próprio — tem consequências ao nível da definição dos pressupostos de mobilização do regime. Os autores costumam, a este propósito, apontar quatro requisitos para a procedência de uma pretensão indemnizatória fundada no artigo 800.º CC: a existência de uma obrigação; a relação entre o devedor e o terceiro utilizado no cumprimento; a atuação do terceiro no cumprimento ⁽⁶²⁶⁾; e a atuação do auxiliar ⁽⁶²⁷⁾.

Ora, qualquer um destes pressupostos tem de ser densificado à luz do recorte intencional anteriormente desenhado. Por isso, embora a lei não indique expressamente que a atuação do auxiliar tem de ocorrer no cumprimento da obrigação, a doutrina tem reforçado tal

as consequências dessa atuação. V. Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, 79, n. 131.

Sobre a questão dos representantes legais, cf. Kurt BALLERSTEDT, “Zur Haftung für Culpā in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 151, 1950/1, 501 s.

⁽⁶²⁵⁾ Cf. Ernst von CAEMMERER, “Verschulden von Erfüllungsgehilfen”, 39.

V., igualmente, Vaz SERRA, “Responsabilidade do devedor pelos actos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos”, 269 s.

⁽⁶²⁶⁾ Segundo a maioria da doutrina, não se aplica, então, o artigo 800.º nos casos em que não está em causa o auxílio ao cumprimento, ou seja, nos casos em que os danos foram causados por terceiros a quem o devedor facultou o uso ou gozo da coisa pertencente ao credor. Neste caso, aplicar-se-ia o artigo 1044.º CC. Cf. Antunes VARELA, *Das obrigações*, II, 103, n. 2; M. Carneiro da FRADA, *Contrato*, 217. Em sentido contrário, Pedro MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”, 206, considerando que o artigo 1044.º é uma concretização do artigo 800.º CC.

Note-se que, nestas situações, estar-se-á, de facto, diante de uma hipótese de responsabilidade contratual. Basta pensar que entre os deveres de protecção resultantes do contrato, por via da boa fé, se inscreva o dever de salvaguarda da propriedade alheia. A aplicação ou não do artigo 1044.º para além das hipóteses de locação ficará dependente de se poder ou não reconduzir a lesão verificada ao núcleo de relevância obrigacional.

⁽⁶²⁷⁾ Cf. Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, 83 s.; Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual*, 241 s.

entendimento, afirmando que o devedor apenas é responsável pelos atos praticados no cumprimento das obrigações e não pelos atos praticados por ocasião do cumprimento ou com relação indireta com o mesmo ⁽⁶²⁸⁾. Estamos em crer, no entanto, que não podemos estabelecer, aqui, o paralelo com os problemas patenteados pelo artigo 500.º CC. Na verdade, se diante da necessidade de densificar o conceito de *exercício das funções*, o jurista se confronta com dificuldades imputacionais evidentes, ao nível do artigo 800.º CC somos desonerados da tarefa na medida em que a responsabilidade é baliçada, *a priori*, pelos deveres que entretencem a relação obrigacional. Por isso, o nódulo problemático agigantar-se-á não diante da violação dos deveres de prestação, mas diante da violação dos deveres acessórios e dos deveres de conduta ⁽⁶²⁹⁾ ⁽⁶³⁰⁾.

Também o pressuposto da culpa deve ser compreendido a esta luz. Se a responsabilidade do terceiro auxiliar é tida como responsabilidade

⁽⁶²⁸⁾ Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual*, 241 s.; Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, 94; M. Carneiro da FRADA, *Contrato*, 251.

⁽⁶²⁹⁾ De notar, porém, que a dificuldade ultrapassa o âmbito de relevância do artigo 800.º CC. Na verdade, este problema surge paredes-meias com aquele outro que passa por saber se, mesmo quando a atuação é própria do devedor, a violação de deveres de conduta origina responsabilidade contratual ou não.

Sobre o ponto, cf. Carneiro da FRADA, *Contrato*, onde o autor defende a existência de uma terceira via de responsabilidade civil. Veja-se, também, Mafalda Miranda BARBOSA, “O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de carácter metodológico — algumas reflexões” e *Liberdade versus responsabilidade*.

A este propósito, *v.*, igualmente, Carneiro da FRADA, *Contrato*, 154 s. e 169 s., considerando que o dano produzido por ocasião do cumprimento é um risco não típico e sensivelmente agravado pela entrada numa relação contratual. No fundo, embora o autor não reconduza todos os deveres de conduta à relação contratual, importa sublinhar que é ainda a economia negocial traçada pelas partes que permite solucionar o problema que temos em mãos.

⁽⁶³⁰⁾ Sobre o ponto, cf. Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, 93, considerando que a expressão *no cumprimento* deve ser entendida como abrangendo a relação obrigacional no sentido de relação obrigacional complexa. No tocante aos deveres acessórios de conduta, a autora esclarece que a jurisprudência alemã parte do critério da existência ou não de uma conexão íntima entre a atividade danosa e a tarefa de que o auxiliar foi encarregado pelo devedor, tornando-se, por isso, necessário que haja uma interferência do terceiro nos bens do credor em virtude da especial relação de confiança entre credor e devedor. A autora acaba por fazer apelo a uma ideia de causalidade adequada a este nível.

do próprio devedor, então deve entender-se que, uma vez excluída a culpa do primeiro, se exclui concomitantemente a responsabilidade do segundo ⁽⁶³¹⁾ ⁽⁶³²⁾.

Duas notas se impõem a este ensejo.

Em primeiro lugar, chamamos a atenção para a improcedência do critério da causalidade adequada, em geral, e em particular. Em segundo lugar, importa esclarecer que o sentido imputacional que se procura delinear há-de ser encontrado por referência à obrigação que o devedor assumiu. No fundo, o exercício que se terá de levar a cabo passa por questionar se, atuando daquela forma, o devedor seria ou não responsabilizado, por via da responsabilidade contratual.

Sobre o ponto, cf., ainda, Pedro MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”, 204 s. O autor considera que devemos questionar, no tocante aos casos em que existe a violação de deveres de proteção, por ocasião do cumprimento, “se tivesse o ato sido praticado pelo devedor, ele responderia obrigacionalmente? Se sim, responde também agora pelo seu auxiliar. E não se diga que assim dispara o risco de responsabilidade para o devedor (...). O critério, seguido pela doutrina maioritária, dos *interesses ligados à relação contratual*, para determinar o quadro dos atos do auxiliar por que o devedor responderia, iria excluir a responsabilidade do relojoeiro cujo aprendiz partisse um relógio, atirando-o, em fúria, à cabeça do seu mestre, quando é patente que sem a relação contratual nunca o aprendiz teria a possibilidade de tocar no relógio, quanto mais de parti-lo”. Concordamos com a solução patenteada pelo autor. Divergimos, contudo, nas conclusões a que chega. Na verdade, Pedro Múrias, considerando não estar aqui a violação de um dever contratualmente assumido, entende que estamos diante de uma responsabilidade que se funda num dever genérico de respeito pelos direitos absolutos, razão bastante para o autor não conseguir, em termos normativo-intencionais, distanciar o artigo 800.º, que aqui chama à colação, do artigo 500.º CC. Dá, portanto, um passo em frente no sentido da defesa de uma posição monista em matéria de modalidades ressarcitórias. Pelo contrário, consideramos que o relojoeiro do exemplo de escola, ao assumir a obrigação principal de reparação do relógio, assume também o dever de guarda da coisa, pelo que responderá ao nível obrigacional pelo dano que ocorreu.

⁽⁶³¹⁾ Neste sentido, cf. Antunes VARELA, *Das obrigações*, II, 103 s.

Ressalvam-se, contudo, as hipóteses em que o devedor agiu com culpa, na escolha do auxiliar.

Para outros entendimentos acerca do problema, *vide*, novamente, Carneiro da FRADA, “A responsabilidade objetiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana”, 303; Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, 97 s.; Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual*, 246 s. (questionando, designadamente, como poderemos aferir a culpa do auxiliar se ele não está vinculado por nenhuma obrigação).

⁽⁶³²⁾ Outros problemas são também abordados pela doutrina a este nível. Assim, por exemplo, tem-se colocado a questão de saber se podem ser equiparados aos auxiliares as máquinas, quando o erro em que incorrem não se traduza num erro

Quer isto dizer — com o caráter necessariamente sincopado que estas considerações denotam — que será o âmbito da obrigação previamente assumida pelo devedor que demarcará o âmbito da responsabilidade do devedor por via do artigo 800.º CC, pelo que se pode afirmar que imprescindível a este nível é que haja uma obrigação em sentido técnico, sem a qual, aliás, não existiria sequer um devedor.

Transpostas estas considerações para o âmbito da responsabilidade das pessoas coletivas, encontramos os pressupostos da responsabilização destas:

- a) Existência de uma obrigação em sentido técnico de que a pessoa coletiva é devedora. Para tanto é necessário que a obrigação tenha sido assumida por aquele ou aqueles que têm poderes para vincular a pessoa coletiva.
- b) Verificação de uma situação de incumprimento em sentido amplo (incumprimento definitivo, cumprimento defeituoso, mora ou violação positiva do contrato).
- c) Culpa do devedor, que se presume, nos termos do artigo 799.º CC. Esta culpa, no caso das pessoas coletivas, deve ser compreendida como culpa do titular do órgão, do agente ou mandatário da pessoa coletiva. Ela responde ainda se lançar mão de auxiliares independentes, que atuem por sua conta no cumprimento das obrigações a que se vinculou.

8.3. Outros problemas de responsabilidade

Para além da inequívoca afirmação da responsabilidade civil (contratual e extracontratual) das pessoas coletivas, outros são os problemas relativos à dogmática ressarcitória que se colocam a propósito das pessoas coletivas. Não trataremos de forma exaustiva estes

de programação. Sobre o ponto, cf. Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, 82 s.

Também se indaga em que medida a escolha do terceiro feita pelo credor pode ter consequências ao nível da exclusão da responsabilidade do devedor. Sobre o ponto, cf. Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, 88 s. Sublinha a autora que, se o terceiro surge como um colaborador do credor, exclui-se a responsabilidade do devedor. O mesmo não sucederá se o terceiro for escolhido entre os colaboradores do devedor. *Vide*, igualmente, Vaz SERRA, “Responsabilidade do devedor pelos actos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos”, 267 s.

problemas, limitando-nos a enuncia-los. Acresce que, porque as sociedades (comerciais) são preferencialmente estudadas ao nível do direito comercial, restringiremos esta enunciação às associações, domínio relativamente ao qual não são raras as vozes que depõem no sentido da necessidade de se rever o Código Civil ⁽⁶³³⁾. Muitos são, de facto, os problemas que a doutrina e a jurisprudência têm enfrentado a propósito do funcionamento das associações. Alguns desses problemas dizem diretamente respeito à responsabilidade civil: podem os titulares dos órgãos sociais ser responsabilizados perante a associação, os associados e terceiros, em geral?; podem os associados ser responsabilizados em casos de abuso de constituição da associação?

No que respeita à responsabilização dos titulares dos órgãos sociais perante a associação, os associados e os terceiros em geral, muitas são as dúvidas que se concitam. Apenas a responsabilidade em face da associação está expressamente prevista, seguindo os termos do mandato. No que respeita à responsabilização em face dos associados e dos terceiros em geral, parte da doutrina vem defendendo a possibilidade de aplicação analógica dos artigos 78.º e 79.º CSC.

Mas, ainda que esta solução possa ser aceite — o que implicará o confronto entre o âmbito de relevância e a intencionalidade dos regimes e a natureza e modo de ser da associação —, nem por isso ficam resolvidos todos os problemas. Na verdade, há que questionar qual ou quais as modalidades de responsabilidade civil concretamente em causa, e como se devem densificar os pressupostos de cada uma delas, por referência ao caso concreto. Ilícitude, culpa e causalidade devem tornar a equacionar-se a este nível. Para tanto, é fundamental não só ter em conta os princípios norteadores da responsabilidade civil, como também a experiência de direito comparado, a apontar, por exemplo, para uma diferenciação, no tocante ao critério de aferição da culpa, consoante o titular do órgão social aja em termos gratuitos ou não ⁽⁶³⁴⁾.

⁽⁶³³⁾ Cf., nesse sentido, Paulo HENRIQUES, “O regime geral das associações”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 294; Paulo HENRIQUES, “O regime geral das associações”, *Direito de associação — o controlo da legalidade*, CEJ, 2018, 160 s.; Filipa Morais ANTUNES, “O governo das associações”, *Direito de associação — o controlo da legalidade*, CEJ, 2018, 95 s.

⁽⁶³⁴⁾ Cf. Filipa Morais ANTUNES, “O governo das associações”, 135.

Paralelamente a esta questão, surge também como particularmente interessante a problematização da própria responsabilidade por dívidas da associação. Não existindo nenhuma norma no Código Civil que afaste essa responsabilidade, ela parece resultar quer do princípio da separação patrimonial, que decorre da personalização do ente coletivo, quer, *a contrario*, da disciplina das associações sem personalidade jurídica e das comissões especiais. Contudo, pode ser interessante refletir sobre a questão, tendo em conta a possibilidade de, em certo tipo de sociedades, os sócios serem diretamente responsáveis perante os credores pelas dívidas da sociedade. Cremos que há diferenças significativas entre as duas modalidades de pessoas coletivas que justifiquem a clivagem. Mas estamos igualmente certos de que, ainda que incidentalmente, há razões para ponderar seriamente o tópico.

Finalmente, porque a personalidade coletiva pode ser mobilizada de forma abusiva, para prosseguir fins que se situam longe do fim coletivo que integra ou deveria integrar o seu substrato, há de colocar-se o problema de uma eventual responsabilidade dos associados pelo abuso da constituição da associação ⁽⁶³⁵⁾. O problema assim enunciado anda paredes-meias com a questão de saber se o instituto da desconsideração da personalidade coletiva se pode ou não aplicar às associações ⁽⁶³⁶⁾, e implica, a ser positiva resposta à indagação prévia, a determinação dos contornos dessa mesma responsabilidade.

Refira-se, igualmente, que hoje se vem questionando o que é conhecido por culpa de organização. Constata-se que o sujeito que levou a cabo o ato não violou qualquer dever de cuidado, não tendo, portanto, agido com culpa. Mas, ao estar integrado numa organização funcional mais ou menos complexa, consegue-se perceber que a lesão do direito alheio não surge espontaneamente, mas é o resultado da

⁽⁶³⁵⁾ O problema é também levantado por Filipa Morais Antunes, sem que, contudo, apresente para ele uma resposta acabada. Cf. Filipa Morais ANTUNES, “O governo das associações”, 139. Como alerta a autora, a admitir-se a responsabilidade, haverá que determinar se ela é uma responsabilidade limitada ou ilimitada, conjunta ou solidária, direta ou subsidiária.

⁽⁶³⁶⁾ Sobre o ponto, cf. J. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil/Teoria Geral*, I, 2.º ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000, 319; Filipa Morais ANTUNES, “O governo das associações”, 139; Paulo HENRIQUES, “O regime geral das associações”, *Come-morações dos 35 anos*, 287; Paulo HENRIQUES, “O regime geral das associações”, *Direito de associação*, 156.

Sobre o problema da desconsideração da personalidade jurídica das pessoas coletivas, cf. o que se dirá no ponto expositivo subsequente.

preterição de deveres no tocante à própria dinâmica organizacional. Repare-se que, numa situação como a descrita, não é possível fazer responder o titular da referida organização nos termos do artigo 500.º CC, desde logo por poder não existir entre ele e o agente uma verdadeira relação de comissão; depois, porque o problema surge exatamente porque não existe culpa individual.

Assim sendo, questiona-se em que medida pode ser imputada diretamente a responsabilidade ao titular da organização, falando-se em *culpa de organização*. Esta surge, entre nós, consagrada a propósito da responsabilidade do Estado pelos danos resultantes do exercício da função administrativa. Nos termos do artigo 7.º/3 da Lei n.º 67/2007, o Estado e as demais pessoas coletivas de direito público são ainda responsáveis quando os danos não tenham resultado do comportamento concreto do titular de órgão, funcionário ou agente determinado, ou não seja possível provar a autoria pessoal da ação ou omissão, mas devam ser atribuídos a um funcionamento anormal do serviço, entendendo-se que este existe quando, atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse exigível ao serviço uma atuação suscetível de evitar os danos produzidos.

A culpa de organização envolveria, portanto, a violação de deveres de organização, de vigilância por parte da entidade empresarial (ou equiparada) que controla uma determinada organização funcional. Tal violação seria, necessariamente, culposa, ou seja, era necessário que ao homem médio fosse exigível um outro tipo de comportamento. A culpa não é referida ao comportamento do sujeito individual, mas é referida ao funcionamento da própria organização.

A doutrina não se mostra, contudo, unânime na qualificação dogmática destas hipóteses. Se alguns autores consideram que se está no domínio da responsabilidade extracontratual por facto ilícito ⁽⁶³⁷⁾, pela violação de deveres do tráfego, outros autores entendem que se estamos no domínio contratual, por ter tal dever uma base contratual que justifica a mobilização do artigo 800.º CC.

Quanto ao tópico, consideramos que o problema é, sobretudo, imputacional. Nessa medida, não é a culpa que está em causa, mas

⁽⁶³⁷⁾ Cf. Sinde MONTEIRO, “Ofensa ao crédito ou ao bom nome, «culpa de organização» e responsabilidade da empresa”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 139.º, 3959, 2009, 126-136. Quanto ao ponto, veja-se, ainda, para outros desenvolvimentos, Daniela COSTA, *A culpa da organização na responsabilidade civil médica*, Coimbra, 2012.

a imputação objetiva, imputação que opera em relação ao sujeito que detém a organização e não em relação àquele que atuou em concreto. Como tal, integra-se no seio da responsabilidade aquiliana ⁽⁶³⁸⁾.

Esta possibilidade dogmática assume especial importância no quadro da responsabilidade das pessoas coletivas. Vejamos: tradicionalmente, no campo extracontratual, as pessoas coletivas são responsáveis pelos atos dos seus agentes, funcionários, titulares dos órgãos. Como referido anteriormente, o artigo 500.º CC exige um duplo patamar de imputação; e a responsabilidade avulta como uma responsabilidade objetiva (assente, se não no risco, numa ideia de garantia). Já não é assim no caso da responsabilidade contratual. De acordo com o artigo 800.º CC, para o qual também somos remetidos pelo artigo 165.º CC, o devedor responde perante o credor pelos atos danosos levado a cabo por qualquer terceiro que utilize no cumprimento das suas obrigações, como se fossem dele próprio. Significa isto que a pessoa coletiva responde contratualmente como se fosse ela própria a agir — embora na presença de uma responsabilidade por facto alheio, este assume-se como próprio.

A complexificação da vida social e, concomitantemente, como resposta, da dogmática ressarcitória faz com que esta linha divisória se esbata, não no sentido da unificação das duas modalidades clássicas de responsabilidade civil, mas no sentido de, também ao nível delitual, a pessoa coletiva poder ser responsabilizada por ato próprio que, não obstante, pressupõe a atualização dessa responsabilidade por intermédio de um ato alheio, ou seja, poder se responsabilizada por um ato alheio que se assume como próprio. Carneiro da Frada sustenta, a este propósito, a responsabilidade das sociedades comerciais por delito próprio com fundamento numa culpa de organização ⁽⁶³⁹⁾. Para a construção desta culpa de organização a que aludimos seria imprescindível

⁽⁶³⁸⁾ A eventual inserção do problema no seio da responsabilidade contratual fica dependente da existência de um contrato e da sua arquitetura de base. Isto não implica, no entanto, a desqualificação do problema como delitual. Esta, aliás, é uma solução consentânea com o entendimento que temos acerca do problema do concurso de responsabilidades.

Importa sublinhar, a este ensejo, que a culpa da organização não pode afirmar-se como uma via de desvelação da ilicitude, já que, para esta se verificar em concreto, não basta que haja preterição de determinados deveres no tráfego, embora a sua lesão possa ter consequências do ponto de vista do estabelecimento do nexo de ilicitude.

⁽⁶³⁹⁾ Carneiro da FRADA, “Dever de legalidade dos administradores e responsabilidade civil societária”, *IV Congresso Direito das Sociedades em Revista*, 2016, 17 s.

recorrer à dogmática dos deveres no tráfico: em causa estaria, portanto, a violação de determinados deveres que pudessem emergir em concreto ou que já tivessem conhecido consagração por parte do legislador. A esfera de risco/responsabilidade seria desenhada a partir da consideração da estrutura organizacional, a qual é titulada por um concreto sujeito. Sendo este uma pessoa coletiva, a titularidade da esfera de risco pertence-lhe, não obstante tenha de ser atualizada pela pessoa singular que atua em seu nome. A responsabilidade é direta da pessoa coletiva: o delito é próprio, embora alicerçado num ato alheio.

Atualmente, não são poucos os deveres que surgem positivados ou que podem ser desvelados a partir da consideração de determinados valores ínsitos ao ordenamento jurídico. As sociedades comerciais, *v. g.*, são obrigadas a, em certos domínios, cumprir rigorosas regras.

Pense-se, ainda, a este propósito, na Diretiva (UE) 2024/1760 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2024, relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade, que prevê que os Estados-membros devem assegurar que uma empresa possa ser considerada responsável por danos causados a uma pessoa singular ou coletiva, desde que deliberadamente ou por negligência, não tenha cumprido as obrigações estabelecidas nos artigos 10.º e 11.º, quando o direito, a proibição ou a obrigação enumerados no anexo da diretiva visam proteger a pessoa singular ou coletiva e, em resultado do incumprimento, tenham sido causados danos aos interesses jurídicos da pessoa singular ou coletiva que são protegidos pelo direito nacional. Em causa, portanto, a responsabilidade pela violação das obrigações das empresas em matéria de direitos humanos e do ambiente, no que diz respeito às suas próprias operações, às operações das suas filiais e às operações efetuadas pelos seus parceiros comerciais nas cadeias de atividades dessas empresas.

Em rigor, sempre que a responsabilidade se alicerce na preterição de disposições legais de proteção de interesses alheios, o vinculado pela proibição ou pela imposição é a pessoa coletiva (e não o eventual titular do órgão que incumpra), só se podendo afirmar a ilicitude e, portanto, a responsabilidade por referência à pessoa coletiva e não por referência ao comportamento do sujeito físico, que, não obstante, terá de existir porque a pessoa coletiva, por si só, não age ⁽⁶⁴⁰⁾. E se, em

⁽⁶⁴⁰⁾ No caso dos administradores das sociedades comerciais, poder-se-ia tentar discernir a sua responsabilidade em relação a terceiros, nos termos do artigo 79.º CSC, até porque, havendo violação de regras impostas pelo ordenamento jurídico, estar-se-ia

determinados domínios, designadamente naqueles em que a norma legal de proteção de interesses alheios tutele bens jurídicos que sejam objeto de um direito absoluto, ainda seria possível ensaiar uma tentativa de responsabilização do agente, por via da primeira modalidade de ilicitude, tudo redundando num problema imputacional, seguindo-se depois a indagação acerca de uma eventual responsabilidade da pessoa coletiva, noutros, em que não estão em causa bens jurídicos tutelados *erga omnes*, a única solução para compensar o lesado seria procurar a direta responsabilidade da pessoa coletiva (atualizada por via do comportamento do titular do órgão ou do agente) ⁽⁶⁴¹⁾.

Esta responsabilidade da pessoa coletiva, no domínio delitual, embora pressuponha um ato de terceiro, assume-se como responsabilidade por ato próprio, exigindo a culpa. E, nessa medida, suscita problemas

fora do âmbito de aplicação da *business judgement rule*. Contudo, nesses casos, a responsabilidade alicerçar-se-ia na violação (presuntivamente culposa) dos deveres de lealdade e de cuidado a que se refere o artigo 64.º CSC, concretizados por referência ao caso concreto, que dispõe, no seu n.º 1, que “os gerentes ou administradores da sociedade devem observar deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado; e deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores”. Por outro lado, a responsabilidade ficaria circunscrita aos danos diretamente causados aos terceiros, suscitando-se problemas dogmáticos complexos de determinação do caráter direto do dano. Significa isto que, independentemente do problema de configurar a responsabilidade concretamente em causa como contratual (convocando-se uma ideia de contrato com eficácia de proteção para terceiros) ou como delitual (para o que se teriam de qualificar os deveres a que os administradores ficam adstritos como disposições legais de proteção de interesses alheios, a permitir, na sua preterição, a desvelação da ilicitude), sempre se haveria de concluir que a obrigação ressarcitória existe nas hipóteses em que o administrador viola deveres de cuidado ou de lealdade. Do que se trata, portanto, não é da responsabilidade pela preterição das regras de *impostas à pessoa coletiva*, já que a estas está vinculada a sociedade e não as pessoas que integram a estrutura complexa que as caracterizam.

Note-se, ademais, que a atuação da pessoa coletiva não tem de se restringir à atuação representativa dos seus administradores ou gerentes, de tal forma que a violação das regras a que nos referimos em texto pode ocorrer por força do comportamento de um agente ou funcionário sem funções de administração.

⁽⁶⁴¹⁾ Repare-se, aliás, que a responsabilidade prevista na proposta de diretiva não deixa de comunicar outras dificuldades, pois que pode, tendo em conta o seu âmbito de relevância, pode não estar em causa a tutela de interesses particulares, de um grupo determinado de sujeitos. Basta pensar no impacto ambiental.

dogmáticos de difícil solução. A culpa de que aqui se fala é uma culpa da pessoa coletiva ou é a culpa do sujeito físico que por ela atua? Mais genericamente, traduzindo-se a culpa num juízo de censura ético-jurídico, é viável falar-se de culpa por referência a uma pessoa coletiva? Em causa não está tanto a questão de saber qual o padrão deajuizamento do desvio de comportamento em que ela se consubstancia, mas de perceber até que ponto a censurabilidade ética que a predica é consentânea com a natureza da pessoa coletiva. Do mesmo modo, a nota de previsibilidade ou de intencionalidade que integra o juízo de culpa não podendo ser formada no seio de uma estrutura não psicológica.

O problema da possibilidade de *conhecimento* por parte das pessoas coletivas, mormente as sociedades, tem sido colocado num horizonte discursivo diverso. Entre nós Diogo Costa Gonçalves e José Ferreira Gomes debruçam-se detidamente sobre o problema a propósito do preenchimento de determinados requisitos atinentes ao conhecimento e à cognoscibilidade no seio da teoria do negócio jurídico ⁽⁶⁴²⁾, e a solução que para ele encontram mostra-se tributária do modo como compreendem a pessoa coletiva e a sua interação intra-societária. Nessa medida, chamam a atenção para a teoria do risco de organização, tratando do problema em termos de segurança no tráfego e de alocação do risco. Para os autores, à sociedade comercial caberia evitar uma certa perigosidade no comércio jurídico, adotando uma organização da sua atividade adequada a tal desiderato ⁽⁶⁴³⁾, de tal sorte que o risco de conhecimento deveria “ser suportado pela sociedade quando a organização dispunha de informação relevante e através da adoção de práticas adequadas de tratamento dos dados poderia tê-la colocado à disposição daquele que é chamado ao conhecimento” ⁽⁶⁴⁴⁾. Mais acrescentam os autores que “a sociedade não pode organizar-se de qualquer modo. Deve organizar-se de um modo adequado a garantir não só a justa realização dos seus interesses, como a indução da menor perigosidade possível no mercado”, o que envolve, também, a

⁽⁶⁴²⁾ José Ferreira GOMES/Diogo Costa GONÇALVES, *A imputação de conhecimento às sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2017.

⁽⁶⁴³⁾ José Ferreira GOMES/Diogo Costa GONÇALVES, *A imputação de conhecimento às sociedades comerciais*, 73.

Veja-se, igualmente, CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, 1971, 479 s.; e Thomas RAISER, “Kenntnis und Kennenmüssen von Unternehmen”, *Festschrift für Gerold Bezzenberger*, 2000, 563 s.

⁽⁶⁴⁴⁾ José Ferreira GOMES/Diogo Costa GONÇALVES, *A imputação de conhecimento às sociedades comerciais*, 77.

criação e gestão de adequados sistemas de informação ⁽⁶⁴⁵⁾. No âmbito do problema de que tratam, os autores concluem que tudo passa por determinar se o risco de organização íntegra ou não o risco de conhecimento, operando o juízo de imputação à sociedade por duas vias: quando o sujeito que atua por conta desta conhecia a informação e quando tinha o dever de a conhecer, sendo para tanto necessário atentar na adequação da organização, por ser este o critério que nos vai determinar se aquele dever existia ou não ⁽⁶⁴⁶⁾. O limite a tal imputação encontrar-se-ia na controlabilidade do risco da segregação da informação enquanto limite à imputação do risco à sociedade ⁽⁶⁴⁷⁾.

O foco dos autores citados, neste horizonte problemático em que se movem, é alargar a possibilidade de imputação do conhecimento à sociedade naquelas situações em que o sujeito que conhece não representa a pessoa coletiva, embora o seu conhecimento não deixe de ser relevante. Procuram, assim, superar algumas das limitações da teoria da representação do conhecimento, fundada na aplicação do § 166 BGB, equivalente ao artigo 259.º CC, nos termos dos quais o que é relevante é o conhecimento do representante, ou seja, dos membros do órgão com poderes de representação. A solução que se critica e a solução que, em alternativa, se desenha estão longe dos quadros dogmáticos da responsabilidade civil delitual, embora alguns autores alertem que a referência a uma organização adequada poderia deslocar o problema para esta sede. Contudo, mesmo do ponto de vista da teoria do negócio jurídico, parece-nos que o problema se supera ou se pode superar por via da aplicação analógica do artigo 259.º CC. Não se tratando, ao nível da representação orgânica, de uma representação em sentido próprio, por força do nexo de organicidade que se estabelece entre os titulares dos órgãos e a pessoa coletiva, do que se trata ainda é de saber o que é que aquele que atua em nome da pessoa coletiva

⁽⁶⁴⁵⁾ José Ferreira GOMES/Diogo Costa GONÇALVES, *A imputação de conhecimento às sociedades comerciais*, 78 e 80.

⁽⁶⁴⁶⁾ José Ferreira GOMES/Diogo Costa GONÇALVES, *A imputação de conhecimento às sociedades comerciais*, 84 s. Sendo este um dever indeterminado, os autores avançam com alguns parâmetros gerais que auxiliam na sua determinação em concreto: a) atividade da sociedade (natureza dessa atividade, intensidade dos riscos, perigosidade da atividade para terceiros); b) organização da sociedade (extensão e complexidade); c) terceiros que interagem com a sociedade.

⁽⁶⁴⁷⁾ José Ferreira GOMES/Diogo Costa GONÇALVES, *A imputação de conhecimento às sociedades comerciais*, 93. Os autores identificam, ainda, desvios, quais sejam as situações de bloqueio determinado por um conflito de deveres.

sabe ou deveria saber e, portanto, do que lhe seria exigível conhecer, podendo ser ou não relevante o conhecimento de terceiros a que tivesse acesso. Parece, portanto, haver uma intencionalidade análoga entre o preceito e o problema que se trata, a viabilizar a assimilação por adaptação do âmbito de relevância dos problemas concretos pelo âmbito de relevância da norma, concretizada por referência ao regime jurídico concretamente em causa em cada hipótese.

Aliás, na Alemanha, por referência ao § 166 BGB, ecoam vozes no sentido de afirmar que o citado parágrafo consagra um princípio que não se restringe às hipóteses de representação em sentido estrito, estendendo a sua eficácia a todas as situações em que aqueles que não representam a pessoa coletiva surgem no seu seio organizativo, conhecendo certa informação relevante ⁽⁶⁴⁸⁾.

Do ponto de vista delitual, os termos da equação são diversos: do que se trata é de saber se a previsibilidade e o juízo de censura que acompanham a culpa podem recair sobre a pessoa coletiva, naquelas hipóteses em que ela é a efetivamente obrigada na interação social. Para tanto, haveremos de considerar dois pontos: a pessoa coletiva não é uma realidade ontológica, mas uma criação do espírito humano, pese embora tenha subjacente a si um determinado substrato, o que afasta aqui a ideia de pura ficção. Mas, se afastamos as teorias organicistas herdadas de Von Gierke ao nível da conceptualização da personalidade coletiva, não somos condenados a negar a existência de uma verdadeira relação de organicidade (que não representatividade) entre os titulares dos órgãos e a pessoa coletiva, ao ponto de a atuação destes, em muitos casos, ser a atuação da pessoa coletiva — e, tal como esta é responsável contratualmente pelos atos dos sujeitos individuais que atuam por sua conta, como se fosse um ato próprio, deve ser chamada a responder como se de um ato próprio se tratasse sempre que seja a pessoa coletiva a estar vinculada no tráfico por determinados deveres de natureza aquiliana. A culpa da pessoa coletiva aferir-se-á, portanto, por referência à previsibilidade dos que atuam em seu nome; o desvio da conduta será ajuizado em função do que seria expectável que uma pessoa naquela situação concreta efetivamente fizesse. Sendo a culpa desvelável por referência à pessoa singular, estar-se-ia diante de uma hipótese de responsabilidade objetiva,

⁽⁶⁴⁸⁾ Cf. R. RICHARDI, “Die Wissensvertretung”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 169, 5/6, 1969, 397 s.

Em apreciação crítica, v. José Ferreira GOMES/Diogo Costa GONÇALVES, *A imputação de conhecimento às sociedades comerciais*, 67 s.

mas a estrutura imputacional seria absolutamente diversa daquela a que somos conduzidos pelo artigo 500.º CC, conformando-se como uma responsabilidade por ato próprio, mediatizado por um terceiro.

9. A DESCONSIDERAÇÃO/O LEVANTAMENTO DA PERSONALIDADE COLETIVA — BREVE EXCURSO

A partir do momento em que se atribui personalidade jurídica às pessoas coletivas, elas avultam no ordenamento como autónomos centros de imputação de relações jurídicas. As relações jurídicas que titulam são, por isso, diferentes das relações jurídicas tituladas pelos seus membros ou instituidores. Conforme explica Pais de Vasconcelos, “são sujeitos de direito diferentes. Assim, os atos e situações jurídicas imputadas às pessoas coletivas não podem ser imputadas aos seus instituidores ou membros e, vice-versa, os atos e situações jurídicas imputados aos instituidores e membros das pessoas coletivas não podem a estas ser imputados. Trata-se do princípio da separação (*Trennungsprinzip*) sempre coenvolvido pela personalidade coletiva” ⁽⁶⁴⁹⁾.

Esta autonomia pessoal é acompanhada da autonomia patrimonial, que pode ser perfeita ou imperfeita, consoante o tipo de pessoa coletiva concretamente em causa ⁽⁶⁵⁰⁾.

Há, porém, situações em que se abusa da personalidade coletiva, isto é, em que se usa a personalidade coletiva para se obter um resultado ilícito ou para se contornar uma proibição legal. Nessas situações, coloca-se o problema de saber se é possível desconsiderar (levantar do véu da) ⁽⁶⁵¹⁾ a personalidade jurídica ⁽⁶⁵²⁾.

⁽⁶⁴⁹⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 180 s.

⁽⁶⁵⁰⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 180, considerando que, quando ela é perfeita, as pessoas coletivas permitem a limitação do risco económico da sua específica atividade.

⁽⁶⁵¹⁾ As designações não são uniformes na doutrina. Se genericamente se fala de desconsideração da personalidade jurídica, autores como Menezes Cordeiro preferem a designação levantamento (do véu) da personalidade jurídica. Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português* I/III, 618 s.; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 698 s. Do autor, cf., ainda, *O levantamento da personalidade colectiva do direito civil e comercial*, Almedina, Coimbra, 2000, 102 s.

⁽⁶⁵²⁾ Sobre o ponto, cf., *inter alia*, A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português* I/III, 618 s.; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 698 s.; A. Menezes CORDEIRO, *O levantamento da personalidade colectiva do*

O problema é preferencialmente tratado a propósito das sociedades. Contudo, como já referimos anteriormente, os autores questionam se a solução se pode estender às associações e fundações ⁽⁶⁵³⁾. Impõem-se, por isso, umas breves palavras.

De acordo com Pais de Vasconcelos, a desconsideração da personalidade coletiva atua em dois campos: *a)* o da imputação subjetiva de conhecimentos, qualidades ou comportamentos juridicamente relevantes; *b)* o da imputação da responsabilidade patrimonial ⁽⁶⁵⁴⁾. Por seu turno, Menezes Cordeiro apresenta uma sistematização que faz apelo à confusão de esferas jurídicas; à subcapitalização; ao atentado a terceiros e ao abuso de personalidade ⁽⁶⁵⁵⁾. No primeiro caso, estariam as situações em que, “por inobservância de regras societárias ou mesmo por decorrências puramente objetivas, não fique clara, na prática, a separação entre o património da sociedade e o do sócio ou sócios” ⁽⁶⁵⁶⁾; nas hipóteses de subcapitalização, a sociedade terá sido constituída com capital insuficiente, surgindo assim como manifestamente abusiva ⁽⁶⁵⁷⁾; o atentado a terceiros verifica-se sempre que a personalidade jurídica seja usada para os prejudicar, de modo ilícito ou abusivo ⁽⁶⁵⁸⁾.

Fundamental é, para lá das referidas sistematizações, perceber quando e em que medida é possível recorrer à desconsideração da personalidade jurídica.

direito civil e comercial; Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 182 s.; Coutinho de ABREU, *Curso de Direito Comercial*, II, *Das sociedades*, Almedina, Coimbra, 2002, 174 s.

⁽⁶⁵³⁾ Sobre o ponto, cf. J. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil/Teoria Geral*, I, 319; Filipa Morais ANTUNES, “O governo das associações”, 139; Paulo HENRIQUES, “O regime geral das associações”, *Comemorações dos 35 anos*, 287; Paulo HENRIQUES, “O regime geral das associações”, *Direito de associação*, 156.

⁽⁶⁵⁴⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 182.

⁽⁶⁵⁵⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português* I/III, 627 s.; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 719 s.

⁽⁶⁵⁶⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português* I/III, 628; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 719. Conforme explicita o autor, o problema coloca-se muitas vezes no tocante a sociedades unipessoais fazendo o sócio único responder pela mistura do seu património com o da sociedade.

⁽⁶⁵⁷⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português* I/III, 630 s.; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 721 s. Entre outros, o autor dá o exemplo de uma sociedade por quotas que foi constituída com o objetivo de limitar a responsabilidade, concluir negócios jurídicos através dela e furtar-se à responsabilidade.

⁽⁶⁵⁸⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português* I/III, 631 s.; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 723 s.

De acordo com uma perspectiva subjetivista, exige-se para que possa desconsiderar-se a personalidade coletiva, para além do abuso da personalidade, que este seja intencional e que vise obter um fim ilícito. No fundo, o sujeito estaria a utilizar a separação pessoal e patrimonial comunicada pela personalidade coletiva para contornar uma regra jurídica. Portanto, exigir-se-ia um elemento objetivo (fim ilícito) e um elemento subjetivo (consciência e intenção) ⁽⁶⁵⁹⁾.

Para uma perspectiva objetivista, desenvolvida, sobretudo, pela dificuldade de prova que o elemento subjetivo da perspectiva primeiramente surgida no ordenamento jurídico alemão suscitava, prescinde-se da prova da consciência e da intencionalidade. A desconsideração da personalidade jurídica é permitida se a separação pessoal e patrimonial inerente à pessoa coletiva se mostrar em contradição com a intencionalidade do reconhecimento dessa personalidade, ofendendo a ordem pública ⁽⁶⁶⁰⁾.

A figura da desconsideração da personalidade jurídica tem vindo a assumir importância crescente. Embora a doutrina não se mostre unânime no tocante ao seu fundamento ⁽⁶⁶¹⁾, podemos dizer que ela surge como resultado do facto de a intencionalidade que preside à atribuição da personalidade coletiva não se verificar em concreto, de tal modo que se deve imputar ao sócio a autoria ou a responsabilidade de determinados atos da pessoa coletiva.

•

OUTROS SUJEITOS DA RELAÇÃO JURÍDICA?

Se tradicionalmente se respondia sem dificuldade à questão “quem

⁽⁶⁵⁹⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português* I/III, 638 s.; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 741 s; Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 184 s.

⁽⁶⁶⁰⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 185.

⁽⁶⁶¹⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 185, reconduzindo o problema à fraude à lei, mas admitindo que ela pode também operar no quadro de outros “operadores jurídicos”, como a simulação, o abuso do direito, o abuso do instituto, a responsabilidade orgânica. Em sentido contrário, recusando, pela diversidade de situações abarcáveis no levantamento da personalidade coletiva, a sua recondução à fraude à lei, A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português* I/III, 646 s.; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 754 s. Menezes Cordeiro considera que sob a capa do levantamento da personalidade coletiva se agregam realidades próprias da responsabilidade civil, de interpretação de normas jurídicas, de abuso do direito.

são os sujeitos da relação jurídica?” ou “quem pode ser sujeito de relações jurídicas?”, os tempos modernos (ou pós-modernos) trouxeram novos focos de problematicidade. Dito de outro modo, há mais de cinquenta anos, o nosso legislador respondeu — não sem críticas de quem considerou que a pessoa era degradada a simples elemento estrutural de uma relação jurídica, a par de outros sujeitos — que os sujeitos da relação jurídica (isto é, aqueles que têm personalidade jurídica, entendida como a suscetibilidade para se ser titular de direitos e de deveres) são as pessoas singulares e as pessoas coletivas. De então até hoje, a resposta continua inalterada. No entanto, não se ignoram as vozes daqueles que reclamam um alargamento das fronteiras da categoria, que deveria passar a integrar dentro dos seus limites outros que não as pessoas ou as organizações que estas constituíssem para prosseguir determinados fins.

Importa, por isso, tomar posição sobre alguns pontos controversos.

1. OS ANIMAIS COMO SUJEITOS DE DIREITOS?

A resposta a esta questão não pode ser senão negativa.

De facto, não é possível responsabilizarem-se os animais. O dado, também pensado em termos de reciprocidade de direitos e deveres, mostra que não faz sentido que eles sejam vistos como sujeitos de direitos se, no quadro de uma relação jurídica, não podem ser titulares do lado passivo da mesma. Simplesmente, a clareza do que se advoga é objetada pelos defensores da causa teriofílica pela invocação da posição de todos os seres humanos que, porque se encontram numa situação de fragilidade e dependência — seres humanos ainda não nascidos ou em estados vegetativos e outros, *v. g.* —, não poderiam ser responsabilizados pelas suas ações. Simplesmente, a pessoalidade, em que se alicerça o direito e os direitos, implica necessariamente a responsabilidade, enquanto correlato de uma liberdade compreendida em termos ético-axiologicamente densificados. E se há casos em que a pessoa, pela sua incapacidade natural, não é suscetível de um juízo de censura ético-jurídica, não sendo portanto responsável, no plano civil ou criminal, em virtude da sua inimputabilidade, isso não afasta irremediavelmente a pessoalidade de que se parte. A idoneidade, em abstrato, para responder pelas suas ações é a pedra de toque que, coligando-se dialeticamente com a liberdade, colora a pessoalidade. O afastamento dessa nota, positivamente perspectivada e entretecedora da sua essência, condena o homem ao desdignificante

autismo individualista, pelo que deve ser, *a priori*, rejeitado. Mas há que ter presente que, ao lidar com o homem histórico-concretamente situado, nos afastamos de abstrações de tipo racionalizante, pelo que há que indagar, em concreto, por referência a cada atuação, qual o grau de liberdade exercitada e qual o nível de autodeterminação alcançada. Podendo concluir-se que, naquele momento, elas estavam ausentes. Sem que com isto deixe de ser pessoa. Até porque se parte sempre do carácter excecional da não imputabilidade.

No mais, a dignidade ético-axiológica da pessoa não pode ser entendida como um merecimento, mas como o resultado do reconhecimento do valor intrínseco do ser humano — o “outro” que a mim se dirige e me provoca, na sua situação de absoluta vulnerabilidade, permite-me assumir a minha integral dignidade, ao construir a minha personalidade, pelo cuidado que lhe devoto, e ao relembrar-me da condição do que fui e do que serei. E o “eu” que ao “outro” se dirige garante o reconhecimento da sua própria dignidade, numa relação de tipo dialógico que não admite excludentes, nem exceções.

Tudo isto a significar, afinal, que o ser humano, por o ser, sem possíveis gradações ou exceções, é dotado de uma ineliminável dignidade que ninguém pode atacar, por mais que sejam as prescrições normativas que atualmente a tentam pôr em causa.

Poderá ser assim por referência aos animais?

Não cremos. A *rights view* de Tom Regan ⁽⁶⁶²⁾ e a assunção dos animais como *subjects of a life*, no âmbito da qual os animais — porque sentem, sofrem, desejam e têm lembranças — devem ser vistos como um fim em si mesmo, portadores da mesma dignidade moral que patenteiam os seres humanos ⁽⁶⁶³⁾, nega-se a si mesma. Se para

⁽⁶⁶²⁾ Tom REGAN, *Defending animal rights*, University of Illinois Press, Chicago, 2001; *Animal Rights, Human Wrongs: an introduction to moral philosophy*, Rowman & Littlefield Publishes, EUA, 2003. Há quem considere Tom Regan o fundador do atual movimento de defesa dos animais. Pese embora os trabalhos de Singer, a verdade é que com Regan a tónica é colocada nos direitos e não apenas na melhoria do bem-estar dos animais.

⁽⁶⁶³⁾ Para o autor, os animais têm um valor intrínseco: eles vivem no mundo e valem mais do que o valor que os outros lhes reconhecem — Tom REGAN, *Animal Rights*, 93 s. No fundo, o que o autor advoga é que os seres irracionais — porque sentem, sofrem, desejam e têm lembranças — devem ser vistos como um fim em si mesmo e tratados dignamente. Ao contrário do que os utilitaristas defendiam, para Regan, estando em causa um sujeito que não deve ser tratado como um instrumento, mas como um fim, nunca o sacrifício do seu direito ou interesse pode encontrar justificação no benefício que a partir daí se poderá gerar para outro

Regan, o sujeito de uma vida é aquele que tem uma vida mental complexa, o que incluiria a senciência, a inteligência, a percepção de si e do mundo, o cuidado de si e dos seus, a capacidade de interagir natural e socialmente, então, apesar de o autor fugir às críticas que se

sujeito — cf. Tom REGAN, *Defending animal rights*, 43 s. Uma importante cisão entre Regan e os autores utilitaristas projeta-se em sede de experimentação animal. Segundo o primeiro autor citado, não há defesa possível para tal prática, mesmo estando em causa interesses humanos relevantes. Em casos de conflito de direitos, Regan considera que, se os direitos forem comparáveis, deve ceder o menor deles; não sendo comparáveis os direitos, deve evitar-se causar danos ao sujeito que ficar em pior posição. Simplesmente, para Regan essa colisão não pode ser solucionada do ponto de vista dos interesses. Trata-se dos princípios *miniride* e do *worse-off principle*. Cf., sobre o ponto, Catarina Paula Faria CARVALHO, *O lugar dos animais no ordenamento jurídico português. Direito dos animais ou direito ao bem-estar animal?*, Coimbra, 2010, 15-16 e Fernando ARAÚJO, *A hora dos direitos dos animais*, Almedina, Coimbra, 2003, 339-340. Diz-nos o último autor citado que, “opondo-se às concessões feitas pelo utilitarismo de Peter Singer, Tom Regan sustenta o reconhecimento direto e irrestrito de direitos aos animais com base no reconhecimento de um valor intrínseco, o valor de se ser protagonista de uma vida, um valor único e irredutível ao qual devemos respeito, fazendo dele um fim em si mesmo. O que conta moralmente, sustenta Regan, não é o interesse que é atingido pela nossa conduta, mas sim a individualidade do titular desse interesse, sob pena de instrumentalizarmos os indivíduos aos interesses, e especialmente aos interesses do maior número — não querendo isso dizer, todavia, que não haja direitos que devam prevalecer por efeito de uma colisão, apenas vedando que eles sejam considerados pela pura ótica dos interesses”. A perspectiva do autor implica uma extensão da ética kantiana. Enquanto para o filósofo idealista alemão os deveres que existem em face dos animais seriam deveres indiretos, os animais eram meios para um fim (sendo o Homem o único fim em si mesmo), Regan considera que eles, por serem sujeitos de uma vida (seres sencientes), são também um fim. Isto implica que, pese embora a crítica ao estreitamento kantiano, o autor que agora acompanhamos comunga com o pensador germânico uma perspectiva deontológica, nos termos da qual o que revela não é a consequência do comportamento, mas o valor intrínseco dele, pelo que a tónica é agora colocada no dever e não na simples maximização do bem-estar, pelo que os direitos passam a ser invioláveis.

Os direitos dos animais justificam-se, para Regan, em nome da igualdade moral que patenteiam com os seres humanos: uns e outros são, na perspectiva do autor, portadores de uma biografia e não simplesmente de uma biologia. Numa certa medida, eles podem ser reconhecidos como uma extensão dos direitos humanos, embora para que um sujeito seja reconhecido como titular de direitos, ele deva ser sujeito-de-uma-vida: ter uma vida mental complexa, o que incluiria a senciência, a inteligência, a percepção de si no mundo, o cuidado de si e dos seus, capacidade de interagir natural e socialmente. Para outros arautos da defesa dos animais, a senciência (capacidade para ter sensações e ter consciência da sua sensibilidade) seria bastante para garantir a titularidade de direitos ao indivíduo.

podem dirigir à *deep ecology*, em relação à qual, porque tudo tem um valor intrínseco, se pode questionar se um vírus também é sujeito de direitos ao lado do homem, nem por isso se torna imune a argumentos que destroem a sua posição.

Primeiro, há que perceber que o homem é sujeito de direitos não por qualquer característica ontológica, mas por uma exigência axiológica, que resulta do seu modo de ser, em tudo diferente do dos animais. A estes falta o agir ético, o agir finalista, a dimensão espiritual, a alma ⁽⁶⁶⁴⁾. Só o homem é, como nos ensina Castanheira Neves,

⁽⁶⁶⁴⁾ A este propósito, cf. Anselmo BORGES, “Homem: animal que fala”, JN, 26 de Março de 2011, considerando que uma das notas que distinguem o homem dos restantes animais é a capacidade simbolizante. Segundo explica, enquanto o animal vive dentro do esquema estímulo-resposta, no caso do homem, entre o estímulo e a resposta introduz-se o sistema simbólico, o que faz com que o homem não viva só num universo físico, não viva só na pura imediatidade das coisas, mas veja a realidade através da linguagem, da cultura, da ciência, das crenças. Continua o autor explicando que os animais resolvem os problemas dentro de uma lógica de sobrevivência, por lhes faltar a linguagem simbólica, que é o que dá acesso ao mundo abstrato, ao mundo da cultura, ao mundo religioso, ao mundo da moral, que abre o homem ao ser, à história, à transcendência, à diferença entre o bem e o mal.

É, aliás, esta impossibilidade de distinguir o bem do mal que impede que os animais sejam sancionados pelos seus atos, sejam por eles responsabilizados. Para São Tomás de Aquino veio defender o carácter blasfemo da imputação de responsabilidade a um animal, pelo que o abate de seres irracionais não deve ser conotado com qualquer tipo de sanção. Para o pensador, era lícito matar qualquer ser vivo: “as coisas foram criadas para um fim e segundo uma hierarquia, pelo que podem ser utilizadas nesses termos. Além disso, os animais atuam sempre levados pelo seu impulso natural, o que é sinal de que são servos destinados ao uso de outros seres”. Na *Summa Contra Gentiles*, São Tomás considera que a “Providência Divina deu preferência às criaturas racionais sobre as demais, dado que aquelas sobressaem na perfeição da sua natureza. As demais criaturas irracionais são geradas como escravas das criaturas livres, como se demonstraria através das dotações naturais com que são providas pelo Criador”, pelo que conclui que não é pecado matar os seres irracionais (cf. Fernando ARAÚJO, *A hora dos direitos dos animais*, Almedina, Coimbra, 2003, 55).

Atualmente, o Catecismo da Igreja Católica mostra claramente como deve ser perspectivada a relação do homem com os animais: “Os animais, como as plantas e os seres inanimados, estão naturalmente destinados ao bem comum da humanidade passada, presente e futura. O uso dos recursos minerais, vegetais e animais do universo não pode ser separado do respeito pelas exigências morais. O domínio dado pelo Criador ao homem sobre os seres inanimados e os seres vivos não é absoluto; é medido por meio da preocupação pela qualidade de vida do próximo, inclusive das gerações futuras; exige um respeito religioso pela integridade da

um ser superior a si e ao mundo ⁽⁶⁶⁵⁾. Que se transcende e que transcende, pelo saber, pelo conhecimento, pelo transcender ético-religioso-metafísico. Tentar capturar os animais na mesma categoria que o homem implica desdignificar o homem, pelo abandono dessa transcendência, pela sua redução à animalidade ou pela elevação do animal à humanidade. Em qualquer dos casos inaceitável, porque empobrecedora da personalidade.

Segundo, Regan enreda-se numa dificuldade: pois se todos os animais são sujeitos de uma vida ao lado do homem, fica desamparado quando necessita de encontrar um critério de decisão em situações de conflito. Por que razão, e com base em que critério, se haverá de considerar que, havendo um incêndio e não se podendo salvar todos os indivíduos, se deve sacrificar o animal e salvar o homem? E se assim é, porque verdadeiramente não poderia deixar de ser, então encontramos aqui o reconhecimento — pelo próprio autor —, contra o que

criação. Os animais são criaturas de Deus, que os envolve com sua solicitude providencial. Por sua simples existência, eles o bendizem e lhe dão glória. Também os homens lhes devem carinho. Lembremos com que delicadeza os santos, como s. Francisco de Assis ou s. Filipe de Neri, tratavam os animais. É contrário à dignidade humana fazer os animais sofrerem inutilmente e desperdiçar suas vidas. E igualmente indigno gastar com eles o que deveria prioritariamente aliviar a miséria dos homens. Pode-se amar os animais, porém não se deve orientar para eles o afeto devido exclusivamente às pessoas. Criados conjuntamente, Deus quer o homem e a mulher um para o outro. A Palavra de Deus dá-nos a entender isto por meio de diversas passagens do texto sagrado. “Não é bom que o homem esteja só. Vou fazer uma auxiliar que lhe corresponda” (Gn 2,18). Nenhum dos animais pode ser este “vis-à-vis” do varão. A mulher que Deus “modela” da costela tirada do varão e que leva a ele provoca da parte do homem um grito de admiração, uma exclamação de amor e de comunhão: “É osso de meus e carne de minha carne” (Gn 2,23). O homem descobre a mulher como um outro “eu” da mesma humanidade. Deus confiou os animais à administração daquele que criou à sua imagem. E, portanto, legítimo servir-se dos animais para a alimentação e a confecção das vestes. Podem ser domesticados, para ajudar o homem em seus trabalhos e lazeres. Os experimentos médicos e científicos em animais são práticas moralmente admissíveis, se permanecerem dentro dos limites razoáveis e contribuírem para curar ou salvar vidas humanas. Os animais são confiados à administração do homem, que lhes deve benevolência. Podem servir para a justa satisfação das necessidades do homem”.

⁽⁶⁶⁵⁾ Cf. A. Castanheira NEVES, “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito — ou as condições de emergência do direito como direito”, *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, 837 s. (também publicado em *Digesta — Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, volume 3.º, Coimbra Editora, Coimbra, 16 s.).

era a sua intenção de base, da superioridade axiológica do ser humano, da pessoa. E, se assim é, então, contrariamente ao que Regan defende, é defensável e desejável a utilização de animais em experiências científicas, tanto quanto a prática possa conduzir à salvaguarda de valores essenciais do ser humano.

Do mesmo modo que é perfeitamente defensável e desejável a utilização de animais na alimentação do homem. Aliás, a recusa de alimentação de base animal acaba por conduzir ou à necessidade de intervir na própria predação natural, ou na colocação do animal numa posição de superioridade em relação ao homem: aquele continuaria a poder alimentar-se de seres animais; este ficaria privado de nutrientes fundamentais para garantir a sua saúde. E mesmo que não se intervenha na predação natural, como se deveria comportar o defensor da causa da libertação animal perante o seu cão de estimação? Privá-lo da carne como base da alimentação, o que implicaria uma violência gritante em relação ao animal que quer preservar acima de tudo; ou permitir-lhe o consumo de carne, contra aquela que é a prática do seu proprietário?

No fundo, as dúvidas assim patenteadas resultam da falta de alicerce para as soluções jurídicas que se procuram, pela desapareição do fundamento último da juridicidade que não pode deixar de se encontrar na pessoalidade livre e responsável, distante da animalidade. É que, verdadeiramente, a condição ética de emergência do direito não pode deixar de dialogar de forma próxima com a condição antropológica do seu desenvolvimento e, sobre ela, diz-nos Castanheira Neves que “o homem é um ser superior a si mesmo e ao mundo. É um ser que transcende e se transcende. E nesse seu transcender tem ele não só a possibilidade-necessidade da compreensão como se reconhece um aberto realizando e constituindo(...)”. O homem não está simplesmente imerso no mundo e na sua realidade, a realidade e os seus elementos tornam-se-lhe objetos. Ou seja, a realidade enquanto objetivada adquire como que substância própria perante o homem que a transcende; e ao ser assim suscetível de ser analisada, conhecida e interrogada, o homem reconhece simultaneamente a sua autonomia perante ela nesses mesmos atos de análise, conhecimento e interrogação — torna-se “sujeito” perante um objeto. (...) O homem reage à realidade (ao mundo e a si próprio), na possibilidade de lhe dizer não (possibilidade crítica), de lhe pôr exigências (possibilidade constitutiva) e de intencionar os seus fundamentos (possibilidade metafísica) — e atinge ou manifesta nestes termos a espiritualidade (...) a distância transcender não é só a

distância transcender do saber e do conhecimento, é distância transcender ético-religioso-metafísica” ⁽⁶⁶⁶⁾.

Mas, a dúvida que se patenteia afeta, igualmente, a posição de utilitaristas como Peter Singer ⁽⁶⁶⁷⁾. Para o autor, o princípio da igualdade deve ser compreendido como igualdade na consideração dos interesses, o que exige que se atribua o mesmo peso aos interesses semelhantes que sejam afetados pelas nossas ações. Se todos os seres vivos têm interesse em não sofrer, este interesse deve ser considerado de forma igualitária, decorrendo daí a proscrição de toda a prática que provoque dor aos animais. Estes teriam um direito ao não sofrimento ⁽⁶⁶⁸⁾. A fronteira de reconhecimento do direito seria a senciência. Daí que, para o autor, um cavalo ou um porco possam ser mais valiosos do que um bebê recém-nascido ⁽⁶⁶⁹⁾. Peter Singer não hesita em defender como plausível — pela falta de consciência do sofrimento — o aborto, o infanticídio, a eutanásia ⁽⁶⁷⁰⁾. Mas

⁽⁶⁶⁶⁾ A. Castanheira NEVES, “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito — ou as condições de emergência do direito como direito”, 837 s.

⁽⁶⁶⁷⁾ Peter SINGER, *Animal Liberation*, 2nd edition New York, 1990. Veja-se, igualmente, *Ética Prática*, Gradiva, 1993 (tradução de Álvaro Augusto Fernandes).

⁽⁶⁶⁸⁾ O cerne do problema não é saber se os animais podem pensar ou falar, mas se são ou não capazes de sofrer. Segundo nos explica Fernando Araújo, “se não admitimos discriminações entre seres humanos apesar da diferença entre eles, fica clara a ilegitimidade de uma demarcação pseudo-factual entre humanos e não humanos que não passaria de uma discriminação igual àquelas que proscrevemos dentro da espécie humana” — Fernando ARAÚJO, *A hora dos direitos dos animais*, 339. Assim, os animais têm um direito ao não sofrimento. Combatendo o especismo, Singer defende que, se todos os seres vivos têm interesse em não sofrer, devem ser considerados de forma igualitária, decorrendo daí a necessidade de combater toda e qualquer prática que provoque dor aos animais. Para SINGER, “se um ser não é capaz de sofrer, nem de sentir felicidade, então não há nada para tomar em consideração”. De acordo com as suas palavras, “o limite da senciência (capacidade de sofrer/de sentir prazer) é a única fronteira defensável” em termos de preocupação pelo interesse alheio. A este leque de ponderações associa-se a ideia utilitarista em que o autor se estriba. Nessa medida, na comparação devida entre os interesses, devemos dar prioridade ao mais forte e ao alívio do maior sofrimento.

⁽⁶⁶⁹⁾ Peter SINGER, *Ética prática*, 43.

⁽⁶⁷⁰⁾ Peter SINGER, *Ética prática*, 94 s. e 123. Para o autor, a eutanásia é não voluntária quando o sujeito nunca teve a capacidade de optar por morrer ou viver. É esta a situação dos bebês com graves deficiências e dos seres humanos mais velhos que sofrem de deficiências mentais profundas desde o nascimento. A eutanásia e outras formas de provocar a morte são também não voluntárias quando o sujeito não é capaz de tomar, no momento, a opção crucial, mas já o foi e não exprimiu qualquer preferência relevante para o seu estado presente. Para SINGER, a morte

rejeita a alimentação animal, exceto, no limite, quando ela não envolva sofrimento por parte do animal ou quando os animais não sejam conscientes e não sintam dor, como no caso das galinhas.

O pensamento de Peter Singer dispensa comentários. Fala por si mesmo e desmerece-se a si próprio ⁽⁶⁷¹⁾. À arrogância própria de quem resolve decidir quais as vidas dignas de serem vividas ⁽⁶⁷²⁾, Peter Singer alia o absoluto desrespeito pela pessoa humana, pelo seu valor intrínseco, de que a argumentação não especista, que advoga a identidade entre humanos e animais ⁽⁶⁷³⁾, é apenas uma expressão: uma

de bebés deficientes é diferente da morte de bebés saudáveis. Desde logo, a reação dos pais é diversa, porque podem simplesmente não desejar que o filho deficiente viva. Assim, entende que, quando a vida da criança for tão miserável que não valha a pena vivê-la, se não houver razões extrínsecas para manter a criança viva (como os sentimentos dos pais), é melhor ajudar a criança a morrer para obviar o seu sofrimento posterior. Procurando ponderar a aplicação do critério ao caso de um hemofílico, defende que não deve haver eutanásia, porque a criança pode vir a ter uma vida que valha a pena viver. Questiona, porém, se a morte de um bebé hemofílico não levaria à criação de outro ser que, de outro modo, não teria existido? Os pais podem vir a ter outro filho que substitua aquele.

⁽⁶⁷¹⁾ Singer recusa que a ideia de igualdade possa assentar, por exemplo, no reconhecimento de uma personalidade moral a todos os homens. Para ele, “ter uma personalidade moral é uma questão de grau” e a verdade é que, se “há pessoas altamente sensíveis a questões de justiça”, outras têm apenas uma consciência limitada desses princípios — *Ética prática*, 16 s. Além disso, questiona onde é que é possível traçar a linha mínima de fronteira a partir da qual se pode começar a falar de personalidade moral. Acresce que, para o autor, nem todos os seres humanos devem ser tidos como pessoais morais no sentido mais íntimo.

⁽⁶⁷²⁾ *Ética prática*, 124 s. Para o autor, a eutanásia justifica-se quando o indivíduo não é uma pessoa. Mas, a eutanásia voluntária também é defensável, porque os argumentos utilitaristas que depõem no sentido da proibição da morte de seres humanos não se aplicam nesse caso. Já a eutanásia involuntária não se justifica. O facto de uma pessoa desejar continuar a viver constitui uma boa prova de que a sua vida vale a pena ser vivida. Não colhe o argumento paternalista que pretende justificar a eutanásia para poupar alguém à extrema agonia. O único tipo de casos em que o argumento paternalista pode ser plausível é aquele em que a pessoa a ser morta não se apercebe da agonia que irá sofrer no futuro e que, se não lhe provocarmos a morte, terá de suportar tudo até ao fim.

⁽⁶⁷³⁾ Numa fase posterior do seu pensamento, Singer, apesar de continuar a sustentar que a senciência é a base da consideração moral, admite que há determinados seres com inteligência e com consciência (homem, macaco, golfinhos, etc.) e que, portanto, têm preferências. O autor introduz uma nota de hierarquia ao seu pensamento. Em relação aos animais e a alguns seres humanos, o que estaria em causa seria a necessidade de os preservar da dor e do sofrimento; para os seres conscientes e inteligentes, haveria que garantir a preferência por estarem vivos.

expressão que, se não for chocante para muitos dos que, contaminados pelo sentimento romântico de empatia pelos seres irracionais, lhes devotam especial afeto, é-o profundamente para quem, consciente da posição hierarquicamente superior do homem — dotado de uma dimensão espiritual e moral que não é acessível aos animais, único capaz de agir autonomamente e de se autodeterminar responsavelmente —, percebe que o igualitarismo põe em causa a dignidade dele.

No mais, o *continuum* de espécies sustentado com base na igualitária consideração dos interesses acaba por, também, não nos permitir encontrar uma solução isenta de dificuldades para casos de confronto ou colisão. Pense-se nas hipóteses em que está em causa a vida de uma pessoa e de um animal ou naquelas em que o confronto se estabelece entre dois animais sencientes. Sem a pressuposição de um referente axiológico que, transcendendo a situação material controvertida, garanta o fundamento da opção, a aporia instala-se.

Com o que percebemos que o que vai aqui intencionado é, afinal, a imprestabilidade do próprio utilitarismo de que se parte. Ao pretender fundar a ordem jurídica na busca de uma felicidade que é desenhada de modo prescritivo para todos, como se o afastamento da pressuposição de um quadro axiológico que é considerado preconceituoso não fosse, afinal, substituído por outro leque de valores (mesmo que desvaliosos), as perspetivas utilitaristas comportam riscos que não são compatíveis com a busca de soluções que verdadeiramente se possam afirmar de direito ⁽⁶⁷⁴⁾.

Com isto, o autor não só não resolve o problema da falta de fundamentação para as escolhas que se têm de operar em termos jurídicos (porque o utilitarismo nos priva da *ratio* da decisão), como ainda estabelece categorias de humanos, afirmando que uns são pessoas e outros não são, em perfeita contravenção com o sentido mais elementar da dignidade da pessoa humana.

⁽⁶⁷⁴⁾ A este propósito, cf. Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica — Problemas Fundamentais*, Boletim da Faculdade de Direito, *Studia Iuridica*, Coimbra, 1993 e “O Funcionalismo jurídico — Caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 136, n.º 3940, 3941 e 3942, 3 s. (também publicado em *Digesta — Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, 3.º volume, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, 199 s.).

Cf., também, Castanheira NEVES, “Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito”, *Digesta — Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, 3.º volume, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, 52 (“... na linha do funcionalismo o direito deixa de ser um auto-subsistente de sentido e de normatividade para passar a ser um *instrumento* — um

Ferida de morte a tentativa de estabelecer um *continuum* de espécies, quer ele radique no valor intrínseco dos animais, quer ele radique na consideração dos interesses, torna-se inviável pensar nos animais como sujeitos de direitos (a consideração da igual dignidade intrínseca dos animais afeta a dignidade do homem, porque o reduz à sua animalidade; a igual consideração dos interesses deixa-nos privados do alicerce axiológico, que implica a elevação do homem a um patamar superior). O ficcionismo de reconhecermos aos animais a mesma dignidade que os outros nos atribuem como pessoas; a ausência de intersubjetivismo, pela impossibilidade de os seres irracionais nos dirigirem esse olhar ético, determinam a falência da perspectiva que pretende — pelo desvirtuar do sentido específico da juridicidade — transformar os animais em sujeitos de direitos. Essa falência será, ainda, ditada pela insusceptibilidade de estabelecermos entre seres humanos e animais uma relação de igualdade — é que esta está excluída nas relações de mera (pura) obediência e domínio, sendo estas as formas de relação primordiais com os animais.

Andou, portanto, bem o legislador nacional ao considerar que os animais são objeto de relações jurídicas. E atenta a noção jurídica de coisa — a não coincidir com a noção do senso comum — em nada se perderia ter-se mantido qualificação como coisas. Sobretudo tendo em conta que, não sendo coisas, são objeto dos direitos sobre as coisas, e que, portanto, a alteração legislativa mais não é do que uma tentativa de transformar a lei — no caso o Código Civil — num instrumento de engenharia social, procurando, por via normativa, concitar o apreço pelos animais.

É que, bem vistas as coisas, não estamos aqui diante de um poder titulado pelo sujeito ativo da relação jurídica que seja exercido no próprio interesse do animal. O Código Civil não restringe a sua disciplina relativa aos animais aos cães e gatos, sequer aos animais de companhia, e não é pensável que um produtor de porcos ou vacas exerça o direito de propriedade sobre os animais no interesse destes, de modo a convolá-lo, ao melhor interesse dos animalistas, num poder dever. E o cão que cada um tem em casa serve os interesses dos seus proprietários, de guarda, de companhia, ou outros compatíveis com a sua natureza.

finalístico instrumento e um meio ao serviço de teleologias que de fora o convocam e condicionantemente o submetem”).

É claro que isto não implica que não haja deveres em relação aos animais. Estes deveres devem ser, no entanto, concebidos como deveres indiretos, que visam, alternativa ou cumulativamente, três objetivos: a protecção da humanidade (estando em causa uma forma de salvaguarda do próprio ecossistema, o que implica a protecção de animais em vias de extinção); a protecção dos interesses particulares de alguns seres humanos (designadamente dos proprietários no caso dos animais domésticos ou dos animais utilizados em actividades económicas); a salvaguarda dos bons costumes (vedando-se práticas de tortura contra os animais que choquem com o sentimento dominante na comunidade jurídica, as suas concepções) ⁽⁶⁷⁵⁾.

Nesta medida, os animais são vistos como instrumentos e não como fins em si mesmo. Distanciando-se das pessoas, podem ser utilizados pelos seres humanos para satisfação das suas necessidades de ordem física, espiritual ou cultural. Nessa medida, é perfeitamente aceitável e desejável (tanto quanto importe para a salvaguarda da saúde de cada um) que sejam utilizados na alimentação e na experimentação científica, bem como na confeção de vestuário. Do mesmo modo, parece justificável, tanto quanto não contrarie os bons costumes, a sua utilização em espetáculos culturais e recreativos, como espetáculos tauromáquicos.

Isto é perfeitamente compatível com o disposto no artigo 1305.º-A CC. Dir-se-ia mesmo que o respeito pelas características de cada espécie, o tratamento digno de cada animal determina que um touro seja, necessariamente, tratado como um cavaleiro ou um forçado o tratam, uma vez que a sua natureza destina-o à lide ⁽⁶⁷⁶⁾. Se é verdade que o

⁽⁶⁷⁵⁾ A estes deveres aliam-se, com outra intencionalidade, os deveres de guarda, que visam salvaguardar terceiros.

⁽⁶⁷⁶⁾ Curiosamente, mesmo se lançássemos mão de uma lógica utilitarista — na senda do que Peter Singer advoga a propósito da alimentação — (cf. *Ética prática*, 47. Na verdade, no que respeita aos animais, Peter Singer dá conta de duas versões do utilitarismo: uma perspetiva de existência prévia vem-nos mostrar que é um mal provocar a morte a qualquer ser cuja vida seja provável que contenha ou possa vir a conter mais prazer que dor; uma perspetiva total chega a um resultado diferente, que pode conduzir a que se coma carne. Na verdade, quem come carne é responsável pela perda de prazer do animal. Mas também é responsável pela criação de mais animais, porque se as pessoas não comessem carne havia menos animais. A primeira perda é compensada e este argumento da substituição pode levar-nos a não adotar um estilo de vida vegetariano. Ou seja, em certas circunstâncias, a morte de um animal não autoconsciente [seriam animais autoconscientes os chimpanzés, os gorilas, os orangotangos e outros mamíferos] pode não configurar um mal em si mesmo. Nessa medida, não sendo as

direito de propriedade não abrange a possibilidade de, sem motivo legítimo, infligir dor, sofrimento ou quaisquer outros maus tratos que resultem em sofrimento injustificado, abandono ou morte, tem-se por justificado qualquer possível sofrimento do touro — menor do que aquele que os ativistas da causa da libertação animal sustentam — em nome da satisfação de anseios culturais e artísticos do ser humano, que integram, inclusivamente, o património imaterial nacional.

2. A EXISTÊNCIA DE PESSOAS ELETRÔNICAS? REFLEXÕES EM TORNO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Tradicionalmente, o direito civil reconhece a personalidade jurídica a todos os seres humanos e às pessoas coletivas, pessoas jurídicas. Esta personalidade jurídica é entendida como a suscetibilidade para ser titular de relações jurídicas, isto é, a suscetibilidade para, em abstrato, se ser titular de direitos e obrigações ⁽⁶⁷⁷⁾. Questionar a possível responsabilidade dos entes dotados de inteligência artificial implica, como resultado lógico, analisar a eventual personalidade jurídica dos mesmos.

Neste sentido, temos de indagar se é viável estabelecer uma concreta analogia entre a putativa personalidade dos robots e a personalidade jurídica das pessoas singulares ou das pessoas coletivas.

Começando pela personalidade jurídica das pessoas singulares, devemos dizer que a mesma não é atribuída por lei, mas reconhecida pelo ordenamento. Esta subtil precisão revela-se de extrema importância, tanto quanto envolva a assunção de que o direito não é um mero conjunto de normas, apresentando um fundamento axiológico que, como referimos, não pode deixar de ser encontrado na dignidade da pessoa humana. A pessoa, só por o ser, é titular de um conjunto de deveres e é, necessariamente, responsável.

galinhas autoconscientes, podendo ser mortas sem dor, não sendo as sobreviventes afetadas pela morte de um dos seus membros e tendo em conta que não poderíamos criar aves se não as comêssemos, podemos encontrar justificação — no argumento da substituição — para a morte das ditas galinhas. Mas não para a sua criação industrial. Salienta, porém, SINGER que “em termos morais deveria rejeitar-se a alimentação com carne, a não ser que seja necessária para sobreviver”), seríamos conduzidos à admissibilidade das touradas e corridas de touros, já que não só o animal, durante a lide não sofre, como, sem a atividade tauromáquica, o destino da espécie seria a extinção.

⁽⁶⁷⁷⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*.

Isto mostra a impossibilidade de uma analogia com a pretensa personalidade dos entes dotados de inteligência artificial.

Vários são os argumentos que se têm avançado para sustentar a atribuição de personalidade jurídica aos mecanismos dotados de inteligência artificial. Desde logo, têm-se em conta as características dos robots: autonomia, autoaprendizagem, adaptação do comportamento ao meio ambiente ⁽⁶⁷⁸⁾, para, com base nelas, se sustentar que alguns apresentam um nível de inteligência superior a alguns seres humanos, tais como crianças, pessoas em coma, fetos, entre outros.

Mas a comparação não procede. Dir-se-ia mesmo que a comparação — por maior que seja o grau de sofisticação dos robots e de outros mecanismos dotados de inteligência artificial — é desdignificante para o ser humano, reduzindo a sua autonomia a uma anódina capacidade de escolha. A autonomia dos robots é uma autonomia tecnológica, fundada nas potencialidades da combinação algorítmica que é fornecida ao *software*. A inteligência artificial baseia-se na acumulação de conhecimento, sendo incapaz de interpretações criativas ou de julgamentos acerca do que é certo ou errado sendo inclusivamente incapazes de aceder à dimensão semântica. Está sempre condicionada pelos *inputs* do programador, não sendo suscetível de suportar a responsabilidade. Os entes dotados de inteligência artificial estão, como vimos, longe do agir ético dos humanos, em que radica o ser pessoa. Falta-lhes, em cada tomada de decisão, a presunção ética, falha a relação de cuidado com o outro, até porque, em muitos casos, ela pode mostrar-se incompatível com a eficiência que está na base da programação computacional. A pessoalidade e a absoluta dignidade que a acompanha não existem por referência à inteligência artificial, razão pela qual se, ainda que em concreto um ser humano esteja privado da capacidade de agir, não lhe pode ser negado o estatuto de pessoa (e de pessoa para o direito), o mesmo não pode ser sustentado por referência aos robots. Mesmo que se veja na personalidade jurídica um conceito operativo e técnico, porque ela é reconhecida (e não atribuída) às pessoas singulares em razão do seu estatuto ético, não é possível encontrar aí um ponto de apoio seguro para a extensão do conceito a entes artificiais.

Importa, então, e seguidamente, analisar a personalidade jurídica das pessoas coletivas.

⁽⁶⁷⁸⁾ Cf. *Draft Report with recommendations on civil law rules and robotics* (2015/2103 (INL), de 31 de Maio de 2016.

Ora, como vimos, esta é uma personalidade jurídica funcionalizada à prossecução de determinados interesses humanos coletivos ou comuns ou, e dito de outro modo, de um expediente técnico que permite que os sujeitos (pessoas físicas) prossigam determinados interesses de modo diverso e mais consentâneo com a sua natureza.

É exatamente esta justificação que falha por respeito aos entes dotados de inteligência artificial ⁽⁶⁷⁹⁾. Inexiste um interesse humano que possa ser mais bem prosseguido com a atribuição do estatuto aos robots, exceto se virmos na não responsabilidade do proprietário ou utilizador do robot a principal razão para a personificação. Simplesmente, tal contrariaria o entendimento do direito como uma ordem axiológica fundada na dignidade da pessoa vista como um ser de responsabilidade ⁽⁶⁸⁰⁾.

Há, porém, autores que se opõem a este entendimento. Teubner ⁽⁶⁸¹⁾ considera que, existindo riscos associados aos softwares — risco de autonomia, risco de associação entre os agentes artificiais e as pessoas que com eles se relacionam e o *network risk*, ou seja, o risco de interação entre diversos sistemas computacionais —, o direito deveria procurar definir o estatuto jurídico de cada tipo de algoritmo, propondo, a este propósito, a atribuição de uma personalidade jurídica limitada, a par da consideração de uma associação homem-máquina e de uma *risk pool*. A personalidade jurídica limitada permitiria, inclusivamente, que o algoritmo pudesse celebrar contratos como representante de terceiros, numa posição que, entre nós, foi analisada por Francisco Pereira Coelho, que trata o problema sob a ótica do nuncio ⁽⁶⁸²⁾. Ora, neste quadro, Teubner afasta qualquer objeção ao facto de a responsabilização do algoritmo, através da sua personalização, configurar um escudo contra a responsabilidade dos seres humanos. O *liability shield* a que o autor alude verificar-se-ia, também, ao nível da constituição de

⁽⁶⁷⁹⁾ Em sentido próximo, Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 146, considerando que, se não seria difícil atribuir personalidade jurídica a um condomínio, não seria possível fazê-lo em relação a uma mesa ou a um cavalo, por faltar aí a analogia com as pessoas singulares.

⁽⁶⁸⁰⁾ NEVEJANS, *European Civil Law Rules in Robotics*, 16.

⁽⁶⁸¹⁾ TEUBNER, “Digitale Rechtssubjekte? Zum privatrechtlichen Status autonomer Softwareagenten/Digital personhood? The status of autonomous software agents in private law”, *Ancilla Iuris*, 2018, 42 s.

⁽⁶⁸²⁾ TEUBNER, “Digitale Rechtssubjekte? Zum privatrechtlichen Status autonomer Softwareagenten/Digital personhood? The status of autonomous software agents in private law”, 36.

pessoas coletivas de responsabilidade limitada. Não cremos, porém, que o argumento seja totalmente transponível. Na verdade, do que se trata aí — ao nível das pessoas coletivas — é de considerar a responsabilidade por dívidas, encontrando-se uma solução que assenta na autonomia patrimonial; ao invés, o que se questiona agora é o problema da eventual responsabilização por força do cometimento de um ato ilícito e danoso: ora, numa hipótese como esta, do ponto de vista delitual, a existência de uma pessoa coletiva não afasta a responsabilidade do sujeito físico que concretamente atuou, antes lhe servindo de garantia. E se do ponto de vista contratual a pessoa coletiva é diretamente responsável — por se constituir como devedora — importa não esquecer que ela se efetiva pela existência de um património próprio do ente jurídico, algo que inexistia por referência aos algoritmos.

Do mesmo modo, parece espúria qualquer consideração atinente à existência de direitos de personalidade dos entes dotados de inteligência artificial, já que eles são indissociáveis da personalidade humana, cuja dignidade intrínseca reclama o seu reconhecimento. A atribuição de direitos de personalidade às pessoas coletivas resulta da necessidade de salvaguarda do ente criado para prossecução de interesses humanos, o que, aliás, justifica que a tutela fique dependente da necessidade e conveniência da prossecução dos seus fins. Repare-se, aliás, que os dados gerados pelo software não podem ser entendidos como uma projeção da capacidade criadora deles, ligada à sua especial dignidade, pelo que o único problema que resta é o de saber a quem deve ser atribuída a titularidade dos dados gerados, para efeitos de aproveitamento económico. Algo similar se observa por referência às pessoas coletivas — estas não são titulares de direitos de autor, por não serem criadoras, mas de direitos de propriedade intelectual. Simplesmente, a dimensão económica que estes encerram só faz sentido se e quando puder haver aproveitamento material do objeto sobre que incidem. E tal aproveitamento não está ao alcance de um simples software. Teubner, em rigor, reconhece que a personalidade dos algoritmos só faria sentido se eles fossem titulares de recursos económicos e se pudessem prosseguir o seu próprio escopo lucrativo ⁽⁶⁸³⁾.

⁽⁶⁸³⁾ TEUBNER, “Digitale Rechtssubjekte? Zum privatrechtlichen Status autonomer Softwareagenten/Digital personhood? The status of autonomous software agents in private law”, 42. Para outros desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Inteligência artificial. Entre a utopia e a distopia, alguns problemas jurídicos*, Gestlegal, 2021.

CAPÍTULO IV

O OBJETO DA RELAÇÃO JURÍDICA

1. CONSIDERAÇÕES GENÉRICAS

O objeto da relação jurídica é aquilo sobre que ela incide ou, dito de outro modo, é aquilo sobre que incide o direito subjetivo titulado pelo sujeito ativo dessa relação ⁽¹⁾.

A doutrina costuma distinguir, a este propósito, o objeto mediato e o objeto imediato. Consoante explica Mota Pinto, a diferença residiria em saber se aquilo sobre que incidem os poderes do titular do direito está submetido ao seu poder de forma direta ou apenas de forma mediata ou indireta ⁽²⁾. Mas a distinção faz apenas sentido por referência aos direitos de crédito que impliquem uma prestação de coisa certa e determinada ⁽³⁾.

Os diferentes objetos com que nos podemos confrontar autorizam-nos a estabelecer diferenciações entre diversos tipos de relações jurídicas. Na verdade, contra aquilo que dispõe o artigo 202.º CC a coisa não é equivalente a tudo o que possa ser objeto de relações jurídicas. Pelo contrário, existem mais objetos de direitos subjetivos do que coisas, importando, assim, perceber quais são ⁽⁴⁾.

2. OS POSSÍVEIS OBJETOS DA RELAÇÃO JURÍDICA

Podem ser objeto de relações jurídicas as pessoas. As pessoas serão,

⁽¹⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 331 s.

⁽²⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 331 s.

⁽³⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 333.

⁽⁴⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 334.

na verdade, objeto de relações jurídicas sempre que nos confrontemos com os chamados poderes deveres ou deveres funcionais. Mas também pode ser objeto da relação jurídica a própria pessoa. Será assim sempre que em causa esteja um direito de personalidade.

Do mesmo passo, podemos ver na prestação um objeto da relação jurídica. Estas prestações são o objeto típico dos direitos de crédito, traduzindo-se no comportamento do devedor, uma ação ou omissão.

Também as coisas são objeto de relações jurídicas. Estas são definidas pela doutrina como “bens (ou entes) de carácter estático, desprovidos de personalidade e não integradores do conceito necessário desta, suscetíveis de constituírem objeto de relações jurídicas” ⁽⁵⁾. Para tal, é necessário que os bens apresentem algumas características, a saber: *a)* existência autónoma ou separada; *b)* possibilidade de apropriação exclusiva por alguém; *c)* aptidão para satisfazer interesses ou necessidades humanas ⁽⁶⁾. Note-se que, pelo contrário, não é necessário que “se trate de bens efetivamente apropriados”, podendo tratar-se das “*res nullius*, como os animais bravios ou os peixes não apropriados” ⁽⁷⁾.

Menezes Cordeiro apresenta uma noção diversa. Para o autor, coisa é “toda a realidade figurativamente delimitada a que o direito dispense um estatuto historicamente determinado para os seres inanimados”, procedendo, posteriormente, em face da amplitude da noção, a múltiplas classificações esclarecedoras ⁽⁸⁾.

Dentro das várias classificações esclarecedoras que o autor alude (algumas das quais a que somos conduzidos pelo artigo 203.º CC) — coisas imóveis ou móveis, coisas simples e compostas, coisas fungíveis e infungíveis, consumíveis e não consumíveis, divisíveis e indivisíveis, principais e acessórias, presentes e futuras — assume particularmente importância a distinção entre as coisas corpóreas e incorpóreas. As primeiras têm existência exterior, podendo ser

⁽⁵⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 343.

⁽⁶⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 343. Sobre as características da coisa, veja-se A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, III, 4.ª edição (com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro), Almedina, Coimbra, 2019, 53 s.; Manuel de Andrade, *Teoria geral da relação jurídica*, I, 202 s.; Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 192 s.

⁽⁷⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 343.

⁽⁸⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, III, 57.

apercebidas pelos sentidos. Ao invés, as incorpóreas correspondem a meras criações do espírito ⁽⁹⁾.

Menezes Cordeiro explica que elas “correspondem a uma autonomização requerida pela natureza”, são “delimitáveis e domináveis”, podendo sofrer “a atuação humana direta, no sentido mais imediato de atuação física” ⁽¹⁰⁾. Abrangem as “porções limitadas de matéria em estado sólido”, mas também os “líquidos e os gases” ⁽¹¹⁾. Esclarece, porém, o autor que só assim será quando possam ser contidas num recetáculo, onde possam ser delimitadas, “sejam as margens de um rio ou de um lago, seja a garrafa de oxigénio” ⁽¹²⁾.

O conceito jurídico de coisa mostra-se, assim, mais amplo do que o homólogo conceito da linguagem corrente. A eletricidade é, para o jurista, uma coisa. Mas, não será qualificável como coisa corpórea, apesar de poder ser apreendida ou apercebida pelos sentidos ⁽¹³⁾. Este aspeto assume especial importância tendo em conta que o artigo 1302.º/1 CC restringe às coisas corpóreas a possibilidade de serem objeto de direitos reais.

São, ainda, coisas corpóreas os documentos e os outros suportes materiais que contenham obras intelectuais no seu interior. É o caso do disco rígido de um computador, de uma *pen-drive*, de um papel onde seja escrito um texto. Mas já não serão as obras do espírito que ali sejam alojadas. Essas, sendo qualificadas como coisas incorpóreas, poderão ser objeto de direitos de propriedade intelectual ou de propriedade industrial, dependendo do caso concreto.

Especiais problemas têm sido colocados, recentemente, a propósito do *software*. Como explica Menezes Cordeiro, “alguma doutrina, particularmente sugestionada pelas vantagens em aplicar, ao *software*, o regime próprio do vício sobre a coisa vendida, veio defender que a programação seria uma coisa corpórea, no sentido do § 90 do BGB. Subsequentemente, porém, quer a doutrina, quer a jurisprudência se distanciaram de tal orientação: os suportes seriam coisas

⁽⁹⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, III, 156.

⁽¹⁰⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, III, 157.

⁽¹¹⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, III, 158.

⁽¹²⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, III, 158.

⁽¹³⁾ Tenha-se, porém, em conta a problemática que envolve a qualificação das coisas como corpóreas. Um exemplo paradigmático disso mesmo é a eletricidade entendida pelos autores como uma coisa corpórea, embora imaterial. Cf. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, ponto 201.

corpóreas; a própria programação em si seria, antes, uma coisa incorpórea. Todavia, seria possível aplicar-lhe, quando a analogia das situações o justificasse e com as adaptações necessárias, o regime das coisas corpóreas” ⁽¹⁴⁾.

O problema tem sido, igualmente, colocado em face da tentativa de aplicar o regime da responsabilidade do produtor aos danos causados por entes dotados de inteligência artificial, bem como a respeito das especificidades que os chamados *non fungible tokens* comportam embora aí o que esteja em causa não seja propriamente a qualificação do software como uma coisa corpórea, mas como um produto ⁽¹⁵⁾.

A este propósito, Calvão da Silva aduz que “a definição de produto, contida no artigo 3.º, abrange os suportes materiais em que a

⁽¹⁴⁾ Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, III, 4.ª edição com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro, Almedina, Coimbra, 2019, 172. Menezes Cordeiro explica que as coisas corpóreas “correspondem a uma autonomização requerida pela natureza”, são “delimitáveis e domináveis”, podendo sofrer “a atuação humana direta, no sentido mais imediato de atuação física” — A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, III, 157. Tenha-se, porém, em conta a problemática que envolve a qualificação. Um exemplo paradigmático disso mesmo é a eletricidade entendida pelos autores como uma coisa corpórea, embora imaterial. Cf. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, ponto 201. A própria circunscrição dos direitos reais às coisas corpóreas não está isenta de dificuldades. Esta parece ser uma orientação do BGB (§ 90), em homenagem ao direito romano, que, contudo, não encontrou paralelo no período jusracionalista, durante o qual a propriedade intelectual seria tratada no quadro do direito de propriedade. Cf. LARENZ, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8. Aufl., Beck, München, 1997, 385 s. E o Código Civil, no artigo 1302.º CC, restringe os direitos de propriedade às coisas corpóreas. Contudo, alguns autores entendem que “do artigo 1302 não é legítimo retirar que o direito de propriedade, em geral, só pode ter por objeto coisas corpóreas. É ao intérprete que, considerando o conjunto da ordem jurídica, cabe retirar conclusões quanto aos objetos possíveis do conceito doutrinário geral de propriedade” — Rui Pinto DUARTE, *Curso de direitos reais*, Princípiá, 2020, 35. Para o autor, do preceito citado, em articulação com o artigo 1303.º, apenas se pode retirar que as regras do CC sobre o direito de propriedade apenas se aplicam subsidiariamente aos direitos de autor e direito de propriedade intelectual. Contudo, como o autor reconhece, embora possa haver direitos reais sobre outros direitos (*v. g.* o penhor de direitos), as disciplinas dos direitos de autor e direitos de propriedade industrial são muito diversas. No sentido da restrição dos direitos reais às coisas corpóreas, cf. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Reais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, 38. Em sentido contrário, Orlando de CARVALHO, *Direito das coisas*, 190 s.

⁽¹⁵⁾ Os *non fungible tokens* têm na verdade suscitado problemas que envolvem não só a compreensão do seu objeto, como a discussão acerca de uma eventual reconfiguração dos próprios direitos reais.

obra intelectual se materializa, fixa e comunica, pois são coisas móveis corpóreas, embora inconfundíveis com a obra intelectual em si — bem imaterial (...)” e acrescenta que “livros ou outras publicações e programas estandardizados de computador (*computer software*) são, portanto, produtos, no sentido do DL n.º 383/89” ⁽¹⁶⁾. Já não seria assim nas hipóteses de *software* de utilização única, que seria equiparado pelo autor a um serviço. A posição não deixa, contudo, de ser problemática. Alguma doutrina estrangeira, questionando a possibilidade de se ver no *software* uma coisa corpórea, acaba por rejeitar uma resposta em sentido positivo ⁽¹⁷⁾. Maioritariamente, a programação seria, assim, assimilada a um bem intelectual ⁽¹⁸⁾, não podendo

⁽¹⁶⁾ J. Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, 613; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, III, 172 s.; Andrea BERTOLINI, “Robots as Products: The Case for a Realistic Analysis of Robotic Applications and Liability Rules”, *Law Innovation and Technology*, 5/2, 2013, 214-247, www.ssrn.com/abstract=2410754; Bernhard A. KOCH, “Product Liability 2.0 — Mere Update or New Version?”, *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things — Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy IV*, Baden-Baden, 2019, 105.

⁽¹⁷⁾ Cf., sobre o ponto, Wolfgang VOIT/Götz GEWEKE, “Der praktische Fall — Bürgerliches Recht: Der türkische Computervirus”, *Juristische Schulung*, 2001, 362; P. BYDLINSKI, “Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: zeitlos oder ansoasungsbedürftig?”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 1998, 305. Entre nós, dando conta do problema, A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, III, 174.

⁽¹⁸⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, III, 175.

Sobre o ponto, num sentido problematizador, veja-se, ainda, Henrique Sousa ANTUNES, “Responsabilidade civil do produtor: os danos ressarcíveis na era digital”, *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano 1, 2019, propondo, a propósito da noção de produto para efeitos de responsabilidade do produtor, uma noção alargada de coisa móvel, nela compreendendo tudo aquilo que divirja de um bem imóvel ou de um serviço, independentemente de o bem ser tangível ou intangível.

Cf., ainda, sobre o ponto, cf., *inter alia*, Alexandre Dias PEREIRA, “Programas de computador, sistemas informáticos, e comunicações eletrónicas: alguns aspetos jurídico-contratuais”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 59/3, 1999, 915 s. Reconhecendo-se o inegável valor económico dos programas de computador, sustenta-se, aí, em linha com a legislação europeia, que a proteção do software deve ser encarada sob o prisma dos direitos de propriedade intelectual e que os contratos de cedência do software devem ser vistos como contratos de licença. Na ponderação de muitos destes problemas devemos, contudo, estar hoje cientes dos novos dados normativos que nos são comunicados pelas Diretivas (UE) 770/2019 e 771/2019, transpostas para o nosso ordenamento jurídico pelo DL n.º 84/2021, de 18 de outubro, embora aí se excluam do âmbito de relevância objetivo.

A este propósito, veja-se, igualmente, o Ac. TRL 27-1-2022, Proc. n.º 98/21. 8YHLSB.L1-PICRS, relatora Maria da Luz Teles Meneses de Seabra, considerando que “o artigo 1.º do DL n.º 252/94 de 20/10 confere proteção análoga à proteção

ser objeto de direitos reais, mas tão só de direitos de propriedade industrial ou de propriedade intelectual.

Atualmente, a nova Diretiva (UE) 2024/2853 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de outubro de 2024 relativa à responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos, que revoga a Diretiva 85/374/CEE do Conselho, vem definir o produto como “todos os bens móveis, mesmo que integrados noutro bem móvel ou num bem imóvel ou com ele interligados”, incluindo no conceito a eletricidade, os ficheiros de fabrico digitais, as matérias-primas e o software.

De acordo com a posição de Menezes Cordeiro, as coisas incorpóreas englobam os bens intelectuais, as prestações e os *quid* jurídicos⁽¹⁹⁾. Os bens intelectuais incluiriam as obras literárias e artísticas, os inventos e as marcas. As prestações traduzem-se numa conduta humana. As realidades ou *quia jurídicos* configuram figuras técnicas e sociais.

Não cremos que esta inclusão seja de aplaudir. Em bom rigor, o insigne civilista chega à mesma conclusão, embora entenda que não há mal maior em “numa linguagem jurídica corrente falar de certos direitos como coisas imóveis ou de determinadas composições como direitos sobre direitos”⁽²⁰⁾.

Contudo, parece-nos não haver sentido para perder de vista o rigor dogmático que caracteriza o direito civil, não obstante a menor tecnicidade dos preceitos do Código no que respeita ao objeto da relação jurídica.

Assim, apesar de o artigo 204.º/1, d) CC qualificar como coisas imóveis os direitos inerentes aos imóveis mencionados nas alíneas anteriores, elas próprias especificadoras de coisas imóveis, parece que numa situação como esta o direito é considerado coisa por referência ao objeto em que incida. Ora, o objeto do direito é, neste caso, o direito, falando-se de direitos sobre direitos, e não a coisa objeto do primeiro

conferida às obras literárias, a todos os programas de computador com carácter criativo, independentemente do seu tipo funcional, do seu suporte material e da sua fase de desenvolvimento, determinando que para efeitos de proteção se equipara ao programa de computador o material de conceção preliminar daquele programa (n.º 3). Se o programa de computador for criado sob encomenda, o artigo 3.º do referido DL n.º 252/94 de 20/10, em clara derrogação do artigo 14.º do CDADC, consagra a regra de que pertencem ao destinatário do programa os direitos a ele relativos, salvo estipulação em contrário”.

⁽¹⁹⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, III, 159.

⁽²⁰⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, III, 163.

direito que agora é também objeto ⁽²¹⁾. Do mesmo modo, são objetos autónomos de relações jurídicas as prestações.

Estas considerações mostram-nos, porém, que ainda não concluímos a nossa lista de possíveis objetos de direitos. Decorre das nossas últimas palavras que são também objeto de relações jurídicas os próprios direitos subjetivos. Pense-se, por exemplo, no penhor de direitos, no usufruto de direitos, da hipoteca de um usufruto, entre outros. Note-se, não obstante, que alguns autores contestam a ideia de direitos sobre direitos ⁽²²⁾.

Também os animais são hoje considerados autónomos objetos da relação jurídica, escapando à qualificação de coisa, não obstante o entendimento de autores como Pais de Vasconcelos, que os qualificam como coisas semoventes. Entende-se o posicionamento. De facto, apesar de agora estarem previstos no artigo 201.º-B, enquanto seres vivos dotados de sensibilidade, continuam a ser-lhe aplicáveis as disposições relativas às coisas (artigo 201.º-D).

⁽²¹⁾ Sobre o ponto, A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, III, 163. Veja-se, ainda, Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da relação jurídica*, I, 197.

⁽²²⁾ Cf., a este propósito, Oliveira ASCENSÃO, *Teoria Geral*, 354 s.

CAPÍTULO V

O FACTO JURÍDICO

1. NOÇÃO. FACTOS RELEVANTES E IRRELEVANTES DO PONTO DE VISTA JURÍDICO. FACTOS INVOLUNTÁRIOS E VOLUNTÁRIOS. SIMPLES ATOS JURÍDICOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS

O facto jurídico é qualquer facto humano ou acontecimento natural produtor de efeitos jurídicos. Nessa medida, pode ser entendido como o evento de onde promana a relação jurídica ⁽¹⁾.

Distingue-se, portanto, o facto jurídico dos factos irrelevantes para o direito. A doutrina tradicionalmente apresentava alguns exemplos. Mota Pinto fala, a este propósito, de um convite para um passeio, uma visita de cortesia social ou o uso de gravatas de uma certa cor ⁽²⁾.

Compreendendo os referidos exemplos, cremos, no entanto, não ser possível apontá-los *a priori* e descontextualizadamente. De facto, se, em regra, um convite para um passeio é um facto neutral do ponto de vista da eficácia jurídica, não é totalmente desprovido de sentido pensar que ele pode ganhar relevância a este nível. Pense-se, por exemplo, no caso em que A convida B para passear numa zona montanhosa, esperando com isso que o segundo, pessoa debilitada, que padece de uma grave condição cardíaca, possa morrer. Numa hipótese como esta, o facto social irrelevante torna-se relevante.

⁽¹⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 355.

⁽²⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 355.

De uma forma mais ampla, haveremos de considerar que, a partir do momento em que o sistema jurídico é aberto e em que, metodologicamente, a realização do direito assume o caso como o *prius e a perspectiva* que tudo determina, não só não é possível definir um espaço livre do direito, como só diante do caso concreto poderemos concluir se é ou não juridicamente relevante ⁽³⁾.

Nessa medida, o simples facto de se usar uma gravata de uma certa cor, absolutamente inócuo em geral, pode, em teoria, assumir relevância se aquela for, de acordo com um determinado código de conduta, uma forma de perpetrar uma ofensa à honra de um determinado sujeito.

Os factos jurídicos podem ser involuntários, quando lhes é estranho qualquer intuito volitivo ⁽⁴⁾, ou voluntários, se se traduzirem numa manifestação de vontade. Estes — os voluntários —, por seu turno, podem ser ilícitos ou lícitos.

Dentro dos factos voluntários lícitos (*atos jurídicos*) ⁽⁵⁾, a civilística nacional tende a estabelecer uma distinção entre os *simples atos jurídicos* e os *negócios jurídicos* ⁽⁶⁾.

Tradicionalmente, a doutrina explica que, enquanto no caso dos simples atos jurídicos, os efeitos se produzem *ex lege*, ou seja, são independentes da vontade, que apenas tem uma eficácia genética; na hipótese dos negócios jurídicos, os efeitos produzem-se de acordo com a vontade manifestada (*ex voluntate*) ⁽⁷⁾.

Os termos da distinção são, porém, postos em causa por alguns autores. Menezes Cordeiro critica o arcaísmo da distinção e sublinha

⁽³⁾ Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica — Problemas fundamentais*, 152.

⁽⁴⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 356. Pense-se, no caso, da morte natural, do nascimento, etc. Mota Pinto esclarece, contudo, que a morte, mesmo quando provocada, deve ser considerada um facto involuntário, mas medida em que a sua eventual voluntariedade não tem relevância para efeitos de abertura da sucessão. Não cremos, porém, que a conclusão tenha de ser necessariamente esta. Pense-se, por exemplo, na hipótese em que a morte foi provocada por um dos herdeiros. As próprias regras sucessórias ditam, num caso como este, soluções diversas.

⁽⁵⁾ Sobre o ponto, cf. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, II, 11 s.

⁽⁶⁾ Na doutrina alemã, cf. LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 9. neubearbeitete und erweiterte Auflage, C. H. Beck, München, 2004, 396 s.

⁽⁷⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 357; Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 8 s.; Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, II, 38 s.

que no negócio jurídico há factos que produzem efeitos *ex lege* ⁽⁸⁾. Retoma, por isso, a tradição de Paulo Cunha para cindir entre os atos que implicam liberdade de celebração (*simples atos jurídicos*) e os atos que envolvem não só liberdade de celebração, como também liberdade de estipulação (*negócios jurídicos*), embora não negue que, no tocante aos simples atos jurídicos, os efeitos em causa estejam predeterminados normativamente ⁽⁹⁾.

A divergência do autor justifica-se por razões ligadas à compreensão do negócio jurídico que só *infra* poderemos entender. Porém, poderemos avançar que o facto de se produzirem, ao nível do negócio jurídico, determinados efeitos que não foram especificamente pensados pelas partes (ou parte) não parece obstar à adesão ao critério tradicional de distinção. Sendo certo que, como qualquer critério distintivo, pode evidenciar fragilidades, parece-nos, ainda assim, preferível ao critério distintivo proposto por Menezes Cordeiro: é que, em rigor, há determinados negócios jurídicos em relação aos quais, não deixando de os ser, não existe liberdade de celebração e/ou de estipulação.

Dentro dos simples atos jurídicos, distinguem-se os quase negócios jurídicos ou atos jurídicos quase negociais, que se traduzem numa pura manifestação de vontade; e os atos materiais/atos reais/atos exteriores ou operações jurídicas, a implicar a realização de um ato material, a que a lei liga determinados efeitos, como é o caso da criação de uma obra literária ⁽¹⁰⁾.

Repare-se que aos simples atos jurídicos se aplicam, na medida em que a analogia o justifique, as regras atinentes aos negócios jurídicos, conforme estabelece o artigo 295.º CC. Na concretização desta regra, Mota Pinto ensina que, por exemplo, não se devem aplicar as normas da doutrina geral do negócio jurídico inspiradas pela tutela da confiança dos declaratórios e dos interesses gerais do tráfico aos atos jurídicos pessoais (perfilhação, adoção) ⁽¹¹⁾. No tocante aos atos materiais, pela sua natureza não parece fazer sentido questionar a aplicação

⁽⁸⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, 88 s.

⁽⁹⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 113.

⁽¹⁰⁾ Cf. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 358; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 115, no mesmo sentido, mas evidenciando divergências terminológicas (nota 318).

⁽¹¹⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 417.

das regras respeitantes à capacidade, à interpretação, aos vícios da vontade ⁽¹²⁾. Ao invés, no que respeita aos atos jurídicos quase negociais, aplicar-se-ão, em regra, as normas sobre capacidade, a declaração, a interpretação, os vícios da vontade, a representação, etc. ⁽¹³⁾

2. O NEGÓCIO JURÍDICO

No leque dos atos jurídicos, o papel de destaque é atribuído ao negócio jurídico. O dado é comprovado, em termos normativos, por ser a disciplina jurídica dos negócios jurídicos que é aplicável, por analogia, aos simples atos jurídicos, e, em termos práticos, pela importância que a categoria assume na realidade económica e social.

Curiosamente, e contra aquilo que se poderia pensar, o negócio jurídico, enquanto categoria autónoma, sistematicamente pensada, é algo recente, que devemos à Pandectística alemã ⁽¹⁴⁾. Entre nós, a categoria foi tratada primeiramente por Guilherme Moreira ⁽¹⁵⁾. De então até agora, várias têm sido as concepções com que a mesma foi captada. Esta evolução acompanhou, em rigor, o desenvolvimento que o conceito de negócio jurídico conheceu além-fronteiras, fruto de teorias várias e da influência de diferentes racionalidades e pressuposições axiológicas.

⁽¹²⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 418; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 116. Alerta, contudo, Mota Pinto que, não obstante, esta formulação genérica, é importante averiguar, caso a caso, se existe efetivamente analogia de situações ou não ou se existe regulamentação especial na matéria. Como exemplo, aponta a fixação de domicílio voluntário que é um ato material e não um quase-negócio jurídico, mas exige a capacidade (cf. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 419).

⁽¹³⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 418. Sobre o ponto, vide, igualmente, Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, II, 13 s.

⁽¹⁴⁾ Isto não significa que o negócio jurídico não existisse anteriormente. Para uma evolução da compreensão do contrato, enquanto uma das possíveis modalidades de negócio jurídico, veja-se Francisco Brito Pereira COELHO, “Contrato: evolução do conceito no Direito Português”, *Boletim da Faculdade de Direito* 64, 1988, 233-296.

⁽¹⁵⁾ Guilherme MOREIRA, *Instituições do Direito Civil Português*, I, 1907, 387 s. Acerca desta evolução, cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 64 s., dando conta da reação adversa com que parte da doutrina recebeu a categoria. Para uma dessas reações, veja-se José TAVARES, *Os princípios fundamentais do direito civil*, I, 2.^a edição, 1929, 72 s.

Num primeiro momento, o negócio jurídico é entendido à luz da teoria da vontade ou dogma da vontade. Savigny define-o como o facto jurídico que envolve uma atuação livre e no qual a vontade do agente é imediatamente dirigida à constituição ou dissolução de uma relação jurídica ⁽¹⁶⁾. O núcleo central do negócio jurídico é integrado por uma declaração negocial, que se identifica com a vontade do declarante, e que se dirige à produção de determinados efeitos.

A questão que se coloca é a de saber que efeitos são estes. Ora, num período de exaltação da vontade e da liberdade, entendida em termos individualísticos, não se estranha que a resposta primeiramente oferecida para a indagação fosse a de que os efeitos aqui em causa são os efeitos jurídicos. Entendia-se, na verdade, que os efeitos produzidos e determinados por lei são exatamente correspondentes ao conteúdo da vontade das partes ⁽¹⁷⁾.

Esta teoria dos efeitos jurídicos não poderia ser aceite. Consoante explicam os autores, só um jurista com uma formação completa poderia celebrar negócios jurídicos, pois só ele seria capaz de antecipar todos os efeitos que, por força da manifestação da vontade das partes, se desencadeariam ⁽¹⁸⁾. Como é bom de ver, há determinadas consequências associadas à celebração de um negócio jurídico que podem não ter sido intencionadas pela vontade das partes ou da parte. Do mesmo modo, como sublinha Enneccerus, o que está em causa é a vontade de produção de determinadas consequências práticas, não se exigindo a consciência das construções jurídicas que lhe estão associadas ⁽¹⁹⁾.

Numa tentativa de superação destas dificuldades, alguns autores propõem uma compreensão do negócio jurídico centrada, exactamente, na produção desses efeitos práticos. A vontade seria dirigida a estes e não aos efeitos jurídicos que lhe seriam associados ⁽²⁰⁾.

⁽¹⁶⁾ SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, III, Aalen, Scientia V, 1973, 98 s.

⁽¹⁷⁾ Cf. F. REGELSBERGER, *Pandekten*, I, 1893, 489. Para uma análise aprofundada das posições aqui citadas, cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 47 s.

⁽¹⁸⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 49 e 54 s.; Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 380.

⁽¹⁹⁾ L. ENNECERUS, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, 1889, 18 s.

⁽²⁰⁾ Philipp LOTMAR, *Über causa im römischen Recht — Beitrag zur Lehre von den Rechtsgeschäften*, 1875, 6 s.; Castro MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 1995, 98 s.; Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, 43 s.

Simplesmente, também esta perspetiva não é imune a críticas. Designadamente, ela deixa-nos sem critério para distinguir o negócio jurídico de outros acordos da vida social, como os negócios de pura obsequiosidade e os acordos de cavalheiros (*gentlemen's agreements*). Os primeiros são “promessas ou combinações da vida social às quais é estranho o intuito de criar, modificar ou extinguir um vínculo jurídico” ⁽²¹⁾; já os segundos são “combinações sobre matéria que normalmente é objeto de negócios jurídicos, mas que estão desprovidas da intenção de criar negócios jurídicos” ⁽²²⁾. Em qualquer dos casos, existe, de facto, intenção de produzir determinados efeitos práticos, mas exclui-se a intenção de vinculatividade jurídica. Ora, com a mera referência aos efeitos práticos não seria possível cindir as categorias.

Por outro lado, como sublinham alguns autores, os efeitos práticos podem ser obtidos por mais do que uma via jurídica, cabendo às partes escolher qual delas querem seguir ⁽²³⁾. Pensemos, ademais, em certas categorias de negócios em que há uma discrepância entre o efeito prático que se pretende obter e a via jurídica de que se lança mão para o obter ⁽²⁴⁾.

Nessa medida, autores como Larenz ⁽²⁵⁾, na Alemanha, ou como Manuel de Andrade ⁽²⁶⁾, Mota Pinto ⁽²⁷⁾, Orlando de Carvalho ⁽²⁸⁾, entre nós, sustentam que os sujeitos parte do negócio jurídico visam alcançar certos efeitos práticos, com o objetivo de que os mesmos sejam realizados sob a alçada do direito. À intenção de produção de determinados efeitos práticos associar-se-ia a intenção de vinculação jurídica, ou seja, de que aquele fim fosse protegido pelo ordenamento jurídico.

Esta compreensão do negócio jurídico parece ainda ser tributária de uma visão liberal, que olha para o negócio como o domínio privilegiado de criação de uma normatividade particular em que as partes se assumem como senhoras, reconhecendo o ordenamento a

⁽²¹⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 382 s.

⁽²²⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 382 s.

⁽²³⁾ Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, II, 71.

⁽²⁴⁾ Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, II, 71, falando dos negócios fiduciários.

⁽²⁵⁾ LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 438 s.

⁽²⁶⁾ Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 130 s.

⁽²⁷⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 381 s.

⁽²⁸⁾ Orlando de CARVALHO, “Negócio jurídico indirecto”, 21 s.

vinculatividade decorrente do exercício da liberdade que se invoca. Mas, como explica Oliveira Ascensão, “as partes devem pretender os efeitos práticos, uma via jurídica para a sua obtenção, os elementos essenciais de um tipo negocial (ainda que com a imprecisão de um leigo). Mas tudo o resto pode faltar; e mesmo aqueles elementos podem ficar sujeitos à erosão legal, que leva a admitir a execução específica, a conversão, um negócio diverso e assim por diante (...)” ⁽²⁹⁾. Para o autor, a vontade deveria dirigir-se à pretensão de que o negócio tivesse valia jurídica ⁽³⁰⁾.

E, em rigor, ela parece não permitir explicar todas as soluções predispostas pelo ordenamento jurídico, por um lado, e, por outro lado, não permitir lidar com todas as situações em que se pretende excluir a vinculatividade.

De facto, a não vinculatividade negocial não equivale, outrotanto, à ausência de relevância jurídica, o que, num ordenamento jurídico em que a confiança é assumida e tutelada como valor essencial, podendo resultar da sua quebra uma pretensão indemnizatória que se aproxima, em termos práticos, da que emergiria da quebra de um negócio, acrescenta dificuldades no momento de se operar a cisão. Ademais, importa não esquecer que esse mesmo ordenamento jurídico acaba por, na querela entre objetivismo e subjetivismo, dar prevalência, em determinadas situações, às expectativas da contraparte, de tal modo que a vinculação negocial pode não corresponder a uma efetiva intenção de produção de efeitos práticos tutelados pelo direito. E mesmo naquelas hipóteses normativas em que se sopesa mais a vontade, por referência à confiança, parte da doutrina tem-se mostrado restritiva na relevância que dispensa. Pensemos na falta de consciência da declaração e no posicionamento de Menezes Cordeiro que considera que ela só deve relevar quando for aparente, de modo a que declaração não possa ser imputada ao declarante ⁽³¹⁾. Existiria, portanto, uma hipótese em que a (não aparente) falta de vontade de declaração conduziria a uma tutela positiva da confiança (e, portanto, à vinculação negocial) e não apenas à tutela negativa.

Por outro lado, indaga-se até que ponto, se a normatividade particular gizada pelas partes comunica necessariamente com a normatividade mais geral em que se insere, é possível — por vontade dos

⁽²⁹⁾ Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, II, 72.

⁽³⁰⁾ Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, II, 72.

⁽³¹⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 803 s.

sujeitos — vir descaracterizar a força negocial de um acordo que o legislador, inclusivamente, pode ter disciplinado num qualquer tipo negocial.

Os problemas são muitos, envolvendo múltiplas categorias jurídicas, e requerem alguma reflexão. A literatura jurídica sobre o tema não é abundante. Para além de algumas referências às formas de cooperação não negocial e ao modo como devemos perspetivar o negócio jurídico ⁽³²⁾, poucos são os estudos que existem entre nós exclusivamente sobre estas questões. Exceção feita ao trabalho de Júlio Gomes e António Frada de Sousa ⁽³³⁾, que constitui um marco incontornável, oferecendo uma visão muito ampla sobre o tema. Não obstante a sua importância, cremos que se justifica um aprofundamento da matéria, tanto mais que a realidade negocial atual, caracterizada pela sua complexificação crescente, vai forjando esquemas relacionais que tornam mais ténues as fronteiras entre o negócio jurídico e o mero acordo. Pense-se, por exemplo, nas cartas de conforto e no *continuum* que se pode estabelecer entre os seus vários tipos — conforto fraco, médio e forte — a determinar a passagem da mera tutela da confiança para a vinculação contratual, sem que na tarefa qualificativa nos devamos deixar guiar tão-só, ou mesmo preferencialmente, pela intenção subjacente do declarante, ou não fosse a regra da interpretação das declarações negociais marcada pelo objetivismo mitigado do sentido da impressão do destinatário.

E, se olharmos para os domínios tradicionalmente alheios ao direito — o mundo das relações sociais, de cortesia, de amizade, familiares —, somos também levados a concluir que a ambivalência é a palavra de ordem ⁽³⁴⁾. Júlio Gomes e António Frada de Sousa evidenciam-no claramente, colocando frente a frente duas hipóteses aparentemente merecedoras de tratamento antagónico, embora situadas ambas no domínio

⁽³²⁾ Cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 382 s.; Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 31 s.; J. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, 74 s.; L. Carvalho FERNANDES, *A conversão dos negócios jurídicos civis*, Quid iuris, Lisboa, 1993, 63 s.; H. E. HÖRSTER, *A parte geral do código civil português*, Almedina, Coimbra, 1992, 419 s.

⁽³³⁾ Júlio GOMES/António Frada de SOUSA, “Acordos de honra, prestações de cortesia e contratos”, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, UCP Editora, 2002, 693 s.

⁽³⁴⁾ Cf. Vincenzo PANUCCIO, “Cortesia (prestazioni di)”, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, IX, Roma, 1988, 4 s.

das relações sociais ⁽³⁵⁾. Assim, enquanto algumas hipóteses não poderiam ser objeto de um contrato, independentemente da vontade das partes; noutras a cortesia seria já tratada como relação contratual. No primeiro caso, estariam determinadas relações em domínios familiares ou de cortesia, analisadas segundo uma posição objetivista, protagonizada por autores como Flume, que não aborda o problema de acordo com o critério da vontade de vinculação jurídica; no segundo caso, encontraríamos hipóteses como a do comodato, não sendo possível configurar um comodato de cortesia por contraposição ao contrato de comodato, “seja qual for a medida da consciência das partes relativamente aos efeitos jurídicos da sua atuação e independentemente até de uma vontade preventivamente dirigida a excluir um vínculo jurídico, dado que um tal poder é subtraído à autonomia dos particulares” ⁽³⁶⁾.

A questão que resta, então, é a da justificação para esta dualidade, pois, se o que determina a diferença de tratamento é a estrutura do ato e não a intenção das partes, deixam de se conseguir distinguir situações como o contrato de hospedagem e a hospedagem de um amigo ⁽³⁷⁾. Ora, os diversos critérios que foram sendo pensados pela doutrina, e com os quais, aliás, Júlio Gomes e Frada de Sousa dialogam, — interesse altruísta *vs.* interesse egoísta; caráter solidário e gratuito *vs.* caráter não solidário e oneroso; tendencial unilateralidade *vs.* bilateralidade; espontaneidade *vs.* premeditação — acabam por se mostrar, por uma ou outra razão, frágeis.

A verdade é que a compreensão dos negócios de pura obsequiosidade e dos acordos de cavalheiros fica dependente do entendimento que se tenha do próprio negócio jurídico e do contrato, oscilando-se entre posições objetivistas e posições subjetivistas. Nas primeiras, podemos filiar autores como Krückmann, Wolloweit, Hepting.

Em resumo, o objetivismo de que falamos conduz-nos a algumas ideias-guia: negação da existência de acordos excluídos da vinculação jurídico-negocial; existência de relações contratuais onde está ausente o dever de prestação, cujo conteúdo é integrado por deveres

⁽³⁵⁾ Júlio GOMES/António Frada de SOUSA, “Acordos de honra, prestações de cortesia e contratos”, 865.

⁽³⁶⁾ Júlio GOMES/António Frada de SOUSA, “Acordos de honra, prestações de cortesia e contratos”, 865.

⁽³⁷⁾ Júlio GOMES/António Frada de SOUSA, “Acordos de honra, prestações de cortesia e contratos”, 867.

de proteção, que teriam a sua fonte no contrato; impossibilidade de a ordem jurídica ser afastada em bloco, podendo quanto muito afastar-se certos efeitos jurídicos; impossibilidade de o ordenamento jurídico abdicar da valoração do acordo das partes; autovinculação como resultado da dialética entre liberdade e proteção da confiança, representando a confiança um elemento desta vinculação ⁽³⁸⁾. Para as posições subjetivistas, o elemento determinante seria a vontade de vinculação, ou seja, a intenção de produzir determinados efeitos práticos com o fito de que sejam juridicamente relevantes.

Em confronto surgem duas concepções de negócio jurídico. Àquela visão mais liberal, a que nos referimos *supra*, contrapõe-se uma visão socializante, que aponta para o negócio jurídico uma função social e coletiva que justifica que o ordenamento jurídico dispense os seus meios à tutela dos interesses que por meio dele são firmados. Sem que, contudo, esta dicotomia esgote o universo de compreensão do negócio jurídico, enquanto categoria autónoma.

É neste quadro que se pode compreender a perspetiva para a qual Menezes Cordeiro chama a atenção, segundo a qual este seria visto como um “ato de autorregulamentação de interesses” ⁽³⁹⁾, com forte inspiração kelsiana e da sua doutrina da estrutura escalonada da ordem jurídica.

Kelsen vem, de facto, sustentar — a partir da sua fundamentação da juridicidade na *Grundnorm* ⁽⁴⁰⁾ — que na ordem jurídica há que distinguir três níveis, todos eles indispensáveis, entre os quais se estabelece uma relação de precedência lógica. E se é claro que a aplicação de uma norma de escalão superior, pela sua concretização numa norma de escalão inferior, implica um ato de constituição do direito e que a sentença não se queda num puro processo de declaração de direito, não é menos seguro que o ato interpretativo é concebido como um exercício teórico de indicação das significações possíveis, dentro do quadro de sentidos literais por ela delineado, rejeitando-se a mobilização dos elementos sistemáticos e teleológicos na consecução

⁽³⁸⁾ Para uma súmula destes postulados, cf. Júlio GOMES/António Frada de SOUSA, “Acordos de honra, prestações de cortesia e contratos”, 875 s.

⁽³⁹⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 54 s. Seria esta a concepção perfilhada por BETTI, *Teoria Generale del negozio giuridico*, 1943, 44 s.; e, entre nós, por Dias MARQUES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 1959, 27 s. e, tendencialmente, por Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, II, 73 s.

⁽⁴⁰⁾ Cf. Hans KELSEN, *Teoria pura do direito*, 4.^a edição, Arsénio Amado, Coimbra, 1976, 9 s.

de tal tarefa ⁽⁴¹⁾. Pelo que, uma vez criada a norma legal, como processo de aplicação-constituição da norma superior através de um ato de vontade, a norma fundamental — de si meramente formal, dado configurar-se como um expediente necessário para garantir a coerência interna do sistema e impedir o retrocesso *ad infinitum* — deixa de derramar qualquer influência na decisão concreta do caso que se obtenha. Seria esta mesma pirâmide de normas, tal como concebida pelo autor, que justificaria o surgimento do negócio jurídico: este seria legitimado por normas superiores e seria capaz de regular interesses como qualquer norma. Assume, portanto, uma feição normativa, como uma juridicidade particular que decorre da normatividade de nível superior.

Menezes Cordeiro mostra-se profundamente crítico desta imposição. Em primeiro lugar, sublinha o insigne civilista que, na ausência de interesse, pode continuar a haver negócio jurídico. Do mesmo modo, salienta que, por falta de generalidade, o negócio não pode ser entendido como uma norma. Ademais, relembra que a ideia de regulamentação própria suscita dúvidas, na medida em que se admite

⁽⁴¹⁾ Cf. Kelsen, *Teoria pura do direito*, 349.

Cultor do positivismo jurídico (cf. Hans Kelsen, *Teoria pura do direito* e “Was ist die reine Rechtslehre?”, *Festschrift für Giacometti*, Zurich, 1953, 153), o jurista, profundamente influenciado pelo Círculo de Viena, parte da pressuposição de que só se pode aceder à compreensão do que é verificável, pelo que restringe a sua análise às normas, tidas como meras estruturas lógicas. É certo que o próprio contesta a ideia de lógica associada à sua teoria pura do direito, atribuindo-lhes o papel de funções de uma teoria geral, à semelhança do que, na geometria, é cumprido pelas figuras do círculo ou do quadrado [cf. HANS Kelsen, “Was ist die reine Rechtslehre?”, 150], mas não é menos verdade que, na sua ânsia de depurar a ciência jurídica de múltiplas contaminações, vem afirmar a irrelevância dos seus conteúdos, definindo o dever ser como categoria do pensamento, numa clara inspiração kantiana. O importante é a legitimidade da sua prescrição a partir da norma fundamental. Para uma crítica à imposição kelsiana da ciência jurídica pura, cf. Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 3.^a Edição, Fundação Caloust Gulbenkian, Lisboa, 1997, 100 e 105 s. Afirma o autor, na análise do problema da interpretação em Kelsen, que “o trânsito de um nível superior da produção jurídica para o nível imediatamente inferior é sempre as duas coisas: aplicação da norma superior e criação do direito, isto é, produção da norma inferior. Esta dupla natureza partilha-a a sentença judicial com a lei, o decreto, o ato administrativo e o negócio jurídico. Ora, a norma de grau superior (...) não pode nunca determinar completamente e em todas as direções o ato pelo qual é executada (...). Fica sempre uma margem de discricionariedade para o órgão chamado a estabelecer a norma inferior”.

que a eficácia negocial transcenda o círculo estrito das partes, como ocorre com o contrato a favor de terceiro, e na medida em que nem sempre o negócio regula os interesses do seu autor, como se verifica ao nível do testamento. *In fine*, a conceção não permite distinguir o negócio do ato jurídico, pelo menos por referência a alguns dos entendimentos que sobre ele são derramados ⁽⁴²⁾.

A todas estas críticas concludentes associamos mais uma. De facto, a conceção normativista kelsiana de que parte o entendimento em análise torna-o inviável. O autor, negando abertamente o direito natural, vem colocar o problema da validade de uma norma positiva — a que reduz a juridicidade —, para afirmar que o fundamento daquela se encontra numa norma fundamental, “cuja validade objetiva é presuposta sempre que o dever-ser que constitui o sentido subjetivo de quaisquer atos é legitimado como sentido objetivo de tais atos. (...) Consideramos um determinado tratamento de um indivíduo por parte do outro como justo quando este tratamento corresponde a uma norma por nós havida como justa. A questão de saber por que é que nós consideramos esta norma como justa conduz, em último termo, a uma norma fundamental por nós presuposta que constitui o valor da justiça” ⁽⁴³⁾. Cabendo à ciência “analisar as normas que os homens efetivamente considerem como válidas quando valorem algo como justo”, acaba por negar uma ordem valorativa presuposta e redundar na afirmação de que “há muitos ideais de justiça diferentes uns dos outros e contraditórios entre si (...)”, pelo que só é “lícito conferir uma validade relativa aos valores de justiça constituídos através desses ideais” ⁽⁴⁴⁾.

Dicotomizando o conceito de direito do conceito de justiça, erige o último como referente de sindicância da validade do primeiro, para, logo em seguida, esclarecer que existem diversas formas de pensar a relação entretecida entre ambos. Assim: 1) para alguns pensadores, o direito positivo só é válido se justo, isto é, “a validade da norma de justiça é o fundamento da validade do direito positivo”; 2) para outros, situados nos antípodas destes e cultores do positivismo jurídico, o direito positivo é independente de qualquer suposição do justo ⁽⁴⁵⁾. A segunda posição é, para Kelsen, a única compatível com o relativismo

⁽⁴²⁾ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 55 s.

⁽⁴³⁾ KELSEN, *A justiça e o direito natural*, Almedina, Coimbra, 2001, 51 s.

⁽⁴⁴⁾ KELSEN, *A justiça e o direito natural*, 53.

⁽⁴⁵⁾ KELSEN, *A justiça e o direito natural*, 99.

axiológico, isto é, com a ideia da inexistência de um “absoluto em geral e de valores absolutos em particular”, pelo que “uma teoria jurídica positivista não reconhece o fundamento de validade de uma ordem jurídica positiva em qualquer das muitas normas de justiça (...) mas numa norma fundamental hipotética por força da qual nos devemos conduzir e por força da qual devemos tratar os homens tal como for conforme a uma primeira constituição histórica”.

O contrato enquanto autorregulamentação de interesses ficaria assim dependente de uma norma superior que concretizaria e que o legitimaria, mas perderia qualquer referente de sentido axiológico.

Ora, não só o direito não se reduz ao direito positivo, como esta compreensão normativista e escalonada (piramidal) da ordem jurídica não pode ser aceite em termos metodológicos. De facto, a pressuposição da *Grundnorm* pelo autor restringe-se ao momento de explicitação da validade da estrutura normativa a que se reduz todo o direito, e a depuração do sentido ético de qualquer conceito quando assumido pela norma, ao transforma-la numa mera estrutura formal, acaba por prescindir do sentido axiológico que recusamos abdicar ⁽⁴⁶⁾.

O negócio jurídico não poderá, portanto, ser compreendido como uma estrutura formal com raiz numa norma superior que olvide, em simultâneo, os pilares estruturais da autonomia privada — em que assenta a categoria — e o referente axiológico em que tal autonomia se move, até porque tal nos condenaria a um entendimento positivista que olharia para o Estado — e o legislador — como o único criador do Direito ⁽⁴⁷⁾. A compreensão do negócio que defendemos deve fazer apelo a uma ideia de justiça, a corresponder a uma visão do direito fundada numa axiologia que prescinde da liberdade individual para afirmar a liberdade pessoal, que terá de surgir paredes-meias com uma ideia de confiança. Acresce que não nos podemos esquecer que uma coisa é o negócio jurídico enquanto ato de vontade, outra será a regulamentação que daí resulta, que se deve ordenar em função dos princípios normativos do sistema, em consonância com os quais a própria

⁽⁴⁶⁾ Para uma crítica ao pensamento de Kelsen, cf. Castanheira Neves, *Questão de Facto e Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. A Crise, Almedina, Coimbra, 1967, 619 s.

⁽⁴⁷⁾ Sobre o ponto, diferenciando, contudo, a posição kelsiana de outros entendimentos positivistas que sustentam que a fonte de vinculatividade do negócio é a lei e não a autonomia, Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, II, 66 s.

autonomia deve ser exercitada ⁽⁴⁸⁾. No fundo, a autonomia que se tutela e exercita a este nível é uma autonomia axiologicamente conformada, o que terá repercussões no tocante a inúmeros aspetos particulares do regime negocial.

A recondução da doutrina da autorregulação dos interesses a uma perspetiva socializante e positivista não é, porém, a única via com que ela pode ser captada. Entre nós, Oliveira Ascensão parece aderir ao posicionamento, exceto se o mesmo implicar que a autonomia tem carácter perceptivo, isto é, se implicar necessariamente a criação de normas jurídicas ⁽⁴⁹⁾. Vinca-se, nesta medida, a dimensão regulatória gerada pelo contrato, olhando sobretudo para o seu conteúdo e os efeitos que dele resultam, embora ligando-o à autonomia privada.

Menezes Cordeiro também apresenta o negócio jurídico como um ato de autonomia privada ⁽⁵⁰⁾, a que o direito associa a constituição, modificação e extinção de situações jurídicas, caracterizando-se dentro dessa categoria pela liberdade de celebração e pela liberdade de estipulação. Assim sendo, a positividade do negócio jurídico decorre da autonomia privada, sendo os efeitos concretamente verificados os que são indiciados pelas partes através das suas declarações ⁽⁵¹⁾.

Para o autor, a vontade deve abranger os efeitos fundamentais, ficando os outros a cargo das normas supletivas. Em simultâneo, provoca-se a aplicação de normas imperativas ⁽⁵²⁾. E, consoante explica Menezes Cordeiro, “os efeitos assim desencadeados não podem assumir natureza negocial”, operando a vontade como um facto jurídico em sentido estrito, ainda que subordinada a um negócio em sentido próprio ⁽⁵³⁾.

Não podemos aderir sem cautelas à posição de Menezes Cordeiro. Como já tivemos oportunidade de referir, o negócio jurídico estará presente mesmo quando não haja liberdade de estipulação e de

⁽⁴⁸⁾ Veja-se, a este propósito, Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, II, 69, questionando se do negócio jurídico derivam normas jurídicas. Consciente de que alguns autores falam de normas contratuais e que outros reservam essa categoria para os contratos normativos ou regulamentares, o autor aduz que basta falar de preceito negocial para abranger tais fenómenos. Mais refere o autor que não podemos admitir que do contrato resultem normas, porque estas são necessariamente gerais.

⁽⁴⁹⁾ Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, II, 74.

⁽⁵⁰⁾ No mesmo sentido, Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, II, 63.

⁽⁵¹⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 56 s.

⁽⁵²⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 56.

⁽⁵³⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 56.

celebração ⁽⁵⁴⁾. O que releva, portanto, ao nível da compreensão do negócio jurídico é a existência de uma autonomia axiologicamente comprometida e conformada que não se confunde com o puro livre-arbítrio. Por outro lado, embora seja certo que determinados efeitos resultam de normas imperativas ou de imperativos impostos pela boa-fé, não é menos seguro que esses efeitos podem ainda ser reconduzidos à disciplina que foi gizada a partir da autonomia das partes (ou da parte, consoante a modalidade de negócio concretamente em causa). O negócio jurídico vincula porque os sujeitos pretendem — voluntariamente — colocar sob a alçada do direito a produção de determinados efeitos práticos. Ora, para o conseguirem aceitam que se produzam efeitos que vão para além daquilo que poderia ser imediatamente intencionado. Mas, tais efeitos podem ainda ser reconduzidos ao núcleo de relevância de uma vontade que não é individualisticamente pensada, mas que é materialmente conformada ⁽⁵⁵⁾. Dito de outra forma, o negócio obriga porque é manifestação de uma vontade tendente à produção de determinados efeitos que se colocam sob a alçada do direito. Mas a tutela que o direito dispensa a esta vontade autónoma dirige-se à vontade da pessoa e não do indivíduo, de tal sorte que a regulamentação final que resulta daquela manifestação de autonomia pode ultrapassar a que era a pura volição dos sujeitos. Só esta ideia permite compreender que a vinculatividade negocial esteja associada não só à autonomia, mas também a uma ideia de confiança normativamente conformada através da boa-fé, aspeto que será fundamental para a compreensão de muitas das soluções legais em sede de negócio jurídico ⁽⁵⁶⁾. Aspeto, aliás, fundamental para se perceber a importância que, em sede

⁽⁵⁴⁾ Sobre a questão, veja-se o posicionamento de Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, II, 70, distinguindo a autonomia perceptiva e não perceptiva e considerando que esta última existiria quando só restasse a liberdade de celebração, enquanto da primeira só poderíamos falar se as partes pudessem criar preceitos que não fossem meras reproduções de preceitos ou normas heteronomamente estabelecidos.

⁽⁵⁵⁾ Sobre o ponto, cf. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, II, 66, questionando se os efeitos do negócio jurídico derivam da autonomia privada ou da lei, e considerando que o fundamento da juridicidade do negócio é a primeira. Nas suas palavras “esta impõe-se ao Estado, como momento da pessoa; não é um favor da lei”. Na explicitação do autor, as pessoas criam o seu próprio ordenamento, que dialoga com outros ordenamentos e se integra num ordenamento mais amplo. Nas palavras do autor, “mais do que limites à autonomia privada, há que falar na integração nesse ordenamento mais amplo”.

⁽⁵⁶⁾ Admitindo-o, cf. também Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 57.

da teoria geral do negócio jurídico, assumirá a declaração negocial — o negócio, na verdade, não vincula por ser um ato performativo, por ser um ato de linguagem, mas por ser o exercício de uma autonomia pessoal (e, como tal, responsável) e iluminada pela boa-fé ⁽⁵⁷⁾.

Em suma, podemos considerar que o negócio jurídico é um instrumento de exercício da autonomia privada; que essa autonomia é a autonomia da pessoa e, como tal, é axiológica e materialmente conformada, pelo que só se tutelam manifestações de vontade eticamente valiosas; que, por encontrar na sua génese fundacional a autonomia pessoal e não individual, encontrará um vetor importante na confiança normativizadas pela boa-fé, o que nos permitirá descobrir um critério de solução também para a difícil questão da delimitação de fronteiras entre o negócio jurídico e acordos não negociais. Com o negócio jurídico pretendem os sujeitos alcançar determinados efeitos práticos; e, porque os querem ver tutelados pelo direito, porque o direito não tutela qualquer manifestação de vontade, mas apenas aquelas que forem expressão da personalidade do sujeito, aceitam submeter-se a outros efeitos que ultrapassam a sua previsão inicial. A sua vontade é manifestada através de declarações negociais que, tendencialmente, correspondem àquela, mas que, em determinadas circunstâncias, podem sobreleva-las em importância, atentos os valores em jogo ⁽⁵⁸⁾.

Tudo isto não exclui, em termos definitórios, a ideia de que as partes (ou a parte) quiseram produzir determinados efeitos, pretendendo que os mesmos sejam vinculantes do ponto de vista jurídico. Em termos definitório, podemos assim assumir como boa a perspectiva que define o negócio jurídico como o facto jurídico voluntário ou ato jurídico ⁽⁵⁹⁾, cujo núcleo essencial é integrado por uma ou mais

⁽⁵⁷⁾ A este propósito, em sentido inverso, cf. Carlos Ferreira de ALMEIDA, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, 1992.

⁽⁵⁸⁾ A este propósito, cf. a posição de Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, II, 62-63. Entende o autor que podemos olhar para o negócio jurídico como a ação; como um conjunto de efeitos jurídicos da ação; ou como um preceito jurídico que fica a comandar a atuação das partes. Não cremos, porém, que haja qualquer benefício em decompor estas perspectivas que só artificialmente se cindem.

⁽⁵⁹⁾ Oliveira Ascensão considera que o negócio jurídico é mais do que um facto jurídico voluntário, um ato finalista, por ser essencial a intenção de produzir efeitos. Repare-se, contudo, no alerta do autor, que distingue o fim juridicamente relevante do fim último da ação — cf. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, II, 61. Num exemplo do autor, “quem compra rosas para as oferecer à sua adama quer-se tornar proprietário delas, embora o motivo fundamental, que aquele absorve, seja oferecê-las depois”. Este dado acaba por ser particularmente importante para compreendermos

declarações negociais tendentes à produção de certos efeitos que se pretende que sejam juridicamente vinculantes ⁽⁶⁰⁾, e que o ordenamento jurídico tutelarà em nome de uma autonomia ético-axiológicamente conformada, que está na base do mecanismo, e da confiança normativizada pela boa-fé ⁽⁶¹⁾.

3. MODALIDADES/CLASSIFICAÇÕES DE NEGÓCIOS JURÍDICOS

Os negócios jurídicos podem ser classificados segundo diversos critérios.

3.1. Critério do número, sentido e modo de articulação das declarações negociais que integram o negócio

De acordo com o critério do número, sentido e modo de articulação das declarações negociais que integram os negócios jurídicos, estes podem classificar-se como negócios jurídicos unilaterais ou como contratos.

algumas distinções no seio dos negócios jurídicos. *Vide, infra*, o que se dirá sobre a cisão entre os negócios onerosos e gratuitos.

Uma última nota para sublinhar que o entendimento do autor — acerca do negócio como um ato finalista — está em linha com a sua compreensão da ação juridicamente relevante como a ação final. O autor nega, ademais, a bondade da posição que olha para a ação como uma ação ética no quadro do direito civil, considerando que esse aspeto é particularmente irrelevante (ao contrário do que sucederia no quadro do direito penal). Cremos, porém, que sem razão. Sobre o problema da ação juridicamente relevante, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade extracontratual*, Princípia, 2013.

⁽⁶⁰⁾ Cf. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 379; Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 14 s.

⁽⁶¹⁾ O que já parece ficar posto em causa é o critério de distinção entre os simples atos jurídicos e os negócios jurídicos. Requer-se, por isso, uma precisão. Ao dizer-se que, no quadro do negócio jurídico, os efeitos se produzem *ex voluntate*, estamos a dizer que os efeitos se produzem em conformidade com a vontade das partes, que só é atendida se for uma vontade materialmente valiosa, não contrariando, designadamente, a boa fé e outros princípios normativos alicerçadores do ordenamento (não sendo, haverá mecanismos vários de correção da situação e de recondução da vontade ao núcleo do valor jurídica); já no caso dos simples atos jurídicos, a vontade apenas é genética, não interferindo na conformação dos efeitos. A nota é, por isso, tendencial.

Os *negócios jurídicos unilaterais* são integrados por uma única declaração negocial ou várias declarações paralelas, formando um só lado ou uma só parte ⁽⁶²⁾. De acordo com a explicitação de Manuel de Andrade, “esta fisionomia estrutural dos negócios jurídicos unilaterais provém de que não há neles — sob o aspeto funcional —, tendo-se em vista apenas o declarante ou declarantes, interesses contrapostos, mas um único interesse ou interesses análogos — uma comunidade de interesses (...)” ⁽⁶³⁾.

Ao invés, os *contratos ou negócios jurídicos bilaterais* são integrados por duas ou mais declarações negociais, de sentido oposto, mas convergente, que se ajustam na intenção de produzir um resultado unitário, embora com significado diferenciado para cada uma das partes ⁽⁶⁴⁾. Para que exista um contrato, é necessário que haja uma *proposta* e uma *aceitação* que se unem no necessário *consenso*.

Assim, enquanto ao nível dos negócios jurídicos unilaterais encontramos uma só parte, um só lado; ao nível dos contratos, deparamo-nos com pelo menos duas declarações negociais. Há, porém, situações em que o contrato é integrado por mais do que duas partes, falando-se de negócios plurilaterais ⁽⁶⁵⁾. Importante é sublinhar que a parte não equivale à ideia de pessoa ⁽⁶⁶⁾. Como explica Menezes Cordeiro, “num negócio — unilateral ou multilateral — várias pessoas podem encontrar-se interligadas, de modo a constituir uma única parte” ⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶²⁾ Cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 385.

⁽⁶³⁾ Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica* II, 38.

⁽⁶⁴⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 385; Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica* II, 38. Veja-se, ainda, Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil* II, 59.

⁽⁶⁵⁾ É a designação adotada por Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 276 s. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 90 s. opta por falar em negócios multilaterais.

⁽⁶⁶⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 90.

⁽⁶⁷⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 90 s. Note-se que, para o autor, “a distinção entre negócios unilaterais e contratos não pode repousar em apreçadas diferenças genéticas — número de pessoas, de declarações ou de interesses — mas sim nos efeitos que venham a ser desencadeados: nos negócios unilaterais, os efeitos não diferenciam as pessoas que, eventualmente, neles tenham intervindo; por isso — e ainda que não de modo fatal — tende, neles, a haver uma única pessoa, uma única declaração ou um único interesse; a inexistência de tratamentos diferenciados permite, em termos formais, considerar no seu seio a presença de uma única parte (...); nos contratos, os efeitos diferenciam duas ou mais pessoas, isto é: fazem surgir, a cargo de cada interveniente, regras próprias, que devem ser cumpridas e que possam ser violadas, independentemente umas das

Os negócios jurídicos unilaterais tendem a produzir os efeitos a que se dirigem sem necessidade de concordância de uma contraparte ⁽⁶⁸⁾. Nessa medida, e consoante clarifica Mota Pinto, “os negócios unilaterais ou só afetam diretamente uma pessoa, que os pratica (...); ou afetam outra pessoa, mas atribuindo-lhe uma faculdade ou posição favorável (...); ou, se afetam outrem desfavoravelmente, pressupõem um poder especial conferido por um contrato ou pela lei (...)” ⁽⁶⁹⁾. Percebe-se, por isso, que estejam sujeitos a um princípio da tipicidade, isto é, não podem ser celebrados negócios jurídicos unilaterais fora das hipóteses previstas na lei ⁽⁷⁰⁾.

Dentro dos negócios jurídicos unilaterais, podemos distinguir, numa classificação que pode ser reportada à declaração negocial em si mesma ⁽⁷¹⁾, os *negócios receptícios* e os *negócios não receptícios*. Nos primeiros, a declaração só se torna eficaz se for levada ao conhecimento do seu destinatário ⁽⁷²⁾; nos segundos, a declaração torna-se eficaz logo que é emitida ⁽⁷³⁾.

outras; em moldes formais, há mais de uma parte; e, em consequência, tendem a surgir várias declarações, várias pessoas e vários interesses”.

⁽⁶⁸⁾ Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica* II, 41.

⁽⁶⁹⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 385, n. 464.

⁽⁷⁰⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 386; Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica* II, 41. Em sentido contrário, veja-se Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 92, considerando que “um melhor estudo das fontes revela (...) que a tipicidade é, tão-só, aparente: o legislador permitiu, através de vários esquemas, que os interessados engendrem negócios não tipificados em leis. Mais acrescenta o autor (n. 259) que o seu pensamento evoluiu para uma ideia de tipicidade aberta: “lado a lado surgem tipos de dimensão muito variada, aproximando-se alguns de verdadeiros conceitos abstratos”.

Sobre o ponto, cf., ainda, Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 349 s. Para o autor, “os perigos atinentes ao conteúdo das vinculações atípicas constituídas em negócios unilaterais estão acautelados pelos limites estabelecidos, em geral, quanto ao conteúdo dos negócios jurídicos, nos artigos 280.º e seguintes do Código Civil. (...) A evolução histórica e social que determinou o afastamento da tipicidade taxativa dos contratos exige também a consagração do *numerus apertus* dos negócios jurídicos unilaterais”, pelo que se deve concluir “que a tipicidade taxativa dos negócios jurídicos unilaterais é um anacronismo residual que não encontra hoje fundamento digno de justificar a agressão da autonomia privada, a perda de liberdade para as pessoas e o acréscimo de rigidez para o sistema que acarretaria”.

⁽⁷¹⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 386.

⁽⁷²⁾ Como veremos *infra*, o momento relevante é aquele em que a declaração entra na esfera de poder do destinatário, que fica, assim, em condições de a conhecer.

Por seu turno, os contratos podem subdividir-se em *contratos bilaterais* ou *sinalagmáticos* ou em *contratos unilaterais* ou *não sinalagmáticos* ⁽⁷⁴⁾. Nos primeiros, de que é exemplo de escola a compra e venda, geram-se obrigações para ambas as partes, ligadas entre si por um nexo de corresponsabilidade; nos segundos, como por exemplo no caso das doações, apenas se geram obrigações para uma das partes ⁽⁷⁵⁾. A distinção tem evidente importância prático-normativa, na medida em que determinados institutos são privativos dos contratos bilaterais, como é o caso da exceção de não cumprimento do contrato ⁽⁷⁶⁾.

3.2. Critério da constituição

De acordo com as exigências constitutivas dos negócios jurídicos, estes podem ser qualificados como consensuais ou como reais (quanto

⁽⁷³⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 386; Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica* II, 42.

⁽⁷⁴⁾ Cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 92, criticando a terminologia contratos unilaterais e bilaterais. Para o autor, “todos os contratos são, no mínimo, bilaterais — por terem mais de uma parte — sendo menos correto utilizar depois esses mesmos termos com outro significado”. Não cremos, porém, que haja qualquer incorreção. Quanto muito poderá ter razão o autor no sentido de considerar que a terminologia pode gerar equívocos que, contudo, quando esclarecido o sentido da expressão, se eliminam. Os contratos são necessariamente negócios jurídicos bilaterais, mas, dentro deste grupo, poderíamos encontrar negócios jurídicos bilaterais unilaterais e bilaterais.

⁽⁷⁵⁾ Menezes Cordeiro distingue, ainda, entre os contratos monovinculantes e os contratos bivinculantes, consoante apenas uma das partes fique vinculada ou ambas fiquem vinculadas. Esclarece o autor que esta classificação não se confunde com a que permite a distinção entre contratos sinalagmáticos e não sinalagmáticos: “um contrato pode ser sinalagmático, isto é, implicar prestações correlativas e não obstante apenas uma das partes se encontrar vinculada à sua efetivação; assim no contrato promessa unilateral” — cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 93.

Outros autores falam dos chamados contratos bilaterais imperfeitos — cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 388; Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica* II, 43. Trata-se de contratos nos quais, inicialmente, apenas há obrigações para uma das partes, surgindo, posteriormente, obrigações para a outra parte. É o exemplo do mandato gratuito.

Note-se, a este propósito, que a doação é um contrato, mas que no caso de se tratar de uma doação pura, isto é, sem encargos, feita a um incapaz se tende a qualificar como um negócio unilateral, uma vez que o artigo 951.º/2 CC dispensa a aceitação — sobre o ponto, cf. Ac. STJ 27-5-2025, Proc. n.º 646/23.9T8VCT.S1, relator Nelson Borges Cameiro

⁽⁷⁶⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 388.

à constituição/*quoad constitutionem*). Sendo a maioria dos negócios consensuais quanto à constituição, existe um leque de negócios para cuja celebração se exige, além das declarações de vontade das partes, a prática anterior ou simultânea de um ato material. São exemplos destes negócios reais *quoad constitutionem* o depósito, o comodato, o mútuo, o penhor, a doação de coisas móveis não celebrada por escrito.

A doutrina tem-se mostrado particularmente crítica quanto a esta conformação real, considerada um anacronismo e um resquício da tradição romanista ⁽⁷⁷⁾. Nessa medida, tem-se colocado a questão de saber se se pode prescindir da natureza real dos negócios em apreço, admitindo a celebração de mútuos, comodatos, depósitos consensuais.

Vaz Serra defende, a este propósito, que a liberdade contratual viabiliza a celebração de um contrato consensual de mútuo, como um negócio atípico ⁽⁷⁸⁾. No mesmo sentido depõe Mota Pinto ⁽⁷⁹⁾, considerando que se não se provar que as partes quiseram o negócio como real, ele “deve ter-se por perfeito logo com o acordo das partes. Se se provar que as partes quiseram o contrato como real, então poderá haver uma conversão em contrato promessa, mas este não será suscetível de execução específica” ⁽⁸⁰⁾. Apesar da recusa de execução específica, o autor vai mais longe do que a doutrina tradicional, para a qual um contrato real quanto *quoad constitutionem* nulo por falta de entrega da coisa poderia ser convertido num contrato promessa equivalente, suscetível de execução específica ⁽⁸¹⁾.

Menezes Cordeiro, por seu turno, mostra-se mais cauteloso, recusando a formulação de soluções generalizantes. Para o autor, “deve reconhecer-se que a exigência de tradição para a conformação dos negócios jurídicos reais *quoad constitutionem* não é totalmente

⁽⁷⁷⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 98; C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 396.

⁽⁷⁸⁾ Vaz SERRA, “Notas acerca do contrato de mútuo”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 93, 1960, 178.

⁽⁷⁹⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 396. Cf., igualmente, LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, Halbband 1, *Besonderer Teil*, 13. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1986, 300 s.

⁽⁸⁰⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 397.

⁽⁸¹⁾ Dando conta disso mesmo, veja-se C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 396. Cf., ainda, Pires de LIMA/Antunes VARELA, *Código Civil anotado*, 761 s.

desprovida de justificação valorativa” ⁽⁸²⁾, pelo que “a hipótese de dobrar os velhos negócios reais *quoad constitutionem* por negócios equivalentes, mas meramente consensuais, exige, sempre, uma reflexão caso a caso” ⁽⁸³⁾.

Escapam a estas considerações o penhor e a doação de coisas móveis não celebrada por escrito. No que respeita ao penhor, exige-se uma certa publicidade que se alcança exatamente através da posse, transferida para o credor, pelo que a tradição da coisa mantém a sua inteira justificação ⁽⁸⁴⁾. Também no caso das doações de coisas móveis, para “fazer entender ao doador o perigo, para o seu património, da operação realizada”, justifica-se que se exija o despojamento ⁽⁸⁵⁾.

Questão interessante é a de saber qual a consequência do não cumprimento da exigência de tradição da coisa, quando se conclua que ela existe efetivamente. Se, para alguns autores, o que está em causa é a falta de perfeição do negócio jurídico, a determinar que ele não chegou a ser celebrado ⁽⁸⁶⁾; para outros o problema deve ser considerado do ponto de vista da forma, embora não assimilada à forma exigida para as declarações negociais, pelo que a consequência deveria ser a nulidade do negócio ⁽⁸⁷⁾.

Creemos que a solução deve divergir consoante o caso concreto em análise. Se em algumas hipóteses haveremos de lidar com uma situação de falta de perfeição negocial, a determinar a sua inexistência e, portanto, a impossibilidade de conversão num contrato promessa equivalente — designadamente em todas aquelas em que se prove que as partes não quiseram vincular-se exceto através do ato de entrega ou em que a configuração real seja efetivamente exigida com caráter constitutivo —, noutras do que se trata é de um problema de forma, a gerar a nulidade do negócio jurídico. Assim por exemplo no caso da doação de coisas móveis não celebrada por escrito, já que neste caso a *ratio* da exigência parece não contender com a materialidade do negócio em si mesmo, ao contrário, *v. g.*, do que sucede com o penhor.

⁽⁸²⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 99.

⁽⁸³⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 99.

⁽⁸⁴⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 100.

⁽⁸⁵⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 101.

⁽⁸⁶⁾ Veja-se, a este propósito, Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 51.

⁽⁸⁷⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 98.

3.3. Critério da natureza da relação jurídica constituída, modificada ou extinta pelo negócio jurídico

Tendo em conta a natureza da relação jurídica constituída, modificada ou extinta pelo negócio jurídico, podemos estabelecer uma distinção entre os negócios obrigacionais, reais (quanto aos efeitos/ *quoad effectum*), familiares e sucessórios. As especificidades de cada uma delas determina disciplinas jurídicas diferenciadas. Acresce que o princípio da autonomia privada, como vimos *supra*, conhece amplitudes diversas consoante o tipo de negócio jurídico concretamente em causa.

A propósito dos negócios reais importa sublinhar que eles não se confundem com os negócios reais *quoad constitutionem*. A compra e venda, sendo um contrato real quanto aos efeitos — o que determina, nos termos do artigo 408.º CC, que a propriedade se transfere por mero efeito do negócio — é um negócio consensual quanto à sua constituição.

3.4. Critério da natureza da relação jurídica a que o negócio se refere, do ponto de vista da possibilidade de ser avaliável em dinheiro

Tendo em conta a natureza da relação jurídica constituída, modificada ou extinta, do ponto de vista da suscetibilidade de avaliação em dinheiro, podemos falar de negócios pessoais e de negócios patrimoniais. Os primeiros não podem ser avaliados pecuniariamente, ao contrário dos segundos.

3.5. O critério do conteúdo e finalidade do negócio

Tendo em conta o conteúdo e a finalidade do negócio, podemos classificar os negócios jurídicos como onerosos ou gratuitos.

De acordo com a doutrina, “a distinção (...) tem como critério o conteúdo e finalidade do negócio” ⁽⁸⁸⁾ ou simplesmente o conteúdo do negócio ⁽⁸⁹⁾, apontando para a existência de posições subjetivistas e

⁽⁸⁸⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 400. No mesmo sentido, Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 54.

⁽⁸⁹⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 285 s.

objetivistas. Na formulação de Mota Pinto, “os negócios onerosos ou a título oneroso pressupõem atribuições patrimoniais de ambas as partes, existindo, segundo a perspectiva destas, um nexo ou relação de corresponsabilidade entre as referidas atribuições patrimoniais” ⁽⁹⁰⁾; “os negócios gratuitos ou a título gratuito caracterizam-se, ao invés, pela intervenção de uma intenção liberal (*animus donandi, animus beneficiandi*)” ⁽⁹¹⁾. Já antes, Manuel de Andrade aduzia que “os negócios (contratos) onerosos ou a título oneroso ou corresponsativo pressupõem prestações de ambas as partes e corresponsabilidade, equivalência ou equilíbrio entre elas, do ponto de vista das partes” ⁽⁹²⁾.

Menezes Cordeiro, por seu turno, afirma que “um negócio é oneroso quando implica esforços económicos para ambas as partes, em simultâneo e com vantagens correlativas; pelo contrário, ele é gratuito quando cada uma das partes dele retire tão-só vantagens ou sacrifícios” ⁽⁹³⁾; e Pais de Vasconcelos considera que “os contratos onerosos são aqueles em que é estipulado um sistema de contrapartidas”, enquanto “os contratos gratuitos são aqueles em que à prestação principal não corresponde uma contrapartida, em cujo conteúdo se estipula uma atribuição patrimonial unilateral” ⁽⁹⁴⁾.

A aplicação do critério permite-nos concluir que a doação é um contrato gratuito, do mesmo modo que não levanta dificuldades a qualificação da compra e venda como um negócio oneroso ⁽⁹⁵⁾. Não obstante, importa ressaltar que a tarefa classificatória não se dirige a tipos puros, mas a concretos negócios, e que estes podem assumir-se como onerosos ou gratuitos consoante o que seja estipulado

⁽⁹⁰⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 400.

⁽⁹¹⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 401.

⁽⁹²⁾ Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 54.

⁽⁹³⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, AAFDUL, 1994, 536; ID., *Tratado de Direito Civil*, II, 106.

⁽⁹⁴⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 285 s.

⁽⁹⁵⁾ Note-se que a classificação não se confunde com a que permite distinguir os contratos bilaterais e os contratos unilaterais. Na verdade, podemos confrontar-nos com contratos unilaterais onerosos, como é o caso do mútuo oneroso. Tal explica-se porque, apesar de existirem atribuições patrimoniais para ambas as partes, unidas por um nexo de corresponsabilidade, não se geram obrigações para ambas as partes, já que a entrega do dinheiro configura, por o contrato ser também um contrato real quanto à constituição, um ato material que integra o próprio processo formativo do contrato. Sobre o ponto, com idêntica explicação, C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 402.

pelas partes ⁽⁹⁶⁾. Por outro lado, ao podermos ser confrontados com o fenómeno da complexidade contratual, somos levados a perceber que um tipo contratual tipicamente oneroso pode ser mobilizado para prosseguir finalidades próprias de um negócio gratuito. Pense-se, por exemplo, numa compra e venda feita por um preço simbólico com o intuito de beneficiar o comprador.

O exemplo avançado, sendo perfeitamente compreensível, suscita algumas considerações suplementares. Em primeiro lugar, leva-nos a confrontar com o problema dos contratos mistos e com o fenómeno dos negócios indiretos ⁽⁹⁷⁾; em segundo lugar, mostra-nos,

⁽⁹⁶⁾ Neste sentido, A. Menezes CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 536; ID., *Tratado de Direito Civil*, II, 106; Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 286; C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 402.

⁽⁹⁷⁾ Sobre os negócios mistos, cf. Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 285 s., considerando o exemplo do tio e do sobrinho e sustentando que, no contrato misto, “há a fusão, num só negócio, de elementos contratuais distintos que, além de perderem a sua autonomia no esquema negocial unitário, fazem simultaneamente parte do conteúdo deste”. Sublinhe-se neste quadro que, no caso de uma doação mista, “haverá responsabilidade análoga à do doador, enquanto o valor da coisa exceder o preço diminuído que por ela foi pago, havendo daí por diante responsabilidade paralela à do vendedor, incluindo o preceituado no artigo 911.º (...)”. Quer isto dizer que, ainda que pudéssemos ver aqui uma *venda viliores pretio*, a cooperativa deveria sempre ser chamada a responder. Ocorre que o preço não supera o valor da coisa, superando, apenas, o valor de mercado, que é volátil, pelo que muito dificilmente poderemos considerar que se revela um *animus donandi*.

Veja-se, ainda, a este propósito, Orlando de CARVALHO, “Negócio Jurídico Indirecto (Teoria Geral)”, *Boletim da Faculdade de Direito* supl. 10, 1952, 1-149. Perante uma compra e venda a um preço amistoso para beneficiar o comprador e/ou o vendedor, de acordo com o ensinamento do autor, temos de distinguir os casos em que existe simulação dos casos em que há um negócio indireto. Para tanto, temos de ter em conta que o preço mínimo não quer dizer preço irrisório, embora não tenha de haver uma equivalência matemática entre as prestações. Posteriormente, haveremos de ver se a doação intervém no contrato real numa posição paralela à do tipo negocial da compra e venda. Em caso afirmativo, haverá contrato misto; em caso negativo, estaremos diante de um negócio indireto. Para que haja um negócio indireto, portanto, tem de existir um negócio típico e um fim indireto, que não se confunde com um simples motivo. Este fim indireto há de ser autónomo em face das respetivas consequências normais, embora tenha de derivar imediatamente da própria atuação do negócio, podendo, então, falar-se da prossecução normal de um efeito anormal. No fundo, estamos, de acordo com o ensinamento do autor, diante do aproveitamento legítimo dos tipos legais, “dos tipos na sua total eficiência, que exclui, portanto, um relevo jurídico particular do fim ulterior”, que é “obtido através do negócio adotado, do negócio típico com as alterações que eventualmente se

claramente, que não basta a existência de duas atribuições patrimoniais, ou seja, não basta a existência de contrapartidas. Pais de Vasconcelos coloca a tónica na contrapartida como critério de classificação dos contratos como onerosos ⁽⁹⁸⁾. Nas suas palavras, “a contrapartida é o corresponsivo da outra prestação e é estipulada como o seu contravalor de modo a que, pelo menos tendencialmente, na perspetiva das partes, a equilibre”. Mas, o autor frisa, ainda assim, que a equivalência que se pretende ver estabelecida é tendencial e aferida na perspetiva das partes. Não deixa, de facto, de se considerar oneroso o negócio pelo qual A transmite a B a propriedade de um imóvel por um preço muito inferior ao valor de mercado. Em rigor, Pais de Vasconcelos admite que “a classificação dos negócios jurídico em gratuitos e onerosos é francamente defeituosa, porque dificulta a conceção dos contratos que não sejam puramente gratuitos nem perfeitamente onerosos”, e acrescenta que “uma das prestações pode não corresponder valorativamente à outra, por variadíssimas razões. Uma compra e venda pode ser celebrada por um preço inferior ao valor da coisa vendida, ou porque o vendedor está animado por um espírito de liberalidade ou de caridade, ou porque deseja mobilizar stocks, ou porque as condições de mercado lhe não permitem vendê-la por um preço superior” ⁽⁹⁹⁾. No mesmo sentido, Mota Pinto aduz que “a falta de equivalência objetiva ou usual das atribuições patrimoniais pode ter várias explicações (especial valor subjetivo da prestação para uma das partes, mesmo no plano económico; valor afetivo ou estimativo de um objeto; falta de capacidade ou habilidade para a negociação; urgência em concluir o negócio,

introduzem, sem outros riscos que não sejam os da própria celebração e execução do contrato”. Posto isto, Orlando de Carvalho conclui que o negócio indireto não “oferece ao doutrinador nenhuma particularidade relevante de ordem jurídica que o obrigue a levá-lo às caminhadas da categorização dogmática”, isto é, trata-se não de uma categoria jurídica autónoma, mas de uma categoria prática ou económica. Ele é, por isso, distinto dos negócios mistos, que surgem sempre que “as partes modelem, em vez de um único negócio típico, uma combinação de negócios.

Veja-se, igualmente, Francisco Pereira COELHO, “Coligação Negocial e Operações negociais complexas: tendências fundamentais da doutrina e necessidade de uma reconstrução unitária”, *Boletim da Faculdade de Direito*, volume comemorativo dos 75 anos, 2003, 233-268.

⁽⁹⁸⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995, 140 s. e 378 s.

⁽⁹⁹⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 286.

etc.)” ⁽¹⁰⁰⁾; e Menezes Cordeiro alerta para o facto de “um negócio [poder] vir a revelar-se como imensamente lucrativo para uma das partes e ruinoso para a outra; nem por isso haverá gratuidade, se as partes o não tiverem querido como tal, antes se verificando a presença de um negócio em desequilíbrio” ⁽¹⁰¹⁾.

Ao não se exigir entre as prestações/atribuições patrimoniais um equilíbrio objetivo, mas tão-só subjetivo ⁽¹⁰²⁾, ainda que com exceções ⁽¹⁰³⁾, percebe-se que a distinção entre os negócios onerosos e os negócios gratuitos não se pode quedar na mera contabilização de contrapartidas. Ao invés, haveremos de ter em conta um elemento subjetivo — a intenção que subjaz à celebração do negócio. O negócio gratuito é caracterizado pelo *animus donandi* ou *animus liberandi*. Conforme explicita Menezes Cordeiro, “no verdadeiro negócio gratuito,

⁽¹⁰⁰⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 401.

⁽¹⁰¹⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 539; ID., *Tratado de Direito Civil*, II, 107.

⁽¹⁰²⁾ Neste sentido, cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 401, sublinhando que “não é necessário um equilíbrio ou equivalência das prestações ou atribuições patrimoniais, consideradas pelo seu valor objetivo ou normal. O que releva é a avaliação das partes ou, mais que a avaliação, a vontade, o intento das partes”.

Veja-se, ainda, Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 55, considerando que “a relação entre as duas prestações ou vantagens afere-se (...) do ponto de vista das partes. (...) Ela não se determina pelo valor real, objetivo, comum ou usual das prestações, isto é pelo valor que têm para toda a gente — o seu valor normal de troca, no tempo e no lugar considerado. Revela também para o efeito o valor especial que elas têm para as partes, em virtude de qualquer razão de ordem económica ou até de ordem moral. E tudo isto segundo a estimativa das partes. Relevam dum modo geral quaisquer possíveis fatores de apreciação que elas queiram tomar em conta e valorizados estes segundo os seus critérios. O que importa e decide em última análise é a vontade das partes. Uma das partes pode dar alguma coisa (prestação) que sabe valer mais do que aquilo que recebe da outra. Pode saber que faz um negócio em que fica prejudicada, um negócio ruinoso até. Mas fá-lo porque quer receber e para receber a prestação da outra parte, em virtude de um interesse de qualquer ordem, e não pôde ou não soube obter essas prestações em condições menos gravosas. E mutatis mutandi pelo lado da outra parte. Essa pode saber que o negócio em questão é vantajoso para ela — que é mesmo uma verdadeira pechincha — mas por qualquer motivo não está disposta a dar mais pelo que recebe ou aproveita-se dos motivos particulares (urgência, inabilidade, etc) que levaram o outro contraente a consentir num sacrifício maior do que o normal para obter a prestação que tinha em vista”.

⁽¹⁰³⁾ Pense-se, por exemplo, no regime dos atos do maior acompanhado no período da pendência do processo, quando estejam em causa negócios relativamente aos quais será limitada ou excluída a sua capacidade.

a vontade livre do sacrificado determinou-se pela intenção de dar (...); apenas na presença deste fator têm aplicação as regras próprias das liberalidades” ⁽¹⁰⁴⁾. Já no caso do negócio oneroso, as partes consideram que as duas prestações estão ligadas reciprocamente por um vínculo de causalidade: uma é causa da outra, ou, dito de outro modo, “a vantagem que cada uma visa obter é contrabalançada por um sacrifício que está numa relação de estrita causalidade com aquela vantagem” ⁽¹⁰⁵⁾.

O critério classificatório dos negócios onerosos e gratuitos não pode, portanto, ser meramente objetivo. Ao invés, exigem-se notas de subjetividade: a intencionalidade subjacente à celebração do negócio é fundamental para a sua qualificação. Trata-se, porém, de um subjetivismo mitigado.

Na verdade, não se sindicam intenções ocultas ou segundas intenções. Não se exige, para que o negócio seja qualificado como gratuito, que a atribuição patrimonial corresponda a um ato de altruísmo ⁽¹⁰⁶⁾. O sujeito que atribui uma vantagem a outrem, não sendo compensado com uma contraprestação equivalente, pode fazê-lo por motivos egoístas. Pense-se, por exemplo, na hipótese em que a sociedade comercial X oferece uma publicação informativa (jornal) gratuitamente, difundindo-a por um número muito significativo de pessoas. Ao fazê-lo, procura obter dividendos — através da publicidade que consiga angariar —; simplesmente, porque a vantagem não envolve um equilíbrio prestacional no seio do mesmo esquema negocial, não se altera a qualificação do negócio como gratuito.

Mas a intenção não pode ser oculta num outro sentido. De facto, implicando a qualificação e classificação do negócio jurídico, qualquer que ele seja, um prévio trabalho interpretativo, havemos de nos guiar pelo artigo 236.º CC. O que nos importa, portanto, é saber qual o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, teria retirado da declaração de vontade. Ora, se assim é, se nos orientamos pela impressão do destinatário, então, sem desconsiderar a hipótese de conhecimento da real vontade do declarante por parte do declaratório, a intencionalidade de que se cura — a existência ou não de um *animus liberandi*; a existência ou não de uma

⁽¹⁰⁴⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 539.

⁽¹⁰⁵⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 401.

⁽¹⁰⁶⁾ No mesmo sentido, C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 401, n. 495. Veja-se, *infra*, a referência a Manuel de Andrade no mesmo sentido.

vontade de estabelecer um vínculo de causalidade jurídica entre as prestações ou atribuições patrimoniais — tem de se projetar em termos efetivos na conformação das declarações que vão ser interpretadas. Esta é, importa notar, uma tarefa prévia à eventual mobilização do artigo 237.º CC, também operante em sede de interpretação. Assim, se A aceita arrendar a B uma garagem por um valor correspondente ao de mercado de arrendamento, por querer auxiliar B, que não encontrava outra pessoa disposta a ceder o gozo de um imóvel com aquela tipologia, nem por isso o negócio se pode qualificar como gratuito. E a esta conclusão temos de chegar mesmo se B conhecesse a efetiva intenção benemérita de A, porque, ainda que a intenção profunda pudesse ser aquela, a declaração negocial orienta-se noutro sentido, pelo que, a não ser em casos comprovados de divergência entre a vontade e a declaração, é a esta que nos devemos ater. No fundo, ou o que o sujeito diz querer não coincide com o que ele quer — e há divergência, a ser resolvida segundo a sua própria qualificação —; ou o que o sujeito diz querer coincide com o que ele quer, ainda que subjacente a essa vontade exista uma intenção que se poderia concretizar mais fortemente por outra via ⁽¹⁰⁷⁾. A diferença está, portanto, entre a vontade e a motivação, não sendo esta relevante.

A compreensão da intencionalidade subjacente à celebração do negócio, como complemento da consideração do equilíbrio prestacional subjetivo, torna-se, ainda, fundamental para a perceção de submodalidades de negócios onerosos. Pensamos, designadamente, nos *negócios aleatórios*, nos quais pode inexistir mais do que uma prestação. A onerosidade que os reveste resulta da submissão a uma *alea*, a uma possibilidade de ganhar ou de perder ⁽¹⁰⁸⁾. No fundo, no momento da celebração do negócio, desconhece-se a quem vai pertencer a vantagem patrimonial que ele envolve ou, pelo menos, qual a dimensão das vantagens patrimoniais envolvidas ⁽¹⁰⁹⁾.

⁽¹⁰⁷⁾ O sujeito que arrenda para auxiliar o amigo poderia querer beneficiá-lo mais, celebrando com ele um comodato. A vontade negocial não se confunde, porém, com a motivação do negócio.

⁽¹⁰⁸⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 403.

⁽¹⁰⁹⁾ Como explica Menezes Cordeiro, a álea tem de fazer parte da natureza do negócio de tal modo que ele não faça sentido de outro modo, sendo este um aspeto importante, já que, como recorda o autor, qualquer contrato implica a repartição de riscos. Cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 111 s. Sobre o ponto, veja-se António Pinto MONTEIRO (coord.), *O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra, 2015.

Dentro dos negócios onerosos, podemos, de facto, distinguir os negócios *comutativos* e os negócios *aleatórios*. Os primeiros são a maioria; os segundos envolvem situações em que há apenas uma prestação, não sabendo quem a tem de efetuar; situações em que há duas prestações, sendo uma certa e outra incerta; situações em que há duas prestações certas, sendo uma incerta quanto ao montante ⁽¹¹⁰⁾.

Pese embora a clareza do critério distintivo, há determinadas situações que têm vindo a gerar controvérsia quanto à melhor classificação.

I. A propósito das cooperativas para habitação e construção tem-se colocado um problema, que, com eco na jurisprudência e na doutrina, está longe de gerar consensos. Trata-se da questão da qualificação jurídica do ato de transmissão do imóvel de uma cooperativa habitacional para o cooperador, com implicações práticas de relevo, tanto quanto esteja em causa saber se a essa transmissão se há de aplicar, ou não, o regime da compra e venda ou de outro contrato normativamente típico. Em última instância está também — é esse um dos argumentos mobilizados — a natureza onerosa ou gratuita dos negócios em causa.

Se por um lado a lei qualifica a dita transmissão como uma compra e venda, denota-se por parte dos tribunais e dos autores uma certa resistência em aderir à solução legal, sobretudo por se olhar para a relação interna entre o cooperador e a cooperativa à luz do nexco cooperativo que os une e por se ter consciência da diversa qualificação com que somos confrontados em ordenamentos jurídicos estrangeiros. Entre os autores que se pronunciaram sobre a matéria, podemos encontrar dois grandes grupos. No primeiro, filiamos todos aqueles que, aderindo a uma posição contratualista ou dualista, entendem que os diversos negócios celebrados entre a cooperativa e os cooperadores se libertam do nexco de cooperatividade,

⁽¹¹⁰⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 403.

Dentro dos negócios onerosos, podemos falar, ainda, dos negócios parciários, que se caracterizam “pelo facto de uma pessoa promover certa prestação em troca de uma qualquer participação nos proventos que a contraparte obtenha por força daquela prestação” (C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 405). Nas palavras de Menezes Cordeiro, “um negócio diz-se parciário quando implique a participação dos celebrantes em determinados resultados” — Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 111. Distingue-os dos negócios de organização (aqueles que visam “montar uma estrutura que faculte a cooperação permanente, em certo quadro, de pessoas”, de que é exemplo o contrato de sociedade).

sendo-lhes aplicáveis as regras próprias do tipo negocial concretamente em causa; ao segundo grupo, pertencem todos os outros que, militando numa posição societária ou monista, sustentam que qualquer relação particular estabelecida entre a cooperativa e os cooperadores deve ficar sujeita às regras cooperativas, por só ser compreensível no seio do nexo de cooperatividade em que emergem e que as condiciona. No meio-termo, situam-se os que, não antevendo qualquer óbice para a celebração de contratos típicos ou atípicos entre a cooperativa e os cooperadores, admitem que algumas regras possam sofrer desvios, quando estejam em causa aspetos que surjam numa relação de dependência direta com a relação cooperativa ⁽¹¹¹⁾.

A opção entre uma das duas posições, porém, não pode basear-se numa mera alternativa ideológica entre duas conceções do mundo cooperativo e das relações que cada cooperativa de habitação e construção estabelece com os seus cooperadores. Na verdade, mesmo tendo em consideração que o legislador não tem todo o monopólio da criação da juridicidade e que não temos de nos ater às qualificações normativas por ele disponibilizadas, importa não esquecer que nos situamos num sistema de legislação, pelo que, em face da indicação precisa contida no artigo 26.º RJCHC, a apontar para a celebração de um contrato de compra e venda entre os sujeitos mencionados, haveremos de, em primeiro lugar, saber se o

⁽¹¹¹⁾ Sobre o ponto, cf. Mariana Pinheiro de ALMEIDA, “A aquisição de fogo pelo cooperador numa cooperativa de habitação: natureza jurídica”, *Jurisprudência Cooperativa Comentada*, (coord. Deolinda Aparício MEIRA), INCM, Lisboa, 2012, 595 s.; Raul GUICHARD, “Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17 de Dezembro de 2009”, *CES*, n.º 33 (2010/2011), 257 s.; Raul GUICHARD, “Capacidade das cooperativas. Relações entre cooperativas e cooperadores”, 521 s.; Deolinda Aparício MEIRA, *O regime económico das cooperativas*, 220 s. (falando de uma mera atribuição); C. PROENÇA, “Da possibilidade de celebração de uma compra e venda de um imóvel e de um contrato promessa de compra e venda entre uma cooperativa e um sócio”, *Jurisprudência Cooperativa Comentada*, (coord. Deolinda Aparício MEIRA), INCM, Lisboa, 2012, 529 s.; A. AFONSO, “O problema da responsabilidade de cooperativa de habitação pelos defeitos de construção de fogo vendido a cooperador”, *Jurisprudência Cooperativa Comentada*, (coord. Deolinda Aparício MEIRA), INCM, Lisboa 2012, 505 s.; Paulo DUARTE, “Reflexos jurídico-obrigacionais da cooperatividade nos negócios jurídicos celebrados pelas cooperativas de habitação e construção”, *Jurisprudência Cooperativa Comentada*, (coord. Deolinda Aparício MEIRA), INCM, Lisboa, 2012, 479 s.

regime específico ditado pelas restantes normas afasta ou não a possível qualificação do negócio como compra e venda e, num segundo momento, cotejar a intencionalidade normativa dos hipotéticos casos concretos *decidendi*, contextualizados pelo setor cooperativo e pelas relações que nesse domínio se desenvolvem, com a intencionalidade normativa do tipo contratual em questão, de modo a saber se se justifica ou não uma correção normativa da norma. É neste contexto que a questão da onerosidade ou a gratuitidade do ato poderá avultar.

De acordo com o artigo 27.º RJCHC, o preço terá de ter apenas em consideração o respetivo custo, ponderado nos termos do artigo 17.º do mesmo diploma. Além da limitação do valor, muitas vezes, ele é fixado unilateralmente pela cooperativa. Este dado seria, de acordo com alguns autores, suficiente para afastar a compra e venda do quadro da transmissão da propriedade do fogo da cooperativa para o cooperador. De acordo com Mariana Pinheiro de Almeida, o pagamento de um preço e o escopo lucrativo são elementos caracterizadores do contrato de compra e venda. Ademais, o preço incluiria o custo da coisa e a margem de lucro, pelo que falhando um destes requisitos falharia a qualificação da transmissão como compra e venda ⁽¹¹²⁾. É que, segundo a sua posição, no quadro de uma cooperativa, o que estaria em causa não seria o preço, mas o custo.

Não cremos que qualquer um destes argumentos seja procedente. De facto, o núcleo obrigacional essencial do contrato de compra e venda é integrado pela obrigação de entrega da coisa e pela obrigação de pagamento do preço: são estas as prestações primárias e principais a que as partes se obrigam. Ora, o preço não tem que incluir qualquer lucro: não só pode haver vendas com prejuízo, dado que determina, inclusivamente, por motivos de proteção da concorrência, que o legislador as sancione, como a onerosidade a que somos conduzidos pelo contrato de compra e venda nos leva a considerar a existência de duas prestações unidas por um nexo de correspondência, entre as quais não tem de se estabelecer um equilíbrio objetivo, mas apenas subjetivo. Por outro lado, se é certo que o preço determinado no mercado pode envolver uma componente de lucro, a desvalorização dos bens pode determinar que um particular venda uma coisa por um preço inferior ao custo de aquisição, não se

⁽¹¹²⁾ Cf. Mariana Pinheiro de ALMEIDA, “A aquisição de fogo pelo cooperador numa cooperativa de habitação: natureza jurídica”, 600 s.

podendo falar em lucro, mas numa menos-valia que se produz. A argumentação da autora, a ser correta, levar-nos-ia a desqualificar como compra e venda o contrato celebrado entre A e B, nos termos do qual o primeiro, pela falta de jeito para o negócio, transmite a propriedade do seu computador ao segundo por um preço muito inferior ao que ele vale no mercado de usados ⁽¹¹³⁾.

O erro de conceptualização das categorias classificatórias do negócio jurídico leva Mariana Pinheiro de Almeida a incorrer noutra imprecisão. Na verdade, tendo em conta que a doação modal “ainda existe quando, apesar da realização do encargo, o donatário recebe um benefício que represente um valor superior àquele que se obrigou a despende em consequência dos encargos” ⁽¹¹⁴⁾, a autora aventa — embora em termos académicos e teóricos — a possibilidade de configurar o contrato em causa como uma doação modal ⁽¹¹⁵⁾. Simplesmente, erra, ao não se aperceber que, para que haja uma doação, tem de existir um *animus* de liberalidade, uma intenção de criar um enriquecimento na esfera do donatário, ao qual corresponderá necessariamente um empobrecimento na esfera do doador. Ora, a intencionalidade predicativa dos casos de transmissão da propriedade de um fogo pela cooperativa para o cooperador não é assimilada pela intencionalidade predicativa do regime das doações, ainda que oneradas com encargos. O valor pago é o valor correspondente ao custo e o facto de, perante “o desenvolvimento do mercado económico considerado normal, aquele [ir] receber um bem com um valor de mercado mais elevado do que aquilo que efetivamente paga” não serve para contrariar a comutatividade que se anuncia no desenho da relação jurídica ⁽¹¹⁶⁾. É que o valor de mercado não é apto para determinar ou afastar o equilíbrio que se pretende ver estabelecido ao nível de um contrato de compra e venda ⁽¹¹⁷⁾.

⁽¹¹³⁾ Cf., sobre esta questão, A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 107; C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 401 s.

⁽¹¹⁴⁾ Luís Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. III, *Contratos em especial*, 7.^a edição, Almedina, Coimbra, 2010, 207 s.

⁽¹¹⁵⁾ Cf. Mariana Pinheiro de ALMEIDA, “A aquisição de fogo pelo cooperador numa cooperativa de habitação: natureza jurídica”, 602.

⁽¹¹⁶⁾ Cf. Mariana Pinheiro de ALMEIDA, “A aquisição de fogo pelo cooperador numa cooperativa de habitação: natureza jurídica”, 602 s.

⁽¹¹⁷⁾ No sentido de a consideração do preço e da natureza não lucrativa não afastarem a qualificação de compra e venda, cf. C. PROENÇA, “Da possibilidade

Poder-se-ia colocar a questão de saber se estaríamos diante de uma compra e venda mista com doação. Esta caracterizar-se-ia por a prestação só em parte ser coberta pelo valor da contraprestação, não por as partes estabelecerem um equilíbrio subjetivo, diverso do equilíbrio objetivo, mas por haver a intenção clara de uma delas de beneficiar gratuitamente o outro contraente. No fundo, o caráter misto do negócio seria determinado pelo *animus* que lhe estaria subjacente. Não nos parece, contudo, plausível falar-se de um *animus donandi*. Ele inexistente no caso de cada contrato individualmente considerado; a intenção de gerar benefícios para os cooperadores é global e estatutária, mas não se incorpora em cada negócio jurídico concretamente celebrado. Ou seja, o benefício resulta da inserção do cooperador na cooperativa, para o que tem de contribuir com montantes pecuniários, e não da celebração daquele contrato nos moldes previstos na lei. Dito de outro modo, se o cooperador recebe um benefício, este tem uma causa — a sua inserção na cooperativa, para a qual contribui e a qual constitui, no seu substrato. Tal como o sócio de uma sociedade comercial tem direito a um lucro, em virtude do pacto social, o cooperador tem direito a um benefício — embora não lucrativo — por fazer parte do substrato da pessoa coletiva. O ato constitutivo da cooperativa garante — com uma perspectiva solidarística e distributiva — que venha a adquirir por um preço inferior àquele que se fixaria no mercado. Mas inexistente um *animus donandi* da pessoa coletiva: o cooperador tem direito a comprar pelo preço de custo, em virtude da imersão no todo social. De facto, o benefício que se gera não resulta daquele contrato em particular, mas de uma lógica solidarística que opera entre todos os cooperadores. A cooperativa visa criar um benefício para os cooperadores porque elimina intermediários. No fundo, são os próprios cooperadores, numa lógica distributiva e através de uma sinergia de esforços, que garantem o que individualmente não conseguiam. Mas do ponto de vista da aquisição do imóvel, eles pagam pela transmissão da propriedade o correspondente ao seu valor. Não há, portanto, analogia possível com a situação do tio de A, construtor civil, que resolve vender um apartamento ao sobrinho por um valor residual.

de celebração de uma compra e venda de um imóvel e de um contrato promessa de compra e venda entre uma cooperativa e um sócio”, 533. Refira-se, porém, que a autora defende a existência de uma compra e venda cooperativa.

II. A doação é o contrato pelo qual uma pessoa, por espírito de liberalidade e à custa do seu património, dispõe gratuitamente de uma coisa ou de um direito, ou assume uma obrigação, em benefício de outro contraente. De acordo com o artigo 963.º CC, as doações podem ser oneradas com encargos. Significa isto que ao contrato de doação foi aposta uma cláusula modal ou modo ⁽¹¹⁸⁾ e que, portanto, o próprio donatário vai suportar sacrifícios. Resulta daqui uma questão incontornável: perder-se-á a natureza gratuita do negócio, encaminhando-nos para o domínio da onerosidade?

Não cremos que a resposta possa, *a priori*, ser afirmativa. Ainda que se imponha a realização de um encargo ao donatário e, assim, ainda que este haja de realizar uma prestação (positiva ou negativa), não deixa de estar presente o *animus liberandi* ou *animus donandi*. Doador e donatário não olham para as duas prestações no sentido de se equilibrarem, ainda que em termos subjetivos. Ao invés, no espírito do doador haverá sempre a vontade de beneficiar a sua contraparte.

O encargo que se impõe ao donatário não deixa de ser entendido como um esforço residual que ele tem de cumprir, mas que não compromete o benefício que recebe. Isso mesmo parece transparecer a partir da disciplina legal da cláusula modal. Nos termos do artigo 963.º/2 CC, o donatário não é obrigado a cumprir os encargos senão dentro dos limites do valor da coisa ou do direito doado. Quer isto dizer que, ainda que do ponto de vista do donatário e em termos práticos, o negócio assuma foros de onerosidade, há um efetivo controlo sobre os termos do encargo, de modo a que aquele não fique privado do benefício que lhe foi atribuído.

Por outro lado, não se pode afirmar que haja uma relação de corresponsabilidade entre as duas atribuições patrimoniais, de tal modo que, em caso de não cumprimento do modo, embora tanto o doador como os seus herdeiros e, bem assim, quaisquer interessados possam exigir o cumprimento dos encargos, não haverá necessariamente direito à resolução. Pelo contrário, o doador só pode resolver o negócio quando tal direito lhe tenha sido conferido pelo contrato. Como explica Mota Pinto, “não bastará (...) provar, por qualquer meio, que a cláusula modal foi causa impulsiva da doação, isto é, que o doador a não teria feito se soubesse que o inadimplemento teria lugar; é necessário que

(118) Sobre o ponto, cf. Antunes VARELA, *Ensaio sobre o conceito de modo*, Coimbra, 1955.

o direito de resolução lhe seja conferido pelo contrato e, portanto, corresponda a uma vontade real suscetível de desentranhar a sua eficácia em sede interpretativa” ⁽¹¹⁹⁾.

Acresce que, porque o modo não implica inelutavelmente um encargo de natureza patrimonial e porque o beneficiário do encargo pode ser um terceiro, a aposição de uma cláusula modal a uma doação não obsta a que o efetivo empobrecimento do doador se verifique.

Adequadamente compreendidos estes aspetos do regime, entende-se que só em situações extremas (e pontuais) podemos considerar que as doações modais perdem a natureza gratuita. Seria necessário, para tanto, que o encargo imposto tendesse a equivaler o sacrifício do doador e que a *intenção de transmitir a propriedade sem uma contrapartida pecuniária* fosse acompanhada da intenção de, em compensação, obter para si ou para terceiro um benefício de outro nível. Afastamo-nos de uma lógica de tudo ou nada na qualificação dos negócios como onerosos ou gratuitos para nos encaminharmos para uma apreciação gradativa que atende à materialidade subjacente aos casos concretos ⁽¹²⁰⁾.

III. Outro domínio problemático diz respeito aos concursos atributivos de prémios. Sobre esta questão o Supremo Tribunal de Justiça pronunciou-se no Acórdão de 9 de janeiro de 1990 ⁽¹²¹⁾. Em causa estava saber se certos bens eram bens próprios de um dos cônjuges ou bens comuns, para efeitos de partilha subsequente a um processo de divórcio. Tornava-se, portanto, imperioso determinar a natureza onerosa ou gratuita do título de aquisição dos referidos bens, atento o regime de comunhão de adquiridos que vigorava entre o casal. Mais especificamente, seria necessário indagar em que medida era ou não possível estabelecer uma concreta analogia entre a doação e os prémios obtidos em concursos públicos, já que o artigo 1722.º CC considera bens próprios aqueles que advierem aos cônjuges, na constância do matrimónio, por doação ou sucessão.

⁽¹¹⁹⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 587.

⁽¹²⁰⁾ Em sentido diverso, Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 56, considerando que não constituem puros e simples negócios onerosos nem puros e simples negócios gratuitos.

⁽¹²¹⁾ Proc. n.º 78601, relator Eliseu Ferreira, in *Boletim do Ministério da Justiça*, 393, 1990, 603 s.

No referido acórdão, pode ler-se que, “na qualificação de bens próprios ou comuns, dúvidas se têm levantado quanto a bens adquiridos mediante contratos aleatórios (seguro, lotarias, rifas, apostas), promessas públicas e concursos públicos”. Cremos que nenhuma razão haverá para se suscitarem dificuldades a propósito dos contratos aleatórios, como, aliás, reconhece o aresto. Na verdade, a aleatoriedade envolve uma forma de onerosidade, ao implicar a submissão das partes a um risco de ganhar ou de perder. Numa outra formulação, o coletivo de juízes considerou que não há, nestes contratos, nenhum intuito de liberalidade, já que qualquer deles permite auferir lucros, sendo uma atividade comercial.

No tocante aos concursos públicos, qualificáveis como promessas públicas, e, portanto, como negócios unilaterais, o promitente fica “vinculado logo que, mediante anúncio público, oferece uma prestação a quem se encontre numa determinada situação ou pratique certo ato, positivo ou negativo”. Como explicita o Supremo Tribunal de Justiça, “a atribuição patrimonial umas vezes tem caráter de onerosidade, designadamente quando tenha por equivalente ou correspetivo uma prestação que para o promitente represente a prestação de um serviço; outras vezes tem o caráter de liberalidade, destinando-se a galardoar o concorrente mais dotado em qualidades físicas ou intelectuais” ⁽¹²²⁾. Assim, por exemplo, o prémio atribuído pela descoberta de um criminoso deve ser entendido — continua o acórdão — como a contrapartida de uma prestação efetuada pelo beneficiário; ao invés, o prémio literário que visa premiar aquele que escreve o melhor romance do ano reveste um caráter de liberalidade.

No caso concreto, estavam em causa bens ganhos em concursos televisivos. Entendeu o Supremo Tribunal de Justiça que eles se assumem como verdadeiros espetáculos: “a empresa organizadora dos concursos visa em muitos casos a realização de espetáculos, com a colaboração dos concorrentes, com fins lucrativos”. E bem. Emergem, unidas por um nexo de correspetividade, duas prestações que se equilibram: o prémio e a atividade desenvolvida pelo concorrente. Nessa medida, estamos diante de negócios unilaterais onerosos. Repare-se, ademais, que esta correspetividade é acompanhada da intenção de estabelecer o equilíbrio de que se cura, estando ausente qualquer *animus* de liberalidade.

⁽¹²²⁾ *Boletim do Ministério da Justiça*, 393, 1990, 605.

IV. A recente realidade digital trouxe à luz do dia novos esquemas contratuais. São inúmeras as aplicações que podem ser *gratuitamente* descarregadas para os dispositivos móveis (computadores, *smartphones*, *tablets*); são inúmeras as redes sociais em que os sujeitos se podem inscrever como utilizadores. O denominador comum entre todos estes aplicativos ou sites é a *gratuidade*. O consumidor não paga um preço pela prestação de conteúdos digitais que recebe. Contudo, cede, as mais das vezes, os seus dados pessoais ao fornecedor da aplicação. Este armazena-os, processa-os e transmite-os a terceiros, para um ulterior tratamento. A partir daqui criam-se perfis de comportamento, e são *vendidos* dados em larga escala (*big data*), com as mais diversas finalidades: verificação de identidades, deteção de fraudes, finalidades publicitárias, finalidades políticas, entre muitas outras ⁽¹²³⁾. A transação de dados pessoais envolve grandes quantitativos pecuniários, existindo, inclusivamente, empresas que têm como objeto a negociação em torno da informação pessoal recolhida ⁽¹²⁴⁾.

Ao fornecerem determinados conteúdos digitais, as empresas que desenvolvem as plataformas de comunicação ou as aplicações recebem, em contrapartida, a possibilidade de aceder aos dados pessoais dos utilizadores que, depois de processados e anonimizados, podem conformar-se como uma verdadeira *commodity*.

A questão que se coloca é, portanto, a de saber se estaremos, de facto, em todos esses contratos de fornecimento de conteúdos digitais, perante contratos gratuitos ou se, ao invés, eles se cobrem com a nota de onerosidade.

Em abstrato, podemos aventar diversas hipóteses. Num primeiro cenário, o utilizador da aplicação ou da plataforma de comunicação utiliza-a pensando estar a aceder a um serviço gratuito e acaba, para que a mesma funcione, por consentir que o fornecedor aceda a alguns dos seus dados pessoais. Num segundo cenário, os conteúdos digitais são prestados como contrapartida do fornecimento de dados pessoais e/ou têm como finalidade a partilha de informação por parte do utilizador.

⁽¹²³⁾ Luz Martínez VELENCOSO/Marina Sancho LÓPEZ, “El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. Realmente es gratis la App?”, *Indret*, 1/2018.

⁽¹²⁴⁾ Luz Martínez VELENCOSO/Marina Sancho LÓPEZ, “El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. Realmente es gratis la App?”, 12, falando do papel dos *data brokers*.

3.6. Critério do momento da produção de efeitos jurídicos

Atendendo ao momento relevante para a produção de efeitos jurídicos, podemos distinguir os negócios jurídicos *entre vivos/inter vivos* ou *mortis causa*. Os primeiros produzem os seus efeitos em vida das partes; os segundos visam produzir efeitos depois da morte.

Menezes Cordeiro alerta, contudo, que o critério tradicional de distinção — os negócios *inter vivos* destinam-se a produzir efeitos em vida dos celebrantes, os negócios *mortis causa* manifestar-se-iam apenas depois da morte do autor — não satisfaz ⁽¹²⁵⁾. De acordo com a explicitação do autor, “as partes, ao abrigo da sua autonomia privada, podem estipular que os seus negócios produzam efeitos com a morte de alguma delas. não obstante, o negócio é *inter vivos*, por assentar num tipo de regulação primacialmente destinado a reger relações entre participações. Assim sucede com o contrato de seguro de vida, que produz efeitos com a morte do segurado: não é nenhum negócio *mortis causa*” ⁽¹²⁶⁾.

Tem razão o autor na qualificação do contrato de seguro de vida como um negócio *inter vivos*. Simplesmente, não cremos que tal ponha em causa o critério classificatório clássico. De facto, ao afirmar-se que o negócio *mortis causa* produz efeitos apenas depois da morte do declarante está-se a assumir que o negócio produz todos os seus efeitos depois da morte e que, portanto, pode ser livremente revogável até esse momento. É o exemplo típico do testamento: pode ser livremente revogado pelo testador; a transferência dos bens para os herdeiros e legatários só opera depois da morte do testador ⁽¹²⁷⁾. Trata-se, ademais, de um negócio fora do comércio jurídico, pelo que, como veremos, em muitos aspetos relativos à sua disciplina prevalecerão os interesses do declarante ⁽¹²⁸⁾.

Não é assim no tocante ao contrato de seguro de vida, cuja eficácia opera imediatamente, embora uma das prestações só deva ser realizada depois da morte de um dos contraentes.

⁽¹²⁵⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 95 s.

⁽¹²⁶⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 96.

⁽¹²⁷⁾ Cf. artigos 2179; 2311.º; 2031.º CC. Sobre o ponto, veja-se Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 389 e Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, 44 s.

⁽¹²⁸⁾ Cf. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 389. Veja-se, *infra*, a questão da interpretação dos testamentos, por exemplo. Atente-se, igualmente, em alguns desvios que o legislador consagra em matéria de divergências entre a vontade e da declaração e os em matéria de vícios da vontade quanto ao testamento.

A concretização do critério classificatório por referência ao momento da produção de efeitos e à revogabilidade ou irrevogabilidade do negócio permite-nos discernir uma solução no tocante à qualificação das disposições por morte feitas em convenção antenupcial: instituição contratual de herdeiro ou legatário em favor de qualquer dos esposados, feita pelo outro esposado ou por terceiro (artigo 1700.º/1, *a*) CC); instituição contratual de herdeiro ou legatário feita por qualquer dos esposados em favor de terceiro (artigo 1700.º/1, *b*) CC).

No que à primeira diz respeito (instituição contratual de herdeiro ou legatário em favor de qualquer dos esposados, feita pelo outro esposado ou por terceiro), parece que o melhor posicionamento é considerar — na esteira de Manuel de Andrade e Mota Pinto ⁽¹²⁹⁾ — estarmos diante de um negócio híbrido ou misto, que conjuga características de negócios *inter vivos* e *mortis causa*: a transferência de bens só ocorre depois da morte; mas depois da aceitação, não é possível revogar o ato unilateralmente. No caso da instituição contratual de herdeiro ou legatário feita por qualquer dos esposados em favor de terceiro, se este interveio na convenção antenupcial, a disposição não é livremente revogável, estando em causa um negócio híbrido; pelo contrário, se não interveio, a disposição, porque livremente revogável, deve ser entendida como um negócio *mortis causa* ⁽¹³⁰⁾.

3.7. Critério do risco e da importância patrimonial do negócio

Se atendermos ao risco e à importância patrimonial do negócio, podemos classifica-los como negócios de mera administração e negócios de disposição. A distinção assume relevo bastante na medida em que, em determinadas situações, os poderes do administrador de bens alheios (*v. g.* nas hipóteses de curadoria; poderes do tutor; poderes dos cônjuges no tocante à administração dos bens do outro) ou até os poderes do próprio sujeito podem ser limitados (*v. g.* nas hipóteses de ser decretada uma medida de acompanhamento de maiores).

⁽¹²⁹⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 391; Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, 45 s.

⁽¹³⁰⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 391. Em sentido diverso, considerando que estamos em qualquer das situações diante de negócios *mortis causa*, Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 96; Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 279.

Tendo em conta a *ratio* da limitação destes poderes, e sempre que o legislador não especifique a natureza do negócio em causa ⁽¹³¹⁾, a doutrina tem entendido que se devem considerar negócios de mera administração aqueles que correspondem a uma gestão comedida, que não envolvem grandes riscos, pelo que, embora não possibilitem elevados lucros, também não potenciam prejuízos consideráveis. Trata-se, no fundo, de atos que não afetam a composição do património, antes tendendo a aproveitar as potencialidades que lhe são inerentes. Integrar-se-iam nesta categoria os atos de conservação dos bens e os atos de frutificação normal, quando financiados através do rendimento acumulado do próprio bem e não da alienação de partes do capital ⁽¹³²⁾. Mas poder-se-iam integrar também nos negócios de mera administração os atos de frutificação anormal e de melhoramento quando feitos exclusivamente à custa dos rendimentos e quando não consistam em novas aquisições de bens, mas em obras nos bens administrados ⁽¹³³⁾.

Os negócios de disposição, pelo contrário, são aqueles que afetam a substância do património, alterando a composição do capital administrado ⁽¹³⁴⁾.

Menezes Cordeiro alerta, a este propósito, que existe uma marcada relatividade entre as duas noções ⁽¹³⁵⁾. De acordo com os exemplos que nos oferece, “o corte de árvores de uma floresta poderá ser um ato de administração quando se trate de um prédio afeto à exploração de madeira; será, porém, um ato de disposição nas restantes hipóteses”. Conclui, por isso, que “a contraposição em causa não pode ser feita apenas tendo em conta a situação jurídica visada pelo negócio, mas antes a esfera jurídica global que vá ser atingida: a venda de um automóvel é um ato de administração para o estabelecimento da especialidade que tenha dezenas de automóveis para esse efeito; mas pode ser um ato de disposição para o cidadão comum” ⁽¹³⁶⁾.

⁽¹³¹⁾ Por vezes, o legislador especifica se um negócio deve ser visto como um ato de mera administração ou de disposição. Cf. o artigo 1024.º CC, no tocante à locação.

⁽¹³²⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 407 s.; Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 62 s.

⁽¹³³⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 407 s.; Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 62 s.

⁽¹³⁴⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 408.

⁽¹³⁵⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 108.

⁽¹³⁶⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 108.

Importa, ainda, sublinhar que esta classificação se dirige a atos de natureza patrimonial e, por outro lado, deixa de fora alguns negócios jurídicos. A doação, não sendo um ato de gestão de um património, escapam à bipartição ⁽¹³⁷⁾.

3.8. Critério da forma

Tendo em conta a exigência de forma enquanto requisito de validade do negócio jurídico, este pode ser qualificado como *solene ou formal* ou como *consensual ou não formal, não solene*. Os primeiros são aqueles para os quais o legislador exige uma determinada formalidade; os negócios não formais são os que podem ser celebrados por qualquer forma.

Em regra, os negócios jurídicos não estão submetidos a qualquer forma, podendo ser celebrados por qualquer meio apto a exteriorizar a vontade negocial (princípio da liberdade de forma — artigo 219.º CC). Contudo, em determinadas situações, impõe-se uma forma especial, e, se esta não for cumprida, gera-se a nulidade do negócio jurídico.

3.9. Critério da relevância da relação jurídica que constitui a sua causa

Tendo em conta a relevância da relação jurídica que constitui a sua causa, os negócios jurídicos podem ser divididos entre *abstratos* e *causais* ⁽¹³⁸⁾.

A generalidade dos negócios é causal. De acordo com a explicação de Mota Pinto, os negócios em que a função económica ou social típica ou da relação jurídica que constitui a sua causa não relevam, estando os efeitos do negócio separados dessa mesma causa, são os negócios abstratos. É o caso do aceite de uma letra ou de uma livrança, o saque de um cheque ⁽¹³⁹⁾.

A formulação não é facilmente perceptível. Tal deve-se, consoante reconhece Menezes Cordeiro, ao facto de, em rigor, a contraposição reportar às obrigações e não propriamente ao negócio. Assim, a “obrigação diz-se causal quando, para valer judicialmente,

⁽¹³⁷⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 410.

⁽¹³⁸⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 399.

⁽¹³⁹⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 399.

tenha de ser acompanhada pela sua fonte; é abstrata, na hipótese inversa” ⁽¹⁴⁰⁾. Nessa medida, “se alguém quiser demandar outra pessoa para que pague € 10000, não basta afirmar que é credor por essa importância. Antes terá de explicar que essa quantia lhe é devida por via de um contrato, comprovando-o, ou a título de indemnização, invocando e demonstrando os competentes pressupostos” ⁽¹⁴¹⁾.

Já às obrigações cambiárias preside o princípio da abstração, o que significa que valem independentemente da causa que lhes deu origem. No caso das letras e livranças, essa abstração é frequentemente justificada com o disposto no artigo 17.º LULL ⁽¹⁴²⁾. De facto, nos termos do preceito citado, “as pessoas acionadas em virtude de uma letra não podem opor ao portador as exceções fundadas sobre as relações pessoais delas com o sacador ou com os portadores anteriores, a menos que o portador ao adquirir a letra tenha procedido conscientemente em detrimento do devedor”.

A solução deve ser compreendida com cautelas. Como se refere no Acórdão TRP 27-6-2006 (Proc. n.º 0623005) ⁽¹⁴³⁾, “os intervenientes originários num título de crédito podem opor entre si qualquer exceção que tenha como suporte a relação jurídica subjacente. No entanto, quando introduzidos no comércio jurídico e em poder de terceiros, isto é, quando à relação cartular deixe de corresponder a relação causal que lhe serviu de fonte, os dizeres do título tornam-se válidos por si mesmos, e a sua razão de ser executiva é a de impedir que os obrigados na relação cartular possam opor ao portador legítimo qualquer exceção de direito material fundadas em relações pessoais delas com o sacador ou portador anterior que visasse exonerá-los. A única exceção admitida na lei é apenas a de que, ao tornar-se portador do título, esse novo portador tivesse atuado conscientemente em detrimento do devedor. É isso mesmo que se estabelece no artigo 17.º da LULL, aplicável às livranças, de acordo com o disposto no artigo 77.º da mesma Lei Uniforme”. Ou seja, o problema da abstração — por muitos reconduzido à ideia de autonomia do título; por outros explicado por força do

⁽¹⁴⁰⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil II*, 102.

⁽¹⁴¹⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil II*, 102.

⁽¹⁴²⁾ Soveral MARTINS, *Títulos de crédito e valores mobiliários*, I, Almedina, Coimbra, 2014, 80 s.

⁽¹⁴³⁾ Relator Mário Cruz.

princípio da relatividade dos efeitos dos contratos ⁽¹⁴⁴⁾ — vem a traduzir-se, afinal, no facto de o terceiro que adquire o direito após a circulação do título estar totalmente desvinculado da relação causal originária e fundamentante, o que significa que, diante de terceiros de boa-fé, não pode ser invocada qualquer invalidade ou outra exceção que diga respeito à relação entre sacador e sacado. Menezes Cordeiro explica a solução pela necessidade de imperar a tutela da confiança no tráfico jurídico ⁽¹⁴⁵⁾.

Diferente é a hipótese da assunção de dívida. De acordo com o artigo 458.º/1 CC, “se alguém, por simples declaração unilateral, prometer uma prestação ou reconhecer uma dívida, sem indicação da respetiva causa, fica o credor dispensado de provar a relação fundamental, cuja existência se presume até prova do contrário”. Contra o que poderia sugerir-se com uma leitura apressada do preceito, não estamos aqui diante de um negócio abstrato, já que é possível provar a relação fundamental, contrariando o que resulta da declaração. Estamos, pois, diante do que Menezes Cordeiro apelida de *negócios presuntivos de causa* ⁽¹⁴⁶⁾.

4. FORMAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

Compreendido o que é o negócio jurídico, importa ter presente como é que o mesmo se forma. Há, por isso, que abrir as portas ao problema da formação do negócio ⁽¹⁴⁷⁾.

⁽¹⁴⁴⁾ Carolina CUNHA, *Letras e Livranças: Paradigmas atuais e recompreensão de um regime*, Coimbra, Almedina, 2012.

⁽¹⁴⁵⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 103.

⁽¹⁴⁶⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 103 s.

⁽¹⁴⁷⁾ Tradicionalmente, porém, os autores optavam por uma perspectiva estática, que se orientava pela consideração dos seus elementos, dentro dos quais encontraríamos as declarações de vontade. Manuel de Andrade referia-se aos elementos essenciais (que poderia ser gerais, porque imprescindíveis em qualquer negócio jurídico — capacidade das partes, declarações de vontade e possibilidade do objeto; ou específicos de determinado tipo negocial), elementos naturais (aqueles que os negócios produzem, mas que podem ser afastados pela vontade autónomas das partes; resultam das disposições legais supletivas), elementos acidentais (ou seja, as cláusulas acessórias dos negócios jurídicos, estipulações que não caracterizam o tipo negocial em abstrato, mas que se tornam imprescindíveis para que o negócio produza os efeitos pretendidos) — Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 33 s. No mesmo sentido, vide C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 383 s.

4.1. Declarações negociais ou declarações de vontade

4.1.1. Noção

Pressuposto para que o negócio jurídico possa surgir é a existência de pelo menos uma declaração de vontade. Esta é um meio de transmissão da vontade tendente à produção de efeitos práticos que se pretende que sejam vinculantes.

Mota Pinto define-a como “o comportamento que, exteriormente observado, cria a aparência de exteriorização de um determinado conteúdo de vontade negocial”⁽¹⁴⁸⁾, e seria integrada, assim, por dois elementos: a declaração propriamente dita e a vontade, por seu turno, tripartida em vontade de ação, vontade de declaração e vontade negocial. A primeira corresponde à voluntariedade do próprio comportamento comunicativo; a segunda traduz-se na consciência de que àquele comportamento é atribuído o sentido de uma declaração negocial; a

Não obstante a importância da consideração destes elementos, do ponto de vista didático-expositivo, o sistema não se nos afigura ser o mais adequado, agregando fatores de natureza muito diversa, embora condicionantes da validade do negócio, sobretudo no que respeita aos elementos essenciais. Para uma crítica a esta perspetiva, cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 117 s.

Seria a partir da tematização da declaração negocial que se estudariam os grandes problemas relativos à formação do negócio e, subsequentemente, à sua interpretação e às eventuais patologias de que o mesmo poderia padecer. Sistematização diversa foi proposta por Dias MARQUES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 189 s., que fala de pressupostos, estrutura e função; Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 139 s. Galvão TELLES, *Manual dos contratos em geral*, 3.^a edição, 1965, 65 s., sistematizando a questão em termos de elementos, acordo (formação), acordo (conteúdo), causa ou motivo, requisitos de validade, requisitos de eficácia.

Esta perspetiva acaba por ser mais recentemente posta em causa. De acordo com os ensinamentos de Menezes Cordeiro, “tendo presente que todo o motor da fenomenologia em estudo reside na eficácia, há que ponderar, em termos preferenciais, o desenvolvimento dinâmico do negócio”. Do ponto de vista da sequência expositiva, o autor propõe-se falar de formação do negócio, conteúdo do negócio, vício da vontade e da declaração, ineficácia do negócio. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 121 s.

Cremos, a este propósito, que não fará sentido tratar de todos os elementos essenciais do negócio jurídico: estando também em causa aspetos relacionados com a capacidade e legitimidade das partes, torna-se evidente que a relevância problemática de tais elementos essenciais escapa à teoria geral do negócio jurídico, assumindo uma feição mais abrangente.

⁽¹⁴⁸⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 413.

terceira consiste na vontade de celebrar um negócio jurídico com um conteúdo que corresponda à declaração exteriorizada ⁽¹⁴⁹⁾.

O conceito de declaração negocial, contudo, só poderá ser devidamente percebido, na sua missão de exteriorizar um determinado conteúdo de vontade negocial, se entendermos também qual o peso relativo de cada um dos elementos referidos. Dito de outro modo, diante de eventuais problemas que possam emergir haveremos de sobrevalorizar a dimensão de vontade ou a dimensão de declaração. No fundo, debate-se há largo tempo na doutrina se deveremos realçar o “aspecto subjetivista (vontade manifestada, manifestação de vontade)” ou o “aspecto objetivista (comportamento objetivo, aparência de vontade, ato social)” ⁽¹⁵⁰⁾. A primazia da vontade remonta a Savigny ⁽¹⁵¹⁾, a tal ponto que, havendo erro, deixaria de poder haver vinculação. Por contraposição, a perspectiva objetivista, predicada no valor do comportamento declarativo, encontra em Ihering um dos seus grandes defensores ⁽¹⁵²⁾.

A opção entre as duas perspectivas — a teoria da vontade *vs.* a teoria da declaração — só pode ser assumida em face dos dados normativos oferecidos pelo ordenamento jurídico. Ora, como iremos perceber melhor *infra*, as soluções que o Código Civil consagra em matéria de interpretação do negócio, dos vícios da vontade e das divergências entre a vontade e a declaração não deixa margem para dúvidas no tocante a uma orientação tendencialmente objetivista ⁽¹⁵³⁾, sem embargo de não se negar totalmente a relevância da vontade psicológica ⁽¹⁵⁴⁾.

Este objetivismo não deve, contudo, ser encarado de um prisma formal, antes devendo ser compreendido à luz de uma ideia de tutela da confiança ⁽¹⁵⁵⁾.

⁽¹⁴⁹⁾ C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 419 s.; Paulo Mota PINTO, *Declaração tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995, 222 s.; Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 122.

⁽¹⁵⁰⁾ C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 414.

⁽¹⁵¹⁾ SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, III, 264.

⁽¹⁵²⁾ IHERING, “Culpa in contrahendo oder Sachensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen”, 4 s.

⁽¹⁵³⁾ Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 122 s.; Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 414 s.

⁽¹⁵⁴⁾ C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 416.

⁽¹⁵⁵⁾ Sobre o ponto, veja-se Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 129; CANARIS, “Die Vertrauenshaftung in deutschen Privatrecht”, *Gesammelte Schriften*, II, 2012, 3 s.

4.1.2. Tipos de declarações negociais

Nos termos do artigo 217.º/1 CC, as declarações negociais podem ser *expressas* ou *tácitas*. Trata-se, segundo a doutrina, de uma manifestação do princípio da liberdade declarativa, ainda compreendido no quadro do princípio da autonomia privada e da liberdade contratual ⁽¹⁵⁶⁾. Não obstante, em determinadas situações, a lei pode impor que a declaração seja expressa ⁽¹⁵⁷⁾, tornando-se, por isso, imperioso estabelecer a diferença entre ambas ⁽¹⁵⁸⁾.

De acordo com a norma citada, as declarações são expressas quando feitas por palavras, escrito ou qualquer outro meio direto de manifestação da vontade; e tácitas, quando se deduzam de factos que, com toda a probabilidade, a revelem ⁽¹⁵⁹⁾. Fazendo apelo à jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, Menezes Cordeiro sublinha que os comportamentos que podem ser tidos por declarações tácitas devem ser significantes, positivos e inequívocos. Mais refere o autor que, “na determinação de uma declaração tácita, há que atender aos usos e ao ambiente social onde ocorram os factos” ⁽¹⁶⁰⁾. Mota Pinto, por seu turno, sublinha que a “inequivocidade dos factos concludentes não exige que a dedução, no sentido do autorregulamento tacitamente expresso, seja forçosa ou necessária, bastando que, conforme os usos

Cf., igualmente, LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 441 s., considerando que a declaração envolve sempre uma ideia de validade.

⁽¹⁵⁶⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 421.

⁽¹⁵⁷⁾ Sobre o ponto, cf. Rui de ALARCÃO, “Declarações expressas e declarações tácitas — o silêncio/anteprojecto para o novo Código Civil”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 86, 1959, 233 s.

⁽¹⁵⁸⁾ Em sentido concordante, C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 421.

⁽¹⁵⁹⁾ Tradicionalmente, opunham-se, a propósito da contraposição entre as declarações expressas e as declarações tácitas, duas perspetivas: a subjetiva e a objetiva. Para a primeira, as declarações expressas pressupõem a existência de uma conduta diretamente destinada a manifestar a vontade do sujeito, e as declarações tácitas traduzem uma forma indireta, lateral de manifestação de vontade, com base num comportamento que, imediatamente, se dirige a outro fim. Para um elenco de críticas a esta posição, cf. Paulo Mota PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente*, 438 s. Já para a perspetiva objetiva, a declaração expressa será feita através dos meios que a lei, a convenção ou os usos determinaram ter valor de declaração; e a declaração tácita é aquela em que os meios utilizados só no contexto de atuação do sujeito permitem concluir pela natureza declarativa. Sobre a distinção, veja-se Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 133.

⁽¹⁶⁰⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 132.

do ambiente social, ela possa ter lugar com toda a probabilidade” ⁽¹⁶¹⁾. Na aferição da concludência do comportamento, haveremos de aplicar as regras da interpretação do negócio jurídico ⁽¹⁶²⁾.

4.1.3. Declaração negocial presumida e declaração negocial ficta

Em determinadas situações, a lei liga um determinado conteúdo de vontade negocial a um dado comportamento. Estamos diante de uma declaração negocial presumida. Pode esta presunção ser ilidida mediante prova em contrário. Caso não seja possível ilidir a presunção, a declaração negocial apelida-se de ficta. É o que sucede, *v. g.*, com a renovação do contrato de arrendamento, nos termos do artigo 1054.º CC ⁽¹⁶³⁾.

4.1.4. Protesto e reserva

O protesto é uma declaração negocial que visa esclarecer, sempre que o autor de um comportamento declarativo tenha medo que lhe seja imputado um sentido que não é querido, não ser esse o seu intuito. Se em causa estiver a intenção de esclarecer que o comportamento não corresponde à renúncia de um direito ou ao reconhecimento de um direito alheio, o protesto assume-se como uma reserva ⁽¹⁶⁴⁾.

4.1.5. O silêncio

Diferente de uma declaração tácita, que envolve necessariamente um comportamento concludente, é o silêncio, que, do ponto de vista jurídico, deve ser entendido como o nada dizer e o nada fazer. Trata-se, portanto, de uma omissão ⁽¹⁶⁵⁾.

Nos termos do artigo 218.º CC, em regra, o silêncio não vale como comportamento declarativo. Entende-se que assim seja. Por um lado, a omissão de comportamento pode ser justificada por muitas vias;

⁽¹⁶¹⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 423.

⁽¹⁶²⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 423.

⁽¹⁶³⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 427; Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 141 s.

⁽¹⁶⁴⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 428.

⁽¹⁶⁵⁾ Rui de ALARCÃO, “Declarações expressas e declarações tácitas — o silêncio/anteprojecto para o novo Código Civil”, 251 s.

por outro lado, não é razoável impor-se aos sujeitos a quem é enviada uma proposta um ónus de a recusar ⁽¹⁶⁶⁾.

Só não será assim, quando a lei, uma convenção ou os usos ⁽¹⁶⁷⁾ determinem que, num caso concreto, o silêncio deve valer como declaração negocial.

Não se vai, portanto, ao ponto de se considerar relevante o silêncio, quando aquele que silencia podia e devia falar. Afasta-se, deste modo, aquela que era a proposta de Rui de Alarcão no seu anteprojeto do Código Civil. Defendia, à época, o autor que “o silêncio vale como declaração negocial em determinado sentido quando a lei ou uma estipulação das partes assim o dispuser. E o mesmo valor lhe competirá se, conforme a boa-fé, e tidos em atenção os usos do tráfico, o silenciante devia ter falado ou agido para manifestar a sua vontade divergente, e não o fez, embora sabendo que naquele sentido podia ser entendido o seu silêncio, e assim realmente aconteceu” ⁽¹⁶⁸⁾.

Especiais problemas se colocam no que respeita aos negócios formais. Como explica Menezes Cordeiro, o silêncio, ao implicar uma omissão, não pode revestir qualquer forma. Assim, entende o autor que “acaso a própria lei atribua ao silêncio um determinado valor negocial, pode estar implícita a dispensa de uma forma que, de outro modo, seria requerida. Mas outro tanto sucede com os usos ou com a simples convenção das partes: através da concessão de eficácia ao silêncio, não é viável a dispensa de regras formais. Seria de encarar uma alternativa: a de a própria convenção relativa ao silêncio seguir a forma legalmente prescrita e, depois, também de acordo com essa mesma forma, se constatar a ocorrência do silêncio. Mas em tal eventualidade, seria já muito duvidosa a mera existência do silêncio: tudo apontaria,

⁽¹⁶⁶⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 424.

⁽¹⁶⁷⁾ A lei a que nos referimos será uma lei específica a determinar esse valor. Não se pode, na verdade, considerar que o artigo 218.º CC, por si só, cumpre essa missão. Nesse sentido, Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 140.

Por outro lado, os usos a que nos referimos podem ser os usos sociais ou os usos particulares, entre as partes.

⁽¹⁶⁸⁾ Rui de ALARCÃO, “Declarações expressas e declarações tácitas — o silêncio/anteprojeto para o novo Código Civil”, 239.

Na primeira revisão ministerial, dispunha-se que “o silêncio vale como declaração negocial quando a lei ou a estipulação das partes lhe confirmam esse valor. Análogo valor lhe compete quando a parte não haja contestado, como a boa-fé e os usos lhe impunham, o alcance declarativo que ao seu silêncio tenha sido atribuído”. Cf. *Boletim do Ministério da Justiça*, 107, 1961, 86.

antes, para a presença de um negócio tácito” ⁽¹⁶⁹⁾. Pese embora o testemunho e não obstante o facto de a forma não se confundir com a questão do tipo de declaração, cremos ser de defender que, naquelas hipóteses em que o legislador impõe uma determinada forma, não é possível celebrar-se o negócio com base no silêncio.

4.2. A forma do negócio jurídico

4.2.1. O princípio da liberdade de forma e as exceções

Em regra, os negócios jurídicos não carecem de forma especial. O artigo 219.º CC consagra entre nós o princípio da liberdade de forma. Significa isto que, por exemplo, a venda verbal de um automóvel é válida. Entende-se que assim seja: em face da profusão de negócios jurídicos, mormente de contratos, que celebramos no nosso quotidiano, tornar-se-ia inviável — pela paralisação da vida do dia-a-dia — a exigência de uma forma como regra para a celebração de tais atos.

Porém, em certas situações, o legislador impõe uma determinada forma. Noutras hipóteses, a exigência não é legal (formal *legal*), mas resulta de uma estipulação das partes (forma *convencional*).

O nosso ordenamento jurídico admite, na verdade, os pactos determinativos da forma, nos termos do artigo 223.º CC. Estes negócios não poderão, contudo, conduzir ao afastamento das regras legais impostas em matéria de forma ⁽¹⁷⁰⁾. Se o fizerem, sendo essas normas imperativas, são nulos, nos termos do artigo 280.º CC, o que significa que as partes apenas podem agravar as exigências de forma, para aquelas hipóteses em que o legislador já a previa, ou estabelecer uma forma, no caso de um negócio não formal ⁽¹⁷¹⁾.

A imposição de determinada forma visa múltiplos objetivos: impor uma maior reflexão às partes; viabilizar um maior grau de certeza acerca da celebração do negócio e dos termos em que o mesmo foi celebrado; separar a fase pré-contratual da efetiva celebração do negócio; garantir a publicidade do ato; facilitar a prova da celebração do negócio ⁽¹⁷²⁾.

⁽¹⁶⁹⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 141.

⁽¹⁷⁰⁾ Além disso, havemos de ter em conta o artigo 22.º/1, o) DL n.º 446/95, que considera relativamente proibida a fixação de formalidades que a lei não preveja.

⁽¹⁷¹⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 430 s.

⁽¹⁷²⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 431. Veja-se, igualmente, LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 484 s.

Menezes Cordeiro entende, a este propósito, que as razões tradicionalmente apontadas para justificar a exigência de forma são frágeis. No que diz respeito à publicidade, ela seria obtida por institutos próprios, quer através da posse, quer através do registo, quer através de publicações obrigatórias, além de que “a forma não confere, por si, qualquer publicidade, a qual depende, para se efetivar, do funcionamento de esquemas ulteriores, que com ela não estão necessariamente ligados” ⁽¹⁷³⁾. Também no tocante à reflexão das partes, a justificação não parece ser bastante: não só se exigiria indagar da sua efetiva ocorrência em concreto, como não se requer forma especial para atos que solicitariam, pelo seu papel, reflexão madura, enquanto outros, secundários, exigiriam a formalização ⁽¹⁷⁴⁾. Por último, os “negócios vitimados por falta de forma são, por vezes, de prova imediata. As dificuldades de prova põem em causa a própria ocorrência do negócio; não a sua validade” ⁽¹⁷⁵⁾.

Para o insigne civilista, as razões determinativas da forma são mais amplas do que aquilo que tradicionalmente se considerava. Aponta, assim, dezoito escopos para a exigência: prova; identificação das pessoas que efetivamente celebraram o negócio; comunicação de um contrato, que se torna assim mais sólido; informação material; demarcação do objeto do negócio; delimitação do contrato a que se haja chegado; oficialização; sobreaviso e proteção perante a precipitação; consciencialização da autovinculação; segurança dada pela intervenção de especialistas; regulação e supervisão mais eficazes; tutela de terceiros e do tráfego; fiscalização pública; executoriedade; proteção do consumidor ⁽¹⁷⁶⁾.

Já a convenção de forma pode prosseguir diversos interesses: razões de segurança quanto à celebração, clareza do conteúdo, prova, reflexão das partes, obtenção de informação especializada antes da celebração definitiva ⁽¹⁷⁷⁾. Peter MANKOWSKI ⁽¹⁷⁸⁾ considera existirem catorze finalidades distintas: razões de prova, de autenticação, de identificação, de comunicação, de informação, de indicação

⁽¹⁷³⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 173.

⁽¹⁷⁴⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 173.

⁽¹⁷⁵⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 173.

⁽¹⁷⁶⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 174-175.

⁽¹⁷⁷⁾ Cf. Andreas HELDRICH, “Die Form des Vertrages, Vorschläge zur Neugestaltung des Rechts”, *Archive für die civilistische Praxis*, 1947, 91 s.

⁽¹⁷⁸⁾ Peter Mankowski, “Formzwecke”, *Juristenzeitung*, 2010, 663 s.,

quanto ao conteúdo do consenso, de distinção entre negociação e celebração do contrato, de publicidade, de reflexão dos contraentes, de assegurar o aconselhamento de uma das partes, de tutela do tráfego, de controlo público da celebração do contrato, de regulação do mercado, de legitimação para o exercício de direitos. Fernando SÁ, por seu turno, considera que podem prosseguir interesses de proteção dos contraentes contra si próprios, permitindo períodos de reflexão ou de obtenção de mais informação com o desiderato de permitir um exercício esclarecido e consciente da sua autonomia privada ⁽¹⁷⁹⁾.

4.2.2. Tipos de forma

Compreendida que seja a razão da exigência de forma, importa considerar que não existe uma forma universalmente prescrita para os negócios solenes, mas que ela vai variando consoante a imposição do legislador (ou a determinação das partes).

Assim, podemos confrontar-nos com diversos tipos de formas ⁽¹⁸⁰⁾. No que respeita à forma escrita, esta dá origem a documentos. Nesse âmbito, podemos deparar-nos com a exigência de documentos autênticos, documentos autenticados ou documentos particulares.

Os documentos autênticos — escritura pública — são exarados pelo notário e a sua força probatórias é plena, só podendo ser afastada com base na arguição (e prova) da sua falsidade; os documentos autenticados são elaborados pelas partes, mas confirmados perante o notário, correspondendo, em termos de força probatória, aos documentos autênticos; os documentos particulares são todos os outros e a sua força probatória fica dependente da verificação de determinados requisitos (artigos 373.º e seguintes do CC).

Hoje em dia colocam-se problemas interessantes no tocante aos documentos eletrónicos.

Nos termos do artigo 26.º DL n.º 7/2004, “as declarações emitidas por via eletrónica satisfazem a exigência legal de forma escrita quando contidas em suporte que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade,

⁽¹⁷⁹⁾ Fernando SÁ, “Contratos de proteção contra si mesmo a concordância intertemporal da autonomia privada”, *Notas redigidas como suporte à Católica Talk de 2 de Julho de 2014, com comentário a cargo do Mestre Pedro Eiró*.

⁽¹⁸⁰⁾ Alguns negócios, além da forma, exigem um ritual de celebração. São por isso mais solenes, como é o caso do contrato de casamento.

inteligibilidade e conservação” ⁽¹⁸¹⁾. Foi neste quadro que o legislador sentiu necessidade de criar um ambiente seguro para a autenticação eletrónica. Com a disciplina das assinaturas eletrónicas, pretendeu-se dar resposta a dois problemas fundamentais: a autenticidade, de modo a que o utente de dados enviados eletronicamente possa controlar a sua proveniência; e a integridade, garantindo o controlo sobre se os dados foram ou não alterados ⁽¹⁸²⁾. Nos termos do artigo 2.º/b) DL n.º 290-D/99, de 2 de Agosto ⁽¹⁸³⁾, a assinatura eletrónica é aquela que “resulta de um processamento eletrónico de dados suscetível de constituir objeto de direito individual e exclusivo e de ser utilizado para dar a conhecer a autoria de um documento eletrónico” ⁽¹⁸⁴⁾. Na primeira versão do diploma, datada de 1999, o legislador, abandonando a neutralidade tecnológica ⁽¹⁸⁵⁾, optou por um modelo específico, fazendo-lhe corresponder uma presunção de fiabilidade e segurança. Assim, destacava-se a assinatura digital, em torno da qual girava o regime das assinaturas eletrónicas, assente em técnicas criptográficas e numa tecnologia baseada numa infraestrutura de chave pública. Nos termos do artigo 2.º/d) do

⁽¹⁸¹⁾ A este propósito, refere Susana LARISMA, “Contratação eletrónica”, *O comércio eletrónico em Portugal — o quadro legal e o negocial*, 2006, p. 164, que “a amplitude do conceito de documento constante do artigo 362.º CC permite abranger os registos informáticos criados e mantidos em memórias de computadores (documentos eletrónicos em sentido estrito) e os documentos emitidos em papel a partir de um computador (documentos informáticos ou documentos eletrónicos em sentido amplo).

⁽¹⁸²⁾ Cf. Preâmbulo do DL n.º 290-D/99 e SUSANA LARISMA, “Contratação eletrónica”, 164.

⁽¹⁸³⁾ Com as alterações introduzidas pelo DL n.º 62/2003, de 3 de Abril, pelo DL n.º 165/2004, de 6 de Julho, pelo DL n.º 88/2009, de 9 de Abril. De ora em diante, quando nos referirmos ao DL n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, contemplamos, já, as modificações mencionadas. Quando, por necessidade argumentativa, chamarmos à colação a primeira versão do diploma, explicitaremos o dado.

⁽¹⁸⁴⁾ Sobre o ponto, cf. Sinde MONTEIRO, “Assinatura eletrónica e certificação”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 133, n.º 3918, 262. O autor considera que a assinatura eletrónica é algo associado a um documento eletrónico que permita desempenhar funções similares às de uma assinatura manual num documento escrito.

⁽¹⁸⁵⁾ Cf., sobre o ponto, num sentido muito crítico da opção do legislador, Manuel Lopes ROCHA, “A assinatura eletrónica. Uma via portuguesa original?”, www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/LRochaAE.pdf.

Aliás, uma das críticas que se dirige habitualmente à opção do legislador português é o facto de, tendo descrito o método para se obter uma assinatura eletrónica fiável, correr o risco de desatualização tecnológica. Sobre o ponto, cf. Afonso PATRÃO, “Assinaturas eletrónicas, documentos eletrónicos e garantias reais”, *Revista CEDOUA*, 1/2012, 53.

DL n.º 290-D/99 ⁽¹⁸⁶⁾, ela traduz-se no “processo de assinatura eletrónica baseado em sistema criptográfico assimétrico composto de um algoritmo ou série de algoritmos, mediante o qual é gerado um par de chaves assimétricas exclusivas e interdependentes, uma das quais privada e outra pública, e que permite ao titular usar a chave privada para declarar a autoria do documento eletrónico ao qual a assinatura é aposta e concordância com o seu conteúdo, e ao declaratório usar a chave pública para verificar se a assinatura foi criada mediante o uso da correspondente chave privada e se o documento eletrónico foi alterado depois de aposta a assinatura” ⁽¹⁸⁷⁾. No fundo, aparecia como uma modalidade da assinatura eletrónica ⁽¹⁸⁸⁾, ou mais concretamente, como

⁽¹⁸⁶⁾ Anterior artigo 2.º/c DL n.º 290-D/99.

⁽¹⁸⁷⁾ A assinatura digital baseia-se numa tecnologia baseada numa chave pública ou assimétrica. De acordo com o ensinamento de Manuel Lopes ROCHA, “A assinatura eletrónica”, 15 “todo o sistema de cifra se baseia em duas chaves”: uma pública que pode ser distribuída a terceiros e uma privada que apenas é conhecida pelo seu titular. Os dados cifrados com a chave pública apenas podem ser decifrados com a chave privada e vice-versa. Nesse processo, surgem dois conceitos relevantes: a função *hash* “que faz corresponder a uma mensagem uma determinada sequência binária (cadeia de *bits*) chamada *digest*, de tal forma que a probabilidade de que duas mensagens diferentes deem origem ao mesmo *digest* seja em termos práticos de zero”. Veja-se, ainda, Sinde MONTEIRO, “Assinatura Electrónica”, 263 (dando conta de que “a cada utilizador são atribuídas duas chaves complementares, uma chave de assinatura mantida privada e uma chave de verificação publicada. Para criar uma assinatura digital o remetente tem em primeiro lugar de, com recurso ao software — função de *hash* —, obter um conglomerado ou resumo da mensagem de dados (*message digest*) que constitui como que uma impressão digital eletrónica da sequência de dados mais extensa. Em seguida, cifra o resumo (...) com a sua chave privada, consistindo a assinatura digital justamente neste resumo cifrado dos dados, e envia eletronicamente ao destinatário a assinatura digital e os dados. Com recurso à chave pública do remetente, o recetor pode então verificar se os dados foram alterados. Em primeiro lugar, utiliza essa chave para decifrar a assinatura digital. Como as duas chaves são indissociáveis, esta verificação permite comprovar que os dados foram enviados pelo remetente. Em seguida, o recetor cria um novo resumo de dados, utilizando o mesmo algoritmo *hash* seguro, e finalmente, compara os dois resumos. Casos as impressões digitais eletrónicas coincidam, obtém a certeza de que os dados não foram alterados após terem sido assinados”) e Afonso PATRÃO, “Assinaturas eletrónicas”, 52 (explicando que a chave privada permite a aposição da assinatura; a chave pública possibilita ao destinatário do documento verificar se a assinatura foi gerada por aquele que consta como seu titular; a função *hash* garante a integridade do documento, uma vez que permite detetar se foram introduzidas modificações depois da assinatura ter sido aposta).

⁽¹⁸⁸⁾ A assinatura digital surge como uma modalidade da assinatura eletrónica. Sobre o ponto, cf. Afonso PATRÃO, “Assinaturas eletrónicas”, 51. Explica o autor

a modalidade por excelência da assinatura eletrónica. No confronto com a Diretiva 1999/93/CE ⁽¹⁸⁹⁾, apercebemo-nos que o legislador português, tendo sido pioneiro na regulamentação da matéria, não tinha consagrado uma solução compatível com o preceituado no direito europeu, ao qual o direito interno se teria de conformar. Nela, deparamo-nos com três tipos de assinatura: a assinatura eletrónica *tout court*; a assinatura eletrónica avançada e a assinatura eletrónica avançada que obedeça aos requisitos do artigo 5.º/1, ou seja, que se baseie num certificado qualificado e tenha sido criada através de um dispositivo seguro de criação de assinaturas. Ora, embora o diploma pátrio tenha salvaguardado a possibilidade de o regime legal ser aplicado a outras modalidades de assinatura eletrónica que satisfaçam exigências de segurança idênticas às da assinatura digital ⁽¹⁹⁰⁾, o certo é que o desacerto entre os dois normativos não deixa de ser evidente. Eis uma das razões das posteriores alterações legislativas. Atualmente, o DL n.º 290-D/99 contempla a assinatura eletrónica simples, a assinatura eletrónica avançada, a assinatura eletrónica qualificada e a assinatura digital. A assinatura eletrónica simples corresponde à definição que era, originariamente, apresentada para a assinatura eletrónica *tour court*; a assinatura eletrónica avançada é aquela que identifica de forma unívoca o titular como autor do documento; cuja aposição ao documento dependa exclusivamente da vontade do titular; e cuja conexão com o documento permita detetar toda e qualquer alteração superveniente do conteúdo deste após a assinatura ⁽¹⁹¹⁾. A par destas e da assinatura digital, cuja noção apresentámos *supra* (não tendo sido modificada), existe, ainda, a assinatura eletrónica qualificada, correspondente

que “não será uma *assinatura eletrónica* a aposição a um documento, por via informática, do nome do pretenso autor, porquanto essa introdução não é suscetível de constituir objeto de um direito individual e exclusivo; pelo contrário, já será *assinatura eletrónica* o resultado de um conjunto alargado de processos: a autenticação por código PIN, a digitalização de uma assinatura autógrafa, a autenticação do autor por dados biométricos ou uma assinatura digital ou criptográfica”. Assim, conclui que “a *assinatura eletrónica* compreende várias modalidades, com níveis de segurança que podem ser muito díspares, pelo que a lei faz depender os seus efeitos do tipo de *assinatura eletrónica* que tiver sido aposta ao documento eletrónico”.

⁽¹⁸⁹⁾ Cf. Sinde MONTEIRO, “Assinatura eletrónica”, 262.

⁽¹⁹⁰⁾ Cf. artigo 1.º/1 DL n.º 290-D/99, na sua primeira versão. Isto atenuava de algum modo as críticas que se teciam acerca da possibilidade de cristalização e desatualização tecnológica.

⁽¹⁹¹⁾ Cf. artigo 2.º, c) DL n.º 290-D/99.

à assinatura digital ou outra modalidade de assinatura eletrónica avançada que satisfaça exigências de segurança idênticas às da assinatura digital baseadas num certificado qualificado e criadas através de um dispositivo seguro de criação da assinatura. De certo modo, a preeminência de um dado modelo tecnológico acaba por ser atenuada ⁽¹⁹²⁾. Contudo, a assinatura digital, integrando-se na assinatura eletrónica qualificada, serve de modelo em termos de garantia de autenticidade e integridade, ao ponto de a assinatura qualificada ser entendida por referência ao grau de segurança oferecido pela assinatura digital. A adoção de uma outra modalidade de assinatura ficará dependente de se conseguir, em termos técnicos, obter as mesmas garantias de segurança. Não se pense, porém, que a noção de assinatura eletrónica qualificada se baseia numa mera integração analógica de uma assinatura que ofereça as mesmas garantias de segurança da assinatura digital numa categoria complexiva que a ambas agregue. Na verdade, a assinatura qualificada tem de basear-se num certificado qualificado ⁽¹⁹³⁾, isto é, um documento eletrónico que ligue os dados de verificação de assinatura e o seu titular e confirma a identidade desse titular, que contenha todos os elementos contidos no artigo 29.º e seja emitido por uma entidade certificadora que reúna os requisitos definidos no artigo 24.º ⁽¹⁹⁴⁾ ⁽¹⁹⁵⁾.

⁽¹⁹²⁾ Ela não é, porém, absolutamente excluída. A assinatura digital continua a funcionar como o modelo em torno do qual o sistema gravita e é desenhado. Ela é o protótipo de fiabilidade a que o legislador se refere quando pretende atribuir efeitos jurídicos a uma determinada assinatura eletrónica.

⁽¹⁹³⁾ Cf. Manuel Lopes ROCHA, “A assinatura electrónica”, considerando que o certificado combina num único documento digital os dados do detentor da chave privada e a respetiva chave pública.

Este documento digital é emitido por uma entidade certificadora, que pode ou não ser credenciada. Para que ele seja qualificado há-de ser emitido por uma entidade certificadora que reúna os requisitos do artigo 24.º DL n.º 290-D/99. Cf. artigo 2.º, p) e q) DL n.º 290-D/99.

⁽¹⁹⁴⁾ Criticando esta neutralização tecnológica, cf. Miguel Pupo CORREIA, “Assinatura Electrónica e Certificação Digital”, www.apdi.pt/pdf/Assinatura_elect.pdf, 20; louvando-a, cf. Afonso PATRÃO, “Assinaturas electrónicas”, 54. Veja-se, ainda, do último autor citado págs. 59 s., com amplo desenvolvimento.

Criticando, *ab initio*, a opção tecnologicamente comprometida do legislador nacional, cf. Manuel Lopes da ROCHA, “A assinatura electrónica”, para quem a neutralização seria meramente aparente, uma vez que a lei continuaria a afirmar a preeminência óbvia de um dado modelo.

⁽¹⁹⁵⁾ Cf. Afonso PATRÃO, “Assinaturas electrónicas”, 51, considerando que, pese embora a lei admita agora outras técnicas para além da assinatura digital, “será difícil obter efeitos probatórios de um documento eletrónico que haja utilizado qualquer

A previsão de cada uma destas modalidades de assinatura não é inócua. A cada uma delas o legislador faz corresponder determinados efeitos jurídicos ⁽¹⁹⁶⁾. Assim, se artigo 3.º/1 DL n.º 290-D/99 repete a disciplina contida no citado artigo 26.º DL n.º 7/2004, considerando que “o documento eletrónico satisfaz o requisito legal de forma escrita quando o seu conteúdo seja suscetível de representação como declaração escrita”, o n.º 2 do citado preceito confere uma força probatória acrescida ao documento eletrónico ao qual seja aposta uma assinatura eletrónica qualificada certificada por uma entidade credenciada ⁽¹⁹⁷⁾. Trata-se, agora, de um documento certificado, isto é, de um documento ao qual é aposta uma assinatura digital (ou outra assinatura que ofereça as mesmas garantias de segurança) que certifique a titularidade de uma chave pública e o prazo de validade da mesma. Impõe-se, para tanto, a intervenção de uma entidade certificadora, pessoa singular ou coletiva credenciada que cria ou fornece meios para a criação das chaves, emite os certificados de assinatura, assegura a respetiva publicidade e presta outros serviços relativos a assinaturas digitais. O valor probatório dos restantes documentos eletrónicos é deixado à livre apreciação do julgador. No fundo, podemos lidar com diversas situações, às quais correspondem efeitos jurídicos diversos ⁽¹⁹⁸⁾. Mas, por ora, atento o

tecnologia distinta da *assinatura digital*”; Sinde MONTEIRO, “Assinatura electrónica”, 263 (“a verdade é que embora a assinatura eletrónica avançada que obedeça aos requisitos dos Anexos I a III da diretiva — qualificada — não se identifique com a assinatura digital, no estado atual da ciência e da técnica o desejado (muito elevado) nível de segurança parece só poder ser alcançado através da criptografia (assinatura digital) com chave pública, o que exige a instituição de uma infra-estrutura de chave pública”.

⁽¹⁹⁶⁾ Cf. Afonso PATRÃO, “Assinaturas electrónicas”, 51. Esclarece o autor que não é a aposição de qualquer assinatura eletrónica avançada a um documento que produz efeitos jurídicos, ficando as consequências jurídicas dependentes de certa categoria de assinatura eletrónica avançada — a assinatura digital, em torno da qual o sistema é modelado.

⁽¹⁹⁷⁾ A este propósito, cf. Afonso PATRÃO, “Assinaturas electrónicas”, nota 10, distinguindo os documentos eletrónicos originários (aqueles que foram construídos mecanicamente no computador, mediante a reprodução ou representação de um facto externo); os documentos eletrónicos derivados (aqueles que foram introduzidos na memória do computador através de aparelhos de digitalização); documentos eletrónicos em sentido estrito (aqueles que são armazenados em memória digital e que só são descodificáveis através de meios informáticos); documentos eletrónicos em sentido amplo (aqueles que são gerados por um computador, mas são depois materializados em suporte clássico, podendo ser descodificados sem apoio de meios informáticos).

⁽¹⁹⁸⁾ Cf., Afonso PATRÃO, “Assinaturas electrónicas”, 57 s., questionando qual a razão da identificação da assinatura eletrónica avançada, já que o legislador faz

desenvolvimento tecnológico, é a assinatura digital — quando certificada por uma entidade credenciada — que pode ser equiparada a uma assinatura manuscrita e confere ao documento em que está inserida a força probatória própria dos documentos previstos no artigo 376.º CC. Referimo-nos, pois, aos documentos particulares com reconhecimento presencial das assinaturas, os quais fazem prova plena quanto às declarações atribuídas ao seu autor e permitem considerar verdadeiros os factos nele compreendidos que sejam contrários aos interesses do declarante. O documento eletrónico ao qual é aposta uma assinatura digital certificada por uma entidade credenciada pode equiparar-se, portanto, a um documento particular com reconhecimento presencial das assinaturas. Aquela permite, nos termos do artigo 7.º DL n.º 290-D/99, presumir que a pessoa que após a sua assinatura digital é o titular desta ou representante, com poderes bastantes, de pessoa coletiva; que a assinatura digital foi aposta com intenção de assinar o documento; e que este não sofreu alterações desde que ela foi aposta.

Percebe-se, por isso, que, à primeira vista, não seja possível celebrar por via eletrónica — trate-se ou não de contratação eletrónica *stricto sensu* — negócios que exijam, como requisito de validade, um

corresponder efeitos jurídicos à aposição de uma assinatura digital certificada por uma entidade credenciada, por um lado, e, por outro, deixa à livre apreciação do julgador o valor probatório dos restantes documentos eletrónicos. AFONSO PATRÃO avança, depois, em termos crítico-reflexivos, diversas justificações para esta particularidade da lei. Assim, “é possível que o legislador pretendesse transmitir ao julgador que, embora só a *assinatura eletrónica qualificada certificada por entidade certificadora credenciada* produza efeitos probatórios plenos, nem todas as assinaturas eletrónicas são iguais. Isto é, apesar de conferir ao intérprete o poder de apreciar livremente o valor de certo documento eletrónico dotado de *outra* assinatura eletrónica, a lei indica ao Juiz que certas assinaturas eletrónicas — as *assinaturas eletrónicas avançadas* —, ainda que não ofereçam as mesmas garantias de uma assinatura digital certificada, são dotadas um patamar de segurança a que este deve atender na sua valoração”. Mais à frente, o autor aduz que “explicação da ausência de efeitos jurídicos para a categoria da *assinatura eletrónica avançada* radicaria numa confusa e pouco rigorosa técnica legislativa: em 1999 a noção não teria efeitos porque o diploma nacional formulava uma opção tecnológica por *uma* das assinaturas eletrónicas avançadas; em 2003, no intuito de neutralizar a opção, alargaram-se os efeitos da *assinatura digital* a outras assinaturas eletrónicas avançadas com o mesmo patamar de segurança, criando-se uma nova categoria”, e acrescenta que “a sua existência acaba por produzir uma indicação gradativa ao julgador na apreciação de documentos eletrónicos subscritos, pois este tenderá a valorar mais seriamente um documento dotado de uma *assinatura eletrónica avançada* em face dos demais, dada a individualização legislativa daquela categoria”.

documento autêntico ou um documento autenticado. Para alguns autores, contudo, o problema não pode dar-se por absolutamente solucionado sem mais. A questão foi, entre nós, amplamente analisada por Afonso Patrão. O autor intentava saber se era possível o recurso à assinatura digital (ou outra assinatura eletrónica qualificada) para formalizar a constituição de uma hipoteca. E, pese embora seja clara a resposta que a lei oferece no que respeita à equiparação entre os documentos eletrónicos aos quais é aposta uma assinatura digital certificada por uma entidade credenciada e os documentos particulares com reconhecimento presencial de assinaturas, o autor questiona se o notário poderia recolher as manifestações de vontade dos outorgantes através de meios telemáticos, “apondo ao documento eletrónico autêntico as assinaturas eletrónicas qualificadas certificadas por entidades credenciadas (do notário e dos contratantes)” ⁽¹⁹⁹⁾. Na base da questão está a clara consciência da distinção entre forma e formalidade. Nas palavras do autor, a “redução da formalidade prescrita por lei (de documento autêntico ou de documento particular autenticado), mas tão-somente a sua reprodução em formato eletrónico, atendendo a que a natureza *escrita* do suporte informático é legalmente equivalente à do suporte de papel” ⁽²⁰⁰⁾. Sendo certo, nos termos do artigo 5.º/1 DL n.º 290-D/99, que “os organismos públicos podem emitir documentos eletrónicos com assinatura digital”, e tendo presente que a assinatura digital se equipara à assinatura notarialmente reconhecida, Afonso Patrão sustenta que o “documento eletrónico que for exarado por notário ou outro oficial público nos limites da sua competência e ao qual seja aposta a respetiva assinatura digital será considerado *documento autêntico* se forem cumpridas “*as formalidades legais*” a que se refere o n.º 2 do artigo 363.º do Código Civil” e relembra que elas são “as obrigações relativas à sua constância em livros, índices e arquivos, nos termos dos artigos 7.º a 34.º do Código de Notariado que, como se percebe, estão pensadas em exclusivo para os documentos exarados em suporte de papel” ⁽²⁰¹⁾. Ora, se faz parte da doutrina recusar a possibilidade de se exararem documentos autênticos por via eletrónica ⁽²⁰²⁾, para

⁽¹⁹⁹⁾ Afonso PATRÃO, “Assinaturas electrónicas”, 66.

⁽²⁰⁰⁾ Afonso PATRÃO, “Assinaturas electrónicas”, 69-70.

⁽²⁰¹⁾ Afonso PATRÃO, “Assinaturas electrónicas”, 72.

⁽²⁰²⁾ Cf. Miguel Pupo CORREIA, “Sociedade de Informação e direito: a assinatura digital”.

Afonso Patrão apenas põe em causa a viabilidade da formalização de certos negócios por esta via, não implicando uma proibição nesse sentido ⁽²⁰³⁾. No entanto, há todo um leque de obstáculos que se erguem quando se tenta outorgar, com recurso a assinaturas digitais, um documento autêntico ⁽²⁰⁴⁾. Nessa medida, conclui Afonso Patrão que, enquanto não existir uma intervenção do legislador nesse sentido, não será possível outorgar escrituras públicas com recurso a assinaturas digitais. No que respeita aos documentos autenticados, o autor subdivide o problema em duas questões: *a)* poderá um notário autenticar um documento particular em suporte eletrónico que titule a constituição ou transmissão de um direito real sobre um imóvel sito em Portugal?; *b)* o termo de autenticação de um documento particular pode ser exarado em suporte informático e não em papel ⁽²⁰⁵⁾? A aceitação da autenticação de um documento particular em suporte eletrónico não pode ser entendida de um modo amplo. Consonante esclarece Afonso Patrão, “ao receber um documento eletrónico com as *assinaturas eletrónicas qualificadas certificadas por entidade credenciada*, [não] pode considerar-se que as partes confirmaram o seu conteúdo perante o notário” ⁽²⁰⁶⁾. A aceitar-se a autenticação, as partes teriam de comparecer diante do notário e confirmar presencialmente o conteúdo do documento eletrónico. Nessa medida, a autenticação — a ser viável — teria de ser entendida em

⁽²⁰³⁾ Afonso PATRÃO, “Assinaturas electrónicas”, 72.

⁽²⁰⁴⁾ Cf., uma vez mais, Afonso PATRÃO, “Assinaturas electrónicas”, 73 s.: o artigo 46.º do Código do Notariado exige a presença simultânea dos outorgantes e do notário; “é duvidoso que um instrumento público exarado sem a *presença simultânea das partes* possa garantir, com fé pública, a sua vontade livre e esclarecida, já que aquela é precisamente um dos requisitos inerentes ao seu conceito”; algumas normas do código do notariado mostram uma ligação inultrapassável aos documentos em suporte de papel.

⁽²⁰⁵⁾ Afonso PATRÃO, “Assinaturas electrónicas”, 74. Esclarece o autor que o problema se reporta aos documentos autenticados previstos no DL n.º 116/2008, cuja validade depende da promoção do seu registo eletrónico, e não aos tradicionais documentos autenticados previstos no artigo 50.º C. Notariado. E refere que “não obstante se regular o *depósito eletrónico*, não está resolvido o problema de saber se os títulos a submeter podem constituir *documentos eletrónicos em sentido estrito* (armazenados em memória digital e apenas descodificáveis através de meios informáticos) ou apenas *documentos eletrónicos derivados* (documentos originariamente em papel e introduzidos na memória do computador através de aparelhos de digitalização)”.

⁽²⁰⁶⁾ Afonso PATRÃO, “Assinaturas electrónicas”, 76.

termos restritos. Só que uma análise cuidada do DL n.º 116/2008 e das normas contidas no Código do Notariado mostra que também esta solução deve ser afastada. Podemos, portanto, assumir que um documento eletrónico ao qual é aposto uma assinatura digital certificada por uma entidade credenciada equivale a um documento particular com reconhecimento presencial das assinaturas. Assim, se a força probatórias dos referidos documentos fica limitada por esta via, é óbvio que não será possível integrar no quadro de equiparação entre a contratação comum e a contratação eletrónica todos os negócios solenes que devam obedecer a um requisito de forma mais exigente; por outro lado, a exclusão a que aludimos *ab initio* não se ficará apenas a dever a uma impossibilidade formalizadora, mas ao facto de — ao nível daqueles tipos negociais — estarem presentes determinados interesses que desaconselham a não presença das partes no momento da vinculação. Excluindo-se, igualmente, deste cenário os documentos autenticados, restringir-nos-emos às hipóteses em que a lei exige, como requisito de validade, um simples documento particular (com ou sem reconhecimento presencial da assinatura das partes), bem como às situações em que, sendo o negócio consensual, as partes pretendem acautelar futuros litígios com a redução a escrito dos termos do contrato e assegurar as futuras provas do mesmo. Transversalmente, poderemos situar-nos ou não no campo da contratação eletrónica. Do mesmo modo, estão em causa todas as situações em que, no contacto com entes públicos, se exige uma determinada assinatura.

Do que ficou dito, podemos extrair algumas conclusões. Em primeiro lugar, pese embora a abertura a outras modalidades de assinaturas eletrónicas, a centralidade do sistema continua a ser ocupada pela assinatura digital. Em segundo lugar, não basta que se esteja diante de uma assinatura digital para que todos os efeitos jurídicos previstos pelo legislador se produzam. É necessário, ao invés, que ela seja certificada por uma entidade credenciada, o que acaba por constituir um argumento no sentido da credenciação que, originalmente, se assume como facultativa. Isto mostra-nos o peso específico do um certificado (documento eletrónico que liga os dados de verificação de assinatura ao seu titular e confirma a identidade desse titular, nos termos do artigo 2.º, *p*)), que se quer que seja um certificado qualificado (aquele que contém os elementos do artigo 29.º e é emitido por entidade certificada que reúne os requisitos definidos no artigo 24.º, de acordo com o artigo 2.º, *q*) DL n.º 290-D/99); e das entidades certificadoras. Consoante esclarece Sinde Monteiro,

“a verificação da autenticidade e da integridade dos dados não é garantia da verdadeira identidade do signatário”, pelo que, “para prevenir o perigo de que alguém divulgue uma chave pública sob falso nome é necessário que todos os utilizadores se identifiquem perante um ou vários terceiros de confiança, tarefa que, em conjunto com outras, como a própria criação e atribuição de pares de chaves e a elaboração de listas de chaves públicas, poderá ser entregue a prestadores de serviços de certificação” ⁽²⁰⁷⁾.

Nos termos do artigo 7.º/1 DL n.º 290-D/99, a aposição de uma assinatura digital (ou outra assinatura eletrónica qualificada) a um documento eletrónico ou a uma cópia deste equivale à assinatura autógrafa dos documentos com forma escrita sobre suporte de papel e cria a presunção de que a pessoa que após a assinatura digital é o titular desta ou é representante, com poderes bastantes, da pessoa coletiva titular da assinatura digital; de que a assinatura digital foi aposta com a intenção de assinar o documento eletrónico; e de que o documento eletrónico não sofreu alteração desde que lhe foi aposta a assinatura digital, sempre que seja utilizada para verificação uma chave pública contida em certificado válido emitido por entidade certificadora credenciada nos termos deste diploma. Por seu turno, nos termos do artigo 3.º/2, o documento eletrónico ao qual seja aposta uma assinatura digital certificada (ou outra assinatura eletrónica qualificada certificada) por uma entidade certificadora credenciada tem o valor de um documento particular com reconhecimento presencial das assinaturas. Nos termos do artigo 8.º, “quem pretenda utilizar uma assinatura eletrónica qualificada deve, nos termos do n.º 1 do artigo 28.º, gerar ou obter os dados de criação e verificação de assinatura, bem como obter o respetivo certificado emitido por entidade certificadora”. A eficácia da assinatura digital fica, portanto, dependente do correspondente certificado. Este deve conter os elementos a que se refere o artigo 29.º DL n.º 290-D/99 e “é, ele próprio, um documento eletrónico com assinatura digital do prestador de serviços de certificação; eventualmente, para aumentar o grau de confiança, a chave pública daquela entidade poderá ser assinada por um outro prestador de serviços, o que criará uma hierarquia de certificação” ⁽²⁰⁸⁾.

Nos termos do artigo 28.º DL n.º 290-D/99, a entidade certificadora emite, a pedido de uma pessoa singular ou coletiva interessada

⁽²⁰⁷⁾ Sobre o ponto, cf. Sinde MONTEIRO, “Assinatura eletrónica”, 264.

⁽²⁰⁸⁾ Cf. Sinde MONTEIRO, “Assinatura eletrónica”, 264.

e a favor desta, os dados de criação e de verificação da assinatura ou, se tal for solicitado, coloca à disposição os meios técnicos necessários para que esta os crie, devendo sempre verificar a identidade e, quando existam, os poderes de representação do requerente. Além disso, emite uma ou mais vias do certificado e, no cumprimento destas funções, adota as medidas necessárias para assegurar que os dados constantes desse certificado não são alterados ou falsificados. Os certificados emitidos serão mantidos de forma organizada num registo informático, o qual estará acessível, para consulta, a qualquer pessoa. O certificado tem um determinado prazo de validade ⁽²⁰⁹⁾, pode ser suspenso, a pedido do titular ou quando existam fundadas razões para crer que foi emitido com base em informações erróneas ou falsas, que as informações nele constantes não estão conformes com a realidade ou que a confidencialidade dos dados de criação da assinatura não está assegurada ⁽²¹⁰⁾, e pode ser revogado, a pedido do titular, quando se confirme, após a sua suspensão, que foi emitido com base em informações erróneas ou falsas, que as informações nele constantes não estão conformes com a realidade ou que a confidencialidade dos dados de criação da assinatura não está assegurada, quando a entidade certificadora cesse as suas atividades sem ter transmitido a sua documentação a outra entidade certificadora ⁽²¹¹⁾, quando a autoridade

⁽²⁰⁹⁾ Cf. artigo 29.º/1, e) DL n.º 290-D/99.

Se a assinatura digital constar de um certificado cujo prazo expirou, ela é inexistente e o documento considera-se não assinado. Nos termos do artigo 7.º/4, “a aposição de assinatura eletrónica qualificada que conste de certificado que esteja revogado, caduco ou suspenso na data da aposição ou não respeite as condições dele constante equivale à falta de assinatura”. Segundo AFONSO PATRÃO, nos casos em que a assinatura digital consta de um certificado que não cumpre todos os requisitos legais, a sua força probatória é apreciada livremente pelo julgador. Cf. “Assinaturas electrónicas”, 56.

⁽²¹⁰⁾ Cf. artigo 30.º/1 DL n.º 290-D/99.

⁽²¹¹⁾ De notar que, nos termos do artigo 27.º DL n.º 290-D/99, no caso de a entidade certificadora que emite certificados qualificados pretender cessar voluntariamente a sua atividade, deve comunicar essa intenção à autoridade credenciadora e às pessoas a quem tenha emitido certificado que permaneçam em vigor, com a antecipação mínima de três meses, indicando também qual a entidade certificadora à qual é transmitida a sua documentação ou a revogação dos certificados no termo daquele prazo, devendo neste último caso, quando seja credenciada, colocar a sua documentação à guarda da autoridade credenciadora. Em caso de risco de falência, de processo de recuperação de empresa ou de cessação de atividade por motivo alheio à sua vontade de informar imediatamente a autoridade credenciadora. Nessa hipótese, se houver cessação de atividade, a autoridade credenciadora

credenciadora ordene a revogação do certificado por motivo legalmente fundado ou quando a entidade certificadora tomar conhecimento do falecimento, interdição ou inabilitação da pessoa singular ou da extinção da pessoa coletiva. Não basta que esteja associado a uma assinatura eletrónica (digital ou outra que apresente o mesmo grau de segurança e fiabilidade) um determinado certificado (documento eletrónico) para que ela ganhe plena efetividade de acordo com a lei. Exige-se que este seja um certificado qualificado. Isto quer dizer, consoante já tivemos oportunidade de explicitar, que ele deve conter os elementos mencionados no artigo 29.º DL n.º 220-D/99 e deve ser emitido por uma entidade certificadora que cumpra os requisitos do artigo 24.º DL n.º 290-D/99. E exige-se, nos termos do n.º 2 do artigo 3.º do citado diploma, que a entidade certificadora seja uma entidade credenciada. O papel da entidade certificadora e a sua qualidade são, portanto, fundamentais ⁽²¹²⁾.

O DL n.º 12/2021, de 9 de fevereiro, assegura a execução na ordem jurídica interna do Regulamento (UE) 910/2014, relativo à identificação eletrónica e aos serviços de confiança para as transações eletrónicas no mercado interno, e introduz nesta matéria algumas modificações. O objetivo é aumentar a confiança e segurança das transações online na União Europeia, promovendo uma maior utilização desses serviços pelos cidadãos, pelos operadores económicos e pela Administração Pública, razão pela qual, aliás, a par das questões relativas às assinaturas eletrónicas, disciplina também a matéria respeitante aos selos eletrónicos, aos selos temporais, à marca de confiança UE, aos serviços de envio registado eletrónico e aos serviços de autenticação de websites.

promoverá a transmissão da documentação daquela para outra entidade certificadora ou, se tal transmissão não for possível, a revogação de tais certificados pelo prazo em que deveria fazê-lo a entidade certificadora. A cessação de atividade por parte da entidade certificadora que emite certificados qualificados está sujeita a registo.

⁽²¹²⁾ Cf., acerca das entidades certificadoras, o DL n.º 116-A/2006, que cria o sistema de certificação eletrónica do estado, à qual estão subordinadas as entidades certificadoras, de modo a criar um sistema de autenticação forte de identidades e assinaturas eletrónicas no âmbito das relações eletrónicas das pessoas singulares e coletivas com o Estado. A entidade de certificação eletrónica do Estado emite exclusivamente certificados para as entidades certificadoras do Estado subordinadas, não emitindo certificados destinados ao público. As entidades certificadoras do Estado são as entidades públicas que exercem funções de certificação nos termos do DL n.º 290-D/99.

De acordo com o citado Regulamento (UE) 910/2014, continuam a distinguir-se as assinaturas eletrónicas (“os dados em formato eletrónico que se ligam ou estão logicamente associados a outros dados em formato eletrónico e que sejam utilizados pelo signatário para assinar”, artigo 3.º/10), as assinaturas eletrónicas avançadas (ou seja, aquela que está associada de modo único ao signatário, que o permite identificar, que é criada utilizando dados que o signatário pode, com elevado nível de confiança, utilizar sob o seu controlo exclusivo e que está ligada aos dados por ela assinados de tal modo que seja detetável qualquer alteração posterior) e as assinaturas eletrónicas qualificadas, isto é, as assinaturas eletrónicas avançadas criadas por um dispositivo qualificado e baseadas num certificado qualificado de assinatura eletrónica.

Nos termos do artigo 46.º do Regulamento, “não podem ser negados efeitos legais nem admissibilidade enquanto prova em processo judicial a um documento eletrónico pelo simples facto de se apresentar em formato eletrónico”. Do mesmo modo, dispõe o artigo 25.º/1 que “não podem ser negados efeitos legais nem admissibilidade enquanto prova em processo judicial a uma assinatura eletrónica pelo simples facto de se apresentar em formato eletrónico ou de não cumprir os requisitos exigidos para as assinaturas eletrónicas qualificadas”, acrescentando-se no n.º 2 que “a assinatura eletrónica qualificada tem um efeito legal equivalente ao de uma assinatura manuscrita”.

Em execução do diploma europeu, o legislador nacional, nos termos do artigo 3.º/2 DL n.º 12/2021, consagra que “a aposição de uma assinatura eletrónica qualificada a um documento eletrónico equivale à assinatura autógrafa dos documentos com forma escrita sobre suporte de papel e cria a presunção de que *a)* a pessoa que após a assinatura eletrónica qualificada é o titular desta ou é representante, com poderes bastantes, da pessoa coletiva em causa; *b)* a assinatura eletrónica qualificada foi aposta com a intenção de assinar o documento eletrónico; *c)* o documento eletrónico não sofreu alteração desde que lhe foi aposta a assinatura eletrónica qualificada”. Mais se dispõe que a assinatura eletrónica qualificada deve referir-se inequivocamente a uma só pessoa singular ou representante de pessoa coletiva e ao documento ao qual é aposta. Exige-se, ainda, que o certificado do qual conste a assinatura eletrónica aposta não esteja revogado ou não tenha caducado. Caso tal se verifique, considera-se que falta a assinatura, sendo o valor probatório do documento apreciado nos termos gerais.

Ao invés, quando seja aposta uma assinatura eletrónica qualificada, o documento eletrónico tem a força probatória de documento particular assinado, nos termos do artigo 376.º CC.

Ademais, é reconhecida às cópias digitalizadas e às fotocópias dos atos e contratos a força probatória dos respectivos originais, salvo se a pessoa a quem forem apresentadas requerer a exibição desse original, considerando-se que “a assinatura das cópias digitalizadas dos atos e contratos por via manuscrita ou por via de assinatura eletrônica qualificada não afeta a validade dos mesmos, ainda que coexistam no mesmo ato ou contrato formas diferentes de assinatura”.

A exigência de certificação mantém-se. Os certificados devem obedecer aos requisitos previstos no anexo I do Regulamento (UE) 910/2014. Além disso, o certificado qualificado deve ter sido emitido por um prestador qualificado de serviços de confiança e ser válido no momento da assinatura. Acresce que a assinatura eletrônica tem de ter sido criada por um dispositivo qualificado de criação de assinatura eletrônica e a integridade dos dados não pode ter sido afetada.

Estabelece-se, assim, uma distinção entre uma assinatura eletrônica avançada, aquela que obedece aos requisitos estabelecidos no artigo 26.º do Regulamento (UE) 910/2014, e uma assinatura eletrônica qualificada, isto é, uma assinatura eletrônica avançada criada por um dispositivo qualificado de criação de assinaturas eletrônicas e que se baseie num certificado qualificado de assinatura eletrônica. Neste último caso, o documento faz prova plena quanto às declarações atribuídas ao seu autor, pese embora possa ser arguida e provada a falsidade do documento.

Importa, ainda, ter em conta o DL n.º 126/2021, de 30 de dezembro, que aprovou temporariamente (com um período de vigência de dois anos) o regime jurídico aplicável à realização, através de videoconferência, de atos autênticos, termos de autenticação de documentos particulares e reconhecimentos que requeiram a presença dos intervenientes perante conservadores de registos, oficiais de registos, notários, agentes consulares portugueses, advogados ou solicitadores.

Nos termos do artigo 2.º, quando os intervenientes o pretendam, os atos autênticos, termos de autenticação de documentos particulares e reconhecimentos podem ser realizados através de videoconferência, nos limites da competência de cada profissional. Seguindo-se um procedimento relativamente simples através de uma plataforma digital, os intervenientes do ato devem apor a sua assinatura eletrônica qualificada ao documento que depois submetem à referida plataforma informática.

Estes atos, nos termos do artigo 12.º, têm o mesmo valor probatório dos atos realizados presencialmente, desde que verificados os requisitos previstos. Significa isto que, pelo menos transitoriamente,

é possível celebrar um negócio através de escritura pública ou escrito particular autenticado através da aposição de assinaturas eletrónicas qualificadas, numa clara dissociação entre forma e formalidade a que já nos tínhamos referido anteriormente.

Refira-se, igualmente, que, nos termos do artigo 5.º DL n.º 12/2021, o documento eletrónico comunicado por um meio de comunicação eletrónica considera-se enviado e recebido pelo destinatário se for transmitido para o endereço eletrónico definido por acordo das partes e neste for recebido, sendo oponíveis entre as partes e a terceiros a data e a hora da criação, da expedição ou da receção de um documento eletrónico que contenha uma validação cronológica emitida por um prestador qualificado de serviços de confiança; e que a comunicação do documento eletrónico ao qual seja aposta assinatura eletrónica qualificada ou selo eletrónico qualificado, por meios de comunicação eletrónica que assegure a efetiva receção, equivale à remessa por via postal registada e, se a receção for comprovada por mensagem de confirmação dirigida ao remetente pelo destinatário que revista idêntica forma, equivale à remessa por via postal registada com aviso de receção.

4.2.3. O âmbito da forma legal exigida

O artigo 221.º CC dispõe, no seu n.º 1, que “as estipulações acessórias anteriores ao documento legalmente exigido para a declaração negocial, ou contemporâneas dele, são nulas, salvo quando a razão determinante da forma lhes não seja aplicável e se prove que correspondem à vontade do autor da declaração”. O n.º 2 do citado preceito determina que “as estipulações posteriores ao documento só estão sujeitas à forma legal prescrita para a declaração se as razões da exigência especial da lei lhe forem aplicáveis”.

O preceito vem dar resposta a um problema importante para o qual a doutrina despertou há longo tempo. Imagine-se, na verdade, que António vendeu a Bernardo um prédio urbano por 50 000 euros, tendo combinado entre si, antes da outorga da escritura pública, que o pagamento seria efetuado em duas prestações. Contudo, as condições de pagamento não ficaram exaradas no documento, colocando-se a questão de saber se este acordo será ou não válido.

O artigo 221.º/1 CC oferece-nos a resposta a esta questão. Para que uma estipulação como esta seja válida, é necessário que se verifiquem determinados requisitos. Em primeiro lugar, temos de estar diante de cláusulas acessórias, que completem o núcleo do acordo

das partes e não o contradigam; em segundo lugar, elas não podem estar abrangidas pelas razões que determinaram a exigência de forma, para o que será essencial ter em conta os diversos fundamentos e finalidades do formalismo e perceber, em concreto, por referência ao específico negócio celebrado, qual ou quais as razões que procedem; em terceiro lugar, tem que se provar que correspondem à vontade das partes. No tocante a este último requisito, haveremos de ter em conta as limitações de prova a que somos conduzidos pelo artigo 394.º CC: afastada que seja a prova por testemunhas, só será possível provar a estipulação acessória por confissão ou por documento, ainda que menos solene do que o exigido legalmente ⁽²¹³⁾.

No que respeita às estipulações acessórias posteriores — pactos modificativos e pactos abolutivos — serão válidos, se as razões determinativas da forma se não lhes aplicar.

4.2.4. Consequências da inobservância da forma

a. Forma legal

Para nos pronunciarmos acerca das consequências da inobservância da forma, haveremos de estabelecer algumas distinções.

Em primeiro lugar, há que ter em conta a diferença entre as formalidades *ad substantiam* e as formalidades *ad probationem*. As primeiras são um requisito de validade do negócio; as segundas, ao invés, apenas contendem com aspetos probatórios, de tal modo que a sua falta pode ser suprida por outros meios de prova. Veja-se, a este propósito, o artigo 1069.º CC. Dispondo o n.º 1 que “o contrato de arrendamento urbano deve ser celebrado por escrito”, o n.º 2 estatui que, “na falta de redução a escrito do contrato de arrendamento que não seja imputável ao arrendatário, este pode provar a existência de título por qualquer forma admitida em direito, demonstrando a utilização do locado pelo arrendatário sem oposição do senhorio e o pagamento mensal da respetiva renda por um período de seis meses”.

A falta de cumprimento da exigência de forma, quando se trate de uma formalidade *ad substantiam*, gera a invalidade do negócio. Trata-se de uma nulidade, nos termos do artigo 220.º CC.

⁽²¹³⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 431 s.

Particularmente interessante é a questão de saber se é possível obstar à invocação da nulidade do negócio por vício de forma com base no abuso do direito. Em causa estariam situações em que uma das partes deu origem ao vício formal, insistindo na não formalização do negócio, aproveitando a sua posição de supremacia para o fazer ou impedindo a regular formalização, ao mesmo tempo que gerou na contraparte a expectativa fundada de que a nulidade jamais seria invocada, aproveitando-se subsequentemente do negócio nulo e vindo, por fim, a arguir a invalidade.

Tradicionalmente, dialogam a este nível duas posições contrárias: uma a sustentar que a natureza imperativa das normas formais impede o recurso ao abuso do direito a este nível ⁽²¹⁴⁾; outra a defender a improcedência da arguição da nulidade, com base no referido abuso ⁽²¹⁵⁾.

Não obstante a natureza imperativa das normas em questão, devemos entender que se o exercício do direito de arguir a nulidade, em concreto, entrar em contradição com princípios fundamentais do ordenamento jurídico, seja ele o princípio da boa-fé, seja ele o princípio da confiança, então deve ser obstado, exatamente porque o que está em causa não é o mero exercício de um direito, mas o seu abuso.

A preocupação será, então, a de delimitar os contornos do abuso. Aproximando o problema da proibição do *venire contra factum proprium*, Menezes Cordeiro parte do modelo da tutela da confiança (existência de uma situação de confiança, justificação para a confiança, investimento da confiança, imputação da confiança ao responsável que

⁽²¹⁴⁾ Pires de LIMA/Antunes VARELA, *Código Civil anotado*, I, artigo 227.º; Oliveira ASCENSÃO, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 56 s. Era também esta a posição de Menezes CORDEIRO, *Da boa fé em direito civil*, 794-796 e *Tratado de direito civil português* I/1, 2.ª ed., 379 s., revista posteriormente (*Tratado de Direito Civil*, II, 200 s.) e de LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts I, Allgemeiner Teil*, 1. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1953, 88 s. (também revista posteriormente — cf. *Lehrbuch des Schuldrechts I, Allgemeiner Teil*, 14 Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1987, 145 s.; e LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 9. neubearbeitete und erweiterte Auflage, C. H. Beck, München, 2004, 503 s.). Nas primeiras posições que defendiam, Menezes Cordeiro e Larenz sustentavam, contudo, que deveria haver lugar a responsabilidade pela violação do interesse da confiança.

⁽²¹⁵⁾ Cf. Manuel de ANDRADE, *Sobre as cláusulas de liquidação de partes sociais pelo último balanço*, 1955, 100 s.; Vaz SERRA, “Anotação ao Acórdão do STJ de 17 de dezembro de 1974”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 109, 28 s.; Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 436 s.; Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 200 s; LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 503 s.).

irá arcar com as consequências), acrescentando-lhe três proposições: “devem estar em jogo apenas os interesses das partes envolvidas; nunca também os de terceiros de boa-fé; a situação de confiança deve ser censuravelmente imputável à pessoa a responsabilizar; o investimento de confiança apresentar-se-á sensível, sendo dificilmente assegurado por outra via” ⁽²¹⁶⁾.

Larenz, por seu turno, defendeu a possibilidade de afastar a regra da nulidade por vício de forma, nas hipóteses de *exceptio doli*, isto é, de atuação dolosa da parte que impediu intencionalidade, para disso se aproveitar, a formalização do negócio, e ainda nas situações em que houve indução à não formalização, por força da supremacia (económica, social) ou da relação de dependência ⁽²¹⁷⁾.

Se os requisitos se afiguram — não obstante a natureza objetiva do abuso do direito tal como configurado pelo artigo 334.º CC — fundamentais para a determinação da assimilação da relevância problemática destas hipóteses pela intencionalidade do abuso, temos dúvidas acerca da referência aos interesses de terceiros de boa-fé. É que, em rigor, o facto de se impedir a invocação da nulidade por parte do contraente que deu origem à invalidade não impede que, em respeito ao regime da nulidade (artigo 286.º CC), a mesma seja conhecida oficiosamente ou arguida por um terceiro interessado. Aos terceiros de boa-fé prejudicados com a invocação da nulidade aplicar-se-á a disciplina específica do artigo 291.º CC.

Imprescindível, portanto, é que o recorte da situação concreta nos permite discernir um comportamento que configura *um venire contra factum proprium*.

b. Forma convencional

Comprovada a possibilidade de se celebrarem pactos determinativos da forma do negócio jurídico, importa saber qual a consequência da sua não observância. Em regra — em linha com o que dispõe o § 125 BGB — o não cumprimento do estabelecido em negócio jurídico relativamente à forma tem as mesmas consequências que a violação da forma legal, ou seja, a nulidade.

O artigo 223.º/1 CC dispõe que, quando as partes estipularam uma forma especial para a declaração, presume-se que neste caso só se

⁽²¹⁶⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 200-201.

⁽²¹⁷⁾ LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 504 s.

quiseram vincular através da forma convencional. Admite-se, porém, a prova em contrário. Uma vez provado o contrário, tal significa que se prova, afinal, que o pacto determinativo da forma foi revogado, possibilidade que é admitida pela doutrina, quando haja mútuo acordo ⁽²¹⁸⁾.

O n.º 2 do artigo 223.º CC admite que, se a forma for apenas convencional depois de o negócio estar concluído ou no momento da sua conclusão, as partes se quiseram vincular desde logo, desde que haja fundamento para o admitir. Nessa hipótese, a presunção é a de que a convenção tem em vista a consolidação do negócio e não a sua substituição.

A forma convencional é, por força da presunção legal, constitutiva, ou seja, tida como requisito de validade do negócio jurídico. Afasta-se a presunção legal através da prova da natureza declarativa da forma convencional ou da sua revogação ⁽²¹⁹⁾.

A falta de forma constitutiva determina que o negócio se tem por não celebrado. Ou seja, entende-se que as partes não quiseram vincular-se naquele momento ⁽²²⁰⁾. Já o sistema alemão determina, nos termos do § 125, 2, a nulidade do acordo.

Questão particularmente importante é a de saber em que medida pode ser revogado o acordo quanto à forma. A doutrina alemã tem distinguido o simples acordo quanto à forma, que poderia ser revogado sem necessidade de qualquer formalidade; da forma convencional qualificada, ou seja, aquela em que as partes, além da estipulação da forma para as declarações, acrescentam que a revogação destas exigências apenas pode ser realizada respeitando a forma convencional — *doppelt Schriftformklausen*. Quanto às últimas, exigir-se-ia a forma para a revogação ⁽²²¹⁾. Fernando Sá entende que esta solução pode pôr em causa a autonomia privada, só tendo em conta a autonomia no momento em que se firma o acordo, pelo que há que apelar ao fim do acordo. Ou seja, se o fim para que a forma foi estipulada não for frustrada, então pode prescindir-se da forma ⁽²²²⁾. Não cremos que o autor tenha razão quanto ao ponto. Na verdade, a limitação da autonomia é, ela

⁽²¹⁸⁾ Nesse sentido, cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 205.

⁽²¹⁹⁾ Rüdiger BOERGEN, “Die Effektivität von Schriftformklausen”, BB, 1971, 203.

⁽²²⁰⁾ José Alberto VIEIRA, *Negócio Jurídico. Anotação aos artigos 217.º a 295.º CC*, Coimbra, 2009, 41 s.

⁽²²¹⁾ A. Menezes Cordeiro, *Tratado II*, 205 s.; Larenz/Wolf, *Lehrbuch*, 505 s.

⁽²²²⁾ Fernando SÁ, “Contratos de proteção contra si mesmo a concordância intertemporal da autonomia privada”.

própria, o resultado de um ato de autonomia, não se distanciando muito de hipóteses de vinculação negocial. Parece, portanto, não haver razões para não admitir que, em certos casos, consoante o que resulte da vontade declarada no pacto determinativo da forma, a revogação deva ocorrer também de acordo com a forma estabelecida. Isso mesmo resulta do Ac. STJ 10-4-2024 ⁽²²³⁾, no qual se vem considerar que “num contrato de empreitada em que as partes reduziram a documento escrito e nele clausularam que os trabalhos a mais teriam de ser acordados por escrito entre ambas as partes, provando-se que, no decurso da mesma, o dono da obra, por diversas vezes, solicitou à empreiteira alteração, que consistia em trabalhos a mais ao plano previamente convencionado, e que aquele as aceitou e autorizou, sendo objeto de autos de mediação, é legítimo concluir-se que as partes revogaram tacitamente a cláusula do contrato que previa a redução a escrito do acordo sobre trabalhos a mais. Revogada tal cláusula, é admissível a utilização de todos os meios de prova para apuramento da realização dos trabalhos a mais” e que, “tendo o dono da obra pedido e aceitado as obras a mais, sem que as tivesse questionado, ao vir agora, apenas quando confrontado com a ação judicial movida pela Autora, arguir a falta de redução a escrito e violação da cláusula que previa a sua redução a escrito, está a agir com manifesto abuso de direito (artigo 334.º CC), na modalidade de venire contra factum proprium”. Já os casos de celebração de contratos de proteção contra si mesmo, quando em causa esteja uma debilitação da vontade e, portanto, a constatação da limitação da própria autonomia do sujeito que, assim, remete para um terceiro o controlo do seu exercício, devem ser merecedores de uma ponderação diversa.

Diferente é, igualmente, a solução no caso de forma voluntária, aquela que foi adotada pelas partes sem que para tal houvesse convenção, relativamente à qual dispõe o artigo 222.º que as estipulações verbais posteriores são válidas, exceto se para elas se exigir forma legal.

4.3. A perfeição negocial

I. Estando em causa um negócio jurídico unilateral não receptício, ele torna-se perfeito com a emissão da declaração. Se, porém, o

⁽²²³⁾ Proc. n.º 3176/19.0T8GMR.G2.S1, relator Jorge Arcanjo.

negócio for receptício, exige-se, para que haja perfeição, que a declaração entre na esfera de poder do destinatário.

No caso dos contratos, exigindo-se para a sua conclusão uma proposta e uma aceitação, entende-se que ele só está perfeito se a resposta contendo a aceitação entra na esfera de poder do proponente. Não se exige o conhecimento efetivo, mas que o contraente esteja em condições de efetivamente vir a conhecer. É esta a solução que resulta do artigo 224.º CC. O nosso ordenamento jurídico consagra a chamada teoria da receção. Mas, se a declaração só por culpa do destinatário não foi por ele oportunamente recebida, considera-se que a mesma é igualmente eficaz. Por outro lado, não se exigindo o conhecimento efetivo, se não houver receção da declaração, mas ela vier a ser conhecida pelo destinatário por outro meio, o negócio considera-se perfeito. Ao invés, se a declaração for recebida pelo destinatário em condições de, sem culpa sua, não poder ser conhecida é ineficaz.

Note-se que este processo de formação dos contratos é pensado para contratos entre ausentes. Consoante explicita Menezes Cordeiro, “ignora os contratos entre presentes, os quais englobam os negócios do dia-a-dia, em particular os concluídos por comportamentos concludentes ou por simples aceitação de uma oferta ao público, os fechados por telefone ou meio equivalente e os convénios formalizados perante notário ou agente dotado de poderes similares” ⁽²²⁴⁾.

II. No quadro da formação do contrato, existem necessariamente duas declarações negociais. A proposta deve ser completa, revelar uma intenção inequívoca de contratar e revestir a forma adequada para o negócio em questão ⁽²²⁵⁾. Estes requisitos são exigidos para

⁽²²⁴⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 317.

⁽²²⁵⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 319; Pessoa JORGE, *Direito das Obrigações*, 182; Antunes VARELA, *Direito das Obrigações em geral*, I, 227, entendendo que, para que haja, em bom rigor, uma proposta contratual, é preciso que a declaração da parte cubra de tal modo os pontos essenciais da negociação que a resposta afirmativa da outra parte baste para encerrar o acordo vinculativo por elas visado. Se na declaração inicial o autor deixa em branco um desses pontos (*v. g.*, o preço da coisa que pretende vender) é porque pretende apenas, por via de regra, convidar o destinatário a fazer uma proposta contratual. Como simples provocação de proposta contratuais devem ainda ser considerados o concurso para adjudicação de empreitada de obras pública; Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 651, considerando que uma proposta contratual só existirá se for suficientemente precisa, dela resultar a vontade de o seu autor se vincular e houver consciência de se estar a emitir uma verdadeira declaração negocial. Quando

que, com a simples aceitação, o negócio se possa dar por concluído ⁽²²⁶⁾. Nessa medida, a proposta distingue-se do chamado *convite a contratar*. Este traduz-se numa declaração dirigida ao público em geral, que se destina a provocar a emissão de propostas tendentes à ulterior conclusão do negócio.

Menezes Cordeiro oferece-nos diversos exemplos de convites a contratar: recurso a prospectos, catálogos, anúncios, proposições inseridas na internet, “pelas quais o seu autor se declara pronto a acolher e a ponderar propostas que lhe sejam dirigidas, em certos moldes” ⁽²²⁷⁾.

Particulares problemas têm-se levantado pela exposição de produtos nas prateleiras das grandes superfícies comerciais. Quando acompanhadas da indicação do preço, devem ser vistas como verdadeiras propostas e não como convites a contratar, já que o declarante não quer reservar para si a última palavra em matéria de vinculação contratual ⁽²²⁸⁾.

III. A proposta torna-se irrevogável depois de recebida pelo destinatário ou depois de ser dele conhecida, nos termos do artigo 230.º CC. Nessa medida, ela só fica sem efeito se o destinatário receber uma retratação ao mesmo tempo que recebe a proposta ou antes de a receber. A eficácia da proposta traduz-se, segundo a melhor doutrina, no surgimento na esfera do destinatário de um direito potestativo de,

se dirige uma proposta a pessoas indeterminadas, deve entender-se em princípio que existe apenas um convite para contratar (quem emite o convite quer reservar para si a decisão final). Diversa será, porém, a conclusão se a pessoa que fez a proposta indicou claramente, ou isso resulta das circunstâncias, que considera o contrato perfeito mediante uma declaração de concordância de outrem.

⁽²²⁶⁾ É também esta a posição de LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 556.

⁽²²⁷⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 328. Para o autor, “por vezes a mera *invitatio* resulta da aposição de cláusulas como acesso ou preço reservado, oferta livre ou oferta limitada”. E explica que “mesmo quando existam propostas completas, a sua efetivação depende de haver mercadorias em stock, de ser viável o envio ou de ser obtida licença bancária para o pagamento. Ora, esses pontos são, tecnicamente condições: requerem uma opção livre do oferente”.

Exemplo interessante é o que nos é comunicado pelo leilão. Nos termos do § 156 BGB, a proposta provém do licitante, sendo aceite pela adjudicação. A montagem do leilão equivale a um convite a contratar — cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 330.

⁽²²⁸⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 651 s.

pela simples aceitação, chegar à conclusão do contrato ⁽²²⁹⁾. Note-se a este propósito que a morte ou incapacidade do proponente não obstam à conclusão do contrato, salvo se outra tivesse sido a sua vontade presumível. Mas, a declaração é ineficaz se o declarante, enquanto o destinatário não a receber ou dela não tiver conhecimento, perder o poder de disposição do direito a que ela se refere. A proposta manter-se-á pelos prazos previstos no artigo 228.º CC.

IV. A proposta não é suficiente para que o contrato se dê como celebrado. Ela tem de ser aceite. A aceitação tem de ser completa. Consoante ensina Menezes Cordeiro, “não chega uma aceitação apenas com o essencial da proposta” ⁽²³⁰⁾. Ao invés, tem de haver acordo sobre todos os aspetos que as partes suscitem. A aceitação com modificações, limitações ou aditamentos corresponde à rejeição da proposta. Contudo, se a modificação for suficientemente precisa, pode equivaler a uma nova proposta. O artigo 234.º CC prevê hipóteses de dispensa de aceitação ⁽²³¹⁾.

V. O regime geral de formação dos negócios jurídicos sofre alguns desvios em face da contratação eletrónica.

O contrato eletrónico vem definido no artigo 24.º DL n.º 7/2004 como o contrato celebrado por via eletrónica ou informática, seja ou não comercial ⁽²³²⁾. A especificidade desta contratação reside, portanto, no meio utilizado para a sua celebração que, pelas suas características

⁽²²⁹⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 321.

⁽²³⁰⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 334.

⁽²³¹⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 338, considerando que não estamos aqui diante de uma hipótese de declaração tácita, mas de verdadeira ausência de declaração, pelo que os diversos preceitos relativos à declaração de vontade não teriam aqui aplicação ou apenas teriam em moldes muito embrionários. Assim, não seriam aplicáveis os artigos 233.º, 235.º, 240.º a 243. Seriam aplicáveis com fortes limitações os artigos 236.º a 239.º e os artigos 245.º a 257.º CC.

⁽²³²⁾ Para a consideração das regras relativas ao contrato eletrónico no ordenamento jurídico alemão, cf. § 312i e § 312j BGB. A opção do legislador alemão foi, aproveitando a ampla reforma do BGB, introduzir a questão da contratação eletrónica (na senda da proteção do consumidor) no corpo do diploma mãe em matéria de direito civil. A este propósito, cf., ainda, Pablo Stolze GAGLIANO/Rodolfo Pamplona FILHO, *Novo curso de direito civil*, IV, tomo I, 3.ª edição, São Paulo, Saraiva, 89 s., criticando a solução do legislador brasileiro que, em 2002, ignorou, no quadro do novo Código Civil, as relações contratuais estabelecidas por via digital.

próprias, pode suscitar problemas que não tinham sido ponderados ao nível do Código Civil. Dúvidas colocam-se, em face do artigo 24.º do DL n.º 7/2004, relativamente à exclusividade do meio eletrónico como meio de celebração do negócio para a qualificação do contrato como eletrónico. Dito de uma forma mais direta: bastar-nos-emos com a utilização do universo digital para a transmissão das declarações negociais ou toda a celebração do negócio, inclusivamente na sua conclusão, deve surgir desmaterializada ⁽²³³⁾? De acordo com o ensinamento de Oliveira Ascensão, “quando no *iter* de celebração do contrato, há algum elemento em que outra via de comunicação tenha sido utilizada”, não podemos falar de contrato eletrónico ⁽²³⁴⁾, visto como uma subespécie do contrato à distância. Poderíamos, assim, estabelecer uma distinção entre os contratos eletrónicos e os contratos celebrados ou negociados por meios eletrónicos. Há que ter, porém, em conta que se integra no comércio eletrónico a negociação de um contrato feita por correio eletrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente. Pese embora não lhe sejam aplicáveis os artigos 27.º a 29.º do DL n.º 7/2004, a utilização destes meios técnicos não obsta à qualificação do negócio como eletrónico. Quer isto dizer que a posição veiculada por Oliveira Ascensão só é aceitável se e quando o que esteja em causa seja a introdução de outros meios de comunicação, para além da digital, no *iter* de formação do negócio ⁽²³⁵⁾. Mas ela não implica a desqualificação de contrato eletrónico relativamente àquele negócio que é celebrado através de correio eletrónico ou outro meio digital equivalente, quando a prestação dos bens ou serviços não opera imediatamente em linha ⁽²³⁶⁾.

⁽²³³⁾ Cf. J. Oliveira ASCENSÃO, “Perspetiva jurídica”, *O comércio eletrónico em Portugal — o quadro legal e o negocial*, 2006, 104.

⁽²³⁴⁾ J. Oliveira ASCENSÃO, “Perspetiva jurídica”, 104.

⁽²³⁵⁾ A este propósito, cf. a distinção operada por Paula Costa e SILVA, “A contratação automática”, *Direito da sociedade de informação*, vol. IV, Associação Portuguesa de Direito Intelectual, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, 290 s., à qual adere Afonso PATRÃO, “Assinaturas electrónicas documentos electrónicos e garantias reais”, *Revista CEDOUA*, 1/2012, 45. Fala a primeira autora citada de contratação automática (e o segundo de contratação eletrónica em sentido técnico), para identificar as declarações produzidas através de meios informáticos; e de contratação eletrónica em sentido estrito, na qual as declarações de vontade são transmitidas por meios telemáticos, mas não são produzidas dessa forma.

⁽²³⁶⁾ Sobre o ponto, cf. Afonso PATRÃO, “Assinaturas electrónicas”, 45, nota 1, considerando que não existe uma definição unânime de comércio eletrónico e optando, em virtude disso, por uma aceção ampla, que traduz o estabelecimento

Apesar do carácter amplo do conceito de contratação eletrónica, ou por causa dele, importa estabelecer algumas distinções no seu seio, já que nem sempre é uniforme o regime jurídico aplicável, consoante a hipótese concretamente em causa. Assim, há que distinguir os contratos celebrados em linha com prestação imediata de bens ou serviços dos contratos celebrados em linha sem prestação imediata de bens ou serviços. E há que ter em conta, ainda, os contratos celebrados por email ou outro meio de comunicação individual, bem como os contratos celebrados exclusivamente por computadores sem intervenção humana. Na verdade, e como constataremos de imediato, os problemas patenteados por cada um deles e as soluções oferecidas não são as mesmas consoante o pedaço de realidade virtual com que nos deparamos.

Uma primeira questão com que os autores se deparam, a este nível, passa por saber se quando falamos em contratos eletrónicos — ou contratação eletrónica — nos estamos a referir a contratos entre ausentes ou não. A resposta que a doutrina nos oferece não é clara, nem unânime. Se para alguns autores estamos claramente diante de um contrato entre ausentes ⁽²³⁷⁾, com todas as consequências daí advenientes, para outros, porque a comunicação na internet é instantânea, a resposta seria a inversa ⁽²³⁸⁾. Menezes Cordeiro, na linha do critério proposto por Larenz, ensina que o contrato deve ser qualificado entre ausentes ou entre presentes, consoante

de relações jurídicas mediante a utilização de computadores e de redes de telecomunicações; Miguel Pupo CORREIA, “Sociedade de Informação e direito: a assinatura digital”, *Revista de Derecho Informático*, n.º 12, considerando que se fala de comércio eletrónico quando se utilizam tecnologias de informação avançadas; Alexandre Libório Dias PEREIRA, *Comércio eletrónico na sociedade de informação: da segurança técnica à segurança jurídica*, Almedina, Coimbra, 1999, 14, falando de negociação realizada por via eletrónica.

A expressão comércio é, assim, assumida em termos amplos, que ultrapassa o sentido técnico-jurídico associado à prática de atos comerciais.

Acerca da contratação eletrónica, cf., igualmente, Jochen TAUPITZ/Thomas KRITTER, “Electronic Commerce — Probleme bei Rechtsgeschäften im Internet”, *Juristisch Schulung*, 1999, 839 s.

⁽²³⁷⁾ Cf. J. Oliveira ASCENSÃO, “Perspetiva jurídica”, 104; Jorge Morais de CARVALHO, “Comércio eletrónico e proteção dos consumidores”, *Themis — Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, ano VII, n.º 13, 2006, 42 s.

⁽²³⁸⁾ Sobre o ponto, para uma sistematização das diversas posições, cf. Mariana Carvalho HOMEM, “A formação dos contratos no comércio eletrónico”, *Revista Eletrónica de Direito*, n.º 1, 2013, 9 s.

entre a proposta e a aceitação medeia um lapso de tempo juridicamente relevante ⁽²³⁹⁾. Significa isto que, dependendo do tipo de comunicação eletrónica utilizada, assim poderá ser diversa a resposta que se ofereça para o problema ⁽²⁴⁰⁾. Mas, independentemente da resposta, o meio de comunicação utilizado afigura-se absolutamente relevante no tocante às regras de formação do contrato.

De facto, tratando-se de um contrato celebrado em linha sem prestação imediata de bens ou serviços, o DL n.º 7/2004 impõe regras de formação do negócio específicas, que nos apartam do modelo consagrado no Código Civil. Assim, nos termos do artigo 29.º DL n.º 7/2004, o prestador de serviço deve acusar a receção da ordem de encomenda por meios eletrónicos. A encomenda torna-se definitiva com a confirmação do destinatário, dada na sequência do aviso de receção, reiterando aquela ordem de encomenda. A questão do momento da perfeição negocial tem, então, de ser enfrentada. Este é, aliás, outros dos problemas que tem gerado divisões na doutrina, razão pela qual nos devemos deter neste ponto por breves momentos. Nos termos do artigo 32.º DL n.º 7/2007, a oferta de produtos ou serviços em linha representa uma proposta contratual quando contiver todos os elementos necessários para que o contrato fique concluído com a simples aceitação do destinatário, representando, caso contrário, um convite a contratar. O preceito vem, portanto, esclarecer uma controvérsia acerca da natureza da declaração em questão ⁽²⁴¹⁾.

⁽²³⁹⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 346; K. LARENZ/M. WOLF, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 584.

Cf., igualmente, Flávio TARTUCE, “Contratação eletrônica. Princípios sociais, responsabilidade pré-contratual e pós-contratual. Uma abordagem luso-brasileira”, *Revista Jurídica Luso-brasileira*, ano 1, n.º 2, 2015, 632 s.

⁽²⁴⁰⁾ A este propósito, convém, no entanto, ter em conta que, independentemente da querela contrato entre ausentes ou entre presentes, se deve analisar o âmbito de aplicação do DL n.º 24/2014, relativo à contratação a distância. É que os conceitos em debate não são equivalentes.

⁽²⁴¹⁾ Sobre o ponto, cf. Alexandre Dias PEREIRA, “Comércio eletrónico e consumidor”, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 6, 2004, 351, n. 14, ponderando a questão e sublinhando a preferência pela qualificação da declaração como uma verdadeira proposta, quer em atenção ao diploma que à época regulava os contratos a distância, quer em atenção ao artigo 23.º Código da Publicidade, a determinar que aquele que anuncia os seus bens na internet tem de respeitar os requisitos do preceito, colocando-se na posição de proposta contratual. A este propósito, v., igualmente, Paulo Mota PINTO, “Publicidade domiciliária não desejada (“junk mail,

Estando em causa uma verdadeira proposta, a aceitação dá-se no momento em que a ordem de encomenda é recebida pelo fornecedor, tendo-se nesse momento por perfeito o negócio. Assim sendo, resta o problema de saber qual o valor que deve ser atribuído quer ao aviso de receção, quer à confirmação por parte do cliente. Os contornos da questão mudam, contudo, se a oferta dos produtos não contiver todos os elementos necessários para que o contrato fique concluído com a simples aceitação do destinatário. Nessa hipótese, o aviso de receção funcionará como aceitação, restando apenas duvidosa a natureza da confirmação do destinatário.

No que respeita ao aviso de receção, importa ter em conta o artigo 32.º/2 DL n.º 7/2004. De acordo com o preceito, o mero aviso de receção da ordem de encomenda não tem significado para a determinação do momento da conclusão do contrato. Em rigor, o aviso de receção não tem lugar quando os contratos sejam celebrados por email ou outro meio de comunicação individual ou quando haja imediata prestação em linha do bem ou serviço. Percebe-se, por isso, por que razão afirmámos *supra* que o meio de comunicação utilizado não é indiferente para a determinação do regime jurídico aplicável.

Mais dilemática parece ser, portanto, a natureza da confirmação da ordem de encomenda. Várias são as posições avançadas a este propósito. Para alguns autores, a aceitação operaria em dois momentos distintos ⁽²⁴²⁾; para outros, estaria em causa o cumprimento de um dever contratual, um mecanismo destinado a assegurar a certeza das transações ⁽²⁴³⁾; para outros ainda, tratar-se-ia de uma condição suspensiva de eficácia. Alexandre Dias Pereira ⁽²⁴⁴⁾ considera, a este propósito, que a confirmação traz algo de novo ao figurino negocial, não se podendo, não obstante, compreender a figura como uma espécie de direito ao arrependimento que permite ao consumidor libertar-se do contrato, não confirmando a encomenda. Para o autor, o consumidor não pode ficar vinculado a uma encomenda provisória,

“junk calls” e “junk faxes”), *Boletim da Faculdade de Direito*, 74, 1998, 275 s., também citado por Alexandre Dias Pereira.

Veja-se, ainda, J. Oliveira ASCENSÃO, “Contratação electrónica”, 63; Mariana Carvalho HOMEM, “A formação dos contratos no comércio eletrónico”, 14.

⁽²⁴²⁾ Paula Costa e SILVA, “A contratação automática”, 187 s.

⁽²⁴³⁾ J. Oliveira ASCENSÃO, “A contratação eletrónica”, 58 s.

⁽²⁴⁴⁾ Alexandre Dias PEREIRA, “Comércio eletrónico e consumidor”, 346 s., que aqui acompanhamos de muito perto para expor o seu pensamento.

a valer como aceitação. Por seu turno, o fornecedor não ficaria vinculado aos termos apresentados na sua loja eletrónica, podendo controlar, por exemplo, a existência do bem em *stock* ou o crédito do consumidor, que, por seu turno, teria a possibilidade de não celebrar o contrato, não confirmando a encomenda. No entanto, segundo a posição do autor, porque o fornecedor emite uma proposta, mais seguro é defender-se a existência de uma condição suspensiva de perfeição do contrato ⁽²⁴⁵⁾.

Em harmonia com a dispensa de aviso de receção nas duas situações anteriormente mencionadas, também não haverá lugar à confirmação quando a contratação se processe por *email* ou outro meio de comunicação individualizado, ou quando haja imediata prestação em linha do serviço contratado. Pela mesma ordem de razões, também não haverá necessidade de confirmação, quando haja acordo em contrário com a outra parte, hipótese que só é possível quando esta não seja um consumidor. Repare-se que o DL n.º 7/2004 não se refere expressamente a esta situação. Contudo, não é possível falar de confirmação sem que antes tenha havido um aviso de receção, donde nos parece ser a melhor solução.

Importa, não obstante, considerar o disposto no DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro. O diploma aplica-se aos contratos celebrados à distância e aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, tendo em vista promover a transparência das práticas comerciais e salvaguardar os interesses legítimos dos consumidores, entendendo-se por contrato o contrato celebrado entre o consumidor e o fornecedor de bens ou o prestador de serviços sem presença física simultânea de ambos, e integrado num sistema de venda ou prestação de serviços organizado para o comércio à distância mediante a utilização exclusiva de uma ou mais técnicas de comunicação à distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração; e por contrato fora do estabelecimento o contrato que é celebrado na presença física simultânea do fornecedor de bens ou do prestador de serviços e do consumidor em local que não seja o estabelecimento comercial daquele, incluindo os casos em que é o consumidor a fazer uma proposta contratual, incluindo os contratos celebrados no estabelecimento comercial do profissional ou através de quaisquer meios de comunicação à distância imediatamente

⁽²⁴⁵⁾ Alexandre Dias PEREIRA, “Comércio eletrónico e consumidor”, 346 s.

após o consumidor ter sido, pessoal e individualmente, contactado num local que não seja o estabelecimento comercial do fornecedor de bens ou prestador de serviços; celebrados no domicílio do consumidor; celebrados no local de trabalho do consumidor; celebrados em reuniões em que a oferta de bens ou de serviços seja promovida por demonstração perante um grupo de pessoas reunidas no domicílio de uma delas, a pedido do fornecedor ou do seu representante ou mandatário; celebrados durante uma deslocação organizada pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços ou por seu representante ou mandatário, fora do respetivo estabelecimento comercial; celebrados no local indicado pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços, a que o consumidor se desloque, por sua conta e risco, na sequência de uma comunicação comercial feita pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços ou pelo seu representante ou mandatário.

Significa isto que o diploma se aplica aos contratos eletrónicos e que, portanto, à matéria relativa à formação do negócio jurídico serão aplicáveis as normas constantes nos artigos 4.º e s. do mesmo. Assim sendo, num contrato eletrónico (bem como, aliás, num contrato à distância celebrado por via eletrónica), o fornecedor do bem ou prestador de serviço deve, sempre que ele envolva uma obrigação de pagamento, prestar as informações pré-contratuais constantes das alíneas *c)*, *d)*, *e)*, *f)*, *g)*, *h)*, *p)* e *t)* do n.º 1 do artigo 4.º DL n.º 24/2014 antes de o consumidor concluir a ordem de encomenda. É claro que todas as outras informações constantes do artigo 4.º DL n.º 24/2014 devem ser prestadas, estando aqui em causa o tempo do cumprimento das mesmas. Tal solução particular a respeito dos contratos celebrados por via eletrónica justifica-se pelas especificidades dos mesmos. Neste ensejo, o legislador mostrou particular preocupação com o risco de desconhecimento dos encargos a que o consumidor se vincula por via do negócio. Por isso, exige-se, ainda, que o fornecedor do bem ou o prestador do serviço garanta que o consumidor, ao concluir a encomenda, confirme, de forma expressa e consciente, que esta implica a obrigação de pagamento (artigo 4.º/3 DL n.º 24/2017) e que, quando a conclusão da mesma implique a ativação de um botão ou função semelhante, o botão ou a referida função seja identificada de forma facilmente legível apenas com a expressão «encomenda com obrigação de pagar» ou uma formulação correspondente e inequívoca, que indique que a realização da encomenda implica uma obrigação de pagamento ao profissional. Nos termos do artigo 6.º DL n.º 24/2014, o fornecedor do bem ou prestador de serviço deve confirmar a celebração do contrato à distância no prazo

de cinco dias contados dessa celebração e, o mais tardar, no momento da entrega do bem ou antes do início da prestação do serviço. Note-se que a confirmação de que agora se fala não se confunde com aquela a que se refere o legislador no caso dos contratos eletrónicos. No mais, ela cumpre-se com a entrega ao consumidor das informações pré-contratuais previstas no n.º 1 do artigo 4.º DL n.º 24/2014, em suporte duradouro e fica dispensada tais informações sejam prestadas antes da celebração do negócio.

No DL n.º 24/2014 não se encontra qualquer referência à necessidade de confirmar o contrato por parte do utilizador do bem ou serviço. Acerca da conjugação dos dois diplomas, Paulo Mota Pinto refere que o novo regime dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial deve prevalecer, dado ser posterior, sobre o DL n.º 7/2004 ⁽²⁴⁶⁾. Temos dúvidas acerca da bondade da asserção. Na verdade, não só os âmbitos de aplicação dos dois diplomas não se confundem, não se podendo falar numa derrogação das regras da contratação eletrónica, como a relação que entre ambos se estabelece é de especialidade, o que quer dizer que, estando em causa um contrato eletrónico no sentido estrito do termo, o consumidor (ou mais amplamente o utilizador do bem ou serviço) deve, depois do envio do aviso de receção, confirmá-la. A conclusão é reforçada pela consideração da intencionalidade normativa da regra. De facto, está em causa, como ensina Oliveira Ascensão e independentemente da natureza e eficácia com que a possamos cobrir, uma cautela técnica que se justifica em atenção ao tipo de comunicação que é utilizada. Não se trata, aí, de garantir ao consumidor/ contraparte o conhecimento efetivo dos termos do contrato, mas de garantir que não há um engano na ordem de encomenda que é efetuada e, ao mesmo tempo, possibilitar o controlo de alguns aspetos fundamentais da contratação. Por isso, dela se prescinde quando a contratação opera por meio de comunicação para o endereço eletrónico ou haja imediata prestação em linha do produto ou serviço. É que, no primeiro caso, o perigo de engano na emissão da ordem de encomenda diminui drasticamente; e, na segunda hipótese, sendo o conteúdo fornecido digital, os problemas são outros.

É por isso que também dela se prescinde quando a contratação eletrónica opera sem intervenção do homem. O artigo 33.º/1 DL

⁽²⁴⁶⁾ Paulo Mota PINTO, “O novo regime dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial”, *Estudos de Direito do Consumidor*, 9, 2015, 51 s., 74.

n.º 7/2004 determina que à contratação celebrada exclusivamente por meio de computadores, sem intervenção humana, é aplicável o regime comum, salvo quando este pressupuser uma atuação. É que também aí, pela natureza dos meios empregues, os enganos que a realidade possa fazer emergir são de outro tipo.

VI. Os problemas podem agudizar-se diante da introdução de sistemas de inteligência artificial, podendo as regras explicitadas não se mostrar totalmente adequadas para fazer face às especificidades que os algoritmos autónomos comportam. Em causa não estará só o processo formativo do contrato, mas uma multiplicidade de outros tópicos sobre os quais nos pronunciaremos *infra*. Como refere Paulo Mota Pinto, “no futuro, será possível que, com o desenvolvimento da tecnologia dos agentes de *software*, agentes inteligentes possam atuar em *contextos e ambientes diversificados*, por exemplo mesmo em toda a *world wide web*, sem estar limitados à escolha do parceiro contratual, dentro de um círculo de utilizadores da mesma plataforma. Neste caso, não existe entre os utilizadores, antes da celebração do contrato, *qualquer contacto jurídico-negocial* imediato, ou sequer mediado por uma plataforma” ⁽²⁴⁷⁾. No mais, acrescenta o autor que “a criação de declarações negocial por sistemas inteligentes vai, no entanto, além disto, caracterizando-se pela sua *indeterminabilidade*, com *proatividade* e *capacidade de reação* desses agentes. Por esta razão, defende-se por vezes que o enquadramento normalmente proposto para as declarações por via informática ou eletrónica já não pode ser imediatamente transposto para as declarações produzidas por agentes inteligentes. A imputação a quem coloca em funcionamento voluntariamente agentes de *software* inteligentes tem, porém, de ser fundamentada, e não apenas afirmada” ⁽²⁴⁸⁾.

Vários são, então, os problemas que se podem equacionar. Assim, a título exemplificativo:

- Tendo de ser a declaração negocial imputada a um ser humano, que através dela manifesta a sua vontade, coloca-se o problema de saber “como pode ser *imputado o comportamento* ou o

⁽²⁴⁷⁾ Paulo Mota PINTO, “Agentes de Software Inteligentes e Negócio Jurídico — Alguns Problemas”, *Julgar*, 45, 2021, 43.

⁽²⁴⁸⁾ Paulo Mota PINTO, “Agentes de Software Inteligentes” e Negócio Jurídico — Alguns Problemas”, 46.

conhecimento a um agente de software com IA15, e se a declaração negocial emitida conta como declaração *dele próprio* (agente de *software*) ou se é imputada *ao utilizador*” ⁽²⁴⁹⁾.

- Tendo em conta que o negócio jurídico, como se explicitará, infra, deve ser interpretado segundo a impressão do destinatário, isto é, segundo o que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório teria compreendido da declaração, coloca-se o problema de saber se é relevante a “*impressão da IA destinatária*” ⁽²⁵⁰⁾.

5. INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS ⁽²⁵¹⁾

5.1. Interpretação, interpretação complementadora e integração: a natureza jurídica

Como qualquer comportamento declarativo, as declarações negociais têm de ser interpretadas, não sendo aceitável o brocardo “*in claris non fit interpretatio*” ⁽²⁵²⁾. Na verdade, não só não existe nenhum

⁽²⁴⁹⁾ Paulo Mota PINTO, “Agentes de Software Inteligentes e Negócio Jurídico — Alguns Problemas”, 45.

⁽²⁵⁰⁾ Paulo Mota PINTO, “Agentes de Software Inteligentes e Negócio Jurídico — Alguns Problemas”, 47.

⁽²⁵¹⁾ Cf., *inter alia*, Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, 673 s.; C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 441 s.; Carlos Ferreira de ALMEIDA, *Texto e enunciado*, 139 s.; Maria Raquel REI, *Da interpretação da declaração negocial no direito civil português*, 2010; Eduardo Santos JÚNIOR, *Sobre a teoria da interpretação dos negócios jurídicos*, 1988; Ferrer CORREIA, *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*, 155 s.; Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 305 s.

Para a análise dos trabalhos preparatórios do CC nesta matéria, Rui de ALARCÃO, “Interpretação e integração dos negócios jurídicos”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 84, 1959, 329 s.

⁽²⁵²⁾ Neste sentido, Francesco MESSINEO, “Contratto. L'integrazione e l'interpretazione del contratto. Efficacia, esecuzione ed effetti del contratto”, *Enciclopedia del Diritto*, IX, 946 e 947. Veja-se, ainda, A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 676, considerando que ela é “necessária mesmo quando permita tão-só concluir pela mera existência ou inexistência de certo ato, como sucede nas declarações que se reduzem a atos jurídicos em sentido estrito”. Em sentido contrário, afirmando que “se uma declaração é unívoca não há razão para recorrer a uma interpretação, mesmo que ela não pareça razoável ou não faça sentido para uma pessoa sensata”, HÖRSTER,

critério certo que nos permita determinar quando é que a vontade expressa no contrato é clara, como a própria clareza da declaração deve já ser vista como um resultado interpretativo, mesmo que não se tenha essa consciência ⁽²⁵³⁾. Ademais, a própria qualificação de um comportamento como declaração negocial tendente à celebração de um negócio jurídico implica a interpretação do mesmo.

Com a interpretação pretendemos determinar o sentido juridicamente relevante do negócio jurídico ⁽²⁵⁴⁾. Pelo mecanismo contratual, cria-se uma normatividade jurídica particular que se manifesta na vida social. Como nos diz Castanheira Neves, “o negócio jurídico põe-nos mediante uma juridicidade concreta e concretamente constituída” ⁽²⁵⁵⁾. Pelo que, da mesma forma que urge interpretar as normas legais e os outros critérios que o sistema nos disponibiliza para a concreta realização do direito, importa determinar o sentido das declarações de vontade dos contraentes quando celebram um negócio jurídico, dado que são elas que nos vão oferecer a concreta disciplina jurídica aplicável, na medida em que se considera o conteúdo do acordo das partes o primeiro nível regulativo do contrato.

O modo como compreendemos o problema da interpretação do negócio jurídico mostra-se tributária do entendimento que se abraça no que respeita à conceção de negócio jurídico. Para uma perspetiva arraigada à vontade, o objetivo da interpretação não poderá deixar

A parte geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil, Almedina, Coimbra, 1992, 507 s.

⁽²⁵³⁾ Aquele brocardo que agora se refuta liminarmente era assumido pelos pensadores positivistas a propósito da interpretação da lei. Partindo da dicotomia, afirmada pela primeira vez pela Escola dos Comentadores, entre letra e espírito da norma, defendiam que quando a primeira fosse de tal modo clara que permitisse logo determinar o sentido da norma não seria necessário interpretar a mesma. Rejeita-se este entendimento não só pelos motivos explicitados, mas também porque, como teremos oportunidade de referir, a interpretação da norma só é possível no confronto com o caso concreto que a mobiliza. Para mais desenvolvimentos, veja-se Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, *Studia Iuridica*, Coimbra, 1993, “Interpretação jurídica”, *Digesta*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, 337 s. e *O actual problema metodológico da interpretação jurídica — I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, 16 a 27.

⁽²⁵⁴⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 676.

⁽²⁵⁵⁾ Castanheira NEVES, *Questão de Facto e Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. *A Crise*, Almedina, Coimbra, 1967, 328 s.

de ser a indagação da vontade real e efetiva que subjaz às declarações ⁽²⁵⁶⁾; já para quem reforce o papel da declaração, o caminho será uma teoria objetivista da interpretação, a dar o devido relevo à confiança ⁽²⁵⁷⁾ ⁽²⁵⁸⁾.

Ao nível da interpretação jurídica oscila-se, assim, entre posições subjetivistas e posições objetivistas. Para as primeiras, o fim seria a indagação da vontade real do declarante; para as segundas, seria o sentido objetivo incorporado pela declaração que valeria como sentido negocialmente relevante. Simplesmente, a doutrina vem esclarecer que, na sua pureza, nenhuma destas posições é aceitável. Menezes Cordeiro aduz que, “nas suas formas puras, elas não eram praticáveis: a teoria da vontade implicaria conhecer uma realidade que, por vezes, nem o próprio apreende totalmente; a da declaração conduziria, levada ao extremo a um negócio que não fosse pretendido por nenhuma das partes: o declarante ficaria preso a uma declaração estranha à sua vontade real, enquanto o declaratório teria dado o seu acordo a uma fórmula que entendeu diversamente” ⁽²⁵⁹⁾.

O pensamento jurídico passou, assim, a oscilar entre posições subjetivistas e objetivistas moderadas. A valorização da vontade, pela necessidade de salvaguardar a ideia de autonomia, orienta-se pela ideia de vontade declarada, coordenada com uma ideia de confiança ⁽²⁶⁰⁾. E se esta pressupõe o conhecimento da vontade, importa não esquecer contributos como o de Larenz que nos encaminham

⁽²⁵⁶⁾ Assim, SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, III, 258.

⁽²⁵⁷⁾ Ferrer CORREIA, *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*, 1967, 168 s.; DANZ, *A interpretação dos negócios jurídicos: contratos, testamentos: estudo sobre a questão de direito e a questão de facto*, 1941, 101 s.

⁽²⁵⁸⁾ Sobre as teorias subjetivistas e objetivistas, Castanheira Neves afirma que “o que está verdadeiramente em discussão é a validade do negócio quando está em causa uma divergência entre a declaração e a vontade. Para as primeiras (teorias da vontade), o negócio será insubsistente, não será verdadeiramente negócio jurídico; enquanto que para a teoria da declaração, aquela divergência só poderia ser relevante em matéria de erro” — *Questão de facto*, 341, nota 32. Em sentido idêntico, Mota PINTO, *Teoria Geral do direito civil*, 444, nota 1 — “Interpretado o negócio, isto é, fixado o seu sentido, pode, depois, se o sentido fixado, segundo as diretrizes da teoria da interpretação, é um sentido objetivo, abrir-se um problema da divergência entre a vontade e a declaração”.

⁽²⁵⁹⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 703.

⁽²⁶⁰⁾ Hans BROX, *Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung/ ein Beitrag zur Lehre von der Willenserklärung und deren Auslegung*, 1960, 98 s.

para a consideração de um conjunto de elementos a apontar no sentido do objetivismo também mitigado, porquanto digam respeito quer ao declarante, quer ao declaratário ⁽²⁶¹⁾.

Os trabalhos preparatórios do Código Civil terão sido profundamente influenciados por esta dualidade paulatinamente superada através de posições mitigadas ⁽²⁶²⁾.

Consagra-se, aí, a chamada *teoria da impressão do destinatário*. Nos termos do artigo 236.º CC, a declaração vale com o sentido que um declaratário normal, colocado na posição do real declaratário, possa deduzir do comportamento do declarante ⁽²⁶³⁾. O horizonte do destinatário é integrado por diversos elementos. Menezes Cordeiro fala, a este propósito, da letra do negócio, dos textos circundantes, dos antecedentes, da prática negocial, do contexto, dos objetivos em jogo, dos elementos jurídicos extra-negociais, considerando que pode estabelecer-se um paralelo com a interpretação da lei ⁽²⁶⁴⁾. De sublinhar a referência do autor aos elementos normativos, que nos leva a ter em conta valorações gerais carreadas pela boa-fé. Menezes Cordeiro explica que “não está aqui em causa a inclusão desses elementos nos modelos de decisão que, no final, irão ditar o regime do negócio” ⁽²⁶⁵⁾.

Mas, o autor não hesita em considerar que a interpretação do negócio o deve remeter para princípios fundamentais como a boa-fé ⁽²⁶⁶⁾.

⁽²⁶¹⁾ Cf. LARENZ, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts — Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Willenserklärung*, 1930, 9 s.

⁽²⁶²⁾ Para uma análise do problema da interpretação do negócio jurídico antes do CC de 1966, cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 707 s.

Para o acompanhamento dos diversos autores que se pronunciaram, na civilística portuguesa, sobre a questão, cf. CORRÊA TELLES, *Digesto Portuguez*, 51 s.; GUILHERME MOREIRA, *Instituições de Direito civil português*, 1, 502 s.; CABRAL MONCADA, *Lições de Direito Civil*, 340 s.; FERRER CORREIA, *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*, 155 s.; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 305 s.

Para a análise dos trabalhos preparatórios do CC nesta matéria, RUI DE ALARCÃO, “Interpretação e integração dos negócios jurídicos”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 84, 1959, 329 s.

⁽²⁶³⁾ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 309 s.

⁽²⁶⁴⁾ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 718.

⁽²⁶⁵⁾ Uma regra que deve ser tida em conta a este nível é a do favor negotii: são de afastar as interpretações que conduzam a invalidades ou que, do negócio, apenas permitam aproveitamentos mínimos, de acordo com o ensinamento de A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 727.

⁽²⁶⁶⁾ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 715.

O dado é compreensível. O contrato cria uma normatividade jurídica particular que se manifesta na vida social, pelo que o problema da interpretação parece extravasar a questão que é decidida ao nível do artigo 236.º CC. Nessa medida, o problema da interpretação é mais complexo e amplo do que a simples determinação do sentido com que deve valer a declaração negocial. De facto, nunca conseguiremos compreender sequer a relevância jurídica das declarações das partes se não as referirmos ao sistema jurídico já constituído e às exigências constitutivas do sistema a constituir, na medida em que este, tal-qualmente o concebemos hoje, é um sistema aberto, que se reconstitui constantemente pela mediação do caso concreto. Estando longe de entender, como o faziam os positivistas, que o contrato é um mero facto social constituído à margem do direito, um *Tatbestand* factual em que participava a vontade dos seus autores com uma certa intenção e merecedora de um relevo jurídico específico, devemos entender que ele constitui, por si só, uma normatividade concreta que dialoga abertamente com o sistema da normatividade em que se insere e com o qual terá de se conformar, normatividade essa que se alicerça na autonomia responsável da pessoa-contratante e numa ideia de confiança normativizadas pela boa-fé ⁽²⁶⁷⁾. Se assim é, interpretar é muito mais do que averiguar o efetivamente querido, a intenção psicológica e real do autor ou autores da vontade comunicada, ou a vontade objetivamente incorporada na declaração. Interpretar será, então, determinar uma vontade normativa. Será interpretar um corpo normativo particular na articulação com o quadro normativo geral em que ele se insere ⁽²⁶⁸⁾. O contrato não pode ser concebido à margem do próprio sistema de juridicidade. A contratação não se processa num espaço vazio de normatividade. Pelo contrário, esta será sempre um pressuposto da negociação das partes e da celebração do contrato, impregnando-o com os seus valores, princípios e critérios. Ao interpretarmos as declarações negociais que integram o contrato, temos de referi-las ao sistema e aos seus princípios da boa fé, justiça, segurança, equilíbrio de interesses, confiança, responsabilidade, bem como à própria ideia do direito enquanto direito. Como explica Castanheira Neves, “do que se trata não é de obter a solução cognitiva e teórica mais verdadeira, mais exata e mais rigorosa, mas encontrar a solução

⁽²⁶⁷⁾ Para mais desenvolvimentos, ver Castanheira NEVES, *Questão de facto*, 335 e 336 e 331, nota 4.

⁽²⁶⁸⁾ Cf. Castanheira NEVES, *Questão de facto*, 340.

juridicamente mais justa daquele conflito de interesses manifestado na pluralidade de sentidos possíveis” ⁽²⁶⁹⁾.

A referência ao sistema é imprescindível. Só ela nos permite relevar as especificidades jurídicas das declarações de vontade das partes; só ela nos permite concluir da eventual violação das normas imperativas prescritas pelo legislador; só ela nos permite aferir se as disposições das partes contrariam ou não os ditames da boa fé. O problema da interpretação do contrato é, portanto, muito mais um problema normativo que um problema hermenêutico ⁽²⁷⁰⁾. O Supremo Tribunal de Justiça já professou esse entendimento, ao afirmar, no acórdão de 16.2.93 ⁽²⁷¹⁾, que “a interpretação do negócio jurídico não se limita a fixar o sentido factual que o interessado quis dar à sua declaração negocial, mas fixa também o sentido normativo de tal declaração”.

Se a interpretação do negócio jurídico só pode ser feita por referência ao quadro normativo em que ele se inscreve e se ela é sempre e necessariamente orientada pelos *supra* referidos princípios, teremos de concluir que a atividade interpretativa não se distingue verdadeiramente da atividade integrativa. Basta olhar para os critérios para

⁽²⁶⁹⁾ Castanheira NEVES, *Questão de facto*, 341.

⁽²⁷⁰⁾ No mesmo sentido, embora afirmando igualmente que o sentido que se atribui à declaração não é meramente normativo, mas também casuístico, veja-se Miguel Teixeira de SOUSA — “Apontamento sobre a decisão de um *non liquet* na interpretação dos negócios jurídicos”, *Revista O Direito*, 122.º ano, II, Abril-Junho de 1990, 281 e 282. Aí podemos ler, a propósito do artigo 236.º Código Civil, que “o sentido que deve ser concedido à declaração negocial é, assim, no âmbito de uma orientação legal que consagra a designada teoria da impressão do declaratório, aquele que um declaratório normal, colocado na mesma situação em que se encontrava o declaratório real no momento da receção da declaração, possa retirar do comportamento do declarante (e não necessariamente apenas da declaração verbal). Esse sentido é, por isso, normativo, porque é aferido pelo critério de um declaratório normal conhecedor dos elementos de interpretação que podiam ser considerados pelo declaratório real, nomeadamente aqueles que respeitam aos preliminares do negócio, ao emprego de linguagem regional ou de expressões técnicas e aos usos do tráfico jurídico geral e daqueles que são característicos do lugar da celebração do negócio e do ramo económico (comercial ou industrial, por exemplo) em que se movem as partes e se insere o contrato. Por isso, o sentido que o artigo 236.º, n.º 1, 1.ª parte, atribui à declaração negocial é não só normativo, mas também casuístico”.

Cf., ainda e por todos, Castanheira NEVES, *Questão de facto*,. 340 e ss.

⁽²⁷¹⁾ Publicado na revista *Justiça e Sociedade*, n.º 7, Setembro-Dezembro, 1993, 37-38.

que somos remetidos pelo artigo 239.º Código Civil no caso de integração de lacunas para nos apercebermos disso mesmo. Recordando o que consagra o dito preceito, vemos que “na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissio, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra não seja a solução por eles imposta”. Concluindo, através de um processo interpretativo, que existe uma lacuna no contrato, teremos antes de mais que recorrer às normas dispositivas que o legislador fixou como contendo a solução materialmente mais equilibrada e mais justa para o eventual conflito que possa surgir ⁽²⁷²⁾. Caso elas não existam ou a elas não possamos recorrer, a lacuna de regulamentação será integrada por recurso à vontade hipotética das partes. Este não é um conceito unívoco, tantas as referências que lhe são feitas no Código Civil, sem que haja uma verdadeira sinonímia entre elas. Do que se trata, quando nos referimos à vontade hipotética das partes a propósito da integração do negócio jurídico, é da vontade que as partes teriam presumivelmente tido se houvessem previsto o ponto omissio. Mas o julgador deve-se afastar dessa vontade se contender com as exigências da boa fé. Na forma impressiva de Rui Alarcão ⁽²⁷³⁾, o que se procura determinar “não é aquilo que as partes teriam querido mas aquilo que as partes devem querer agora”. Ou como refere Menezes Cordeiro ⁽²⁷⁴⁾, “não se trata de indagar a vontade naturalística através de quaisquer meios psicológicos, até porque a teoria naturalística deparar-se-ia com obstáculos intransponíveis”. Basta pensar que as partes no momento da celebração do

⁽²⁷²⁾ Estas normas dispositivas constituirão, a par das normas imperativas que não podem ser derogadas pela vontade das partes, o segundo nível regulativo do contrato. Note-se que nem sempre elas existirão. A sua ausência é sobretudo notada quando em causa está um contrato atípico, ou seja, um contrato não previsto e disciplinado pelo legislador, mas que as partes podem celebrar, ao abrigo da sua liberdade contratual, na modalidade de liberdade de conformação do conteúdo do contrato, nos termos do artigo 406.º Código Civil.

Saliente-se, porém, que mesmo nos casos de contratos atípicos o jurista pode, na resolução do problema por ele suscitado, mobilizar e “aplicar por analogia” as normas próprias de um outro tipo contratual, desde que conclua pela existência de uma intencionalidade problemática análoga entre os dois.

⁽²⁷³⁾ Rui ALARCÃO, “Interpretação e integração dos negócios jurídicos — Anteprojecto para o novo Código Civil”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 84, 340 e 341.

⁽²⁷⁴⁾ Menezes CORDEIRO, *Da boa fé*, 1070, nota 653.

negócio podem nem sequer ter tido vontade quanto ao ponto. Nem se trata, continuando a acompanhar o ensinamento do insigne civilista, de perscrutar uma vontade hipotética individual, ou seja, a vontade das partes se tivessem previsto o ponto. Com efeito, o artigo 239.º Código Civil remete-nos para a consideração da boa fé. E ao fazê-lo não nos está a dizer que a solução a que chegamos pela consideração da vontade hipotética das partes deve ser limitada pela consideração da daquela. Está antes a dizer que ela só é admissível se não contrariar os ditames da boa fé. Ou seja, a vontade conjetural das partes só pode operar quando a solução por ela emanada seja idêntica à solução a que chegamos pela consideração da segunda. Por isso, diz-nos Menezes Cordeiro que “há um recurso a dois critérios com prioridade absoluta do segundo. A boa fé nunca pode ser visto como um critério supletivo” ⁽²⁷⁵⁾.

Não queremos com isto retirar o devido valor à vontade das partes. Ela é imprescindível, até porque a boa fé, enquanto conceito indeterminado que é, só se pode concretizar por referência ao caso concreto, ou melhor, por referência ao quadro normativo que foi traçado pelas partes, ao abrigo da sua liberdade contratual. Recorrendo mais uma vez ao pensamento de Menezes Cordeiro, podemos dizer que “a vontade das partes nunca é um facto apagado, mas um instrumento de trabalho, sem o qual a boa fé se torna impraticável” ⁽²⁷⁶⁾. Será sempre a concreta modelação contratual definida pelas partes que funciona como o horizonte de trabalho do jurista, o círculo de atuação deste. Dito de outra forma, o conteúdo contratual, que poderemos reconduzir à vontade das partes, constitui o ponto de partida e a perspetiva com base na qual tudo deve ser analisado ⁽²⁷⁷⁾. Com o que acabámos de dizer perde nitidez a distinção entre interpretação e integração de lacunas contratuais. Tradicionalmente estaríamos no

⁽²⁷⁵⁾ *Idem.*

⁽²⁷⁶⁾ *Idem.* Note-se, porém, que para Menezes Cordeiro estamos assim a fugir ao plano da autonomia privada.

⁽²⁷⁷⁾ Mota Pinto (*Teoria geral do direito civil*, 459) refere que o Código Civil “considera que a integração deve ser determinada para cada negócio e não, genericamente, para os vários tipos de negócios, como acontecia se mandasse colmatar as lacunas negociais pelo recurso aos usos, consagrando-se, assim, uma solução plenamente de acordo com a ideia de que o negócio jurídico é, em princípio, *lex privata* das partes”, embora reconheça que o juiz, “na atividade de reconstituição da vontade conjetural das partes, será muitas vezes remetido para as cláusulas usuais não desconformes com as restantes estipulações negociais”.

âmbito da interpretação quando nos ocupássemos de determinar o sentido das declarações de vontade das partes; passaríamos a estar diante de um problema de integração quando urgisse colmatar uma lacuna de regulamentação, ou seja, quando fosse necessário preencher um ponto omissos no contrato, sem o qual não se poderia dar execução às restantes disposições daquele. Vimos, porém, que a interpretação vai muito além da simples determinação de uma vontade psicológica dos declarantes. No processo interpretativo temos de referir o contrato no seu todo ao sistema globalmente considerado, de que ele faz parte, para verificarmos se ele viola ou não regras imperativas, se ele viola ou não os ditames da boa fé, que devem orientar os contraentes em toda a vida negocial. A interpretação traduz a compreensão da concreta juridicidade que foi criada pelas partes, pelo que será legítimo falarmos de interpretação até onde a intencionalidade do conteúdo contratual em análise o permitir. Verdadeiramente não existe uma diferença entre interpretação e integração, mas um *continuum* entre elas, dado que quando tradicionalmente se falava em integração o que se estava a fazer era a desenvolver os parâmetros estabelecidos pelo contrato, ou seja, a ir até onde a intencionalidade prática comunicada pelas partes nos permitia ir ⁽²⁷⁸⁾.

Vistas as coisas numa perspectiva mais prática teremos de continuar a concluir pelas dificuldades de distinção entre as duas realidades. A primeira pressuporá sempre a interpretação, porque a própria lacuna resulta da consideração do clausulado e do sistema normativo geral em que se inscreve aquele contrato. Por outro lado, a interpretação implica a integração. Quando nós interpretamos, isto é, quando procuramos uma vontade que objetivamente se manifesta através das declarações negociais, estamos já a considerar o contrato à luz dos ditames da boa fé. Pelo que poderemos ter de lançar mão de uma interpretação corretora, aquela de que falava Larenz. Uma interpretação em que se deve, com base no sentido do contrato concreto e do seu escopo, e tendo em conta os princípios conformadores de toda a ordem jurídica, proceder não a uma clarificação, mas a uma correção. E essa interpretação corretora pode tanto implicar uma redução do âmbito do contrato como uma complementação do mesmo. Donde se conclui, afinal, não ser esta se não a mesma realidade que a integração. Se ela implicar uma

⁽²⁷⁸⁾ Castanheira NEVES, *O actual problema*, 334.

ampliação do âmbito literal do clausulado, estamos a fazer operar o sistema normativo estabelecido pelas partes lá onde já não existe a expressa previsão destas; se ela implicar uma redução, teremos depois de lançar mão dos processos integrativos tradicionalmente postos ao nosso dispor ⁽²⁷⁹⁾.

Não poderemos, igualmente, deixar de ter em conta que a interpretação e integração do negócio devem ser vistos como um verdadeiro problema da realização do direito ⁽²⁸⁰⁾ e que as lacunas do contrato devem ser identificadas com o que tradicionalmente se designava por lacuna do sistema. De facto, os critérios facultados pelo artigo 239.º Código Civil só são atendíveis se o sistema a que referimos o todo contratual não nos facultar uma norma dispositiva que permita encontrar a solução para o conflito de interesses entre as partes.

Hodiernamente, porém, as mais recentes correntes metodológicas recusam a ideia de lacuna do sistema na medida em que este deve ser entendido como um sistema aberto. De facto, se assim é, não faz sentido falar de uma falha deste, de um caso que ele deveria abarcar e não abrange, exatamente porque o sistema se vai reconstituindo à medida que se resolvem os casos concretos, quer por mediação dos critérios predispostos por aquele para orientação do decidente, quer sem essa mediação ⁽²⁸¹⁾. Por outro lado, sabemos hoje que a interpretação de uma norma só é possível por referência ao caso que a mobiliza. Tradicionalmente, a interpretação era feita em abstrato

⁽²⁷⁹⁾ MENEZES CORDEIRO — *Da boa fé*, 1067 — diz-nos que em “nome do escopo propugnado podia-se reduzir o teor contratual, apurando uma lacuna oculta, correspondente à redução teleológica, de que se fala a propósito da interpretação da lei. Apresentada a lacuna, recorrer-se-ia à interpretação contratual complementadora.” Acrescenta, ainda, que “a menção à vontade das partes remete-nos para a vontade hipotética objetiva, isto é, uma ponderação objetiva das situações existentes, tendo em conta as declarações de base que as fundamentaram, pelo que o artigo 239.º vem desembocar numa interpretação complementadora”.

⁽²⁸⁰⁾ Nesse sentido veja-se Castanheira NEVES, *Questão de facto*, 345, onde podemos ler “trata-se de uma verdadeira aplicação do direito em que deixa de fazer sentido a distinção entre a interpretação e a posterior aplicação do direito. A interpretação fornece desde logo um quadro em que se define um tipo jurídico-negocial, em que se podem ver repelidos, no caso dos negócios inominados, ou assumido, no caso dos negócios nominados, os tipos de negócios jurídicos. Trata-se de uma unitária constituição da juridicidade concreta e material”.

⁽²⁸¹⁾ Sobre a dicotomia entre realização do direito por mediação da norma e sem mediação da norma, veja-se, por todos, Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 351 s.

pela consideração do jogo entre a letra e o espírito da norma. Entendia-se que a letra definia um círculo de sentidos possíveis para a norma, recorrendo-se depois aos elementos conformadores do espírito para decidir, entre aqueles sentidos, e sem nunca os ultrapassar, qual se adequava melhor à vontade do legislador histórico ou ao sentido que objetivamente tivesse sido incorporado pela letra da lei. No fundo, a letra comunicava um sentido pré-jurídico, na medida em que se pressupunha que as palavras teriam sempre o mesmo significado independentemente do contexto e que as expressões comuns, quando utilizadas em enunciados normativos, permaneceriam inalteradas, ao qual acresceria depois um sentido jurídico.

Porque os pressupostos de que partia a teoria positivista da interpretação eram inaceitáveis, ela acaba por perecer, salientando-se hoje que não é possível interpretar uma norma sem a sua referência ao caso concreto, no seu confronto problemático, pelo que toda a interpretação é afinal analogia ⁽²⁸²⁾. Estas considerações levam-nos a avançar a ideia de uma dialética que se estabelece entre o contrato que se quer interpretar e o sistema enquanto horizonte de emergência desse mesmo contrato. Na verdade, o contrato só pode ser compreendido e interpretado por referência ao sistema e este, na sua autossubsistência, nada nos transmite. Por outro lado, se a interpretação se faz por referência ao caso concreto, num pensamento de cariz analógico, isso significa que ela só estará verdadeiramente concluída no momento que tradicionalmente se entendia como sendo a aplicação da norma, pelo que verdadeiramente não se distingue a interpretação da integração de lacunas ⁽²⁸³⁾. E aqui encontramos um outro argumento que permite sustentar a posição por nós avançada no que respeita ao problema da integração das lacunas contratuais.

Na verdade, se concordamos que a interpretação da lei não se distingue da sua integração, se entendemos que a integração do contrato só faz sentido quando existe uma lacuna no sistema, e se entendemos que aquele só se pode interpretar por referência ao segundo não se distinguindo verdadeiramente do problema da interpretação da norma, o que nós estamos a fazer quando integramos o contrato é realizar o direito por mediação de um caso concreto numa daquelas situações em que não existe uma norma pré-disponibilizada pelo sistema para orientar a solução da questão *sub iudice*. Logo, o que

⁽²⁸²⁾ Castanheira NEVES, “Interpretação jurídica”, 337 s.

⁽²⁸³⁾ Castanheira NEVES, *Metodologia jurídica*, 144 s.

verdadeiramente está em causa é um problema normativo de interpretação ⁽²⁸⁴⁾. Olhando para o nosso problema na ótica de um jurista decidente, que, perante uma situação concreta suscitada por um contrato, tem de encontrar para ela uma solução, podemos concluir que o problema da integração das lacunas do contrato surge quando um juiz tem à sua frente um contrato que levanta um problema entre as partes, problema esse que não foi previsto por aquelas ou que, tendo sido, contraria normas imperativas ou os princípios do sistema jurídico. O que deve, nesse caso, fazer o juiz? Procurar uma norma dispositiva própria daquele tipo contratual, de um outro tipo contratual que se possa aplicar por analogia, ou uma norma do regime geral dos contratos, ou mais genericamente dos negócios jurídicos em geral. Se de todo essa norma não existir, deve, então, indagar qual a vontade conjectural das partes. No fundo, o que é que o juiz está a fazer? A realizar o direito por referência ao caso concreto. Perante este, ele mobiliza uma norma e interpreta-a de acordo com as especificidades daquele. Só que as suas peculiaridades só podem ser compreendidas se o remetermos ao sistema no horizonte do qual ele surge. O que quer dizer que para interpretarmos o contrato teremos de o referir necessariamente ao sistema. Donde confirmamos a posição por nós sustentada anteriormente, ao afirmarmos que o problema da interpretação do contrato extravasa o problema solucionado ao nível do artigo 236.º Código Civil. E se nessa atividade interpretativa o juiz chegar à conclusão de que existe uma lacuna na disciplina instituída pelas partes e que ela não pode ser preenchida com o recurso a uma norma dispositiva, então o que passa a estar em causa é a realização do direito sem a mediação de uma norma, que não difere

⁽²⁸⁴⁾ Mostrando uma posição antagónica à que explanamos em texto, cf. Ferreira de ALMEIDA, *Texto e enunciado*, 235 s. O autor considera que o contrato é um ato performativo, ou seja, um ato de linguagem que tem efeitos conformes ao seu significado. O fundamento da eficácia do negócio jurídico encontrar-se-ia exatamente neste pressuposto. O negócio vincula porque é um ato de linguagem, pelo que os seus efeitos jurídicos são gerados em conformidade com o significado do texto.

Para uma apreciação crítica da teoria da performatividade, cf. Carneiro da FRADA, *Teoria da confiança*, 71, nota 51. Também Oliveira Ascensão se mostra particularmente crítico relativamente a esta teoria — *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 100.

Abstemo-nos de quaisquer críticas na exata medida em que elas decorrem da globalidade da nossa exposição, sobretudo no que tange à impossibilidade de se compreender uma norma ou um ato jurídico enquanto ato de linguagem.

verdadeiramente daquele nível de realização do direito que estivemos a analisar até agora. Já não se mobiliza diretamente uma norma legal, mas mobiliza-se todo o sistema no mesmo pensamento de cariz analógico que caracteriza a matriz da racionalidade especificamente jurídica ⁽²⁸⁵⁾. Aceite a ideia segundo a qual não faz sentido distinguir a interpretação da integração do contrato deixamos de estar presos às estritas fronteiras em que o problema era colocado anteriormente ⁽²⁸⁶⁾. Afirmava-se tradicionalmente que só poderia operar a integração naqueles casos em que existisse uma lacuna na regulamentação contratual e fosse necessário recorrer a ela para dar execução ao restante conteúdo das declarações das partes, embora Rui de Alarcão ⁽²⁸⁷⁾, no anteprojeto do Código Civil, tenha entendido preferível deixar em aberto a questão de saber se para além destas situações é possível ter lugar a atividade integrativa. Afirmo o autor que cabe “ao intérprete decidir se, mesmo fora dele, deverá ter lugar” ⁽²⁸⁸⁾.

Não estamos, assim, presos à prévia identificação de uma lacuna contratual. Claro que a integração terá limites, os limites que nos são impostos pela concreta regulamentação contratual, até porque é ela o ponto de partida e a perspectiva que irá orientar a nossa actuação. Seguindo um exemplo dado por Mota Pinto ⁽²⁸⁹⁾, “se A vende a B 1000 toneladas

⁽²⁸⁵⁾ Sobre o problema ao nível da realização do direito, veja-se, para maiores desenvolvimentos que aqui não são possíveis, Castanheira Neves, obras citadas, e Pinto BRONZE, *A metodomologia entre a semelhança e a diferença — reflexão problematizante dos polos da radical matriz analógica do discurso jurídico*, Boletim da Faculdade de Direito, *Studia Iuridica*, 3, Coimbra Editora, Coimbra, 1994.

⁽²⁸⁶⁾ Afirmando, também, a superação da dicotomia entre a interpretação e a integração, cf. LARENZ, “Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1963, 737-741.

⁽²⁸⁷⁾ Rui de ALARCÃO, “Interpretação”, 339.

⁽²⁸⁸⁾ Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação jurídica*, 326, afirma que “a integração pode portanto ter lugar (...) adentro dum negócio jurídico validamente concluído e para o efeito de se estatuir de modo adequado sobre qualquer detalhe de regulamentação acerca do qual as partes não proveram. E como tal deve qualificar-se também o caso de as partes terem provido, mas em termos insanavelmente ambíguos ou contraditórios. Trata-se, portanto, de preencher lacunas contratuais do tipo daquelas que na teoria da integração das leis se chamam lacunas de colisão e lacunas de insuficiente regulamentação. Mas se o negócio é nulo, parcial ou totalmente, pode também integrar-se a respetiva declaração em ordem a dar-se validade àquilo que as partes teriam estipulado para tal emergência, se a tivessem previsto? Trata-se aqui do problema da redução e da conversão dos negócios jurídicos. A seu tempo se verá que ainda neste campo pode ter lugar a integração”.

⁽²⁸⁹⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do direito civil*, 462, nota 1.

de açúcar por um certo preço unitário, não pode agora pretender-se a entrega de 1500 ao mesmo preço por unidade, mesmo que se prove que no momento do contrato, *A* teria vendido e *B* teria comprado mais essas 500, se o ponto tem sido tratado”. Mas, o facto de concordarmos inteiramente com este exemplo não nos faz recuar até à posição diametralmente oposta daquela que estamos a querer defender. De facto, se afirmámos que a integração não se distingue verdadeiramente da interpretação, isso significa que em cada um destes casos estamos a desenvolver as potencialidades inerentes às declarações das partes, à luz do sistema, até onde a sua intencionalidade o permitir. E se estamos legitimados a ir até aos limites dessa intencionalidade não faz sentido dizer que só podemos recorrer aos mecanismos integrativos naquelas situações em que é evidente a existência de uma lacuna.

Esta parece-nos ser a única perspetiva compaginável com o modo de ser do contrato. Na verdade, vimos que o negócio jurídico é um instrumento de exercício da autonomia privada; que essa autonomia é a autonomia da pessoa e, como tal, é axiológica e materialmente conformada, pelo que só se tutelam manifestações de vontade eticamente valiosas; que, por encontrar na sua génese fundacional a autonomia pessoal e não individual, encontrará um vetor importante na confiança normativizadas pela boa-fé, o que justificará a remissão para o núcleo predicativo dos princípios normativos sustentadores do ordenamento jurídico ⁽²⁹⁰⁾.

A autonomia — porque entendida como autonomia da pessoa e não do indivíduo — não fica beliscada por via da interpretação complementadora, a aproximar-se do problema da integração das lacunas

⁽²⁹⁰⁾ Não concordamos, por isso, com CANARIS, “Grundrechte und Privatrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 1984, 216, que entende que a interpretação complementadora, pelo menos quando segue critérios generalizadores, implica o abandono do terreno da autonomia privada para o da heteronomia.

Sobre a questão de saber se com a superação da dicotomia entre interpretação e integração caminhamos paulatinamente para o domínio da heteronomia, cf., ainda, LARENZ, *Lebruch des Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, 365-366. Entende o autor que o conteúdo da relação negocial só em parte se determina pela vontade das partes, sendo, no restante, completada pela ordem jurídica, pelo que abrange também os efeitos não negociais. Acaba, porém, por, aderindo a uma teoria da transformação, admitir que no caso de contratos inválidos, os deveres de proteção passariam a ter uma fundamentação legal, constituindo-se uma relação legal de proteção. Trata-se de uma posição diversa da de Canaris, que defende uma relação unitária legal de proteção. Cf. Carneiro da FRADA, *Contrato*, 75, onde colhemos importantes referências bibliográficas, bem como relevantes referências ao pensamento de diversos autores.

contratuais. Mas, se isto é certo, e se podemos estabelecer um comprovado *continuum* entre a interpretação e a integração, não é menos seguro afirmar que haveremos de reconhecer uma diferença de grau entre a interpretação das declarações negociais e a interpretação complementadora. A este propósito, Menezes Cordeiro afirma que “a referência à tradicional integração do contrato como interpretação complementadora não deve ser entendida no sentido de se reduzir a integração à interpretação. Sem dúvida que ambas se inserem no domínio mais vasto da realização do direito. Simplesmente, enquanto a interpretação comum visa a vontade juridicamente relevante das partes, a interpretação complementadora tem a ver com a regulação objetiva do contrato” ⁽²⁹¹⁾. No fundo, o continuum a que nos referimos só pode operar a partir da delimitação estabelecida pela vontade das partes: embora a autonomia seja a autonomia da pessoa e não a do indivíduo, embora a vontade esteja enformada pelos princípios normativos, entre os quais avulta a ideia de confiança, a eficácia que a dimensão fundamentadora do ordenamento faz recair sobre a disciplina particular gizada pelas partes fica sempre balizada pelo que a vontade livre determinou. Daí os limites à própria integração a que nos referimos; e daí a importância de, num momento prévio, para se conhecer a regulação contratual que haveremos de referir ao sistema, discernirmos se haveremos de atender à vontade real do declarante ou ao sentido objetivamente incorporado pela declaração.

Ora, em consonância com o quadro mais amplo em que a problemática se estabelece — e que nos poderíamos ter deixado de referir — haveremos de considerar fundamental harmonizar a vontade com a confiança, atendendo a uma dimensão objetiva da vontade declarada, sem que, contudo — e como veremos — se deixem de considerar coordenadas subjetivas fundamentais.

5.2. A teoria da impressão do destinatário e os limites do artigo 236.º CC

O artigo 236.º/1 CC consagra a teoria da impressão do destinatário. De acordo com o preceito, e como referido anteriormente, a declaração tem o sentido que lhe teria atribuído um declaratário

⁽²⁹¹⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 770. Sobre a interpretação complementadora, *vide*, igualmente, LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 540 s.

normal, colocado na posição do real declaratório. Releva, portanto, o sentido que seria dado por uma pessoa medianamente sagaz, medianamente diligente, medianamente experiente em face dos termos da declaração e de todas as demais circunstâncias situadas no horizonte de referência do declaratório ⁽²⁹²⁾. Tem-se em conta, consoante explica Mota Pinto, aquilo que o declaratório conhecia e aquilo que ele deveria conhecer ⁽²⁹³⁾.

O sentido correspondente à impressão do destinatário, contudo, deve deixar de ser tido em conta se o declarante não puder razoavelmente contar com ele. A parte final do artigo 236.º/1 CC estabelece um limite à teoria da impressão do destinatário: exige-se, na verdade, que o sentido que lhe corresponde possa ser imputável ao declarante. Como explica Ferrer Correia, “o declarante responde pelo sentido que a outra parte quer atribuir à sua declaração, enquanto esse seja

⁽²⁹²⁾ O padrão é o do homem médio, do *bonus pater familias* — cf. Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, 311; Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 444; Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 727. Trata-se, porém, de um padrão oscilante, porque “a posição real conduz a diversos patamares de diligência: uma declaração dirigida a um banqueiro ou a uma seguradora, nos respetivos ramos de negócio, suscita um nível profissional especializado de análise, diverso do das declarações feitas com um sentido inverso; por essas instituições aos respetivos clientes” — Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 727/8.

⁽²⁹³⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 444 s. Veja-se, ainda, a este propósito Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 718 s., considerando diversos elementos que devem ser tidos em conta: a letra (clausulado), que é o ponto de partida para qualquer interpretação [o autor sustenta, a este ensejo, que as palavras têm aqui o sentido comum: as locuções técnicas podem ser utilizadas, quando ambas as partes estejam familiarizadas com elas; não sendo o caso, há que atribuir o sentido comum. Por outro lado, as partes podem usar terminologia jurídica e fazer qualificações, mas elas não são determinantes, nem condicionam o julgador — cf. p. 719 s.]; as declarações *per relationem*, elementos circundantes e negócios coligados [cf. p. 721 s.]; os antecedentes [podem ser tidos em conta elementos anteriores, como atas, anúncios, pareceres de peritos, outros contratos anteriormente concluídos, etc.]; o contexto e a prática negocial [p. 724 s.]; o fim do negócio [p. 725 s.]; elementos normativos.

Acerca das circunstâncias atendíveis para a interpretação dos negócios jurídicos, cf. Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 310 s., considerando os termos do negócio, os interesses em jogo, a finalidade prosseguida pelo declarante, as negociações prévias, as precedentes relações negociais entre as partes, os hábitos do declarante, os usos da prática, em matéria terminológica, ou de outra natureza que possa interessar, devendo prevalecer sobre os usos gerais ou especiais (próprios de certos meios ou profissões).

o sentido que ele próprio devia considerar acessível à compreensão dela” ⁽²⁹⁴⁾. A exigência de imputabilidade — como requisito para que um sentido não correspondente à vontade real possa ser atribuído à declaração — parece remontar ao pensamento de Larenz ⁽²⁹⁵⁾. Contudo, como o próprio autor reconhece, estamos perante uma limitação com um alcance reduzido, já que só muito raramente não será possível imputar ao declarante o sentido correspondente à impressão do destinatário, desde que aquele tivesse consciência de estar a emitir uma declaração negocial ⁽²⁹⁶⁾.

Também Menezes Cordeiro, entre nós, vinca, na esteira da mais recente doutrina alemã, que o “sentido (objetivo) da declaração é, fundamentalmente, imputável ao declarante, mesmo quando este não queira aquilo que acabou por dizer” ⁽²⁹⁷⁾, o que não significa que, em certas situações, não seja possível considerar que não é razoável imputar ao declarante o sentido normal da declaração. De acordo com a posição do insigne civilista, tal ocorre quando o declarante tenha usado fórmulas disponibilizadas pelo declaratário, como ocorre no setor segurador; naquelas hipóteses em que “o declarante faz uma proposta cuidadosa, perante o declaratário normal, mas que, contra quaisquer indícios, venha a cair nas mãos do declaratário real, que lhe dê um sentido inexcogitável”; naquelas circunstâncias em que, de imediato, se revelem erros óbvios ou a falta de consciência da declaração ⁽²⁹⁸⁾.

Não existindo coincidência entre o sentido correspondente à impressão do destinatário e um dos sentidos imputáveis ao declarante, *quid iuris*? Duas são, em abstrato, as respostas possíveis. Ou se considera

⁽²⁹⁴⁾ Ferrer CORREIA, *Erro e interpretação*, 200.

⁽²⁹⁵⁾ LARENZ, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*, 74. De acordo com o autor, o declarante ficaria vinculado pelo sentido que a contraparte pode e deve associar à declaração, mas desde que o próprio declarante pudesse contar com ela.

⁽²⁹⁶⁾ LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 540 s.

Sobre o ponto, cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 731, considerando o que no *Allgemeiner Teil* a fórmula de Larenz foi modificada, no sentido de ser favorável à imputação do declarante. Em vez de dizer que o declarante devia poder contar com o sentido da declaração, Larenz diz agora que o sentido tem de ser imputável àquele declarante.

⁽²⁹⁷⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 731.

⁽²⁹⁸⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 732. O autor revê, assim, a sua posição anterior — cf. *Tratado de direito civil português* I/I, 763, onde apenas considerava relevantes as hipóteses de erro evidente, incapacidade accidental ou falta de consciência da declaração.

que se deve dar relevância ao elemento subjetivo, interpretando-se o negócio de acordo com a vontade real do declarante; ou se considera o negócio inválido. Tendo em conta que a primeira solução pode afrontar a confiança digna de tutela do declaratário, parece-nos que a melhor posição é a que sustenta a invalidade do negócio ⁽²⁹⁹⁾.

O n.º 2 do artigo 236.º estabelece que, sempre que o declaratário conheça a vontade real do declarante, é de acordo com ela que vale a declaração. Trata-se do acolhimento, pelo legislador pátrio, da máxima *falsa demonstratio non nocet*.

A doutrina tem entendido que, numa hipótese como esta, não existe qualquer entorse à regra contida no n.º 1 do artigo 236.º CC. Nas palavras de Mota Pinto, “a vontade real, podendo não coincidir com o sentido objetivo normal, correspondeu à impressão real do destinatário concreto, seja qual for a causa da descoberta da real intenção do declarante. O sentido querido realmente pelo declarante releva, mesmo quando a formulação seja ambígua ou inexata, se o declarante conhecer esse sentido (...). Quer dizer, a ambiguidade objetiva, ou até a inexatidão, da expressão externa não impedem a relevância da vontade real, se o destinatário a conheceu” ⁽³⁰⁰⁾.

Menezes Cordeiro mostra-se mais cético em relação ao acerto da solução legal. Para o autor, “o declarante não pode adivinhar a vontade real do declarante. Se a conhece, uma de três: *a*) ou ela lhe foi transmitida pelo declarante e, nessa altura, temos uma segunda declaração de vontade, que é a relevante; *b*) ou a declaração esconde, na realidade, um sentido não aparente ou inabitual, conhecido pelo declaratário; *c*) ou houve alguma inconfidência e o declaratário soube, por terceiros ou por caminhos desviados, quais as verdadeiras intenções do declarante” ⁽³⁰¹⁾.

Para o autor, uma vontade real puramente interior não serve para fundar um negócio jurídico, até porque seria indemonstrável. Nessa medida, o artigo 236.º/2 deve ser interpretado de acordo com a sua inserção sistemática na globalidade do preceito, de tal modo que

⁽²⁹⁹⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 445.

⁽³⁰⁰⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 445.

Veja-se, ainda, Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 312, considerando que se o declaratário, por acaso ou por engano, interpretar mal a declaração e vier a acertar com a vontade real do declarante, é de acordo com essa que a declaração vale, por se considerar sanado o erro.

⁽³⁰¹⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 735.

“dentro dessa mesma declaração, com preterição do sentido normal, vale o que corresponda à vontade real do declarante, nas condições indicadas”. Dito de outro modo, mas continuando a acompanhar as palavras do autor, “a vontade real resulta da declaração, mas não é perceptível pelo declaratório normal: apenas por aquele que conheça a intenção efetiva do declarante” ⁽³⁰²⁾.

Tal como o autor, entendemos não existir aqui qualquer desvio no sentido do subjetivismo. A vontade real releva, porque, sendo conhecida pelo declaratório real, passa a ser a que deve ser compreendida pelo declaratório normal colocado na sua posição.

Contudo, Menezes Cordeiro vai mais longe e alerta-nos para um dado importante: exige-se uma concordância do declaratório relativamente à vontade real do declarante. Como o autor explicita, “no limite, este pode fazer uma declaração que o declaratório saiba não corresponder à vontade real (v. g. vende uma bicicleta quando queria vender um automóvel). Todavia, com dolo ou sem ele, pode declarar aceitar o declarado: compro a bicicleta” ⁽³⁰³⁾. De acordo com o entendimento do autor, não há como “convolar o negócio para a venda do automóvel: algo que não esteve em cima da mesa e relativamente ao qual não houve qualquer consenso”. Não bastaria o conhecimento da vontade real, mas sim de uma vontade real concordante.

Salvo o devido respeito, não cremos que o problema deva ser equacionado nestes termos. Na verdade, ao conhecer a vontade real do declarante, o declaratório dá o seu assentimento tendo-a por base. Desaparece, portanto, qualquer dissenso. E, se, conhecendo a vontade real, pretende prevalecer-se da vontade declarada e do sentido da impressão do destinatário, enganando o declarante, quanto à sua aceitação, poderemos estar diante de um problema de índole diversa a resolver em sede de falta e vícios da vontade. Só em situações extremas se poderia, a este nível, falar de dissenso, impeditivo da formação do negócio jurídico.

5.3. Os casos duvidosos

O artigo 237.º CC dispõe que, “em caso de dúvida sobre o sentido da declaração, prevalece, nos negócios gratuitos, o menos gravoso para o disponente e, nos onerosos, o que conduzir ao maior equilíbrio das

⁽³⁰²⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 735.

⁽³⁰³⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 735.

prestações”. O preceito vem oferecer um critério de solução do problema interpretativo para aquelas hipóteses em que não é possível, não obstante a aplicação das regras contidas no artigo 236.º CC, eliminar todas as dúvidas quanto ao sentido relevante do negócio. Fá-lo com apelo ao princípio do equilíbrio das prestações, procurando introduzir o maior equilíbrio possível.

A solução, que vem já do Código de Seabra, motiva dois comentários da nossa parte.

Por um lado, evidencia que a interpretação das declarações negociais não pode ser compreendida sem a sua recondução ao sistema jurídico e aos princípios fundamentais. A descoberta da vontade — declarada e objetivamente correspondente ao sentido da impressão do destinatário — funciona como um primeiro patamar interpretativo, que nos oferece, afinal, o desenho do que as partes pretenderam obter por via da vinculatividade negocial. Sempre que esse desenho não seja consistente, ou porque choque com os ditos princípios normativos ou outras soluções imperativas, ou porque impercetível, é possível chamar à colação, com mais intensidade, a normatividade geral que com a normatividade especial gizada pelas partes dialoga.

No que respeita a este princípio do equilíbrio das prestações, haveremos, contudo, de relembrar que ele não impõe, na determinação da comutatividade do ato, uma perfeita equivalência aferida em termos objetivos, mas tão só subjetivos. Do mesmo modo, o ordenamento jurídico admite a celebração de negócios desvantajosos para uma das partes, com o fito de criar um enriquecimento à contraparte. Assim sendo, a chamada à colação deste princípio, ao nível do artigo 237.º CC, não visa impor o referido equilíbrio em geral. Trata-se, unicamente, de fazer intervir uma ideia de justiça, sempre que não se consigam eliminar todas as dúvidas interpretativas ⁽³⁰⁴⁾.

Naquelas hipóteses em que, ainda que com aplicação deste critério, não seja possível eliminar todas as dúvidas, não se conseguindo determinar o sentido negocialmente relevante, correspondente à impressão do destinatário, o negócio deve ser considerado nulo, por indeterminabilidade, nos termos do artigo 280.º CC ⁽³⁰⁵⁾.

⁽³⁰⁴⁾ Cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 743, considerando que, de outro modo, haveria um atentado à autonomia das partes.

⁽³⁰⁵⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 742.

5.4. Os desvios à teoria da impressão do destinatário

5.4.1. No sentido de um maior objetivismo

O artigo 238.º CC dispõe que, “nos negócios formais, não pode a declaração valer com um sentido que não tenha um mínimo de correspondência no texto do respetivo documento, ainda que imperfeitamente expresso”, acrescentando o n.º 2 que “esse sentido pode, todavia, valer, se corresponder à vontade real das partes e as razões determinantes da forma do negócio se não opuserem a essa validade”.

O preceito estabelece, deste modo, regras próprias no tocante à interpretação dos negócios formais ou solenes. É exatamente em nome dessa solenidade que se impõe que o sentido da impressão do destinatário tenha sempre um mínimo de correspondência no texto do documento que formaliza o negócio.

Em última instância, estamos perante um problema atinente à forma dos negócios. Ao compreendemos isto, entendemos também a solução legal. Se o legislador exige uma determinada forma para a celebração de um certo negócio, não poderia admitir que as partes se exprimissem usando um código de linguagem diferente daquele que se inscreve no documento. De outro modo, encontrar-se-ia um expediente para se contornar a imposição legal ⁽³⁰⁶⁾.

Assim sendo, caso não seja possível discernir qualquer correspondência entre o sentido da impressão do destinatário e o texto do documento que formaliza o negócio, este deve ser considerado nulo, por vício de forma ⁽³⁰⁷⁾.

É, portanto, também na relação com a questão da forma que deve ser compreendido o problema da interpretação dos negócios jurídicos quando as partes hajam estabelecido uma forma convencional.

5.4.2. No sentido de um maior subjetivismo: o caso dos testamentos

O artigo 2187.º/1 CC dispõe que, “na interpretação das disposições testamentárias observar-se-á o que parecer mais ajustado com

⁽³⁰⁶⁾ Em sentido próximo, Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 752.

⁽³⁰⁷⁾ A solução já havia sido defendida por Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, 315 s. Veja-se, ainda, Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 449.

a vontade do testador, conforme o contexto do testamento”. O n.º 2 vem admitir a prova complementar ⁽³⁰⁸⁾, embora ela tenha de ter, em homenagem à natureza formal do testamento, no contexto deste um mínimo de correspondência, ainda que imperfeitamente expressa ⁽³⁰⁹⁾.

A solução justifica-se em face da natureza *mortis causa* do negócio em questão. Estamos, na verdade, diante de um negócio fora do comércio jurídico, relativamente que não gera expectativas dignas de tutela. Retrai-se a confiança a este nível. Por outro lado, estamos diante de um negócio que produzirá efeitos depois da morte do testador, justificando-se que, dentro do possível, se tente preservar a sua vontade.

⁽³⁰⁸⁾ Sobre o ponto, com amplo desenvolvimento, Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 451, considerando que estamos a falar de qualquer elemento ou circunstância estranha aos termos do testamento, fundadas em qualquer meio de prova admitidos geralmente.

Veja-se, igualmente, Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, 316 s.

⁽³⁰⁹⁾ Cf. Manuel de Andrade, “Interpretação duma cláusula testamentária e algumas considerações gerais sobre a teoria da interpretação dos testamentos. Acórdão da Relação de Coimbra de 5 de Junho de 1951”, *Boletim da Faculdade de Direito* 27, 1951, 279-323. Para o autor, o testamento valerá com o sentido subjetivo das palavras que nele se contiverem, ainda que seja um sentido anómalo ou extravagante, e não de acordo com os usos. Manuel de Andrade sublinhou, também, que não se deveria, nessa tarefa interpretativa, atender a cada uma das cláusulas, mas ao testamento com um todo. Assim, Manuel de Andrade veio aderir, numa lição que chegou até aos nossos dias, no tocante à possibilidade de reconstituição da vontade do testador com recurso a prova extrínseca, à solução afirmativa, arredando o primeiro posicionamento que se cingia ao conteúdo do documento testamentário. Não o fez, contudo, sem alertar para o facto de não se dever reconhecer valor hermenêutico à vontade real do testador quando esta não tenha qualquer exteriorização objetiva nos termos do testamento, isto é, quando não se encontre denunciada ou refletida nas possíveis significações objetivas do contexto do testamento. Esta posição, que não era absolutamente inovadora, foi defendida pelo autor que, não obstante, lhe introduziu algumas limitações (legitimidade da prova extrínseca nos casos de ambiguidade da declaração testamentária e nos limites dessa ambiguidade; limitação quando no contexto do testamento haja indícios de que o testador ligou aos termos do testamento uma significação esotérica; e quando não seja possível executar a disposição testamentária de acordo com o seu sentido objetivo), e anos mais tarde haveria de ser consagrada no Código Civil de 1966.

Para uma apreciação crítica, que aqui damos por reproduzida, cf. A. Pinto MONTEIRO/Paulo Mota PINTO/Mafalda Miranda BARBOSA, “A teoria geral do direito civil nos cem anos do Boletim da Faculdade de Direito”, 246 s.

5.5. As cláusulas de interpretação do negócio jurídico

A este propósito importa considerar um outro problema: podem ou não as partes dispor acerca da interpretação do negócio jurídico no próprio negócio jurídico ⁽³¹⁰⁾?

Surgindo por força do poder de conformação do conteúdo dos contratos que é reconhecido às partes, as cláusulas que dispõem sobre o modo como deve ser interpretado o negócio podem apresentar um figurino muito diversificado ⁽³¹¹⁾.

Desde logo, podemos estar diante de uma *cláusula substantiva de interpretação contratual*, nas quais se incluem as cláusulas definitórias e as cláusulas de articulação contratual. Através das primeiras, as partes completam alguns aspetos do contrato, através da inclusão de definições; já por meio das segundas procuram solucionar eventuais conflitos que possam surgir pela necessária articulação entre diversos clausulados, no seio de complexos contratuais. Em rigor, não se dispõe, em nenhuma destas estipulações, acerca do modo como deve ser interpretado o contrato, mas estabelecem-se regras que integram o seu conteúdo, razão pela qual não se suscitam especiais problemas a este propósito. Como esclarece José Ferreira Gomes, “neste tipo de cláusulas, em rigor, as partes não estão a regular a interpretação do contrato que há de ocorrer após a sua celebração, mas a completar a regulação contratual através de múltiplas declarações”, pelo que, “perante estas cláusulas, o intérprete aplicador é chamado a determinar o sentido que um declaratório normal pode deduzir do contrato como um todo, articulando a cláusula introdutória dita de interpretação com outras ao longo do contrato” ⁽³¹²⁾. A menor problematicidade que envolvem justifica a ausência de um tratamento autónomo.

Podemos, ainda, confrontar-nos com *cláusulas de modificação do critério interpretativo*. Estas podem prescrever cânones hermenêuticos, ou consagrando *ex contractu* uma interpretação mais subjetivista, remetendo, por exemplo, o sentido decisivo das declarações

⁽³¹⁰⁾ Formulando o mesmo problema, em termos gerais, embora orientado pelos contratos de M&A, cf. José Ferreira GOMES, *M&A — Aquisição de empresas e de participações sociais*, AAFDL Editora, 2022, 321.

⁽³¹¹⁾ Para uma sistematização dos diversos tipos de cláusulas com que nos podemos confrontar, veja-se José Ferreira GOMES, *M&A*, 322 s.

⁽³¹²⁾ José Ferreira GOMES, *M&A*, 323.

para a decisão de uma das partes ou para um terceiro que ela eleja; ou consagrando uma interpretação mais objetivista; ou consagrando uma diversa repartição do risco a que seríamos conduzidos por força do artigo 237.º CC; ou estabelecendo regras no tocante aos elementos de que se pode lançar mão para reconstituir o sentido correspondente à impressão do destinatário.

Neste último caso, inserem-se as chamadas cláusulas de acordo integral — *entire agreement clauses*, *merger clauses*, *whole agreement clauses*, *integration clauses*, pelas quais as partes declaram que o contrato reflete o acordo integral das partes, correspondendo à sua vontade, de tal modo que afasta qualquer acordo anterior, seja ele verbal ou seja ele escrito ⁽³¹³⁾.

O acordo das partes integraria, segundo os autores, a *parol evidence rule* ⁽³¹⁴⁾, nos termos da qual, havendo um acordo escrito, não é possível recorrer a provas extrínsecas (*extrinsic evidence*) para contradizer ou complementar os seus termos. Nas palavras de José Ferreira Gomes, “o acordo celebrado por documento escrito incorpora o consenso final das partes, pelo que não pode ser modificado por acordos anteriores, simultâneos ou posteriores que alterem, aditem ou contraditem tal documento escrito” ⁽³¹⁵⁾.

Segundo esta regra, muito comum na *Common Law*, qualquer acordo feito à margem do contrato não pode ser apresentado como prova em tribunal, a menos que haja evidência de dolo, coação ou erro bilateral. Inclui-se na proibição de prova a alegação de quaisquer acordos verbais anteriores ou contemporâneos, bem como de

⁽³¹³⁾ Um exemplo destas cláusulas, cada vez mais típicas em certos tipos negociais: “Este contrato reflete o acordo e entendimento integrais das partes sobre o negócio ora celebrado, substituindo, em relação aos signatários, qualquer outro entendimento anterior, seja verbal, seja escrito”.

⁽³¹⁴⁾ José Ferreira GOMES, *M&A*, 325. Sobre elas, veja-se, igualmente, Francesco CASTRONOVO, *Autonomia Contrattuale e Disponibilità dell’Integrazione. La merger clause dal diritto americano a quello italiano*, Giappichelli, Torino, 2017, 81 s.

⁽³¹⁵⁾ José Ferreira GOMES, *M&A*, 325. De acordo com o autor, esta regra seria muito similar à chamada *four corners rule*, “de acordo com a qual, na interpretação do contrato celebrado por escrito, o Tribunal (i) deve atender a todo o documento e não apenas a uma das suas partes, e (ii) só pode atender ao documento e não a quaisquer elementos exteriores ao mesmo, para interpretar conceitos que não sejam ambíguos”.

Veja-se, ainda, designada *plain meaning rule*, que impede o interprete de recorrer a elementos externos ao texto para determinar o seu sentido, quando o acordo seja inequívoco.

acordos verbais anteriores e contemporâneos, que contradigam os termos do contrato, que se pretendia que fosse *completely* ou *partially integrated* ⁽³¹⁶⁾. Na verdade, o *Uniform Commercial Code*, no § 2-202, dispõe que um documento que formalize o acordo das partes não pode ser contrariado por provas exteriores, quer seja um acordo anterior, quer seja um acordo oral contemporâneo.

A distinção entre os *integrated contracts* e os *unintegrated contracts* afigura-se, portanto, fundamental para a ponderação judicativa acerca da admissibilidade ou não do recurso a prova extrínseca ao documento do acordo. Se estivermos diante de um *integrated contract*, não é possível apresentar prova oral a contradizer o documento. Num segundo momento, haveremos de determinar se o contrato é *completely integrated*, isto é, se ele é expressão plena do acordo das partes, porque, se for, não é viável prova oral a contraditá-lo. Não é, porém, isenta de dificuldade a qualificação do contrato como *integrated* ou *unintegrated*, propondo-se diversos critérios de distinção ao nível jurisprudencial. Não obstante, o *Restatement (Second) of Contracts* determina que a prova extrínseca, incluindo as negociações, deve ser considerada para concluir se as partes pretendiam ou não que o escrito correspondesse a uma declaração final e completa acerca da modelação contratual. Já no Reino Unido, vigora uma presunção ilidível de que a intenção das partes é que o documento escrito inclua todos os termos do contrato ⁽³¹⁷⁾.

Admitem-se, porém, exceções à *parol evidence rule*, designadamente a *collateral contract exception*. Para que o *collateral contract* seja admitido o acordo extrínseco não deve ser independente do acordo original; não deve contradizer as disposições expressas ou implícitas daquele; e o acordo complementar deve ser um daqueles que as partes previsivelmente não teria incluído no acordo escrito.

Se por meio destas regras se proíbe a prova oral para contradizer ou complementar o acordo escrito, nem por isso se bloqueia que se recorra a elementos extrínsecos para fim de interpretação dos

⁽³¹⁶⁾ “Parol evidence rule”, *Cornell Law School*, 2022

⁽³¹⁷⁾ Cf. Parecer n.º 3 do CISG-AC sobre a Regra de Exclusão de Prova Oral e Prévia (*Parol Evidence Rule*), a Regra do Significado Comum (*Plain Meaning Rule*), a Cláusula de Integração Contratual (*Contractual Merger Clause*) e a CISG, 23 de outubro de 2004. Relator: Prof. Richard Hyland, Faculdade de Direito de Rutgers, Camden, Nova Jersey, EUA. Adotado pelo CISG-AC na sua 7.^a reunião realizada em Madrid, sem divergência, 5

exatos termos do contrato. Para o travar, é chamada à colação uma segunda regra — *plain meaning rule*, de acordo com a qual se exclui a prova extrínseca, incluindo a prova dos termos das negociações, para fins de interpretação, a não ser em casos excepcionais de ambiguidade. Segundo a *ambiguity exception*, admite-se a prova oral se a linguagem do contrato for considerada ambígua, de acordo com as regras da interpretação.

Como bem se compreenderá, as questões patenteadas por cada uma das cláusulas a que fizemos referência não são as mesmas. Em rigor, eles nem se situam no mesmo nível de problematicidade. Enquanto as puras *cláusulas de modificação do critério interpretativo* nos levam a indagar a natureza imperativa ou não das regras em matéria de interpretação do contrato; as *cláusulas de acordo integral*, tendo consequências evidentes ao nível do sentido firmado para o acordo, podem ser perspectivadas sob o prisma da prova da vontade das partes assimilada no próprio contrato. Nessa medida, a sua validade deve ser questionada de forma autonomizada.

A grande questão que se coloca a propósito das cláusulas modificativas do critério interpretativo (em sentido estrito) é a de saber se é ou não possível afastar o critério interpretativo contido nos artigos 236.º e seguintes CC, estabelecendo uma solução num sentido mais objetivista ou mais subjetivista por vontade das partes.

Se adequadamente consideramos que o que se pretende encontrar com a interpretação do contrato é o sentido regulativo que se pode extrair das declarações negociais, o qual corresponde a uma específica distribuição de risco entre as partes, então estas podem, através da definição do sentido correspondente às respetivas declarações, desviar-se das regras estabelecidas pelo legislador, ao abrigo da sua autonomia privada ⁽³¹⁸⁾. Percebe-se que assim seja, pois, se o contrato é,

⁽³¹⁸⁾ No sentido de afirmar que as normas relativas à interpretação são dispositivas, cf. Rui Pinto DUARTE, *A interpretação dos contratos*, Almedina, Coimbra, 2017, 16 s.; Catarina Monteiro PIRES, “Cláusulas de acordo integral e cláusulas de solução única ou de remédio único”, *A tutela dos credores*, UCP Editora, 2020, 67 s., em especial 74 s. Na doutrina estrangeira, cf. Mark Andre CZARNECKI, *Vertragsauslegung und Vertragsverhandlungen. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2016, 229 s. Refira-se, a este propósito, que a regra contida no §133 BGB se distancia da regra consagrada no artigo 236.º CC em matéria de interpretação: de acordo com a norma alemã, com a interpretação deve procurar-se a vontade real, sem se atender ao sentido literal da expressão. Apesar disso, o subjetivismo surge mitigado, uma vez que a determinação da

por definição, um instrumento privilegiado da autonomia do sujeito, por que motivo não poderiam as partes conformar o modo como ele deve ser interpretado, vinculando-se a um determinado sentido juridicamente relevante? Aliás, as partes podem, ao abrigo da sua liberdade declarativa, decidir submeter o contrato a uma forma que não era exigida pelo legislador, impondo, assim, um desvio à regra geral em matéria de interpretação, no sentido de um maior objetivismo.

Contudo, porque o problema da interpretação do contrato não pode deixar de ser visto como um problema normativo, importa

vontade é feita tendo em conta o horizonte de referência do declaratório à luz da boa fé e das regras do tráfego jurídico.

A questão da interpretação das declarações negociais parece também ser divergente no quadro do ordenamento jurídico brasileiro. Nos termos do artigo 113.º CC brasileiro, os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. Além disso, nos termos do § 1 (introduzido pela Lei n.º 13.874, de 2019), a interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que (i) for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; (ii) corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; (iii) corresponder à boa-fé; (iv) for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e (v) corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade económica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. Parece haver um desvio em relação ao objetivismo. Mas, apesar de a solução se mostrar aparentemente contrária àquela que é consagrada no quadro do ordenamento jurídico português, a interpretação atende mais à intenção contida nas declarações negociais do que ao sentido literal da linguagem (artigo 112.º). A clivagem relativamente ao ordenamento jurídico português é, pois, pouco abrupta, dado que a intenção é relevante na medida em que surja consubstanciada nas declarações negociais e, no ordenamento jurídico português, a reconstituição do sentido correspondente à impressão do destinatário tem em conta elementos vários para além do elemento literal. Não obstante, o § 2 do artigo 113.º dispõe que “as partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei”, o que significa que, apesar do tendencial objetivismo a que somos conduzidos, as normas em questão são claramente dispositivas. Uma última nota para sublinhar que a formulação legal dos artigos 112.º e 113.º CC brasileiro mostram claramente que o problema da interpretação ultrapassa a questão hermenêutica da fixação de um sentido das declarações negociais. Sobre o artigo 113.º CC brasileiro, cf. Judith MARTINS-COSTA, *A boa fé no direito privado. Critérios para a sua aplicação*, 2.ª edição, Saraiva, São Paulo, 2018, 436 s., considerando, antes da Lei da Liberdade Económica de 2019, que alterou quanto ao ponto o Código Civil, que a norma não fica dependente da escolha do intérprete, devendo ser respeitada, isto é, vincando a sua indisponibilidade.

estabelecer alguns limites a esta possibilidade de conformação interpretativa. Desde logo, há a considerar as regras que, porque directamente relacionadas com a questão da forma do contrato, têm natureza imperativa, como a que resulta do artigo 238.º CC. Por outro lado, não será possível atender às regras interpretativas estabelecidas pelas partes se, com elas, se chegar a um resultado que atente directamente contra a boa fé ou outros princípios normativos. Rejeita-se, também, a sua eficácia quando “os vetores sistemáticos em presença no concreto tipo negocial assim o determinem”, como acontece com os contratos que regulam as relações de um círculo indeterminado de visados ⁽³¹⁹⁾. Por último, haveremos de considerar que, em determinados domínios de negociação, por imperiosas necessidades de tutela da parte contratualmente mais frágil, não será possível afastar a regra legal. Pense-se, designadamente, no critério contido no artigo 11.º DL n.º 446/85, sempre que em causa estejam contratos celebrados com recurso a cláusulas contratuais gerais.

A ponderação acerca das cláusulas de acordo integral terá de ser diferente, porque, em rigor, não dispõem directamente acerca dos critérios interpretativos, modificando-os. Podem, no entanto, interferir com os resultados interpretativos ao restringirem o objeto a interpretar ao acordo firmado entre as partes, sem consideração de acordos (escritos ou não) anteriores. Além disso, acabam por condicionar, pela limitação dos elementos a ter em conta, a reconstrução do sentido correspondente à impressão do destinatário.

A sua (pretensa) eficácia pode, assim, compreender-se num duplo sentido.

Estando em causa um negócio formal, a cláusula de acordo integral afasta a possibilidade de se relevarem as estipulações acessórias anteriores ou contemporâneas da celebração do negócio, obstando à aplicação da solução contida no artigo 221.º CC.

Como vimos anteriormente, o artigo 221.º CC dispõe, no seu n.º 1, que “as estipulações acessórias anteriores ao documento legalmente exigido para a declaração negocial, ou contemporâneas dele, são nulas, salvo quando a razão determinante da forma lhes não seja aplicável e se prove que correspondem à vontade do autor da declaração”. O n.º 2 do citado preceito determina que “as estipulações

⁽³¹⁹⁾ Quanto a esta última limitação, cf. José Ferreira GOMES, *M&A*, 330.

posteriores ao documento só estão sujeitas à forma legal prescrita para a declaração se as razões da exigência especial da lei lhe forem aplicáveis”. O preceito vem dar resposta a um problema importante para o qual a doutrina despertou há longo tempo. Imagine-se, na verdade, que António vendeu a Bernardo um prédio urbano por 50 000 euros, tendo combinado entre si, antes da outorga da escritura pública, que o pagamento seria efetuado em duas prestações. Contudo, as condições de pagamento não ficaram exaradas no documento, colocando-se a questão de saber se este acordo será ou não válido. O artigo 221.º/1 CC oferece-nos, como vimos, a resposta a esta questão. Para que uma estipulação como esta seja válida, é necessário que se verifiquem determinados requisitos. Em primeiro lugar, temos de estar diante de cláusulas acessórias, que completem o núcleo do acordo das partes e não o contradigam; em segundo lugar, elas não podem estar abrangidas pelas razões que determinaram a exigência de forma, para o que será essencial ter em conta os diversos fundamentos e finalidades do formalismo e perceber, em concreto, por referência ao específico negócio celebrado, qual ou quais as razões que procedem; em terceiro lugar, tem que se provar que correspondem à vontade das partes. No tocante a este último requisito, haveremos de ter em conta as limitações de prova a que somos conduzidos pelo artigo 394.º CC: afastada que seja a prova por testemunhas, só será possível provar a estipulação acessória por confissão ou por documento, ainda que menos solene do que o exigido legalmente ⁽³²⁰⁾. No que respeita às estipulações acessórias posteriores — pactos modificativos e pactos abolutivos — serão válidos, se as razões determinativas da forma se não lhes aplicar. Como bem se compreenderá, a cláusula de acordo integral funciona, neste âmbito, como uma prova de que a vontade das partes se opõe à validade das estipulações acessórias. Nessa medida, parece-nos que nenhum obstáculo se deve colocar à sua validade. Já no tocante às estipulações posteriores, haveremos de considerar que elas não relevam para efeitos de interpretação.

O mesmo se poderá dizer quando a forma do negócio seja voluntária. Nesse caso, nos termos do artigo 222.º CC, as estipulações verbais acessórias e contemporâneas são válidas quando se mostre que correspondem à vontade do declarante e a lei as não sujeite à forma

⁽³²⁰⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 431 s.

escrita. No fundo, com a cláusula do acordo integral, as partes oferecem, *a priori*, a prova de que não equivalem àquela vontade.

Os problemas agravam-se numa outra perspectiva, a interpretativa. De facto, a redução do objeto a interpretar implica, igualmente, a desconsideração de elementos relevantes na reconstituição do sentido correspondente à impressão do destinatário, já que para a sua descoberta concorrem diversos aspetos: a letra (clausulado), as declarações *per relationem*, os elementos circundantes, os negócios coligados, os antecedentes, o contexto e a prática negocial, o fim do negócio e elementos normativos ⁽³²¹⁾. Nessa medida, a própria interpretação acaba por poder ser condicionada. Não estaria em causa a *parol evidence rule*, mas a *plain meaning rule*.

Os argumentos aduzidos a propósito das cláusulas de modificação das regras interpretativas parecem ser bastantes para sustentar a sua validade. Aliás, o declarante tem sempre a possibilidade de, através de uma declaração de protesto e de reserva, esclarecer o sentido que pretende (ou não pretende) dar à sua declaração. Com as ditas cláusulas, mais não se faz do que esclarecer o sentido relevante das declarações e da distribuição do risco que a partir delas avulta. Mas isso não significa, como também ficou explícito, que, em certas situações, a consideração dos elementos externos ao documento não deva ser ponderada, tendo em conta as exigências constitutivas da boa-fé ⁽³²²⁾.

Note-se, porém, que é às regras interpretativas consagradas no Código Civil que se deve recorrer para determinar qual o âmbito e intencionalidade da cláusula concretamente em causa, isto é, se ela apenas pretende vedar a prova extrínseca para contrariar ou complementar o teor do documento escrito ou se pretende, também, afastar a possibilidade de com base em elementos extrínsecos ao texto se reconstituir o sentido correspondente à impressão do destinatário. Sublinhe-se, ainda, que a eficácia da cláusula — a ser admitida — depõe no sentido de um maior objetivismo, não estando em causa o eventual recurso a prova complementar para indagar acerca da vontade real do declarante.

O problema da validade das cláusulas de acordo integral tem, porém, sido colocado com especial intensidade a propósito dos contratos de

⁽³²¹⁾ Cf. *supra* o que se disse quanto a este ponto.

⁽³²²⁾ José Ferreira GOMES, *M&A*, 329, considerando que tal ocorre especialmente sempre que as circunstâncias do caso coloquem o problema para lá da margem de risco prevista pelas partes.

compra e venda de mercadorias internacionais, no quadro de relevância da Convenção de Viena (CISG) ⁽³²³⁾, já que esta inclui normas relativas à interpretação de contratos de compra e venda internacional, dispondo-se, no artigo 8.º, que, “para determinar a intenção de uma parte ou aquilo que teria compreendido uma pessoa razoável, devem ter-se em conta todas as circunstâncias pertinentes, nomeadamente as negociações que possa ter havido entre as partes, as práticas que se tenham estabelecido entre elas, os usos e todo e qualquer comportamento ulterior das partes”; e estabelecendo-se, no artigo 11.º, que o contrato pode ser provado por qualquer meio, incluindo a prova testemunhal.

A posição dos autores não é unânime quanto à eventual validade destas cláusulas quando inseridas em contratos regulados pela CISG. O certo, porém, é que, sob o domínio da Convenção de Viena, o objetivo é conhecer a real intenção das partes, o que significa que, em princípio, mesmo que o escrito seja inequívoco se deve admitir o recurso à prova extrínseca. Se tivermos em conta a (pretensa) dupla eficácia da cláusula de acordo integral — proibição da prova complementar para contradizer os termos do acordo; e proibição do recurso à prova extrínseca para efeitos de fixação do sentido do contrato — somos forçados a concluir que eles se opõem ao disposto nos artigos 11.º e 8.º da Convenção, respetivamente ⁽³²⁴⁾. Nessa medida, as cláusulas seriam ineficazes ⁽³²⁵⁾. Segundo outros entendimentos ⁽³²⁶⁾, a CISG não afasta a prova extrínseca, mas deve admitir-se que a cláusula possa ter essa eficácia, tudo dependendo da própria interpretação que, à luz do artigo 8.º, a que se chegasse.

⁽³²³⁾ Sobre o ponto, cf. Parecer n.º 3 do CISG-AC sobre a Regra de Exclusão de Prova Oral e Prévia (*Parol Evidence Rule*), a Regra do Significado Comum (*Plain Meaning Rule*), a Cláusula de Integração Contratual (*Contractual Merger Clause*) e a CISG, 23 de outubro de 2004. Relator: Prof. Richard Hyland, Faculdade de Direito de Rutgers, Camden, Nova Jersey, EUA. Adotado pelo CISG-AC na sua 7.ª reunião realizada em Madrid, sem divergência.

⁽³²⁴⁾ Parecer n.º 3 do CISG-AC sobre a Regra de Exclusão de Prova Oral e Prévia (*Parol Evidence Rule*), a Regra do Significado Comum (*Plain Meaning Rule*), a Cláusula de Integração Contratual (*Contractual Merger Clause*) e a CISG, 23 de outubro de 2004, 9.

⁽³²⁵⁾ Cf. Alberto ZUPPI, *UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CIGS)*, art. 8.º, apud José Ferreira GOMES, *M&A*, 327.

⁽³²⁶⁾ Parecer n.º 3 do CISG-AC sobre a Regra de Exclusão de Prova Oral e Prévia (*Parol Evidence Rule*), a Regra do Significado Comum (*Plain Meaning Rule*), a Cláusula de Integração Contratual (*Contractual Merger Clause*) e a CISG, 23 de outubro de 2004, 10.

A outros níveis somos confrontados com regras relevantes a este propósito. O artigo 2:105 PECL (*Principles of European Contract Law*) ⁽³²⁷⁾, sob a epígrafe *merge clause*, distingue as cláusulas negociadas das não negociadas. No primeiro caso, os acordos anteriores que não tenham sido incorporados no contrato não fazem parte dele; ao invés, caso não tenha sido negociada, apenas se estabelece uma presunção de que, em princípio, as partes não pretendiam que as declarações e os acordos prévios fizessem parte do contrato.

Por seu turno, o artigo 2.1.17 dos Princípios UNIDROIT dispõe que “um contrato escrito que contenha uma cláusula, segundo a qual o escrito compreende a totalidade dos termos sobre que as partes acordaram, não pode ser contraditado ou complementado pela prova de declarações ou de acordos anteriores. Estas declarações ou acordos podem, contudo, servir à interpretação do documento”, o que significa que, em matéria interpretativa, afasta a sua relevância.

5.6. A integração do negócio jurídico

Como tivemos oportunidade de referir, pode ser imprescindível recorrer à integração do negócio jurídico. Não se distinguindo esta, verdadeiramente, da interpretação, tanto quanto não podemos esquecer a chamada interpretação complementadora — ou seja as hipóteses em que reconduzimos a regulamentação objetiva do contrato, ao sistema jurídico e aos princípios normativos que o sustentam —, emergem casos em que comprovadamente se constata uma falha no plano gizado pelas partes.

Podendo estas lacunas ser iniciais ou supervenientes, haveremos de lançar mão dos expedientes de integração (aqui entendidos em termos estritos) ⁽³²⁸⁾. Recordando o que foi dito, sabemos que, “na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de

⁽³²⁷⁾ Anterior art. 5.106 A.

⁽³²⁸⁾ Se bem que a existência de lacunas supervenientes, a implicar o problema da interpretação complementadora e a colocar especiais problemas no tocante à alteração superveniente das circunstâncias, vem depor no sentido do entendimento que apresentámos em sede de integração do negócio jurídico.

Problema particularmente interessante a este propósito é o de saber se pode ou não existir um dever de renegociar o contrato, em face de uma alteração de circunstâncias que revele a insuficiência da regulação inicial. Sobre o ponto, Menezes CORDEIRO, “O princípio da boa fé e o dever de renegociação em contextos de situação económica difícil”, *Revista de Direito das Sociedades*, V, 2013-3, 487-535.

harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissio, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra não seja a solução por eles imposta”. Teremos, antes de tudo, de recorrer às normas dispositivas que o legislador fixou como contendo a solução materialmente mais equilibrada e mais justa para o eventual conflito que possa surgir. Caso elas não existam ou a elas não possamos recorrer, a lacuna de regulamentação será integrada por recurso à vontade hipotética das partes.

Este não é um conceito unívoco, tantas as referências que lhe são feitas no Código Civil, sem que haja uma verdadeira sinonímia entre elas. Do que se trata, quando nos referimos à vontade hipotética das partes a propósito da integração do negócio jurídico, é da vontade que as partes teriam presumivelmente tido se houvessem previsto o ponto omissio. A questão é a de saber se esta é uma pura vontade hipotética individual ou subjetiva, isto é, se se procura saber qual teria sido, em termos prováveis, a vontade das partes se tivessem previsto o ponto omissio. Em alternativa, podemos ser confrontados com uma vontade hipotética objetiva, efetuando-se, perante a realidade e os valores em presença, a reconstrução da vontade justa das partes se, com razoabilidade, tivessem previsto o ponto omissio ⁽³²⁹⁾. Ela seria, portanto, fruto de uma valoração ⁽³³⁰⁾.

Ora, o julgador deve-se afastar dessa vontade se contender com as exigências da boa fé. Na forma impressiva de Rui Alarcão ⁽³³¹⁾, o que se procura determinar “não é aquilo que as partes teriam querido mas aquilo que as partes devem querer agora”. Ou como refere Menezes Cordeiro ⁽³³²⁾, “não se trata de indagar a vontade naturalística através de quaisquer meios psicológicos, até porque a teoria naturalística deparar-se-ia com obstáculos intransponíveis”. Basta pensar que as partes no momento da celebração do negócio podem nem sequer ter tido vontade quanto ao ponto. Nem se trata, continuando a acompanhar o ensinamento do insigne civilista, de perscrutar uma vontade hipotética individual, ou seja, a vontade das partes se tivessem previsto o ponto. Com efeito, o artigo 239.º Código Civil remete-nos para a consideração da boa fé. E ao fazê-lo não

⁽³²⁹⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 772.

⁽³³⁰⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 773.

⁽³³¹⁾ Rui ALARCÃO, “Interpretação e integração dos negócios jurídicos — Anteprojecto para o novo Código Civil”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 84, 340 e 341.

⁽³³²⁾ Menezes CORDEIRO, *Da boa fé*, 1070, nota 653.

nos está a dizer que a solução a que chegamos pela consideração da vontade hipotética das partes deve ser limitada pela consideração da daquela. Está antes a dizer que ela só é admissível se não contrariar os ditames da boa fé. Ou seja, a vontade conjetural das partes só pode operar quando a solução por ela emanada seja idêntica à solução a que chegamos pela consideração da segunda. Por isso, diz-nos Menezes Cordeiro que “há um recurso a dois critérios com prioridade absoluta do segundo. A boa fé nunca pode ser visto como um critério supletivo” ⁽³³³⁾.

6. DIVERGÊNCIAS ENTRE A VONTADE E A DECLARAÇÃO

As declarações negociais são, como sabemos, integradas por dois elementos: um elemento externo (traduzido na declaração propriamente dita) e um elemento interno (que consiste na vontade por aquela exteriorizada) ⁽³³⁴⁾. Em situações normais, estes dois elementos coincidem. Pode, porém, haver casos em que, em vez da desejável sintonia, ocorre um dissídio entre a vontade e a declaração. Noutras hipóteses, vontade e declaração não divergem; contudo, a vontade foi formada de um modo não natural. O que assim se diz, correspondendo a uma lição básica da civilística, identifica dois núcleos problemáticos bem conhecidos dos juristas: o problema das divergências entre a vontade e a declaração, por um lado, e o problema dos vícios da vontade, por outro lado. Sobre eles, muito se tem escrito e debatido, sem que, contudo, se tenha alcançado ainda o necessário consenso. Muitos são, na verdade, os pontos de dissenso entre os autores ⁽³³⁵⁾.

⁽³³³⁾ *Idem*. Veja-se, também, Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 773. O apelo seria, portanto, feito à vontade hipotética objetiva.

⁽³³⁴⁾ *Vide supra*. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 414.

⁽³³⁵⁾ O primeiro ponto de divisão entre a doutrina encontra-se na própria sistematização que se faz dos problemas. Cf., a este propósito, C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 380 s. e A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 782 s., com uma sistematização diversa da do primeiro autor citado. Menezes Cordeiro refere expressamente que se deve superar “a doutrina que, entre nós, faz uma grande clivagem entre os vícios na formação da vontade e as divergências entre a vontade e a declaração”, na medida em que a mesma foi “suplantada por outras clivagens de tipo institucional”, além de que “a própria distinção entre vontade e declaração é provisória”, correspondendo “a um corte linguístico na realidade” (p. 784).

Centremo-nos, por ora, no problema das divergências entre a vontade e a declaração.

Jogam-se aqui coordenadas que nos remetem para o próprio entendimento que temos do negócio jurídico, em geral, e do contrato, em particular, e, em última instância, para a compreensão da própria juridicidade. Não se estranha, por isso, que em épocas marcadas por um maior formalismo se verifique uma valorização do elemento externo — isto é, da declaração negocial propriamente dita —; ao contrário dos períodos marcados por um predomínio do voluntarismo, a conduzir à valorização da vontade. Pense-se, por exemplo, no direito romano arcaico e no formalismo que o contaminava, a determinar a menor importância que algumas figuras ali assumiram ⁽³³⁶⁾; mas pense-se também no peso que a vontade assumiu no quadro do pensamento jusracionalista, em oposição ao formalismo positivista subsequente, em que aquele acabaria por desembocar.

O dado — mais do que uma mera referência histórica — importa-nos para compreendermos o fenómeno, contextualizando-o no quadro do nosso tempo e do nosso ordenamento jurídico. Marcado pela materialidade das soluções, que não dispensam um referente ético-axiológico, o direito civil atual não poderia deixar de procurar a síntese entre dois vetores que enervam o negócio jurídico: a autonomia da vontade, por um lado, e a tutela da confiança, por outro lado ⁽³³⁷⁾. É ela que, aliás, justifica a adesão tendencial que o ordenamento jurídico denota à teoria da confiança, a determinar a invalidade do negócio jurídico apenas e só quando a divergência entre a vontade real e o sentido declarado seja conhecida ou cognoscível

⁽³³⁶⁾ V. g. o caso da simulação. Sobre o ponto, cf. A. Barreto Menezes CORDEIRO, *Da simulação em direito civil*, Almedina, Coimbra, 2014, 21 s.; Reinhard ZIMMERMANN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the civilian tradition*, Oxford, 1996, 647.

Veja-se, igualmente, o caso da reserva mental. Sobre o ponto, cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 816, explicando que os juristas romanos não prestavam grande atenção à eventualidade de se celebrar um negócio sob reserva mental, uma vez que o contraente ficava vinculado pelo que dizia e não pelo que, no seu íntimo, pretendia. No mesmo sentido, Reinhard ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, 644. A reserve só passaria a ser equacionada por impulso dos canonistas, por via da declaração de nulidade de casamentos contraídos com reserva mental, o que se percebe pela natureza sacramental do ato em questão, numa lógica que não pode ser transposta para o quadro do direito civil.

⁽³³⁷⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 783.

pelo declaratório ⁽³³⁸⁾, afastando-se de soluções como as propugnadas pela teoria da vontade, de Savigny ⁽³³⁹⁾ e Windscheid ⁽³⁴⁰⁾, ou pela teoria da *culpa in contrahendo*, de Ihering ⁽³⁴¹⁾. Aquele que confia na declaração dever ser protegido, ainda que ela não corresponda à vontade do declarante, exceto se não houver, em concreto, motivos que legitimem e justifiquem a *fiducia* em causa.

No mais, a solução tendencial que se anuncia, e que é denotada pelos diversos regimes jurídicos concretamente em causa ⁽³⁴²⁾ — que teremos oportunidade de analisar —, é a única compatível com uma compreensão do negócio jurídico que se afasta de uma conceção estritamente voluntarística, embora supere uma posição formalista. De facto, o problema das divergências entre a vontade e a declaração parece só fazer sentido porque, em matéria de interpretação das declarações negociais, se adere a uma conceção tendencialmente objetivista. Ou seja, é porque a declaração negocial se interpreta de acordo com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, lhe atribuiria, nos termos do artigo 236.º CC, onde se consagra a teoria da impressão do destinatário, que se formula o problema. Interpretasse-se a declaração conforme a vontade real do declarante e não haveria margem para ele ⁽³⁴³⁾.

Não obstante reconhecermos algum acerto na posição de autores que, como Menezes Cordeiro, sustentam que não faz hoje sentido

⁽³³⁸⁾ Para uma análise das diversas teorias que se confrontam a propósito das divergências entre a vontade e a declaração, cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 462, 464. A teoria da confiança pode surgir limitada pela chamada teoria da aparência eficaz, para a qual o negócio é automaticamente inválido se o declaratório compreendeu um terceiro sentido, que não corresponde quer à vontade real, quer à vontade declarada do declarante.

⁽³³⁹⁾ F-C SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, III, 1973, 258 s.

⁽³⁴⁰⁾ B. WINDSCHEID, “Wille und Willenserklärung”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 1988, 81 s.

⁽³⁴¹⁾ R. v. IHERING, “Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtiger oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen”, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Bd. 4, Heft 1, 1860, 1 s.

⁽³⁴²⁾ Vide C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 415.

⁽³⁴³⁾ Relacionando os dois problemas, cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 414. Curiosamente, o problema equaciona-se, também, no quadro da celebração de testamentos, negócios jurídicos unilaterais que são interpretados segundo a vontade do testador. Ou seja, mesmo verificando-se um desvio da teoria da impressão do destinatário no sentido de um maior subjetivismo, continua a haver lugar para a formulação da problemática. Tal explica-se por o subjetivismo a que se alude não ser absoluto, mas antes temperado pela necessidade de o sentido

continuar a distinguir as divergências entre a vontade e a declaração ⁽³⁴⁴⁾, pelas linhas de continuidade que se denotam entre figuras que podemos considerar “irmãs” ⁽³⁴⁵⁾, cremos que a cisão se continua a justificar. Em causa estão não só razões de arrumação expositiva e didática, mas sobretudo a consciência da diferença entre as hipóteses em que efetivamente falta a vontade (de ação, de declaração ou negocial ⁽³⁴⁶⁾) e aquelas outras em que apenas surge perturbada no seu processo formativo. Ainda que, no tocante à falta de vontade negocial, *v. g.* nas situações de erro, a diferença possa ser ténue, a justificar, aliás, uma aproximação entre os regimes, há hipóteses (p. ex. ao nível das duas formas de coação) em que ela se repercute inequivocamente em sede de consequências jurídicas.

Assim, podemos falar de divergências entre a vontade e a declaração, que se dividem em intencionais — simulação, reserva mental e declarações não sérias — e não intencionais — coação física ou absoluta, falta de consciência da declaração e erro-obstáculo ou erro na declaração —; e de vícios da vontade, entre os quais encontramos o erro vício, o dolo, a coação moral ou relativa, o estado de necessidade e a incapacidade acidental.

É, pois, cada uma destas figuras que acompanharemos nas páginas subsequentes.

6.1. Simulação

6.1.1. Noção e elementos

A simulação é entendida comumente como uma divergência intencional entre a declaração e a vontade, que resulta de um conluio entre declarante e declaratário e tem em vista enganar terceiros.

Para que um negócio se possa considerar simulado, nos termos do artigo 240.º CC, é necessário que se verifiquem determinados requisitos.

da vontade do testador encontrar no contexto do testamento um mínimo de correspondência, ainda que imperfeitamente expressa (artigo 2187.º CC), o que se justifica pela necessidade de salvaguardar a natureza formal do negócio em questão.

⁽³⁴⁴⁾ Cf. *supra* a referência.

⁽³⁴⁵⁾ É conhecida a dificuldade, por exemplo, de qualificação de algumas hipóteses de facto como situações de erro na declaração ou de erro-vício. Cf., *infra*, a referência ao erro sobre a identidade da pessoa do declaratário e ao erro sobre a identidade do objeto.

⁽³⁴⁶⁾ Cf. Paulo Mota PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995, 222 s.

A saber: que haja uma divergência entre a vontade e a declaração; que essa divergência seja intencional; que tenha como intenção enganar (e já não prejudicar, sendo, portanto, admissíveis formas de simulação inocente ⁽³⁴⁷⁾) terceiros; e que a falta de concordância entre o que se declara e o que se quer resulte de um acordo (*pactum simulationis*) entre o declarante e o declaratário ⁽³⁴⁸⁾.

O *pactum simulationis* surge, assim, como um pressuposto sem o qual não é possível falar de simulação. Este acordo simulatório pode ser firmado entre o declarante e um terceiro sujeito que não seja parte no negócio. É o que sucede quando estamos diante da simulação de um negócio unilateral.

O nosso legislador ultrapassou possíveis dúvidas que pudessem existir acerca da viabilidade de se simular um negócio unilateral, ao admitir no artigo 2200.º CC a simulação dos testamentos, nos termos do qual é anulável a disposição testamentária feita a favor de pessoa designada no testamento, mas que, na realidade, e por acordo com essa pessoa, vise beneficiar outra ⁽³⁴⁹⁾.

Daqui não se pode, contudo, extrair a conclusão segundo a qual, num negócio bilateral ou contrato, o acordo simulatório não tem de

⁽³⁴⁷⁾ Sobre o ponto, teceremos, *infra*, outros esclarecimentos.

⁽³⁴⁸⁾ Sobre o ponto, cf., em geral, e entre nós, Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra, Almedina, 1992, 186 s.; Rui de ALARCÃO, “Simulação: anteprojecto para o novo Código Civil”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 84, 1959; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 884 s.; C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 470 s.; P. Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2005, 520 s.; J. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, vol. II, *Acções e Factos jurídicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, 193 s.; H. Edwald HÖRSTER, *A parte geral do Código Civil Português*, Coimbra, Almedina, 2014, 226 s.; A. Barreto Menezes CORDEIRO, *Da simulação no direito civil*, 65 s. Na doutrina mais antiga, veja-se J. Beleza dos SANTOS, *A simulação em Direito Civil*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 1921.

Veja-se, ainda, quanto a este caso concreto, Mafalda Miranda BARBOSA, “Simulação subjetiva: interposição fictícia de pessoa *vs.* interposição real de pessoas. A propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de dezembro de 2015”, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Cândido de Oliveira*, Almedina, Coimbra, 2017, 717-728.

⁽³⁴⁹⁾ A propósito da simulação de negócios unilaterais, cf. J. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, vol. II, 219; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 885 s. Veja-se, igualmente, A. Barreto Menezes Cordeiro, *Da Simulação no Direito Civil*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, 70 a 72, apresentando como exemplo a simulação da confirmação prevista no artigo 288.º CC. Galvão Telles, apresentando o mesmo entendimento, restringe a possibilidade de

ser celebrado entre declarante e declaratário. A transposição do argumento que se pretendesse colher na disciplina dos negócios unilaterais para os contratos soaria estranha. Na verdade, no negócio unilateral, não existe uma contraparte negocial, mas existe um destinatário, com o qual se terá de estabelecer o acordo simulatório, sob pena de não se poder falar de simulação. Por outro lado, importa não esquecer que, em termos de construção dogmática, não é adequado extrair-se do particular para o geral uma solução; pelo contrário, o desenho que a simulação conheça ao nível dos negócios unilaterais é o resultado da adaptação do seu figurino genérico.

Significa isto ser abusiva a conclusão a que chegou o Supremo Tribunal de Justiça no Acórdão de 3 de Dezembro de 2015 (Proc. n.º 2936/07.9TBBCL.G1.S1) ⁽³⁵⁰⁾, quando afirma que “contraparte, além do declarante, no *pactum simulationis*, nem sempre será o declaratário ou o destinatário da declaração negocial de compra e venda”.

O problema *sub iudice* conta-se em poucas palavras. A ré adquiriu um prédio urbano e registou a aquisição do direito de propriedade em seu nome. Contudo, o dinheiro que utilizou para efetuar o pagamento do preço adveio da venda que o seu marido, com quem estava casada no regime de separação de bens, fez de um outro imóvel, propriedade exclusivamente sua. Para evitar que a propriedade deste integrasse, depois da sua morte, a massa da herança, podendo ser transmitida para a titularidade dos filhos, o marido — entretanto falecido — concordou com a ré que a escritura fosse feita em nome da mulher. Assim, conseguiu afastar os filhos da sucessão. Inconformados, os filhos propuseram uma ação declarativa de condenação contra a viúva, a pedir que fosse declarada a nulidade do negócio de compra e venda, que qualificaram como um negócio simulado. Argumentaram que a legítima proprietária deveria ser considerada a herança ilíquida e indivisa aberta por

simulação aos negócios jurídicos unilaterais receptícios — cf. *Manual dos Contratos em Geral*, 4.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, 170/171

Veja-se, a este propósito, o Ac. STJ 7-2-2017, Proc. n.º 3071/13.6TJVNF.G1.S1, relator Sebastião Póvoas, considerando que “só pode ocorrer simulação nos contratos mas também nos negócios unilaterais desde que receptícios”; Ac. STJ 27-5-2025, Proc. n.º 646/23.9T8VCT.S1, relator Nelson Borges Cameiro, considerando que “a simulação tem o seu campo de aplicação privilegiado no âmbito dos contratos, pois o acordo simulatório é definido pela letra da lei como o “acordo entre declarante e declaratário”, mas é possível a aplicação do instituto a negócios unilaterais pois não é necessário que o acordo se faça com um declaratário”.

⁽³⁵⁰⁾ Relator Orlando Afonso (www.dgsi.pt).

óbito do pai. O tribunal de 1.^a instância veio considerar que existiu, de facto, um negócio simulado, numa posição que seria contraditada pelo Tribunal da Relação, que aduziu que o negócio jurídico simulado era de todo alheio à sociedade imobiliária que tinha vendido o imóvel. No recurso desta decisão, o STJ haveria de sustentar que, no caso concreto, existe um negócio simulado, já que “o acordo simulatório pode ter como declaratório outro que não o destinatário da declaração negocial — é, aliás, concebível a existência de simulação nos negócios unilaterais recep-tícios, sendo certo que não se exige que todos os intervenientes no negócio façam parte desse acordo”. Mais acrescenta que o comprador real era o autor da sucessão, ao qual pertencia o dinheiro empregue no negócio. A ré interveio como adquirente na respetiva escritura pública, con-luiada com aquele, para evitar que os herdeiros legitimários do primeiro lhe sucedessem nesse bem. E conclui que, “neste caso, é indiferente apu-rar se a vendedora tinha ou não conhecimento da simulação”. Pode ainda ler-se no aresto que, “estando comprovada a existência de uma divergência intencional, enganadora e bilateral entre a vontade real e a vontade declarada e a interposição fictícia da ré no negócio que deu ori-gem a uma falsidade ideológica ou intelectual na escritura, é o suficiente para se afirmar que ocorreu uma simulação subjetiva e fraudulenta”.

O STJ parece confundir duas realidades: a interposição fictícia de pessoas e a interposição real de pessoas. A primeira surge como uma modalidade de simulação relativa subjetiva, isto é, de uma simulação na qual, por detrás do negócio simulado, existe um outro que as par-tes efetivamente quiseram celebrar, e que incide sobre os sujeitos da relação jurídica; já a segunda não se reconduz à categoria, podendo ser percecionada através de outras lúpas. Desde há longo tempo que a dou-trina portuguesa tem sido particularmente cuidadosa no sentido de cin-dir as duas realidades em apreço. Manuel de Andrade, depois de mos-trar que em qualquer interposição — fictícia ou real — há três pessoas envolvidas, sustenta que a diferença entre as duas modalidades passa por saber se houve ou não um conluio entre todos os intervenientes. No caso de A transmitir certos bens a B para que ele, posteriormente, os transmita a C, haverá interposição real se apenas entre A e B exis-tiu um acordo no sentido da ulterior transmissão; na interposição fic-tícia, o interposto é o testa-de-ferro, o homem de palha, o presta-nome, segundo a designação do autor ⁽³⁵¹⁾. No mesmo sentido, Mota Pinto

⁽³⁵¹⁾ Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, 186-7.

aduz que, “na interposição fictícia, há conluio entre os dois sujeitos reais e o interposto. Este é um simples testa de ferro, o homem de palha. Na interposição real, o interposto atua em nome próprio, mas no interesse e por conta de outrem, por força de um acordo entre ele e um só dos sujeitos”, pelo que, não existindo conluio entre os três sujeitos, não haverá simulação ⁽³⁵²⁾. Também Menezes Cordeiro distingue a interposição fictícia de pessoas da interposição real, referindo que nesta uma pessoa contrata com outra para que ela, depois, transfira para o verdadeiro destinatário da operação aquilo que adquiriu ⁽³⁵³⁾. E no mesmo sentido depõem Oliveira Ascensão ⁽³⁵⁴⁾ e Pedro Pais de Vasconcelos ⁽³⁵⁵⁾. Do ponto de vista conceptual, a posição dos Autores afigura-se-nos inatacável. Como referido anteriormente, ainda que possa haver — como pode — simulações de negócios unilaterais, é imprescindível para que a categoria se preencha que haja um acordo simulatório entre o declarante e o destinatário da declaração. Pelo que, no quadro contratual, esse pacto terá de se estabelecer entre os dois contraentes, ainda que em conluio com um terceiro, como nas situações de interposição fictícia de um sujeito. O que não pode aceitar-se é que se fale de simulação quando a interposição seja real, porque aí falta o pacto simulatório entre declarante e declaratário.

Nos termos do artigo 240.º, n.º 2, do Código Civil, o negócio simulado é nulo. Tal nulidade justifica-se por três ordens de razões. Em primeiro lugar, funciona como uma sanção do ordenamento jurídico para a falta (intencional) de vontade negocial; em segundo lugar, ela compreende-se no quadro de formação do negócio jurídico; *in fine*, ela é predisposta para salvaguarda dos interesses dos terceiros que são enganados com o negócio fictício ⁽³⁵⁶⁾.

Se atentarmos na segunda das razões apontadas, veremos que ela é facilmente perceptível. De facto, nos termos do artigo 236.º do Código

⁽³⁵²⁾ C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 470.

⁽³⁵³⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 891.

⁽³⁵⁴⁾ J. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, vol. II, 197.

⁽³⁵⁵⁾ P. Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 520. Veja-se, ainda, A. Barreto MENEZES CORDEIRO, *Da simulação no direito civil*, 85 s.

⁽³⁵⁶⁾ Note-se, porém, que a intenção de enganar não tem de vir acompanhada da intenção de prejudicar para se poder falar de simulação. A simulação pode ser, portanto, inocente ou fraudulenta, não relevando a distinção, exceto no que toca à legitimidade dos herdeiros legítimos para arguirmos a nulidade do negócio simulado, em vida do simulador. Sobre o ponto, cf. artigo 242.º, n.º 2, do Código Civil. Haveremos, porém, de retomar o ponto *infra*.

Civil, que entre nós consagra a doutrina da impressão do declaratório, a declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, atribuiria àquele comportamento declarativo. Porém, nos termos do n.º 2 do mesmo preceito, ela valerá de acordo com a vontade real do declarante se o declaratório a conhecer. Havendo um conluio entre declarante e declaratório, que determina que ambos conheçam a vontade real do outro, percebe-se por que razão não poderá considerar-se válido o contrato de acordo com o sentido correspondente à impressão do destinatário. A este propósito, Pedro Pais de Vasconcelos aduz que, “sem a intenção de enganar terceiros, a simulação poderia encontrar solução em tema de interpretação do negócio jurídico. A divergência bilateral e consensual entre a vontade e a declaração é uma questão que encontra solução jurídica no artigo 236.º, n.º 2, do Código Civil, (...): se ambas as partes declararam algo diferente do que verdadeiramente queriam e se estão de acordo quanto ao conteúdo negocial verdadeiramente querido, o negócio vale de acordo com a sua vontade real. (...) Assim, (...) na simulação absoluta concluir-se-ia (...) que nenhum negócio existia” ⁽³⁵⁷⁾.

A globalidade da disciplina que o legislador dispensa à simulação só se compreenderia, portanto, à luz do intuito de enganar terceiros, dado que nos remete para a terceira das razões anunciadas ⁽³⁵⁸⁾. Núcleo essencial desta explicitação é, no entanto, a ideia de que, porque cada um dos contraentes conhece a vontade real do outro, não há uma confiança digna de tutela que urja ser tutelada. O desvio em relação ao tendencial objetivismo com que nos orientamos a propósito da interpretação negocial, encerrado no brocardo *falsa demonstrativo non nocet*, não só

⁽³⁵⁷⁾ P. Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 521. O Autor sustenta, ademais, que a mesma ideia explicaria a possível validade do negócio dissimulado. Na verdade, se as partes estivessem de acordo quanto ao conteúdo do negócio, conhecendo a vontade real de ambas, seria de acordo com esta que o negócio valeria. Portanto, valeria de acordo com a vontade de celebrar um negócio de tipo ou conteúdo diferente.

Nos termos do artigo 241.º, n.º 1, do Código Civil, o negócio dissimulado poderá ser válido ou inválido consoante o tratamento que lhe seria dispensado se não tivesse ficado encoberto.

Note-se, ainda, que, tendo o negócio dissimulado natureza formal, se coloca o problema da sua validade formal. Em face do disposto no artigo 241.º, n.º 2, do Código Civil, a doutrina não se mostra unânime. Sobre o ponto, cf. *infra* o que se dirá.

⁽³⁵⁸⁾ P. Pais DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, *cit.*, p. 521. A ideia avançada pelo Autor pretende sublinhar que, se não fosse esse intuito enganador, bastar-nos-íamos com as regras da interpretação para chegar à mesma solução.

é perfeitamente consentâneo com a nulidade do negócio simulado como se justifica pela falta de necessidade de proteção da confiança da contraparte. Eis a razão por que, ao nível da reserva mental — na qual, intencionalmente, a declaração também não corresponde à vontade real, agora com o fito de enganar o declaratório —, o negócio só seja nulo quando a reserva seja conhecida da contraparte ⁽³⁵⁹⁾.

Isto permite-nos extrair uma conclusão de não pequena importância no nosso percurso dialógico. Na verdade, se o ordenamento jurídico parece — atenta a dualização entre o elemento interno e o elemento externo da declaração negocial — colocar o acento tónico no comportamento declarativo, harmonizando o valor da autonomia com o valor da confiança, então a desvinculação contratual só deverá ser permitida quando não obnubile, por completo, o segundo.

A nulidade do negócio simulado só se justifica sem que seja ponderada a posição da contraparte, porque esta, participando no pacto simulatório, não titula nenhuma posição de confiança digna de tutela. Ora, isto mostra que não pode ser dispensada a um caso como o decidido pelo STJ no acórdão de 3 de dezembro de 2015 a solução da nulidade, não se estabelecendo a analogia com um negócio simulado. A falta de participação do vendedor no conluio entre o *de cuius* e a ré não é apenas um elemento de relevância que, falhando, não determina a falta de assimilação da intencionalidade do caso pela intencionalidade do artigo 240.º do Código Civil. É antes um elemento essencial para se desencadear o regime da simulação, uma vez que, sem a participação do vendedor, a sua confiança avultaria como fator de ponderação que evitaria a invalidade negocial. De outro modo, aliás, não se perceberia a discrepância entre uma solução diferente desta e o regime da reserva mental ⁽³⁶⁰⁾.

Outro elemento distintivo da simulação é a intenção de enganar terceiros ⁽³⁶¹⁾. A diferença entre o engano e o prejuízo permite-nos (antecipando algumas das possíveis modalidades de simulação) cindir

⁽³⁵⁹⁾ Cf. artigo 244.º do Código Civil.

⁽³⁶⁰⁾ Considerando, num caso com uma intencionalidade problemática análoga, que não existe simulação, cf. Acórdão do STJ de 9 de maio de 2002.

⁽³⁶¹⁾ Sobre a noção de terceiros para este efeito, cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tra-tado de Direito Civil* II, 887 e A. Barreto Menezes CORDEIRO, *Da simulação*, 64. Sustentam os autores que terceiro é “qualquer pessoa alheia ao conluio ou acordo simulatório, mas não, necessariamente, estranha ao contrato simulado” e acrescentam que “também o Estado é considerado terceiro para efeitos de aplicação do regime da simulação (...). Repare-se, porém, que a celebração de um contrato

a simulação fraudulenta da simulação inocente. Em regra, e contra aquela que era a posição consagrada no Código de Seabra ⁽³⁶²⁾, a dicotomia não tem repercussão no regime jurídico aplicável. Parece-nos, contudo, haver uma exceção. Na verdade, o artigo 242.º/2 CC restringe a legitimidade de os herdeiros legitimários arguirem a nulidade do negócio simulado, em vida do simulador, aos casos em que o negócio foi feito com o intuito de os prejudicar. Assim sendo, parece claro que o ordenamento jurídico reconhece e admite a existência de outras hipóteses em que apenas está presente o intuito enganador.

Não é este, contudo, o entendimento do Tribunal da Relação de Lisboa, no Acórdão de 7 de Maio de 2009 (Proc. n.º 6092/05.9TBOER-8) ⁽³⁶³⁾. Em causa estava um contrato de compra e venda celebrado entre A e B, que tinha como objeto a fração autónoma de um prédio sujeito ao regime da propriedade horizontal. Na realidade, A e B não tinham qualquer intenção de proceder à transmissão do direito real sobre o imóvel, pretendendo, apenas, criar as condições necessárias à concessão de um mútuo bancário com vista à obtenção de capital para a aquisição de outra fração. Constatando-se a existência de uma divergência intencional entre a vontade e a declaração e de um pacto simulatório entre declarante e declaratário, o coletivo de juízes debruçou-se sobre o terceiro requisito que preenche o conceito de simulação: a intenção de enganar terceiros. A este propósito, considerou a Relação de Lisboa que “é necessário que o engano seja relevante”, ou seja, “que produza efeitos ao nível dos interesses englobados na esfera jurídica de terceiros”, porque “o legislador não se ocupa de minudências ou de situações que não mereçam a tutela do direito”, para concluir, então, que, em concreto, a simulação de que trata não teve relevo para a Caixa Geral de Depósitos, isto é, não teve relevo para a emergência da vontade contratual, nem para a definição dos contornos negociais do mútuo celebrado.

A solução consagrada no aresto não pode ser aceite sem mais. Em primeiro lugar, não é irrelevante para uma instituição bancária a titularidade ou não de um direito real na esfera do cliente que solicita a concessão de um crédito. Pelo contrário, o conhecimento do efetivo património detido pelo contraente afigura-se fundamental para

simulado com o propósito de contornar a lei, i.é, enganar o Estado, enquanto entidade governativa ou legislativa, não preenche os requisitos necessários”.

⁽³⁶²⁾ Cf. J. Beza dos SANTOS, *A simulação em Direito Civil*, I, 64 s.

⁽³⁶³⁾ Relator Carlos Marinho, www.dgsi.pt.

efeitos de avaliação do risco e, nessa medida, para a formação da vontade e a definição dos termos do negócio., apesar de não ter sido prejudicado, uma vez que a sua posição jurídica ficou, efetivamente, protegida com a constituição da garantia. Em segundo lugar, a conclusão do Tribunal da Relação de Lisboa torna irrelevantes, para efeitos de determinação da presença de uma simulação, as hipóteses de simulação inocente: é que onde está ausente o intuito de prejudicar terceiros não haverá, em regra, qualquer efeito ao nível dos interesses englobados na esfera desse mesmo terceiro.

Ora, para lá do pendor sancionatório que anda associado ao regime da simulação — e que pode ser encontrado, *v. g.*, na disciplina contida no artigo 243.º CC, quando interpretado no sentido da restrição do seu âmbito de relevância aos casos em que a nulidade do negócio simulado é invocado por um dos simuladores —, o que justifica a invalidade do negócio simulado parece ser, por um lado, a necessidade de tutelar terceiros, por outro lado, a ausência de uma confiança da contraparte digna de tutela, e, necessariamente, a falta de vontade negocial. Se assim é, então, a divergência entre a simulação inocente e fraudulenta, relevando em determinados termos — *v. g.* a questão da legitimidade dos herdeiros para arguir a nulidade do negócio simulado, em vida do simulador —, não terá impacto para certos efeitos. Nessa medida, andou mal o Tribunal da Relação de Lisboa ao desqualificar a simulação no caso concreto.

Não é, porém, este o entendimento de Menezes Cordeiro ⁽³⁶⁴⁾. Sustenta o autor que a posição do Tribunal da Relação de Lisboa deve ser apoiada, porque “a criação de uma aparência só por si é insuficiente: o sistema exige que a posição jurídica dos terceiros enganados tenha sido afetada de qualquer forma”, e acrescenta que “não se está a fazer depender a aplicação do regime simulatório da demonstração de um prejuízo ou sequer de uma intenção de o causar; todavia, o Direito não pode ser alheio ao impacto efetivo da aparência criada: sendo inexistente, o engano é virtual”, o que permitirá, aliás, distinguir com maior facilidade a simulação das declarações não sérias ⁽³⁶⁵⁾.

⁽³⁶⁴⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, *Parte Geral. Negócio Jurídico*, 4.ª edição, Coimbra, Almedina, 2014, 886 s.

⁽³⁶⁵⁾ Veja-se, porém, A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 888, referindo-se à distinção entre a simulação inocente e a simulação fraudulenta.

Sobre ela, cf., novamente, C. A. Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 467.

A argumentação do autor é sugestiva, como aliás já o era a argumentação do Tribunal da Relação de Lisboa. Contudo, cremos não ser possível aceitar o posicionamento, desde logo porque, com ele, introduzir-se-ia uma antinomia no sistema, já que se contrariaria a solução ditada pelo artigo 236.º/2 CC, em matéria de interpretação dos negócios jurídicos. Por outro lado, e como sugerido anteriormente, parece entrar em colisão com o disposto no artigo 242.º/2 CC.

6.1.2. Modalidades

A simulação pode ser fraudulenta ou inocente. Na primeira, além do intuito de enganar terceiros, estará presente a intenção de os prejudicar; já na segunda, apenas existe a intenção de enganar. Como bem explicita Mota Pinto, raros serão os casos em que a simulação é inocente, o que não quer dizer que não possam existir ⁽³⁶⁶⁾.

Para além destas duas modalidades, a simulação pode, ainda, subdividir-se em absoluta ou relativa.

Na simulação absoluta, existe apenas o negócio simulado. Ao invés, na simulação relativa, por detrás do negócio simulado, existe um outro que as partes efetivamente quiseram celebrar, o negócio real ou dissimulado.

A simulação relativa, por seu turno, pode ser objetiva ou subjetiva. Diz-se objetiva, quando incida sobre a natureza ou o conteúdo do negócio; será subjetiva se disser respeito aos sujeitos do negócio jurídico. Estamos, aí, perante o problema da interposição fictícia de pessoas a que já nos referimos *supra*.

Dentro da simulação relativa objetiva, podemos distinguir a simulação sobre a natureza do negócio, quando o que está em causa é uma alteração do tipo contratual (por exemplo, pretende-se celebrar um contrato de doação, mas declara-se celebrar uma compra e venda) e a simulação de valor, a incidir sobre o montante das prestações ⁽³⁶⁷⁾.

⁽³⁶⁶⁾ O autor dá o exemplo das doações com o fim de ostentação, das vendas aparentes para não incorrer o doador no ressentimento de pessoas que aspiravam à sucessão, etc. Cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 467. Veja-se, ainda, A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 888.

⁽³⁶⁷⁾ C. A. Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 470. Veja-se, igualmente, A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 889, que se refere à simulação sobre a natureza do negócio como simulação objetiva total e à simulação de valor como simulação objetiva parcial. Para o autor, nesta última hipótese, estamos apenas diante de um negócio, na medida em que o negócio simulado se “esgota num

6.1.3. Regime

6.1.3.1. O negócio simulado

Nos termos do artigo 240.º/1 CC, o negócio simulado é nulo. Já tivemos oportunidade de explicitar a *ratio* da invalidade que se comina. Esta explica-se, em primeiro lugar, como uma sanção do ordenamento jurídico para a falta (intencional) de vontade negocial; em segundo lugar, ela compreende-se no quadro de formação do negócio jurídico; *in fine*, ela é predisposta para salvaguarda dos interesses dos terceiros que são enganados com o negócio fictício.

Menezes Cordeiro considera que a nulidade a que o legislador se refere não configura uma verdadeira nulidade ⁽³⁶⁸⁾; o regime da invalidade em questão afastar-se-ia da disciplina do artigo 286.º CC. De acordo com o seu entendimento, esta nulidade não pode ser invocada por qualquer interessado, nem ser declarada oficiosamente pelo tribunal, “sob pena de se esvaziar a proteção devida aos terceiros de boa-fé” ⁽³⁶⁹⁾.

A posição do autor, compreendendo-se em nome da boa-fé que se procura tutelar, não merece o nosso acolhimento. Não obstante, oferece-nos pistas de reflexão muito importantes.

Em primeiro lugar, há a considerar o artigo 243.º CC. De acordo com o n.º 1 do preceito, “a nulidade proveniente da simulação não pode ser arguida pelo simulador contra terceiro de boa fé”. Ora, ou se considera que o preceito se aplica apenas às hipóteses em que a nulidade é arguida pelos simuladores, sendo tal justificado em nome da

valor diferente do manifestado, o que se apresenta insuficiente para subsumir os factos ao regime simulatório”, de tal modo que fala de uma *simulação imprópria*. Nesse sentido, *v.*, também, A. Barreto Menezes CORDEIRO, *Da simulação*, 89 s. Para os autores, esta particularidade determinaria um regime diverso da simulação de valor, falando da simples determinação do preço real como a consequência da divergência, solução que defendem que se deve estender a todas as hipóteses de simulação parcial. Doutrina e jurisprudência têm, na verdade, vindo a sublinhar especificidades no tocante à disciplina que se dispensa ao negócio dissimulado — no caso de simulação de valor —, sobretudo quando esteja em causa a determinação da sua validade formal. Sobre o ponto, *cf.*, *infra*, o que se dirá.

⁽³⁶⁸⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 893. No mesmo sentido, *v.* A. Barreto Menezes CORDEIRO, *Da simulação*, 87.

⁽³⁶⁹⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 893. O autor acrescenta que “fica (...) a ideia de que o negócio simulado não produz efeitos entre as partes e perante terceiros que conheçam ou devessem conhecer a simulação: os terceiros de má-fé”.

sua *ratio* ⁽³⁷⁰⁾, e portanto haveremos de concluir que esta não se aplica às situações de invocação da invalidade por outros sujeitos que não os simuladores (ou quem ocupe a posição jurídica deles); ou se considera que o artigo protege o terceiro de boa-fé contra a nulidade do negócio simulado invocada por qualquer interessado e, nesse caso, perde sentido a preocupação, porque o terceiro estaria sempre protegido. É claro que restaria a relevância da questão da declaração oficiosa de nulidade pelo tribunal, mas, atenta a presença de uma proteção genérica dos terceiros de boa-fé contra a invocação da nulidade ou anulabilidade dos negócios jurídicos, de que, na segunda interpretação enunciada do artigo 243.º CC, a proteção específica no quadro da simulação não seria mais do que um regime especial, não parece haver aqui novidade bastante.

Em segundo lugar, é inequívoco que os artigos 242.º e 243.º CC introduzem regras especiais no tocante à legitimidade para arguir a nulidade dos negócios simulados. Mas elas são explicadas por razões históricas que, em tempo devido, explicitaremos. E, embora o argumento histórico tenha um peso relativo no seio da interpretação jurídica que se quer, acima de tudo, uma interpretação teleológica e dogmática — que arrede a consideração da norma como um simples texto —, ele serve para explicar o desvio à regra, sem que nos levar a afastá-la em bloco.

Por último, importa considerar que o artigo 242.º/1 CC ressalva, expressamente, a aplicação do artigo 286.º CC. Quer isto dizer que, fora das soluções especiais ditadas pelas normas citadas, se continuará a aplicar o regime da nulidade previsto no artigo 286.º CC ⁽³⁷¹⁾.

Não obstante, o que ficou dito determina a necessidade de analisar a questão da legitimidade para arguir a nulidade do negócio simulado.

Têm legitimidade, em primeiro lugar, os simuladores ⁽³⁷²⁾. Há, porém, limitações relevantes a essa possibilidade. Desde logo, somos confrontados com restrições no tocante à prova da simulação. Na verdade, de acordo com o artigo 394.º/2 CC, o acordo simulatório só pode ser provado, quando invocado pelos simuladores, por confissão

⁽³⁷⁰⁾ *Infra*, explicitaremos esse fundamento.

⁽³⁷¹⁾ Em rigor, importa notar que Menezes Cordeiro acaba por, na solução dos diversos problemas, e depois da enunciação genérica contida na página 893, admitir a invocação da nulidade por qualquer interessado, nos termos do artigo 286.º CC — cf. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 895.

⁽³⁷²⁾ Consagrou-se no artigo 242.º/1 CC a solução que já havia sido ditada pelo Assento de 10 de Maio de 1950, na vigência do Código de Seabra. Sobre o ponto, cf. C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 468 e 476.

ou por documento, não sendo admissível a prova por presunções, nem a prova testemunhal ⁽³⁷³⁾.

Por outro lado, o artigo 243.º CC impede, como referido, a invocação da nulidade diante de terceiros de boa-fé.

O preceito em causa suscita diversas dúvidas à doutrina e, consequentemente, à jurisprudência.

São três as questões nucleares que têm de ser enfrentadas.

Em primeiro lugar, qual o âmbito de relevância da restrição? Deve o preceito interpretar-se no sentido de apenas restringir a legitimidade dos simuladores ou deve estender-se o seu âmbito de relevância à arguição da nulidade por qualquer pessoa? A doutrina divide-se, quanto ao ponto. Enquanto parte da doutrina sustenta a segunda posição, designadamente por considerar que a finalidade do artigo 243.º poderia ser facilmente frustrada pela transferência dos direitos do simulador a um terceiro ⁽³⁷⁴⁾; outros autores sustentam que a intencionalidade daquele que criou a situação que pretende, agora, destruir implica uma atitude tão reprovável que justifica uma proteção facilitada aos terceiros ⁽³⁷⁵⁾. Menezes Cordeiro parece apresentar uma posição intermédia, partindo da compreensão restritiva que limita o âmbito de relevância do preceito à invocação da nulidade pelos simuladores, mas admitindo que também os herdeiros, quando ajam em nome do simulador, os representantes ⁽³⁷⁶⁾ e todos os sujeitos que tenham contribuído ativamente para a conclusão do negócio simulado e daí retirem benefícios ou pretendam retirar benefícios não podem invocar a nulidade do negócio simulado ⁽³⁷⁷⁾.

⁽³⁷³⁾ Para maiores desenvolvimentos sobre o problema da prova da simulação, cf. o que se dirá *infra*.

⁽³⁷⁴⁾ Cf. J. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, vol. II, 203 e Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil, Sumários desenvolvidos para uso dos alunos do segundo ano do curso jurídico de 1980/81*, Centelho, Coimbra, 1981, 136 s. A posição dos dois autores não é absolutamente equivalente. Enquanto Orlando de Carvalho olha para o artigo 243.º CC como uma disciplina especial em relação ao artigo 291.º CC, mas inserida ainda na mesma intencionalidade problemática de proteção de terceiros; Oliveira Ascensão preocupa-se sobretudo em alargar a restrição a todos os terceiros de má-fé.

⁽³⁷⁵⁾ Nesse sentido, C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 481.

⁽³⁷⁶⁾ Note-se que esta solução é também defendida por C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 481.

⁽³⁷⁷⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 895. O autor entende que, “mesmo admitindo que a letra do preceito impeça semelhante interpretação, o que não se reconhece, a invocação da simulação, por parte de qualquer sujeito que preencha os requisitos acima elencados, estaria sempre condicionada pelo artigo 334.º:

Em face das divergências, há que tomar posição. Para tanto, haveremos que relembrar que o artigo 291.º CC estabelece uma ampla tutela de terceiros de boa-fé contra a invocação da nulidade ou anulabilidade de um negócio jurídico, quando, integrando-se numa mesma cadeia de transmissões, vejam a sua posição jurídica afetada, ao mesmo tempo que desconhecem, sem culpa, a invalidade do negócio anterior, e desde que o negócio diga respeito a bens imóveis ou móveis sujeitos a registo, que o ato de aquisição do direito tenha sido registado, que o terceiro tenha adquirido o direito a título oneroso e que tenham decorrido três anos desde a celebração do negócio inválido. O artigo 243.º protege igualmente terceiros, estabelecendo como requisito único a boa-fé. Perante uma discrepância tão gritante no tocante aos pressupostos da tutela, torna-se claro que o fundamento do regime especial reside não só na necessidade de salvaguarda da confiança de quem atuou de boa-fé, como na intenção de “castigar” os simuladores, compensando a abertura à possibilidade de invocar a nulidade. Ora, assim sendo, parece fazer sentido a restrição da relevância da norma às hipóteses de arguição da nulidade do negócio simulado pelos simuladores ⁽³⁷⁸⁾. Mas, se assim é, justifica-se, igualmente, a extensão dessa mesma relevância a todos os que ocupem a posição jurídica do simulador (representantes, herdeiros legitimários que atuem em nome dele), bem como, atenta a *ratio* do preceito, a todos os que contribuíram para a celebração do negócio.

Em segundo lugar, questiona-se o que é a boa-fé para efeitos do artigo 243.º CC. Também aqui se detetam algumas divergências entre

o sistema não pode tolerar que um sujeito que tenho contribuído para a conclusão de um negócio simulado venha, posteriormente, invocar a sua nulidade”.

⁽³⁷⁸⁾ Esta solução tem consequências no que respeita à resolução dos problemas suscitados por eventuais conflitos entre terceiros. Afirmando-o claramente, veja-se, também, C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 484 e A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 901 s. Havendo um conflito entre credores comuns do simulador alienante e credores comuns do simulador adquirente, podemos confrontar-nos com duas hipóteses: ou a nulidade é invocada pelos simuladores e deve proteger-se a boa fé do credor do simulador adquirente; ou a nulidade é invocada por um terceiro e deve prevalecer em relação àqueles sujeitos, dando-se preferência aos credores do simulador alienante. O mesmo se diga em relação ao conflito que se estabelece entre os credores comuns do simulado alienante e os subadquirentes do simulado adquirente.

Apresentando uma solução diversa, mas ressaltando que a mesma não faz sentido diante da interpretação expendida do artigo 243.º, cf. C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 485.

os autores. Se genericamente se entende — de acordo com o artigo 243.º CC, e por contraposição com o artigo 291.º CC — que a boa fé deve ser compreendida como o desconhecimento, com ou sem culpa, da simulação, ao tempo em que foram constituídos os respectivos direitos, autores há, como Menezes Cordeiro, que defendem que estamos diante de uma boa-fé subjetiva ética, exigindo-se, portanto, que o desconhecimento seja não culposos ⁽³⁷⁹⁾. A solução do problema requer a consideração de determinados vetores. Por um lado, o direito não se pode dispensar uma dimensão ética que apela à consideração da culpa; do mesmo modo, parece pouco consentâneo com a tutela da confiança a ideia de proteção de quem desconhece uma invalidade por uma atitude censurável; por outro lado, importa não esquecer a gravidade que a simulação envolve a justificar que os autores apontem a culpa no desconhecimento como um pecado venial, em confronto com a má-fé dos segundos ⁽³⁸⁰⁾. Em causa estaria a consideração da sanção que o regime envolve para os simuladores ⁽³⁸¹⁾. A opção entre as duas posições implica, portanto, saber qual o peso relativo que se dispensa a cada um dos segmentos valorativos. Ora, se, como vimos, à proteção da confiança é dispensado um regime mais favorável em relação à disciplina do artigo 291.º CC e se isso se justifica pela nota de sanção, então parece ser de aceitar a posição que dispensa a ausência de culpa para a aferição da boa fé.

Em terceiro lugar, importa saber quem é terceiro para efeitos do artigo 243.º CC. De acordo com o ensino de Orlando de Carvalho, terceiros são todos os que, integrando-se numa mesma cadeia de transmissões, veem a sua posição jurídica afetada por uma ou mais causas de invalidade anteriores ao ato em que foram intervenientes ⁽³⁸²⁾. A assumir-se esta noção para efeitos de delimitação do âmbito de relevância do preceito em análise afastar-se-ia, de imediato, a possibilidade de outros terceiros, que não fossem subadquirentes do bem,

⁽³⁷⁹⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 896. No mesmo sentido, A. Barreto Menezes CORDEIRO, *Da simulação*, 97.

⁽³⁸⁰⁾ Cf. Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, 208; Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 142; C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 484.

⁽³⁸¹⁾ Acerca da ideia de punição dos simuladores, cf., porém, o testemunho de A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 909, sublinhando que num direito moderno a punição teria de passar pela medida da culpa de cada um dos simuladores. Repare-se, porém, que não falamos de sanção num sentido estrito de punição.

⁽³⁸²⁾ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 135.

serem integrados no esquema de proteção. Porém, se concebermos os terceiros como os sujeitos estranhos ao negócio simulado ⁽³⁸³⁾, ulteriores problemas se colocam. Em causa poderá estar a eventual possibilidade de tutela, a este nível, dos preferentes de boa-fé. O problema coloca-se, sobretudo, a propósito das simulações de valor e redunda em saber se, havendo direito de preferência, podem esses terceiros preferir pelo valor simulado ou, apenas, pelo valor real.

Na doutrina, verificam-se posições em ambos os sentidos ⁽³⁸⁴⁾. Atenta a *ratio* da norma — a compatibilizar a sanção dos simuladores com a proteção da confiança dos terceiros — cremos ser a melhor posição aquela que sustenta que o preceito apenas legitima a sua aplicação a situações em que esse terceiro haja sofrido um prejuízo, não indo ao ponto de legitimar benefícios, que poderiam ser francamente injustos ⁽³⁸⁵⁾. Significa isto que a preferência deve ocorrer pelo preço real e não pelo preço declarado ⁽³⁸⁶⁾.

Para além dos simuladores, têm ainda legitimidade para invocar a nulidade do negócio simulado os herdeiros legítimos.

⁽³⁸³⁾ Cf. C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 477, definindo os terceiros como “quaisquer pessoas, titulares de uma relação, jurídica ou praticamente afetada pelo negócio simulado e que não sejam os próprios simuladores ou os seus herdeiros (depois da morte do *de cuius*)”.

⁽³⁸⁴⁾ No sentido de defender que o preferente tem direito a preferir pelo valor simulado, cf. H. Edwald HÖRSTER, *A parte geral do Código Civil Português*, 538; Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 10.^a edição, Almedina, Coimbra, 2003, 383, n. 1; no sentido de defender que o preferente apenas pode preferir pelo valor real, v. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 899, considerando que não há investimento da confiança que justifique a tutela; C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 482 s.; Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil-Teoria Geral*, 229; Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, 205-6.

⁽³⁸⁵⁾ Em sentido contrário, cf. Luís Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, Almedina, Coimbra, 2013, 236 s.

⁽³⁸⁶⁾ Há, porém, exceções. Cf. o artigo 55.º Código do Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis, cujo n.º 1 refere que “se, por indicação inexata do preço, ou simulação deste, o imposto tiver sido liquidado por valor inferior ao devido, o Estado, as autarquias locais e demais pessoas coletivas de direito público, representados pelo Ministério Público, poderão preferir na venda, desde que assim o requeiram perante os tribunais comuns e provem que o valor por que o IMT deveria ter sido liquidado excede em 30/prct. ou em (euro) 5000, pelo menos, o valor sobre que incidiu” e o n.º 4 consagra que “os bens são entregues ao preferente mediante depósito do preço inexatamente indicado ou simulado e do imposto liquidado ao preferido”. Em causa parece estar, aqui, o combate à fraude fiscal.

A este propósito, convém, no entanto, estabelecer algumas diferenças.

Desde logo, há que ter em conta o momento da arguição da nulidade por estes sujeitos. Atuando em vida dos simuladores, só têm legitimidade se o negócio tiver sido simulado com a intenção de os prejudicar. É o que resulta do n.º 2 do artigo 242.º CC. Tal explica-se dogmaticamente por os herdeiros legitimários não terem ainda um direito sobre os bens do simulador, sequer uma expectativa jurídica (mas uma mera expectativa de facto), entendendo-se que não devem intrometer-se na gestão patrimonial dos interesses dele (sobretudo tratando-se de relações entre pais e filhos), exceto se os atos lhes forem particularmente lesivos ⁽³⁸⁷⁾.

Exige-se, conforme resulta da lição da maioria da doutrina, que haja efetiva intenção de prejudicar, não bastando a verificação dos prejuízos, desacompanhada desse intento ⁽³⁸⁸⁾. Parece-nos ser essa a solução que se mostra mais consentânea com a *ratio* da restrição. O entendimento não é, contudo, unânime, defendendo alguns autores que a presença de prejuízos, sem intenção de os causar, é suficiente ⁽³⁸⁹⁾. Numa posição intermédia, Menezes Cordeiro sustenta que, “demonstrando-se em juízo que os autores da sucessão atuaram negligentemente, isto é, que não se inteiraram da possibilidade de, da sua atuação, resultarem prejuízos na esfera jurídica dos herdeiros legitimários, não se justifica restringir a legitimidade processual destes últimos. A norma que acautela a expectativa dos herdeiros legitimários é violada quer quando haja uma intenção direta de os prejudicar quer quando haja simples indiferença” ⁽³⁹⁰⁾.

Depois da morte do simulador, os herdeiros legitimários podem, nos termos do artigo 286.º CC, e sem qualquer restrição arguir a

⁽³⁸⁷⁾ Nesse sentido, cf. Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, 201; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 894. Veja-se, ainda, A. Barreto Menezes CORDEIRO, *Da simulação*, 92 s.

⁽³⁸⁸⁾ Nesse sentido, Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, 199 s.; C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 478; Rui de ALARCÃO, “Simulação: anteprojecto para o novo Código Civil”, 317.

Veja-se, a este propósito, o Ac. 19-12-1941, Proc. n.º051141, relator Mourisca (Assento 5/1941, agora transformado em Ac. Uniformização de Jurisprudência).

⁽³⁸⁹⁾ Cf. Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, UCP, Lisboa, 2010, 329.

⁽³⁹⁰⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 894. Veja-se, ainda, A. Barreto Menezes CORDEIRO, *Da simulação*, 92 s.

nulidade do negócio, tanto por via de ação, como por via de exceção. Importa, contudo, notar que a ausência de restrições a que aludimos resulta do facto de agirem na qualidade de herdeiros legítimos, para defesa da sua legítima. Atuando em representação (aqui entendida em sentido impróprio) do *de cuius*, ficam sujeitos às limitações que impendem sobre o próprio simulador.

Podem, ainda, invocar a nulidade do negócio simulado os credores, nos termos do artigo 286.º e 605.º CC, bem como os preferentes e, em geral, qualquer interessado ⁽³⁹¹⁾.

6.1.3.2. O negócio dissimulado

Nos termos do artigo 241.º/1 CC, “quando sob o negócio simulado exista um outro que as partes quiseram realizar, é aplicável a este o regime que lhe corresponderia se fosse concluído sem dissimulação, não sendo a sua validade prejudicada pela nulidade do negócio simulado” ⁽³⁹²⁾. Significa isto que o negócio dissimulado pode ser válido ou inválido, consoante seria válido ou inválido se não tivesse ficado escondido, encoberto ⁽³⁹³⁾, e que, portanto, deve ser averiguado o valor do negócio, quer em termos substanciais, quer em termos formais.

Do ponto de vista formal, dispõe o n.º 2 do artigo 241.º CC que, “se, porém, o negócio dissimulado for de natureza formal, só é válido se tiver

⁽³⁹¹⁾ Nessa medida, parece poder invocar a simulação o Estado.

⁽³⁹²⁾ Cf. § 117 BGB, nos termos do qual (1) Se a declaração de vontade que se dirige a outra pessoa é, com o consentimento desta, feita apenas para criar uma aparência, é nula; (2) Se o negócio simulado esconde outro negócio jurídico, são-lhe aplicáveis as disposições que se aplicam a esse negócio.

⁽³⁹³⁾ Menezes Cordeiro sustenta, a este propósito, que “cabe aos interessados na preservação do negócio dissimulado alegar a demonstrar a sua validade” — A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 902. Veja-se, ainda, A. Barreto Menezes CORDEIRO, *Da simulação*, 95 s. No mesmo sentido, tem apontado alguma jurisprudência — cf. Ac. STJ de 14-9-2010, Proc. n.º 4432/03, relator Moreira Camilo, também citado pelos autores. Temos dúvidas acerca da bondade da posição. Dois argumentos sustentam o nosso ceticismo. Por um lado, a regra é a de terá de alegar em juízo os factos aquele que se pretende beneficiar deles, donde quem está interessado na destruição dos efeitos jurídicos dos negócios que foram celebrados vê recair sobre si o ónus probatório. Por outro lado, o legislador parte do pressuposto de que a simulação não afeta a validade do negócio jurídico real — aquele que efetivamente foi querido pelas partes — donde nos parece que só se pode chegar à invalidade mediante a alegação e prova dos fundamentos que a consubstanciam.

sido observada a forma exigida por lei”. A interpretação do preceito tem, no que respeita ao alcance da observância da forma exigida por lei, suscitado forte controvérsia e dado lugar a diversas posições ⁽³⁹⁴⁾.

Para alguns autores, a forma legal exigida é observada se a forma do negócio dissimulado coincidir com a forma do negócio simulado, ou seja, o negócio dissimulado aproveitar-se-ia da forma do negócio simulado, não sendo necessário o cumprimento de outros requisitos ⁽³⁹⁵⁾. A justificar esta posição invoca-se o facto de a causa da transmissão não ser abrangida pela razão de ser da exigência da forma. Parece, porém, ser possível estabelecer cisões dentro deste núcleo de pensadores ⁽³⁹⁶⁾. Na verdade, enquanto alguns se orientam pela identidade entre as formas dos dois negócios ⁽³⁹⁷⁾; outros apelam à consideração da razão das exigências justificativas da forma para decidir, em cada caso, se pode ou não ser considerado válido o negócio ⁽³⁹⁸⁾. Ora, é exactamente a consideração da *ratio* da forma que determina que se possa chegar a soluções muito díspares a este nível.

Pense-se, na verdade, nos resultados diversos a que se chega partindo da mesma petição de princípio. Enquanto Menezes Cordeiro, considerando que se deve aplicar por analogia o artigo 238.º CC, e sustentando que a “exigência de forma especial para a doação de bens imóveis não é motivada por qualquer *animus* mas pela natureza do objeto transmitido: bem imóvel”, conclui que, quando a lei exige para

⁽³⁹⁴⁾ Para o elenco e explicitação das diversas teorias, cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 903. Veja-se, ainda, A. Barreto Menezes CORDEIRO, *Da simulação*, 109 s. Cf., igualmente, C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 473 s.; HÖRSTER, *A parte geral*, 546 s.; “Simulação. Simulação relativa. Formalismo legal”, *Cadernos de Direito Privado*, 19, 2007, 3 s.; Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 192 s.; Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 591 s.; Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, 225 s.; Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 323 s.

⁽³⁹⁵⁾ Cf. Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 591 s.; Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, 192 s.; Rui de ALARCÃO, “Simulação — Anteprojeto para o novo Código Civil”, 310 s.; Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, 323 s.; Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, 225 s.; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 903; A. Barreto Menezes CORDEIRO, *Da simulação*, 109 s.

⁽³⁹⁶⁾ Para as perceber, v. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 903 e A. Barreto Menezes CORDEIRO, *Da simulação*, 109 s., que nesta sistematização acompanhamos de perto.

⁽³⁹⁷⁾ Assim, Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 591 s.

⁽³⁹⁸⁾ Era a lição que remontava a Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 192 s.

o negócio dissimulado a escritura pública e o negócio simulado a respeito, se deve aproveitar a declaração, considerando-a formalmente válida ⁽³⁹⁹⁾, Carvalho Fernandes defende que, sendo a forma motivada pelo espírito de liberalidade, nos casos em que ele não seja identificado no documento que formaliza o negócio simulado, a *ratio* da exigência não se cumpre, devendo o negócio dissimulado ser considerado nulo ⁽⁴⁰⁰⁾.

No polo oposto, encontramos os autores que, sendo mais rigorosos na posição que apresentam, defendem que só se cumpre a determinação do artigo 241.º/2 CC, se o negócio dissimulado constar de uma contradecaração (um escrito de reserva), que revista a forma legalmente exigida para a sua celebração ⁽⁴⁰¹⁾. Importa, contudo, sublinhar que alguns dos autores que aderem a esta posição — aliás, assumida pelo STJ no Assento de 23 de Julho de 1952, ainda durante a vigência do Código de Seabra — chamam à colação como um dos principais argumentos para a sustentar o facto de os preceitos em questão visarem finalidades específicas, “sendo, pelo menos, duvidoso que elas estejam plenamente alcançadas com a simples observância das solenidades do negócio simulado” ⁽⁴⁰²⁾.

Há diversos tópicos que não podemos deixar de considerar na ponderação da questão. Em primeiro lugar, o artigo 241.º/2 CC é claro em fazer recair sobre o negócio dissimulado as exigências de forma que o mesmo haveria de cumprir se fosse celebrado sem encobrimento. Nessa medida, ele é uma decorrência, no plano formal, da lição que se extrai do n.º 1 do mesmo preceito. Por outro lado, a aplicação do direito não se queda num puro exercício formal e silogístico, nem deve atender preferencialmente a argumentos de índole literal ou histórica que nos remetam para a consideração da norma como um texto. Pelo contrário, a mobilização que se faça de um determinado regime jurídico há-de ser acompanhada da consideração da *sua ratio*. É nessa medida que julgamos importante — ou mesmo fundamental — determinar quais as razões da exigência de forma, caso a caso, para, em concreto, podermos ajuizar acerca da observância ou não do requisito por referência ao negócio

⁽³⁹⁹⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 907; A. Barreto Menezes CORDEIRO, *Da simulação*, 128.

⁽⁴⁰⁰⁾ Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 323 s.

⁽⁴⁰¹⁾ J. Beleza dos SANTOS, *A simulação em Direito Civil*, 357 s.; HÖRSTER, *A parte geral do Código Civil*, 544 s.; C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 474 s.

⁽⁴⁰²⁾ C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 475.

dissimulado. Se dúvidas não restam no que toca à validade do negócio dissimulado quando se trate de uma simulação de valor ou de preço, parece-nos igualmente ser de aderir à posição que entende que o *animus donandi* não se integra entre as razões da imposição do formalismo.

6.1.4. A prova da simulação

A prova da simulação está sujeita a algumas restrições, justificadas pelo desvalor que o comportamento envolve e pelo perigo que a prova testemunhal poderia envolver. Assim, para as hipóteses em que a simulação é invocada pelos simuladores, o artigo 394.º/2 proíbe a prova testemunhal do acordo simulatório e do negócio dissimulado. O objetivo é evitar os perigos que a prova por testemunha poderia acarretar, tornando muito fácil a destruição do valor de um documento ⁽⁴⁰³⁾.

Os simuladores poderão fazer prova por meio de confissão ou de documento.

Já não haveria qualquer limitação de meios de prova, quando a simulação seja invocada por um terceiro.

A doutrina e a jurisprudência têm, no entanto, procurado mitigar o rigor desta solução que, se se compreende em termos prudenciais, pode comprometer seriamente a possibilidade de prova da simulação, de si já bastante difícil de produzir. A consideração de exceções a esta limitação surge pela pena de Vaz Serra, por inspiração do ordenamento jurídico francês e italiano. Vaz Serra admitia, na verdade, o recurso à prova testemunhal, naquelas hipóteses em que houvesse um princípio de prova por escrito, ou seja, qualquer escrito que, sendo proveniente da pessoa contra quem fosse dirigida a demanda, fizesse parecer verosímil o facto alegado. De acordo com a posição do autor, “existindo um começo de prova por escrito, a prova testemunhal terá o papel de um suplemento de prova, pois as testemunhas não são já o único meio de prova do facto; e a exceção justifica-se pela circunstância de, neste caso, o perigo da prova testemunhal ser, em grande parte, eliminado, uma vez que a convicção do juiz está já formada em parte com base num documento” ⁽⁴⁰⁴⁾.

⁽⁴⁰³⁾ Luís Filipe Pires de SOUSA, “A prova da simulação”, *Julgar*, 2013, 71-88. Veja-se, ainda, Vaz SERRA, “Provas (direito probatório material)”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 112, 1961, 194-199.

⁽⁴⁰⁴⁾ Vaz SERRA, “Provas (direito probatório material)”, 219 s. Por direta inspiração do Código francês, ponderava-se ainda que se pudesse recorrer à prova testemunhal quando fosse impossível obter prova escrita ou em caso de perda não culposa dos

Exige-se que haja um documento, que ele provenha daquele contra quem é alegado e que seja verosímil. Verificadas estas condições, será possível a prova por testemunhas e o recurso a presunções.

A esta posição aderiram subsequentemente outros autores ⁽⁴⁰⁵⁾ e grande parte da jurisprudência ⁽⁴⁰⁶⁾.

6.2. Reserva mental

6.2.1. Noção

Nos termos do artigo 244.º/1 CC, “há reserva mental, sempre que é emitida uma declaração contrária à vontade real com o intuito de enganar o declaratário”. O preceito oferece-nos os elementos que integram o conceito de reserva mental: *i)* uma divergência intencional entre a vontade e a declaração; *ii)* com o intuito de enganar o declaratário.

Este último elemento permite-nos distinguir claramente a reserva mental ⁽⁴⁰⁷⁾ da simulação. Falta na reserva mental o pacto simulatório,

documentos que forneciam a prova. Nesse sentido, cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 908. A posição não gera, contudo, unanimidade. Pires de Sousa afirma contundentemente que “a segunda e terceiras exceções não deverão aplicar-se à prova de negócios simulados, sem prejuízo da sua aplicação nos casos que sejam subsumíveis ao n.º 1 do Artigo 394.º do Código Civil. Quanto à impossibilidade moral ou material de obtenção de prova escrita, a admitir-se tal exceção no âmbito da prova de negócios simulados tal significaria que “tanto a demonstração da aludida impossibilidade como a da existência da própria simulação teriam de repousar no depoimento testemunha”, o que — na prática — significaria inutilizar a regra do Artigo 394.º, n.º 2. No que tange à terceira exceção (perda não culposa do documento), VAZ SERRA fundou esta exceção num argumento de maioria ou paridade de razão perante a segunda exceção (impossibilidade material ou moral de obtenção de documento). Pelo que, sendo de afastar a primeira, será também de excluir esta última”. — Luís Filipe Pires de SOUSA, “A prova da simulação”, 75.

⁽⁴⁰⁵⁾ C. A. Mota PINTO/A. Pinto MONTEIRO, “Arguição da simulação pelos simuladores/Prova testemunhal”, *Colectânea de Jurisprudência*, X, 1985, 9 s.; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 908; Luís Filipe Pires de SOUSA, “A prova da simulação”, 71 s. Em sentido contrário, cf. Luís Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, Almedina, Coimbra, 2013, 236 s.

⁽⁴⁰⁶⁾ Cf., *inter alia*, Ac. TRL 22-6-2017, Proc. n.º 1965/12.5TVLSB.L1-6, relatora Maria Manuela Gomes; Ac. STJ 3-7-2018, Proc. n.º 3057/11.5TBPVZ-C.P1.S3, relator José Rainho.

⁽⁴⁰⁷⁾ Acerca da reserva mental, cf., *inter alia*, Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 216 s.; C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 486 s.; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 820 s.; Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral*, 598 s.; L. Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral*, 324 s.;

o acordo entre declarante e declaratário, e a intenção de enganar terceiros.

No Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 1 de Outubro de 2009 (Proc. n.º 2198/1999.L1-6) ⁽⁴⁰⁸⁾ evidencia-se isso mesmo. O caso aí discutido e decidido pode contar-se em poucas palavras. A, solteiro, residente em Lisboa, propôs, em 1/3/1999, uma ação declarativa contra B e C, pedindo que fosse declarado nulo o negócio simulado celebrado entre os réus, que tinha como objeto a fração autónoma X. Em 28/10/1995, A outorgou a B, seu pai, uma procuração, nos termos da qual lhe confere plenos poderes para prometer comprar ou comprar, prometer vender ou vender a referida fração autónoma, autorizando-o simultaneamente a celebrar negócios consigo mesmo. Tal procuração foi conferida, também, no interesse do mandatário, sendo por isso irrevogável. Por escritura pública de 29/2/1999, A, representado por B, declarou adquirir a fração autónoma pelo preço de 10 000 contos. Tendo a aquisição subjacente um mútuo bancário, C surge como fiador de A. Por escritura pública de 15/5/1998, A, representado por B, declarou vender a fração x a C, por 12 000 contos. No processo ficou provado que “o contrato de compra e venda firmado em 29/2/1999 foi formal e aparentemente celebrado entre A, na qualidade de pretenso comprador, e os donos do prédio, na qualidade de efetivos vendedores, quando, na verdade, foi B quem adquiriu o imóvel em questão, figurando aquele A como mero “testa de ferro” ou “homem de palha” (no dizer da doutrina) de seu pai e não como verdadeiro sujeito ativo desse negócio”. B pretendia, na verdade, esconder do seu cônjuge, de quem se estava a divorciar, que aquele bem pertencia ao acervo dos bens do casal a partilhar. O Tribunal da Relação de Lisboa considerou, porém, que, porque os vendedores desconheciam a situação, faltava o pacto simulatório, razão pela qual não seria possível falar, por referência ao circunstancialismo prático, de uma simulação. Preferível seria, portanto, a assimilação da relevância problemática do caso pelo âmbito de relevância hipotético da reserva mental, embora a mesma seja irrelevante, por os destinatários a desconhecerem.

Rui de ALARCÃO, “Reserva mental e declarações não sérias”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 86, 225 s.; Isabel Menéres CAMPOS/Sérgio Mouta FARIA, “Notas sobre a reserva mental”, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Almedina, Coimbra, 2012, 285 s.

⁽⁴⁰⁸⁾ Relator José Eduardo Sapateiro.

O que caracteriza a reserva mental é o facto de o declarante querer uma coisa e dizer outra, não porque se enganou, mas porque quis deliberadamente enganar o declaratário.

Esta ideia é particularmente importante ao nível da qualificação de determinadas situações práticas como hipóteses de reserva mental ou não.

Pensemos no caso discutido e decidido pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16 de Abril de 2009 (Proc. n.º 8849/05.1TBCSC-8) ⁽⁴⁰⁹⁾.

A sociedade X, proprietária de uma galeria comercial, demandou a sociedade Y. Em causa estava um contrato de utilização de uma loja no centro comercial celebrado entre ambas em 1 de Março de 2004. Tal contrato consubstanciou a renovação de outro contrato, de natureza e conteúdo idênticos (que havia sido celebrado em 28 de Fevereiro de 1999 entre a ré e a antiga proprietária da referida galeria de lojas). A sociedade Y obrigou-se, nos termos daquele contrato, a pagar uma remuneração mensal no montante correspondente à soma de uma parcela fixa e uma parcela variável (calculada de acordo com uma percentagem da faturação da loja). Contudo, a partir de 2005, e depois de já se ter verificado mora no pagamento das prestações devidas durante o primeiro ano de vinculação negocial, deixou de pagar as rendas, acabando por ser resolvido o contrato. No processo, a sociedade Y deduziu um pedido reconvenicional. Para tanto alegou que, devido a obras, a loja esteve encerrada durante cinco meses, tendo sido obrigado o lojista a exercer a sua atividade numa banca situada na entrada do centro comercial, e que, a partir de 2005, houve um problema no ar condicionado do centro, o que tornou o calor insuportável dentro da loja, afastando os clientes e fazendo decair as receitas. Mais invocou que tinha havido reserva mental no momento da celebração do contrato.

A invocação da disciplina da reserva mental concita-nos, porém, inúmeras dúvidas. Ela baseia-se no facto de, por o contrato ter sido celebrado com recurso a cláusulas contratuais gerais e não ter havido negociação prévia entre as partes, a sociedade Y se ter sentido forçada a aceitar o clausulado que lhe era submetido, sem que, contudo, tivesse vontade de o fazer, pelo menos na sua conformação concreta,

⁽⁴⁰⁹⁾ Relatora Carla Mendes.

relativamente a todas as cláusulas que, segundo alegação, não tinham sido comunicadas, determinando-se, assim, uma divergência entre a vontade e a declaração. Simplesmente, não se percebe por que razão se há-de invocar o regime da reserva mental para fazer face à falta de conhecimento das cláusulas, se o DL n.º 446/85 comina expressamente como sanção para a falta de comunicação de alguma das cláusulas contratuais a sua exclusão do conteúdo do contrato singular celebrado. Por outro lado, a reserva mental implica uma clara intenção de enganar o declaratório, não estando em causa um simples dissídio entre a vontade e a declaração resultante de um desconhecimento dos termos do acordo. Ora, como se pode ler no acórdão “a ré sabia que teria que efetuar um novo contrato com a autora, uma vez que o contrato celebrado com a anterior proprietária, em 1999, caducava em 2004, sob pena de ter de proceder à entrega da loja”, celebrando o contrato no seu interesse”. Ou seja, parece que há efetiva vontade de declaração.

No fundo, parece-nos importante distinguir, para efeitos de qualificação de uma determinada hipótese como reserva mental, as situações em que não há vontade de celebrar o negócio ou há vontade de celebrar um negócio diverso daquelas em que há efetiva vontade de celebrar aquele contrato, ainda que não haja uma íntima adesão ao pactuado. Nesse caso poderá, ou não, estar em causa um vício da vontade, tudo dependendo do âmbito de relevância do problema concreto ⁽⁴¹⁰⁾.

Do mesmo modo, não haverá reserva mental se a pessoa celebrar um negócio que não desejava, porque pensava que o mesmo seria inválido, por um vício que, afinal, não se verifica ⁽⁴¹¹⁾.

6.2.2. Modalidades

A reserva mental, tal como a simulação, conhece diversas modalidades ⁽⁴¹²⁾.

Em primeiro lugar, a reserva mental pode ser inocente ou fraudulenta. Na primeira, existe a intenção de enganar o declaratório; na segunda, a intenção de enganar é acompanhada do intuito de

⁽⁴¹⁰⁾ Veja-se, a este propósito, Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral*, 536, distinguindo a vontade negocial da motivação psicológica.

⁽⁴¹¹⁾ Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 821. Seria aqui aplicável o regime do erro.

⁽⁴¹²⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 486.

prejudicar. Em algumas hipóteses, mais do que não haver intenção de prejudicar, pode existir a vontade de beneficiar o declaratório (reserva mental benemérita).

Por outro lado, a reserva mental pode ser absoluta ou relativa. Na reserva mental absoluta, o declarante não pretende celebrar qualquer negócio; na reserva mental relativa, há a intenção de celebrar um negócio diferente daquele que foi efetivamente celebrado.

Finalmente, podemos distinguir entre a reserva mental unilateral ou bilateral, consoante apenas um dos contraentes tenha agido sob reserva mental ou ambos tenham declarado sob reserva.

6.2.3. Regime

Em regra, a reserva mental é irrelevante. Ou seja, e de acordo com o artigo 244.º/2 CC, ela não prejudica a validade da declaração.

Contudo, se a reserva for conhecida do declaratório, determina o mesmo preceito que tem os efeitos da simulação. Menezes Cordeiro mostra-se crítico desta fórmula remissiva. Nas suas palavras, “a simulação pressupõe um acordo entre o declarante e o declaratório e o intuito de enganar terceiros (...). Ora, na reserva conhecida pelo declaratório, não há tal acordo, nem, logicamente, o comum intuito de enganar terceiros. A remissão do final do artigo 244.º/2 deve, pois, ser lida em termos cabais: há uma remissão para a simulação *in totum*: esta só se aplicará se se encontrarem reunidos os seus diversos requisitos. Mas, à partida, a reserva mental conhecida pela outra parte dá azo à nulidade” ⁽⁴¹³⁾.

Não cremos que as preocupações sistemáticas do autor sejam justificadas. Na verdade, o legislador não compara a reserva mental à simulação, mas determina que ela terá os mesmos efeitos daquela, caso seja conhecida da contraparte, ou seja, o negócio será nulo.

A solução não está, contudo, isenta de críticas. No direito alemão, Larenz e Wolf ⁽⁴¹⁴⁾ consideram tratar-se de um desvio no sentido da

⁽⁴¹³⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 822.

⁽⁴¹⁴⁾ K. LARENZ/M. WOLF, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 644 s. Cf. igualmente, Karl LARENZ/Manfred WOLF/Jörg NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10. Auflage, München, C. H. Beck, 2012, 653 s.

Outros autores explicam a solução legal com apelo à teoria da vontade. Cf. Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral*, 536; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 822.

teoria da vontade, razão pela qual dirigem a sua desconfiança ao regime. Entre nós, também Menezes Cordeiro se revela crítico da solução ⁽⁴¹⁵⁾, sustentando que o preceito (artigo 244.º/2 CC) se deve interpretar em termos restritivos e integrados. Para o autor, “as pessoas sentem-se e ficam vinculadas às palavras e aos atos: não aos pensamentos, ainda que porventura os conheçam ou pensem conhecer. A juridicidade está suficientemente ancorada nos corações e nos espíritos da Humanidade para ser da maior evidência que vale a declaração feita, ainda que, no fundo, a vontade fosse outra” ⁽⁴¹⁶⁾. Para o autor, a nulidade implicaria que o declaratório conhecesse a reserva do declarante e com ela concordasse, numa solução que estaria em consonância com o artigo 236.º/2 CC.

Ora, ainda que os argumentos sejam sugestivos, parece-nos que a solução dispensada pelo Código Civil português está em consonância com a intencionalidade que preside à disciplina das divergências entre a vontade e a declaração. Se o princípio da fidelidade ao contrato não pode deixar de ser tido em conta, importa não esquecer que o conhecimento da reserva pela contraparte determina a inexistência de razões para se tutelar a sua confiança ⁽⁴¹⁷⁾. A remissão do artigo 244.º/2, *in fine*, para os efeitos da simulação, ao invés de se dispor imediatamente que a reserva mental conhecida gera a nulidade da declaração ⁽⁴¹⁸⁾, faz-nos intuir ser a confiança (ou a

⁽⁴¹⁵⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 821 s.

⁽⁴¹⁶⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 822.

⁽⁴¹⁷⁾ Cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 487; Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral*, 536. Note-se, porém, que, embora Pedro Pais de Vasconcelos explicita que, nestas hipóteses, deixa de haver razões para proteger o declaratório, o autor mostra que “só uma conceção voluntarista psicologista, que confunde a vontade negocial com o processo de motivação psicológica,” pode levar a pensar que a reserva mental pode significar falta de vontade negocial, o que parece denotar que em causa não está simplesmente uma ponderação entre o peso que se deve dar à vontade ou à confiança.

Cf., igualmente, Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral*, 322, considerando que o regime da reserva mental se harmoniza com a teoria da responsabilidade, do mesmo modo que se explica por esta via a solução pensada para o caso de reserva mental conhecida. Pensamos ser preferível pensar no problema à luz da teoria da confiança.

Sobre o ponto, veja-se, ainda, Paulo Mota PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, n.º 18.

⁽⁴¹⁸⁾ Era essa, contudo, a opção de Rui de Alarcão, nos trabalhos preparatórios do Código Civil, onde se propunha que “a declaração negocial não é nula pelo simples facto de o declarante a ter emitido sob reserva, que foi seu intento ocultar do

ausência dela) que é aqui ponderada ⁽⁴¹⁹⁾, bem como uma eventual sanção a quem deu origem à divergência.

No mais, não se remete unicamente para a nulidade como sanção, mas para todo o regime da simulação ⁽⁴²⁰⁾, o que significa que, no caso de reserva mental relativa, o negócio efetivamente querido pelo declarante pode vir a ser considerado válido, desde que o fosse em qualquer circunstância, e desde que o declaratório o aceitasse como tal. Aliás, esta solução decorreria já do artigo 236.º/2 CC, uma vez que, quando conhece a vontade real do declarante, é de acordo com ela que deve ser interpretada a declaração, afastando-se o sentido da impressão do destinatário, que resulta do n.º 1 do artigo 236.º CC ⁽⁴²¹⁾.

Problema interessante passa por saber se se poderá ou não aplicar o artigo 243.º CC às hipóteses de reserva mental conhecida pelo declaratório, quando a nulidade do negócio seja invocada pelo declarante contra um terceiro de boa-fé. O problema coloca-se em face da remissão para o regime da simulação, nas hipóteses de conhecimento da reserva pelo declarante ⁽⁴²²⁾.

A jurisprudência mostra-se concordante com o entendimento que a doutrina tem derramado sobre o regime da reserva mental. No citado Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16 de Abril de 2009 pode ler-se que “a relevância jurídica da reserva mental depende do conhecimento que dela tenha o declaratório. O que se passa no foro íntimo do declarante não prejudica a declaração, embora ela não corresponda à vontade real subjacente”. Para que o negócio possa ser considerado nulo, com base no artigo 244.º CC, exige-se que o declaratório conheça a reserva.

declaratório, de não querer aquilo que declarou. A declaração será, todavia, nula, se o declaratório tiver conhecido a reserva — cf. Rui de ALARCÃO, “Reserva mental e declarações não sérias”, 225 s.

⁽⁴¹⁹⁾ Sobre esta remissão, cf. Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral*, 323. Em sentido diverso, Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 822.

⁽⁴²⁰⁾ Solução diversa é consagrada no § 116 BGB: a declaração de vontade não é inválida pelo facto de o declarante a ter feito sob reserva mental de que não queria essa declaração. É nula se o declaratório conhecia a reserva.

⁽⁴²¹⁾ Menezes Cordeiro rejeita, aliás, que se veja na tutela da confiança o fundamento para a disciplina da reserva mental. Nas suas palavras: “nem é preciso ir tão longe: está em jogo, desde logo, a relevância negocial da declaração e da vontade — Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 822.

⁽⁴²²⁾ Não formulando o problema, mas parecendo opor-se a uma resposta positiva, cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 822.

O coletivo de juízes refere, ainda, que esta doutrina vale mesmo que “só por sua culpa o declaratário desconheça a reserva, por se entender que o dolo do declarante apaga a culpa da outra parte; e vale tanto para a chamada reserva inocente como para a reserva fraudulenta”.

Ora, neste ponto, cremos que não há absoluta sintonia entre o que o aresto consagra e a posição de parte da doutrina. De acordo com Mota Pinto ⁽⁴²³⁾, apesar de a lei não diferenciar diretamente os regimes, a reserva mental inocente poderá ser objeto de uma disciplina diversa, não se indo ao ponto de exigir o conhecimento dela (mas a mera cognoscibilidade) para que o contrato seja considerado nulo. Para tanto, Mota Pinto recorre à cláusula geral do abuso do direito. Nas suas palavras, “excederá, muitas vezes, os limites impostos pela boa fé e pelos bons costumes — por ser clamorosamente contrária ao sentimento jurídico prevalecente — a pretensão do declaratário, no sentido da validade de uma declaração que o respetivo autor emitiu, com reserva mental, para trazer vantagem ao declaratário (p. ex., para o dissuadir do suicídio ou de um ato patrimonialmente ruinoso) ⁽⁴²⁴⁾. A mesma posição já tinha sido defendida por Rui de Alarcão ⁽⁴²⁵⁾ e foi abraçada por Hörster ⁽⁴²⁶⁾.

Aderimos a ela na solução concreta a que conduz, mas não nos seus fundamentos. Uma adequada compreensão do abuso do direito impede-nos, metodologicamente, de a alicerçar na contrariedade ao sentimento jurídico prevalecente.

Cremos, não obstante, que se podem encontrar argumentos de outra índole para a sustentar. Assim, em primeiro lugar, haveremos de considerar as regras em matéria de interpretação jurídica. Se o declaratário não conhece a vontade real do declarante, não conhecendo, por isso, a reserva mental, é de acordo com o sentido da impressão do destinatário que a declaração deve ser compreendida. Dito de outro modo, aquela declaração vale com o sentido que um declaratário normal, colocado na posição do real declaratário, retire da declaração. Significa isto que, havendo cognoscibilidade, isto é, sendo exigível que o declaratário conhecesse a reserva, é de acordo com o sentido da vontade real do declarante que valerá o negócio, o

⁽⁴²³⁾ Cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 487.

⁽⁴²⁴⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 488.

⁽⁴²⁵⁾ Rui de ALARCÃO, “Reserva mental e declarações não sérias”, 223.

⁽⁴²⁶⁾ HÖRSTER, *A parte geral*, 549 s.

que, em última instância, pode determinar a sua invalidade. Questiona-se, porém, se, por esta via, não podemos estender a solução aos casos em que a reserva mental não é inocente.

Por outro lado, podemos falar aqui de uma assimilação por adaptação extensiva do caso pela norma do artigo 244.º/2 CC. É que embora o âmbito de relevância do caso concreto — em que se prova que apenas existia cognoscibilidade — seja mais amplo do que aquele que é tipificado pela norma, sempre se poderá dizer que a consideração da *ratio* — a tutela da confiança — determina que haja fundamento para a assimilação entre ambos.

6.3. Declarações não sérias

6.3.1. Noção

Nos termos do artigo 245.º/1 CC, a declaração não séria, feita na expectativa de que a falta de seriedade não seja desconhecida, carece de qualquer efeito.

A primeira tarefa com que o jurista se depara é, portanto, perceber qual o exato alcance de uma declaração não séria.

O problema da qualificação de uma declaração como séria ou não séria pode colocar-se a diversos ensejos. Pense-se, por exemplo, no caso decidido e discutido pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 20 de Setembro de 2016 (Proc. n.º 1671/15.9T8FAR.E1) ⁽⁴²⁷⁾, no âmbito do qual se considerou que não se poderia qualificar como declaração não séria a declaração assinada pelo trabalhador, na qual reconhecia que a sua entidade patronal não era devedora de quaisquer montantes adicionais, estando todas as contas liquidadas, apesar de ter afirmado, no momento da celebração do acordo, que não concordava com o teor da afirmação ⁽⁴²⁸⁾. Apesar de não concordar com o teor da declaração, o declarante, quando a emitiu, fê-lo seriamente e acreditando que a contraparte cria nessa seriedade. No mais, não há uma divergência entre a vontade do sujeito e a sua declaração: o que se verifica, sim, é que o sujeito apenas emitiu a declaração com aquele sentido porque a entidade patronal o forçou a tanto.

⁽⁴²⁷⁾ Relator Chambel Mourisco.

⁽⁴²⁸⁾ O tribunal considerou, igualmente, que não existia qualquer reserva mental. Quanto a esta, a conclusão é simples: a afirmação de não concordância retira do circunstancialismo concreto qualquer intenção de enganar o declaratório.

Donde, a verificar-se uma qualquer patologia que possa afetar a validade do negócio, ela tem de ser procurada no seio dos vícios da vontade e não das divergências entre a vontade e a declaração ⁽⁴²⁹⁾.

Parece-nos que andou bem o Tribunal da Relação de Évora. Na verdade, quando falamos de declaração negocial estamos a falar de um comportamento declarativo ao qual, ainda que apresente tal aparência, o declarante não tinha intenção de atribuir qualquer eficácia negocial, crendo que o seu declaratário disso se aperceberia. Estamos no domínio das declarações jocosas, cénicas, didáticas ⁽⁴³⁰⁾. Os exemplos que se podem apresentar são clássicos — declaração negocial emitida no contexto de uma aula de direito ou de uma representação teatral, uma graça feita numa roda de amigos ⁽⁴³¹⁾ — e continuam a ser mobilizados pelos estudiosos na matéria.

Ou seja, as declarações não sérias implicam: *i)* uma divergência entre a vontade e a declaração, que, aparentemente, pretende ser negocialmente eficaz; *ii)* a intencionalidade dessa divergência; *iii)* a ausência de intenção de enganar quer terceiros, quer o declaratário; *iv)* a expectativa de que o declaratário se aperceberia da falta de seriedade da declaração ⁽⁴³²⁾.

A este propósito, Menezes Cordeiro oferece alguns esclarecimentos adicionais. Diz-nos o autor, entre outras coisas, que, para se poder falar de declaração não séria, temos de estar diante de uma “declaração linguisticamente capaz de exprimir uma declaração negocial eficaz: uma afirmação descabida ou disparatada, em si ou pelo contexto, não tem qualquer relevância capaz de avocar o artigo 245.º” ⁽⁴³³⁾. Por outro lado, adverte que “uma falta de seriedade puramente íntima, que

⁽⁴²⁹⁾ Veja-se, porém, o Acórdão STJ de 28 de Abril de 1999 (*apud* A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 834), no qual se considerou que não havia coação no caso em que uma pessoa prejudicada assina uma declaração afirmando que se encontra totalmente ressarcida só para reaver parte do que lhe fora tirado.

⁽⁴³⁰⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 488. O autor fala, ainda, das declarações publicitárias. Temos, porém, em face das novas regras de proteção do consumidor, as maiores dúvidas, quanto à irrelevância jurídica de muitas das declarações publicitárias. Reconhecendo, embora, isso mesmo, cf. p. 489, n. 647.

⁽⁴³¹⁾ F-C SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, III, 260.

⁽⁴³²⁾ Veja-se, porém, o Ac. STJ de 9-11-1999, relator Machado Soares, *apud* Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 815, no qual se entendeu que o contrato promessa assinado pelas partes sem qualquer vontade de celebrar um negócio e sem visar o engano de terceiros não produz qualquer efeito por ser não sério.

⁽⁴³³⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 813.

não assuma uma dimensão de alteridade, não releva para o direito”, ao mesmo tempo que chama a atenção para o facto de ter de haver a expectativa de que a falta de seriedade não seja desconhecida, expectativa essa que se “deve alicerçar em algo de substancial, seja objetivamente (todos percebem a falta de seriedade) seja subjetivamente (o concreto destinatário deveria aperceber-se disso, dado, por exemplo, o historial de brincadeiras entre ambos existente)” ⁽⁴³⁴⁾.

Este é um dado particularmente importante. Na verdade, na falta de tal expectativa não poderemos falar de declaração não séria, havendo, quanto muito, reserva mental. É o caso, por exemplo da graça malévola, de que fala a doutrina, enquanto aquela que é feita com a intenção trocista de causar engano na contraparte

6.3.2. Regime

O artigo 245.º/1 CC determina que a declaração não séria carece de qualquer efeito. A solução foi proposta por Rui de Alarcão, nos trabalhos preparatórios do Código Civil, embora o autor tenha, à época, tentado contemporizar esta ideia de falta de eficácia da declaração não séria com a responsabilização do declarante pelos prejuízos sofridos pelo declaratário, quando este não conheceu, nem teve cognoscibilidade da falta de seriedade dessa declaração ⁽⁴³⁵⁾.

O primeiro problema com que o jurista tem de lidar é, portanto, o de interpretar a não produção de qualquer efeito a que a norma se refere. Três opções são, em teoria, cogitáveis: *i)* o negócio é nulo; *ii)* o negócio é ineficaz; *iii)* o negócio é inexistente.

A nulidade é a sanção que o ordenamento jurídico alemão, no § 118 BGB, predispõe para as declarações não sérias. Não cremos, porém, que ela se coadune com os dados do ordenamento jurídico português. Em primeiro lugar, um negócio nulo produz — ou pode produzir — ainda alguns efeitos. Pense-se nos efeitos resultantes do artigo 243.º e 291.º CC, bem como do efeito central do registo ou da redução ou da conversão do negócio jurídico, e bem assim na

⁽⁴³⁴⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 814.

⁽⁴³⁵⁾ Rui de ALARCÃO, “Reserva mental e declarações não sérias”, 231. A questão da eventual relevância da declaração não séria foi debatida na Alemanha, tendo Ihering proposto a solução afirmativa, em casos de não conhecimento da falta de seriedade pelo declaratário. R.v. IHERING, “Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtiger oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen”, 74.

manutenção de determinados deveres de proteção que perduram apesar da retroatividade que se reconhece. Em segundo lugar, tendo em conta a *ratio* do regime, a apontar para a exclusão da relevância negocial do ato, parece-nos pouco consentâneo com a determinação da nulidade da declaração.

A ineficácia do negócio ⁽⁴³⁶⁾, por seu turno, pode ser entendida em termos amplos, identificando a não produção de efeitos por um impedimento legal, de múltipla ordem; ou em termos estritos, definindo-se aí pela “circunstância de depender, não de uma falta ou irregularidade dos elementos internos do negócio, mas de alguma circunstância extrínseca que, conjuntamente com o negócio, integra a situação complexa produtiva de efeitos jurídicos” ⁽⁴³⁷⁾. Ora, no caso presente, do que se trata não é de se determinar a não produção de efeitos jurídicos por uma circunstância extrínseca que integra a situação complexa produtor dos mesmos. Na verdade, do que se trata é da falta do *corpus* mínimo que nos permite qualificar o ato como um verdadeiro negócio jurídico, exatamente porque lhe falta um dos seus elementos essenciais — uma declaração negocial séria.

Parece-nos, portanto, que a melhor solução é considerar o negócio inexistente.

Pensada inicialmente, em França, no quadro do direito matrimonial, a inexistência viria cobrir, em face da regra segundo a qual o casamento só seria nulo nos casos previstos na lei, as hipóteses omisitas relativas a casamentos celebrados entre pessoas do mesmo sexo, casamentos celebrados com falta de consentimento de um dos nubentes e casamentos que não obedecessem à forma legal ⁽⁴³⁸⁾. Alargada a sua influência, posteriormente, para outros domínios do direito civil, a inexistência continua a ser hoje objeto de controvérsia entre os autores, não gerando a sua autonomização unanimidade na doutrina ⁽⁴³⁹⁾.

Entre nós, Guilherme Moreira considerou que a inexistência se equiparava à nulidade, apenas a admitindo ao nível do casamento ⁽⁴⁴⁰⁾.

⁽⁴³⁶⁾ É a solução preconizada, entre outros, por Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 812 s.

⁽⁴³⁷⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 615.

⁽⁴³⁸⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 935; C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 618.

⁽⁴³⁹⁾ Cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 618; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 925 s.

⁽⁴⁴⁰⁾ Guilherme MOREIRA, *Instituições do Direito Civil Português*, I, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1907, 510.

Menezes Cordeiro, na senda de Galvão Telles ⁽⁴⁴¹⁾, depois de explicitar que a inexistência de que se cura é a inexistência jurídica e não material, que seria puramente descritiva ⁽⁴⁴²⁾, considera que a transposição da categoria para o negócio jurídico em geral conduz a resultados inadequados, já que se impediriam os efeitos jurídicos residuais que ainda podem ser produzidos por um negócio nulo, sustentando, assim, que “os pretensos casos de inexistência jurídica são, pois, casos de nulidade, sob pena de gravíssimas injustiças, enquadradas por puros conceptualismos” ⁽⁴⁴³⁾.

Outros autores mostrar-se-iam recetivos à doutrina francesa da inexistência. Manuel de Andrade ⁽⁴⁴⁴⁾ reconheceu o mérito de se admitir que os negócios nulos venham a produzir determinados efeitos laterais ou secundários, embora enquadre a temática no âmbito do contrato de casamento. Mota Pinto, por seu turno, admitiu que a figura teria interesse mesmo no quadro do negócio jurídico em geral, ao lado dos casos de nulidade e anulabilidade, para lidar com aquelas situações em que apenas existe a aparência de materialidade de um determinado negócio, faltando, no entanto, o *corpus* que o integra, ou seja, a própria materialidade que lhe subjaz ⁽⁴⁴⁵⁾. Nestes casos, dever-se-ia impedir, por completo, a produção de quaisquer efeitos jurídicos, que ainda seriam possíveis por referência aos negócios nulos, *v. g.* a conversão, a redução, a

⁽⁴⁴¹⁾ I. Galvão TELLES, *Manual dos contratos em geral*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, 333.

⁽⁴⁴²⁾ A este propósito, veja-se, igualmente, Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 573 s., considerando que a inexistência assume três modos de ser na teoria do negócio jurídico: a inexistência ôntica, a inexistência qualificativa e a inexistência por mera imposição da lei. A inexistência ôntica, segundo explica o autor, ocorre “quando não existe onticamente qualquer negócio. O negócio não foi de todo celebrado, não ocorreu”, remetendo para aí as hipóteses de coação física, de declarações não sérias e (num ponto em que divergimos da sua opinião) de falta de consciência da declaração. A inexistência qualificativa ocorre quando “o ato ou o negócio existem como algo, mas não enquanto tal. A questão, aqui, é de qualificação”, remetendo para aqui o casamento entre pessoas do mesmo sexo, numa referência ao anterior regime que proibia terminantemente (e bem) este contrato de casamento. A inexistência por mera imposição da lei não teria um fundamento ôntico ou de qualificação, correspondendo “a um ato de autoridade e de hostilidade do direito que impõe, como consequência de vícios particularmente graves, uma sanção equivalente à inexistência”, remetendo-se para aí as hipóteses do artigo 1628.º, a) e b) CC.

⁽⁴⁴³⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 929.

⁽⁴⁴⁴⁾ Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, 2, 415.

⁽⁴⁴⁵⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 619.

proteção de terceiros de boa-fé, a proteção do adquirente de boa-fé em determinadas situações, a proteção do possuidor de boa-fé, etc. Também Oliveira Ascensão, Pedro Pais de Vasconcelos e Luís Menezes Leitão se mostram recetivos à aceitação da categoria ⁽⁴⁴⁶⁾.

Em face da controvérsia, não temos dúvidas em considerar como preferível a segunda posição expendida. Na verdade, há determinados casos de tal modo graves em que, embora possa existir a aparência de materialidade de um determinado jurídico, a realidade não corresponde a essa noção. É o que acontece sempre que falhe um elemento essencial do negócio, não porque ele não esteja presente (o que determinaria a inexistência material, por exemplo, nas hipóteses de falta de uma declaração negocial), mas porque a sua mera presença não é corporizada pela materialidade correspondente.

Ora, parece-nos ser exatamente isso que se verifica no caso de uma declaração não séria.

Há, porém, que não esquecer o artigo 245.º/2 CC. Se a declaração não séria for feita em circunstâncias que induzam o declaratório a aceitar justificadamente a sua seriedade, tem ele o direito a ser indemnizado pelo prejuízo que vier a sofrer.

O preceito deve ser interpretado habilmente. Na verdade, como explica Menezes Cordeiro, se a falta de seriedade não for cognoscível

⁽⁴⁴⁶⁾ Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, II, 310 s.; Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 576 s. O último autor citado, para além de chamar a atenção para as injustiças gritantes a que algumas situações poderiam conduzir se o negócio fosse considerado apenas nulo, diz-nos que “a inexistência do negócio jurídico só pode ser confundida com a nulidade num modo de pensar que não leve em consideração a dimensão ontológica da ação negocial. Para além das consequências jurídicas que a lei lhes atribua, deve distinguir-se o não-ato, o não-negócio, do ato ou do negócio inválidos. No primeiro caso, o juízo sobre a existência ou inexistência, a questão é posta no domínio do ser; no segundo, no juízo sobre a validade ou invalidade, a questão coloca-se no domínio do dever-ser. (...) o negócio inexistente é um nada; o negócio existente mas nulo é algo de inválido que tem ainda alguma eficácia jurídica, embora não negocial. A falta de perspetiva ontológica, induzida pela recusa positivista da metafísica, torna difícil distinguir a inexistência da nulidade”.

Cf., igualmente, Luís Menezes LEITÃO, *O enriquecimento sem causa no direito civil*, Almedina, Coimbra, 2005, 445. O autor sustenta que o artigo 476.º CC se refere claramente à hipótese de inexistência. Para o civilista, no quadro da inexistência, “a não produção de efeitos negociais deixa o caminho aberto para se exigir a restituição da prestação com fundamento no enriquecimento sem causa, o que não sucederia se existisse uma relação de liquidação, como a instituída pelo negócio nulo”. (cf. pág. 446, nota 1327).

do declaratório, podemos cair no âmbito de relevância da reserva mental. Nas palavras do autor, “uma declaração não séria, feita de tal modo que a não seriedade não seja perceptível tem objetivamente o intuito de enganar o declaratório” ⁽⁴⁴⁷⁾. Assim, o autor distingue a declaração patentemente não séria, à qual se aplica o artigo 245.º/1 CC; a declaração patentemente não séria, mas que enganou o declaratório, à qual se aplica o artigo 245.º/2 CC; e a declaração secretamente não séria, à qual se aplica o regime da reserva mental ⁽⁴⁴⁸⁾. Será também este o caso quando o declarante se apercebe que o declaratório confiou na seriedade da declaração e não o esclareceu.

6.4. Coação física ou coação absoluta

6.4.1. Noção

A coação física traduz-se numa divergência não intencional entre a vontade e a declaração, que resulta do facto de o declarante ser submetido a uma força de tal modo irresistível que é transformado num autómato. Não estamos, aqui, diante de uma simples ameaça, ainda que ilícita, que visa extorquir a declaração negocial, hipótese em que nos confrontaríamos com a coação moral, entendida como um vício da vontade, mas perante uma hipótese em que a vontade está absolutamente ausente, porque a força a que o declarante é submetido faz com que ele seja um instrumento de atuação de um terceiro.

Os termos da distinção entre a coação física ou absoluta e a coação moral ou relativa são claros. Não obstante, denota-se ainda alguma discrepância entre os autores. Pacífica parece ser a ideia de que a cisão entre as duas figuras não se orienta pelos meios que forem utilizados. Na verdade, contra o que poderia ser sugerido a partir das designações, a coação moral não obsta a que a ameaça seja dirigida contra a integridade física do sujeito ou que a ameaça seja física.

⁽⁴⁴⁷⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 814.

⁽⁴⁴⁸⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 815. Repare-se que, como o autor esclarece, tudo isto deve ser balizado pela adequada mobilização do artigo 236.º CC, atinente à interpretação do negócio jurídico. É por meio dele que poderemos saber ou não se uma declaração é séria ou não. O autor vai mais longe e sugere que se existir uma declaração normal que seja entendida como não séria, se essa não seriedade corresponder ao sentido da impressão do destinatário, ela não vincula o destinatário.

O critério já poderia fazer mais sentido se pensarmos que a coação física implica que seja efetivamente exercida uma força sobre o declarante.

Contudo, parece que o principal significado da distinção passa pela presença ou não da vontade, ainda que limitada. Foi esse, aliás, o sentido histórico da contraposição ⁽⁴⁴⁹⁾. E, se assim é, então faz sentido que o critério prático-normativo de que se lance mão para, em concreto, se determinar se estamos diante de um caso de coação física ou de coação moral passe pela consideração da vontade atuante no momento da celebração do negócio.

Nessa medida, na coação moral ou relativa, o declarante mantém uma margem de liberdade, por mínima que seja; no caso da coação física ou absoluta, a liberdade está totalmente excluída ⁽⁴⁵⁰⁾. Na concretização deste critério, Mota Pinto ensina que, na hipótese de “uso de meios físicos e ameaça da sua perduração, sem se atingir os extremos da utilização do coato como um autómato, o que gera o negócio é o receio da consumação ulterior ou da persistência de um mal físico já em começo de execução. Não estando, portanto, totalmente excluída a liberdade do coato, mas apenas coartada, o caso integra-se na hipótese do artigo 255.º: coação moral” ⁽⁴⁵¹⁾.

Entendimento diverso apresenta Menezes Cordeiro. Para o autor, “qualquer situação de coação implica, à partida, o regime da coação moral (...). Todavia, quando a situação seja de tal modo significativa que não possa falar-se de *voluntas*, por o coagido não ter, em termos de normalidade, margem de escolha (por exemplo: uma ameaça de morte totalmente verosímil), caímos na coação física” ⁽⁴⁵²⁾.

Não se trata de uma discrepância de critérios, mas na aplicação prática que se faz do que foi erigido em orientador do decidente atenta a *ratio* dos institutos. A adequada solução para o problema terá de passar, portanto, por saber — em concreto — até que ponto se mantém ou não uma margem de liberdade, por mínima que seja, que nos permita ainda dizer que o comportamento do sujeito foi voluntário.

⁽⁴⁴⁹⁾ Para uma análise e contraposição dos diversos critérios, bem como do sentido histórico da distinção, cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil II*, 826 s.

⁽⁴⁵⁰⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 489.

⁽⁴⁵¹⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 490.

⁽⁴⁵²⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil II*, 828.

6.4.2. Regime

De acordo com o artigo 246.º CC, “a declaração não produz qualquer efeito, se o declarante não tiver a consciência de fazer uma declaração negocial ou for coagido pela força física a emití-la; mas, se a falta de consciência da declaração for devida a culpa, fica o declarante obrigado a indemnizar o declaratário”.

A hipótese normativa do preceito é, portanto, dupla. Nele, disciplinam-se não só as hipóteses de coação física ou absoluta, mas também as situações de falta de consciência da declaração ⁽⁴⁵³⁾. Talvez por isso o legislador tenha optado por uma fórmula generalizante, dizendo que a declaração não produz qualquer efeito.

Temos, portanto, de interpretar normativamente esta não produção de efeitos.

Tal como referimos a propósito das declarações não sérias, em teoria, são cogitáveis três sanções: *i*) ineficácia ⁽⁴⁵⁴⁾; *ii*) nulidade ⁽⁴⁵⁵⁾; *iii*) inexistência ⁽⁴⁵⁶⁾.

Rejeitamos as duas primeiras opções, por motivos análogos aos que, em sede própria, apontámos: um negócio nulo pode ainda produzir determinados efeitos jurídicos, que são pouco consentâneos com a ausência total de vontade de ação. De facto, não nos podemos esquecer que estamos a lidar com hipóteses em que o comportamento nem sequer é voluntário. Por outro lado não estamos perante a não produção de efeitos jurídicos por força de uma circunstância extrínseca que integra a situação complexa produtora dos mesmos. Na verdade, do que se trata é da falta do *corpus* mínimo que nos permite qualificar o ato como um verdadeiro negócio jurídico, exactamente porque lhe falta um dos seus elementos essenciais — o comportamento voluntário que consubstancia uma declaração.

6.5. Falta de consciência da declaração

Em determinadas situações, o sujeito que emite uma declaração de vontade fá-lo voluntariamente, não tendo, contudo, consciência de que ao seu comportamento é atribuído o valor de declaração negocial.

⁽⁴⁵³⁾ Trataremos estas hipóteses subseqüentemente. Cf. *infra*.

⁽⁴⁵⁴⁾ Cf. HÖRSTER, *A parte geral*, 552.

⁽⁴⁵⁵⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 828.

⁽⁴⁵⁶⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 490.

Diz-se, então, que falta a consciência da declaração, a corresponder, em regra (mas não necessariamente, como veremos), a hipóteses em que está ausente a vontade de declaração ⁽⁴⁵⁷⁾.

O simples enunciado encerra, porém, questões complexas, que nos fazem mergulhar em aspetos centrais da teoria do negócio jurídico.

Em primeiro lugar, parece estar em causa uma valorização da vontade, em detrimento da dimensão objetiva da declaração. Alguns autores vêm, então, criticar a possibilidade de se invalidar o negócio com base na falta de consciência que dela se tenha ⁽⁴⁵⁸⁾. Designadamente, entende-se que a consciência não seria necessária para se poder falar de uma declaração, bastando que a mesma pudesse ser imputável ao declarante ⁽⁴⁵⁹⁾, caso em que, mesmo que não se tivesse apercebido de que o seu comportamento podia ser interpretado no sentido de nele ver uma declaração negocial, ficaria por ela vinculado. Em causa estaria uma aproximação ao regime do erro, manifestamente assumida por parte da doutrina ⁽⁴⁶⁰⁾, não só porque não se detetaria uma diferença grande entre quem nada quer e quem quer uma coisa diversa daquela que declarou ⁽⁴⁶¹⁾, como pelo regime disciplinador desse mesmo erro, previsto no § 119 BGB ⁽⁴⁶²⁾. A posição destes autores parece apontar para a importância do elemento

⁽⁴⁵⁷⁾ Sobre as hipóteses de falta de consciência da declaração, cf. Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 221 s.; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 786 s.; C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 490 s.; BYDLINSKI, “Erklärungsbewusstsein und Rechtsgeschäft”, *Juristenzeitung*, 1975, 1 s.; ID., *Privateautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts*, Springer, Wien, 1967, 163 s.; E. A. KRAMER, “Das Prinzip der objektiven Zurechnung im Delikts — und Vertragsrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 171, 1971, 434 s.; R. SINGER, *Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärung*, C. H. Beck, 1995.

⁽⁴⁵⁸⁾ Cf. BYDLINSKI, “Erklärungsbewusstsein und Rechtsgeschäft”, 1 s.; ID., *Privateautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts*, 163 s.

⁽⁴⁵⁹⁾ Explicitando a controvérsia que divide a doutrina alemã, cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 491.

⁽⁴⁶⁰⁾ BYDLINSKI, *Privateautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts*, 163, explicitando que os casos de erro e de falta de consciência da declaração são paralelos, não havendo diferença substancial entre aquele que nada quer e aquele que quer algo diferente do que aquilo que declarou.

⁽⁴⁶¹⁾ Cf. nota anterior.

⁽⁴⁶²⁾ Cf., igualmente, Karl LARENZ/Manfred WOLF/Jörg NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 357 s., e, entre nós, referindo-se à evolução da questão no ordenamento jurídico tudesco, com importantes referências e outros desenvolvimentos, A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 789 s.

objetivo e, consequentemente, pela tutela da confiança, que poderia assim operar em termos positivos.

Mas acabou por ser contestada por outros autores, para quem não bastaria a imputabilidade da declaração ao sujeito, sendo necessário a sua consciência, sem a qual não se conseguir falar verdadeiramente de exercício da autonomia privada. O elemento primordial seria atribuído à vontade, de tal modo que a tutela da confiança apenas poderia operar negativamente, por via da indemnização do interesse contratual negativo ⁽⁴⁶³⁾.

O legislador português autonomizou a falta de consciência da declaração, afastando-a do regime do erro. Não obstante, autores como Menezes Cordeiro acabam por se mostrar críticos da disciplina que foi instituída no Código Civil. Antes de mais, o insigne civilista deteta uma contradição entre o disposto no artigo 246.º CC e no artigo 236.º CC. De acordo com a explicitação do autor, se A emite uma declaração negocial, ela é interpretada com o sentido que um declaratório normal, colocado na mesma posição do real declaratório teria atribuído à declaração. A emite uma declaração, mas não tem consciência de que o seu comportamento corresponde a uma declaração de vontade. Se B, razoavelmente, a puder entender como uma declaração negocial, então é com esse sentido que, de acordo com o artigo 236.º CC, ela deve valer. No entanto, o artigo 246.º retira-lhe eficácia ⁽⁴⁶⁴⁾.

Por outro lado, o preceito entra em colisão com o artigo 247.º CC, segundo explicitação de Menezes Cordeiro: se uma pessoa diz uma coisa e quer dizer outra, aplica-se o regime do erro obstáculo e o negócio é anulável apenas se determinados requisitos estiverem preenchidos. A pessoa pode ficar vinculada a um negócio jurídico que não queria celebrar por falta de verificação de tais pressupostos. Se não quiser qualquer negócio jurídico, o perigo de vinculação fica absolutamente afastado ⁽⁴⁶⁵⁾.

Os autores propõem, por isso, uma restrição teleológica do preceito. Não pode estar aqui em causa uma falta de consciência íntima

⁽⁴⁶³⁾ R. SINGER, *Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärung*, 170 s. Em rigor, a discussão acerca da possível tutela da confiança é mais ampla, podendo-se determinar uma tutela positiva, a redundar, afinal, na vinculação do sujeito. Mas o ponto que o autor sublinha — na linha de Canaris — é que não é possível, não havendo consciência da declaração, falar verdadeiramente num ato autónomo.

⁽⁴⁶⁴⁾ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 794.

⁽⁴⁶⁵⁾ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 794.

e não detetável. A falta de consciência da declaração que releva é *aquela que é perceptível no próprio contexto do negócio* ⁽⁴⁶⁶⁾.

Creemos que, tendo em conta uma interpretação sistemático-dogmática, que não se afasta verdadeiramente de uma interpretação teleológica, até porque a consideração da eventual contradição no ordenamento jurídico envolve a ponderação acerca da dualidade proteção da vontade — proteção da confiança, a proposta interpretativa dos autores é a única que se pode defender.

Isto significa que, mediante uma declaração, teremos de lançar mão das regras da interpretação jurídica para saber se, à luz daquilo que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, ela pode ser imputada ao declarante. Caso não possa, então o negócio deve ser considerado nulo, nos termos do artigo 246.º CC.

Nessa hipótese, pode ainda haver lugar à tutela negativa da confiança do declaratório. Se o declarante tiver tido culpa na emissão da declaração, sem que dela tivesse consciência, haverá direito a uma indemnização.

Repare-se que, se o declaratório tiver conhecimento da falta de consciência da declaração, isto é, se souber que o comportamento do declarante não foi voluntário, nem sequer se chega a colocar o problema da vinculação, já que ele conheceu a real vontade do declarante e é de acordo com ela que vale a aparência de comportamento declarativo. Pense-se, por exemplo, na famosa hipótese do leilão, no qual o sujeito A entra e acena com o braço a um seu conhecido, não se apercebendo que com isso estava a declarar uma oferta num lance. A falta de consciência da declaração é patente, relevando a falta de consciência da declaração e gerando-se a nulidade do negócio. Mas, em rigor, se o pregoeiro conhecer a falta de vontade de declaração, o negócio nem se chega a formar, porque o comportamento do sujeito A não pode ser interpretado como uma declaração negocial.

Outro problema que com que o jurista se confronta quando lida com eventuais hipóteses de falta de consciência da declaração é saber se a disciplina é aplicável em hipóteses de incapacidade de exercício de direitos e de incapacidade accidental ⁽⁴⁶⁷⁾.

A questão tem sido amplamente debatida na jurisprudência. O caso

⁽⁴⁶⁶⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil II*, 795; Paulo Mota PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, 248.

⁽⁴⁶⁷⁾ Enunciando o problema, mas não tomando posição sobre ele, cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 492, n. 655.

discutido e decidido pelo Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 19 de Dezembro de 2012 (Proc. n.º 1267/06.TBAMT.P2) ⁽⁴⁶⁸⁾ pode ser explicitado, para o que nos interessa (e, portanto, deixando de lado algumas especificidades), em poucas palavras: A celebrou um testamento em que instituiu herdeiro de toda a quota disponível o filho C, em detrimento dos restantes filhos. Estes vieram, depois, invocar que, no momento da celebração do negócio, A estava incapaz de entender o sentido da declaração, caracterizando-se o seu estado por senilidade, abalo mental, falta de consciência das coisas, momentos de perturbação nos quais atirava coisas pela janela, puxava os cortinados sem razão, se despia, gritava, falava com flores, se referia ao marido, dizendo que não o era, etc. Alegaram, por isso, que A atuou com falta de consciência da declaração, prevista no artigo 246.º CC.

Considerou, porém, o Tribunal da Relação do Porto que o “campo de aplicação normativo aí se restringe ao declarante que esteja dotado de discernimento, isto é, de capacidade necessária para entender o sentido da declaração”, pelo que se pode distinguir o âmbito de relevância desta divergência não intencional entre a vontade e a declaração do das hipóteses de incapacidade accidental, pensada para a falta de discernimento.

A mesma solução é ditada pelo Acórdão de 19 de Novembro de 2009, do Tribunal da Relação de Lisboa (Proc. n.º 4846/05.5TJLSB.L1-6) ⁽⁴⁶⁹⁾, ao considerar que “a norma do artigo 246.º não se aplica aos casos em que o declarante não possui capacidade para entender a declaração, antes aos casos em que, não obstante a presença dessa capacidade, não se apercebe de ter feito uma declaração negocial” ⁽⁴⁷⁰⁾.

Pelo contrário, no Acórdão de 10 de Abril de 2014 (Proc. n.º 1407/11.3TJLSB.L1-7) ⁽⁴⁷¹⁾, o mesmo Tribunal da Relação de Lisboa adota posição diversa. Em causa estava um acordo de revogação de um contrato de arrendamento urbano, celebrado em 30 de Março de 2011. Alegou-se que, no momento da aposição da sua assinatura, a arrendatária não estava em condições de entender o alcance do seu ato. Na verdade, em 1989, tinha sido vítima de uma hemorragia cerebral por rutura de um aneurisma, que afetou a sua capacidade

⁽⁴⁶⁸⁾ Relator Luís Lameiras.

⁽⁴⁶⁹⁾ Relatora Fátima Galante.

⁽⁴⁷⁰⁾ Veja-se, igualmente, numa alusão à posição jurisprudencial maioritária, A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 796.

⁽⁴⁷¹⁾ Relator Orlando Nascimento.

de compreensão, de análise, de interpretação, de opção e decisão e a impedia de se responsabilizar em atos complexos e elaborados.

Não obstante a divergência detetada na jurisprudência, é possível extrair uma conclusão: parece ser dominante a posição segundo a qual a cisão entre a falta de consciência da declaração e a incapacidade accidental passa pelo facto de o sujeito ter ou não ter capacidade para entender a declaração. Não cremos, porém, que este seja o melhor critério. Aliás, a doutrina tem vindo a defender — numa aproximação à solução gradativa que o ordenamento jurídico alemão nos oferece em matéria de menoridade — que é possível aplicar o artigo 246.º CC aos menores abaixo de uma determinada idade (7 anos), considerando o negócio por si celebrado nulo (e não anulável) ⁽⁴⁷²⁾. No mais, entende-se que assim seja: por que razão havíamos de tutelar mais fortemente aquele que, tendo capacidade para entender o ato declarativo, não se apercebeu dele do que aquele que simplesmente não tem aquela capacidade?

Há, porém, que estabelecer adequadamente a cisão. O que separa a falta de consciência da declaração da incapacidade accidental é a presença ou a ausência de vontade no momento da emissão da declaração negocial. Estando em causa a falta de consciência da declaração, inexistente vontade de declaração, ou seja, o sujeito não se apercebe que o seu comportamento — que é voluntário — tem o valor de declaração negocial.

Já no caso de se constatar a incapacidade accidental do sujeito, haveremos de concluir que o ato é não só voluntário, como ele tem consciência da natureza declarativa do seu comportamento. Simplesmente, por força de circunstâncias endógenas ou exógenas, no momento da celebração do negócio, o declarante não consegue entender o alcance do ato que pratica (tendo, porém, consciência de que o está a praticar) ou não consegue determinar a sua vontade de acordo com um pré-entendimento que estabeleça.

Na síntese de Menezes Cordeiro ⁽⁴⁷³⁾, “na falta de consciência da declaração, o agente mantém o discernimento e a liberdade; simplesmente, julga mover-se fora do palco do juridicamente relevante; na incapacidade accidental, o agente, apesar de saber-se na área negocial, não tem discernimento ou liberdade para concretizar a atividade jurígena”. Mas, na prática, “a sobreposição entre as duas figuras é

⁽⁴⁷²⁾ Paulo Mota PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente*.

⁽⁴⁷³⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 805.

fácil: basta que o acidentalmente incapaz, além da falta de discernimento ou de liberdade quanto ao que declare, também não se aperceba de que profere uma declaração com conteúdo jurígena”.

Dissemos que a falta de consciência da declaração determina a nulidade do negócio jurídico. Tradicionalmente, porém, entendia-se que, em situações mais graves, em que falte a vontade de ação, haveria lugar à inexistência. O problema era colocado a propósito das hipóteses de declaração sob o nome de outrem, isto é, quando um determinado sujeito se faz passar por outro, falsificando a sua assinatura. A solução era apresentada por Mota Pinto, na 3.^a edição das suas lições de Teoria Geral do Direito Civil. Contudo, na 4.^a edição, a questão é tratada e resolvida à luz da falta de poderes de representação, determinando, assim, a ineficácia do negócio jurídico.

6.6. Erro obstáculo ou erro na declaração

6.6.1. Noção e regime

O erro obstáculo ou erro na declaração traduz-se numa divergência não intencional entre a vontade e a declaração, como resultado de um mero lapso ou engano. O declarante quer dizer uma coisa e, por engano, diz outra ⁽⁴⁷⁴⁾. Este engano pode ser devido a um erro mecânico, a um *lapsus linguae* ou a um erro de ajuizamento ⁽⁴⁷⁵⁾. A integração do erro de juízo ao nível do erro obstáculo ou erro na declaração determina algumas dificuldades na cisão entre esta divergência e algumas modalidades de erro vício, como veremos *infra*. Pense-se no exemplo de escola em que A, julgando ter nascido no n.º 1 da rua x, declara que quer comprar esse imóvel, quando na verdade tinha nascido no n.º 10 da mesma rua. Não obstante, em termos teóricos, a cisão é clara: enquanto ao nível do erro-vício, como veremos, o declarante diz exatamente o que quer dizer, embora a sua

⁽⁴⁷⁴⁾ Sobre o erro obstáculo ou erro na declaração, *vide, inter alia*, C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 492 s.; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 848 s.; Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 600 s.; Rui de ALARCÃO, “Breve motivação do anteprojeto sobre o negócio jurídico na parte relativa ao erro, dolo, coacção, representação, condição e objecto negocial”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 138, 1964, 71 s.; ID., “Erro, dolo e coacção — condição”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 102, 1961, 167 s. Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 220 s.; HÖRSTER, *A parte geral*, 560 s.

⁽⁴⁷⁵⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 493.

vontade se tenha formado de um modo deficiente por força de uma incorreta representação da realidade, ao nível do erro obstáculo, o que ocorre é uma má formulação da vontade.

O erro pode incidir sobre quaisquer elementos do negócio, sejam eles elementos essenciais ou acessórios ⁽⁴⁷⁶⁾. Embora se fale da essencialidade do elemento sobre o qual incidiu o erro, importa compreender que a essencialidade de que se cura é subjetiva: é à luz da ponderação do declarante que podemos saber se ela se verifica ou não.

Nos termos do artigo 247.º CC, verificando-se um erro que determina que a vontade não corresponda com a declaração, o negócio é anulável. Para que a anulabilidade ocorra, exige-se, porém, que o declaratório conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade do elemento sobre o qual incidiu o erro.

Significa isto que são dois os requisitos para que o errante possa, em concreto, anular o negócio. Em primeiro lugar, depreende-se da norma que o erro tem de ser essencial — de outro modo, não seria possível exigir o conhecimento ou a cognoscibilidade dessa essencialidade. Diz-se essencial o erro, quando com ele aquela declaração negocial não teria sido emitida ⁽⁴⁷⁷⁾, isto é, incide sobre um elemento do negócio que é determinante da sua celebração.

Em segundo lugar, exige-se que o declaratório conheça ou não deva ignorar essa essencialidade. Não se exige que conheça ou tenha cognoscibilidade do erro, mas da essencialidade do elemento sobre o qual ele incide.

De acordo com o entendimento de Mota Pinto, “tal solução parece sacrificar demasiadamente os interesses do declaratório e os do comércio jurídico e teria sido mais razoável ir um pouco mais longe e exigir, como condição de anulabilidade, à semelhança do que faz o Código Civil italiano, o conhecimento ou a cognoscibilidade do erro” ⁽⁴⁷⁸⁾.

Para o autor, o requisito imposto pelo artigo 247.º CC é de tal modo pouco exigente que torna muito fácil a desvinculação. Diferente entendimento parece ter Menezes Cordeiro. Para o autor, se o conhecimento da essencialidade do elemento é um dado subjetivo, “já o dever de conhecer a essencialidade é objetivo: tem natureza normativa”, e, “por princípio, não há qualquer dever de indagar, na contratação, as razões que leva a

⁽⁴⁷⁶⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 848.

⁽⁴⁷⁷⁾ A propósito do erro vício, teceremos outros esclarecimentos acerca da essencialidade do erro. É aí que o requisito se joga mais rigorosamente.

⁽⁴⁷⁸⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 494.

outra parte a fazê-lo. Pelo contrário: num mundo cada vez mais invasivo, há boas razões para sustentar que os motivos justificativos de qualquer declaração negocial pertencem ao foro íntimo de cada um, não podendo ser devassados”, daí que, “apenas em casos muito delimitados e perante os fatores circundantes, se poderá dizer que o declaratório não deve ignorar a essencialidade de determinado elemento para o declarante” ⁽⁴⁷⁹⁾.

Tendemos a concordar com a posição do insigne civilista. Mais do que isso, questionamos se o conhecimento do erro — que seria, na outra perspetiva, erigido em requisito de anulabilidade — não nos poderia encaminhar para outro leque de considerações, na medida em que, em alguns casos, poderia haver o dever de esclarecer ou alertar a contraparte por parte do declaratório. No mais, se o declaratório conheceu o erro e se apercebeu da vontade real do declarante, o negócio vale de acordo com essa vontade real, conforme resulta do artigo 236.º CC.

O erro pode ser culposo. A culpabilidade do erro releva, contudo, para efeitos de responsabilidade civil do errante, que poderá ter de indemnizar a contraparte pela confiança frustrada. Menezes Cordeiro adianta, ainda, que, perante um erro indesculpável, será mais difícil provar que a contraparte devia conhecer a essencialidade do elemento ⁽⁴⁸⁰⁾. Alguns autores levantam o problema de saber se, sendo o errante uma pessoa coletiva, não se deveria exigir a desculpabilidade como requisito de relevância deste erro.

Caso o declaratório aceite o negócio como o declarante o queria, a anulabilidade não procede, de acordo com o artigo 248.º CC. Mota Pinto explica a validade do negócio nesta hipótese com base num paralelo com os casos em que o declaratório conhece a vontade real do declarante ⁽⁴⁸¹⁾. Menezes Cordeiro, por seu turno, aponta as diferenças em relação à *falsa demonstratio non nocet*, mas também em relação à redução dos negócios jurídicos ⁽⁴⁸²⁾. cremos que estará em causa uma forma de ratificação do negócio imposta por lei e justificada pelas mesmas razões que, em sede de interpretação do negócio jurídico, determinam o afastamento em relação a uma posição objetivista, sempre que se conheça a vontade real do declarante ⁽⁴⁸³⁾.

⁽⁴⁷⁹⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 850.

⁽⁴⁸⁰⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 851.

⁽⁴⁸¹⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 495.

⁽⁴⁸²⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 854.

⁽⁴⁸³⁾ Cf., sobre o ponto, A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 854, n. 2922.

Não poderá haver lugar à aplicação do artigo 248.º CC, quando não se verifiquem as exigências formais nas declarações de vontade emitidas ⁽⁴⁸⁴⁾.

O negócio é anulável, prescindindo-se da indagação de quaisquer requisitos sempre que o declaratório compreenda um terceiro sentido, diferente da vontade declarada e da vontade real ⁽⁴⁸⁵⁾, como resultado da teoria da aparência eficaz, e porque nessa hipótese não há confiança digna de tutela. Estamos, aliás, perante uma forma especial de dissenso ⁽⁴⁸⁶⁾, que, por si só, gera a invalidade do negócio.

6.6.2. Erro de cálculo ou de escrita

Nos termos do artigo 249.º CC, o simples erro de cálculo ou de escrita, revelado no próprio contexto da declaração ou através de circunstâncias em que a declaração é feita, apenas dá direito à retificação desta. Em rigor, o que distingue o erro de cálculo ou de escrita do erro obstáculo propriamente dito é a possibilidade de revelação do erro no contexto da declaração, o que significa que o erro tem de ser ostensivo.

Pensemos em dois exemplos que nos permitem ilustrar o ponto.

A declara a B que quer vender 100 pares de sapatos, ao preço unitário de 4,5 €, quando na realidade queria dizer 5,4 €. Estamos diante de um erro obstáculo ou erro na declaração, que deverá ser solucionado segundo os termos gerais do artigo 247.º CC.

Contudo, se A declara a B que quer vender 100 pares de sapatos, ao preço unitário de 4,5 €, quando na realidade queria dizer 5,4 €, mas acrescenta, no final da comunicação escrita, que o valor global da proposta é de 540 €, a hipótese deve ser assimilada pelo âmbito de relevância do artigo 249.º CC, já que a interpretação global da declaração nos permite perceber de imediato que existe um lapso.

6.6.3. Erro na transmissão da declaração

O artigo 250.º CC disciplina uma modalidade de erro autónoma. Trata-se do erro na transmissão da declaração.

⁽⁴⁸⁴⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 854.

⁽⁴⁸⁵⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 496-497.

⁽⁴⁸⁶⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 497.

Determina o artigo 250.º/1 CC que “a declaração inexatamente transmitida por quem seja incumbido da transmissão pode ser anulada nos termos do artigo 247.º CC”. Se houver dolo por parte do intermediário, isto é, caso o intermediário altere propositadamente o teor da declaração, a declaração é sempre anulável.

Aplica-se-lhe o regime do artigo 247.º CC e, portanto, o regime do erro obstáculo ou erro na declaração, à semelhança do que, na Alemanha, determina o § 120 BGB ⁽⁴⁸⁷⁾. De acordo com Vaz Serra, “se aquele que foi encarregado de transmitir uma declaração a transmitir inexatamente, a declaração deve valer como chega ao destinatário. O declarante responde pelos atos do intermediário, mas, desde que a declaração é imputada ao declarante, há divergência entre a vontade e a declaração. Quando a conduta do intermediário for dolosa, não pode a declaração inexata ser imputada ao declarante” ⁽⁴⁸⁸⁾. Consoante a explicitação do autor, neste caso, a declaração não é do declarante, mas do intermediário. É esta a solução predisposta pelo n.º 2 do artigo 250.º CC ⁽⁴⁸⁹⁾.

A mobilização do preceito, contudo, não pode ser feita de modo automático. Tendo em conta a intencionalidade desvelada, Vaz Serra estabelece limites precisos de eficácia da norma. Assim, o artigo 250.º CC só é aplicável quando “a declaração chegue ao declaratário na forma de uma reprodução feita por outrem, mas não com o conteúdo a ela dado pelo declarante”, pelo que, se a declaração for transmitida telefonicamente, o preceito não é mobilizável, devendo aplicar-se directamente o artigo 247.º CC ⁽⁴⁹⁰⁾. Do mesmo modo, não se aplica o artigo 250.º CC quando o declaratário encarregou um terceiro de receber a declaração e tal terceiro, que recebe a declaração com o seu conteúdo exato, não lha entregue com exatidão ⁽⁴⁹¹⁾; nem quando alguém

⁽⁴⁸⁷⁾ Sobre o ponto, cf. A. Vaz SERRA, “Erro na transmissão da declaração. Anotação ao acórdão de 22 de Junho de 1979 do STJ”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 113, n.º 3660, 42-48 e n.º 3661, 57.

⁽⁴⁸⁸⁾ A. Vaz SERRA, “Erro na transmissão da declaração”, 44.

⁽⁴⁸⁹⁾ Exige-se o dolo. A não transmissão exata da declaração por negligência é assimilada pelo âmbito de aplicação do artigo 250.º/1 CC.

⁽⁴⁹⁰⁾ A. Vaz SERRA, “Erro na transmissão da declaração”, 47. Para um paralelo com a disciplina contida no § 120 BGB, cf. p. 45 s.

⁽⁴⁹¹⁾ A. Vaz SERRA, “Erro na transmissão da declaração”, 47 e 45. Por referência ao § 120 BGB, Vaz Serra considera que “o risco de entrega inexata pelo auxiliar de receção é suportado pelo recetor, valendo a declaração no sentido transmitido exatamente ao auxiliar do declaratário”.

transmite oralmente uma declaração sem para tal ter sido incumbido pelo declarante (transmissão aparente) ⁽⁴⁹²⁾.

Em todas as hipóteses de erro, ressalta a necessidade de tutelar a confiança da contraparte, ao mesmo tempo que pretende salvaguardar a vontade subjacente à declaração. Se, de certo modo, podemos afirmar que a disciplina que enforma o negócio jurídico é marcada por um tendencial objetivismo — a conferir à declaração propriamente dita o papel primordial —, não é menos seguro que a vontade que lhe subjaz é valorada nos devidos termos. Por isso se explica que, sempre que falte a vontade — seja ela a vontade de ação, seja ela a vontade de declaração, seja ela a vontade negocial —, o ordenamento jurídico reaja com a invalidade do negócio, desde que devidamente acautelada a posição do declaratário. E por isso se percebe que sempre que a vontade seja mal formada o ordenamento jurídico intervenha. Mas, porque nestas últimas situações, embora gerada de um modo anômalo, a vontade está presente, o legislador foi mais restritivo nos pressupostos de desvinculação, razão pela qual se nos apresenta como incontornável uma ideia de quase tipicidade dos elementos sobre os quais o erro deve incidir para ser relevante. É que, ponderados os termos da valoração que é feita, poder-se-ia chegar a uma solução que desprotegesse totalmente a confiança que foi edificada na esfera do declaratário.

O que assim se enuncia de uma forma caleidoscópica é reforçado se descermos à especificidade de cada uma das modalidades de erro com que nos confrontámos. Assim, no tocante ao erro na declaração, porque o que falta é a vontade negocial, deve permitir-se a desvinculação, desde que salvaguardada a posição do declaratário (a justificar o requisito que o artigo 247.º CC estabelece), independentemente do elemento sobre o qual possa incidir esse erro. O mesmo se diga do erro na transmissão da declaração, entendido como um erro do próprio declarante, na medida em que se considera que ele deve suportar o risco de utilizar um terceiro na veiculação da sua vontade ⁽⁴⁹³⁾. Este risco, contudo, deixa de dever ser suportado pelo declarante se o terceiro intermediário tiver atuado com dolo, por se entender que, nessa hipótese, não existe verdadeiramente uma

⁽⁴⁹²⁾ A. Vaz SERRA, “Erro na transmissão da declaração”, 47 e 45.

⁽⁴⁹³⁾ Sobre o ponto, cf. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, II, 184, considerando que em causa está uma refração do princípio geral de que cada um responde pelos atos dos seus auxiliares.

declaração do declarante e, como tal, por se considerar que falha a própria vontade de ação ⁽⁴⁹⁴⁾.

O autor do dolo tem o dever de indemnizar todos os lesados pelos prejuízos sofridos.

7. VÍCIOS DA VONTADE

Se o que caracteriza as divergências entre a vontade e a declaração é o facto de aquela ter sido mal formulada, ao nível dos vícios da vontade não há qualquer dissídio entre o que o declarante queria dizer e aquilo que efetivamente disse. Existe sim uma perturbação no processo formativo da vontade, que é determinada por motivos anómalos ⁽⁴⁹⁵⁾.

7.1. Erro-vício

7.1.1. Noção

O erro, enquanto vício da vontade, traduz-se na incorreta representação da realidade que foi determinante da vontade de celebrar o contrato.

Distingue-se do erro obstáculo ou erro na declaração: A declara comprar o terreno X, quando na realidade quer comprar o terreno Y. Há um dissídio entre a vontade e a declaração. Mas, se A declara comprar o terreno X, por pensar que o mesmo possui grandes quantidades de água, quando na realidade não possui qualquer lençol freático, a vontade coincide com a declaração (A diz o que efetivamente quer dizer), embora a sua vontade esteja viciada por essa errada representação da realidade. Neste caso, estamos diante de um erro-vício.

O erro-vício também se distingue da pressuposição, porque, enquanto aquele diz respeito ao passado ou ao momento da celebração do negócio, a pressuposição refere-se ao futuro, traduzindo a convicção do sujeito de que certa circunstância se verificará ou manterá

⁽⁴⁹⁴⁾ Nesse sentido, *v.*, igualmente, Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 225.

⁽⁴⁹⁵⁾ Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 222; C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 499.

no futuro ⁽⁴⁹⁶⁾. A distinção é particularmente importante, na medida em que releva para efeitos de determinação do regime jurídico aplicável, em muitos casos, bem como na medida em que é fulcral para a compreensão da solução ditada pelo artigo 252.º/2 CC, no tocante ao erro sobre a base do negócio ⁽⁴⁹⁷⁾.

7.1.2. Modalidades

Considera-se suscetível de gerar a desvinculação negocial qualquer erro de facto ou de direito, independentemente do elemento sobre que ele incida. Ao contrário do que sucede ao nível do erro na declaração, relativamente ao qual não há qualquer delimitação dos elementos sobre os quais pode recair ⁽⁴⁹⁸⁾, o erro-vício só é relevante se atingir os motivos determinantes da vontade que se refiram à pessoa do declaratório, ao objeto ou aos motivos. A jurisprudência chega mesmo a enunciar, a este propósito, um princípio da tipicidade do erro.

No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de Março de 1990, pode ler-se que o erro, para além de essencial e desculpável, tem de ser típico ⁽⁴⁹⁹⁾. Não cremos, porém, que se possa falar de tipicidade a este propósito. De facto, o erro previsto e disciplinado no artigo 252.º CC, enquanto categoria residual, é caracterizado pela sua amplitude. Se o n.º 2 do preceito nos remete para o conceito de base do negócio e, portanto, nos delimita, o n.º 1 não oferece qualquer restrição ao âmbito de relevância do erro, que, por isso mesmo, é circunscrito não pelo elemento sobre o qual ele incide, mas pelo requisito de anulabilidade — mais apertado — que estabelece. Não obstante, mesmo não nos parecendo adequado falar de tipicidade a este nível, não há dúvida de que a abrangência do erro-vício não é

⁽⁴⁹⁶⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 505; A. Pinto MONTEIRO, *Erro e vinculação negocial*, Almedina, Coimbra, 2002.

⁽⁴⁹⁷⁾ Cf., *infra*, o que se explicitará sobre o tema, como o apoio da doutrina.

⁽⁴⁹⁸⁾ Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/I, Almedina, Coimbra, 817. Diz-nos o autor que “podem, pois, ser quaisquer uns, desde que essenciais para o declaratório e portanto: elementos nucleares do contrato: o objeto, o conteúdo ou outros aspetos principais; elementos circundantes: características acessórias do objeto, cláusulas acidentais ou fatores periféricos diversos; fatores relativos às partes, incluindo a identidade, a qualidade, a função ou as mais variadas características”.

⁽⁴⁹⁹⁾ www.dgsi.pt.

absoluta, porque mesmo essa categoria residual aponta para os motivos determinantes da vontade. Torna-se, por isso, fundamental, diante de um caso concreto que concite a problemática do erro, qualifica-lo. A tarefa não é prescindível, quer porque não é qualquer erro que releva (mas apenas aquele que incide sobre determinados elementos), quer porque, se remetidos para a categoria residual (e, portanto, mais abrangente) do erro sobre os motivos, somos confrontados com um outro regime, menos favorável para o errante.

7.1.2.1. O erro sobre a pessoa do declaratário

O erro sobre a pessoa do declaratário integra o erro sobre a identidade e sobre as qualidades do declaratário.

Em determinadas situações, pode não ser fácil distinguir o erro sobre a pessoa do declaratário, quando diga respeito à sua identidade, do erro obstáculo ou erro na declaratário. Porém, a dificuldade não nos levanta grandes problemas, uma vez que, como veremos, os regimes de ambos os erros são coincidentes.

7.1.2.2. Erro sobre o objeto

Os autores têm tentado, ao longo dos tempos, caracterizar o erro sobre o objeto. Manuel de Andrade incluía, no seu âmbito, o erro sobre a identidade e o erro sobre as qualidades do objeto ⁽⁵⁰⁰⁾, acautelando, porém, que “é duvidoso que um verdadeiro erro-vício possa recair sobre a própria identidade do objeto, e não antes, em bom rigor, sobre as suas qualidades. Mas não falta quem admita essa possibilidade, pelo menos quando o objeto seja identificado por *demonstrativo ad oculos*, isto é, apontando-se para eles. Um tal erro verificar-se-ia, por ex., no caso de uma pessoa comprar um cavalo que tem diante dos olhos, julgando ser ele o mesmo que já viu noutra ocasião, ou do qual lhe falaram, ou que ganhou certa corrida. E realmente trata-se dum erro-vício, sendo até difícil que o erro sobre um objeto que está presente deixe de ter essa natureza e deva ser qualificado como erro-obstáculo”.

Seja como for, o autor aduz que a maioria dos casos de erro sobre o objeto configurar-se-ão como erro sobre as qualidades. A lição é

⁽⁵⁰⁰⁾ Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 248.

repetida pelos civilistas, depois da entrada em vigor do Código de 1966, sendo *verba* corrente que no erro sobre o objeto se inclui quer o erro sobre a identidade do objeto, quer o erro sobre as qualidades do objeto ⁽⁵⁰¹⁾, ao que acresceria, ainda, o erro sobre a natureza do negócio ⁽⁵⁰²⁾. Se, no tocante ao erro sobre a identidade do objeto, o problema que avulta com maior acuidade parece ser o da cisão entre a categoria e o erro-obstáculo ⁽⁵⁰³⁾, no que respeita ao erro sobre as qualidades do objeto maiores dificuldades se levantam. Perguntar-se-á se haverá alguma delimitação dos motivos, referentes ao objeto, que adquirem relevância.

Manuel de Andrade, a este propósito, explica que, nas legislações de outros países, “costuma distinguir-se entre qualidades substanciais

⁽⁵⁰¹⁾ Cf., entre outros, C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 516 s.; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/I, 825. Menezes Cordeiro considera que está em causa o erro sobre a identidade do objeto, sobre as qualidades do objeto, sobre o seu valor, sobre as qualidades jurídicas do objeto e sobre o conteúdo do negócio. Cf., também, A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 858.

⁽⁵⁰²⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 517 s. A solução é consentânea com o entendimento que se tem do objeto do negócio jurídico. Na verdade, ele inclui quer o objeto mediato, quer o objeto imediato — o seu conteúdo.

Cf., também, A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/I, 825, n. 2278, dando como exemplo o caso decidido no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26 de Novembro de 1992: “fora celebrado um contrato de trespasse de um cabeleireiro, estando o trespasante (erradamente) convicto de que podia ir viver no local: acabou por ser despejado, vindo, depois, pedir a anulação por erro — a qual lhe foi concedida: e bem”.

O corpo do acórdão refere, expressamente, que “o erro sobre o objeto do negócio abrange o objeto material ou mediato, mas também o objeto jurídico ou imediato (isto é, o conteúdo ou substância do negócio constituído pelo conjunto dos efeitos que visa produzir)”. Cf., igualmente, A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 859, n. 2944.

⁽⁵⁰³⁾ A este propósito Manuel de Andrade (Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 248. Veja-se, ainda, C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral*, 505, considerando que o erro sobre a identidade da pessoa do declaratório será, quase sempre, um erro obstáculo adverte que “é duvidoso que um verdadeiro erro-vício possa recair sobre a própria identidade do objeto, e não antes, em bom rigor, sobre as suas qualidades. Mas não falta quem admita essa possibilidade, pelo menos quando o objeto seja identificado por *demonstrativo ad oculos*, isto é, apontando-se para eles. Um tal erro verificar-se-ia, por ex., no caso de uma pessoa comprar um cavalo que tem diante dos olhos, julgando ser ele o mesmo que já viu noutra ocasião, ou do qual lhe falaram, ou que ganhou certa corrida. E realmente trata-se dum erro-vício, sendo até difícil que o erro sobre um objeto que está presente deixe de ter essa natureza e deva ser qualificado como erro-obstáculo”.

e qualidades não substanciais, confinando-se àquelas a potência anulatória do erro (*error in substantia*)” ⁽⁵⁰⁴⁾.

O autor esclarece, ainda, que a natureza substancial das qualidades do objeto podem ser compreendidas em moldes subjetivos — ou seja, do ponto de vista da intenção das partes; ou em moldes objetivos — isto é, de acordo com os usos da vida ⁽⁵⁰⁵⁾, para, posteriormente, considerar que haverá sempre de conformar o conceito com as exigências ditadas pelo artigo 661.º do Código de Seabra ⁽⁵⁰⁶⁾.

Em face da disciplina contida no artigo 251.º CC, a consideração da natureza substancial das qualidades do objeto parece estar intencionada na própria exigência de essencialidade do erro ⁽⁵⁰⁷⁾. O sentido da essencialidade enquanto requisito geral de relevância de tal erro é precisamente subjetivo. Simplesmente, assim sendo não haverá qualquer confinamento do objeto do negócio, enquanto elemento sobre o qual incide o erro, tanto que o estreitamento da relevância acaba por ser determinado pelo elemento normativo da cognoscibilidade dessa essencialidade por parte do declarante. Não cremos, por isso, que se deva exigir que as qualidades relativamente às quais há uma incorreta ou inexata representação sejam substanciais do ponto de vista objetivo. Não obstante, a substancialidade objetiva pode relevar indiretamente, na medida em que pode influir na verificação ou não do requisito da cognoscibilidade do declaratório. De notar, contudo, que essa substancialidade objetivamente compreendida tem de ser entendida com cautela. Na verdade, não podemos considera-la a

⁽⁵⁰⁴⁾ Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 250.

⁽⁵⁰⁵⁾ Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 250 e n. 1, na qual o autor considera que, do prisma objetivo, podemos confrontar-nos com duas variantes “1.ª) são substanciais aquelas qualidades que, segundo as concepções da prática, fazem pertencer a coisa antes a um certo género que a outro, de tal maneira que a coisa, se lhe falta uma dessas qualidades, se torna como que outra diferente da que se supunha [...]; 2.ª) são substanciais todas as qualidades que, sempre de acordo com os usos, se reputam importantes, afetando de modo decisivo o préstimo ou o valor da coisa”.

⁽⁵⁰⁶⁾ O artigo 661.º Código de Seabra determinava que “o erro sobre o objeto do contrato, ou sobre as qualidades do mesmo objeto, só produz nulidade havendo o enganado declarado, ou provando-se pelas circunstâncias do mesmo contrato, igualmente conhecidas da outra parte, que só por essa razão e não por outra contratara”.

⁽⁵⁰⁷⁾ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Outubro de 1985 (www.dgsi.pt), considerando que o erro sobre o objeto é o que incide sobre a identidade, a substância ou as qualidades essenciais.

este nível se com isso contendermos com as qualidades da coisa que fazem parte do próprio contrato. O alerta é lançado por Menezes Cordeiro, que chama a atenção para a integração, então, do problema no campo do incumprimento contratual e não do erro ⁽⁵⁰⁸⁾ e aponta-nos para regimes como o da venda de coisas defeituosas ou como o da garantia na venda de bens de consumo ⁽⁵⁰⁹⁾ ⁽⁵¹⁰⁾.

Portanto, o nosso problema não é tanto o da demarcação das qualidades do objeto por referência à sua essencialidade/substancialidade,

⁽⁵⁰⁸⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/I, 825; A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil II*, 859.

⁽⁵⁰⁹⁾ Sobre o ponto, *v.* o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Junho de 2014 (www.dgsi.pt), onde se pode ler que “para a anulação do negócio é suficiente o reconhecimento de ter havido erro sobre a identidade da coisa transmitida ou sobre as suas qualidades, por verificação da falta de conformidade entre as características constatadas quando da transmissão com as anunciadas. Este erro sobre o objeto mediato do negócio goza de um regime especial; a respetiva invocababilidade não fica dependente do requisito geral da essencialidade do erro, nem da cognoscibilidade do mesmo pelo declaratório”.

⁽⁵¹⁰⁾ Sobre o ponto, *cf.*, com amplo desenvolvimento, João Baptista MACHADO, “Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XLVI, 1970, 35 s. Partindo da análise dos artigos 905.º e 913.º CC, o autor nega que eles constituam simples especializações do regime geral do erro, considerando, outrossim, que é o vício da coisa (a “falta de qualidades próprias das coisas do mesmo tipo que, de conformidade com um acordo expresso ou tácito, aquela coisa concreta deveria possuir”), ou seja, a não conformidade ao conteúdo do acordo que constitui o fundamento para a aplicação do regime da venda de coisas defeituosas. O autor opõe-se, assim, à posição de outros civilistas portugueses, entre os quais Manuel de Andrade (*Teoria Geral da Relação Jurídica Civil*, II, 231). Segundo Baptista Machado, “bem pode a relevância do vício da coisa (ou do direito) estar na dependência da verificação de um erro e todavia não ser este, o erro, o verdadeiro fundamento daquela relevância” (*cf.* p. 36). Acresce que “alguns dos direitos concedidos ao comprador, como o direito à reparação ou substituição da coisa, o direito à redução do preço nos termos do artigo 911.º e o direito a indemnização em caso de simples erro, não podem de forma alguma ter o seu fundamento no erro (da verificação de cujos pressupostos de relevância aliás não dependem). Antes, tais direitos do comprador pressupõem uma base negocial — pressupõem, isto é, o seu fundamento no próprio contrato (no conteúdo deste) e, portanto hão de ser concebidos como efeitos jurídico-negociais; e não como puros efeitos legais, do mesmo modo que os efeitos do erro (...). O direito de anulação por erro ou dolo a que se referem os artigos 905.º e 913.º não representa um simples direito de arrependimento, não representa uma espécie de contradireito dirigido contra a validade de um determinado conteúdo negocial objetivamente válido, como acontece no típico direito de anulação fundado em erro; mas representa antes um direito baseado no conteúdo do negócio e, portanto, um efeito negocial”. (*cf.* pp. 38-39). O autor não deixa de vincar, contudo, o caráter híbrido da

mas o da determinação dos contornos do próprio objeto, de modo a antevermos o que se pode qualificar como erro sobre ele. Mota Pinto aduz que, se a lei não faz qualquer delimitação das qualidades do objeto, cuja suposição errada integre a hipótese do artigo 247.º, “é, todavia, necessária uma delimitação” ⁽⁵¹¹⁾. Tal delimitação torna-se tanto mais urgente quanto a jurisprudência não se mostra cristalina na matéria.

Acompanhemos alguns exemplos.

a. O erro sobre medida do objeto

O Supremo Tribunal de Justiça, no seu acórdão de 15 de Maio de 2012 ⁽⁵¹²⁾, considera que a compra de um imóvel na suposição de que tinha Xm^2 , quando na realidade a sua área era inferior, configura um erro sobre o objeto. A mesma solução é ditada pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Março de 2009 ⁽⁵¹³⁾, e pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 14 de Dezembro de 2010 ⁽⁵¹⁴⁾.

disciplina contida nos artigos 905.º e 913.º CC. Na verdade, se concluirmos estar diante de um problema de incumprimento, por que razão é que se chama à colação o regime do erro, que é próprio da fase formativa do contrato? Sobre o ponto, cf., ainda, João Calvão da SILVA, *Compra e venda de coisas defeituosas (Conformidade e segurança)*, Coimbra, Almedina, 2008; Armando BRAGA, *Compra e venda de coisas defeituosas: a venda de coisas defeituosas no código civil — a venda de bens de consumo*, Porto, 2005; MENGONI, “Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita”, *Studi in onore di Alfredo De Gregorio*, II, 1955, 127 s.

⁽⁵¹¹⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 517.

⁽⁵¹²⁾ Proc. n.º 5223/05.3TBOER.L1.S1, relator António Joaquim Piçara.

⁽⁵¹³⁾ Proc. n.º 09B0551, relator Alberto Sobrinho. Trata-se, aí, segundo o coletivo de juízes, de um erro incidental. O errante pensava ter adquirido um terreno com 420 m², quando ele media apenas 338 m². Os compradores precisavam de um terreno com uma área não inferior a 400 m². O Tribunal considerou que se deveria aplicar o artigo 292.º CC.

⁽⁵¹⁴⁾ Proc. n.º 3973/05.3TBLRA.C1, relator Teles Pereira. Considera o Tribunal da Relação de Coimbra que “o conhecimento dos elementos relevantes para a determinação do valor de um terreno, concretamente a sua área real, refere-se ao conhecimento de elementos identitários desse terreno enquanto objeto de uma promessa de venda. Assim, a celebração dessa promessa na pressuposição, pelo promitente vendedor, de que o terreno teria 9920 m², quando na realidade apresentava 23800 m² implica uma situação de erro incidente sobre o objeto, expressando ignorância das reais qualidades identitárias deste num elemento relevante para a aferição do valor”.

Note-se, curiosamente, que o problema surge aqui tratado paredes-meias com o problema do erro sobre o preço ou sobre o valor. O Tribunal da Relação de Coimbra, na verdade, refere-se ao conhecimento dos elementos reconhecidamente

Contudo, no Acórdão proferido em 7 de Abril de 2011 parece contrariar-se tal posicionamento ⁽⁵¹⁵⁾. Em causa estava a compra, por escritura pública, no dia 2 de Agosto de 2002, de um prédio rústico, composto por pinhal, eucaliptal e mato com uma área de 36000 m², pelo preço de 150000 €, tendo os adquirentes percebido mais tarde, no momento do regresso a Portugal, que o terreno apenas tem 21207 m². Consideraram os autores da ação que há uma diferença entre o pago pelo prédio 150000 € e aquele que deveria ter sido pago (88221 €), uma vez que o valor por m² vendido, considerada a área de 36000 m², foi de 4,16. Haveria, portanto, lugar a uma pretensão de restituição do indevido, baseada no enriquecimento sem causa. Ao mesmo tempo, os autores arguíram a anulabilidade do negócio, com fundamento em erro ⁽⁵¹⁶⁾, uma vez a área do prédio foi absolutamente determinante para celebrarem o negócio, pois nunca pagariam aquele preço se soubessem que era menor do que o indicado. Considerou-se, porém, que o erro não era essencial, o que inviabilizou a pretensão anulatória. Mais se considerou que o que estava em causa era uma venda *ad corpus*, prevista no artigo 888.º CC. Ora, conforme se pode ler no aresto, na venda *ad mesuram* e na venda *ad corpus*, não é uma questão de erro sobre a qualidade da coisa vendida que se suscita, mas um erro sobre a quantidade que as partes tiveram em vista quando contrataram, que dá lugar à alteração do preço, sendo que, no caso da venda *ad corpus*, tal alteração só é admissível quando a quantidade efetiva difira da declarada em mais de um vigésimo desta (artigo 888.º/2 CC). No fundo, o coletivo de juízes veio considerar que estaria em causa um erro de cálculo e não um erro sobre o objeto do negócio ⁽⁵¹⁷⁾.

A mesma solução é ditada pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de Setembro de 2008 ⁽⁵¹⁸⁾, no qual se pode ler que “se o comprador de dois prédios que conhecia adquire em conjunto por certo

respeitantes à determinação do valor (a medida do terreno), colocando, com reticências, a hipótese de estarmos diante do que alguma doutrina considera ser um erro sobre a operação de fixação do preço.

⁽⁵¹⁵⁾ Proc. n.º 132/2002.L1.S1, relator Salazar Casanova.

⁽⁵¹⁶⁾ A certo passo, o acórdão refere-se à nulidade do negócio, nos termos dos artigos 247.º e 251.º CC. Contudo, tratando-se de uma hipótese de anulabilidade, cremos esta aí perante um lapso, razão pela qual, em texto, nos referimos apenas à anulabilidade.

⁽⁵¹⁷⁾ Importa, contudo, notar que o erro de cálculo a que se alude não pode — em nosso entender — ser confundido com o erro de cálculo a que alude o artigo 249.º CC.

⁽⁵¹⁸⁾ Proc. n.º 08A2265, relator Fonseca Ramos.

preço negociado com o vendedor, sem voluntariamente atender à área, nem ao preço m², celebrou um contrato de compra e venda *ad corpus* e não *ad mensuram*, sendo aplicável o normativo do artigo 888.º CC. O facto de posteriormente ter verificado que os terrenos tinham área inferior à que supunha não evidencia defeito intrínseco, nem erro essencial, porquanto não foi determinante da decisão de comprar o facto de os terrenos terem uma certa área”.

A leitura dos acórdãos suscita-nos uma breve nota. Na verdade, a escalpelização da intencionalidade problemática dos casos evidencia, claramente, a cisão — já atrás referida — entre as situações de incumprimento contratual (A adquire um terreno de X m² e, posteriormente, é-lhe entregue um com uma área inferior) e as situações de erro (A adquire um terreno por achar que ele tem X m², quando na realidade ele tem uma área inferior). O que o Supremo Tribunal de Justiça vem considerar, adicionalmente, é que há situações em que não se verifica a venda de uma coisa defeituosa (uma situação de incumprimento), mas em que também não se descortina a essencialidade do erro. Ou seja, o comprador não considerou fundamental a área do prédio adquirido, tendo apenas entendido que tinha sido lesado na determinação do preço estabelecido. A situação *sub iudice* suscita parecenças com o erro incidental: o adquirente teria comprado o terreno, de todo o modo, mas tê-lo-ia feito noutras condições. Simplesmente, para a aplicação do regime do artigo 887.º e 888.º CC, não se invoca, sequer, uma discrepância entre as qualidades do objeto e o que foi pressuposto pelo declarante que, mesmo não sendo determinante da vontade de celebrar o negócio, foi determinante dos termos em que ele foi celebrado. O que está em causa é apenas a redução proporcional do preço, por a quantidade diferir da declarada em mais do que um vigésimo desta. Suscita-nos, por isso, dúvidas o enquadramento dogmático que é feito pelo Supremo Tribunal de Justiça. Em causa não está a venda de uma coisa sujeita a medição, mas a transmissão de um imóvel, cujo valor será, necessariamente, influenciado pelo tamanho. No fundo, tudo passa por saber se o prédio rústico transacionado foi encarado como o objeto específico do negócio, ainda que menor do que foi pensado (e, por isso, com qualidades diversas das pressupostas), ou se ele foi visto como um prédio rústico com uma determinada medida (ainda que o preço não tenha sido estabelecido à razão de tanto por unidade). Dito de outro modo, numa hipótese, o erro incide sobre o objeto; noutra hipótese, o erro incide sobre a fixação do montante devido a título de preço ou sobre o *quantum*.

Ora, independentemente do acerto judicativo das sentenças trazidas à liça, delas apenas pretendemos colher uma importante ideia: a de que o erro sobre as qualidades do objeto existirá quando uma das partes do contrato pressupuser (incorretamente) uma característica intrínseca dele, que pode reputar de essencial ou que pode apenas considerar para efeitos de conformação do restante conteúdo contratual. Já não existirá um erro sobre o objeto se o que existir for um erro sobre o valor ou o preço, independentemente das qualidades identitárias da coisa.

b. O erro sobre o valor

A conclusão a que assim aportamos requer, contudo, um diálogo mais aprofundado. Na verdade, os autores não são unânimes quanto ao ponto. Mota Pinto sugere, nas suas *Lições*, que o erro sobre o valor não deve ser integrado na definição de erro sobre o objeto. Para tanto, vinca o absurdo que seria a possibilidade de anulação de um negócio, com fundamento no desconhecimento de um preço mais barato noutro local ⁽⁵¹⁹⁾. Também Oliveira Ascensão sustenta que o erro sobre o preço não pode ser visto como um erro sobre o objeto ⁽⁵²⁰⁾. Menezes Cordeiro, por seu turno, considera que o erro sobre o valor deve ser integrado no erro sobre o objeto e soluciona o absurdo para o qual Mota Pinto chama a atenção através do requisito normativo/objetivo da cognoscibilidade do declaratório da essencialidade do elemento sobre o qual incide o erro ⁽⁵²¹⁾. Não duvidamos que a relevância de um erro como o descrito saíria prejudicada pela não verificação do requisito de anulabilidade previsto no artigo 247.º CC, para o qual somos remetidos pelo artigo 251.º CC. Simplesmente, isso não implica que o problema não possa ser solucionado a montante, pela não inclusão da hipótese na categoria do erro sobre o objeto ⁽⁵²²⁾. Em rigor, o exemplo oferecido por Menezes Cordeiro para ilustrar a hipótese (de erro sobre o valor) não constitui um argumento concludente

⁽⁵¹⁹⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 517.

⁽⁵²⁰⁾ J. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, 146 e n. 221.

⁽⁵²¹⁾ Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/I, 825 s; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 858.

⁽⁵²²⁾ Cf. o artigo 1136.º CC francês, nos termos do qual «o erro sobre o valor pelo qual, sem dizer respeito às qualidades essenciais da prestação, um contraente faz apenas uma apreciação económica inexata não é causa de nulidade».

para sustentar a opinião do insigne civilista. O caso foi decidido pelo Tribunal da Relação do Porto, em 9 de Maio de 1994, e pode contar-se em poucas palavras: “fora adquirido, em 6-Jan.-1986, um José Malhoa, por 700 C., tomado por autêntico; o quadro poderia valer, aquando da decisão, 5 ou 6000 C.; todavia, várias peritagens confirmaram não ser obra daquele pintor, valendo o quadro entre 15 a 20 C.; a Relação do Porto entendeu haver erro sobre o objeto, aplicando o artigo 251.^o” ⁽⁵²³⁾.

Se bem repararmos, apesar de estar em causa o valor do quadro, o elemento sobre o qual o erro incide é a genuinidade da autoria daquele, sendo o valor um mero reflexo dele. Não nos parece, portanto, ser uma hipótese comparável com aquelas em que o erro incide imediatamente (e não apenas reflexamente) sobre o valor. Tentemos perceber a diferença através da consideração de simples exemplos.

A, colecionador de antiguidades, comprou a B um faqueiro de prata que pensava ter sido fabricado no século XVIII, pelo preço de 10000 €. Ao fim de um mês, descobre que, afinal, aquele faqueiro datava do século XXI, pelo que invoca o erro sobre o objeto (essencial) para se desvincular do negócio, uma vez que, se soubesse que o faqueiro não era antigo, jamais o teria adquirido.

A, colecionador de antiguidades, comprou a B um faqueiro de prata que pensava ter sido fabricado no século XVIII, pelo preço de 10000 €. Ao fim de um mês, descobre que, afinal, aquele faqueiro datava do

⁽⁵²³⁾ Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/I, 825, n. 2276; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 858, n. 2942.

Veja-se, em sentido contrário, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de Março de 1989, que veio considerar que pode ser anulada uma venda judicial se o erro se traduzir numa acentuada diferença entre as qualidades anunciadas e as realmente existentes, não sendo relevante quer a simples consideração sobre o valor do objeto, quer o erro provocado por terceiros nem sequer identificados. Importa, a este ensejo, sublinhar, não obstante, que se há-de compreender cautelosamente a referência à divergência que se há-de denotar. É que nas situações de discrepância entre o que consta do conteúdo do contrato e as reais qualidades da coisa podemos estar diante de uma situação de incumprimento.

A questão inversa, do erro do vendedor sobre as qualidades que aumentam o valor da coisa vendida, cf. H. KOTZ, *Europäisches Vertragsrecht*, I, Tübingen, Mohr Siebeck, 1996, 274, n. 36; Holger FLEISCHER, “El error del vendedor sobre las cualidades que aumentan el valor de la cosa vendida a la luz del derecho comparado”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 19, 2010, 111 s.; H. KÖHLER/J. FRITZSCHE, “Anfechtung des Verkäufers wegen Eigenschaftsirrtums”, BGH, NJW 1988, 2597”, *Juristische Schulung*, 1990, 16 s. e, *infra*, ulteriores considerações.

século XXI, pelo que invoca o erro sobre o objeto (incidental) para modificar os termos do negócio, uma vez que, se soubesse qual a data de fabrico do faqueiro, sempre teria celebrado o contrato, mas tê-lo-ia feito noutros termos ou com outras condições.

A comprou a B um faqueiro de prata fabricado no século XVIII, pelo preço de 700 €. Ao fim de um mês, descobre que o valor de mercado de uma peça de Antiquário como aquela é, no mínimo, de 10000 €.

Apenas nesta última hipótese podemos falar de um erro sobre o preço ou erro sobre o valor ⁽⁵²⁴⁾. E nesse caso, cremos que não releva como erro sobre o objeto. Na verdade, não está aqui em causa uma característica intrínseca e permanente (no sentido de duradoura) do bem, mas apenas o seu valor de mercado. Chamamos, assim, à colação a distinção a que dá voz Manuel de Andrade, quando fala das qualidades de um objeto que, pela sua natureza e duração, influem no valor ou no préstimo desse objeto, por oposição ao valor ou preço da coisa — quer o preço de mercado ou de bolsa (cotação), quer o preço de aquisição pela outra parte ⁽⁵²⁵⁾ ⁽⁵²⁶⁾.

⁽⁵²⁴⁾ Ultrapassar-se-ia o âmbito de relevância do erro se A tivesse celebrado com B um contrato de compra e venda de um faqueiro de prata do século XVIII e B lhe tivesse dado um faqueiro de prata do século XXI. Aqui não há qualquer divergência entre a vontade real e a vontade hipotética, mas há uma situação de incumprimento.

⁽⁵²⁵⁾ Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 251.

Cf., igualmente, C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 517, n. 711 e Ole LANDO/Hugh BEALE, *Principles of European Contract Law*, Part I and II, The Hague/Boston, 2000, 239 (também referido pelo último autor citado). Para outras considerações acerca dos *Principles of European Contract Law*, em matéria de formação do negócio jurídico e das invalidades que o podem afetar, cf., também, Martijn W. HESSELINK, *The New European Private Law. Essays on the future of Private Law in Europe*, Kluwer Law International, 2002, 75 s.; Danny BUSCH/Ewoud HONDIUS/Hugo van KOOTEN/Harriët SCHELHAAS/Wendy SCHRAMA, *The Principles of European Contract Law and Dutch Law*, 2002, 195 s. (comentário ao artigo 4:103, M. M. van ROSSUM); Rodolfo SACCO, “Formation of Contracts”, *Towards a European Civil Code*, 3rd. Edition, Kluwer Law International, 2004, 353.

⁽⁵²⁶⁾ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 14 de Dezembro de 2010. No acórdão, sustenta-se a distinção entre preço e valor. No que respeita ao preço, considera-se que não se deve incluir no erro sobre o preço (subtraído ao regime do erro sobre o objeto) uma inexacta percepção da realidade que se refira às qualidades essenciais da coisa alienada que são relevantes para a determinação do valor desta. Conforme se pode ler, “este (o preço) expressará um resultado; tal resultado assenta no conhecimento de determinada realidade; esta realidade corresponde ao valor da coisa: falar do preço nestas circunstâncias é intelectualmente indissociável da visão

Também o citado Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Abril de 2011, a propósito da distinção entre o erro sobre o objeto e o “erro de cálculo” que está subjacente ao regime das vendas *ad mensuram* e *ad corpus*, sublinha a cisão entre aquilo que é uma característica intrínseca do objeto e aquilo que lhe é exterior. Pode ler-se, aí, que “uma coisa é a leveza ou a densidade da substância ou material de que a coisa é feita e nela reside; é uma qualidade da coisa. Outra realidade é o peso da coisa vendida, independentemente do material de que é feita”.

Por isso, com apelo à doutrina e jurisprudência alemã e italiana, sustenta que se podem integrar no conceito de qualidade da coisa “as propriedades naturais ou intrínsecas da substância de que a coisa é formada (solidez, flexibilidade, dureza, secura, ductibilidade, permeabilidade, resistência ao frio ou calor, elasticidade, leveza, etc.); o estado ou situação em que a coisa se encontra (usada ou em primeira mão; com muito ou pouco uso; desgastada ou não; nova ou antiga); a aptidão para determinado fim”, bem como “aspetos que não dizem respeito à constituição intrínseca da coisa, mas ao relacionamento com o meio exterior ou ambiente como certos fatores de valorização dela (casa de praia, casa na serra, casa junto ao metro, etc.)” ⁽⁵²⁷⁾.

que se tem do valor dessa coisa, em função de determinados pressupostos. Com efeito, entendemos útil, para este efeito, distinguir (a) a realidade preço enquanto — *rectius*, que se esgota como — contrapartida pecuniária estabelecida para a transmissão da propriedade no âmbito de um contrato de compra e venda (artigo 874.º do CC), quando o quadro referencial é o da “relevância negocial” da estipulação dessa contrapartida, e (b) o “preço” que expresse uma aferição identitária do bem. É que — e a hipótese vertente coloca-nos perante esta questão —, aquilo que qualificamos como “preço” de um bem pode ser entendido, na lógica de funcionamento de um negócio (particularmente na lógica de funcionamento de um negócio antecipatório, como sucede com a promessa de compra e venda), nesses dois planos cuja proximidade não afasta o assentar em (o pressupor de) sentidos diferentes e de corresponder a realidades que, com algumas (importantes) zonas de sobreposição, não são exatamente coincidentes e nem sempre atuam no mesmo plano de relevância. Poderemos estar a aludir, como “preço”, a um referencial que se limita a expressar a perceção que se tem do valor de uma coisa e que, nesse sentido, simplifica a compreensão linguística de realidades que — e utilizamos o trecho antes destacado da citação de Manuel de Andrade — correspondem à “constituição material e [às] condições fatuais e jurídicas que, pela sua natureza e duração, influem no valor ou no préstimo do objeto”. Diversamente, referindo-nos ao “preço” (aqui com um sentido mais direto e preciso), poderemos ter em vista o aparecimento desse elemento na lógica de um determinado acordo negocial, enquanto elemento integrante do conteúdo deste”.

⁽⁵²⁷⁾ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Abril de 2011, Proc. n.º 132/2002.L1.S1, relator Salazar Casanova.

Entendemos ser preferível o estabelecimento de critérios de delimitação do erro sobre o objeto, em detrimento de um elenco (mesmo que não taxativo) de situações enquadráveis na intencionalidade da figura. Nessa medida, repristinamos algumas das conclusões a que chegámos *supra*.

O erro terá de incidir sobre um elemento identitário ⁽⁵²⁸⁾ ou sobre uma qualidade intrínseca e duradoura do objeto. Por qualidades intrínsecas, pretendemos significar tudo aquilo que faz parte da essência do objeto, sejam as características substanciais, seja a aptidão para o desempenho de uma função/finalidade, seja o seu estado de conservação. A referência ao carácter duradouro da qualidade sobre que incide o erro permite-nos afastar do âmbito de relevância do erro sobre o objeto determinados casos em que a falta de aptidão para o desempenho de uma finalidade não resulta de algo imanente ao objeto do negócio, mas de pressupostos externos que são mutáveis ao longo do tempo. Assim, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Outubro de 2012, considerou-se anulável por erro sobre a base do negócio o contrato promessa de compra e venda de um imóvel em construção, por o promitente-comprador estar convencido de que seria possível instalar um estabelecimento de bar-dancing e ter condicionado a aquisição ao seu licenciamento para esse fim, que depois não veio a ocorrer ⁽⁵²⁹⁾. Também o caso de A ter adquirido um terreno

Para outras considerações acerca do regime do erro no ordenamento jurídico alemão, cf., *inter alia*, Karl LARENZ/Manfred WOLF/Jörg NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 446 s.; Dieter MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 9. neu bearbeitet Auflage, C. F. Müller, 2006.

Para a análise de algumas decisões jurisprudenciais na Alemanha, cf. BGH 1988, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1988, 2598 s.

⁽⁵²⁸⁾ Parece-nos, por isso, correta a decisão contida no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Janeiro de 2008, Revista n.º 4525/07, relator Moreira Alves. Trata-se de um caso em que um Município reconheceu em transação judicial homologada pelo Tribunal o direito de propriedade dos réus de uma parcela de terreno, por desconhecer que a propriedade lhe pertencia. Na verdade, provou-se que, se soubesse, jamais teria celebrado o negócio, porque não teria cedido um bem do domínio público sem qualquer contrapartida financeira. Está em causa um elemento identitário/qualidade do terreno, que integra o domínio público e não o domínio privado.

⁽⁵²⁹⁾ Proc. n.º 2224/08.3TBLRA.C1.S1, relator Alves Velho. Importa notar que só poderemos, num caso como este, falar de erro se a recusa de licenciamento resultar da falta de pressupostos que já eram exigidos no momento da celebração do contrato. De facto, se a falta de licenciamento ocorrer por uma modificação da

no convencimento de que o mesmo era apto para a edificação urbana, quando, por alteração do Plano Diretor Municipal, não era possível qualquer construção no seu perímetro.

Pelo contrário, deve ser considerado um erro sobre o objeto a inexacta representação que atinja pressupostos externos da coisa que, por não serem mutáveis ao longo do tempo, se assemelham a qualidades intrínsecas daquele. Pensemos, por exemplo, no caso de A ter adquirido um terreno por achar que o mesmo era abastecido pela rede elétrica nacional, o que não correspondia à verdade. É que, aqui, apesar de não ser atacada a substância do objeto, são tocados pressupostos externos que lhe estão incindivelmente ligados, ao ponto de se poderem dizer fazer parte dela. No fundo, é uma qualidade do objeto — que foi pressuposta — que é posta em causa.

O erro sobre o objeto há de, portanto, configurar-se como um *erro sobre a identidade ou sobre a entidade do objeto*, no sentido de que tem de diretamente o atingir ⁽⁵³⁰⁾.

legislação aplicável, posterior à celebração do contrato, o problema deveria ser enquadrado ao nível da pressuposição.

⁽⁵³⁰⁾ A este propósito, convém tecer alguns esclarecimentos. Na verdade, a configuração do erro sobre o objeto esteve, desde há largo tempo, envolta em controvérsia doutrinal, que conheceu um sentido mais profundo e denso do que aquele que vai intencionado em texto. Assim, entendeu-se tradicionalmente que a vontade jurídico-negocial não se estendia às qualidades da coisa. Estas, podendo ser o motivo da escolha do sujeito, ficariam fora da vontade. Daí que o erro sobre as qualidades da coisa tenha sido encarado por autores como Zitelmann como um erro-motivo, que seria equiparável por lei ao erro na declaração. Sobre o ponto, cf. João Baptista MACHADO, “Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas”, 45. A perspetiva haveria de sofrer, contudo, uma mutação. Conforme esclarece Baptista Machado, depois do trabalho sobre a matéria de Flume, passa a entender-se que a vontade negocial se reporta quer à identificação, quer à entidade (constituição e qualidades) do objeto. Mais adianta o autor que “a constituição da coisa pressuposta no acordo das partes, a qualidade que a coisa, segundo esse acordo, deve possuir é uma constituição que «dever ser», uma *Sollbeschaffenheit* — por contraposição àquilo que ela na realidade é, a sua *Istbeschaffenheit*”. (João Baptista MACHADO, “Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas”, 46).

Donde se deve atender, continuando a acompanhar a exposição do autor, ao erro sobre as qualidades na própria declaração negocial, sempre que o acordo das partes se refira a uma coisa com uma determinada qualidade. E este erro não deve classificar-se nem como um erro na declaração, nem como um erro nos motivos. Simplesmente, se for esse o caso, estamos no âmbito das consequências jurídico-negociais, afastando-nos do regime do erro. O que está em causa é a impossibilidade de cumprir o que foi acordado, adentrando-se, como referido *supra*, no domínio do incumprimento. Segundo Baptista Machado, estar-se-ia aí diante de

De acordo com o ensinamento de Baptista Machado, “um erro sobre as qualidades da coisa só é erro em sentido técnico-jurídico (erro fundamento de impugnação) quando, com a indicação individual da coisa, o declarante (o comprador, em regra) pretendeu designar qualidades ou préstimos (uma *Sollbeschaffenheit*, portanto) que não são próprios daquele tipo mas de outro tipo de coisas, ou uma característica singular que não pertence àquela coisa individual mas a uma outra coisa do mesmo tipo. Nesta hipótese, a coisa tal como deve ser (*Sollbeschaffenheit*) por força do contrato não corresponde à coisa tal como deveria ser (*Sollbeschaffenheit* suposta) segundo a vontade que o declarante quis mas não logrou exprimir. Aqui o erro sobre as qualidades da coisa repercute-se sobre a *Sollbeschaffenheit* negocial” ⁽⁵³¹⁾.

No fundo, pela inexata representação da realidade, o negócio deixou de conduzir ao estabelecimento de uma *lex privata* que fosse

um problema de *divergência entre o acordo e a realidade* e um problema de *impossibilidade qualitativa parcial originária* (João Baptista MACHADO, “Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas”, 47 s.).

Serve o excursus para mostrar que, quando nos referimos ao erro sobre as qualidades da coisa, não nos estamos a referir a estas situações em que há uma divergência entre as qualidades da coisa que fazem parte do conteúdo do negócio e as qualidades da coisa prestada. Referimo-nos antes aos casos em que os motivos atinentes ao objeto que levaram à formação da vontade de contratar foram determinados por uma inexata representação da realidade (há, portanto, uma discrepância entre a realidade que se pressupõe e aquela que existia).

Para uma distinção entre o erro obstáculo e o erro vício, cf. Manuel Carneiro da FRADA, “Erro e incumprimento na não-conformidade da coisa com o interesse do comprador”, *O Direito*, 121, 1989, 461 s., 466, n. 12.

⁽⁵³¹⁾ João Baptista MACHADO, “Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas”, 73. Cf., também, n. 78, onde o autor esclarece que no caso de atribuição à coisa de qualidades próprias doutro género de coisa, a qualificação acertada deve ser a de erro na declaração, só se verificando um erro sobre o objeto no caso de atribuição a coisa individual de uma característica ou qualidade singular que não lhe pertence mas a uma outra coisa do mesmo género. Cf., igualmente, p. 81 s., onde o autor oferece um critério de distinção entre o erro na declaração e o erro vício: “tudo depende de tomarmos a coisa apenas como objeto do querer ou também como meio de expressão desse querer. No primeiro caso, a vontade real será conforme à vontade declarada, e teremos erro-motivo; no segundo caso, a vontade real divergirá da vontade declarada e teremos erro na declaração”. No entanto, o autor critica o critério tradicional de distinção entre as duas categorias, afirmando que “o motivo erróneo tanto me pode induzir a declarar um género que não é o que eu quero, como a designar uma coisa que não pertence ao género que eu quero”. Cf. João Baptista MACHADO, “Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas”, 81 s.

querida pelo sujeito ⁽⁵³²⁾, dado que justifica a sua anulabilidade dentro de determinados parâmetros. Simplesmente, para que assim seja, e no tocante ao erro sobre o objeto, não basta que a inexatidão respeite apenas à realidade envolvente ou exterior.

c. O erro sobre as qualidades que aumentam o valor da coisa

Na perspetiva de Batista Machado, o erro enquanto fundamento de invalidade do negócio jurídico deve, pois, ser concebido como um erro sobre a *Sollbeschaffenheit* (a coisa *deve ser*), razão pela qual coloca o problema de saber se se deve ou não integrar no artigo 251.º CC a hipótese de a venda incidir sobre uma coisa concreta que tem uma qualidade superior à que é negocialmente devida, uma vez que, apesar disso, existe uma discrepância entre o conteúdo do acordo e a realidade ⁽⁵³³⁾.

Na doutrina alemã, com a distância que separa a disciplina contida no § 119 BGB e a disciplina plasmada no artigo 251.º CC, o problema tem-se debatido, entre outros casos, a propósito da hipótese do erro do vendedor sobre as qualidades do objeto que aumentam o seu valor, como sejam as hipóteses em que *A* vende a *B* um quadro, pensando tratar-se de uma vulgar pintura, e depois vem a descobrir que era uma obra de um pintor famoso ⁽⁵³⁴⁾. Depois do período clássico em que o erro do vendedor era desconsiderado, abrem-se as portas, com a obra de Savigny, à sua ponderação no quadro de relevância anulatória do erro ⁽⁵³⁵⁾. Mas, se a jurisprudência do *Bundesgerichtshof* (BGH) tem acolhido pretensões indemnizatórias em situações como a relatada, e se alguma doutrina se mostra

⁽⁵³²⁾ João Baptista MACHADO, “Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas”, 71.

⁽⁵³³⁾ João Baptista MACHADO, “Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas”, 87 s. e n. 78.

⁽⁵³⁴⁾ Sobre o ponto, cf. H. KOTZ, *Europäisches Vertragsrecht*, I, 274, n. 36; Holger FLEISCHER, “El error del vendedor sobre las cualidades que aumentan el valor de la cosa vendida a la luz del derecho comparado”, 111 s.; H. KÖHLER/J. FRITZSCHE, “Anfetzung des Verkäufers wegen Eigenschaftsirrturns, BGH, NJW 1988, 2597”, 16 s.; Werner FLUME, “Der Kauf von Kunstgegenständen und die Urheberschaft des Kunstwerks”, *Juristenzeitung*, 1991, 633 s.

⁽⁵³⁵⁾ Cf. Reinhard ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, 594; Holger FLEISCHER, “El error del vendedor sobre las cualidades que aumentan el valor de la cosa vendida a la luz del derecho comparado”, 123, que também recorre aos ensinamentos históricos do primeiro autor citado.

favorável à solução ⁽⁵³⁶⁾, autores há que se mostram reticentes na adoção da mesma.

Holger Fleischer sustenta, a este propósito, que é necessário ter em conta as peculiaridades do erro do vendedor sobre as qualidades que aumentam o valor da coisa vendida, chamando à colação a ideia de risco negocial inerente à natureza do objeto do contrato ⁽⁵³⁷⁾, bem como a ideia de risco inerente ao modo de celebração dele ⁽⁵³⁸⁾. E nessa medida considera que se deve atribuir o risco negocial ao vendedor ⁽⁵³⁹⁾. Essa seria, aliás, a solução que decorreria da aplicação do artigo 4:103 dos *Principles of European Contract Law*, do qual resultaria a impossibilidade de invalidação do negócio, atento o segmento normativo que inviabiliza a pretensão anulatória sempre que o enganado haja assumido o risco de erro ou ele, de acordo com as circunstâncias, tenha emergido na sua esfera ⁽⁵⁴⁰⁾. Dogmaticamente, o autor sustenta a limitação da relevância do erro na regra geral de distribuição do risco ⁽⁵⁴¹⁾; e do ponto de vista fundacional, considera ser esta a melhor solução por ser o vendedor quem está em melhor condições de procurar mais sobre o objeto que vende. Tal assimetria de tratamento entre vendedor e comprador encontra a sua justificação na diferença que existe entre a falta de um aumento patrimonial (não-enriquecimento) e a perda patrimonial (empobrecimento). Ademais, verifica-se hoje, na regulamentação do BGB, sobretudo depois da integração de normas próprias da defesa do consumidor no Código Civil, uma marcada assimetria de proteção, que permite não se estranhar esta solução ⁽⁵⁴²⁾. Portanto, apesar de a autoria da pintura ser uma qualidade essencial do tráfico, deve limitar-se a possibilidade de desvinculação do negócio.

⁽⁵³⁶⁾ Cf., *inter alia*, Enneccerus-Nipperdey, 1040 s.

⁽⁵³⁷⁾ Holger FLEISCHER, “El error del vendedor sobre las cualidades que aumentan el valor de la cosa vendida a la luz del derecho comparado”, 116 s.

⁽⁵³⁸⁾ Holger FLEISCHER, “El error del vendedor sobre las cualidades que aumentan el valor de la cosa vendida a la luz del derecho comparado”, 118 s.

⁽⁵³⁹⁾ Holger FLEISCHER, “El error del vendedor sobre las cualidades que aumentan el valor de la cosa vendida a la luz del derecho comparado”, 119.

⁽⁵⁴⁰⁾ Holger FLEISCHER, “El error del vendedor sobre las cualidades que aumentan el valor de la cosa vendida a la luz del derecho comparado”, 120.

⁽⁵⁴¹⁾ Holger FLEISCHER, “El error del vendedor sobre las cualidades que aumentan el valor de la cosa vendida a la luz del derecho comparado”, 125 s.

⁽⁵⁴²⁾ Holger FLEISCHER, “El error del vendedor sobre las cualidades que aumentan el valor de la cosa vendida a la luz del derecho comparado”, 125 s.

A mesma solução foi defendida, anteriormente, por Werner Flume ⁽⁵⁴³⁾, que justifica a não aplicação do § 119/2 BGB ⁽⁵⁴⁴⁾ ao caso em que, no momento da celebração do negócio, a autoria da obra era atribuída a uma personalidade menos conhecida ou relevante, só se descobrindo posteriormente que tinha sido realizada por outro autor, conhecido e famoso, por considerar que o benefício da descoberta pertencia ao proprietário no momento dessa descoberta.

Em Itália, Rodolfo Sacco ⁽⁵⁴⁵⁾ sustenta que no artigo 1429.º apenas são considerados os erros relativos ao estado concomitante da investigação histórica da arte, ou seja, o erro relevante é o que é perceptível pelo estado da crítica, envolvendo a descoberta da autoridade do quadro uma transformação do objeto da venda, pelo que o valor pertence ao novo proprietário ⁽⁵⁴⁶⁾.

⁽⁵⁴³⁾ Werner FLUME, “Der Kauf von Kunstgegenständen und die Urheberschaft des Kunstwerks”, 633 s. Sublinhe-se que colhemos em Fleischer a referência que nos permitiu procurar (e posteriormente consultar) o estudo de Flume, devendo, por isso, ao seu estudo o aprofundamento da temática.

Cf., porém, João Baptista MACHADO, “Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas”, 88, dando conta da obra de Flume de 1965, onde o autor admitia a impugnação por erro, nos termos do § 119/2 BGB, mas impunha ao vendedor a obrigação de pagamento de uma indemnização pelo dano da confiança e estabelecia um certo paralelo entre a figura e o enriquecimento sem causa.

⁽⁵⁴⁴⁾ O § 119 BGB estatui que (1) *Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, dass er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde.* (2) *Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden.*

⁽⁵⁴⁵⁾ Rodolfo SACCO/G. de NOVA, *Il Contratto*, I, Turin, Utet, 1993, 404 s., *apud* Holger FLEISCHER, “El error del vendedor sobre las cualidades que aumentan el valor de la cosa vendida a la luz del derecho comparado”, 116 s.

⁽⁵⁴⁶⁾ Rodolfo SACCO/G. de NOVA, *Il Contratto*, *apud* Holger FLEISCHER, “El error del vendedor sobre las cualidades que aumentan el valor de la cosa vendida a la luz del derecho comparado”, 117. Refira-se, ainda, que Fleischer, citando a jurisprudência italiana, fala a este propósito do contrato de venda de obras de arte como um contrato aleatório.

Fleischer aborda, ainda, o problema do erro unilateral do vendedor sobre as qualidades que aumentam o valor da coisa. A ponderação valorativa não é necessariamente a mesma. O autor ilustra o problema com a situação da venda de um terreno relativamente ao qual, como supunha o comprador e não intuía o vendedor, havia petróleo. Coloca-se, então, a questão de saber se poderia verificar-se uma situação de dolo omissivo ou de desvinculação contratual pelas regras da *culpa*

Haveremos, ainda, de nos confrontar com a construção dogmática de autores como Batista Machado. De facto, como referido anteriormente, o autor olha para o erro sobre o objeto como um erro relativo à *Sollbeschaffenheit* da coisa, por atribuição de qualidade próprias de outro de coisas de outro género. Nessa medida, o jurista sustenta que não se lhe pode aplicar sem mais o regime do erro ⁽⁵⁴⁷⁾. Nas suas palavras, “a solução mais certa e mais justa será não reconhecer ao vendedor o direito de anular a venda, que sempre estaria disposto a efetuar, mas por outro preço, desde que o comprador se disponha a pagar o correspondente suplemento do preço. A esta solução pode chegar-se ajustando ao caso a valoração subjacente ao artigo 911.º A solução idêntica se chegaria aplicando à hipótese o disposto no artigo 252.º/2 — mas nunca fazendo aplicação do artigo 251.º De todo o modo, o vendedor não deverá poder anular (ou resolver) o contrato, se não mostrar que, se tivesse conhecido o verdadeiro valor do objeto vendido no momento do contrato, o não teria alienado por qualquer preço. Mas nem por isso terá de ficar amarrado à convenção no que respeita à fixação do preço” ⁽⁵⁴⁸⁾.

Das palavras do autor resulta uma cisão entre o erro essencial e o erro incidental. Ela não é, porém, clara no quadro do pensamento de Baptista Machado. Na verdade, o autor rejeita que estejamos diante de uma verdadeira hipótese de erro e, nessa medida, a chamada à colação do artigo 911.º CC justifica-se pelo não enquadramento da situação na categoria. De facto, convém não esquecer que o autor nega que o artigo se integre no regime geral da redução dos negócios jurídicos, por não estarmos, no caso de venda de coisas defeituosas, perante uma situação de erro, mas de incumprimento contratual. Nessa medida, o que a exposição de Baptista Machado revela é a ideia de que o vendedor não se poderá desvincular totalmente do acordo negocial, mas apenas modificar os seus termos. Daí que foque, também, o artigo 252.º/2 CC, numa interpretação do preceito que parece de repudiar, por esquecer que a remissão para o

in contrahendo. Aventa-se, ainda, a possibilidade de uma solução intermédia, em que não seria possível obter a invalidade do negócio, mas se salvaguardariam os interesses do vendedor por via do enriquecimento sem causa.

⁽⁵⁴⁷⁾ João Baptista MACHADO, “Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas”, 89.

⁽⁵⁴⁸⁾ João Baptista MACHADO, “Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas”, 90.

artigo 437.º CC não implica a aplicação das consequências jurídicas previstas na norma.

Não se percebe, aliás, a razão pela qual invoca — ainda que de forma não contundente — o regime do erro sobre a base negocial se nega, *a priori*, a qualificação da hipótese como um erro. A solução aventada pode corresponder a uma solução materialmente adequada, mas temos dúvidas se ela corresponderá a uma solução normativamente justa. Como se referiu *supra*, a possibilidade ou não de o vendedor se desvincular do negócio fica dependente da verificação em concreto do requisito específico de anulabilidade do negócio. Portanto, o cerne da questão passa por saber se existirá ou não um erro sobre o objeto.

Baptista Machado responde negativamente à questão, por não estar em causa um erro sobre o que a coisa deve ser. Recordemos o ponto de partido do autor, baseando-se no pensamento de Flume. Se durante muito tempo se entendeu que a vontade não pode ser referida ao ser, não podendo reportar-se às qualidades da coisa, que se situariam a montante, no plano dos motivos, mais tarde passa a entender-se que, de facto, aquela vontade negocial se pode reportar à coisa, não como ser, mas como dever ser. O erro sobre o objeto é, então, limitado pelo autor às situações de designação de qualidades que não são próprias daquele tipo ou de designação de uma característica singular que não pertence à coisa individual, mas a uma do mesmo tipo, com o que procura afastar o erro das situações ditas de venda de coisas defeituosas.

Há, portanto, duas visões acerca do mesmo problema: ou os autores situam o erro no plano dos motivos; ou os autores o integram na própria vontade negocial. Mesmo partindo-se da perspectiva de Baptista Machado, estamos em crer que a inexata representação a que se alude nos casos de erro do vendedor sobre as qualidades que aumentam o valor da coisa se pode compreender como um erro acerca de uma característica singular que não pertence à coisa individual. A única diferença está no facto de essa característica não diminuir o valor da coisa, mas aumentar, e a idiossincrasia reside no facto de o erro ser do vendedor. Note-se, aliás, que o artigo 251.º CC, naquilo que Menezes Cordeiro considera ser um preciosismo dogmático assumido pela literatura portuguesa nos meados do século XX ⁽⁵⁴⁹⁾, se

⁽⁵⁴⁹⁾ Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/I, 824, n. 2274.

refere ao “erro que atinja os motivos determinantes da vontade, quando se refira ao objeto”, donde nos parece, com a consciência de que a interpretação está longe de ser um exercício hermenêutico (e portanto com a consciência da pequena valia de argumentos interpretativos como o literal ou o histórico), que o busílis da questão está em saber em que medida a configuração da coisa com uma qualidade inferior àquela que na realidade possuía se pode considerar um erro sobre a identidade ou a entidade do objeto. Ora, nos casos como o atrás analisado, parece-nos que, de facto, a falsa representação incide sobre a entidade do objeto. Aliás, na situação inversa, em que A adquire um quadro pensando ser de um pintor famoso, quando na realidade não o é, não há qualquer dúvida acerca do enquadramento da hipótese no âmbito de relevância do artigo 251.º CC. Donde, o bloqueio da possível desvinculação negocial só pode operar por via dos pressupostos de operacionalidade da anulabilidade que por esta via se concretiza.

De facto, não podemos deixar de ser sensíveis a uma ideia de simetria avançada por alguns autores ⁽⁵⁵⁰⁾. Na verdade, embora haja uma clara diferenciação para certos efeitos entre vendedor e comprador — e embora haja regimes jurídicos mais protetores do comprador, quando este se possa configurar como um consumidor —, o certo é que, ao nível geral da formação do negócio jurídico, lidamos com declarantes e declaratários, pelo que o vendedor com que nos confrontamos nas hipóteses *sub iudice* não é mais do que um mero declarante em erro. Pode, aliás, estabelecer-se uma analogia problemática com um contrato de troca, no qual não é possível diferenciar os dois contraentes pela posição de (suposto) domínio de um deles. Acresce que não colhe o argumento de que o vendedor deveria ter confirmado o estado da coisa que vendia ou deveria ter-se acautelado contra o risco de uma falsa representação. É que não só há situações em que o próprio estado da arte não permitiria detetar a imprecisão, como a culpa do errante não afasta, entre nós, a possibilidade de arguir a anulabilidade do negócio fundado em erro.

Se grande parte do problema passa pela ideia de proteção da confiança da contraparte — o comprador, será a própria disciplina

Sobre o ponto, cf., ainda, Rui de ALARCÃO, “Breve motivação do anteprojeto sobre o negócio jurídico na parte relativa ao erro, dolo, coacção, representação, condição e objecto negocial”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 138, 72 s.

⁽⁵⁵⁰⁾ Cf. F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, III, 298.

normativa do erro a dar-nos a resposta para o problema. Ou seja, o requisito específico de anulação, imposto pelo artigo 247.º CC, por força da remissão do artigo 251.º CC, servirá como filtro objetivo de seleção das pretensões anulatórias que não chocam com a ideia de confiança. É claro que surgem vozes no sentido de alertar para a benevolência do pressuposto, tendo em conta a necessidade de salvaguardar aquela confiança normativamente fundada. Simplesmente, este é um problema que se coloca em geral, não contendo unicamente com esta hipótese particular. No ordenamento jurídico português, a discussão teria de ser outra. O erro, enquanto inexatidão da representação da realidade (que se constata faticamente), releva, em primeira linha, se for essencial e a essencialidade é determinada subjetivamente.

Simplesmente, pode ser interessante discutir o argumento segundo o qual só se poderá configurar um erro quando o estado da arte no momento da celebração do negócio permita identificar a inexatidão que o consubstancia. A aceitar-se a ideia, entender-se-ia que, ao contrário do risco de perecimento da coisa, que corre por conta do adquirente ⁽⁵⁵¹⁾, o risco de desenvolvimento corre por conta do alienante da coisa. No fundo, para existir erro, ele teria de ser detetável no momento da contratação, numa ideia que faz rememorar a lição de Sacco e, em certa medida, de Flume ⁽⁵⁵²⁾. Assim sendo, poder-se-ia concluir que o erro do vendedor sobre as qualidades da coisa que aumentam o seu valor pode ser considerado um erro sobre o objeto. Porém, seria possível aventar a hipótese de só ser concretizável a relevância de tal erro, quando ele fosse detetável no momento da celebração do negócio. Fora destas hipóteses dubitativas, o erro sobre as qualidades da coisa que aumentam o seu valor deverá ser configurado como um erro sobre o objeto.

7.1.2.3. Erro sobre os motivos

O erro sobre os motivos previsto no artigo 252.º CC surge como uma categoria residual. Estamos diante do erro sobre a causa que não diga respeito ao declaratório ou ao objeto. Para evitar que qualquer negócio possa ser invalidado, o legislador impôs, contudo, um regime mais rigoroso para a anulabilidade, de tal modo que o Supremo Tribunal de Justiça já afirmou, a este propósito, na senda do que

⁽⁵⁵¹⁾ Cf. artigo 796.º/1 CC.

⁽⁵⁵²⁾ Cf. *supra* a posição dos autores.

defende Mota Pinto, que o artigo 252.º/1 CC exclui a relevância do erro sobre os motivos, para além do condicionalismo aí prescrito ⁽⁵⁵³⁾. Exige, na verdade, e como veremos, o acordo acerca da essencialidade do motivo.

Para além do erro sobre os motivos propriamente dito, o artigo 252.º CC, no seu n.º 2, prevê ainda o chamado erro sobre a base do negócio, que corresponde, assim, a uma outra modalidade de erro, embora tradicionalmente integrado no erro sobre os motivos em sentido amplo.

A base do negócio, identificando um regime específico de erro sobre os motivos, envolve o conjunto de circunstâncias que foram pressupostas pelas partes e nas quais ambas edificaram a vontade de celebrar o contrato ou que, não tendo sido pressupostas por ambas, mas apenas por uma delas, não poderiam deixar de ser tidas em conta pelo outro contraente, de acordo com o princípio da boa-fé ⁽⁵⁵⁴⁾. Justifica-se, então, um desvio em relação à regra do n.º 1 do artigo 252.º CC. É que, estando em causa circunstâncias que foram assumidas por ambos os contraentes ou que, de acordo com os ditames da boa-fé, não poderiam deixar de o ser, facilmente se compreende que se poderá prescindir do acordo acerca da essencialidade do motivo. Na verdade, este já existe *a priori*, ainda que de forma implícita. Contornam-se, por isso, algumas das críticas que Galvão Telles dirige à figura ⁽⁵⁵⁵⁾ quando se refere à falta de justificação para a cisão entre o regime do artigo 252.º/2 e 252.º/1 CC, embora se possa refletir na questão, também aflorada por Diogo Costa Gonçalves, acerca da diferença de regime entre o artigo 251.º e o artigo 252.º/2, quando é certo que, de facto, nada obsta a que as circunstâncias relativas ao sujeito e ao objeto possam funcionar como base negocial ⁽⁵⁵⁶⁾.

⁽⁵⁵³⁾ Cf. Ac. STJ 18-1-1996, relator Metello de Nápoles, *apud* Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 862, n. 2957, que parece concordar com o entendimento. Cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 514.

⁽⁵⁵⁴⁾ Sobre o ponto, cf. C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 514 s.; Luís Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, 163 s.; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 864 s., Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 504 s.

⁽⁵⁵⁵⁾ Galvão TELLES, “Erro sobre a base do negócio”, *Estudos em homenagem do Prof. Raul Ventura*, Coimbra Editora, 2003, 11 s.

⁽⁵⁵⁶⁾ Cf. Diogo Costa GONÇALVES, “Erro obstáculo e erro-vício. Subsídios para a determinação do alcance normativo dos artigos 247.º, 251.º e 252.º CC”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XLV, 2004, 395 s.

Nem sempre, porém, na prática, se torna fácil distinguir as duas modalidades de erro e diversas são as questões que doutrina e jurisprudência enfrentam a este propósito.

Um primeiro aspeto que importa sublinhar é que o problema que o erro sobre os motivos encerra não se confunde, em termos de regime, com uma condição, quer implícita, no caso do erro sobre a base do negócio, quer explícita, que se consubstanciaria no acordo acerca da essencialidade ⁽⁵⁵⁷⁾.

A este propósito, torna-se particularmente interessante contemplar o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Novembro de 2012 (Proc. n.º 9052/09.7TB0ER.L1.S1) ⁽⁵⁵⁸⁾, que lida com um caso que envolve a problematização do erro sobre os motivos. Em causa estavam dois contratos-promessa de compra e venda de dois lotes destinados à construção, celebrados entre A, s.A., e B, s.A., ambas sociedades que se dedicam à construção civil. No referido contrato, previu-se que a escritura pública de compra e venda seria outorgada no prazo máximo de 180 dias a contar da data da aprovação dos projetos, prevendo-se que tal aprovação e conclusão de infraestruturas ocorresse dentro de um ano, um ano e meio. A referência a essa previsão correspondia ao prazo que A entendia, face ao planeamento da sua atividade, ser essencial para a concretização do negócio e que era do conhecimento de B. Não havendo, em Agosto de 2008, aprovação dos referidos projetos, A dirigiu uma missiva a B, propondo uma solução amigável, em alternativa à resolução dos contratos. Não se tendo conseguido alcançar tal solução amigável, envia uma nova carta, em 12 de Novembro de 2008, invocando que a não verificação, até ao momento, da aprovação dos projetos e a imprevisibilidade dessa ocorrência eram incompatíveis com a programação da sua atividade, tendo perdido o interesse nos contratos, pelo que declarava resolvidos os contratos-promessa celebrados em 30 de Março de 2006. B, ré no processo, contestou, alegando que não houve incumprimento e que, em rigor, nem sequer se verifica mora, não tendo ocorrido, nem podendo ocorrer, a interpelação admonitória. O coletivo de juízes acaba por analisar o problema do ponto de vista do erro sobre a base do negócio.

No caso concreto, estão em causa determinadas circunstâncias que, em rigor, integram a base do negócio. Não obstante, há um

⁽⁵⁵⁷⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 864.

⁽⁵⁵⁸⁾ Relator Gabriel Catarino.

aspecto que deve ser salientado e que se prende com a dimensão temporal da hipótese concretamente considerada. É que o erro diz respeito a uma circunstância do passado ou contemporânea da celebração do contrato e, *in casu*, do que se trata é da não verificação (no futuro, isto é, num momento posterior à celebração do negócio) de uma circunstância que tinha sido pressuposta como condicionante dos efeitos do contrato, mas que apenas se poderia verificar no futuro.

Ficando a eficácia dos contratos promessa dependente da aprovação do projeto e do decurso de um período de tempo que se conta a partir daí, podemos afirmar que foi aposta ao contrato uma condição suspensiva, que determina, comprovada a impossibilidade de verificação da mesma, a destruição retroativa dos efeitos do contrato, e um termo. Mas, como se disse, não há uma incorreta representação de qualquer circunstância no sentido de a realidade ser uma, no momento da celebração do contrato, e ser pressuposta outra. E, de todo o modo, também não nos parece adequado mobilizar, a este propósito, o regime da alteração superveniente das circunstâncias. É que, apesar de o problema se situar no futuro e, portanto, aparentemente dizer respeito à pressuposição, não estamos aqui perante uma condição implícita, de que alguns autores falavam, inclusivamente, para tentar enquadrar o referido problema. Aqui a condição é explícita e, portanto, é à luz dela e da modelação voluntária do futuro que as partes consideraram que o destino da relação contratual deve ser ponderado. Onde falha a pressuposição é exatamente na previsão temporal de verificação da condição.

Outra questão que se enfrenta a propósito — agora especificamente do erro sobre a base do negócio — é a de saber se ele tem de ser bilateral. Em 23 de Janeiro de 2018, o Tribunal da Relação de Coimbra ⁽⁵⁵⁹⁾ pronunciou-se sobre uma hipótese diversa, a concitar outro tipo de reflexões. A demanda B e C, marido e mulher. A e B eram sócios na empresa X, Construções, Lda. A 20 de Maio de 2011, outorgaram por escritura pública um contrato de cessão de quotas, na sequência do qual A adquiriu a B a sua quota pelo preço de 350 000 euros, passando a deter a totalidade do capital social da referida sociedade. A só celebrou o negócio na convicção de que não haveria lugar ao pagamento de qualquer valor referente ao IMT. Em Abril de 2014, foi notificado pela Autoridade Tributária (AT), exigindo o

⁽⁵⁵⁹⁾ Proc. n.º 6874/12.OT8CBR.C1, Relator Isaías Pádua.

pagamento de 272 897 €, acrescidos de juros de mora, correspondentes à liquidação do IMT devido pela celebração do referido negócio. É com base nesta incorreta representação da realidade que pede a anulação do negócio com fundamento no artigo 252.º/1 CC.

O tribunal, porém, analisa o problema à luz do erro sobre a base do negócio, depois de concluir que não existe aqui um erro sobre o objeto, já que o erro sobre os efeitos jurídicos do negócio que se verificam independentemente da vontade do declarante não releva para efeitos do artigo 251.º CC. Especificamente acerca do erro sobre a base do negócio refere que se tem de tratar de um erro bilateral e que o desvio motivado por tal erro não pode ser insignificante. Pelo contrário, tem de ser um desvio anormal, que choque com o sentido ou ideia de justiça ou o princípio da boa-fé e tem de atingir as condições em que assentou o negócio. Nessa medida, considerou a Relação de Coimbra que, no caso concreto, não haveria erro sobre a base do negócio: o erro é unilateral e não incide sobre circunstâncias de tal modo que consubstancie um desvio anormal ao estipulado no contrato.

A solução parece-nos acertada. Mas deveria ter sido fundada noutros argumentos. Em primeiro lugar, o erro sobre a base do negócio não tem de ser bilateral. Embora seja essa a posição de parte da doutrina ⁽⁵⁶⁰⁾, o requisito da bilateralidade não nos convence. De facto, o que a ideia de base negocial implica é um conjunto de circunstâncias que ambas as partes pressupuseram ou que, de acordo com a boa-fé, não poderiam deixar de pressupor. Mas tal não significa que os dois contraentes tenham efetivamente de ter pressuposto aquelas circunstâncias ou que tenham de ter tido uma representação incorreta delas. Como explicita Menezes Cordeiro, o facto de um elemento ser conhecido da outra parte não significa que ela também incorra em erro, porque simplesmente pode não ter formulado qualquer opinião sobre essa circunstância ⁽⁵⁶¹⁾. A impossibilidade de se mobilizar a este nível o regime do artigo 252.º/2, na sua conjugação com o artigo 437.º CC, prende-se com o facto de, no caso concreto,

⁽⁵⁶⁰⁾ Castro MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, III, 132; Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, 163. Cf., igualmente, Karl LARENZ/Manfred WOLF/Jörg NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 710 s. Contra esta posição, cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 871. Veja-se, também, C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 516.

⁽⁵⁶¹⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 869.

o erro não incidir sobre a base negocial. O equívoco acerca da incidência do imposto sobre o negócio celebrado traduz a inexata representação da realidade relativamente a uma circunstância que apenas diz respeito ao comprador. O caso deveria ser assimilado pelo âmbito de relevância do artigo 252.º/1 CC, tudo dependendo, para efeitos de anulabilidade do negócio, de saber se houve ou não um acordo acerca da essencialidade desse motivo.

7.1.3. Regime do erro-vício

7.1.3.1. Requisitos gerais de relevância do erro-vício

Para que um negócio possa ser anulado com base em erro, é necessário que se verifiquem, antes de mais, dois requisitos gerais de relevância.

Em primeiro lugar, o erro tem de ser essencial, isto é, tem de ser determinante da vontade de celebrar o negócio, ao ponto de se poder afirmar que, sem o erro, o sujeito não teria emitido a declaração negocial, o que mostra que o parâmetro de determinação da essencialidade é subjetivo: é o sujeito que determina o que é que, efetivamente, o levou a contratar ou não ⁽⁵⁶²⁾. A adquire um computador, pensando que o

⁽⁵⁶²⁾ Sobre o ponto, cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 849, sublinhando que a “bitola da essencialidade é subjetiva: cada um determina, livremente, os fatores que o possam levar a contratar”. Acrescenta o autor que “o conhecimento da essencialidade do elemento, por parte do declarante, é, também, um dado subjetivo: ou conhece ou não conhece [...]. Já o dever de conhecer a essencialidade é objetivo: tem natureza normativa. Por princípio, não há qualquer dever de indagar, na contratação, as razões que levam a outra parte a fazê-lo. Pelo contrário: num Mundo cada vez mais invasivo, há boas razões para sustentar que os motivos justificativos de qualquer declaração negocial pertencem ao for íntimo de cada um, não podendo ser devassados. Apenas em casos muito delimitados e perante os factos circundantes, se poderá dizer que o declaratório não deve ignorar a essencialidade de determinado elemento, para o declarante”.

Cf., igualmente, Paulo Mota PINTO, “Requisitos de Relevância do Erro nos Princípios de Direito Europeu dos Contratos e no Código Civil Português”, *Estudos em Homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles*, vol. IV, 44 s.

Cf., para contraste, a disciplina contida no artigo 1429.º CC italiano. O artigo 1428.º considera que o erro é causa de anulabilidade se for essencial e reconhecível pelo outro contraente. Não só este preceito se mostra mais gravoso para o declarante que o congénere português (o artigo 251.º, conjugado com o artigo 247.º CC), como a essencialidade do erro é aferida em termos objetivos, nos termos do preceito subsequente. O artigo 1429.º estatui que o erro é essencial quando recaia sobre a natureza ou o objeto do contrato; quando recaia sobre a identidade da prestação ou uma qualidade

mesmo tinha determinadas especificações técnicas, por precisar dele para o desenvolvimento da sua atividade profissional, vindo mais tarde a descobrir que o mesmo não tinha as características que havia representado. Se A soubesse que o computador não servia para o fim a que o destinava, jamais teria celebrado o contrato de compra e venda.

Em certas situações, o erro não é irrelevante, tendo condicionado a vontade do declarante, mas não se mostra determinante da celebração do negócio, influenciando, apenas, nos termos em que o contrato foi celebrado. Imagine-se que, por referência ao exemplo apresentado anteriormente, A, se soubesse que o computador não servia para o fim a que o destinava, o teria comprado de igual modo, mas apenas se dispunha a pagar por ele um preço inferior. Fala-se, então, de um erro incidental. Este, em regra, não constitui fundamento para a anulabilidade do negócio jurídico, conduzindo, antes, a uma modificação do negócio, que passa a valer com os termos em que teria sido celebrado sem o erro. Haverá lugar à anulabilidade, quando não se possam determinar esses termos com segurança ou quando se prove que a outra parte não os teria aceitado ⁽⁵⁶³⁾.

Os autores, porém, não se mostram consonantes na fundamentação jurídica da solução que se propõe. Duas parecem ser as vias que permitem chegar ao resultado interpretativo. De acordo com uma determinada posição, a modificabilidade do negócio encontraria sustentáculo na aplicação analógica do artigo 911.º CC. Contra ela, opõem-se expressamente alguns autores, por se lidar, ao nível do artigo 911.º CC,

desta que, de acordo com as circunstâncias, deva ser considerada determinante para a vontade negocial; quando recaia sobre a identidade ou uma qualidade do outro contraente, desde que uma ou outro tenham sido determinantes do consentimento; quando, tratando-se de um erro de direito, é a única causa da celebração do negócio.

Veja-se, igualmente, os artigos 1133.º e seguintes do Código Civil francês. De acordo com o artigo 1132.º o erro de fato ou de direito, a menos que seja indisculpável, é uma causa de nulidade do contrato quando diga respeito às qualidades essenciais da prestação devido ou às da contraparte. As características essenciais da prestação são aqueles que tenham sido expressamente ou tacitamente acordadas e em consideração pelas quais as partes contrataram. Por seu turno, O erro sobre um simples motivo, estranho às qualidades essenciais da prestação devida ou do cocontratante, não é causa de nulidade, a menos que as partes tenham expressamente feito dele uma causa determinante do seu consentimento.

Para uma análise comparativa do regime do erro em diversos ordenamentos jurídicos, cf. Ernst A. KRAMER, *Der Irrtum beim Vertragsschluss. Eine weltweit rechtsvergleichend Betandsaufnahme*, Zurich, 1998, 24 s.

⁽⁵⁶³⁾ Cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 508 s.

com um problema atinente ao cumprimento/não-cumprimento e não ao erro ⁽⁵⁶⁴⁾. A solução passaria, então, pela mobilização do regime da redução do negócio, previsto no artigo 292.º CC ⁽⁵⁶⁵⁾.

A jurisprudência mostra-se consentânea com este entendimento: pense-se no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Março de 2009 ⁽⁵⁶⁶⁾, onde se pode ler que «no erro-motivo ou erro-vício há uma situação de conformidade entre a vontade real e a declarada, mas em que esta se formou sob erro do declarante. Ocorre uma falta de representação exata ou uma representação inexata do declarante sobre circunstância decisiva na formação da sua vontade, de modo que se conhecesse o verdadeiro estado de coisas não teria querido o negócio, ou, pelo menos, não o teria querido nos precisos termos em que o concluiu. O erro tanto pode abranger todo o negócio, situação que se verifica quando o negócio não teria sido celebrado sem a sua ocorrência, como respeitar apenas a uma parte do negócio, ou seja, sem ele o negócio não teria sido celebrado nos precisos termos em que o foi. Este erro incidental, situação retratada na última situação, apenas se reporta aos termos em que a declaração foi feita e não afeta a declaração na sua totalidade. Apenas será anulável a parte viciada da declaração, a não ser que não seja possível operar a redução em conformidade com o disposto no artigo 292.º CC» ⁽⁵⁶⁷⁾.

Em segundo lugar, tem-se entendido que o erro vício releva se for próprio. O erro é próprio, quando não recai sobre nenhum requisito legal de validade do negócio. A propriedade do erro seria, portanto, um segundo requisito geral de relevância deste vício da vontade ⁽⁵⁶⁸⁾.

⁽⁵⁶⁴⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 508 e n. 688, dando conta da polémica na doutrina acerca da possibilidade de se invocar, para fundar a solução, o artigo 911.º CC, aplicado por analogia. V., igualmente, Manuel Carneiro da FRADA, “Erro e incumprimento na não-conformidade da coisa com o interesse do comprador”, *O Direito*, ano 121.º, 1989, 484 s. e João Baptista MACHADO, “Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas”, 82 s., que entendem não ser possível a aplicação analógica do preceito por lidarmos, ao nível do artigo 911.º CC, com um problema atinente ao incumprimento e não ao erro.

⁽⁵⁶⁵⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 508.

⁽⁵⁶⁶⁾ Proc. n.º 09B0551, relator Alberto Sobrinho (já anteriormente citado).

⁽⁵⁶⁷⁾ A formulação do Supremo Tribunal de Justiça lembra-nos a posição de Galvão Telles, para quem seria preferível falar de erro essencial parcial, em detrimento da expressão erro incidental — cf. I. Galvão TELLES, *Manual dos contratos em geral*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, 85.

⁽⁵⁶⁸⁾ Para uma consideração da propriedade do erro como requisito de relevância dele, cf. Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 239, explicitando

Nem todos os autores, porém, se referem a ele. Por exemplo, Menezes Cordeiro, no seu Tratado de Direito Civil, não trata explicitamente do pressuposto. Outros autores rejeitam-no abertamente ⁽⁵⁶⁹⁾.

Ora, a propriedade do erro compreende-se por nos transmitir a desnecessidade de recurso ao regime do erro vício para garantir a desvinculação do negócio. Assim, se A celebra com B um negócio de compra e venda de um imóvel, por escrito particular, o negócio é nulo, por vício de forma, nos termos do artigo 220.º CC. Não faz, portanto, sentido que A venha invocar o erro, dizendo que se soubesse que só poderia celebrar o negócio por escritura pública ou escrito particular autenticado, não o teria feito. Independentemente da problemática da qualificação deste erro, sempre se poderia dizer, preliminarmente, que ele não era próprio, por A poder recorrer a um regime específico para se desvincular. O mesmo se diga de A, menor, que, celebrando um contrato de compra e venda com B, pretende invocar o erro sobre a sua capacidade de exercício. Neste caso, o erro seria impróprio, compreendendo-se a impossibilidade de recurso ao regime dos vícios da vontade, por haver um regime especial que diretamente tutela a hipótese controversa.

Sendo esta a justificação para a exigência da propriedade do erro, entende-se que a doutrina venha explicitar que, naquela situação que envolve um menor, se B, maior e sua contraparte, se quiser desvincular do contrato, invocando o erro sobre as qualidades do declaratório (A), que ele julgava, incorretamente, ser maior, o erro deve ser considerado próprio ⁽⁵⁷⁰⁾.

Já não se exige, porém, que o erro seja individual ou singular. Nas palavras de Mota Pinto, “precisamente quando o erro for comum

que, segundo Savigny, “um exemplo de erro impróprio seria desde logo [...] o erro na declaração, já que o motivo da nulidade do negócio não seria propriamente o erro, mas tão-só o resultado que dele se originou, o desacordo entre a declaração e a vontade real. Isto estava certo — ou quase certo — para a teoria da vontade; mas para a teoria da declaração [...] já não é indiferente o provir de erro aquele resultado, ou derivar antes de outra causa”. Veja-se, igualmente, C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 509 s.; António Pinto MONTEIRO, “Erro e teoria da imprevisão”, *Il Nuovo Codice Civile Brasiliano*, Milão, Giuffrè, 2003, 65 s., 71.

⁽⁵⁶⁹⁾ Cf. José de Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, II, 2.ª edição, 2003, 119; Pedro Nunes de CARVALHO, “Considerações acerca do erro em sede de patologia da declaração negocial”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1992, 178 s. Ponderando, também, a posição destes autores citados, cf., novamente, C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, n. 689 e n. 690.

⁽⁵⁷⁰⁾ Cf., sobre o ponto, C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 509, n. 690.

a uma generalidade de pessoas é que mais justificado se torna que o errante o possa invocar para anular o negócio” ⁽⁵⁷¹⁾, e, se a questão ainda poderia suscitar alguma dúvida, durante a vigência do Código de Seabra, em face do disposto no artigo 664.º desse diploma, ela perde qualquer sentido. De notar, porém, que alguma doutrina sustenta que, ainda que o requisito da individualidade ou da singularidade não seja exigível, “perante um erro geral, torna-se mais difícil imputar à contraparte o dever de conhecer a essencialidade do elemento visado” ⁽⁵⁷²⁾.

As palavras são de Menezes Cordeiro e resultam da articulação entre os requisitos gerais de relevância do erro e os requisitos específicos de anulabilidade do negócio, quando em causa esteja uma de duas modalidades deste vício da vontade — o erro sobre a pessoa do declaratório e o erro sobre o objeto (artigo 251.º CC) ⁽⁵⁷³⁾.

Do mesmo modo, parece não se exigir — para se arguir a anulabilidade do negócio por erro — a desculpabilidade do erro ⁽⁵⁷⁴⁾. Autores há, contudo, que sublinham que o erro indesculpável torna mais difícil

⁽⁵⁷¹⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 512.

⁽⁵⁷²⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/I, 819. Assim, no exemplo dado o pelo autor, “se o interessado comprara espumante para, no dia 31 de Dezembro de 1999, celebrar a mudança de milénio, não se podia exigir, ao declaratório, que conhecesse a essencialidade do elemento sobre que recaiu o erro: todos acreditavam que, nessa data, mudou o século, quando, não tendo havido ano zero, o terceiro milénio só começou em 1-Jan-2011; o negócio não era anulável por erro” (cf. n. 2246).

⁽⁵⁷³⁾ Cf., ainda, José de Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, II, 118.

⁽⁵⁷⁴⁾ Cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 510 s.; António Pinto MONTEIRO, “Erro e teoria da imprevisão”, 73; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/I, 818 s.; Paulo Mota Pinto, “Requisitos de relevância do erro. Nos Princípios de Direitos Europeu dos Contratos e no Código Civil Português”, 81.

Veja-se, igualmente, na doutrina mais antiga Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 239 s. Ainda por referência ao Código de Seabra, o autor explica que a exigência de que o erro seja desculpável explica-se porque “a derimência do erro e a consequente nulidade do negócio afetam o outro contraente, implicando desfavoravelmente com os seus interesses; ora no caso do erro grosseiro tal contraente é mais digno de proteção e menos digno dela o enganado. O outro contraente, na verdade, tinha então mais razão para não prever a existência do erro. O enganado, por sua parte, teve culpa, e culpa grave, no erro cometido. Contribuiu para ele com a sua anormal ignorância, obtusidade ou incúria. Por isto mesmo se invoca, entre nós, no sentido apontado, o disposto no artigo 695.º”.

Simplemente, o autor explica que esta argumentação não é convincente, uma vez que o ordenamento jurídico já acautela devidamente os interesses da contraparte

impor à contraparte o dever de conhecer a essencialidade do elemento sobre o qual incidiu ⁽⁵⁷⁵⁾. Articula-se, portanto, a flexibilidade do regime de arguição da anulabilidade do negócio com base em erro pela não exigência do requisito da desculpabilidade deste com a imposição da prova de requisitos específicos para a desvinculação contratual, numa linha de argumentação que, aliás, já vinha de trás, embora no passado se centrasse, sobretudo, na determinação da irrelevância do quesito ⁽⁵⁷⁶⁾.

Na vigência do Código de Seabra, a doutrina maioritária orientava-se no sentido da exigência da desculpabilidade como requisito geral de relevância do erro ⁽⁵⁷⁷⁾. Dito de outro modo, a incorreta ou inexacta representação da realidade só constituiria fundamento de invalidade do negócio jurídico se não existisse culpa por parte do declarante errante. Para tanto, exigia-se que o erro *não* proviesse de

ao só permitir a desvinculação contratual mediante a verificação de determinados requisitos específicos. Para o autor, o artigo 695.º referia-se ao dolo.

Para a consideração do problema noutras latitudes, cf. o artigo 1132.º Código Civil francês, nos termos do qual o erro de fato ou de direito, a menos que seja indesculpável, é uma causa de nulidade do contrato quando diga respeito às qualidades essenciais da prestação devido ou às da contraparte.

⁽⁵⁷⁵⁾ Nesse sentido, A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/I, 819. No exemplo do autor, “se um cego declara (por erro) querer comprar uns óculos, o lapso é indesculpável; todavia, perante tal exibição de erro, o declaratório pensará que não é elemento essencial, para o declarante, a utilização própria dos óculos. Não se lhe pode exigir outra atitude” (cf. n. 2245).

Cf., ainda, Diogo Costa GONÇALVES, “Erro-vício culposos e a formação da vontade nas pessoas coletivas”, *Novos desafios da responsabilidade civil*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2019, 57 s., considerando que a culpa do declarante não afasta necessariamente a cognoscibilidade da essencialidade.

Outros autores vão mais longe e apontam para a necessidade de o erro ser desculpável. Nesse sentido, cf. Pedro Nunes de CARVALHO, “Considerações acerca do erro em sede de patologia da declaração negocial”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1992, 177.

Também alguma jurisprudência aponta nesse sentido. V., *inter alia*, o Acórdão STJ de 20 de Março de 1990, no qual se pode ler que “o erro na formação da vontade, para ser relevante, tem de ser essencial, desculpável e típico, devendo recair sobre a causa do contrato, sobre o objeto ou as qualidades deste ou sobre a pessoa com quem ou em consideração da qual se contrata”.

⁽⁵⁷⁶⁾ Cf., novamente, Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 239 s. e, *supra*, n. 9.

⁽⁵⁷⁷⁾ Cf. J. Beza dos SANTOS, *A simulação no direito civil português*, Coimbra Editora, Coimbra, 1921, 55 s.; Cabral MONCADA, *Lições de Direito Civil*, II, Coimbra, 1932, 291 s.; Inocêncio Galvão TELES, *Manual dos Contratos em Geral*, Coimbra Editora, 1965, 78 s.

uma *extraordinária ignorância, falta de sagacidade ou diligência*, ao ponto de se poder dizer que qualquer pessoa média poderia incorrer nele. Nas palavras de Manuel de Andrade, o erro indesculpável seria o *erro grosseiro, escandaloso, crasso, supino*, que procedia de culpa grave do errante, de tal sorte que o homem médio não teria caído no mesmo ⁽⁵⁷⁸⁾.

A culpa, enquanto juízo de censura, determinava, portanto, uma sanção para o errante culposos, no sentido em que, em confronto com os interesses do outro contraente, necessariamente afetados pela invalidade negocial, aquele mereceria menor proteção.

A posição não era, contudo, assumida de forma unânime. Manuel de Andrade mostrava-se muito cético em face da argumentação. De acordo com o pensamento do autor, o erro grosseiro apenas mereceria grave censura até onde proviesse da incúria do errante, o que nem sempre era o caso; por outro lado, a invalidade do negócio só ocorria diante da verificação de certos requisitos, pressupostos em nome da tutela da contraparte, que assim veria os seus interesses acautelados ⁽⁵⁷⁹⁾. E no mesmo sentido depunha Ferrer Correia ⁽⁵⁸⁰⁾.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 1966, a doutrina maioritária rejeita a exigência da desculpabilidade do erro ⁽⁵⁸¹⁾. A culpabilidade do erro, contudo, não é irrelevante. Desde logo, verificando-se a culpa do declarante na incorreta representação da realidade (ou na divergência não intencional entre a vontade e a declaração, no caso do erro obstáculo), poderá desencadear-se uma hipótese de responsabilidade

⁽⁵⁷⁸⁾ Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, Almedina, Coimbra, 1992 (reimpressão), 239 s.

⁽⁵⁷⁹⁾ Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 240.

⁽⁵⁸⁰⁾ Ferrer CORREIA, *Erro e Interpretação na Teoria do Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 2001 (reimpressão), 317 s.

⁽⁵⁸¹⁾ Rui de ALARCÃO, “Breve motivação do anteprojeto sobre o negócio jurídico na parte relativa ao erro, dolo, coacção, representação, condição e objecto negocial”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 138, 1964, 22 s.; Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 5.^a edição, UCE, 2017, 186 s.; C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5.^a edição por A. Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Gestlegal, 2020, 510 s.; Paulo Mota PINTO, “Requisitos para a relevância do erro nos princípios de direito europeu dos contratos e no Código Civil português”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles. Novos estudos de direito privado*, vol. IV, Almedina, Coimbra, 2003, 43-139; Pinto MONTEIRO, “Erro e teoria da imprevisão”, *Estudos de Direito do Consumidor*, 6, 2004, 319 s.

pré-contratual, tornando-se aquele obrigado a indemnizar o declaratório pelo dano da confiança gerado.

Por outro lado, alguns autores avançam que, perante um erro indesculpável, será mais difícil provar que a contraparte devia conhecer a essencialidade do elemento. Esta parece ser a posição defendida por Menezes Cordeiro ⁽⁵⁸²⁾, depois de, no passado, ter sustentado um entendimento contrário ⁽⁵⁸³⁾, e por Inocência Galvão Teles ⁽⁵⁸⁴⁾. Articula-se a flexibilidade do regime de arguição da anulabilidade do negócio com base em erro pela não exigência do requisito da desculpabilidade deste com a imposição da prova de requisitos específicos para a desvinculação contratual. Trata-se, contudo, de um entendimento que não gera unanimidade na doutrina ⁽⁵⁸⁵⁾.

Por seu turno, José Oliveira Ascensão sustenta que, porque “o direito não se baseia apenas na vontade, mas também na responsabilidade do declarante”, “pode atribuir efeitos que se afastem dos desejados quando o declarante não merece ser protegido, com sacrifício da contraparte que agiu corretamente” ⁽⁵⁸⁶⁾. Considera ademais que “há uma dialética entre a desculpabilidade do declarante e a

⁽⁵⁸²⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, Almedina, Coimbra, 2021, 851. No exemplo do autor, “se um cego declara (por erro) querer comprar uns óculos, o lapso é indesculpável; todavia, perante tal exibição de erro, o declaratório pensará que não é elemento essencial, para o declarante, a utilização própria dos óculos. Não se lhe pode exigir outra atitude” (cf. n. 2245).

⁽⁵⁸³⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2017 (reimpressão), 518 s. Entendia o autor que o erro verdadeiramente indesculpável seria declarado inexistente pelo tribunal. O autor sustentava a sua posição na necessidade de limitar a autonomia privada, nos regimes da reserva mental, da falta de consciência da declaração, do dolo e da lógica da *culpa in contrahendo*.

⁽⁵⁸⁴⁾ Inocência Galvão TELES, *Manual dos Contratos em Geral*, Coimbra Editora, 4.^a edição, 2010, 91 s.

⁽⁵⁸⁵⁾ Cf. Diogo Costa GONÇALVES, “Erro-vício culposo e a formação da vontade nas pessoas coletivas”, *Novos desafios da responsabilidade civil*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2019, 57 s., considerando que a culpa do declarante não afasta necessariamente a cognoscibilidade da essencialidade. Considera, em geral, que a culpa do declarante torna mais difícil o conhecimento do erro, mas não o conhecimento ou o dever de não ignorar a essencialidade do elemento sobre o qual incide o erro, sendo que só o segundo é requisito para a invalidade do negócio. A este propósito, v., igualmente, Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Gestlegal, Coimbra, 2023, 1434, considerando que só em certos casos se dificulta a prova do requisito.

⁽⁵⁸⁶⁾ J. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, II, Coimbra Editora, 1999, 122

reconhecibilidade do erro por parte do declaratório” ⁽⁵⁸⁷⁾. Nas suas palavras, “a tutela do declaratório, em caso de erro indesculpável do declarante, funda-se na proteção da confiança do declaratório na regularidade da declaração negocial. Sendo assim, o declaratório não merece ser protegido se o erro era reconhecível. Nesse caso, perante a culpa de ambos os intervenientes, a intenção do declarante retoma o seu império, e pode prevalecer-se do erro, mesmo indesculpável. Em compensação, se a falta for do declarante, este não merece proteção. O erro provocado por ligeireza não lhe pode valer”, devendo considerar-se o negócio válido ⁽⁵⁸⁸⁾.

Para o autor, o cerne do problema não estaria só na projeção da culpa em sede de conhecimento ou cognoscibilidade da essencialidade do elemento sobre o qual incide o erro, mas no menor peso que, em face de uma ideia de autorresponsabilidade, deveria ser dado à posição do declarante ⁽⁵⁸⁹⁾.

Recentemente, o artigo 4:103 dos *Principles of European Contract Law* aduz que o erro não poderá ser invocado se, naquelas circunstâncias, ele não for desculpável ⁽⁵⁹⁰⁾. A preclusão do direito à desvinculação do negócio ocorre, igualmente, se o risco de erro tiver sido assumido pelo sujeito. O caráter culposos ou não do erro torna-se, portanto, relevante em sede do projeto europeu de uniformização do direito dos contratos. Simplesmente, importa ter em conta o contexto global da disciplina chamada à colação. Na verdade, o negócio pode ser invalidado por uma das partes por erro (de facto ou de direito), se o referido erro tiver sido causado por informação fornecida pela outra parte; se a outra parte conhecia ou devia ter conhecido o erro e mostrou-se contrário à boa-fé manter o declarante na situação de ignorância ou inexatidão acerca da realidade; se a outra parte cometeu o mesmo erro (situação de erro bilateral); ou se a outra parte sabia ou deveria saber que o errante, conhecendo a verdade, não teria contratado ou tê-lo-ia feito em termos fundamentalmente diferentes. Evidencia-se que, ao nível dos *Principles of European Contract Law*, o regime do erro é configurado em termos tais que

⁽⁵⁸⁷⁾ J. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, II, 122.

⁽⁵⁸⁸⁾ J. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, II, 122.

⁽⁵⁸⁹⁾ Outros autores também apontam para a necessidade de o erro ser desculpável. Cf. Pedro Nunes de CARVALHO, “Considerações acerca do erro em sede de patologia da declaração negocial”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1992, 177.

⁽⁵⁹⁰⁾ No mesmo sentido, cf. o artigo 1132.º Código Civil francês.

integra situações de dolo (omissivo) e indução negligente em erro. Quanto às restantes hipóteses previstas no preceito, exige-se ou que a contraparte também labore num erro ou que conhecesse ou devesse conhecer que o errante, sabendo a verdade, não teria contratado ou tê-lo-ia feito em termos fundamentalmente diversos ⁽⁵⁹¹⁾. Quer isto dizer que, na repartição dos custos da desvinculação negocial, se reclama ou um comportamento censurável por parte da contraparte, ou a não existência de um verdadeiro acordo, em face da contaminação bilateral da vontade, ou um sentido de exigibilidade que faz decair a confiança da contraparte. Donde se pode concluir que o regime do erro encerra uma intencionalidade que, afastando-se de um puro dogma da vontade, faz apelo ao sentido normativo dos interesses que mais fortemente devem ser acautelados. Por isso, entende-se que, naquelas situações em que o errante assumiu o risco do erro ou teve culpa na sua emergência, não deve ser permitida a desvinculação contratual. A disciplina mostra-se, pois, mais exigente do que a que está contida no Código Civil português ⁽⁵⁹²⁾.

Mais modernamente, alguns autores indagam se, no domínio de atuação das pessoas coletivas, o requisito da desculpabilidade se poderia justificar ⁽⁵⁹³⁾. No fundo, questionam se o facto de sobre estas recair um dever mais intenso de autoinformação ou autoindagação apenas releva para efeitos de determinação de uma eventual responsabilidade pré-contratual do declarante em relação ao declaratório,

⁽⁵⁹¹⁾ No nosso direito mais antigo, Manuel de Andrade falava a este propósito de *transparência objetiva da essencialidade do erro*. Cf. Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 249.

⁽⁵⁹²⁾ Cf., igualmente, o artigo II — 7:201 DCFR (*Draft Common Frame of Reference*), nos termos do qual um sujeito pode invalidar um contrato por erro de facto ou de direito existente no momento da conclusão do contrato se, sem o erro, não teria celebrado o negócio ou tê-lo-ia celebrado em termos fundamentalmente diferentes e a outra parte sabia ou poderia razoavelmente saber; se a outra parte causou o erro; levou a que o contrato fosse celebrado mantendo a parte enganada em erro, contrariamente ao que era imposto pela boa-fé, quando a outra parte sabia ou deveria saber do erro; violou deveres de informação pré-contratual; cometeu o mesmo erro. O negócio, contudo, não poderá ser invalidado se o erro era indisculpável naquelas circunstâncias ou se o risco de erro foi assumido pelo errante.

⁽⁵⁹³⁾ A este propósito, cf. Catarina Monteiro PIRES, “Interpretação, erro e *dolus bonus*”, *Direito comercial* II, CEJ, 2019 (no prelo). A propósito das dificuldades que a natureza das pessoas coletivas pode acarretar em sede de aplicação do regime do erro, veja-se, ainda, Diogo Costa GONÇALVES, “Erro-vício culposo e a formação da vontade nas pessoas coletivas”, 60 s.

ou se, ao invés, em caso de violação, arrasta consigo o afastamento do erro. A este propósito, Diogo Costa Gonçalves sustenta que “a violação de deveres de indagação ou de autoinformação concorrem (por regra) para a formação de um juízo de exigibilidade de conhecimento. Sendo o conhecimento em falta juridicamente exigível, tal conhecimento é imputável à pessoa coletiva. Logo, não existe erro.”⁽⁵⁹⁴⁾ Mais acrescenta o autor que “a *tese do risco da organização* como critério de imputação de conhecimento tende a consumir o espaço dogmático do erro-vício culposos. A violação dos deveres de cuidado e diligência do declarante redundam, por regra, numa exigibilidade normativa do conhecimento e na consequente imputação do risco da sua ausência ao próprio declarante (concluindo-se no sentido da inexistência de erro)”⁽⁵⁹⁵⁾.

A tese proposta pelo autor é sugestiva. Contudo, ela suscita-nos algumas dificuldades, em face do artigo 259.º/1 CC. É que, embora ao nível das pessoas coletivas esteja em causa uma forma de representação orgânica, que muitos sustentam — e bem — consubstanciar uma relação de verdadeira organicidade, “é na pessoa do representante que deve verificar-se, para efeitos de nulidade ou anulabilidade da declaração, a falta ou vício da vontade, bem como o conhecimento ou ignorância dos factos que podem influir nos efeitos do negócio”, donde a exigibilidade ou não do conhecimento de determinadas informações deve verificar-se na esfera do representante, sendo imputável ao representado, mas não fazendo com que o erro simplesmente não exista⁽⁵⁹⁶⁾.

Esta diferenciação de exigências no tocante aos requisitos de relevância do erro parece, não obstante, ser, de certo modo e embora não de forma unânime, acolhida em termos jurisprudenciais.

Pense-se no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 8-2-2022⁽⁵⁹⁷⁾. O caso decidido pelo coletivo de juízes no aresto identificado conta-se em poucas palavras: A intentou uma ação em processo comum contra B, pedindo a anulação de um negócio de compra e venda que celebrou

⁽⁵⁹⁴⁾ Diogo Costa GONÇALVES, “Erro-vício culposos e a formação da vontade nas pessoas coletivas”, 68.

⁽⁵⁹⁵⁾ Diogo Costa GONÇALVES, “Erro-vício culposos e a formação da vontade nas pessoas coletivas”, 68. No mesmo sentido, cf. José Ferreira GOMES, *M&A. Aquisição de empresas e de participações sociais*, AADFL, 2022, 451 s.

⁽⁵⁹⁶⁾ *Infra*, teceremos outras considerações sobre o entendimento.

⁽⁵⁹⁷⁾ Proc. n.º 20/20.9T8ILH.P1, relator Rui Moreira. Veja-se, igualmente, o Ac. TRP 22-6-2021 (Proc. n.º 4738/15.OT8MAI-A.P1, relatora Lina Baptista).

com este, tendo por objeto um negócio de distribuição de produtos alimentares. Alega, para tanto, ter comprado ao réu um negócio de distribuição de batatas fritas, pelo preço de € 25.000, sendo que os termos propostos e garantidos quanto à viabilidade e rentabilidade da atividade, pelo réu, não correspondiam à verdade, considerando ainda que a vontade negocial foi formada com base em elementos errónea a intencionalmente comunicados pelo réu. Este, por seu turno, sustentou que não havia escondido os termos de desenvolvimento do negócio, nem se havia comprometido com a existência de um rendimento bruto diário. Mais argumentou que a autora não mostrou qualquer interesse em ver os dados contabilísticos do negócio e que sabia que os clientes não tinham qualquer obrigação de comprar uma quantia mensal dos produtos que revendia.

Em face do litígio, o Tribunal da Relação do Porto veio considerar que “a conclusão pela verificação do erro exige, também, na parte do declarante que por ele tenha tido a sua vontade viciada, a observação de um razoável nível de rigor e cuidado, tendentes à prevenção desse mesmo erro. Rigor e cuidado tão mais elevados quanto maior for a complexidade do negócio. É o que se designa por *due diligence*”.

O coletivo de juízes recorre, assim, à ideia de culpa do lesado, não para efeitos de determinação de uma eventual obrigação de indemnização, no seio da responsabilidade pré-contratual, mas para efeitos de exclusão da existência de um erro sobre as qualidades do objeto do negócio, na medida em que tal erro prejudica a conclusão de que o contraente tenha tido por relevantes essas qualidades que não tratou de apurar. E conclui, igualmente, que, perante tal omissão da diligência devida, sai, também, prejudicada a hipótese de verificação de dolo.

Parece haver, portanto, diversos entendimentos no que respeita ao impacto que a culpa do errante tem em sede de relevância do erro. Doutrina e jurisprudência vão oscilando entre entendimentos que apontam para a irrelevância da culpa para efeitos de invalidação do negócio e a sua relevância exclusiva no tocante a uma eventual responsabilidade pré-contratual que se possa gerar; a relevância da culpa para efeitos de determinação dos requisitos de relevância do erro, designadamente o conhecimento ou a cognoscibilidade da essencialidade do elemento sobre o qual incidiu esse mesmo erro; a relevância da culpa para efeitos de inexistência do erro quando o conhecimento em falta é juridicamente exigível e se torna assim imputável à pessoa coletiva; a relevância da culpa no sentido de determinar uma

menor tutela do declarante; ou a relevância da culpa no sentido de excluir a essencialidade do erro.

Em geral, parece-nos ser de afastar, *ab initio*, a ideia de sancionatoriedade, ou seja, a tese segundo a qual a culpa do errante justificaria que a tutela que se lhe dispensa fosse atenuada. Se é verdade que o direito não pode ser alheio a uma ideia de responsabilidade e se é certo que a autonomia não é concebível sem a necessária componente responsabilizatória, não é menos seguro que o modelo dispensado pelo legislador, que não pode deixar de nos condicionar, assenta na proteção da vontade do sujeito declarante, em equilíbrio com a tutela da confiança da contraparte. O que se pretende é que, tanto quanto possível, o contrato possa configurar-se como um ato de vontade, e que essa vontade seja formada de um modo sã, razão pela qual a dimensão responsabilizatória que necessariamente surge associada à autonomia se projeta, em princípio, em termos negativos. De outro modo, aliás, não se perceberia — ainda que com a devida diferença que insistimos em estabelecer entre os vícios da vontade e as divergências entre a vontade e a declaração — o regime estabelecido a propósito da falta de consciência da declaração.

Aliás, centrando-nos agora na questão das divergências entre a vontade e a declaração, podemos adiantar que alguns autores sustentam exatamente uma certa incoerência entre a norma do artigo 247.º CC e do artigo 246.º CC. Segundo a explicitação de Menezes Cordeiro: se uma pessoa diz uma coisa e quer dizer outra, aplica-se o regime do erro obstáculo e o negócio é anulável apenas se determinados requisitos estiverem preenchidos. A pessoa pode ficar vinculada a um negócio jurídico que não queria celebrar por falta de verificação de tais pressupostos. Se não quiser qualquer negócio jurídico, o perigo de vinculação fica absolutamente afastado ⁽⁵⁹⁸⁾. O autor propõe, por isso, uma restrição teleológica do preceito. Não pode estar aqui em causa uma falta de consciência íntima e não detetável. A falta de consciência da declaração que releva *é aquela que é perceptível no próprio contexto do negócio* ⁽⁵⁹⁹⁾.

Creemos que, tendo em conta uma interpretação sistemático-dogmática, que não se afasta verdadeiramente de uma interpretação teleológica, até porque a consideração da eventual contradição no ordenamento jurídico envolve a ponderação acerca da dualidade proteção

⁽⁵⁹⁸⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil II*, 794.

⁽⁵⁹⁹⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil II*, 795.

da vontade — proteção da confiança, a proposta interpretativa do autor é a única que se pode defender.

Simplesmente, se apenas o erro não culposo é relevante para efeitos de anulabilidade do negócio, isso significa que se gera uma autonomia valorativa, já que, noutras situações que podem manter com a hipótese normativa uma proximidade bastante (não obstante o diferente tipo de vontade em falta; e reforçamos que, sendo o argumento apenas legítimo para o erro obstáculo, importa não esquecer que o regime deste é aplicável por força da remissão legal do artigo 251.º CC ao erro-vício, nas modalidades de erro sobre a pessoa do declaratório e erro sobre o objeto), a culpa apenas releva para efeitos indemnizatórios. Na verdade, nos termos do artigo 246.º CC, a declaração é nula, se o declarante não tiver dela consciência; mas, se a falta de consciência foi devida a culpa, fica o declarante obrigado a indemnizar o declaratório. Por aqui se mostra que, no modelo erigido pelo nosso legislador, a proteção que se dispensa à vontade, enquanto expressão da autonomia do sujeito, não fica dependente da falta de culpabilidade, operando a ideia de responsabilidade apenas em termos negativos. A sancionatoriedade que contamina o sistema apenas se denota no polo oposto da tutela da contraparte, a refletir-se, por exemplo, no tocante ao dolo ou à coação moral.

Não obstante, a culpa do declarante ou a falta dela não parece surgir como um elemento juridicamente irrelevante. A questão que se deve colocar é a de saber qual o exato alcance da presença dessa culpa no plano formativo do negócio jurídico, sobretudo tendo em conta a existência de esquemas cada vez mais complexos de negociação, nos quais participam, em regra, as pessoas coletivas. Assim, mesmo que rejeitemos, igualmente, a posição segundo a qual o erro deixa de existir quando a pessoa coletiva devia conhecer certas informações que não conhece, pelos motivos atrás apresentados, resta-nos perceber qual o impacto que a omissão do dever de autoindagação ou autoinformação pode desempenhar a este nível. Designadamente, importa perceber qual o impacto que a chamada *due diligence*, a que se refere o citado Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, tem no processo aquisitivo de uma empresa ou de participações sociais de uma sociedade que seja titular de uma empresa, e qual o relevo que a não realização (ou não realização adequada) da mesma assumirá.

Se fundadamente concluímos que o impacto da culpa do errante na possibilidade de invalidar o negócio apenas se deteta indiretamente, não havendo qualquer cunho de sancionatoriedade associado à solução, somos igualmente levados a constatar que ela se

constrói em função de um qualquer encargo de autoinformação por parte do contraente que se engana. Este encargo, aliás, afigura-se desde logo determinante para se aferir acerca da própria culpabilidade, ou mais concretamente, e servindo-nos novamente do verbo de José Ferreira Gomes, para determinar se, diante das circunstâncias, tal ónus se convolou num dever de diligente obtenção de informação no processo negocial, que não foi cumprido por facto imputável ao errante ⁽⁶⁰⁰⁾.

O dado não é, porém, bastante para se concluir que, sempre que esteja em causa uma pessoa coletiva, a desculpabilidade ou excusabilidade do erro é requisito de relevância do mesmo. Em primeiro lugar, percebemos que não há automaticidade entre a constatação da culpa e o afastamento da possibilidade de invalidação do negócio.

Em segundo lugar, não é possível tratar de forma unívoca todas as pessoas coletivas, atentas as especificidades que cada uma apresenta. De facto, não é o mesmo lidar com uma sociedade comercial, cuja atuação ocorre num domínio onde se generaliza o recurso à *due diligence* ⁽⁶⁰¹⁾, ou lidar com uma associação que nenhum tipo de conhecimentos especiais pode ter em relação ao objeto da negociação.

Esta ideia, aliás, reforça o entendimento segundo o qual não se justifica um tratamento diferenciado se justifique à luz da teoria do risco da organização, que tem sido chamada à colação para dar resposta ao problema da possibilidade de conhecimento por parte das pessoas coletivas.

Entre nós Diogo Costa Gonçalves e José Ferreira Gomes debruçam-se detidamente sobre a questão a propósito do preenchimento de determinados requisitos atinentes ao conhecimento e à cognoscibilidade no seio da teoria do negócio jurídico ⁽⁶⁰²⁾, e a solução que para ele encontram mostra-se tributária do modo como compreendem a pessoa coletiva e a sua interação intra-societária. Nessa medida, chamam a atenção para a teoria do risco de organização, tratando do problema em termos de segurança no tráfego e de alocação do risco. Para os autores, à sociedade comercial caberia evitar uma certa perigosidade no

⁽⁶⁰⁰⁾ José Ferreira GOMES, *M&A. Aquisição de empresas e de participações sociais*, 449

⁽⁶⁰¹⁾ Noutras latitudes, afirma-se mesmo estar diante de um uso mercantil.

⁽⁶⁰²⁾ José Ferreira GOMES/Diogo Costa GONÇALVES, *A imputação de conhecimento às sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2017

comércio jurídico, adotando uma organização da sua atividade adequada a tal desiderato ⁽⁶⁰³⁾, de tal sorte que o risco de conhecimento deveria “ser suportado pela sociedade quando a organização dispunha de informação relevante e através da adoção de práticas adequadas de tratamento dos dados poderia tê-la colocado à disposição daquele que é chamado ao conhecimento” ⁽⁶⁰⁴⁾. Mais acrescentam os autores que “a sociedade não pode organizar-se de qualquer modo. Deve organizar-se de um modo adequado a garantir não só a justa realização dos seus interesses, como a indução da menor perigosidade possível no mercado”, o que envolve, também, a criação e gestão de adequados sistemas de informação ⁽⁶⁰⁵⁾.

No âmbito do problema de que tratam, os autores concluem que tudo passa por determinar se o risco de organização integra ou não o risco de conhecimento, operando o juízo de imputação à sociedade por duas vias: quando o sujeito que atua por conta desta conhecia a informação e quando tinha o dever de a conhecer, sendo para tanto necessário atentar na adequação da organização, por ser este o critério que nos vai determinar se aquele dever existia ou não ⁽⁶⁰⁶⁾. O limite a tal imputação encontrar-se-ia na controlabilidade do risco da segregação da informação enquanto limite à imputação do risco à sociedade ⁽⁶⁰⁷⁾.

O foco dos autores citados, neste horizonte problemático em que se movem, é alargar a possibilidade de imputação do conhecimento à sociedade naquelas situações em que o sujeito que conhece não

⁽⁶⁰³⁾ José Ferreira GOMES/Diogo Costa GONÇALVES, *A imputação de conhecimento às sociedades comerciais*, 73.

Vea-se, igualmente, CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, 1971, 479 s.; e Thomas RAISER, “Kenntnis und Kennenmüssen von Unternehmen”, *Festschrift für Gerold Bezzenberger*, 2000, 563 s.

⁽⁶⁰⁴⁾ José Ferreira GOMES/Diogo Costa GONÇALVES, *A imputação de conhecimento às sociedades comerciais*, 77.

⁽⁶⁰⁵⁾ José Ferreira GOMES/Diogo Costa GONÇALVES, *A imputação de conhecimento às sociedades comerciais*, 78 e 80.

⁽⁶⁰⁶⁾ José Ferreira GOMES/Diogo Costa GONÇALVES, *A imputação de conhecimento às sociedades comerciais*, 84 s. Sendo este um dever indeterminado, os autores avançam com alguns parâmetros gerais que auxiliam na sua determinação em concreto: a) atividade da sociedade (natureza dessa atividade, intensidade dos riscos, perigosidade da atividade para terceiros); b) organização da sociedade (extensão e complexidade); c) terceiros que interagem com a sociedade.

⁽⁶⁰⁷⁾ José Ferreira GOMES/Diogo Costa GONÇALVES, *A imputação de conhecimento às sociedades comerciais*, 93. Os autores identificam, ainda, desvios, quais sejam as situações de bloqueio determinado por um conflito de deveres.

representa a pessoa coletiva, embora o seu conhecimento não deixe de ser relevante. Procuram, assim, superar algumas das limitações da teoria da representação do conhecimento, fundada na aplicação do § 166 BGB, equivalente ao artigo 259.º CC, nos termos dos quais o que é relevante é o conhecimento do representante, ou seja, dos membros do órgão com poderes de representação.

Ora, parece-nos que o problema se supera ou se pode superar por via da aplicação analógica do artigo 259.º CC. Não se tratando, ao nível da representação orgânica, de uma representação em sentido próprio, por força do nexo de organicidade que se estabelece entre os titulares dos órgãos e a pessoa coletiva, do que se trata ainda é de saber o que é que aquele que atua em nome da pessoa coletiva sabe ou deveria saber e, portanto, do que lhe seria exigível conhecer, podendo ser ou não relevante o conhecimento de terceiros a que tivesse acesso. Parece, portanto, haver uma intencionalidade análoga entre o preceito e o problema que se trata, a viabilizar a assimilação por adaptação do âmbito de relevância dos problemas concretos pelo âmbito de relevância da norma, concretizada por referência ao regime jurídico concretamente em causa em cada hipótese.

Aliás, na Alemanha, por referência ao § 166 BGB, ecoam vozes no sentido de afirmar que o citado parágrafo consagra um princípio que não se restringe às hipóteses de representação em sentido estrito, estendendo a sua eficácia a todas as situações em que aqueles que não representam a pessoa coletiva surgem no seu seio organizativo, conhecendo certa informação relevante ⁽⁶⁰⁸⁾.

Se, do ponto de vista delitual, os termos da equação são diversos, porque do que se trata é de saber se a previsibilidade e o juízo de censura que acompanham a culpa podem recair sobre a pessoa coletiva, naquelas hipóteses em que ela é a efetivamente obrigada na interação social, havendo, para tanto, de considerar dois pontos — a pessoa coletiva não é uma realidade ontológica, mas uma criação do espírito humano, pese embora tenha subjacente a si um determinado substrato, o que afasta aqui a ideia de pura ficção —, nem por isso as soluções pensadas no mundo aquiliano podem ser transpostas para a fase formativa do negócio.

⁽⁶⁰⁸⁾ Cf. R. RICHARDI, “Die Wissensvertretung”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 169, 5/6, 1969, 397 s.

Em apreciação crítica, v. José Ferreira GOMES/Diogo Costa GONÇALVES, *A imputação de conhecimento às sociedades comerciais*, 67 s.

Vejam: mesmo afastando as teorias organicistas herdadas de Von Gierke ao nível da conceptualização da personalidade coletiva, não somos condenados a negar a existência de uma verdadeira relação de organicidade (que não representatividade) entre os titulares dos órgãos e a pessoa coletiva, ao ponto de a atuação destes, em muitos casos, ser a atuação da pessoa coletiva — e, tal como esta é responsável contratualmente pelos atos dos sujeitos individuais que atuam por sua conta, como se fosse um ato próprio, deve ser chamada a responder como se de um ato próprio se tratasse sempre que seja a pessoa coletiva a estar vinculada no tráfego por determinados deveres de natureza aquiliana. A culpa da pessoa coletiva aferir-se-á, portanto, por referência à previsibilidade dos que atuam em seu nome; o desvio da conduta será ajuizado em função do que seria expectável que uma pessoa naquela situação concreta efetivamente fizesse.

Simplesmente, do que se trata, agora, é de saber se a pessoa coletiva devia conhecer determinadas informações e se, devendo, se pode concluir que não houve erro porque a informação lhe era imputável, fazendo-o desaparecer.

Ora, é exatamente este salto que nos parece injustificado. Se com isto se pode justificar a inexistência do erro, quando um sujeito que não representa a pessoa coletiva conheça a realidade tal como ela é e esse conhecimento possa ser imputado à sociedade, continua a não solucionar a questão da relevância da culpa, quando o representante (formal ou não) da pessoa coletiva com obliteração de deveres de indagação exigíveis ignora um elemento essencial para a contratação.

Não se podendo concluir que o binómio pessoa singular/pessoa coletiva deve ser considerado para efeitos de um eventual impacto da culpa ao nível do regime do erro, não podemos deixar de reconhecer que o processo negocial próprio da contratação ao nível das sociedades comerciais pode ser relevante a este propósito. Na verdade, o modo como é realizada a *due diligence* ou a sua omissão podem, nos termos atrás expostos, ser determinantes para, na estrutura negocial, permitir concluir pela falta de erro, no caso de este incidir sobre a base negocial, ou pela dificuldade (ou impossibilidade) de prova do conhecimento ou da cognoscibilidade da essencialidade do elemento sobre o qual incidiu a incorreta representação da realidade.

Não basta, na verdade, que o errante seja um profissional na matéria e que lhe fosse exigível — pelo cumprimento de certos deveres de autoinformação — reconhecer o engano. Pense-se no exemplo de escola do contrato de compra e venda de um casal de cães rafeiros que o comprador, produtor de cães, pensava serem cães de raça, única

hipótese em que pretendia adquiri-los. Tendo explicitado isso mesmo ao vendedor, que nada percebia sobre raças caninas, podemos dizer que este conhecia a essencialidade do elemento sobre o qual incidiu o erro, ao mesmo tempo que se pode, eventualmente, entender que ao comprador, enquanto especialista na matéria, seria exigível certificar-se da pureza da raça dos concretos animais.

Conclui-se, portanto, que não é a qualidade do sujeito que importa consequências do ponto de vista da disciplina do erro, mas o específico modelo negocial e as específicas circunstâncias do problema concreto *decidendum* que podem determinar as consequências jurídicas que fomos analisando.

7.1.3.2. Requisitos especiais de relevância do erro

Para que um negócio possa ser anulado com base em erro-vício, não é suficiente que se preencham os requisitos gerais de relevância. Importa, a par disso, que se verifiquem os pressupostos específicos, previstos para cada uma das modalidades de erro.

Tratando-se de um erro sobre a pessoa do declaratário ou sobre o objeto, exige-se, por remissão do artigo 251.º CC para o artigo 247.º CC, que o declaratário conheça ou não deva ignorar a essencialidade do elemento sobre o qual incide o erro. O regime é, portanto, exatamente o mesmo que o regime do erro obstáculo ou erro na declaração.

Para que o erro sobre os motivos *propriamente dito* possa conduzir à anulabilidade do negócio, impõe-se, por seu turno, que haja um acordo entre declarante e declaratário acerca da essencialidade do motivo. Como já referimos anteriormente, compreende-se que assim seja. Tratando-se de um motivo que diz respeito exclusivamente ao declarante, não corresponderia a um ideal de justiça, nem salvaguardaria devidamente as expectativas do declaratário (a sua confiança) a possibilidade de desvinculação que não cumprisse um requisito particularmente exigente. No fundo, através deste acordo, o legislador parece impor que, de algum modo, um motivo exclusivo do declarante passe a ser partilhado pelas partes no contrato, ou, dito de outro modo, exclui-se a relevância do erro sobre os motivos, exceto se se cumprir esta exigência ⁽⁶⁰⁹⁾.

Percebe-se, então, que o regime se modifique, quando o erro incida sobre a base do negócio, já que se tratam aí se circunstâncias que,

⁽⁶⁰⁹⁾ Cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 514.

mesmo que tenham sido pressupostas apenas por um dos contraentes, de acordo com a boa-fé, não poderiam ser ignoradas pela contraparte, atenta a sua centralidade na determinação da vontade de contratar e dos termos do contrato.

O artigo 252.º/2 CC dispõe, assim, que, nestas hipóteses em que o erro recaia sobre as circunstâncias que constituem a base do negócio, se aplique o disposto sobre a resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias vigentes no momento em que o negócio foi concluído. O artigo 252.º/2 CC remete-nos para o artigo 437.º CC.

O artigo 437.º CC lida com o problema da alteração superveniente das circunstâncias ⁽⁶¹⁰⁾. Do que se trata é de saber se um contrato que foi celebrado mediante a pressuposição de determinadas circunstâncias pode ou não manter-se vigente se elas se alterarem, com o decurso do tempo, rejeitando-se posições radicais que assentem quer na ideia estrita de *pacta sunt servanda*, quer na cláusula *rebus sic stantibus*, correspondente a um subjetivismo radical ⁽⁶¹¹⁾. Ao resolver a questão,

⁽⁶¹⁰⁾ Sobre o problema da alteração superveniente das circunstâncias, cf., *inter alia*, Paulo Mota PINTO, “O contrato como instrumento de gestão do risco de alteração das circunstâncias”, *O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade* (Pinto Monteiro, coord.), Instituto Jurídico, FDUC, 2015, 71 s.; Diogo Pereira DUARTE, *A resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias*, 2014; Adriano Vaz SERRA, “Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 68, 1957, p. 293 e ss.; A. Pinto MONTEIRO, *Erro e vinculação negocial (a propósito da aplicação do bem a fim diferente do declarado)*, Almedina, Coimbra, 2002; C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral*, 605 s.; L. Carvalho FERNANDES, *A teoria da imprevisão no direito civil português*, Quid Iuris, 2001; A. Pinto MONTEIRO/Júlio GOMES, “A hardship clause e o problema da alteração das circunstâncias (breve apontamento)”, *Juris et de Jure* — Nos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica — Porto, UCP, 1998, 17 s.; Menezes CORDEIRO, “Da alteração das circunstâncias”, *Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1989, 293 s.; Menezes CORDEIRO, *Da boa fé em direito civil*, Almedina, Coimbra, 2001, 1089 s.; J. Lebre de FREITAS, “Contrato de Swap Meramente Especulativo — Regimes de Validade e de alteração das circunstâncias”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 72, vol. IV, 2012, 959 s.; Tiago Sousa Freitas e COSTA, “Resolução do contrato de swap de taxa de juro — anotação jurisprudencial”, *O Direito*, 146/2, 2014, 530 s.; Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 316 s.; L. Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2010, 132; C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 605 s.

⁽⁶¹¹⁾ Menezes CORDEIRO, *Da Boa fé em direito civil*, 938 s.; C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 605 s.

o citado preceito estabelece como pressupostos para a resolução ou modificação do contrato com base na alteração superveniente das circunstâncias que se verifique uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar e que se constate que a manutenção do contrato afetaria gravemente os princípios da boa-fé, não estando abrangida pela *álea* própria do negócio ⁽⁶¹²⁾.

⁽⁶¹²⁾ A este propósito, atente-se na lição de A. Menezes Cordeiro, em *Da boa fé*, 1106. Para o autor, “a locução [do artigo 437.º], através de Vaz Serra, situa-se na área de Oertmann, tendo um laivo subjetivo no seu teor. Sabe-se hoje que esta via não procede. A alteração diz respeito ao circunstancialismo que rodeia o contrato, objetivamente tomado, desde que se lhe reporte. A fórmula legal é, no entanto, útil, por deixar claro que não se trata de superveniência a nível das aspirações subjetivas extracontratuais de uma parte; deve haver uma afetação do próprio contrato enquanto tal, e, nessa medida, ambos os celebrantes estão implicados”.

Segundo Mota Pinto, parece não se acolher, no citado preceito, quer a doutrina da pressuposição de Windscheid, que levaria à “revogação do negócio sempre que a pressuposição fosse reconhecível para a outra parte”, quer a doutrina da base negocial na versão de Oertmann (segundo a qual, a eficácia dos negócios está ligada à subsistência da sua base, entendendo-se por base negocial as representações de uma das partes sobre a existência de certas circunstâncias consideradas como basilares, desde que a outra parte as reconheça como importantes, sem as contradizer), uma vez que ambas as soluções facilitariam demasiado a extinção do contrato — cf. *Teoria geral*, 610. Explica o civilista que preferível seria, portanto, a doutrina da base negocial na formulação proposta por Lehmann. De acordo com esta posição, “a pressuposição deficiente só é relevante quando for conhecida ou cognoscível para a outra parte no momento da conclusão do negócio e desde que esta, se lhe tivesse sido proposto o condicionamento do negócio à verificação da circunstância pressuposta, teria tal pretensão ou deveria ter aceitado segundo a boa fé” (págs. 610/611).

Manuel de Andrade (*Teoria Geral da Relação Jurídica Civil*, 9.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2009, 403 s., também citado por Mota Pinto a este propósito, que neste ponto acompanhamos de muito perto) introduz a esta teoria uma ligeira alteração. Haveria lugar à modificação do contrato, ainda, nos casos em que a *boa-fé* justifica agora o resultado, embora não exigisse a aceitação da cláusula de condicionamento na data do negócio. Segundo explita Mota Pinto, “é o que tem lugar, por exemplo, quando num contrato bilateral se verifica o que Larenz chama uma turbacção da equivalência, isto é, quando, em consequência de eventos imprevisíveis (...), as relações de ambas as partes se tornaram uma grosseira não relação, de modo que o contrato não satisfaz já o seu sentido como contrato de troca”.

Sobre o último autor citado, cf. Karl LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 5. Aufl., 1980, 358 e *Lehrbuch des Schuldrechts I, Allgemeiner Teil*, 300 s. Larenz distingue um sentido subjetivo da base do negócio (seria contrário à boa fé que, tendo-se alterado as circunstâncias aceites por ambas as partes no momento da formação do contrato, uma delas venha exigir à outra o

De acordo com os ensinamentos da doutrina, o problema da alteração superveniente das circunstâncias envolveria uma dupla possibilidade interpretativa: por um lado, apontaria para um sentido subjetivo, a rememorar a doutrina da pressuposição, embora corrigida pela consideração da base do negócio. A pressuposição deficiente só seria, nessa medida, relevante “quando for conhecida ou cognoscível para a outra parte no momento da conclusão do negócio e desde que esta, se lhe tivesse sido proposto o condicionamento do negócio à verificação da circunstância pressuposta, teria tal pretensão ou deveria ter aceiteado segundo a boa-fé”; por outro lado, apontaria para um sentido objetivo da base negocial, a integrar, segundo a lição de Larenz, os casos que envolvem a turbação da equivalência (prestação e contraprestação já não se equivaleriam em termos de relação de valor) e os que envolvem a frustração do escopo contratual (um objetivo contratual tornar-se-ia impossível em termos imputáveis, a título de risco, a uma das partes) ⁽⁶¹³⁾.

Na síntese de Carneiro da Frada, duas são as ideias fundamentais a reter nesta matéria: “a) em primeiro lugar, a receção e aplicação da alteração de circunstâncias esteve desde sempre relacionada com momentos de profunda alteração do contexto socioeconómico e político vigente numa determinada comunidade jurídica (...); b) em segundo lugar, a modificação ou resolução dos contratos por alteração das circunstâncias exige, invariavelmente, a ponderação valorativa dos dois vetores dogmáticos: a autonomia privada, por um lado, e a boa-fé, por outro” ⁽⁶¹⁴⁾.

cumprimento do acordado) e um sentido objetivo da base negocial. Aqui integraria dois grupos de casos: aqueles que envolvem a turbação da equivalência (prestação e contraprestação já não se equivaleriam em termos de relação de valor); e os que envolvem a frustração do escopo contratual (um objetivo contratual tornar-se-ia impossível em termos imputáveis, a título de risco, a uma das partes). Para uma apreciação crítica da posição do autor alemão, cf. A. Menezes CORDEIRO, *Da boa fé*, 1050. Cf., ainda, Karl LARENZ/Manfred WOLF/Jörg NEUNER, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 379.

⁽⁶¹³⁾ Cf., também, nesse sentido Diogo Pereira DUARTE, *A resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias*.

Negando o interesse prático-normativo da distinção entre a base negocial subjetiva e objetiva e da chamada grande base do negócio e pequena base do negócio, cf. Paulo Mota PINTO, “O contrato como instrumento de gestão do risco de alteração das circunstâncias” 83 s. Para o autor, a distinção nem é decisiva do ponto de vista dogmático, como não tem relevância legal autónoma.

⁽⁶¹⁴⁾ M. Carneiro da FRADA, “Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias”, 65.

No mesmo sentido, Menezes Cordeiro ⁽⁶¹⁵⁾ alerta que a autonomia privada implica riscos e “anda com a responsabilidade sempre ao seu lado”, pelo que os critérios de relevância da alteração das circunstâncias — a responderem ao facto de o contrato poder ser, depois de modificada de forma imprevista e radical a realidade envolvente, já outro — deverão representar, de algum modo, um compromisso com a estabilidade, a proteção da confiança, já que “não se poderá (...) determinar uma correspondência do conteúdo contratual a todas as flutuações das circunstâncias cuja previsão levou ao negócio” ⁽⁶¹⁶⁾; quer porque, a ser afirmativa a resposta à questão da eventual modificação do contrato com base no regime mencionado, teremos de ponderar, e porque ele, no fundo, apela também à boa-fé, em que medida isso não contraria o sentido da vinculação das partes.

Na concretização destas ideias, e continuando a acompanhar a exposição de Carneiro da Frada, pode dizer-se que a alteração superveniente das circunstâncias implica uma “enorme indeterminação, suscetível por isso de abranger, consoante os casos, uma multiplicidade de situações sobre as quais qualquer uma das partes alicerçou a sua decisão de contratar (circunstâncias familiares, do domínio da natureza, contingências próprias do ramo de atividade a que se dedica ou em jogo no contrato)” ⁽⁶¹⁷⁾. Não será, contudo, qualquer modificação que pode justificar a mobilização do preceito em causa. Por isso, deve entender-se que, mesmo quando respeitante a uma base subjetiva, as circunstâncias pressupostas devem ter sido conhecidas ou cognoscíveis pela contraparte no momento da celebração do negócio e se exija que, se tivesse sido proposto o condicionamento do negócio à verificação da circunstância pressuposta, a boa-fé o tivesse exigido.

Uma breve aproximação ao complexo problema da alteração superveniente das circunstâncias permite-nos perceber a analogia entre a pressuposição, que a questão envolve, e o problema do erro. Há, contudo, uma diferença inultrapassável: enquanto a pressuposição diz respeito ao futuro — as circunstâncias que se alteram modificam-se depois da celebração do negócio — o erro diz respeito ao passado ou ao momento da celebração do negócio, consoante ficou explicitado anteriormente.

⁽⁶¹⁵⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Da boa fé*, 1092.

⁽⁶¹⁶⁾ Cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria geral*, 607.

⁽⁶¹⁷⁾ M. Carneiro da FRADA, “Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias”, 70.

Este ponto de diferenciação determina que, como a doutrina vem entendendo, a remissão do artigo 252.º/2 CC para o artigo 437.º CC deva ser compreendida em termos hábeis. Na verdade, se o erro contamina o negócio *ab initio*, desde o seu processo formativo, não faz qualquer sentido estar a ficcionar um contrato válido que depois será resolvido. Nas palavras de Menezes Cordeiro, “estando um contrato em curso de execução, não há que atingi-lo no seu passado (salvo quando a resolução a isso conduza) assim como não se exige atingi-lo *in totum*: as partes poderão ter investido já muito no seu cumprimento. No erro sobre a base do negócio, porém, há que aplicar o regime comum do erro: a anulabilidade” ⁽⁶¹⁸⁾.

Parece-nos ser esta a melhor solução: não só ela corresponde, dogmaticamente, à perspectiva preferível do ponto de vista do rigor categorial, como parece ser a única capaz de garantir a coerência intrasistémica. Na verdade, nenhuma justificação parece haver para submeter a um regime de desvinculação diverso, designadamente em matéria de prazo, as diversas hipóteses de erro ⁽⁶¹⁹⁾.

7.1.4. A anulabilidade do negócio e responsabilidade civil

Verificados todos os requisitos gerais e especiais de relevância do erro, o negócio é anulável. Pode arguir a anulabilidade o errante, no prazo de um ano a contar do conhecimento que tenha do erro, nos termos do artigo 287.º CC.

Caso o negócio não tenha ainda sido cumprido, a anulabilidade por ser arguida a qualquer momento, nos termos do artigo 287.º CC.

⁽⁶¹⁸⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, 870; C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 514. Em sentido contrário, cf. Carlos Ferreira de ALMEIDA, “Erro sobre a base do negócio”, *Cadernos de Direito Privado*, 43, 2013, 3 s.

A invalidade (nulidade e anulabilidade) envolve uma perturbação genética. Cf., a este propósito, Rui de ALARCÃO, “Sobre a invalidade do negócio jurídico”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, 1983, 622 s., sublinhando este ponto. Para o autor, mesmo em “hipóteses em que o defeito se verifica em momento posterior àquele em que o negócio se forma”, porque “a lei reputa o vício como se existisse no momento da formação ou então o defeito negocial, tendo lugar depois da celebração do negócio, ocorre antes do momento decisivo para a sua eficácia (e portanto antes que a regulamentação negocial tenha entrado em vigor)” — casos de nulidade superveniente ou sucessiva, no primeiro caso; caso do 2254.º CC, no segundo caso — a ligação genética ao momento formativo do contrato existe.

⁽⁶¹⁹⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, 870.

A anulabilidade pode ser sanada pelo decurso do prazo ou por confirmação.

Nos casos de erro, pode o errante ter de indemnizar o declaratório pelos danos causados, se houver culpa da sua parte. A indemnização, em regra, abrange o interesse contratual negativo, embora, como vimos, a doutrina não seja unânime quanto ao ponto.

7.1.5. O erro na contratação eletrónica

O artigo 33.º/2 DL n.º 7/2004 determina, no tocante aos contratos celebrados exclusivamente entre computadores, sem intervenção humana, que são aplicáveis as disposições acerca do erro, distinguindo entre erro na formação da vontade, quando há erro de programação; erro na declaração, quando há defeito de funcionamento da máquina; e erro na transmissão, quando a mensagem chega deformada ao seu destino. O n.º 3 do mesmo preceito consagra que a outra parte não pode opor-se à impugnação por erro sempre que lhe fosse exigível que dele se apercebesse, nomeadamente pelo uso de dispositivos de deteção de erros de introdução.

O preceito consagra, assim, regras especiais — embora as mesmas nos reconduzam ao regime do erro — quando em causa esteja a contratação automática, isto é, sem intervenção humana. As especificidades de tal negociação importam que nos debrucemos, de modo crítico-reflexivo, acerca da disciplina.

Haverá erro na formação da vontade, isto é, um erro-vício, se houver erro de programação. O erro vício — já o sabemos — caracteriza-se por ser uma incorreta ou inexata representação da realidade que é determinante da vontade de celebrar o contrato. O declarante acredita que a realidade é uma, quando ela, na verdade, é outra, e é esse engano, esse lapso que faz gerar a vontade de celebrar o contrato. Para que faça sentido falar de um erro na formação da vontade a este nível, para que essa inexata representação da realidade possa ser configurada, é necessário que o processo formativo da vontade seja compreendido por referência ao computador. De facto, não é aquele que utiliza o computador que tem uma incorreta representação da realidade, mas é o próprio autómato que, fruto de um erro de programação, não faz uma correta leitura dos dados que lhe são fornecidos por outro terminal computacional e toma uma decisão determinada por variáveis que não estão corretas. Simplesmente, nem sempre estes esquemas complexos, em que “os autómatos com distintos projetos de contratos [fazem] uma aproximação de soluções

de modo a encontrar uma saída comum que respeite os dados básicos preestabelecidos” ⁽⁶²⁰⁾, se verificam. Há que, então, atentar em várias hipóteses.

Em muitas situações, o computador limitar-se-á a reproduzir a vontade do programador. Acresce que, independentemente dos casos, o sujeito da contratação é sempre aquele que utiliza o autómato, sendo o erro seu. O erro, nestes casos, é um erro de programação e não propriamente um erro que se consubstancie numa incorreta representação da realidade. Além disso, avultam dificuldades na determinação do elemento sobre o qual incide o erro. É claro que, se a questão é a incorreta introdução dos dados preestabelecidos com base nos quais o autómato formula um projeto negocial, poder-se-á falar, por exemplo, de um erro sobre o declaratório, sobre o objeto ou sobre os motivos. Mas, ele só é pensável quando o próprio programador se equivoca na análise da realidade e é esse engano que determina a falha na programação e não quando o que ocorre é um erro na introdução da linguagem algorítmica em si mesmo. Quer isto dizer que o legislador, na al. a) do n.º 2 do artigo 33.º DL n.º 7/2004, parte de uma ficção, unificando hipóteses que podem apresentar contornos distintos e que, na ausência da determinação legal, poderiam levar à sua assimilação por âmbitos de relevância normativa diversos.

Além disso, noutras situações, podemos estar diante de mecanismos dotados de inteligência artificial, com as características da autonomia e da autoaprendizagem, isto é, entes que, a partir de uma programação de base, interagem com o meio, absorvem informação e formulam as suas próprias escolhas. Pode, então, acontecer que o erro não resulte da programação, mas da interação com o meio que a máquina opera. Estar-se-ia, aqui, diante de um erro vício? Em termos teóricos, duas são as vias que o podem fundamentar: ou concebemos o autómato como uma *longa manus* do contraente e o mecanismo por ele utilizado não lhe permitiu formar adequadamente a vontade; ou o perspetivamos como um representante do sujeito contraente — o que pressuporia a sua personaficação, numa opção que rejeitamos — e o erro vício relevaria na pessoa desse representante. Em qualquer das situações, não se percebe claramente por que razão se apartam estas hipóteses daquelas outras de erro devido ao mau funcionamento/defeito da máquina.

⁽⁶²⁰⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 345.

Em termos metodológicos, é viável aventar-se uma possível restrição teleológica do preceito. A questão que resta é se, em termos prático-normativos, ela faz sentido. Se tivermos em conta, apenas, o regime geral do erro na formação do negócio jurídico, porque os requisitos pensados pelo legislador de 66 não são uniformes, por referência às várias modalidades de erro, dir-se-ia que sim. Haverá, contudo, de ter em conta o disposto no n.º 3 do citado artigo 33.º DL n.º 7/2004. Se a contraparte não se pode opor à impugnação por erro sempre que lhe fosse exigível que dele se apercebesse, nomeadamente pelo uso de dispositivos de deteção de erros de introdução, isso parece significar que o requisito de relevância do erro é a cognoscibilidade do próprio erro e não da essencialidade do elemento sobre o qual ele recai ou o acordo acerca da essencialidade do motivo, ao qual acrescerá a essencialidade e a propriedade do erro. Ou seja, apesar de remeter para o regime do erro-vício, o DL n.º 7/2004 parece unificar os regimes que no Código Civil não são unitários. A relevância da cisão entre o erro-vício e o erro na declaração reside, portanto, no facto de, enquanto o erro na declaração pode incidir sobre qualquer elemento, desde que essencial ao declarante, o erro-vício ter que dizer respeito a elementos precisos.

Assim, no que respeita à interpretação do artigo 33.º/2, *a)* DL n.º 7/2004, importa estabelecer algumas diferenciações: *i)* se o erro de programação é gerado por uma incorreta representação da realidade por parte do programador, o que determina, por seu turno, que introduza dados errados, que serão utilizados pelo autómato, então, o erro há-de ser visto como um erro-vício. Neste caso, o erro, para ser relevante, há-de incidir sobre a pessoa do declaratório, sobre o objeto ou sobre os motivos. Há-de ser ainda essencial e próprio e deve ser cognoscível pelo declaratório, já que, se não o for, este pode opor-se à impugnação; *ii)* se o erro de programação é gerado por um engano na introdução dos dados algorítmicos, a determinar o erro da atuação do computador, então, o erro deve ser configurado como um erro na declaração, exigindo-se, neste caso, que seja cognoscível pelo declaratório; *iii)* tratando-se de um mecanismo dotado de inteligência artificial, e sendo este que, pela interação com o meio e a sua autoaprendizagem, se equivoca na compreensão da realidade, o erro é um erro do sujeito contraente, que utiliza a máquina para formar a sua decisão negocial, podendo traduzir-se num erro vício ou num erro na declaração, consoante as hipóteses problemáticas com que nos confrontemos.

Nos termos da al. *b)* do n.º 2 do artigo 33.º DL n.º 7/2004, aplicam-se as regras do erro na declaração, se tiver havido haver defeito de funcionamento da máquina. Se a solução não nos oferece grandes

dúvidas, quanto à sua bondade, leva-nos, por outro lado, a reforçar o entendimento anteriormente expendido. Na verdade, por que razão se há-de valorar em moldes diversos esta hipótese e aquela outra já enunciada, no âmbito da qual o computador errou porque os dados da programação foram mal introduzidos? Em qualquer dos casos — haja ou não culpa do utilizador da máquina —, o que está em causa não é uma incorreta representação da realidade (exceto naquela hipótese em que os dados foram mal introduzidos, porque o programador desconhecia com exatidão as circunstâncias do real), mas um erro que é determinado ou pelo mau funcionamento da máquina ou pelo facto de os dados de programação terem sido mal introduzidos. Poder-se-á dizer, é certo, que, tratando-se de um erro de programação, a vontade só se forma pelo aproximar de soluções e, portanto, por via da atuação dos próprios autómatos. Este dado é mais patente, quando estamos a falar de entes dotados de inteligência artificial e, portanto, de entes capazes de autoaprender e tomar decisões ditas autónomas. Simplesmente, estes não podem ser senão entendidos como uma extensão do sujeito que está por detrás deles e os utiliza. A vontade que assim se forma não estava totalmente determinada, mas era determinável em função dos dados da programação. O que quer dizer que estes dois erros — verifiquem-se a montante ou durante o processo decisório automático — partilham a mesma natureza.

Isto significa que estamos a olhar — numa perspetiva naturalmente conservadora — para o computador como uma extensão do próprio sujeito (e não como um sujeito autónomo). Ora, se assim é, parece tornar-se duvidoso o acerto da solução contida na al. c) do n.º 2 do artigo 33.º DL n.º 7/2004. Diz-se que haverá erro na transmissão da declaração se a mensagem chegar deformada ao seu destino. Mas, não se esclarece em que consiste tal deformação, em primeiro lugar, e, em segundo lugar, esquece-se que o computador não é um intermediário de que o declarante se serve, mas um instrumento que utiliza na sua contratação, pelo que o problema, afinal, deve ser tratado como um erro na declaração. É verdade que, em termos prático-normativos, nenhuma consequência advém do desacerto, já que o que o ordenamento jurídico faz, no artigo 250.º CC, é remeter o risco de utilização de um intermediário para a esfera do declarante, considerando que, para todos os efeitos, estamos ainda diante de uma declaração daquele. No fundo, o ato do intermediário — exceto quando ele aja com dolo — é entendido como sendo do próprio declarante. No caso da contratação entre computadores sem intervenção humana, parece-nos que a equiparação se torna desnecessária, porque, para todos os efeitos, deixa de haver um terceiro

intermediário. Aliás, como vimos *supra*, a doutrina preocupou-se em sublinhar que o artigo 250.º CC só se aplica quando “a declaração chegue ao declaratório na forma de uma reprodução feita por outrem, mas não com o conteúdo a ela dado pelo declarante”, pelo que, se a declaração for transmitida telefonicamente, o preceito não é mobilizável, devendo aplicar-se diretamente o artigo 247.º CC ⁽⁶²¹⁾. Da mesma forma, devemos considerar que não se está no âmbito do erro na transmissão da declaração, mas no âmbito do erro-obstáculo *stricto sensu*, quando o meio utilizado é um computador, mesmo que ele seja programado, para depois da inserção de determinados dados, decidir sozinho. Já fará sentido falar de erro na transmissão da declaração se intervier um terceiro neste processo de tomada de decisão e transmissão da declaração: será o caso de A transmitir a intenção negocial a B, programador, que insere os dados no computador que vai celebrar o contrato. A problemática do erro na contratação eletrónica pode, na verdade, envolver outro tipo de considerações. Dependendo das especificidades do caso concreto, podemos ser confrontados com uma hipótese na qual o programador é uma pessoa diversa do contraente que utiliza o computador para a contratação. Assim sendo, haveremos de considerar que o que aí está em causa, havendo um erro de programação, é, afinal, um erro na transmissão da declaração.

As dificuldades a que somos conduzidos pelo DL n.º 7/2004, neste ponto específico, resultam de uma tentativa de aprisionamento dos problemas jurídicos que possam emergir em quadros conceptuais estanques, contrariando-se aquela que é a melhor posição em sede metodológica: o caso concreto deve ser entendido como o *prius* e a *perspetiva* que tudo determina, de tal modo que devemos partir dele para determinar qual o âmbito de relevância normativa que melhor o assimila. Melhor seria, portanto, se o legislador se tivesse limitado a dispor que a disciplina do erro é aplicável à contratação entre computadores sem intervenção humana, sem tentar recortar, sequer sem a precisão dos contornos de um caso abstratamente considerado, o âmbito de relevância dos casos.

Repare-se, aliás, que outras podem ser as hipóteses problemáticas com que nos confrontamos na realidade. Um caso concreto mostra-nos isso mesmo. Embora, aí, não esteja propriamente em causa a contratação entre computadores sem intervenção humana,

⁽⁶²¹⁾ A. Vaz SERRA, “Erro na transmissão da declaração”, 47.

por esta ser requerida, os contornos da situação ocorrida levam-nos a considerar uma contratação sem atuação do sujeito. Vejamos os dados do problema: a Amazon desenvolveu uma coluna de som com várias funcionalidades, entre as quais a assistente Alexa, que desempenha diversas funções, entre as quais encomendar produtos da Amazon, através de um sistema de reconhecimento de voz. Um canal de televisão dá uma notícia sobre uma criança que tinha pedido uma casa de bonecas e uma determinada quantidade de biscoitos por engano. Os assistentes Alexa interpretaram a informação como um pedido e efetuaram a compra. Neste caso, embora o mecanismo só funcione com a intervenção humana, sendo um meio específico de estabelecer a contratação, a verdade é que atuou sem qualquer ação do sujeito, motivo bastante para podermos dizer que, sem embargo do tipo de funcionamento pensado, em concreto, houve contratação sem intervenção do homem. Aqui, não se pode falar de erro em sentido técnico-jurídico, embora se possa discernir um qualquer erro de programação. Na verdade, inexistente vontade de declaração, pelo que o problema deve ser reconduzido à hipótese de falta de consciência da declaração, previsto no artigo 246.º CC.

Os problemas relativos aos vícios da vontade por referência a sistemas autónomos requerem, não obstante, num futuro próximo uma reflexão mais aprofundada e mais alargada.

7.2. Dolo

7.2.1. Noção

De acordo com o artigo 253.º/1 CC, “entende-se por dolo qualquer sugestão ou artifício que alguém empregue com a intenção ou consciência de induzir ou manter em erro o autor da declaração, bem como a dissimulação, pelo declaratório ou terceiro, do erro do declarante”.

O dolo é um erro qualificado. Na base do dolo está uma incorreta ou inexata representação da realidade (um erro); simplesmente, em vez de o declaratório ter incorrido espontaneamente nesse erro, ele foi induzido a tal pelo comportamento do declaratório ou de um terceiro. Podemos ainda estar diante de dolo, quando o declaratório ou o terceiro mantêm o declarante em erro ou quando, havendo o dever de esclarecimento, o dissimulam. Trata-se, portanto, de um erro provocado pelo comportamento de outro sujeito.

7.2.2. Elementos e requisitos de relevância

Para que se possa falar de dolo (e este possa relevar, enquanto vício da vontade) é necessário que se preencham determinados requisitos.

a. Dolo ativo e dolo omissivo

Em primeiro lugar, tem que haver o emprego de determinadas sugestões ou artifícios (dolo positivo) ou a omissão de um comportamento devido no sentido de esclarecer o declarante (dolo negativo). As sugestões ou artifícios de que se fala podem ir desde a mentira simples até esquemas mais complexos de engano ⁽⁶²²⁾. Por outro lado, o dolo negativo só releva na medida em que exista o dever de esclarecimento. Este, por seu turno, avulta em concreto, em função das exigências ditadas, em cada relação negocial, pela boa-fé.

Note-se que o engano que subjaz ao dolo deve ser causado pelas sugestões ou artifícios utilizados pelo declaratório ou pelo terceiro. Mas não tem de o ser necessariamente: não o é, na verdade, em casos de dolo negativo, o que não quer dizer que a omissão dos deveres de esclarecimento não tenha sido determinante para a manutenção da situação de equívoco. Por esse motivo, mais do que uma relação de causalidade entre o dolo e o erro ⁽⁶²³⁾, devemos pensar no problema em termos de imputação. A pergunta que nos orienta é: pode ou não a situação de engano ser imputada a um terceiro ou ao declaratório, deixando de incidir diretamente sobre o declarante. Só assim estamos em condições de abarcar os comportamentos negativos e as hipóteses em que o erro já existia.

b. A relação entre o dolo (vício da vontade) e o dolo forma de culpa. O problema da indução negligente em erro

Em segundo lugar, tem-se entendido que o dolo enquanto vício da vontade integra o dolo enquanto forma de culpa. Ou seja, só se

⁽⁶²²⁾ C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 526.

⁽⁶²³⁾ Menezes Cordeiro fala a este propósito de uma dupla causalidade, referindo que o dolo tem de ser determinante do erro e que o erro tem de ser determinante do negócio — cf. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 873. Cremos que a segunda relação causal referida pelo autor é marcada pela nota de essencialidade que, como veremos, deve revestir o dolo.

poderia falar de dolo (enquanto erro qualificado) quando existisse a intenção de induzir ou manter em erro.

Nas palavras de Mota Pinto, a existência no *deceptor* da *intenção ou consciência* de induzir ou manter em erro é um elemento da definição de dolo ⁽⁶²⁴⁾. Segundo o autor, “basta a consciência de criar ou manter uma situação de erro, mesmo que esse não seja o propósito de quem a cria ou mantém” ⁽⁶²⁵⁾. Assim, o dolo enquanto vício da vontade implica o dolo do *deceptor*, sendo, no entanto, suficiente o dolo eventual ⁽⁶²⁶⁾. O artigo 253.º/1 CC já não incluiria, porém, no seu âmbito de relevância abstrato, os comportamentos negligentes ⁽⁶²⁷⁾.

⁽⁶²⁴⁾ Cf. C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 526.

⁽⁶²⁵⁾ Cf. C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral*, 526.

⁽⁶²⁶⁾ Segundo o autor, não é necessário que haja intenção ou consciência de criar ou manter uma situação de erro, bastando que haja a intenção ou consciência da “possibilidade de tal situação ser criada ou mantida, como no caso da parte que faz mera conjecturas, sem indicar o que são, ou que concede informações «às escuras», sem ter elementos para tal (p.ex., a afirmação «às escuras» de que um automóvel não sofreu qualquer acidente)” — cf. C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral*, 526, n. 724.

No mesmo sentido, v. Helmut KÖHLER, “Die neuere Rechtsprechung zur Rechtsgeschäftslehre”, *Juristenzeitung*, 1984, 19, também citado por Mota Pinto (op. cit., loc. cit.); Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 262; I. Galvão TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 108 s.; Eva Moreira da SILVA, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo). O caso da indução negligente em erro*, Almedina, Coimbra, 2010, 337 s.

⁽⁶²⁷⁾ Cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral*, 522. Esta posição não é, como veremos, unânime. Em sentido contrário, têm deposto autores como A. Menezes CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*, 497 s.; ID., “Dolo na conclusão do negócio/ Culpa in contrahendo/Anotação a STJ 13-Jan.-1993”, *O Direito*, 1993, 145-174; Luís Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. III, Contratos em especial, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2008, 103; Nuno Pinto OLIVEIRA, “Sobre o conceito de dolo dos artigos 892.º e 908.º do Código Civil”, *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais — Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 725-740, 727 s.

Os dois primeiros autores citados consideram que o dolo a que se refere o artigo 253.º CC deve ser interpretado no sentido de incluir a indução negligente em erro, desde que se trate de negligência consciente. Nuno Pinto Oliveira vai mais longe e considera que o regime do dolo se deve aplicar, ainda, às situações de negligência inconsciente, por analogia — cf. *op. cit.*, loc. cit.

Em rigor, embora recuse um conceito alargado de dolo, Eva Moreira da Silva admite a aplicação analógica às situações de negligência — cf. *As relações entre a responsabilidade*, 386.

Pode acontecer, não obstante, que A, declaratório, induza B, declarante, em erro, através de informações inexatas prestadas, sem consciência da inexatidão, mas com negligência. Ou seja, verifica-se aquilo que na *Common Law* se designa por *misrepresentation* e que podemos qualificar como um erro induzido por negligência. Hipóteses haverá, também, em que há consciência do engano, mas em que o declaratório confia que o resultado (o erro) não se verificará. Aqui a negligência será consciente, distinguindo-se, apesar disso, das situações de dolo eventual.

Em qualquer destas hipóteses, entende-se tradicionalmente que não se verifica dolo. Ora, diante de uma factualidade deste tipo, a única hipótese que resta ao declarante é tentar invalidar o negócio com base no erro-vício, desde que os requisitos, gerais e particulares, de relevância daquele se verifiquem. Complementarmente, e porque houve culpa da parte do declaratório, poder-se-ia exigir uma indemnização nos termos da responsabilidade pré-contratual, prevista no artigo 227.º CC ⁽⁶²⁸⁾. A questão que se coloca é a de saber, porque a reconstituição natural é o principal remédio em sede ressarcitória, se aquela indemnização se pode traduzir na desvinculação do contrato, colocando-se o lesado na situação em que ele estaria se não tivesse confiado na celebração de um contrato sem erro. Esta solução, que não está isenta de problemas, designadamente pelas aparentes antinomias sistemáticas a que conduz ⁽⁶²⁹⁾, tem sido aceite

Recusando essa possibilidade, v. Paulo Mota PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, 314 s.

⁽⁶²⁸⁾ Nesse sentido, cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral*, 522-523, nota 717.

⁽⁶²⁹⁾ Pense-se na questão dos prazos, por exemplo. Assim, o prazo regra para arguir a anulabilidade do contrato com base em dolo é de um ano a contar da cessação do vício, nos termos do artigo 287.º/1 CC. Aquele que foi negligentemente induzido em erro não pode invalidar o contrato. Mas poderá, a verificarem-se os requisitos, desvincular-se do contrato, com base nas regras da responsabilidade pré-contratual. Para tanto, está sujeito ao prazo de prescrição de três anos. Note-se, não obstante, que o início da contagem do prazo pode não ser coincidente.

Em face da contradição, entre nós, Sinde Monteiro, aceitando a solução da desvinculação do contrato em casos de indução negligente em erro, propõe a correção da solução pela aplicação do prazo de um ano constante do artigo 287.º/1CC. Cf. J. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações e informações*, Almedina, Coimbra, 1989, 380 s.

A este propósito, cf. Eva Moreira da SILVA, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual*, 128-129, dando conta de uma decisão do *Oberlandesgericht Hamm* (OLG Hamm) de 28 de Setembro de 1993, que vem pôr a nu esta contradição. Em

entre nós por parte da doutrina e encontra consagração jurisprudencial na Alemanha. Não é, porém, até pelo exposto, imune a críticas ⁽⁶³⁰⁾. Acresce que outros autores se têm mostrado abertamente contrários à perspetiva, optando, em alternativa, por uma recolocação da questão em sede do regime do dolo ⁽⁶³¹⁾.

Importa, por isso, tomar posição sobre a matéria.

A solução para o problema da indução negligente em erro foi pensada, primeiramente, na Alemanha, sob o impulso do caso *Kreissäge*, decidido pelo BGH em 1962 ⁽⁶³²⁾.

Em causa estava um contrato de compra e venda de uma serra que o comprador pretendia instalar num determinado local da sua fábrica, tendo explicitado claramente ao vendedor que era essencial que o referido equipamento pudesse funcionar no local onde laborava, até então, a antiga máquina. Questionado sobre essa possibilidade, o vendedor mediu o local e respondeu afirmativamente. Acontece que, uma vez entregue a serra circular, o comprador constatou que ela, porque era maior, não podia ser colocada no local da anterior. O BGH considerou que, porque não tinham sido negociadas as medidas do equipamento, não existia aqui um erro sobre a qualidade do objeto. O que estava em causa, afinal, era a prestação de uma informação incorreta, a consubstanciar a violação de um dever de proteção no quadro da negociação do contrato de compra e venda.

causa estava uma situação em que tinha havido dolo por parte do declaratório, mas em que tinha sido ultrapassado o prazo para arguir a invalidade do negócio. Colocando-se, então, a questão de saber se era possível recorrer às regras da responsabilidade pré-contratual, uma vez que o prazo de prescrição do direito à indemnização era, antes da reforma do BGB, de 30 anos, o tribunal entendeu que não, porque, neste caso, fazê-lo implicaria contornar a própria lei.

Evidenciando a antinomia sistemática, cf. Rodolfo SACCO, “Il dolo”, *Trattato di diritto privato* (a cura di Pietro RESCIGNO), vol. X, 2.^a edizione, UTET, Torino, 1995, 198 s.

⁽⁶³⁰⁾ Cf., também entre nós, com amplo desenvolvimento o tratamento monográfico que Eva Moreira da SILVA faz do tema em *As relações entre a responsabilidade pré-contratual*.

⁽⁶³¹⁾ Cf. Eva Moreira da SILVA, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual*.

No ordenamento jurídico alemão, v. Hans Christoph GRIGOLEIT, *Vorvertragliche Informationshaftung. Vorstatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken*, München, 1997; ID., “Neue Tendenzen zur schadensersatzrechtlichen Vertragsaufhebung”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1999, 900-904, também citado pela autora.

⁽⁶³²⁾ Cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 370 s.; Eva Moreira da SILVA, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual*, 117 s.

A solução cogitada foi, então, a de indemnizar o comprador, nos termos da responsabilidade pré-contratual. Ora, implicando a indemnização a recolocação do lesado na posição em que ele estaria se não tivesse confiado na celebração do negócio, o resultado que se atinge é a própria liberação do contrato.

Rapidamente, os autores se pronunciaram acerca da decisão que, se obteve o aplauso de alguns, mereceu fortes críticas de outros ⁽⁶³³⁾.

Desde logo, problematiza-se a questão do dano. Manfred Lieb considerou que, se em causa estava a responsabilidade pré-contratual, seria necessário provar a existência de um dano, que o Tribunal acaba por presumir considerando que a prestação de informação correta teria conduzido à não-aceitação do negócio por parte do comprador. Ora, para o autor, teria de ser — de acordo com as regras da repartição do ónus da prova — o lesado a provar a efetiva existência do dano. É que não é pelo simples facto de haver uma informação incorreta que se pode concluir que o sujeito não teria celebrado o negócio. Até porque a vontade hipotética do induzido em erro poderia levar apenas à modificação dos termos do contrato ⁽⁶³⁴⁾.

⁽⁶³³⁾ Cf., *inter alia*, GRIGOLEIT, “Neue Tendenzen zur schadensersatzrechtlichen Vertragsaufhebung”, 900-904; Manfred LIEB, “Culpa in contrahendo und rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit”, *Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag*, Köln, Bonn, München, 1999, 337-352; ID., “Vertragsaufhebung oder Geldersatz- Überlegung über die Rechtsfolgen von culpa in contrahendo”, *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, München, Bonn, 1988, 253 s.; Dieter MEDICUS, “Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo”, *Juristische Schulung*, 1965, 212 s.

⁽⁶³⁴⁾ Cf. MANFRED LIEB, “Vertragsaufhebung”, 253 s.

Para um acompanhamento crítico das posições do autor, *u.*, entre nós, Eva Moreira da SILVA, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual*, 121 s.

Repare-se que o raciocínio do autor, a desdobrar-se em múltiplos argumentos contra a posição consagrada pelo BGH, não se detém numa questão meramente técnico-operativa, indo mais longe. Na verdade, o busílis da questão está na inadequação, de acordo com o seu ponto de vista, da responsabilidade pré-contratual para garantir a desvinculação do acordo negocial. É que as regras da *culpa in contrahendo* são predispostas com uma finalidade ressarcitória e não para salvaguarda da liberdade de decisão negocial, que é tutelada por via dos regimes anulatórios próprios dos vícios da vontade. Ora, se a questão não pode ser decidida nesse quadro, não deve o jurista procurar expedientes que não são naturais para fazer face a estes problemas. De outro modo, o que se estava era a consagrar um direito ao arrependimento — cf. p. 257 e, numa análise crítica dos argumentos, Elsa Moreira da SILVA, *As relações*, 123 s.

Mas mais do que isso, era imprescindível a prova de um dano patrimonial, porque a responsabilidade pré-contratual não se bastava com a frustração da liberdade contratual do *deceptus*. Pretendê-lo era, afinal, ultrapassar as regras próprias dos regimes anulatórios do negócio, conseguindo por uma via alternativa aquilo que o legislador não tinha permitido por outra ⁽⁶³⁵⁾.

Em sintonia com esta crítica, o BGH revê a sua posição e, em 1997, numa decisão proferida a 26 de Setembro ⁽⁶³⁶⁾, vem exigir como requisito para a liberação do contrato a verificação de um dano patrimonial. Contudo, considerou que a vinculação a um contrato que não se deseja — na sequência de uma informação errada que é prestada — configura um dano relevante para esse efeito, ou seja, o BGH alargou o conceito de dano para lá do que seria comunicado pela teoria da diferença.

Com a exigência do requisito, o BGH pretendeu evidenciar que a desvinculação do contrato com base na responsabilidade pré-contratual não se confunde com a anulação daquele como consequência da verificação de um vício da vontade. Enquanto o primeiro visava a proteção do património, a segunda tinha como objetivo salvaguardar a liberdade de decisão ⁽⁶³⁷⁾.

⁽⁶³⁵⁾ Repare-se, de facto, que o que o autor critica não é a aplicação das regras próprias da responsabilidade pré-contratual às situações de indução negligente em erro. O que não aceita é que, por essa via, se possa obter a liberação do contrato sem mais. Por isso mesmo, Lieb mostra-se contrário à mobilização da *culpa in contrahendo* para este efeito. O instituto já permitiria, contudo, a redução da contraprestação devida pelo comprador — cf. Manfred LIEB, “Vertragsaufhebung”, 264 s.

Mais especificamente o autor aduz que, se se utilizar o regime da responsabilidade pré-contratual sem a prova de um dano para se obter a liberação do contrato, o que se obtém é uma forma de contornar os limites que a lei estabelece em matéria de anulação do negócio jurídico. E mesmo na presença de um dano patrimonial, a desvinculação contratual não seria o melhor remédio, sendo preferível a redução da contraprestação.

⁽⁶³⁶⁾ Sobre o ponto, cf. Eva Moreira da SILVA, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual*, 131 s.; Mota PINTO, *Teoria Geral*, 522, nota 717.

⁽⁶³⁷⁾ Para outras diferenças em termos de regime, cf. Eva Moreira da SILVA, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual*, 304 s. Entre os índices de diferenciação, encontramos a eficácia em relação a terceiros adquirentes (aplicando-se o regime da *culpa in contrahendo*, os terceiros que tenham adquirido qualquer direito na sequência do contrato não poderão ser afetados pela desvinculação indemnizatória, porque esta apenas produz efeitos obrigacionais, o que torna, na prática, a restituição natural impossível; já no caso de anulação do contrato, operando esta retroativamente, se B, adquirente, tiver alienado a coisa a favor de C, A poderá

A solução jurisprudencial alemã suscitou, também ela, forte criticismo por parte da doutrina. Desde logo, muitos vieram considerar que a argumentação apresentava uma visão simplificada dos dados normativos controvertidos. Por um lado, o dano não estaria exclusivamente presente ao nível das situações de indução negligente em erro, uma vez que, nos casos de dolo, enquadráveis no § 123 BGB, muito provavelmente, ele também existiria ⁽⁶³⁸⁾.

Por outro lado, a estanquicidade com que é perspetivada a finalidade dos institutos não faz jus à riqueza que contamina a teleologia de cada um deles: não só o regime dos vícios da vontade não esgota a proteção jurídica da liberdade de decisão, como os interesses patrimoniais podem ser tutelados por essa via ⁽⁶³⁹⁾. Ademais, em rigor, o

opor o seu direito de arguir a invalidade a este terceiro, que assim se vê privado da coisa. Exceção feita às situações em que o terceiro, estando de boa-fé, se vê protegido pelo âmbito de eficácia do artigo 291.º CC); os prazos (o prazo de prescrição do direito à indemnização, que, na vertente de restituição natural, pode dar origem à liberação do contrato é de três anos; o prazo de caducidade da ação de invalidação é de um ano a contar da cessação do vício); a eficácia da sentença (sendo o direito à anulação um direito potestativo, a sentença que invalide o contrato produz os seus efeitos em que a contraparte possa eximir-se a eles; no caso da liberação indemnizatória, tratando-se de um direito obrigacional, a sentença que se obtém é uma sentença de condenação que, a não ser cumprida pelo *deceptor*, exige da parte do induzido em erro que intente uma ação executiva); o regime da indução em erro por terceiro (no caso de indução dolosa em erro, aplicando-se o regime do dolo, se este provier de terceiro, o negócio poderá ser anulado, desde que se cumpram os requisitos do artigo 254.º/2 CC; no caso de indução culposa em erro, coloca-se o problema da responsabilização dos terceiros relativamente às negociações. Vários têm sido os expedientes cogitados para este fim, destacando-se aqui a figura dos contratos com eficácia de proteção para terceiros. Não obstante, a questão é delicada e não pode obter uma resposta generalista como no caso em que há dolo. A propósito da possível aplicação da responsabilidade pré-contratual aos terceiros que induzam o declarante, dolosamente, em dolo, cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, *Parte Geral. Negócio Jurídico*, 4.ª edição, Almedina, 2014, 874, com referência à relação obrigacional sem deveres primários de prestação).

⁽⁶³⁸⁾ Cf. FLEISCHER, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, 431 s., *apud* Eva Moreira da SILVA, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual*, 320 s.

Refira-se, a este ensejo, que tomámos conhecimento de muitas das referências bibliográficas por nós consultadas através da obra de Eva Moreira da Silva, a qual, embora com ela não concordemos em absoluto, assume, até por isso, importância inegável no quadro da ciência do direito portuguesa.

⁽⁶³⁹⁾ Cf. WIEDEMANN, *apud* Eva Moreira da SILVA, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual*, 132 s.

que estaria em causa ao nível da liberação contratual por aplicação do regime da responsabilidade pré-contratual às situações de indução negligente em erro seria a liberdade contratual e uma ideia de autodeterminação. É certo que o BGH autonomiza, como requisito imprescindível, a verificação de um dano patrimonial. Só que a amplitude com que o mesmo vem concebido mostra, para parte da doutrina tudesca, que o que se traduz no dano é a conclusão de um contrato não desejado e não propriamente um dano no património, em sentido estrito, pelo que não faria sentido considerar que seria aquele o objeto da tutela ⁽⁶⁴⁰⁾.

No fundo, a descaracterização do dano patrimonial evidencia que não é a este nível que se consegue cindir claramente a responsabilidade pré-contratual (e, através dela, a possibilidade de desvinculação contratual) do regime do dolo. Pelo contrário, os interesses tutelados parecem confluir.

A propósito da configuração do dano enquanto requisito da liberação negocial quando haja indução negligente ao erro, Grigoleit, em comentário à decisão do BGH de 26 de Setembro de 1997, sublinha que a vinculação a um contrato em virtude de um erro constitui uma lesão de um interesse juridicamente protegido. O que se protege, aí, é a liberdade de vontade, donde não só teleologicamente os institutos que se pretendem dicotomizar não se distinguem, como em termos operativos claudicaria essa cisão. É que a lesão do interesse é entendida como um dano ⁽⁶⁴¹⁾, à luz da jurisprudência do BGH, o

⁽⁶⁴⁰⁾ Cf., neste sentido, Stephan LORENZ, “Vertragsaufhebung wegen culpa in contrahendo: Schutz der Entscheidungsfreiheit oder des Vermögens? Eine Besprechung des Urteils des Bundesgerichtshofes vom 26. September 1997”, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 25, 1998, 1053 a 1057. Para o autor, o fim de proteção da norma seria essencial para a delimitação do âmbito de relevância da responsabilidade pré-contratual. Ora, os deveres de informação que avultam no período das negociações têm como finalidade a salvaguarda da liberdade de formação da vontade dos contraentes. Assim sendo, a *culpa in contrahendo* visa não só a proteção do património, como também da autonomia negocial.

Entre nós, dando conta disto mesmo, v. Eva Moreira da SILVA, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual*.

⁽⁶⁴¹⁾ Cf. Hans Christoph GRIGOLEIT, “Neue Tendenzen zur schadensersatzrechtlichen Vertragsaufhebung”, cit., 900-904, 902-903. O autor esclarece que o BGB limita a possibilidade de indemnização dos danos não patrimoniais aos casos previstos na lei. Simplesmente, fá-lo por referência à indemnização em dinheiro. Ou seja, esta limitação não se verifica quando em causa esteja a reconstituição natural.

que vem mostrar que a presença deste não aponta para uma tutela do património enquanto tal. Por outro lado, verificada uma situação de dolo, haverá, em regra, um dano, pelo que, afinal, o § 123 BGB poderia ser visto como um caso especial de *culpa in contrahendo*. Ora, se ambas as figuras protegem a liberdade negocial e pressupõem um dano, e se uma é tida como especial em relação ao regime geral, não é possível mobilizar este último quando o primeiro inviabiliza a desvinculação negocial ⁽⁶⁴²⁾. Até porque isso poderia conduzir a uma antinomia normativa: à situação menos grave, aplicar-se-ia um prazo de prescrição mais dilatado do que o prazo de caducidade especificamente pensado para a situação mais gravosa.

Apesar do criticismo, há autores que admitem a solução jurisprudencial, embora a corrijam, nomeadamente no que respeita à questão dos prazos. Assim, admitindo a desvinculação do contrato com base no regime da *culpa in contrahendo*, certos autores aduzem que se deverá aplicar o prazo do § 124 BGB, de modo a evitar contradições intrassistemáticas.

Entre nós esta solução é ensaiada por Sinde Monteiro, que, sustentando a possibilidade de desvinculação contratual a partir da aplicação das regras próprias da responsabilidade pré-contratual nas situações de indução negligente em erro, defende a aplicação do prazo de caducidade do artigo 287.º CC, em vez do prazo de prescrição de três anos ⁽⁶⁴³⁾.

Posição diversa é defendida por Paulo Mota Pinto ⁽⁶⁴⁴⁾. Para o civilista, não só é de recorrer ao regime da *culpa in contrahendo* para fazer face a situações deste tipo, como o prazo em que o lesado poderá reagir é o do artigo 498.º, nos termos do artigo 227.º/2 CC. É que,

⁽⁶⁴²⁾ Cf. Hans Christoph GRIGOLEIT, “Neue Tendenzen...”, 902 e 903.

Vide, igualmente, Eva Moreira da SILVA, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual*, 137 s.; Dieter MEDICUS, “Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo”, *Juristische Schulung*, 1965, 212 s.

Em rigor, aceitar o contrário implicaria, ademais, que, se se aceita a desvinculação contratual com fundamento na responsabilidade pré-contratual para os casos de indução negligente em erro, o mesmo teria de ser aceite quando a indução fosse dolosa. Ora, isto implica que o regime geral do dolo decaísse — cf. Eva Moreira da SILVA, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual*, 177.

⁽⁶⁴³⁾ Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 378 s.

⁽⁶⁴⁴⁾ Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual positivo e interesse contratual negativo*, 1410 s. Em rigor, o autor fala da possibilidade de se recorrer ao regime da responsabilidade pré-contratual quando se ultrapassa o prazo de caducidade previsto no artigo 287.º CC.

de acordo com a sua posição, a diferença de prazos não parece justificar a exclusão do direito de revogação, uma vez que não existe confiança merecedora de confiança e uma vez que não há razão para que a vítima da violação de deveres de informação fique numa situação pior do que a vítima da lesão de outros deveres pré-contratuais.

Por seu turno, Pinto Monteiro aduz que, nas situações em que não há intenção de enganar, não haverá dolo, mas não fica afastado o recurso a uma indemnização por responsabilidade pré-contratual, podendo-se, por via da indemnização em forma específica, chegar a um efeito equivalente ao da anulação do negócio, com a desvinculação do negócio ⁽⁶⁴⁵⁾.

A solução não é aceite sem oposição. Autores há que, por via de uma extensão teleológica do regime do dolo, procuram resolver a questão no âmbito do regime dos vícios da vontade ⁽⁶⁴⁶⁾.

Torna-se, por isso, fundamental olhar detidamente para esta questão de direito em concreto: poderá a intencionalidade problemática das situações de indução negligente em erro ser assimilada pela intencionalidade problemática da responsabilidade pré-contratual?

Não se duvida que a violação de deveres de informação na fase pré-contratual, quando sejam impostos pela boa-fé e haja culpa da parte de quem os oblitera, possa gerar responsabilidade pré-contratual. Nessa medida, parece seguro afirmar que as hipóteses de indução negligente em erro, pela prestação de uma informação errada, podem ser assimiladas pela intencionalidade problemática do instituto.

De outro modo, teríamos que considerar que os deveres de protecção que avultam na fase das negociações não passariam de uma declaração de princípio, sem força de juridicidade, porquanto se encontrariam despidos do carácter sancionatório. Na verdade, a obrigação

⁽⁶⁴⁵⁾ Cf. A. Pinto MONTEIRO, *Erro e vinculação negocial (a propósito da aplicação do bem a fim diferente do declarado)*, 24 e nota 33.

⁽⁶⁴⁶⁾ Cf. Eva Moreira da SILVA, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual*, 386; Nuno Pinto OLIVEIRA, “Sobre o conceito de dolo dos artigos 892.º e 908.º do Código Civil”, *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais — Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 727 s.; Id., “O dogma da tipicidade dos vícios da vontade e o contributo do Decreto-lei n.º 57/2008, de 26 de Março, para a sua superação”, *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, vol. III, UCP, 2011, 67 s. Veja-se, ainda, a posição de Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, 107, para quem o dolo inclui as hipóteses de negligência consciente.

de indemnização, a este nível, surge como consequência da preterição dos referidos deveres. Acresce que excepcionar as situações de violação de deveres de informação conducentes a uma vontade mal formada implicaria tratar de forma desigual situações que são materialmente análogas: o que poderia justificar, então, que a violação de outro tipo de deveres pré-contratuais desse lugar a uma obrigação de indemnizar o lesado, desde que se desvelasse a culpa, quando ficaria sem consequência a preterição dos deveres informacionais ⁽⁶⁴⁷⁾?

Dúvidas não há, portanto, no que tange à possibilidade de aplicação das regras da responsabilidade pré-contratual às situações em apreço. Um outro argumento pode, ainda, ser convocado para sedimentar a posição: se se admite, sem margem para hesitação, o recurso à disciplina da *culpa in contrahendo* nos casos em que um negócio é anulável com base num vício da vontade, por que razão se deveria desconsiderar essa possibilidade quando os requisitos de anulabilidade do contrato não estão preenchidos? Tal só faria sentido se se admitisse que os dois regimes funcionam complementarmente. Ora, esta relação de complementaridade não corresponde aos dados normativos, nem tão pouco aos fundamentos de cada um deles. Na verdade, cremos não errar se afirmarmos que a anulabilidade por verificação de um vício da vontade e a responsabilidade contratual se distinguem claramente. Os índices de distinção não passam pela existência ou não de um dano.

De facto, entre nós, a maior dificuldade não parece ser a da determinação do dano relevante para efeitos da mobilização do regime da *culpa in contrahendo* ⁽⁶⁴⁸⁾. Ainda que o dano não seja recortado de

⁽⁶⁴⁷⁾ Neste sentido, cf. Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo*, 1411. Veja-se, também, Karl LARENZ/Manfred WOLF/Jörg NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 689 s.

⁽⁶⁴⁸⁾ Entre nós, de facto, não parece haver tantas limitações à indemnização de danos não patrimoniais. O artigo 496.º CC prevê expressamente a possibilidade de compensação de danos não avaliáveis em dinheiro e, apesar de o preceito estar integrado na responsabilidade aquiliana, há boas razões para considerar que o mesmo é aplicável ao âmbito contratual.

Repare-se que a este propósito seria importante, ainda, determinar, no quadro da tradicional dicotomização entre a responsabilidade extracontratual e a responsabilidade contratual, o lugar sistemático ocupado pela responsabilidade pré-contratual. Sendo certo que as opiniões dos autores não são coincidentes a este propósito, veja-se, numa perspetiva que nos remete para uma terceira (se não mesmo quarta) via de responsabilidade civil, Manuel Carneiro da FRADA, *Teoria da Confiança e responsabilidade civil*, Almedina, Lisboa-Porto, 2003.

acordo com a teoria da diferença, não nos podemos esquecer que esta não é hoje aceite como conceito definitório da categoria e que os danos não patrimoniais não são afastados da ressarcibilidade. Ou seja, independentemente de o dano que se verifique em concreto, possa ou não ser o mesmo qualificado como patrimonial, o comportamento culposos que, na fase da negociação contratual, viole deveres de informação, conduzindo a contraparte no negócio a um erro, é suscetível de gerar responsabilidade pré-contratual.

Por seu turno, a presença de um dano não releva ao nível do regime dos vícios da vontade. Ainda que ele exista ou ainda que ele possa ser presumido, o jurista não tem de o valorar para considerar o negócio anulável. Dir-se-á, contra esta ideia, que é pela violação da liberdade negocial e pela necessidade de salvaguardar a vontade que subjaz ao acordo firmado pelas partes que o negócio é, verificados que estejam determinados pressupostos, considerado inválido. Contudo, isso não torna imperiosa a presença do dano, apenas mostrando que o valor tutelado é a liberdade de vontade. E a eventual lesão desta não pode ser confundida com o dano. Do mesmo modo, no tocante à responsabilidade pré-contratual, embora a liberdade negocial seja ali tutelada, ela não é o fundamento, nem o critério operativo do regime ressarcitório que, por via do artigo 227.º CC, se convoca.

No fundo, as posições que fazem confluir os dois institutos erram, aos nossos olhos, por confundir os patamares dialógicos.

Assim, centrando-nos no quadro dos vícios da vontade, o que o sistema predispõe é um remédio para as situações em que o negócio sofre de uma patologia que afeta, *ab initio*, a sua validade. Não se trata, contudo, de uma forma de responsabilização de um pretenso lesante ⁽⁶⁴⁹⁾. O que está em causa é, partindo do que pode relevar como negócio produtor de efeitos prático-jurídicos, determinar em que circunstâncias esses pressupostos mínimos não se cumprem. Tanto assim é que a anulabilidade produz efeitos retroativos, destruindo todos os efeitos que, entretanto, se produziram ao abrigo do acordo negocial. É certo que, ao contrário da nulidade, a anulabilidade não pode ser conhecida oficiosamente e deve ser arguida dentro de um

⁽⁶⁴⁹⁾ Curiosamente, no direito clássico, não se previa a invalidade dos negócios com base no dolo. O que existia era a *exceptio doli*, “que permitia à vítima deter o negócio viciado com dolo”, e a *actio doli*, “que lhe facultava, caso o negócio já tivesse sido executado, um ressarcimento” — cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 872.

determinado prazo, findo o qual a invalidade é sanada. Simplesmente, isto não equivale a uma qualquer ideia de limitação da responsabilidade da contraparte, em função de pressupostos processuais e temporais. Significa, antes, que o vício que afeta o negócio, porque não choca com princípios fundamentais do sistema ou com normas imperativas, é deixado na livre disponibilidade daquele para cuja proteção ele foi consagrado. E significa que, em nome das expectativas da contraparte, não se permite a desvinculação do negócio para além de um determinado período de tempo.

Se pensarmos nos vícios da vontade, a perturbação que o negócio jurídico sofre ocorre no processo formativo da vontade. Esta — enquanto valor inspirador de uma ideia de liberdade contratual — é aqui tutelada. Mas, a simples anulação do negócio pode não ser suficiente para proteger cabalmente a liberdade de vontade contratual. Daí que alguns autores sustentem que, enquadrando-se esta dimensão incindível da pessoalidade na tutela da personalidade humana jus-civilisticamente protegida por via do artigo 70.º CC, se pode recorrer, assim se verifiquem todos os pressupostos, à responsabilidade aquiliana para ressarcir o lesado dos danos sofridos. Assim, por exemplo e de acordo com a posição de Capelo de Sousa, no caso de dolo ⁽⁶⁵⁰⁾. E é por isso que a anulação do negócio jurídico pode conjugar-se com o recurso às regras da responsabilidade pré-contratual.

Repare-se, contudo, que nem sempre o habilitado a ser indemnizado por força do regime da *culpa in contrahendo* é o legitimado a arguir a anulabilidade do negócio. Pense-se, *v. g.*, nas hipóteses em que A, comprador, se engana acerca das qualidades do objeto comercial e há culpa da sua parte no erro em que incorreu. Poderá, dependendo das circunstâncias, ter de indemnizar B, vendedor. E, não obstante, A é quem tem legitimidade — e o único a tê-la, atento o artigo 287.º CC — para anular o contrato em questão.

Isto mostra-nos que não é a liberdade de vontade que serve de fundamento para a previsão da responsabilidade pré-contratual, mas a confiança normativizada por uma ideia de boa-fé ⁽⁶⁵¹⁾. O dano que se indemniza, em consonância com esse fundamento, é o dano

⁽⁶⁵⁰⁾ R. Capelo de SOUSA, *O Direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

⁽⁶⁵¹⁾ Cf., novamente, e com amplo desenvolvimento, M. Carneiro da FRADA, *Teoria da Confiança*, cit.

da confiança ⁽⁶⁵²⁾. De outra forma, se fosse a liberdade contratual o pilar sustentador da hipótese ressarcitória fundada em *culpa in contrahendo*, como explicar o direito à indemnização nos casos de rutura injustificada das negociações?

Quer isto dizer que não existe uma relação de complementaridade entre os institutos (no sentido de a responsabilidade pré-contratual servir para compensar o dano remanescente em situações em que é possível invalidar o negócio); não existe uma relação de especialidade (por serem diferentes o fundamento e a finalidade dos institutos); não existe uma relação de consunção entre eles (no sentido de que a assimilação do âmbito de relevância de uma hipótese em que se preveja a anulação do negócio com fundamento num vício da vontade não esgota o âmbito de relevância da responsabilidade pré-contratual) ⁽⁶⁵³⁾.

E, se assim é, então podemos concluir que, entre nós, o problema não reside na possibilidade (ou impossibilidade) de aplicação do regime da responsabilidade pré-contratual aos casos de indução negligente em erro, mas na possibilidade (ou impossibilidade) de, uma vez mobilizada a disciplina normativa, se optar pela restituição natural, isto é, pela desvinculação negocial. Para tanto, teremos de olhar para o regime do dolo para perceber se, apesar da independência fundacional e dogmática a que aludimos, há ou não contradição entre os dois regimes, quando aplicados em simultâneo ⁽⁶⁵⁴⁾. O problema é

Não aderimos a todas as posições do autor, mas não podemos deixar de reconhecer a importância dogmática da obra do civilista para o esclarecimento desta e de outras questões.

⁽⁶⁵²⁾ Cf., porém, A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, 852, onde, a propósito do erro e das situações em que o declarante que incorre em erro pode ter de indemnizar a contraparte lesada, o autor sustenta que devem ser indemnizados todos os danos, não existindo nenhuma razão para se limitar a indemnização ao interesse negativo.

⁽⁶⁵³⁾ Sobre o ponto, cf. Eva Moreira da SILVA, *A relação entre a responsabilidade pré-contratual*, 302 s.

⁽⁶⁵⁴⁾ Divergimos, portanto, do percurso de investigação de Eva Moreira da SILVA, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual*. De facto, a autora, no estudo aprofundado que faz sobre o tema, conclui que a responsabilidade pré-contratual é aplicável às situações de indução negligente em erro. Mas, no confronto com o regime do dolo, conduziria a soluções prático-normativas menos adequadas. Por esta razão, recusa a aplicabilidade daquele e sustenta a aplicação deste, por analogia.

Independentemente da bondade (ou não) da solução, a verdade é que os argumentos da autora não se afiguram concludentes, tanto mais que o percurso de fundamentação aparece ainda mergulhado em pré-conceitos positivistas, mostrando-se, por isso, falho.

tanto mais complexo quanto em causa possa parecer estar uma derrogação da disciplina normativa acerca do dolo. É que, e como esclarece entre nós Eva Moreira da Silva, se a desvinculação contratual for permitida, com base na responsabilidade pré-contratual, por referência às situações de indução negligente em erro, por maioria de razão ela teria de ser admitida em relação à indução dolosa em erro. E isso implicaria que se contornasse o prazo para arguir a invalidade do negócio que, de um ano, passaria para três anos ⁽⁶⁵⁵⁾.

No cotejo comparativo entre o regime do dolo e o regime do erro, sobressaem diferenças assinaláveis, para lá das semelhanças. Se ambas as figuras podem ser qualificadas como um vício da vontade, se ambas denotam uma perturbação no processo formativo da vontade, inquinando o negócio jurídico *ab initio*, o que justifica a disparidade judicativa? Para responder a esta questão, central para a compreensão do problema de que nos ocupamos, teremos de relembrar que, na regulamentação dos vícios da vontade, intervêm dois vetores (por vezes) conflituantes: a autonomia privada/liberdade negocial e a confiança das expectativas geradas ⁽⁶⁵⁶⁾. Se a autonomia privada coloca exigências no tocante à vontade, porque só quando esta é livre e esclarecida se poderá realizar a dimensão de autodeterminação da pessoa, de que o negócio jurídico é instrumento; a confiança sem a qual o mundo negocial não pode subsistir ⁽⁶⁵⁷⁾ requer que a contraparte daquele que vê a

A ideia central deste nosso breve apontamento diverge disto: analisaremos o regime do dolo, enquanto vício da vontade, não para concluirmos qual é preferível, mas para percebermos em que medida há ou não contradição sistemática a partir do momento em que se admita a restituição *in natura*.

⁽⁶⁵⁵⁾ Cf. Eva Moreira da SILVA, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual*, 303: “desde que se abriu a porta à possibilidade da desvinculação indemnizatória por via da *cic* para os casos de indução negligente em erro, os problemas começam a acumular-se: se se admite a desvinculação indemnizatória para os casos de indução negligente em erro, como justificamos a sua exclusão em caso de dolo? E em que prazo? No prazo de três anos concedido para a responsabilidade contratual, nos termos do artigo 227.º/2? Mas isto não é derrogar o regime do dolo? Para que serviria este instituto se tudo pudesse ser tratado com recurso à *culpa in contrahendo*? Se os pressupostos da aplicação do dolo pudessem ser assim tão facilmente esquecidos, ultrapassados, sem qualquer ponderação?”.

⁽⁶⁵⁶⁾ Cf., com idêntica formulação, Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil* II, 783 s.

⁽⁶⁵⁷⁾ Cf. Baptista MACHADO, “Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 117.º ano, Coimbra, 1985, n.º 3725 (229 a 233), 3726 (265 a 269), 3727 (294 a 298), 3728 (321 a 325), 3729 (361 a 365), 3730 (9 a 14), 3733 (101 a 105), 3735 (169 a 172), 3737 (227 a 229).

sua vontade viciada seja salvaguardada. No tocante ao erro, ele “suscita (...) um problema complexo, por via da contraposição de valores que coloca. Por um lado, a autonomia privada mandaria que, detetado o erro, a declaração fosse corrigida; mas por outro, a confiança suscitada no declaratório obriga à manutenção do que foi dito” ⁽⁶⁵⁸⁾. Os requisitos gerais e especiais (próprios de cada uma das modalidades previstas na lei) de relevância do erro podem, então, ser compreendidos à luz desta necessidade de tutela da confiança. O conhecimento ou a cognoscibilidade da essencialidade do elemento sobre o qual recai o erro ou o acordo acerca da essencialidade do motivo são predispostos de modo a evitar uma desvinculação contrária às expectativas legítimas do declaratório ⁽⁶⁵⁹⁾. Ora, é essa mesma necessidade de tutela da confiança — ou a ausência dela — que explica por que razão, havendo dolo, o negócio é anulável sem exigência de outros requisitos adicionais. É que, pela própria natureza das coisas, o declaratório que fez incorrer intencionalmente o declarante em erro ou que, conhecendo o erro do declarante, o dissimulou, não cumprindo um dever de esclarecimento, não pode invocar quaisquer expectativas que fundem uma confiança merecedora da tutela. De uma forma simplista, podemos afirmar que o legislador facilita a desvinculação negocial porque, na ponderação que há-de ser levada a cabo ao nível dos vícios da vontade, o que ganha peso determinante é a vontade perturbada pelo comportamento do declaratório. Julgamos encontrar-se aqui a *ratio* da divergência da disciplina do dolo relativamente à do erro e não num pendor punitivo que se possa descortinar ao nível da regulamentação quando o engano seja intencionalmente provocado ⁽⁶⁶⁰⁾. Aliás, há dados sistemáticos que parecem apontar nesse sentido. Desde logo, o negócio jurídico viciado por dolo está ferido pela marca da anulabilidade

⁽⁶⁵⁸⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 833.

⁽⁶⁵⁹⁾ Repare-se que o errante pode ter de indemnizar o dano causado ao declaratório, nos termos do artigo 227.º Por esta via, é também tutelada a confiança da contraparte no negócio inválido. Trata-se, contudo, de um remédio para a violação da confiança e não de um mecanismo que salvaguarde expectativas legítimas na validade do contrato, impondo a vinculação negocial.

⁽⁶⁶⁰⁾ Apontando a diferença entre o erro e o dolo, cf. Nuno Pinto OLIVEIRA, “O dogma da tipicidade”, 68. O autor considera que “o erro, por corresponder a uma perturbação endógena do processo de formação da vontade do declarante, está desligado da violação de deveres compreendidos na relação pré-contratual”; e que, no dolo, por se tratar de uma perturbação exógena, há ligação à violação de tais deveres.

e não da nulidade. Ora, isto significa que a destruição dos efeitos do contrato é deixada na livre disponibilidade da vítima, não avultando como maior uma ideia de punição por razões de ordem pública. Por outro lado, o dolo de terceiro conduz à anulabilidade do negócio desde que o declaratário tivesse ou devesse ter conhecimento dele. É esta a lição contida no artigo 254.º/2, 1.ª parte. E, se é certo que o conhecimento do dolo do terceiro configura uma situação de dolo omissivo do declaratário, a solução legal não pode senão conduzir-nos a duas conclusões: em primeiro lugar, o dolo, por si só, não conduz à invalidade do negócio, quando haja expectativas da contraparte a ter em conta; em segundo lugar, sendo relevante o dolo de terceiro, fica claro que o que está em causa não é a sanção (em sentido estrito) da outra parte no negócio, mas a salvaguarda da vontade como base imprescindível de operatividade no mundo negocial ⁽⁶⁶¹⁾. Tomemos como referência o regime do dolo de terceiro e fixemo-nos no primeiro segmento do citado artigo 254.º/2: quando o dolo é conhecido ou cognoscível do declaratário, o negócio é anulável. A cognoscibilidade do dolo significa que era exigível ao destinatário da declaração saber que um terceiro induzia em erro o declarante. Ele não conheceu esse facto, mas, de acordo com o padrão de razoabilidade de um homem médio, deveria ter conhecido. A tutela da confiança retrai-se por esse motivo. Na ponderação dos interesses das partes, dá-se prevalência à vontade do declarante. Mas não porque se esteja diante de um tipo especial de responsabilidade: apesar de se poder pensar que a nota de exigibilidade nos poderia encaminhar para uma ideia de sanção, o certo é que essa interpretação quadra mal com o regime do erro. Nesse âmbito, a autorresponsabilidade não é chamada a depor no seu sentido mais pleno. De facto, e como tivemos oportunidade de referir, o erro não

⁽⁶⁶¹⁾ Não se ignora, porém, a disciplina contida na 2.ª parte do artigo 254.º/2: “se alguém tiver adquirido diretamente algum direito por virtude da declaração, este é anulável em relação ao beneficiário, se tiver sido ele o autor do dolo ou se o conhecia ou devia conhecido”. Parece evidente o sentido da solução consagrada: naquelas hipóteses em que, por necessidade de salvaguardar as expectativas e a legítima confiança do declaratário o negócio não possa ser considerado anulável, não faria sentido estar a conceder um benefício ao autor do dolo. Por isso, mantendo-se a validade do negócio, haverá que fazer decaí-lo na parte que cria uma vantagem ao terceiro. É claro que haverá hipóteses em que a regra contida no preceito poderá redundar na anulabilidade de todo o negócio. Pense-se, por exemplo, na hipótese de um seguro de vida celebrado como consequência do dolo do terceiro beneficiário — cf., dando o mesmo exemplo, C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral*, 527, nota 726.

desculpável ainda é fundamento de anulabilidade do negócio, desde que preenchidos os requisitos de relevância do erro. Dá-se prevalência à vontade do declarante, porque a única razão para se manter um negócio que se encontra perturbado num dos elementos essenciais da sua formação (a vontade) decai: a confiança. Ora, será que nas situações de indução negligente em erro não se verifica a mesma estrutura valorativa?

Olhemos, primeiramente, para as situações de negligência consciente. O declarante é induzido em erro pelo declaratório, que viola deveres de informação. Neste caso, havendo consciência da sua parte, decai, tal como no caso de dolo, a necessidade de proteger a sua confiança. Num confronto analógico entre a intencionalidade problemática da norma e a intencionalidade problemática do caso, podemos verificar que a relevância deste é mais restrita em comparação com a relevância material típica da norma. No entanto, “nem por isso a relevância material do caso jurídico concreto deixa de realizar na sua relevância o material núcleo de relevância fundamentalmente justificativo do sentido problemático-normativo da norma — a autorizar assim que a norma dessa problemática relevância típica se possa ter por critério jurídico de uma problemática relevância concreta menos compreensiva, mas nuclearmente análoga” ⁽⁶⁶²⁾.

Pensem numa situação de dolo eventual, enquadrado pela maioria da doutrina na hipótese de dolo prevista no artigo 253.º CC. Durante as negociações tendentes à celebração de um contrato de compra e venda, A, comprador, questiona B, vendedor, se o automóvel já tinha sofrido algum acidente. B, sem se informar adequadamente acerca deste pormenor, responde (“às escuras”) que não, induzindo, assim, o comprador em erro ⁽⁶⁶³⁾. A diferença entre o dolo eventual e a negligência inconsciente é ténue. Ela reside na consideração psicológica do agente: ao prestar as informações “às escuras”, B não confiou na não produção do resultado — na indução de A em erro (e haverá dolo eventual); ou B confiou na não produção do resultado — na indução de A em erro (e haverá negligência consciente). O grau de censurabilidade será, sem dúvida, superior no primeiro caso. Contudo, se fundadamente chegámos à conclusão de que a

⁽⁶⁶²⁾ Cf. A. Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, 177 s.

⁽⁶⁶³⁾ A expressão “às escuras” é de Mota Pinto, tal como o exemplo por nós oferecido em texto. Cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral*, 526, nota 724.

solução predisposta pelo legislador para os casos de dolo se funda na falta de necessidade de tutela da confiança da contraparte, então não fará sentido não admitir a assimilação adaptativa que metodologicamente se perspetiva. É certo que, na derradeira hipótese, B confiou que não estaria a induzir o comprador em erro, mas estava plenamente consciente da violação, por si, de deveres de informação e proteção e, como tal, a sua confiança não é normativamente fundada, não merecendo tutela ⁽⁶⁶⁴⁾.

E no tocante às situações de indução negligente em erro, quando esta é inconsciente, *quid iuris*? Para que haja negligência, ainda que

⁽⁶⁶⁴⁾ Como anteriormente sublinhámos, há autores nacionais que consideram que as condutas conscientemente negligentes que induzam o declarante em erro devem ser integradas no conceito de dolo. O principal argumento dos autores resulta da interpretação que é dada à expressão *consciência de induzir em erro*. São também invocados argumentos de índole sistemática e teleológica.

V., a este propósito, A. Menezes CORDEIRO, *Da Boa-fé*, 499 e 503; Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, 107; Nuno Pinto OLIVEIRA, “Sobre o conceito de dolo”, 727 s.; Id., “O dogma da tipicidade”, 70 s. (v., com especial importância, a taxonomia apresentada pelo último autor citado. Parte da distinção entre o dolo comissivo e o dolo omissivo. No que ao primeiro respeita, ele abrange condutas intencionais e não intencionais: “nas primeiras, nas condutas intencionais, o deceptor atua com dolo direto ou com dolo necessário — i.é., atua com intenção: (i) de induzir alguém em erro, (ii) de encobrir o erro em que alguém se encontre ou (iii) de manter o erro em que alguém se encontre; nas segundas, nas condutas não intencionais, o deceptor atua com dolo eventual ou com negligência consciente — i.é., actua com a consciência de prosseguir os fins anteriormente indicados”. No que tange ao dolo omissivo, apenas abrange condutas intencionais).

Em sentido contrário, negando esta solução, cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral*, 522 e nota 717; Paulo Mota PINTO, *Declaração tácita*, 314 s.; Eva Moreira da SILVA, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual*, 338. Repare-se que no caso da última autora citada é evidente que a conclusão a que chega é tributária de uma visão da realização do direito ainda imbuída de uma visão tradicional, que faz apelo à ideia de lacuna e à ideia de letra da lei. A prisão a uma interpretação de tipo hermenêutico que valoriza o elemento literal como aquela que a autora denota não só não permite que se encontre a solução materialmente justa e normativamente fundada para os problemas, como nos enreda em dificuldades acrescidas: não é isso que fica visível na questão da interpretação do sentido da expressão *consciência de induzir em erro*, na pura consideração autista da norma? Não se ignora que outros elementos da interpretação — para além do gramatical — são também chamados à colação pelos autores. Contudo, eles continuam a operar dentro de um círculo pré-definido pela letra da lei, razão pela qual as conclusões não se afiguram incontroversas. Acerca desses argumentos, cf. Nuno Pinto OLIVEIRA, “Sobre o conceito de dolo”, 731 s., olhando para os artigos 892.º e 908.º para concluir que aí o conceito de dolo abrange as condutas negligentes, razão pela qual se

inconsciente, tem que ser provada a violação de deveres pré-contratuais, designadamente deveres de informação. O comportamento do declaratório torna-se censurável porque, apesar de não prever a indução em erro, era-lhe exigível que a previsse. Quer isto dizer que, ainda que confie na validade do negócio, a confiança aqui é meramente fáctica e não normativamente fundada na boa-fé contratual. Cremos, por isso, ser possível sustentar a integração destas hipóteses na previsão normativa do dolo. A assimilação do âmbito de relevância do caso pelo âmbito de relevância da norma faz-se agora por correção, porque, “por um lado, a relevância material objetivada pelo problema do caso (...) [é] atípica, perante a relevância prevista pela norma na sua problemática pressuposição hipotético-material”, e, “por outro lado, a consideração do caso concreto, com a sua específica intencionalidade problemático-jurídica, (...) [revela] (...) uma insuficiência (...) normativo-jurídica da relevância material tipificada na norma relativamente à intencionalidade problemático-jurídica da mesma norma” ⁽⁶⁶⁵⁾. Nem há intenção, nem há consciência da indução em erro. Contudo, a não mobilização da norma para cobrir a relevância concreta do caso determinaria que se frustrasse a intencionalidade normativa da própria norma: dar prevalência, na ponderação de interesses entre os contraentes, à vontade do declarante, em face da inexistência de uma confiança normativamente fundada do declaratório ⁽⁶⁶⁶⁾ ⁽⁶⁶⁷⁾.

deveria defender, em nome da unidade sistemática, um alargamento da interpretação da categoria inscrita no artigo 253.º CC e, num diálogo crítico, Eva Moreira da SILVA, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual*, 337 s. Teremos oportunidade, em texto, de visitar alguns desses argumentos.

⁽⁶⁶⁵⁾ Cf. A. Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 179-180.

⁽⁶⁶⁶⁾ Repare-se que, apesar de não se exigir a agravação do dolo, nem por isso prescindimos de um desvalor de conduta do declaratório. Porém, este desvalor não serve de pilar de sustentação de um juízo de censura. O que se pretende, com a sua constatação, é determinar a falta de uma confiança normativamente fundada. Ora, se não houver culpa, isso significa que não há violação de deveres de informação e que, portanto, ainda que o comportamento do declaratório induza o declarante em erro, esse risco há-de correr por conta do último. Ou seja, aí há um engano em que é o próprio declarante a incorrer. No fundo, falta a imputação ao comportamento do declaratório que só pode existir a partir do momento em que se deteta o desvio em relação à conduta exigível. E essa falta de imputação evidencia, afinal, que há uma confiança normativamente fundada (na boa-fé negocial) na esfera do declaratório. *In fine*, sublinhe-se que, em determinadas situações, se o declaratório se aperceber que o seu comportamento não culposo induziu

O resultado prático será, pois, a anulabilidade do negócio jurídico. Em algumas situações, essa anulabilidade não poderia também ser fundada no regime do erro ⁽⁶⁶⁸⁾? Vejamos: só há negligência inconsciente se o declaratório preteriu deveres de informação (ou por ação ou por omissão). Ao fazê-lo, significa que lhe era exigível conhecer o erro (ou porque o ordenou ativamente ou porque não esclareceu o outro contraente, potenciando-o). Mais do que conhecer a essencialidade do elemento sobre o qual incidiu o erro — a única exigência da lei em matéria de anulação por erro —, o declaratório tem cognoscibilidade do próprio erro. Poder-se-ia pensar que A pode ter conhecimento ou cognoscibilidade do erro e não ter conhecimento ou cognoscibilidade da essencialidade do elemento sobre o qual ele incidiu. Simplesmente, esta possibilidade, concretizável no plano do ser, não é viável no plano do dever ser: os deveres de informação avultam por exigências da boa-fé; esta opera em concreto; por isso, ela só vai fazer recair sobre um dos contraentes o dever de informar ou esclarecer quando em causa esteja um elemento essencial em relação ao âmbito do acordo de vontades. O que quer dizer que, ao ter cognoscibilidade do erro, o declaratório vai ter também cognoscibilidade da essencialidade do elemento sobre o qual ele incidiu ⁽⁶⁶⁹⁾.

o declarante em erro, pode emergir um dever de esclarecimento que, a ser preterido, fundamenta a aplicação do regime do dolo.

⁽⁶⁶⁷⁾ Cf. Nuno Pinto OLIVEIRA, “O dogma da tipicidade”, 73. O autor, relativamente aos casos de negligência inconsciente, sustenta a aplicação analógica do regime do dolo a estas situações de indução em erro (“o agente apercebe-se dessa possibilidade por culpa sua, é só por culpa sua; ora, como o agente não deve ser beneficiado por ter atuado com culpa, o artigo 253.º deve aplicar-se diretamente aos casos de dolo (dolo direto, necessário ou eventual) e de negligência consciente e deve aplicar-se indiretamente — ou seja, por analogia — aos casos de negligência inconsciente”. Relativamente ao dolo omissivo, sustenta que se deve operar uma extensão teleológica (“deverá alargar o alcance do conceito de dolo negativo ou omissivo de forma a abranger os casos em que o declaratório desconhece, com culpa sua, o erro do declarante”).

⁽⁶⁶⁸⁾ Nuno Pinto OLIVEIRA, “O dogma da tipicidade”, 70, adianta que, perante o problema da relação sistémica entre a norma sobre a conduta dos contraentes contida no artigo 227.º e as normas sobre validade e invalidade dos contratos contidas nos artigos 253.º, 254.º CC podemos adotar uma de quatro posições. Entre elas conta-se a de “corrigir a disciplina jurídica do erro para atribuir ao declarante o direito potestativo de anulação do contrato sempre que o erro seja causado pelo declaratório”. A solução enunciada colhe inspiração direta na doutrina germânica e merecerá, *infra*, outras considerações da nossa parte.

⁽⁶⁶⁹⁾ O inverso já não é verdadeiro. Ou seja, o elemento pode ser essencial sem que avultem deveres de informação. É que os deveres de informação não avultam,

As nossas palavras referem-se ao erro sobre a pessoa do declaratório e sobre o objeto. Entre nós, existe, porém, uma categoria residual, a do erro sobre os motivos. Descontado que seja o erro sobre a base do negócio, porque os motivos da contratação apenas dizem respeito a cada um, exige-se, aí, para que o negócio seja anulável, que declarante e declaratório hajam reconhecido por acordo a essencialidade do motivo. A este propósito, Menezes Cordeiro explica que “as pessoas podem formular declarações pelos motivos mais variados e que nada tenham a ver com o objeto do negócio ou com o declaratório. Nessa altura, o facto de o declaratório conhecer — ou dever conhecer — a essencialidade do motivo não justifica a supressão do negócio: não se tratando de um elemento nuclear, ele não tem nada com isso (...). Com uma ressalva: a de ambas as partes terem reconhecido, por acordo, a essencialidade do motivo” ⁽⁶⁷⁰⁾. Ora, se o motivo diz exclusivamente respeito ao declarante, tratando-se de um elemento estranho ao núcleo do acordo entre as partes, então dificilmente avultará por referência ao mesmo um dever de informação, donde não se desvelará a culpa e o problema perderá o sentido. Contudo, não tem de ser sempre assim: basta, para o efeito, que haja o referido acordo em relação à essencialidade do motivo. Nessa hipótese, se declaratório for chamado a prestar informações e não o fizer ou, fazendo-o, induzir o declarante em erro, ele terá agido negligentemente. Ora, isto quer dizer que a culpa, a este nível, por implicar sempre a violação de deveres de proteção pré-contratuais, só poderá existir se e quando houver acordo acerca da essencialidade do motivo. É que só através desse acordo o motivo, que estava na periferia do negócio (estava para lá e antes dele), é chamado ao seu núcleo essencial. E só no âmbito do que é essencial é que a boa-fé poderá impor deveres que, de outro modo, não existiriam.

O que assim fica dito fica também dependente do que se compreender por acordo de reconhecimento da essencialidade do motivo. Mais uma vez, as palavras de Menezes Cordeiro são úteis no esclarecimento: “o acordo exigido (...) pode ser tácito (...): ambas as partes associam a sua vontade à essencialidade do motivo, identificando-o minimamente

apenas, em função da essencialidade do elemento sobre o qual o esclarecimento seria prestado. Imprescindível pode ser, por exemplo, a existência de um desnível informacional entre as partes. O que se diz em texto é que, para eles avultarem, em regra, o elemento há-de ser essencial.

⁽⁶⁷⁰⁾ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil* II, 862-863.

na sua configuração e no seu papel” ⁽⁶⁷¹⁾. Ora, há situações em que A pode comunicar o seu motivo para contratar a B, explicando a essencialidade dele, sem que haja acordo dos dois acerca da mesma. A partir do momento em que esse acordo existir, poderão existir da parte de B deveres de informação, porque o acordo transporta aquele motivo para o núcleo determinante do contrato. Sendo a essencialidade do motivo comunicada e avultando deveres de informação a partir da consideração dele, isso significa que houve reconhecimento da essencialidade do motivo por ambos os contraentes. É que não nos podemos esquecer que o acordo a que se refere a lei pode ser tácito e que a boa-fé pode impor esse reconhecimento. Ora, se a boa-fé impõe a alguém deveres de informação relativamente a dados da realidade que podem contender com o motivo exteriorizado, isso implica que a boa-fé está a impor, igualmente, o reconhecimento da essencialidade do motivo pela contraparte ⁽⁶⁷²⁾.

Com isto concluímos que o critério de ponderação valorativa estabelecido por lei, como forma de salvaguardar a confiança da contraparte, nos encaminha, nestas situações concretas, para dar prevalência à posição do declarante ⁽⁶⁷³⁾. Ora, se assim é, isso serve como

⁽⁶⁷¹⁾ Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil* II, 863. Cf., também, p. 864, para um esclarecimento sobre a distinção entre este acordo acerca da essencialidade do motivo e a condição resolutiva.

⁽⁶⁷²⁾ É claro que pode haver reconhecimento mútuo da essencialidade do motivo e, ainda assim, não haver deveres de informação. Basta, para tanto, que o motivo, sendo trazido para o núcleo do contrato, não diga minimamente respeito ao declaratório, não estando ele em condições para prestar qualquer esclarecimento.

⁽⁶⁷³⁾ Veja-se, a este ensejo, KRAMER, “§ 119.º BGB“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., C.H. Beck, München, 1993, 907 s. Para o autor, o critério de interpretação do § 119.º BGB, que auxiliaria o jurista decidente na resolução dos casos concretos, passaria pela distribuição do risco. Teríamos de ver até que ponto o risco de as circunstâncias de facto pressupostas não corresponderem às que realmente existiam deve correr por conta do declarante, em exclusivo, ou deve ser repartido também pelo declaratório. Ora, o risco transferir-se-ia para o declaratório quando este tenha provocado o erro, quando o erro lhe era cognoscível ou quando o erro era comum, o que se verificaria nas hipóteses de erro sobre a base do negócio.

Veja-se, também, o artigo 3.5. *Principios Unidroit* [1] *O erro só pode ser causa da anulação do contrato se, no momento da conclusão do contrato, o erro tinha tal importância que um contraente razoável, colocado nas circunstâncias concretas, não se teria vinculado ou só o teria feito em circunstâncias diferentes, caso tivesse tido conhecimento da verdadeira situação e a) se a outra parte tiver cometido o mesmo erro, tiver sido causa dele ou ainda tiver conhecido ou deveria ter*

teste para a bondade da aplicação do regime do dolo às situações de indução negligente em erro ⁽⁶⁷⁴⁾.

Na verdade, se o dolo é um erro qualificado, se o desvio à regra da anulabilidade estabelecida a propósito do erro-vício se justifica pela ausência de necessidade de tutela de uma confiança normativamente

conhecido a existência do erro e se mostra contrário às exigências da boa-fé manter a contraparte em erro; ou b) se a outra parte não tiver ainda agido, no momento da anulação do contrato, em conformidade com o estipulado; 2) Não há lugar à anulação por erro se a) o erro decorre de culpa grave da parte que incorreu em erro; ou b) o erro incide sobre um elemento relativamente ao qual o risco de erro tenha sido assumido ou, tendo em conta as circunstâncias, deveria tê-lo sido por aquele que incorreu em erro]; o artigo 4:103 dos Principles of European Contract Law [1] um contraente pode invalidar um contrato pelo erro de facto ou de direito existente no momento da celebração do contrato se a) i) o erro foi causado por informações prestadas pela contraparte; ii) a outra parte conhecia ou devia conhecer o erro e mostra-se contrário à boa-fé deixar o contraente em erro; iii) a outra parte cometeu o mesmo erro; b) a contraparte sabia ou deveria saber que o errante, se tivesse conhecido a verdade, não teria contratado ou apenas o teria feito de modo diverso; 2) Não há lugar à anulação do negócio se i) nas circunstâncias o erro não era desculpável; ii) o risco de erro foi assumido]; artigo 7:201 do Draft Common Frame of Reference [1] um contraente pode anular um contrato por erro de facto ou de direito existente quando o negócio foi celebrado se a) se, se não tivesse existido o erro, não teria celebrado o contrato ou tê-lo-ia feito em termos fundamentalmente diferentes e a outra parte sabia-o ou razoavelmente podia sabê-lo e b) a outra parte i) causou o dano; ii) levou a que o errante a concluir o contrato em erro, deixando-o, ao contrário do que era imposto pela boa-fé, em erro, quando conhecia ou devia conhecer o erro; iii) violou deveres de informação pré-contratuais; iv) cometeu o mesmo erro; 2) O errante não pode invalidar o negócio se a) o erro não é desculpável em face das circunstâncias; b) o risco do erro foi assumido ou nas circunstâncias deveria ter sido por esse contraente].

Para uma análise destes regimes, cf. Eva Moreira da SILVA, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual*, 215 s.; Paulo Mota PINTO, “Requisitos para a relevância do erro nos princípios de direito europeu dos contratos e no Código Civil português”, 43-139.

Repare-se que a disciplina codicística portuguesa se afasta do preceituado nestes projetos de regulamentação do direito contratual ao nível europeu. Aliás, a doutrina maioritária em Portugal tem evidenciado que os artigos 251.º e 252.º não impõem como requisito de relevância do erro a sua desculpabilidade. Contudo, importa ter em mente que as exigências comunicadas pelo princípio da boa-fé, que não se deixam de sentir a este nível, podem influir na determinação da cognoscibilidade ou não da essencialidade do elemento sobre o qual recai o erro por parte do declaratório.

⁽⁶⁷⁴⁾ Em sentido contrário, cf., a propósito da privatização da Sociedade Financeira Portuguesa, I. Galvão TELLES, “Parecer de direito”, *A privatização da Sociedade Financeira Portuguesa*, Lex, Lisboa, 1995, 194 s.

fundada do declaratório, então percebemos que a intencionalidade dos artigos 253.º e 254.º se cumpre dando ao problema que temos em mãos a solução predisposta para as situações de indução dolosa ⁽⁶⁷⁵⁾ em erro ⁽⁶⁷⁶⁾.

O percurso dialógico traçado até agora pressupõe que o dolo é uma forma qualificada ou agravada de erro. Dito de outro modo, o regime do dolo, a prever a anulabilidade do negócio, justifica-se, como desvio ao regime do erro, pela não consideração da confiança da contraparte que não é, nestas situações, merecedora de tutela. É neste quadro valorativo e não por uma ideia estrita de punição que se jogam as soluções. Importa, não obstante, olhar para outros dados sistemáticos para saber se o ordenamento jurídico, como um todo, confirma ou infirma esta ideia (ou se, simplesmente, se apresenta neutral em relação a ela). Para tanto, olharemos, em seguida, para algumas das normas habitualmente mobilizadas pelos autores a este propósito.

⁽⁶⁷⁵⁾ A expressão dolosa é agora utilizada num outro sentido, como se compreende. Tempo, pois, para vincar a dupla aceção que o termo encerra: por um lado, o dolo é um vício da vontade; por outro lado, o dolo pode ser uma forma de culpa. Assim, por exemplo, na Alemanha, somos confrontados com duas expressões a designar estas realidades: *Täuschung* e *Vorsatz*.

⁽⁶⁷⁶⁾ Com um percurso de fundamentação diverso, chegamos a uma solução que não dista sobremaneira das conclusões de Nuno Pinto OLIVEIRA, “O dogma da tipicidade”, 75. O autor considera que, “quando uma declaração de vontade é determinada por uma conduta contrária à boa-fé do declaratório, o declarante tem o direito de se desvincular”, ou seja, tem o direito de anular. Em texto, consideramos que o declarante poderia invocar a anulabilidade do negócio com fundamento em dolo ou com fundamento em erro. É claro que, ficando dependente, no tocante ao erro, da prova dos pressupostos de que depende a sua relevância, seria preferível a invocação do dolo, aliás, mais consonante com a indução em erro que está subjacente à situação de base.

Repare-se que, em termos sistemáticos, o autor apresenta um leque de possíveis soluções para lidar com o caso: 1) correção da disciplina do erro para atribuir ao declarante o direito potestativo de anulação do contrato sempre que o erro seja causado pelo declaratório; 2) correção da disciplina do dolo para atribuir ao declarante o direito potestativo de anulação do contrato sempre que o erro seja culposamente causado pelo declaratório; 3) aplicação das regras da responsabilidade pré-contratual — cf. Nuno Pinto OLIVEIRA, “O dogma da tipicidade”, 70; *Id.* “Sobre o conceito de dolo...”, cit., 726-727, nota 6. E insere-se na segunda possibilidade judicativa. Contudo, no primeiro estudo citado, vai mais longe e adianta um princípio geral que permite, inclusivamente, e a partir da mediação normativa do DL n.º 57/2008, aproximar as situações de influência e assédio às hipóteses de coação moral.

O artigo 126.º CC prevê que “não tem o direito de invocar a anulabilidade o menor que para praticar o ato tenha usado de dolo com o fim de se fazer passar por maior”. A interpretação do artigo 126.º não é unânime, dividindo-se os autores no tocante à possibilidade de os representantes legais, durante a menoridade, virem arguir a invalidade do ato do incapaz. A melhor posição parece-nos ser aquela que nega a legitimidade dos progenitores ou dos tutores (quando for esse o caso). A solução pode ser explicada pelo facto de, se o menor foi suficientemente sagaz para enganar a contraparte, isto significar que, afinal, ele tem capacidade para entender os seus atos e movimentar-se no tráfego negocial. Tal entendimento reforça a falta de legitimidade dos pais, afastando-nos de uma ideia de punição estrita. Na verdade, o menor é um incapaz de exercício de direitos. Sendo-o, os negócios jurídicos por si celebrados, com exceção dos contemplados no artigo 127.º CC, são anuláveis. Ora, diante dos artifícios por si usados para enganar a contraparte quando à sua capacidade, entende-se que, afinal, o menor não carece da proteção que o regime lhe dispensa e em nome da qual foi edificado. Ademais, a confiança da contraparte do menor na validade do negócio há-de ser salvaguardada. O preceito impede o normal funcionamento do regime da menoridade. Ora, para nos afastarmos irremediavelmente do sentido protetivo que é dispensado pelo legislador ao menor, teremos de ser confrontados com um comportamento especialmente censurável deste. Ainda que a ideia não seja a da pura sanção do incapaz — tanto mais que, a ser assim, isso nos poderia encaminhar para a ideia de que os pais, então, manteriam a legitimidade que o artigo 125.º lhes confere —, a verdade é que a falta de discernimento de que presumivelmente padece aquele que ainda não completou os dezoito anos não nos pode permitir alargar o âmbito de relevância da norma a situações que fujam da intenção de enganar a contraparte quanto à capacidade. É que, em rigor, só essa intenção parece denotar a apetência para a condução dos negócios próprios que corporiza a capacidade de exercício de direitos. Posto isto, podemos concluir que, embora o âmbito do dolo previsto no artigo 126.º se afaste da nossa proposta interpretativa para os artigos 253.º e 254.º, tal não redundará numa incoerência sistemática nem nos condena à falta de unidade na ordem jurídico-civilística. De facto, a intencionalidade dos dois preceitos é absolutamente díspar: enquanto ao nível dos artigos 253.º e 254.º o que se pretende é garantir a liberdade de vontade do contraente, desconsiderando-se a confiança do declaratório por ela, normativamente, não existir em face do seu comportamento culposos; aqui o que se

intenta é proteger a confiança do que negocia com o menor. No fundo, e em termos estruturais, invertem-se os polos do problema.

Por seu turno, integrados na seção respeitante à venda de coisa alheia, os artigos 892.º, 898.º e 899.º CC têm suscitado debate na doutrina e têm sido mobilizados por autores que procuram determinar os contornos precisos do dolo previsto no artigo 253.º CC ⁽⁶⁷⁷⁾.

Nos termos do artigo 892.º CC, o vendedor não pode opor a nulidade da venda de coisa alheia por si celebrada, quando careça de legitimidade para a realizar, ao comprador de boa-fé; nem o comprador doloso a pode opor ao vendedor de boa-fé ⁽⁶⁷⁸⁾. Desde logo problemático é o sentido com que o legislador utiliza, na conformação dos critérios orientadores da solução dos problemas ao nível da venda de coisa alheia, o conceito de dolo. Enquanto para alguns o uso da expressão implica que só vê vedada a possibilidade de opor a nulidade ao vendedor de boa-fé o comprador que tenha induzido o alienante em erro ou que tenha dissimulado esse mesmo erro; para outros o comprador doloso é o comprador de má-fé, entendida em termos ético-psicológicos, ou seja, compreendida como desconhecimento com culpa ou o conhecimento da alienidade ⁽⁶⁷⁹⁾. As duas

⁽⁶⁷⁷⁾ Assim, cf. Eva Moreira da SILVA, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual*, 342 s. e Nuno OLIVEIRA, “Sobre o conceito de dolo”, 728 s. Sobre o ponto, cf., ainda, Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, tomo I, 3.ª edição, 2005, 406 s. Para o autor, a boa-fé subjetiva deve ser sempre interpretada no sentido da conceção psicológico-ética, ou seja, nunca relevaria o simples desconhecimento, exigindo-se antes o desconhecimento sem culpa. Três são os argumentos do autor neste sentido: “a) Juridicidade do sistema: o direito não associa consequência a puras casualidades como o ter ou não conhecimento de certa ocorrência; b) Adequação do sistema: uma conceção puramente psicológica de boa-fé equivale a premiar os ignorantes, os distraídos, os egoístas, que desconheçam mesmo o mais evidente; paralelamente, estar-se-ia a penalizar os diligentes; c) Praticabilidade do sistema: não é possível (nem desejável) provar o que se passa no espírito das pessoas; assim (...) nunca se poderá demonstrar que alguém conhecia ou não certo facto; apenas se poderá constatar que o sujeito (...) ou sabia ou devia saber (...)”.

⁽⁶⁷⁸⁾ Sobre a venda de coisa alheia, cf., *inter alia*, Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, 97 s.; Paulo Olavo CUNHA, “Venda de bens alheios”, *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 47, 1987, 419 s.; J. Calvão da SILVA, *Compra e venda de coisas defeituosas. Conformidade e segurança*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2008, 15 s.; Raul VENTURA, “O contrato de compra e venda no Código Civil”, *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 43, 1983, 261-318 e 587-643.

⁽⁶⁷⁹⁾ No primeiro sentido, cf. Pires de LIMA/Antunes VARELA, *Código Civil anotado*, vol. II, com a colaboração de Henrique MESQUITA, Coimbra Editora, Coimbra,

posições acabam por convergir em praticamente todas as situações, exceto naquelas em que há desconhecimento culposo por parte do comprador ⁽⁶⁸⁰⁾. Na verdade, sempre que o comprador se aperceba do carácter alheio da coisa, recai sobre ele um dever de esclarecimento em relação ao vendedor, pelo que, ainda que não haja utilização de artifícios e artimanhas especiais, sempre haveria dolo negativo. A acolher-se a primeira posição, alguns autores entendem que ficaríamos confinados às fronteiras estritas do dolo, previsto no artigo 253.º e interpretado de molde a exigir uma culpa qualificada. Já se aderíssemos ao segundo entendimento, encontraríamos um argumento de peso para, em nome da unidade do sistema jurídico, incluirmos a indução negligente em erro no âmbito de relevância do citado artigo 253.º CC. Não cremos que se possa sobrevalorizar o argumento. Pelo contrário, julgamos que, independentemente da posição concretamente acolhida a este ensejo, isso não desmerece as conclusões a que chegámos em sede do regime dos vícios da vontade. Na verdade, ainda que o desconhecimento culposo não releve, isso não nos perturba, uma vez que as intencionalidades problemáticas dos dois regimes são diversas. Do que se trata, aqui, é da determinação da legitimidade para arguir a invalidade. Ora, poder-se-ia aventar que o se pretende é que o comprador que sabia de antemão que o negócio estava ferido com uma nulidade não a possa invocar, tanto quanto o seu comportamento poderia configurar uma expressão do abuso do direito em confronto com o comportamento de boa-fé da contraparte.

Repare-se, aliás, que o negócio não deixa de ser inválido, tudo se jogando ao nível da legitimidade para invocar essa invalidade, que é determinada por razões que ultrapassam a mera economia negocial *inter partes* ⁽⁶⁸¹⁾. Seria, por isso, em abstrato justificado que se exigisse um

1997, 190; no segundo sentido, cf. Nuno Pinto de OLIVEIRA, “Sobre o conceito de dolo”, 730 s.

⁽⁶⁸⁰⁾ Sobre o ponto, cf. Eva Moreira da SILVA, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual*, 347 s.

⁽⁶⁸¹⁾ Saliente-se, porém, que a doutrina não é unânime na consideração do valor da compra e venda de bens alheios. Cf. Paulo Olavo CUNHA, “Venda de bens alheios”, 464, considerando que a nulidade apenas se refere à relação entre o vendedor e o comprador da coisa alheia. No tocante ao proprietário, a venda seria ineficaz, colocando-se a hipótese de ele poder propor uma ação de reivindicação ou uma ação declarativa de reconhecimento do seu direito. Duvidosa seria a possibilidade de invocar a nulidade, por falta de interesse, até porque os atos de

desvalor de conduta especialmente grave para obstar a uma faculdade que é, inclusivamente, titulada por terceiros (desde que tenham interesse na invalidade do negócio) ⁽⁶⁸²⁾. É claro que ao nível do dolo, porque permitimos a desvinculação contratual, também se exige um desvalor de conduta. Contudo, este poderia ser menos grave, exatamente porque

disposição celebrados pelo proprietário depois da alienação a *non domino* são válidos. V., igualmente, Yara MIRANDA, *A venda de coisa alheia*, Lisboa, 2004 (www.fd.unl.pt/.../cfa_MA_602_venda%20de%20coisa%20alheia.doc), 34, considerando que a venda de coisa alheia é válida, produzindo um efeito — a obrigação de o vendedor adquirir a propriedade, e sendo ineficaz em relação aos efeitos essenciais da compra e venda. O principal argumento da autora passa pelo facto de entender que um negócio nulo nunca poderá produzir qualquer efeito. Ora, cremos que este argumento não procede. Na verdade, um negócio nulo pode ainda produzir, embora de forma excecional, alguns efeitos, assim se diferenciando a nulidade da inexistência. Acresce que a obrigação de que a autora fala não é um efeito do contrato, mas um efeito decorrente da própria invalidade. Sem esta, tal obrigação não faria sentido. É certo que a nulidade da venda de coisa alheia sofre desvios em relação ao regime regra da nulidade. Pense-se, por exemplo, na legitimidade para arguir a invalidade e na possibilidade de sanação do vício. Contudo, como reconhece Paulo Olavo CUNHA, *op. cit.*, 450, a nulidade da venda de coisa alheia é estabelecida pela “necessidade de evitar aparências enganadoras” e em função dos interesses em jogo. Discordamos, por isso, da posição dos autores e entendemos que a nulidade pode ser invocada por terceiros, bem como pode ser conhecida oficiosamente pelo Tribunal. O objetivo do artigo 892.º não é o de determinar um regime absolutamente excecional, mas o de proteger a boa-fé dos contraentes, de forma mais intensa a do comprador, tendo em conta que é sobre o vendedor que recai o dever de assegurar a legitimidade da transmissão. No mesmo sentido, com amplo desenvolvimento, cf. Mónica JARDIM, *Efeitos substantivos do registo predial — terceiros para efeitos de registo predial*, Almedina, Coimbra, 2015.

⁽⁶⁸²⁾ Considerando que os terceiros também não podem invocar a nulidade, nestas situações, uma vez que ela é instituída claramente no interesse das partes, cf. Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, 102 e ss. Para o autor, o verdadeiro proprietário também não poderá invocar a nulidade, já que em relação a ele o contrato será sempre ineficaz. Do mesmo modo, o tribunal não poderia conhecer oficiosamente a nulidade.

V., igualmente, Paulo Olavo CUNHA, “Venda de bens alheios”, 452. O autor entende que permitir que o Tribunal declarasse oficiosamente a nulidade da compra a venda de coisa alheia conduziria a que as restrições à possibilidade de arguir a nulidade perderia efeito útil. Mas sustenta que não se deve admitir que o Tribunal pronuncie uma sentença que imponha que o vendedor entregue uma coisa que não lhe pertence. Cf., também, Raul VENTURA, “Contrato de compra e venda...”, 216 e ss. O autor defende que isto poderia levar a que o Tribunal condenasse as partes ao cumprimento de um contrato inválido, pelo que o Tribunal deve declarar oficiosamente a nulidade para os efeitos que a lei atribuir a tal nulidade, não condenando à entrega da coisa ou do preço.

ele releva na medida em que afasta uma confiança normativamente fundada e, portanto, faz sobressair — na ponderação de interesses — a dimensão de vontade do declarante.

O preceito estabelece que o vendedor não pode opor a nulidade ao comprador de boa-fé. Ou seja, exige-se, para que não possa ser invocada a nulidade, que o comprador tenha agido dolosamente em confronto com o vendedor de boa-fé. Mas, no caso de arguição da nulidade pelo vendedor, ela é afastada se o comprador estiver de boa-fé, não se estabelecendo nenhum requisito para a conduta do primeiro. O que poderá justificar esta dualidade de tratamento, num quadro negocial que é caracterizado pela paridade entre os contraentes? Cremos que, na ponderação da norma, está refletida a ideia de que ao vendedor é mais fácil controlar a titularidade do bem que pretende transmitir e que tem o dever de garantir a legitimidade da transmissão. Ora, se assim é, a boa-fé do comprador exprime uma confiança de tal modo justificada que deve prevalecer em relação à eventual boa-fé do vendedor. Já não seria assim no caso inverso. A boa-fé do vendedor, porque o comprador está em pior situação para controlar a titularidade do direito de propriedade, não deve ser valorizada acima da boa-fé do comprador, pelo que este só não poderá invocar a nulidade se tiver agido dolosamente. Isto mostra que a *ratio* da previsão legal se encontra na tutela da confiança determinada pela boa-fé e, no que respeita à parte final do preceito, na censurabilidade do comportamento do comprador ⁽⁶⁸³⁾. Não se geraria,

Veja-se, ainda, Pires de LIMA/Antunes VARELA, *Código Civil anotado*, vol. II, 190, considerando que o Tribunal pode conhecer oficiosamente a nulidade da venda de coisa alheia.

⁽⁶⁸³⁾ Apesar de falarmos na tutela de uma confiança especialmente reforçada, por se entender que, em regra o vendedor está em melhores condições para controlar a titularidade do direito de propriedade, não vamos ao ponto de considerar como Menezes LEITÃO (*op. cit.*, 102 s.) que os terceiros não podem arguir a nulidade do negócio. A solução parece-nos, aliás, indefensável no quadro do nosso ordenamento jurídico. Pensemos na seguinte hipótese: A vendeu um imóvel a B, por escrito particular não autenticado. O negócio é nulo, por vício de forma, nos termos do artigo 220.º CC. Entretanto, B vende o mesmo imóvel a C, que está de boa-fé, desconhecendo sem culpa o vício que afeta o negócio alheio e, portanto, a nulidade consequencial do negócio em que é parte, que se vê, à custa do anterior vício e por força do princípio *nemo plus iuris in alium transfere potest quam ipse habet*, transformado numa venda de coisa alheia. De acordo com a interpretação de Menezes LEITÃO, a nulidade do negócio não poderia ser oposta a C, nem por B, nem por um terceiro. Nem poderia ser conhecida oficiosamente

portanto, qualquer quebra na unidade sistemática se o dolo significasse algo diverso do que é intentado pelo artigo 253.º CC.

Ainda assim, propendemos para considerar que o dolo a que o artigo 892.º CC se refere se apresenta como uma categoria mais ampla do que aquela que coincide com o dolo enquanto forma de culpa. Na verdade, parece ser essa a ideia a que somos conduzidos pela leitura sistemática do preceito em conjunto com os artigos 898.º e 899.º CC. De acordo com o artigo 898.º CC, “se um dos contraentes houver procedido de boa-fé e o outro dolosamente, o primeiro tem direito a ser indemnizado, nos termos gerais, de todos os prejuízos que não teria sofrido se o contrato fosse válido desde o começo, ou não houvesse sido celebrado, conforme venha ou não a ser sanada a nulidade”; e, nos termos do artigo 899.º CC, “o vendedor é obrigado a indemnizar o comprador de boa-fé, ainda que tenha agido sem dolo nem culpa; mas, neste caso, a indemnização compreende apenas os danos emergentes que não resultem de despesas voluptuárias”. Ora, o artigo 899.º CC prevê uma hipótese de responsabilidade objetiva, limitando a indemnização em consonância com o facto de prescindir da culpa do agente. Por seu turno, o artigo 898.º CC refere-se à situação em que um dos contraentes age dolosamente, estando o outro de boa-fé, e considera que, aí, a indemnização é calculada nos termos gerais. Se a atuação dolosa que a norma prevê dissesse apenas respeito aos comportamentos dolosos propriamente ditos, então como seriam indemnizados os danos causados por um comportamento meramente culposos ⁽⁶⁸⁴⁾? Também aqui a regulamentação específica a que

pelo tribunal. A pergunta que resta é: para que serviria, então, a previsão do artigo 291.º CC?

⁽⁶⁸⁴⁾ Cf. M. Carneiro da FRADA, “Perturbações típicas do contrato de compra e venda”, *Direito das Obrigações* (A. Menezes CORDEIRO coord.), vol. III, AAFDL, 1991, 70 s.; Eva Moreira da SILVA, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual*, 355.

Em sentido diverso, cf. Menezes LEITÃO, *Direito das obrigações*, III, 107 s. Para o autor, se não existir dolo de qualquer das partes, por ambas se encontrarem em erro sobre o carácter alheio da coisa, nenhuma delas poderá ser responsabilizada nos termos do artigo 898.º, mesmo que tenha atuado com culpa (p. 108). Assim, “se a culpa pela celebração da venda de bens alheios for do comprador, ele não será sujeito a qualquer espécie de responsabilidade”. Se for do vendedor, nas palavras do autor, “a situação é enquadrada no âmbito do artigo 899.º (...)”.

Entende-se que o legislador possa criar um regime mais favorável ao comprador, pela razão da maior facilidade de controlo por parte do vendedor da titularidade do direito de propriedade e por recair sobre ele o dever de garantir a legitimidade da

somos conduzidos não contraria a interpretação por nós dispensada aos artigos 253.º e 254.º CC.

Importa, por último, analisar os artigos 908.º e 909.º CC.

Nos termos do artigo 905.º CC, “se o direito transmitido estiver sujeito a alguns ónus ou limitações que excedam os limites normais inerentes aos direitos da mesma categoria, o contrato é anulável por erro ou dolo, desde que no caso se verifiquem os respetivos requisitos”. De acordo com o artigo 908.º CC, “em caso de dolo, o vendedor, anulado o contrato, deve indemnizar o comprador do prejuízo que este não sofreria se a compra e venda não tivesse sido celebrada”. A indemnização abrange apenas os danos emergentes do contrato, “nos casos de anulação fundada em simples erro”. Na verdade, nas situações de simples erro, de acordo com o artigo 909.º CC, “o vendedor também é obrigado a indemnizar o comprador, ainda que não tenha havido culpa da sua parte”. O artigo 908.º não adianta mais do que aquilo a que seríamos conduzidos pelas regras gerais da responsabilidade pré-contratual, consagrada no artigo 227.º CC. Já o artigo 909.º consagra uma hipótese de responsabilidade objetiva, limitando, concomitantemente, o montante indemnizatório. O problema que resta é o de saber se, e dado que o artigo 908.º apenas se refere ao dolo, as hipóteses em que o vendedor tenha agido negligentemente são indemnizadas de acordo com as regras do artigo 908.º ou de acordo com o artigo 909.º CC.

A doutrina não se mostra unânime quanto ao ponto. Enquanto alguns autores advogam que, porque o artigo 227.º CC não estabelece qualquer distinção entre os comportamentos dolosos e culposos, o artigo 908.º deveria ser interpretado em consonância com esta ideia-guia ⁽⁶⁸⁵⁾; outros entendem, pelo contrário, que, se o artigo 908.º

transmissão, impondo um dever de indemnização independentemente de culpa; pode presumir-se que será mais difícil encontrarmos uma situação de negligência inconsciente por parte do comprador do que por parte do vendedor; o que não podemos aceitar é que, havendo culpa, o comprador veja a sua responsabilidade excluída e o vendedor não.

Cremos, aliás, que o autor se deixa enredar numa contradição. Assim, na p. 107, refere que a expressão dolo contida no artigo 898.º é utilizada no mesmo sentido que no artigo 253.º CC, onde se engloba a negligência consciente. Mas, por outro lado, exclui a responsabilidade do comprador que atuou com culpa e considera que o sentido da expressão dolo contida no artigo 899.º já implicaria a intencionalidade, diferenciando-se, portanto, do dolo referido no artigo 898.º CC.

⁽⁶⁸⁵⁾ I. Galvão TELLES, “Parecer de direito”, *A privatização da Sociedade Financeira Portuguesa*, Lex, Lisboa, 1995, 198 s. (“o artigo 909.º, longe de restringir a responsabilidade do vendedor, amplia-a, porque a torna extensiva, excecionalmente,

apenas repetisse a disciplina geral da *culpa in contrahendo*, ele careceria de efeito útil, pelo que, verdadeiramente, deveria ser interpretado no sentido de limitar a indemnização plena às situações de comportamento intencional ⁽⁶⁸⁶⁾ ⁽⁶⁸⁷⁾.

Não cremos que o último argumento seja decisivo. Contraposto a ele podem ser invocados outros mais fortes. Tendo em conta a intencionalidade do regime normativo, Nuno Pinto Oliveira aduz não fazer qualquer sentido o legislador consagrar uma norma que agrava o regime responsabilizatório, impondo o dever de indemnizar ao vendedor que não age com culpa, e ao mesmo tempo desagravar a responsabilidade daquele que atuou negligentemente ⁽⁶⁸⁸⁾. Menezes Cordeiro vai mais longe e sustenta que os artigos 908.º e 909.º CC não podem ser interpretados de modo a determinarem uma limitação às indemnizações a arbitrar, porque isso corresponderia a um benefício do infrator ⁽⁶⁸⁹⁾ e importaria uma violação do próprio texto constitucional ⁽⁶⁹⁰⁾.

A solução da divergência impõe que se assuma a interpretação como um problema normativo. De um lado, temos um caso concreto,

aos próprios casos de falta total de culpabilidade”. Assim, para o autor, o artigo 908.º incluiria a previsão da responsabilidade para os casos em que o vendedor tivesse agido com dolo ou com negligência. Desde que houvesse culpa, o artigo 908.º confirmaria a doutrina do artigo 227.º; não havendo culpa, o artigo 909.º afastaria essa doutrina, “na medida em que a excede, facultando ao comprador a reparação dos danos emergentes mesmo que o vendedor não tenha tido culpa na formação do contrato, por não lhe ser atribuível o erro do comprador”. Outro argumento do autor seria o paralelo entre as normas dos artigos 908.º e 909.º e as normas dos artigos 898.º e 899.º CC).

⁽⁶⁸⁶⁾ O elemento literal da interpretação é outro dos argumentos chamados à colação pelos autores. Sobre o ponto, cf. Calvão da SILVA, *Compra e venda de coisas defeituosas — conformidade e segurança*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2008, 35; Carneiro da FRADA, “Perturbações típicas do contrato de compra e venda...”, 70 s. (recorrendo ao argumento histórico, através da análise dos trabalhos preparatórios); Eva Moreira da SILVA, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual*, 353 (num interessante diálogo com os diversos autores citados e outros).

⁽⁶⁸⁷⁾ Veja-se, ainda, Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, 119 s.

⁽⁶⁸⁸⁾ Cf. Nuno Pinto OLIVEIRA, “Sobre o conceito de dolo...”, 739 s. Opondo-se à força argumentativa da ideia avançada, Eva Moreira da SILVA, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual*, 359 s.

⁽⁶⁸⁹⁾ Menezes CORDEIRO, “Vícios ocultos nos bens privatizados: subsídios para a análise da privatização da Sociedade Financeira Portuguesa — Banco de Investimento S.A. e suas consequências. Parecer de direito”, *A privatização da Sociedade Financeira Portuguesa*, Lex, Lisboa, 1995, 125 s.

⁽⁶⁹⁰⁾ Menezes CORDEIRO, “Privatização da Sociedade Financeira Portuguesa e vícios ocultos: das pretensões de reparação”, *A privatização da Sociedade Financeira*

dotado de uma determinada intencionalidade problemática, que convoca a mobilização de um certo regime legal como critério orientador de solução; do outro lado, temos uma norma (ou um conjunto de normas), também ela eivada por uma intencionalidade problemática específica. O sentido normativo da norma será obtido na remissão da norma para o caso, entre os quais se estabelece uma concreta analogia, e na remissão da norma para os princípios normativos em que a mesma se louva. O legislador estabelece um regime específico a propósito da venda de bens onerados com base na ideia de que o vendedor, em princípio, estará em melhores condições para se aperceber da existência de ónus a recair sobre a coisa. Ora, se um caso concreto reclama a aplicação deste regime, não faz sentido, por tal contrariar a sua teleologia (amparada pelos princípios normativos em que se funda), desvirtuar as regras ressarcitórias, impondo a limitação da indemnização aos danos emergentes sempre que não haja dolo.

Tudo visto, podemos formular algumas conclusões importantes. O âmbito de relevância da responsabilidade pré-contratual não se

Portuguesa, Lex, Lisboa, 1995, 157 s. Para o autor, as normas interpretadas no sentido de se excluir do âmbito de relevância do artigo 908.º as condutas negligentes seriam inconstitucionais, por violarem o princípio da igualdade e o direito de propriedade privada (artigos 13.º e 62.º CRP).

Para uma refutação dos argumentos, v. Eva Moreira da SILVA, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual*, 359 s.: para a autora, o que a lei faz é atribuir um direito à indemnização ao comprador nas situações em que o vendedor agiu sem culpa, pelo que não estaríamos diante de um desagravamento da responsabilidade deste nos casos de negligência.

Eva Moreira da Silva convoca ainda o artigo 915.º CC para sustentar a sua posição. O preceito considera que não é aplicável a indemnização prevista no artigo 909.º aos casos em que o vendedor (de coisas defeituosas) desconhecia sem culpa o vício ou a falta de qualidade de que a coisa padece. Isto significaria que, nos casos de simples erro, haveria direito à indemnização se houvesse culpa, nos termos do artigo 909.º CC, não se indo ao ponto de estabelecer uma hipótese de responsabilidade objetiva. Não cremos que o argumento seja determinante. Na verdade, o que a secção do Código Civil referente à venda de coisas defeituosas faz é considerar aplicável a estas situações o regime da venda de bens onerados, com exceção do que for especificamente nela considerado. Ora, o artigo 915.º CC vem determinar que a indemnização devida nos termos do artigo 909.º CC seja excluída quando em causa esteja a venda de bens defeituosos. Mas aquilo que, com apelo a uma interpretação que assenta no elemento gramatical e no elemento sistemático, a autora assume como uma evidência acaba por criar uma inadequação judicativa no seio do ordenamento jurídico. Pois, volta a perguntar-se na esteira dos autores anteriormente citados, qual o sentido de, num domínio onde se julga pertinente agravar a responsabilidade para além da culpa, se restringir a indemnização nos casos em que fica provada a negligência do vendedor?

confunde com o âmbito de relevância do regime dos vícios da vontade. Na verdade, cada uma apresenta uma intencionalidade específica. E ainda que os princípios fundamentais do direito civil se refratem em ambos, as especificidades de cada um dos regimes mostram que a concretização deles diverge, não havendo uma relação de consunção ou de especialidade entre eles.

Uma mesma factualidade pode desencadear, em simultâneo, a aplicação dos dois regimes. Em muitos casos, tal não levantará problemas de maior. Por exemplo, se A incorre em erro acerca das qualidades do objeto contratual e, relevando o engano nos termos do artigo 251.º e 247.º CC, vem arguir a anulabilidade do negócio, pode ter de indemnizar B, desde que haja culpa da sua parte, nos termos do artigo 227.º CC.

A questão torna-se mais delicada na hipótese em que aquele que pretende arguir a invalidade do negócio, com ou sem êxito, é o mesmo que pode deduzir uma pretensão indemnizatória, com base na *culpa in contrahendo*. São estes os casos típicos por nós analisados: havendo indução ao erro, quem se arroga no direito potestativo de invalidar o contrato é o mesmo que pode exigir uma indemnização. Duas alternativas são, então, de considerar: a pretensão de invalidar o negócio não é procedente e coloca-se o problema de saber se a liberação contratual pode operar por via indemnizatória, através da reconstituição natural; a pretensão de invalidar o negócio é procedente e coloca-se o problema de saber se, ultrapassado o prazo de um ano previsto no artigo 287.º CC, o induzido em erro pode continuar a desvincular-se do negócio através da referida reconstituição natural e, portanto, das regras da responsabilidade pré-contratual.

Quer isto dizer que, mesmo para quem aceite como boa a interpretação que sustentámos ser defensável ao longo do nosso breve apontamento, o problema inicial não desaparece, embora possa alterar os seus contornos ⁽⁶⁹¹⁾. Na busca de solução para ele, há uma

⁽⁶⁹¹⁾ A este propósito, cf. Nuno Pinto OLIVEIRA, “O dogma da tipicidade”, 74 s. O autor formula um princípio, nos termos do qual “toda a declaração de vontade negocial determinada por uma conduta do declaratório contrária à boa-fé é — e deve ser — anulável”. Haveria, portanto, um direito à desvinculação contratual. Continuando o seu raciocínio, o autor evidencia que a desvinculação que se obtém por intermédio da reconstituição natural não tem, no plano das relações com terceiros, os mesmos efeitos que a anulação. E acrescenta que “os artigos 251.º, 252.º, 253.º, 254.º, 255.º, 256.º, em ligação com o artigo 289.º do Código Civil, consagram implicitamente o princípio de que a liberdade do declarante deve prevalecer

ideia que não pode ser afastada: a controvérsia não se situa no plano da fundamentação da responsabilidade (no caso, pré-contratual) ⁽⁶⁹²⁾, mas no plano da determinação da indemnização. Ora, nessa matéria, rege o artigo 566.º CC. Diz-nos o preceito que “a indemnização é fixada em dinheiro, sempre que a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor”. Pensemos, então, na alternativa dialógica que considerámos anteriormente. A pretensão de invalidar o negócio é procedente; aquele que tinha legitimidade para arguir a anulabilidade deixou caducar o prazo que o artigo 287.º CC lhe facultava para o efeito. Poderá desvincular-se, mais tarde, por via da mobilização do regime da responsabilidade pré-contratual? Deixando de lado as situações em que a reconstituição natural não seja possível, importa ter em conta que o prazo de caducidade estabelecido deve ser entendido como uma forma de salvaguardar as expectativas da contraparte. No fundo, embora dê ao que vê a sua vontade viciada a possibilidade de se liberar do acordo firmado, o nosso ordenamento jurídico prevê que ele só possa exercer o seu direito potestativo num determinado lapso temporal.

De facto, à medida que o tempo vai decorrendo, as expectativas da contraparte vão-se sedimentando e estabilizando, passando o sujeito a confiar que já não poderá ver afetada a validade do negócio que foi

sobre a segurança do declaratório e de terceiros. Existindo uma perturbação grave da possibilidade fáctica de autodeterminação (...), o princípio em causa pode e deve aplicar-se”. Ou seja, para o autor considera que o princípio formulado se deve concretizar por via do direito de anular o contrato.

Sublinhe-se que a análise do autor é mais lata do que aquela que expusemos no nosso apontamento. Na verdade, não só trata das questões de indução negligente em erro, como lida com as hipóteses de assédio e influência indevida, que procura aproximar do regime da coação. Para Nuno Pinto Oliveira, o DL n.º 57/2008, de 26 de Março, relativo às práticas comerciais desleais nas relações entre os profissionais e os consumidores, consagra o princípio da equiparação entre a coação, o assédio e a influência indevida (artigo 11.º). A questão remanescente é apenas a de saber se o princípio de equiparação se deve restringir ao direito do consumo ou se se deve aplicar a todo o direito civil.

⁽⁶⁹²⁾ O problema poder-se-ia colocar ao nível da fundamentação da responsabilidade se nos ativésemos à categoria dano e nos cingíssemos à teoria da diferença. Vimos, contudo, embora de forma lapidar, que esta não deve ser aceite como teoria definitória do dano e que o dano não se confunde com o dano patrimonial. Assumindo como boas estas ideias, a problematicidade esvanece-se no plano da fundamentação da responsabilidade, agigantando-se, apenas, no plano da determinação da indemnização.

celebrado. Ora, se assim é, se é esta a *ratio* da previsão do prazo, não cremos que, em concreto, seja possível operar-se a desvinculação do contrato, por força das regras ressarcitória, uma vez ultrapassado o prazo de um ano a que se refere o citado artigo 287.º CC. Tal seria demasiado oneroso para o demandado/devedor. Além disso, pode-se aventar, consoante as circunstâncias, haver aqui um comportamento abusivo da parte do que incorreu em erro ⁽⁶⁹³⁾.

No outro polo da alternativa, encontramos as hipóteses em que o negócio não é inválido e, não obstante, houve da parte da contraparte violação culposa dos ditames impostos pela boa-fé, durante a fase das negociações. Se não se nega, como já vimos, o recurso às regras da responsabilidade pré-contratual, os problemas podem surgir no tocante à determinação da indemnização. Ora, aí, embora só perante o caso seja possível concretizar os termos da indemnização a arbitrar, poderemos aventar, como critério guia, a ideia de que permitir por esta via o que o ordenamento jurídico impede por outra — na ponderação que faz acerca da validade dos negócios — acaba por criar uma antinomia sistemática, que se oblitera se, de facto, nos orientarmos por uma ideia de impossibilidade de reconstituição em espécie. Não estaríamos, aqui, diante de uma impossibilidade fáctica, mas perante uma impossibilidade normativa. Esta impossibilidade seria, aliás, suportada por uma ideia da excessiva onerosidade que a solução comportaria para o devedor da obrigação indemnizatória. Simplesmente, *in casu*, a excessiva onerosidade parece ter sido já determinada, a montante e em abstrato, pelo legislador.

⁽⁶⁹³⁾ Na verdade, se o ordenamento jurídico confere o prazo de um ano a partir da cessação do vício para se arguir a invalidade do negócio, não faz sentido permitir que aquele que deixou caducar o seu direito potestativo possa depois, por invocação das regras da responsabilidade pré-contratual, desvincular-se do negócio. Tanto mais que o credor da obrigação ressarcitória deve, em tudo o que seja possível, contribuir para o não agravamento do dano e, portanto, da posição do devedor. A boa-fé impõe aquilo que, noutras latitudes, é conhecido pelo dever de mitigar o dano. Ora, se assim é, se A não respeita o prazo que a lei estabelece, gerando em B a expectativa da estabilização da relação negocial que poderia ter sido invalidada, permitir a liberação do negócio configuraria, a um tempo, um comportamento abusivo da parte de A (que atuaria contra as expectativas por si geradas, violando um princípio da confiança que é fundamental no tráfego negocial) e uma sanção demasiado gravosa para B, que, diante da inércia da contraparte, veria, em termos temporais, a sua posição enfraquecida. Note-se, porém, que os prazos a que aludimos começam a contar a partir de momentos temporais diversos, pelo que, em determinadas situações, pode não haver uma total sobreposição entre eles.

Com isto não pretendemos advogar uma ideia de tipicidade e estancuidade das causas de invalidade do negócio jurídico. Não só, em termos metodológicos, há boas razões para nos afastarmos de um pensamento que faz da norma o *prius* que tudo determina, bem como de um pensamento que faz esgotar o direito na lei, como vimos, por referência campo dogmático e ao nicho temático em que mergulhámos, que o direito só se realiza no confronto analógico entre o caso e a norma, pelo que poderemos reconduzir ao regime dos vícios da vontade algumas situações que tradicionalmente, porque presos a uma interpretação de índole hermenêutica, deles se apartavam. O que, agora, pretendemos expor é que, fora das hipóteses em que a assimilação do âmbito de relevância do caso pelo âmbito de relevância do referido regime é possível, não deveremos admitir, por ser demasiado onerosa para o devedor, a liberação do contrato.

Repare-se, contudo, que esta conclusão só é legítima quando em causa esteja um negócio que, mesmo válido, apresenta uma similitude bastante com a problemática dos vícios da vontade. Ou seja, e recorrendo a categorias metodologicamente densificadas, haveria analogia problematizante, não havendo, contudo, analogia judicativa, isto é, a situação material seria similar, nos seus contornos, à situação prevista numa das normas que regula o problema dos vícios da vontade; contudo, a solução que é pensada na norma para o problema por ela tipificado não se mostra adequada para a situação patenteada pelo caso concreto decidendo.

c. *Dolus bonus e dolus malus*

Apenas releva para efeitos de invalidação do negócio jurídico o *dolus malus*. Todos os artifícios ou sugestões usuais, considerados legítimos, segundo as concepções dominantes no comércio jurídico, não são, nos termos do artigo 253.º/2 CC, considerados dolo ilícito. O critério consagrado pelo legislador é, portanto, o da usualidade ou normalidade ⁽⁶⁹⁴⁾.

Devemos, porém, compreender esta usualidade ou normalidade em termos normativamente fundados, os únicos compatíveis com uma solução de índole jurídica. Na verdade, não nos podemos orientar por um critério quantitativo, que poderia abrir as portas à concertação de

⁽⁶⁹⁴⁾ Cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 523.

práticas abusivas dentro de um determinado setor de atividade. O critério de normalidade deve ser valorativamente densificado e normativamente recortado.

Por isso, assiste-se a variações históricas das fronteiras entre o *dolus bonus* e o *dolus malus*. A intensificação dos deveres de proteção na fase pré-contratual determina um recuo das margens do *dolus bonus* e uma expansão da relevância do *dolus malus*.

Oliveira Ascensão refere, a propósito da caracterização do *dolus bonus*, que “a proteção do consumidor permitiu já avançar, levando a deveres mais precisos que os que resultariam” do enunciado genérico do artigo 253.º/2 CC. Em causa estaria a consciência de que o direito do consumidor impôs uma série de deveres de informação nas mais variadas áreas de contratação, o que teria como consequência uma restrição do âmbito de relevância do preceito ⁽⁶⁹⁵⁾. Dito de outro modo, o *dolus bonus* verificar-se-ia em pouquíssimas situações, atentos os deveres de informação que são impostos aos profissionais. Sublinhando que “o artigo 253.º/2 sempre subsistiria para as transações remanescentes, as que não são abrangidas pelo Direito do Consumidor, nem pelos preceitos especiais da lei” ⁽⁶⁹⁶⁾, Oliveira Ascensão não deixa de frisar que, “mesmo nesse âmbito, não pode subsistir nos mesmos termos” ⁽⁶⁹⁷⁾.

Ferreira de Almeida vai mais longe. Na sua obra *Os direitos dos consumidores*, o autor considera que o *dolus bonus* foi afastado pelo dever de informar que resulta da lei ⁽⁶⁹⁸⁾. Não cremos que o conceito de *dolus bonus* tenha sido eliminado do ordenamento jurídico pátrio. Simplesmente, à medida que se dilatam os deveres de informação e se expandem as situações aptas a ser qualificadas como desleais por se entender que, com base nelas, o consumidor pode ser induzido em erro, vão-se comprimindo as hipóteses de dolo bom, isto é, os casos em que são utilizados artifícios ou sugestões tidos por legítimos segundo as conceções dominantes no comércio jurídico. E se é correto afirmar, como faz Oliveira Ascensão, que restam como remanescentes as relações negociais que não unem profissionais a

⁽⁶⁹⁵⁾ J. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, 138 s.

⁽⁶⁹⁶⁾ J. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, vol. II, 139.

⁽⁶⁹⁷⁾ J. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, vol. II, 139.

⁽⁶⁹⁸⁾ C. Ferreira de ALMEIDA, *Os direitos dos consumidores*, Almedina, Coimbra, 1982, 182.

consumidores, também é elementar perceber que as concepções dominantes no comércio jurídico, não sendo estanques, vão ser codeterminadas (e moldadas) pelas imposições dirigidas aos profissionais, que se vão assumindo como usuais e normais. No fundo, os contornos externos do conceito de dolo bom tendem a comprimir-se tanto quanto a prática negocial vai generalizando formas de atuação que tornam ilegítimas outras que delas se afastam.

Nas palavras de Oliveira Ascensão, “a lei atual traduz uma sensibilidade diferente, não compatível com artifícios destinados a induzir em erro ou com a dissimulação do erro em que espontaneamente caiu a outra parte. É indispensável que esse espírito seja prosseguido, perante a ameaça da cultura de bazar (...) que ameaça a nossa civilização” ⁽⁶⁹⁹⁾.

Parece, contudo, manter-se um espaço de relevância do *dolus bonus*. Dando eco disso, recordemos o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 23 de Abril de 2015 (Proc. n.º 6482/09.8TBB RG.G1) ⁽⁷⁰⁰⁾.

A, Lda., intentou ação declarativa de condenação contra B, s.A. A é proprietário de uma ótica; B é proprietário de um centro comercial. Entre ambos foi celebrado um contrato de instalação de lojista no dito centro comercial, obrigando-se A ao pagamento de uma quantia pecuniária e à realização dos acabamentos no espaço da loja. Nos contactos prévios à celebração do contrato, B garantiu que o Centro abriria ao público em Novembro de 2008, totalmente licenciado, com a totalidade das lojas ocupadas, havendo estudos de mercado que garantem uma grande afluência de público. Porém, sabia que aquela informação era falsa. Na verdade, B não possuía licença de exploração para o Centro Comercial, a ocupação dos espaços não era total, estando muitas lojas devolutas, as lojas âncoras não estavam integradas e a afluência do público ficaria por 10% do que B anunciara. Colocou-se, portanto, o problema de saber se havia ou não dolo da parte do proprietário da galeria de lojas. A resposta do Tribunal da Relação de Guimarães foi negativa, por considerar que não terá existido *dolus malus*, já que o réu poderia ter “motivos para acalentar a ideia de que os contratos que estava a discutir e a celebrar seriam uma boa fonte de rendimentos para todas as partes, sendo admissível algum excesso no enaltecimento das qualidades do centro”.

⁽⁶⁹⁹⁾ J. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, vol. II, 140.

⁽⁷⁰⁰⁾ Relator Filipe Colaço.

Mesmo descontando o facto de estarem em causa outras dimensões para além das que contendem com a cisão entre o *dolus malus* e o *dolus bonus*, importa sublinhar que o facto de estarmos diante de dois profissionais é determinante da solução concreta que o problema *sub iudice* conheceu. Significa isto que, como referido anteriormente, o critério da usualidade deve ser compreendido à luz de um padrão valorativo, que não pode deixar de convocar os dados comunicados pela boa-fé. O critério é normativo.

d. Dolo essencial e dolo incidental

Tal como o erro, o dolo só é causa de invalidade de um negócio se for essencial, ou seja, o dolo tem de ser determinante da vontade de celebrar o negócio. A ideia traduz a dupla causalidade a que alguma doutrina se refere ⁽⁷⁰¹⁾.

O dolo incidental pode, porém, conduzir à modificação ou à invalidade do negócio, nos mesmos termos em que o erro incidental conduz à anulabilidade ⁽⁷⁰²⁾.

7.3. Regime

7.3.1. O dolo do declaratário

Verificados todos os requisitos de relevância, o dolo determina a anulabilidade do negócio, nos termos do artigo 254.º/1 CC.

Pode arguir a anulabilidade aquele que foi enganado, no prazo de um ano a contar do momento em que descobriu a provocação dolosa do erro, nos termos do artigo 287.º CC ⁽⁷⁰³⁾.

Para além da invalidade do negócio jurídico, o dolo determina a responsabilidade do declaratário que induziu o declarante em erro. A responsabilidade que se gera segue os termos da responsabilidade pré-contratual.

⁽⁷⁰¹⁾ Cf., *supra*, o que referimos sobre o ponto.

⁽⁷⁰²⁾ Cf., *supra*, as condições a que nos referimos. Sobre o ponto, *v.*, igualmente, C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 524-525 e n. 721, dando nota de que não se deve admitir a possibilidade de o autor do dolo incidental vir provar que a sua vontade hipotética se opõe à modificação ou à anulação do negócio.

⁽⁷⁰³⁾ O prazo conta-se a partir deste momento e não a partir do momento do conhecimento do erro.

7.3.2. O dolo de terceiro

Tratando-se de dolo de terceiro, o nosso legislador impôs requisitos adicionais para a anulação do negócio. Dispõe o artigo 254.º CC que, se o declaratário conheceu o dolo de terceiro, o negócio é anulável. Em rigor, nesta situação, o declaratário teria o dever de alertar o declarante, de acordo com a boa-fé, para o engano, pelo que o dolo de terceiro corresponde a um dolo omissivo do declaratário. Haverá também lugar à anulação do negócio, se o declaratário não conhecia o dolo, mas tinha o dever de conhecer, isto é, se havia cognoscibilidade do dolo ⁽⁷⁰⁴⁾.

Caso o declaratário não conhecesse ou não devesse conhecer o dolo do terceiro, o negócio pode ser parcialmente anulável se alguém tiver adquirido diretamente algum direito por virtude da declaração, desde que ele tenha sido o autor do dolo ou desde que o conhecesse ou devesse conhecer. A anulabilidade parcial de que se fala diz respeito à invalidade do benefício que o sujeito tenha adquirido. Repare-se, contudo, que, por via deste critério, pode chegar-se à invalidade total do negócio. Basta, para tanto, que se trate de um negócio a favor de terceiro ⁽⁷⁰⁵⁾.

7.4. Coação moral ou relativa

7.4.1. Noção

Nos termos do artigo 255.º/1 CC, “diz-se feita sob coação moral a declaração negocial determinada pelo receio de um mal de que o declarante foi ilicitamente ameaçado com o fim de obter dele a declaração”.

Distinta da coação física ⁽⁷⁰⁶⁾, por não implicar a total ausência de vontade do declarante, a coação moral traduz-se no receio de um mal que resulta de uma ameaça ilícita, feita com o objetivo de extorquir a declaração negocial ⁽⁷⁰⁷⁾.

⁽⁷⁰⁴⁾ Cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 527.

⁽⁷⁰⁵⁾ Cf., a este propósito, o exemplo apresentado por C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 527, n. 726.

⁽⁷⁰⁶⁾ Para outros desenvolvimentos acerca da distinção, cf. *supra* o que se disse a propósito da coação física.

⁽⁷⁰⁷⁾ Sobre o ponto, cf. Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, 267 s.; Rui de ALARCÃO, “Breve motivação do anteprojeto sobre o negócio jurídico na parte relativa ao erro, dolo, coacção, representação, condição e objecto negocial”,

7.4.2. Regime

Para que se possa falar de coação moral e para que ela possa relevar, têm de se verificar determinados requisitos.

Em primeiro lugar, é necessário que haja uma ameaça e que a ameaça seja ilícita. A ilicitude pode resultar, consoante ensina a doutrina ⁽⁷⁰⁸⁾, da ilicitude dos meios utilizados ou da ilegitimidade da prossecução do fim com aquele meio. No primeiro caso, o comportamento do sujeito será sempre ilícito, independentemente das circunstâncias; é o caso da ameaça de morte. No segundo caso, a ilicitude resulta do facto de o meio utilizado não ser adequado para obter o fim pretendido; é o caso da ameaça de denúncia por um comportamento com relevância penal, se o declarante não celebrar um determinado negócio ⁽⁷⁰⁹⁾.

Excluir-se-á a ilicitude da ameaça, não havendo coação, nos termos do artigo 255.º/3 CC, se o sujeito apenas ameaçar o declarante com o exercício normal de um direito. É o caso de A ameaçar B, seu devedor, que se não constituir a seu favor uma hipoteca, vai executar o crédito, já que, nesta hipótese, o credor está apenas a exercer o seu direito a exigir o reforço do crédito.

A este propósito, é particularmente interessante o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Abril de 2013 (Proc. n.º 774/09.3TBVCD.P1.S1) ⁽⁷¹⁰⁾. O caso é complexo do ponto de vista fáctico. Contudo, se o reduzirmos aos elementos exemplares que nos interessam, tendo em conta o contexto em que nos movemos neste trabalho, conta-se em poucas palavras: A e B viveram 23 anos em união de facto. A adquiriu uma fração autónoma destinada à habitação. No decurso da união de facto, A vendeu metade da fração a B, sob ameaça de que, se não o fizessem, este, com quem vivia maritalmente, a abandonaria. Considera, então, o Supremo Tribunal de Justiça que a ameaça de exercício normal de um direito não constitui coação, “desde que a vantagem que o titular do direito pretende obter com o negócio seja inerente ao próprio direito, quando se trate de uma

74 s.; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 829 s.; C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 529 s.; Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 515 s.

⁽⁷⁰⁸⁾ Cf., por todos, C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 532.

⁽⁷⁰⁹⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 532.

⁽⁷¹⁰⁾ Relator Hélder Roque.

simples ameaça de ir a juízo com vista a exigir a satisfação do respetivo direito. Contudo, já representa uma cominação ilícita a ameaça de um direito, por uma das partes, com o intuito de extorquir a escritura pública de venda de metade de uma fração predial, pertencente, na sua totalidade, à outra, atuando sobre a vontade negocial desta a determinando-a num sentido em que, de outra forma, se não determinaria” ⁽⁷¹¹⁾.

Também não há coação quando o medo resulta de um simples temor reverencial, fruto de uma relação de respeito com um familiar, um superior hierárquico, um professor. É que neste caso, não há qualquer ameaça e o receio resulta de um processo psicológico intrínseco ao declarante, que não quer mostrar-se ingrato ou desrespeitador.

Por outro lado, para a coação relevar, a ameaça tem de ter por finalidade extorquir a declaração negocial. Não basta, contudo, a intenção. É necessário efetivamente que a declaração tenha sido emitida por força da ameaça. Tal implica que a coação tenha de ser essencial, ou seja, determinante da vontade de celebrar o negócio, embora a coação incidental possa relevar, nos mesmos termos em que relevam o erro e o dolo essenciais ⁽⁷¹²⁾.

Verificados estes pressupostos, o negócio jurídico é anulável, nos termos do artigo 256.º CC. A anulabilidade segue, uma vez mais, o regime do artigo 287.º CC. Quer isto dizer que pode arguir a invalidez o coagido, no prazo de um ano a contar do momento em que a ameaça deixa de surtir qualquer efeito, o que pode vir a ocorrer muito tempo depois da celebração do negócio. Haverá a possibilidade de invocar a anulabilidade independentemente do prazo, quando o negócio não tenha sido cumprido.

O coator pode ter de indemnizar o coagido pelos danos gerados.

Se a ameaça provier de terceiro, a anulabilidade fica dependente da verificação de outros requisitos. Exige-se que o mal cominado seja grave e que seja justificado o receio do mal. O terceiro que coage pode ter de indemnizar quer o coagido, quer a contraparte.

⁽⁷¹¹⁾ Para outra jurisprudência, cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 833. Interessante também o caso que o STJ, numa decisão de 1997 (Acórdão de 11 de Março de 1997, relator Fernando Fabião), considerou que havia coação moral no caso em que a EDP ameaçou suspender o fornecimento de energia elétrica a um consumidor, como forma de o obrigar a pagar uma dívida que não era sua.

⁽⁷¹²⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 531.

7.4.3. A aplicação analógica do regime da coação moral

As modernas relações de consumo determinam riscos acrescidos para os consumidores. Tais riscos denotam-se aos mais variados níveis e têm diferentes causas. Entre eles, conta-se sem dúvida o risco de o consumidor ser confrontado com um profissional que, dotado de uma estrutura mais ou menos complexa de atuação, lança mão de práticas que, pela sua natureza enganadora ou agressiva, acabam por determinar a celebração de negócios que, de outro modo, o sujeito não teria concluído.

Embora fruto do impulso comunitário ⁽⁷¹³⁾, o legislador português não foi alheio a esta realidade e disciplinou, no DL n.º 57/2008, de 26 de Março, as chamadas práticas comerciais desleais, proibindo-as.

O DL n.º 57/2008 proíbe, no artigo 4.º, as práticas comerciais desleais. Estas vêm definidas, no artigo 5.º, como “qualquer prática comercial desconforme à diligência profissional, que distorça ou seja suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou que afete este relativamente a certo bem ou serviço” ⁽⁷¹⁴⁾.

Por prática comercial entende-se, de acordo com o artigo 3.ºd) DL n.º 57/2008, “qualquer ação, omissão, conduta ou afirmação de um profissional, incluindo a publicidade e a promoção comercial, em relação direta com a promoção, a venda ou o fornecimento de um bem ou serviço ao consumidor”. Trata-se, portanto e como ensina Menezes LEITÃO ⁽⁷¹⁵⁾, de uma definição muito abrangente, “que inclui toda e qualquer conduta do profissional, praticada nos preliminares ou na formação de negócios de consumo” ⁽⁷¹⁶⁾. Ela será desleal quando se afaste da diligência profissional, entendida nos termos do artigo 3.ºh) como “o padrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional nas suas relações com

⁽⁷¹³⁾ Cf. a Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio, relativa às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores no mercado interno.

⁽⁷¹⁴⁾ Para maiores desenvolvimentos sobre o conceito, cf. L. Menezes LEITÃO, “As práticas comerciais desleais nas relações de consumo”, *Liber amicorum Mário Frota — A causa dos direitos dos consumidores*, Almedina, Coimbra, 2012, 423 s.

⁽⁷¹⁵⁾ Menezes LEITÃO, “As práticas comerciais desleais nas relações de consumo”, 425.

⁽⁷¹⁶⁾ Menezes LEITÃO, “As práticas comerciais desleais nas relações de consumo”, 425.

os consumidores, avaliado de acordo com a prática honesta de mercado e ou com o princípio geral de boa-fé no âmbito da atividade profissional” ⁽⁷¹⁷⁾, e quando distorça ou seja suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor a que se dirige ou quando o afete relativamente a certo bem ou serviço.

⁽⁷¹⁷⁾ De acordo com o ensinamento de Menezes LEITÃO, as práticas admissíveis variam de profissão para profissão, de tal modo que uma prática pode ser admissível para uma profissão e não para outra. Daí o autor chamar a atenção para a importância dos códigos de conduta, definidos no artigo 3.º(f) DL n.º 57/2008 — “As práticas comerciais desleais nas relações de consumo”, 425.

No mesmo sentido, cf. Sara Fernandes GARCIA, *As práticas comerciais desleais: uma visita guiada pelo regime português*, Universidade Nova de Lisboa, 2014, 40, considerando que “não é um padrão genérico de conduta, mas antes de competência especializada. Explicitando: o profissional que exerce determinada atividade adquire conhecimentos específicos nesse âmbito, logo, o padrão de conduta a observar terá que atender aos seus especiais conhecimentos na área. Naturalmente, a concretização desse *standard minimum* de honestidade passa por deslindar, casuisticamente, as regras de conduta exigíveis em cada setor de atividade”. Mais esclarece a autora que “não se trata de uma remissão para as regras normais ou habitualmente observadas no sector. Com efeito, não é a habitualidade da prática que a torna lícita. Seguindo essa interpretação, uma prática, mesmo inicialmente desleal, uma vez enraizada no mercado, converter-se-ia numa prática aceite, logo, leal (...). Exige-se que esta passe num crivo de lealdade, aferido de acordo com critérios marcadamente éticos — as práticas honestas de mercado e a boa-fé —, temperados com os usos sociais e regras do mercado e de cada atividade em concreto”.

No que respeita aos dois critérios objetivos fixados pela lei para aferir da diligência do profissional, Sara GARCIA esclarece que “a honestidade corresponde a uma ideia de correção profissional, de honradez, de probidade. A sua tradução em regras de conduta assume contornos distintos consoante a atividade em causa. Nesse sentido, os códigos de conduta de cada setor poderão constituir uma ferramenta útil na difícil tarefa de concretização da honestidade da prática” — Sara Fernandes GARCIA, *As práticas comerciais desleais*, 43. Mas, “os códigos de conduta devem ser usados como meros indicadores, partindo do pressuposto que as regras aí contempladas correspondem a práticas honestas de mercado”. No que respeita à boa-fé, a autora sustenta que se deve, ao nível das relações de consumo (e, portanto, no âmbito das práticas comerciais desleais), “elevar a fasquia da boa-fé”, por referência às relações disciplinadas pelo direito civil. A asserção, contudo, não nos parece de aceitar. Na verdade, operando a boa-fé em concreto, ela atenderá às especificidades da relação à qual dita as suas regras e ao particular des-nível informacional e de forças entre os contraentes, seja um deles um consumidor ou não. No fundo, é a mesma boa-fé que atua num contexto e no outro. As soluções diversas a que possamos chegar não resultam de uma elevação da fasquia da boa-fé, mas da atuação do princípio na sua conformação concreta. Para mais desenvolvimentos acerca da boa-fé, enquanto princípio normativo, cf. Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, Almedina, Coimbra, 2000.

A distorção substancial do comportamento económico do consumidor existe, segundo o artigo 3.º e) DL n.º 57/2008, quando a realização de uma prática comercial prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo. Nas palavras de Sara GARCIA, “a prática deve moldar a opção do consumidor, conduzindo-o a tomar uma decisão de transação que de outro modo não tomaria. Em suma, se não tivesse ocorrido essa deturpação no processo formativo da vontade, o consumidor não teria aderido à proposta do profissional” ⁽⁷¹⁸⁾.

A par desta previsão geral, o DL n.º 57/2008 oferece-nos, no artigo 6.º, previsões especiais de práticas comerciais desleais: a) práticas comerciais suscetíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo, claramente identificável, de consumidores particularmente vulneráveis, em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade, à prática comercial ou ao bem ou serviço subjacentes, se o profissional pudesse razoavelmente ter previsto que a sua conduta era suscetível de provocar essa distorção; b) práticas comerciais enganosas; c) práticas comerciais agressivas.

No que às práticas comerciais enganosas diz respeito, o DL n.º 57/2008 distingue entre as ações enganosas e as omissões enganosas. As primeiras

⁽⁷¹⁸⁾ Sara Fernandes GARCIA, *As práticas comerciais desleais*, 50. A autora, na interpretação do requisito, vai mais longe e considera que “o requisito refere-se à distorção da conduta dos consumidores destinatários da prática. cremos, no entanto, que esta disposição deve ser interpretada no sentido de abranger também as distorções das condutas de todos os consumidores, mesmo que não sejam os alvos da prática comercial”. Mais acrescenta que “as distorções são aqui vistas como interferências no processo de formação da decisão do consumidor, prejudicando sensivelmente a sua capacidade decisiva. Sucede que a formação da decisão é um processo interno: tudo ocorre na mente do consumidor, exteriorizando-se através da decisão de transação. O requisito da substancialidade obriga o intérprete a comparar a situação atual com a situação hipotética em que o consumidor estaria se não tivesse ocorrido distorção. Caberá questionar: na ausência da prática comercial, o consumidor teria tomado a mesma decisão” (p. 51). Por isso, “aferir a substancialidade da distorção passa por determinar o peso concreto da prática na formação da decisão de transação, numa situação em apreço. O impacto da prática na tomada de decisão do consumidor terá que ser avaliado do modo mais objetivo possível, tendo como referência o consumidor médio e atendendo às circunstâncias do caso concreto. O conceito refere-se à distorção ou suscetibilidade de distorção da conduta do consumidor, o que nos leva a questionar se é necessário que a distorção ocorra de facto ou se basta que seja potencial. cremos que a interpretação mais consonante com a lógica do sistema é admitir que este requisito se encontra preenchido quando ocorre uma distorção efetiva e atual”.

estão previstas no artigo 7.º e são consideradas aquelas que contenham informações falsas ou que, mesmo sendo factualmente corretas, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induzam ou sejam suscetíveis de induzir em erro o consumidor em relação a um ou mais dos elementos enumerados no n.º 1 do citado preceito e que, em ambos os casos, conduzam ou sejam suscetíveis de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo. De acordo com o n.º 2 do artigo 7.º, atendendo a todas as características e circunstâncias do caso concreto, é ainda enganosa a prática comercial que envolva qualquer atividade de promoção comercial relativa a um bem ou serviço, incluindo a publicidade comparativa, que crie confusão com quaisquer bens ou serviços, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente; o incumprimento pelo profissional de compromisso efetivo decorrente do código de conduta a que está vinculado no caso de ter informado, na prática comercial, de que se encontrava vinculado àquele código; e qualquer atividade de promoção comercial de um bem como sendo idêntico a um bem comercializado noutros Estados-Membros, quando esse bem seja significativamente diferente quanto à sua composição ou características, exceto quando justificado por fatores legítimos e objetivos ⁽⁷¹⁹⁾.

O artigo 8.º DL n.º 57/2008 consagra uma longa lista de ações enganosas, independentemente das circunstâncias (ações enganosas em qualquer circunstância) ⁽⁷²⁰⁾: afirmar ser signatário de um código de conduta, quando não o seja; exibir uma marca de certificação, uma marca de qualidade ou equivalente sem ter obtido a autorização necessária; afirmar que um código de conduta foi aprovado por um organismo público ou outra entidade quando tal não corresponda à verdade; afirmar que um profissional, incluindo as suas práticas comerciais, ou um bem ou serviço foram aprovados, reconhecidos ou autorizados por um organismo público ou privado quando tal não corresponde à verdade ou fazer tal afirmação sem respeitar os termos da aprovação, do reconhecimento ou da autorização; propor a aquisição de bens ou serviços a um determinado preço sem revelar a existência

⁽⁷¹⁹⁾ O n.º 3 do artigo 7.º consagra a hipótese de uma ação enganosa entre empresas, mostrando que o diploma não se aplica exclusivamente às relações entre consumidores.

⁽⁷²⁰⁾ Para uma tentativa de sistematização delas, cf. Menezes LEITÃO, “As práticas comerciais desleais nas relações de consumo”, 432 s.

de quaisquer motivos razoáveis que o profissional possa ter para acreditar que não pode, ele próprio, fornecer ou indicar outro profissional que forneça os bens ou serviços em questão ou equivalentes, àquele preço durante um período e em quantidades razoáveis, tendo em conta o bem ou serviço, o volume da publicidade feita ao mesmo e os preços indicados; propor a aquisição de bens ou serviços a um determinado preço e, com a intenção de promover um bem ou serviço diferente, recusar posteriormente apresentar aos consumidores o bem ou o serviço publicitado; propor a aquisição de bens ou serviços a um determinado preço e, com a intenção de promover um bem ou serviço diferente, recusar as encomendas relativas a este bem ou serviço ou a sua entrega ou fornecimento num prazo razoável; propor a aquisição de bens ou serviços a um determinado preço e, com a intenção de promover um bem ou serviço diferente, apresentar uma amostra defeituosa do produto; declarar falsamente que o bem ou serviço está disponível apenas durante um período muito limitado ou que só está disponível em condições especiais por um período muito limitado a fim de obter uma decisão imediata e privar os consumidores da oportunidade ou do tempo suficientes para tomarem uma decisão esclarecida; comprometer-se a fornecer o serviço de assistência pós-venda numa língua, usada para comunicar antes da decisão negocial, que não seja uma das línguas oficiais do Estado membro em que o profissional se encontra estabelecido e posteriormente assegurar este serviço apenas em língua diversa, quando o profissional não anunciou de forma clara esta alteração ao consumidor antes de este se ter vinculado; declarar que a compra ou venda de um bem ou a prestação de um serviço é lícita ou transmitir essa impressão quando tal não corresponda à verdade; apresentar, como característica distintiva da oferta do profissional, direitos do consumidor, previstos na lei; utilizar um conteúdo editado nos meios de comunicação social para promover um bem ou serviço tendo sido o próprio profissional a financiar essa promoção quando tal não for indicado claramente no conteúdo ou resultar de imagens ou sons que o consumidor possa identificar com clareza; fazer afirmações substancialmente inexatas relativas à natureza e à amplitude do risco para a segurança pessoal do consumidor ou da sua família se o consumidor não adquirir o bem ou assentir na prestação do serviço; promover um bem ou serviço análogo ao produzido ou oferecido por um fabricante específico de maneira a levar deliberadamente o consumidor a pensar que, embora não seja esse o caso, o bem ou serviço provém desse mesmo fabricante; criar, explorar ou promover um sistema de promoção em pirâmide em que o consumidor dá a sua

própria contribuição em troca da possibilidade de receber uma contrapartida que decorra essencialmente da entrada de outros consumidores no sistema e não da venda ou do consumo de produtos; alegar que o profissional está prestes a cessar a sua atividade ou a mudar de instalações quando tal não corresponde à verdade; alegar que o bem ou serviço pode aumentar as possibilidades de ganhar nos jogos de fortuna ou azar; alegar falsamente que o bem ou serviço é capaz de curar doenças, disfunções e malformações; transmitir informações inexatas sobre as condições de mercado ou sobre a possibilidade de encontrar o bem ou serviço com a intenção de induzir o consumidor a adquirir o bem ou a contratar a prestação do serviço em condições menos favoráveis do que as condições normais de mercado; declarar que se organiza um concurso ou uma promoção com prémio sem entregar os prémios descritos ou um equivalente razoável; descrever o bem ou serviço como grátis, gratuito, sem encargos ou equivalente se o consumidor tiver de pagar mais do que o custo indispensável para responder à prática comercial e para ir buscar o bem ou pagar pela sua entrega; incluir no material de promoção comercial fatura ou documento equiparado solicitando o pagamento, dando ao consumidor a impressão de já ter encomendado o bem ou serviço comercializado, quando tal não aconteceu; alegar falsamente ou dar a impressão de que o profissional não está a agir para fins relacionados com a sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional ou apresentar-se falsamente como consumidor; dar a impressão falsa de que o serviço pós-venda relativo ao bem ou serviço está disponível em Estado membro distinto daquele em que o bem ou serviço é vendido; fornecer resultados de pesquisa em resposta a uma consulta em linha do consumidor sem revelar claramente o pagamento de publicidade ou outro pagamento efetuado especificamente para obter uma classificação superior dos produtos nos resultados da pesquisa.

No que às omissões enganosas diz respeito, o artigo 9.º DL n.º 57/2008 estabelece que é enganosa, e portanto conduz ou é suscetível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo, a prática comercial que omite uma informação com requisitos substanciais para uma decisão negocial esclarecida do consumidor; em que o profissional oculte ou apresente de modo pouco claro, ininteligível ou tardio a informação referida na alínea anterior; em que o profissional não refere a intenção comercial da prática, se tal não se puder depreender do contexto. O n.º 4 do artigo 9.º, remetendo para uma série de diplomas fundamentais, concretiza o que são requisitos substanciais para estes efeitos. Estando

em causa uma proposta contratual ou um convite a contratar ⁽⁷²¹⁾, o artigo 10.º esclarece que são substanciais as informações relativas às características principais do bem ou serviço, na medida adequada ao meio e ao bem ou serviço; o endereço geográfico, a identidade do profissional e a sua designação comercial e, se for caso disso, o endereço geográfico, a identidade e a designação comercial do profissional por conta de quem atua; o preço, incluindo impostos e taxas, ou quando, devido à natureza do bem ou serviço, o preço não puder ser razoavelmente calculado de forma antecipada, o modo como o preço é calculado, bem como, se for caso disso, todos os custos suplementares de transporte, de expedição, de entrega e de serviços postais ou, quando estas despesas não puderem ser razoavelmente calculadas de forma antecipada, a indicação de que esses custos suplementares ficam a cargo do consumidor; as modalidades de pagamento, expedição ou execução, caso se afastem das obrigações de diligência profissional; a existência dos direitos de resolução ou de anulação, qualquer que seja a denominação utilizada, sempre que resultem da lei ou de contrato; e, para os produtos oferecidos nos mercados em linha, se o terceiro que os oferece é ou não um profissional, com base nas declarações prestadas por esse terceiro ao prestador do mercado em linha.

A proibição de ações e omissões enganosas tem sido entendida pela doutrina no sentido da salvaguarda do direito à informação dos consumidores ⁽⁷²²⁾. Na verdade, tais condutas têm sido vistas como uma forma de “aproveitamento da desigualdade informacional com o intuito de moldar a decisão do consumidor, de acordo com os interesses empresariais” ⁽⁷²³⁾, ou, de uma forma mais incisiva, tem-se considerado que, porque se omite uma informação substancial ou porque se transmite um dado falso ou enganador, a vontade negocial do consumidor não é formada de uma modo perfeitamente natural e são, já que não é exata a sua representação da realidade, ao ponto de se poder afirmar que, caso não tivesse existido a prática comercial desleal, ele teria decidido de outra forma ⁽⁷²⁴⁾.

⁽⁷²¹⁾ Sobre o convite a contratar, cf. Menezes LEITÃO, “As práticas comerciais desleais nas relações de consumo”, 428, considerando que, nos termos do artigo 3.º/i), a definição é controversa, por ser mais ampla do que aquela que é oferecida pela civilística, já que nela cabe também a proposta contratual.

⁽⁷²²⁾ Nesse sentido, cf. Sara Fernandes GARCIA, *As práticas comerciais desleais*, 66.

⁽⁷²³⁾ Sara Fernandes GARCIA, *As práticas comerciais desleais*, 67.

⁽⁷²⁴⁾ Cf., a este propósito, Sara Fernandes GARCIA, *As práticas comerciais desleais*, 64.

No tocante às práticas comerciais agressivas, já não é o engano que determina a transação, mas uma pressão que, sendo exercida no espírito do consumidor, acaba por ser fulcral para a formação da vontade daquele ⁽⁷²⁵⁾. Previstas no artigo 11.º DL n.º 57/2008, são identificadas com as práticas comerciais que, devido a assédio, coação ou influência indevida, limitem ou sejam suscetíveis de limitar significativamente a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor em relação a um bem ou serviço e, por conseguinte, conduzem ou são suscetíveis de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo. Para concretização do critério, o n.º 2 do artigo 11.º manda atender ao caso concreto e a todas as suas circunstâncias, nomeadamente, alguns aspetos como o momento, o local, a natureza e a persistência da prática comercial; o recurso a linguagem ou a comportamento ameaçadores ou injuriosos; o aproveitamento consciente pelo profissional de qualquer infortúnio ou circunstância específica que pela sua gravidade prejudique a capacidade de decisão do consumidor, com o objetivo de influenciar a decisão deste em relação ao bem ou serviço; qualquer entrave não contratual oneroso ou desproporcionado imposto pelo profissional, quando o consumidor pretenda exercer os seus direitos contratuais, incluindo a resolução do contrato, a troca do bem ou serviço ou a mudança de profissional; qualquer ameaça de exercício de uma ação judicial que não seja legalmente possível.

À semelhança do que se estabelece em matéria de ações enganosas, o artigo 12.º DL n.º 57/2008 consagra uma ampla lista de práticas consideradas agressivas em qualquer circunstância: criar a impressão de que o consumidor não pode deixar o estabelecimento sem que antes tenha sido celebrado um contrato; contactar o consumidor através de visitas ao seu domicílio, ignorando o pedido daquele para que o profissional parta ou não volte, exceto em circunstâncias e na medida em que tal se justifique para o cumprimento de obrigação contratual; fazer solicitações persistentes e não solicitadas, por telefone, fax, e-mail ou qualquer outro meio de comunicação à distância, exceto em circunstâncias e na medida em que tal se justifique para o cumprimento de obrigação contratual; obrigar o consumidor, que pretenda solicitar indemnização ao abrigo de uma apólice de seguro, a apresentar documentos que, de acordo com os critérios de razoabilidade, não possam ser considerados

(725) Sara Fernandes GARCIA, *As práticas comerciais desleais*, 65.

relevantes para estabelecer a validade do pedido, ou deixar sistematicamente sem resposta a correspondência pertinente, com o objetivo de dissuadir o consumidor do exercício dos seus direitos contratuais; incluir em anúncio publicitário uma exortação direta às crianças no sentido de comprarem ou convencerem os pais ou outros adultos a comprar-lhes os bens ou serviços anunciados; exigir o pagamento imediato ou diferido de bens e serviços ou a devolução ou a guarda de bens fornecidos pelo profissional que o consumidor não tenha solicitado, sem prejuízo do disposto no regime dos contratos celebrados à distância acerca da possibilidade de fornecer o bem ou o serviço de qualidade e preço equivalentes; informar explicitamente o consumidor de que a sua recusa em comprar o bem ou contratar a prestação do serviço põe em perigo o emprego ou a subsistência do profissional; transmitir a impressão falsa de que o consumidor já ganhou, vai ganhar ou, mediante a prática de um determinado ato, ganha um prémio ou outra vantagem quando não existe qualquer prémio ou vantagem ou quando a prática de atos para reclamar o prémio ou a vantagem implica, para o consumidor, pagar um montante em dinheiro ou incorrer num custo.

O DL n.º 57/2008 prevê, ainda, formas de reação contra as práticas comerciais desleais. Para além do regime contraordenacional previsto nos artigos 19.º e seguintes e do possível recurso à ação inibitória, o artigo 14.º estabelece que o consumidor tem direito à redução adequada do preço ou à resolução do contrato relativamente aos produtos adquiridos por efeito de uma prática comercial desleal, só se precludindo o exercício de tais direitos se tal se mostrar impossível ou se implicar uma prática abusiva do direito.

Consoante explicita Menezes LEITÃO por referência à anterior disciplina, “as práticas comerciais desleais não se caracterizam por induzir a um desequilíbrio contratual, que necessitasse de ser corrigido equitativamente, mas antes por conduzir à celebração dos contratos com base em ações ou omissões enganosas ou agressivas”, pelo que “dificilmente a modificação do contrato celebrado constituirá um remédio adequado perante a violação dos direitos dos consumidores” ⁽⁷²⁶⁾.

Do mesmo modo, se pensarmos no fundamento da proscrição das práticas comerciais desleais, poderemos ter dúvidas no tocante à solução agora pensada para as hipóteses em que elas se verificam. O problema deixa de se focar na formação do negócio, para se centrar na

⁽⁷²⁶⁾ Menezes LEITÃO, “As práticas comerciais desleais nas relações de consumo”, 444.

possível desvinculação negocial que abstrai da sua génese. Importa, por isso, tentar perceber qual a relação entre as práticas comerciais desleais e os vícios da vontade.

Mesmo para quem mostre abertura no que respeita à assimilação do âmbito de relevância de determinadas hipóteses problemáticas pelo âmbito de relevância do dolo, *v. g.* no caso de indução negligente em erro ⁽⁷²⁷⁾, não se vai tão longe como ao nível do regime das práticas comerciais desleais. São vários os pontos de clivagem.

Em primeiro lugar, a amplitude do conceito de prática comercial leva-nos, a esse nível, a considerar atos que ocorrem antes, durante ou depois da transação comercial, o que permite perceber que não está em causa unicamente o processo formativo do negócio. Em segundo lugar, se é certo que a *ratio* da disciplina aponta para a proteção da formação da vontade dos consumidores no processo de contratação, não é menos verdade que, no caso das ações enganosas, não se exige sempre que o erro a que o consumidor seja induzido recaia sobre características do bem, da contraparte ou outros elementos determinantes da vontade, e que, no caso das ações agressivas, não se vai ao ponto de requerer a ilicitude da conduta. As divergências parecem ser mais claras no que respeita à distância que separa as práticas agressivas das situações de coação e estado de necessidade. Na verdade, no que tange às práticas enganosas, havendo indução do consumidor em erro, poder-se-ia aventar a possibilidade de se aproximar o regime legal da disciplina codicística em matéria de dolo. No entanto, se pensarmos em determinadas hipóteses consagradas na lei, concluímos que o seu âmbito de relevância ultrapassa o âmbito de relevância do próprio dolo ⁽⁷²⁸⁾.

⁽⁷²⁷⁾ Cf., sobre o ponto, Mafalda Miranda BARBOSA, “O problema da indução negligente em erro — breve apontamento”, *O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade*, Instituto Jurídico, 2015, 313-356 e, *supra*, o que se disse sobre a questão, bem como as referências bibliográficas oportunamente inseridas.

⁽⁷²⁸⁾ Pense-se, por exemplo, na hipótese em que o profissional apresenta como característica distintiva da oferta direitos do consumidor, previstos na lei, ou naquéloutra em que o profissional utiliza um conteúdo editado nos meios de comunicação social para promover um bem ou serviço tendo sido o próprio profissional a financiar essa promoção quando tal não for indicado claramente no conteúdo ou resultar de imagens ou sons que o consumidor possa identificar com clareza; ou ainda naquela em que o profissional cria, explora ou promove um sistema de promoção em pirâmide em que o consumidor dá a sua própria contribuição em troca da possibilidade de receber uma contrapartida que decorra essencialmente da entrada de outros consumidores no sistema e não da venda ou do consumo de produtos.

Não obstante o que aqui fica explicitado, é inequívoco o impacto que a disciplina das práticas comerciais desleais pode ter em matéria de compreensão do negócio jurídico e do seu processo formativo. Embora o artigo 2.º/2 DL n.º 57/2008 esclareça que o regime das práticas comerciais desleais não afeta as disposições relativas à formação, validade ou efeitos dos contratos, o certo é que a proscrição de ações e omissões desleais não deixa incólumes algumas soluções.

Já antes referimos que as fronteiras do que pode vir conhecido por *dolus bonus* tendem a encolher-se em função dos deveres de informação que impedem sobre os profissionais que contratam com consumidores.

Não se esgota a este nível a influência que o regime das práticas comerciais desleais pode vir a ter no regime dos vícios da vontade. Na verdade, os autores mostram-se cada vez mais permeáveis a uma tentativa de alargamento da relevância das perturbações no processo formativo da vontade negocial, para o que não será indiferente a consideração dos contornos das referidas práticas.

A este propósito, Nuno Pinto de Oliveira refere que “o tipo coação só abrange a ameaça, esquecendo, p. ex., as condutas contrárias à boa-fé concretizadas no assédio ou na influência indevida. A diretiva 2005/29/CE, de 11 de Maio de 2005, e o DL n.º 57/2008, de 26 de Março, sobre as práticas comerciais desleais nas relações entre os profissionais e os consumidores, consagram o princípio da equiparação entre a coação, o assédio e a influência indevida (...)” e questiona se, “inexistindo uma disposição legal que expressamente determine a anulabilidade do contrato (...) os artigos 255.º e 256.º do Código Civil poderão porventura aplicar-se por analogia aos casos de assédio ou influência indevida?” ⁽⁷²⁹⁾

O problema coloca-se, como o autor reconhece, nos mesmos termos em que se equaciona a possível aplicação do regime do dolo aos casos de indução negligente em erro ⁽⁷³⁰⁾. Sobre esta questão já tivemos oportunidade de nos pronunciar *supra*.

E o que dizer da aplicação do regime da coação moral às situações de influência indevida ou assédio? Nuno Pinto de Oliveira, a

⁽⁷²⁹⁾ Nuno Pinto OLIVEIRA, “O dogma da tipicidade dos vícios da vontade e o contributo do Decreto-lei n.º 57/2008, de 26 de Março, para a sua superação”, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, vol. III, UCP, 2011, 69.

⁽⁷³⁰⁾ Nuno Pinto OLIVEIRA, “O dogma da tipicidade dos vícios da vontade”, 71.

este propósito, começa por sublinhar que se trata de casos análogos, posição que é reforçada por uma interpretação das leis em conformidade com a constituição ⁽⁷³¹⁾. Mais refere que “o artigo 11.º DL n.º 57/2008, de 26 de março, (...) consagra(...) a regra da equiparação entre a coação, o assédio, a influência indevida”, pelo que “o problema é tão-só o de averiguar se a regra da equiparação deve restringir-se ao direito do consumo ou estender-se a todo o direito privado — seja a todo o direito privado geral ou comum (ao direito civil), seja aos direitos privados especiais (designadamente, ao direito comercial e ao direito do trabalho)” ⁽⁷³²⁾. E a este problema responde no sentido de dar preferência ao segundo termo da alternativa, pelo que, em última instância, sustenta que “toda a declaração de vontade negocial determinada por uma conduta do declaratório contrária à boa-fé é — e deve ser — anulável” ⁽⁷³³⁾. Mais incisivamente, o autor aduz que “os artigos 5.º e 14.º DL n.º 57/2008, de 26 de Março, consagrando a regra da anulabilidade dos contratos determinados por uma conduta desconforme à diligência profissional que distorça ou seja suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor, devem interpretar-se como afloramentos de um princípio de direito civil” ⁽⁷³⁴⁾.

São dois os argumentos em que Nuno Pinto de Oliveira estriba o seu pensamento. Em primeiro lugar, considera que se uma declaração é determinada por uma conduta contrária à boa-fé do declaratório, o declarante tem o direito de se desvincular; tendo aquele o dever de indemnizar este, pelo que quem concluir um contrato indesejado por causa de assédio ou de influência indevida tem direito de não permanecer vinculado, através da aplicação coordenada dos artigos 227.º e 566.º CC. Nas relações entre declarante e declaratório, os efeitos da anulação aproximam-se dos efeitos da desvinculação baseada na responsabilidade pré-contratual, pelo que, embora esses efeitos sejam distintos no tocante às relações com terceiros, esta desvinculação deve entender-se como um direito à anulação ⁽⁷³⁵⁾. O autor desentranha do sistema um princípio segundo o qual a liberdade de declarante deve prevalecer sobre a segurança do declaratório e de terceiro, pelo

⁽⁷³¹⁾ Nuno Pinto OLIVEIRA, “O dogma da tipicidade”, 72.

⁽⁷³²⁾ Nuno Pinto OLIVEIRA, “O dogma da tipicidade”, 73.

⁽⁷³³⁾ Nuno Pinto OLIVEIRA, “O dogma da tipicidade”, 74.

⁽⁷³⁴⁾ Nuno Pinto OLIVEIRA, “O dogma da tipicidade”, 75.

⁽⁷³⁵⁾ Nuno Pinto OLIVEIRA, “O dogma da tipicidade”, 75.

que, existindo uma perturbação grave da possibilidade de autodeterminação, o princípio em causa deve aplicar-se ⁽⁷³⁶⁾.

Não cremos que os argumentos do autor procedam. Dos artigos 251.º-252.º, 253.º-254.º e 255.º-256.º não resulta um princípio da supremacia da liberdade de vontade do declarante em confronto com a segurança do declaratório. Pelo contrário, o que resulta inequívoco do modelo desenhado pelo Código Civil é a tentativa de contrabalançar, atentas as especificidades de cada situação, a vontade e a confiança. É claro que, nos casos em que o declaratório atua de forma contrária à boa-fé, porque a confiança de que se cura é uma confiança normativizada, ela deixa de ser digna de tutela. Só isso nos permitiu sustentar a posição sufragada em sede de indução negligente em erro. Na verdade, a falta de fundamento para a tutela da confiança do indutor em erro leva a que, mesmo sem que haja intenção, seja possível assimilar o âmbito de relevância problemática do caso pelo âmbito de relevância problemática do dolo. Mas, o que resulta do que ficou dito é que não basta a ausência de boa-fé, e, portanto, de razões para a tutela da confiança, para que a vontade do declarante deva conduzir à desvinculação contratual por via do regime dos vícios da vontade. Exige-se, ao invés, que a essa falta de boa-fé se associe uma similitude bastante em termos problemáticos e judicativos entre os dois âmbitos problemáticos.

Assim sendo, só faria sentido mobilizar as regras relativas às práticas comerciais desleais fora de uma relação de consumo se as situações que elas previssessem (e que se verificassem em concreto) pudessem apresentar uma similitude bastante com alguma ou algumas das hipóteses de vícios da vontade. No que à influência indevida ou ao assédio diz respeito, haveria que, em primeiro lugar, determinar se se verificaria a analogia problemática com os casos de coação moral. E as dúvidas a este respeito eram enormes.

Com efeito, a coação apenas releva enquanto vício na formação da vontade porque o sujeito vê a sua liberdade coartada em função de uma ameaça que lhe é dirigida. É também essa limitação da liberdade que se encontra na *ratio* da previsão do artigo 11.º DL n.º 57/2008. Simplesmente, em nenhuma das situações consignadas como práticas agressivas em qualquer circunstância se poderá dizer que, estando frente a frente dois não profissionais, haverá condicionamento da vontade do declarante. Em qualquer delas, o condicionamento resulta, exatamente,

⁽⁷³⁶⁾ Nuno Pinto OLIVEIRA, “O dogma da tipicidade”, 75.

da desproporção de forças entre os contraentes, que não se verifica fora de uma relação de consumo. Só nessa hipótese se justifica que se ofereça para a um caso não previsto no artigo 255.º CC a solução que ele dispensa para as hipóteses que tipifica.

Também o primeiro argumento avançado pelo autor não parecia colher, tendo em conta — para lá de eventuais similitudes nos efeitos gerados — o diverso fundamento para a desvinculação negocial numa situação e noutra.

A solução não resultava, portanto, de um princípio geral consagrado pelo DL n.º 57/2008, mas de um normal exercício judicativo. Perguntava-se, no entanto, se o disposto no regime previsto no diploma não podia, de algum modo, funcionar como um auxiliar do julgador na fundamentação da sua decisão judicativa. O que dele se retirava era que, havendo um desequilíbrio de forças entre os contraentes, a simples influência indevida ou o assédio podiam ter consequências análogas ao nível da vontade do que uma ameaça ilícita. Mas só nessas situações pontuais (e não noutras) se aceitava como viável a extensão teleológica. Dito de outro modo, exigia-se que a limitação da liberdade de escolha do declarante fosse significativa e, fora das complexas estruturas produtivas ou do exercício profissional de um sujeito, dificilmente ela ocorreria. No fundo, do que se tratava era de determinar — em face do artigo 255.º CC — quando é que estaríamos diante de uma situação assimilável pelo conceito de ameaça ilícita; ou, ao invés, em face do DL n.º 57/2008, quando é que a relação de desproporção de forças entre os contraentes — mesmo que de uma relação de consumo não se trate — viabilizaria a extensão teleológica do regime. O que não se poderia concluir era que o citado diploma consagrava um princípio geral que suplantava o regime dos vícios da vontade previsto no Código Civil.

Porém, era inequívoco o impacto que o DL n.º 57/2008 poderia ter a este ensejo. Na verdade, chamando a atenção para a não estancuidade de situações, dotava o intérprete de instrumentos preciosos para lidar com situações que poderiam não ter cabimento num entendimento estrito dos vícios da vontade. No fundo, os valores em ponderação acabavam por não ser muito diversos: em ambos os modelos, estava em causa a liberdade do declarante e a existência ou inexistência de razões para a tutela da confiança da contraparte.

Com as alterações introduzidas pelo DL n.º 109-G/2021, de 10/12, o legislador afastou-se da conformação do problema à luz da consideração das perturbações formativas do negócio jurídico. A consequência da verificação de uma prática comercial desleal já não é a

invalidade do negócio, mas a resolução do contrato, o que parece significar que este se formou de modo válido, cabendo ao consumidor fazer cessar os seus efeitos.

Sendo esta a solução que decorre imediatamente da lei, o artigo 2.º/2 salvaguarda que o “presente decreto-lei não afeta as disposições relativas à formação, validade ou efeitos dos contratos”. Significa isto que, em algumas situações, pode ser possível assimilar o caso que envolve uma prática comercial desleal pela intencionalidade problemática de uma hipótese conformadora de um vício da vontade, determinando a anulabilidade do contrato. E mesmo naquelas situações em que a assimilação não opere por concretização, a solução não é, desde que a adaptação ou a correção sejam, em termos metodológicos, possíveis, totalmente de afastar, pressupondo-se, contudo, nestas hipóteses que a desproporção de forças que caracteriza as práticas em questão esteja presente para se justificar a analogia. Os termos do problema jogam-se, aqui, ao nível da teoria do negócio jurídico.

Recorde-se que as práticas comerciais desleais são as que distorcem ou são suscetíveis de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do destinatário ou que o afetem relativamente a um certo bem e serviço; as práticas comerciais enganosas são as que contêm informações falsas ou que, sendo factualmente corretas, por qualquer razão induzem o consumidor em erro relativamente a um ou mais elementos e conduz ou é suscetível de conduzi-lo a tomar uma decisão negocial que de outro modo não teria tomado; e as práticas comerciais agressivas as que, devido a assédio, coação ou influência indevida, limitem ou sejam suscetíveis de limitar significativamente a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor em relação a um bem ou serviço e, por conseguinte, conduzem ou são suscetíveis de conduzir o consumidor a tomar uma decisão negocial que não teria tomado de outro modo.

O que está em causa, no regime legal, é a tentativa de salvaguarda da liberdade de vontade do consumidor e, como tal, de uma dimensão de vontade que é tutelada ao nível da disciplina dos vícios da vontade. As hipóteses relevantes no âmbito do DL n.º 57/2008 são, porém, mais amplas do que aquelas que resultariam das regras previstas no Código Civil, pelo que, do ponto de vista prático-normativo, não serão todos os casos aqueles que poderão redundar numa invalidade negocial. O que se questiona é se, nas restantes hipóteses, estando em causa uma limitação da liberdade do consumidor, que se verifica *ab initio*, desde o momento da celebração do contrato, faz sentido consagrar como remédio a resolução do contrato. Sendo

certo que o legislador nacional se vê impelido à solução agora consagrada por força do legislador europeu, restam muitas dúvidas sobre se esta é, efetivamente, a melhor opção.

7.5. Estado de necessidade

7.5.1. Noção e requisitos de relevância

Tradicionalmente, a doutrina integra entre os vícios da vontade o estado de necessidade. Embora o legislador não tenha consagrado a figura na secção relativa à falta e vícios da vontade, os autores recorrem ao artigo 282.º para resolver as situações em que o sujeito celebra um negócio jurídico por força da necessidade de remover um perigo existente, verificando-se que a sua contraparte explora essa situação e consegue a partir dela benefícios excessivos ou injustificados ⁽⁷³⁷⁾.

Mota Pinto define o estado de necessidade como a “situação de receio ou temor gerada por um grave perigo que determina o necessitado a celebrar um negócio para superar o perigo em que se encontra” ⁽⁷³⁸⁾.

A noção suscita-nos, contudo, algumas reflexões. Em primeiro lugar, no âmbito de relevância do artigo 282.º CC cabem não só as situações de necessidade, como também de inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter de outrem, donde o estado de necessidade aparece como uma categoria mais restrita do que a usura, embora nela se integre ⁽⁷³⁹⁾. Pense-se na hipótese em que o motorista de um táxi cobra uma quantia exagerada ao seu cliente, por este lhe dizer que necessitava desesperadamente de chegar a horas

⁽⁷³⁷⁾ Cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 534 s. V., porém, A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 499, considerando que os negócios usurários correspondem a um instituto autónomo, não podendo ser reconduzidos aos vícios na formação da vontade. Para o autor, a tónica da usura é objetiva (o desequilíbrio) e não subjetiva (a vontade mal formada ou mal exteriorizada). Com o devido respeito, cremos que os negócios ditos usurários são integrados não só pela dimensão objetiva frisada pelo autor, como pela dimensão subjetiva, comum a todos os vícios da vontade. É que o desequilíbrio prestacional só é possível porque o declarante se encontrava numa situação de necessidade e, por isso, com a sua vontade limitada, optando por celebrar o negócio que de outro modo não celebraria.

⁽⁷³⁸⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 534.

⁽⁷³⁹⁾ Para a consideração da evolução do instituto da usura, cf. Pedro EIRÓ, *Do Negócio Usurário*, Coimbra, 1990, 11 s.; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 494 s.; João António Pinto MONTEIRO, *Esforços e Sacrifícios Exigíveis no Cumprimento Contratual*, Coimbra, 2015, 167 s.

à faculdade, onde iria realizar um exame fundamental para a sua vida ⁽⁷⁴⁰⁾. Ou na hipótese de exploração de uma situação de debilidade mental de um sujeito.

Em segundo lugar, não basta, para caracterizar o estado de necessidade, que se verifique o receio ou o temor gerado por um grave perigo a determinar a necessidade de celebração do negócio apto a removê-lo. É imperioso que haja o aproveitamento dessa situação de necessidade e que dele resultem benefícios excessivos e injustificados.

Parece-nos, por isso, ter razão Pedro Pais de Vasconcelos, quando ensina que “o estado de necessidade, só por si, não tem relevância autónoma em matéria de vícios da vontade. O constrangimento da parte que age de certo modo com o fim de remover o perigo atual de um dano só vicia o negócio se houver usura” ⁽⁷⁴¹⁾. Ou seja, não basta uma afetação ou limitação da vontade do sujeito, que contamina o processo negocial, exigindo-se a exploração da situação e a obtenção de benefícios injustificados por parte do outro contraente. Na expressão impressiva de Pais de Vasconcelos, “a usura, como vício complexo que é, afeta o negócio numa dupla dimensão: enquanto ato que põe em vigor uma relação privada e enquanto regulação posta em vigor pelo ato. Por isso, a usura é vício da vontade e vício do conteúdo. É vício da vontade enquanto o discernimento e a liberdade de decisão da vítima da usura estão diminuídos. Mas isso não é suficiente: é necessário que haja um aproveitamento consciente e reprovável da situação de inferioridade da vítima e ainda que o negócio assim celebrado esteja desequilibrado injustificadamente” ⁽⁷⁴²⁾.

Compreendido o que ficou dito, estamos em condições de autonomizar os requisitos de relevância do “estado de necessidade” (usura): *a)* a existência de uma situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de caráter; *b)* a exploração dessa situação de necessidade; *c)* a obtenção de benefícios excessivos ou injustificados.

Impõe-se que exista uma situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de caráter. Na explicitação de Menezes Cordeiro, “temos situações exteriores que

⁽⁷⁴⁰⁾ Veja-se, porém, C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 536, sublinhando que o estado de necessidade surge ao lado de outras situações.

⁽⁷⁴¹⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 517.

⁽⁷⁴²⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 517. A nota de consciência não é unânime na doutrina. Sobre ela, teremos *infra* alguns esclarecimentos.

podem atingir qualquer um (a necessidade ou a dependência), situações de formação incompleta (a inexperiência) ou deficiente (a ligeireza) e situações de fundo, sejam elas transitórias (estado mental) ou permanentes (fraqueza de carácter)” ⁽⁷⁴³⁾. Ponto é que este elenco deve ser compreendido como suficientemente aberto ⁽⁷⁴⁴⁾, de modo a abarcar todas as hipóteses que mantenham com esta enumeração uma analogia bastante.

A este propósito, João António Pinto Monteiro esclarece que a situação de necessidade se traduz num “perigo que o declarante legitimamente considera ameaçar a satisfação, por si, de um interesse seu de importância incontornável” ⁽⁷⁴⁵⁾. É neste ensejo que se questiona se o perigo deve dizer respeito a aspetos pessoais do declarante ou se se poderá reportar a outros interesses conexonados com a sua esfera jurídica, embora não lhe pertençam exclusivamente ⁽⁷⁴⁶⁾. A esta interrogação João António Pinto Monteiro responde recusando uma conceção restritiva, que limite a consideração da usura às hipóteses em que são postos em perigo os interesses estritamente pessoais do declarante. Nas suas palavras, “a doença grave um familiar próximo, de um amigo particularmente caro, de um animal de companhia do qual se depende (por exemplo, um cão treinado para auxiliar invisuais), ou pelo qual se tem uma estima comparável aquela que se tem por familiares e amigos próximos, bem como o potencial perecimento de coisas com extraordinário valor sentimental (por exemplo, cartas de amor ou o diário de um familiar muito caro, já falecido)” ⁽⁷⁴⁷⁾ podem ser suficientes para configurar uma situação de necessidade relevante a este nível.

O posicionamento não é acolhido sem dúvidas pela doutrina. Filipe Albuquerque Matos sustenta, a este propósito, que é duvidosa a inserção das situações que afetem animais de estimação no âmbito de relevância do artigo 282.º CC ⁽⁷⁴⁸⁾. Não cremos, porém, que o

⁽⁷⁴³⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 498.

⁽⁷⁴⁴⁾ Menezes Cordeiro fala de uma natureza não taxativa — A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 498.

⁽⁷⁴⁵⁾ João António Pinto MONTEIRO, *Esforços e Sacrifícios Exigíveis no Cumprimento Contratual*, 193.

⁽⁷⁴⁶⁾ Sobre esta questão, veja-se, também, Filipe Albuquerque MATOS/Mafalda Miranda BARBOSA, *O novo estatuto jurídico dos animais*, Gestlegal, 2017, 151 s.

⁽⁷⁴⁷⁾ João António Pinto MONTEIRO, *Esforços e Sacrifícios Exigíveis no Cumprimento Contratual*, 194.

⁽⁷⁴⁸⁾ A posição do autor foi assumida em Filipe Albuquerque MATOS/Mafalda Miranda BARBOSA, *O novo estatuto jurídico dos animais*, 151 s. Trata-se de uma

autor tenha razão. Enquanto Filipe Albuquerque Matos considera que só a defesa de uma concepção mais restritiva quanto à delimitação do elemento subjetivo da necessidade poderá garantir uma tutela mais efetiva e desejável do valor da liberdade contratual, consideramos que, no âmbito de relevância do artigo 282.º CC, se hão-de integrar, também, as situações em que um familiar ou um amigo próximo se encontram em perigo. Para justificar a posição, haveremos de ter em conta não só a ideia de pessoa (diferente do indivíduo), já que para quem assuma a sua pessoalidade na relação com o outro é impossível ficar indiferente ao perigo que atinge um *outro eu* (um *tu*) que seja próximo do declarante, como também a ideia de que na base da previsão normativa está, igualmente, a proscrição das hipóteses condicionantes da vontade na formação do negócio. No mais, se os puros interesses patrimoniais do declarante são aqui tutelados e se, por analogia com o artigo 255.º CC, não se deve considerar que o perigo que determina a situação de necessidade seja objetivamente grave (até porque, no caso da coação moral, essa gravidade só é exigida quando a coação provenha de terceiro), bastando que as circunstâncias sejam tais que fragilizem o sujeito e ameacem um interesse seu que, subjetivamente, se repute de importante, então não cremos que haja razões para afastar uma concepção mais ampla da necessidade de que se cura ⁽⁷⁴⁹⁾.

Não basta que se verifique uma destas situações integrantes da previsão do artigo 282.º CC. Fundamental é, como ficou dito, que haja exploração dela. A dúvida que se coloca, quanto a este requisito, é

obra que com ele publicámos em coautoria. Contudo, conforme foi aí devidamente explicitado, nem todas as posições são absolutamente coincidentes. Este é um ponto em que havia dissídio entre nós e o autor. Demos conta disso mesmo em Filipe Albuquerque MATOS/Mafalda Miranda BARBOSA, *O novo estatuto jurídico dos animais*, 153, n. 211.

⁽⁷⁴⁹⁾ Não se trata, porém, de defender uma posição que nos encaminhe para uma valorização desmedida dos animais, dando-lhes uma dignidade que não possuem. Importa, também, a este propósito sublinhar que a importância dos interesses afetados é subjetivamente considerada, na medida em que ela determina uma diminuição da vontade e é explorada por outro sujeito. Se não se exigisse este aproveitamento alheio poder-se-ia ponderar a opção por uma posição objetivista na caracterização da situação de necessidade. O requisito que com ela se articula — formando um sistema móvel — dispensa-nos de tal preocupação. Sobre a configuração do sistema móvel a este propósito, cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 499. Diz-nos o autor que “quando a lesão seja muito grande, a exploração e a fraqueza do prejudicado poderão estar menos caracterizadas.

saber se esta exploração de que se fala implica um aproveitamento consciente ou se se basta com um aproveitamento objetivo ⁽⁷⁵⁰⁾. Menezes Cordeiro aponta para a nota de objetividade ⁽⁷⁵¹⁾. Pais de Vasconcelos depõe em sentido contrário ⁽⁷⁵²⁾.

Não cremos que o argumento histórico-literal da supressão do adjetivo consciente do texto da lei possa ser determinante. Ao invés, pensamos que a solução para a questão que se coloca passa pela consideração da *ratio* da previsão normativa. Ora, embora o “estado de necessidade” não opere isoladamente, implicando, para ser relevante, que haja a exploração dessa situação de carência, importa ter presente que a disciplina que estamos a acompanhar se articula entre os dois vetores enunciados. Ou seja, há uma nota de reprovabilidade que é dirigida a quem se aproveita da situação alheia; mas há também uma atenção do ordenamento jurídico para o condicionamento volitivo em que se encontra o declarante. Posto isto, não nos choca que a exploração possa ser inconsciente. Contudo, a noção de exploração parece inculcar a ideia de voluntariedade do sujeito.

Por último, e consoante esclarece Mota Pinto ⁽⁷⁵³⁾, os benefícios excessivos ou injustificados implicam que haja “uma desproporção clara entre as prestações”, de tal modo que “só haverá benefícios excessivos ou injustificados quando, segundo todas as circunstâncias, a desproporção ultrapassa os limites do que pode ter alguma justificação”. E adianta que “o critério do dobro do valor será um limiar a partir de cuja ultrapassagem se deve averiguar a existência das demais circunstâncias objetivas e requisitos subjetivos da usura” ⁽⁷⁵⁴⁾. O mesmo critério é avançado por Menezes Cordeiro ⁽⁷⁵⁵⁾, que nos diz que “a lesão *ultra dimidium* — portanto equivalente a mais de metade do valor em jogo é (...) sempre excessiva. Uma lesão que se comporte dentro do equivalente à taxa máxima de juros nunca será excessiva. Entre esses limites, o intérprete-aplicador decidirá” ⁽⁷⁵⁶⁾.

E quando a dependência do prejudicado seja escandalosa — por exemplo — não será de exigir um tão grande desequilíbrio”.

⁽⁷⁵⁰⁾ Colocando a questão, A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 497 s.

⁽⁷⁵¹⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 498.

⁽⁷⁵²⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 517.

⁽⁷⁵³⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 536.

⁽⁷⁵⁴⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 537.

⁽⁷⁵⁵⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 499.

⁽⁷⁵⁶⁾ Veja-se, porém, no tocante aos juros usurários os artigos 1146.º e 559.º-A CC.

Um problema particularmente interessante prende-se com a possibilidade de aplicação do regime dos negócios usurários aos testamentos. A questão resulta não tanto da falta de previsão expressa por parte do legislador, mas sobretudo pela dificuldade de transposição do último requisito que considerámos: os benefícios excessivos ou injustificados, uma vez que o testamento visa gerar benefícios.

A este propósito o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Junho de 2016 (Proc. n.º 1579/14.5TBVNG.P1.S1) ⁽⁷⁵⁷⁾ refere que “embora a usura não possa, por definição, existir sem um elemento objetivo, a sua aplicação ao testamento apenas poderá afirmar-se em circunstâncias muito excepcionais em que esse negócio jurídico se insira num contexto mais alargado, no qual a factualidade provada imponha uma diferente valoração, associada ao recurso à conceção de “sistema móvel”, considerando-se que, se for particularmente intensa a prova de factos que revelam um dos pressupostos do artigo 282.º, n.º 1, do CC, será aceitável um menor grau de exigência na verificação de um outro pressuposto”, admitindo, assim, uma resposta afirmativa à questão formulada. Cremos que com razão. Não só a perspetiva do sistema móvel é de aplaudir, como, em rigor, o facto de o testamento criar um benefício não significa que, no contexto da celebração daquele negócio, ele não crie um benefício que, de outro modo, jamais seria gerado em favor de um sujeito determinado.

7.5.2. Regime

Verificados todos os requisitos de relevância do estado de necessidade, a consequência é a anulabilidade do negócio jurídico, de acordo com o artigo 282.º CC. Pode arguir a anulabilidade o sujeito que se encontrava na situação de necessidade, no prazo de um ano a contar do termo da mesma, ou, sem dependência do prazo, enquanto o negócio não estiver cumprido. Porém, se o negócio usurário constituir crime, o prazo para a arguição do direito de anulação não termina enquanto o crime não prescrever, de acordo com o artigo 284.º CC, e, se a responsabilidade criminal se extinguir por causa diferente da prescrição ou no juízo penal for proferida sentença que transite em julgado, aquele prazo conta-se da data da extinção da responsabilidade ou da data em que a sentença transitou em julgado, salvo se

⁽⁷⁵⁷⁾ Relatora Maria da Graça Trigo

houver de contar-se a partir de momento posterior, por força do disposto no artigo 287.º/1 CC.

Pode, contudo, haver lugar à modificação do contrato, segundo juízos de equidade, a requerimento do lesado, nos termos do artigo 283.º/1 CC. Pode ainda haver lugar à modificação se, uma vez requerida a anulação, a contraparte se opuser ao pedido, declarando aceitar essa modificação. A solução é ditada pelo n.º 2 do artigo 283.º CC.

7.5.3. A usura e a ofensa dos bons costumes

Menezes Cordeiro distingue o negócio usurário da violação dos bons costumes ⁽⁷⁵⁸⁾: “o vício da usura é intrínseco (desequilíbrio injustificado das prestações) e não extrínseco (contrariedade a um corpo exterior de regras)”. Admite, porém, o autor que algumas hipóteses problemáticas podem ser simultaneamente assimiladas quer pelo âmbito de relevância da usura, quer pelo âmbito de relevância da norma que sanciona a violação dos bons costumes.

No polo oposto, Pais de Vasconcelos aduz que “o negócio usurário, além de sofrer de um defeito de formação, sofre de um defeito de conteúdo e colide ainda com os bons costumes” ⁽⁷⁵⁹⁾.

Por seu turno, Mota Pinto admite que haverá contrariedade aos bons costumes, quando a pessoa que explora a situação de necessidade tinha o dever (legal ou moral) de auxílio. É neste caso que o autor fala de contrariedade aos bons costumes, suscetível de gerar a nulidade do negócio, nos termos do artigo 280.º CC.

7.6. Incapacidade acidental

De acordo com o artigo 257.º/1 CC, “a declaração negocial feita por quem, devido a qualquer causa, se encontrava acidentalmente incapacitado de entender o sentido dela ou não tinha o livre exercício da sua vontade é anulável, desde que o facto seja notório ou conhecido do declaratário” ⁽⁷⁶⁰⁾.

⁽⁷⁵⁸⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 499.

⁽⁷⁵⁹⁾ Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 517.

⁽⁷⁶⁰⁾ Sobre a incapacidade acidental, cf., *inter alia*, C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 538; Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 581 s.; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 798 s.; H. E. HÖRSTER, *A parte geral*, 346 s.

O preceito oferece-nos todos os requisitos de relevância da incapacidade accidental.

Em primeiro lugar, é necessário que a pessoa se encontrasse acidentalmente incapacitada e que isso se tenha repercutido no entendimento e na vontade do declarante. Ou seja, não se exige que a incapacidade fosse duradoura ou permanente, nem se restringem as causas relevantes dessa incapacidade ⁽⁷⁶¹⁾. O que a norma impõe é que, no momento da celebração do negócio, a pessoa se encontrasse diminuída nas suas capacidades intelectuais ou volitivas: no momento da prática do ato (momento em que a declaração negocial foi emitida), o declarante deveria mostrar-se incapaz de entender o alcance do seu ato e/ou de determinar a sua vontade de acordo com um pré-entendimento que tivesse ⁽⁷⁶²⁾.

Em segundo lugar, impõe-se que o declaratário conhecesse o facto, ou seja, as circunstâncias que fundam a incapacidade accidental, ou que este fosse notório. De acordo com o artigo 257.º/2 CC, o facto é notório, quando um homem de comum diligência o teria podido notar ⁽⁷⁶³⁾.

⁽⁷⁶¹⁾ A este propósito, Menezes Cordeiro sublinha que pode ser qualquer causa: “a lei não distingue; podem-se elencar factos patológicos extrínsecos, com a embriaguez ou o efeito de psicotrópicos ou de estupefacientes, factos patológicos intrínsecos, como uma doença súbita dos foros psicológico ou psiquiátrico, um delírio febril, um estado de pânico ou de trauma e factos não patológicos, como a hipnose, o sonambulismo, o cansaço extremo, a euforia perante um acontecimento fasto ou um acesso de ira ou estado *ab irato*” — A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 802.

Veja-se, igualmente, o § 105 (2) BGB, nos termos do qual «é inválida a declaração de vontade feita em estado de inconsciência ou distúrbio mental temporário».

⁽⁷⁶²⁾ Na formulação de Menezes Cordeiro, “a causa acidentalmente incapacitante atinge a capacidade intelectual da pessoa; podemos distinguir a percepção (o agente não atentou no idioma usado ou não foi capaz de o ouvir ou de ler), o raciocínio (o agente percecionou a matéria, mas não foi capaz de a posicionar no tempo, no espaço ou na escala valorativa ou de a relacionar com outros dados, de modo a formular um juízo capaz) e a comunicação (o agente ficou bloqueado, quanto a emitir uma declaração coerente ou consonante com os demais elementos)” — A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 802-803; ou impede-a de exercer livremente a sua vontade (“a causa afetou a autonomia do declarante, impelindo-o seja a decidir mecanicamente, seja a proceder de modo aleatório” — A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 803).

⁽⁷⁶³⁾ Cf., a este propósito, o Ac. STJ 11-12-2018, Proc. n.º 342/15.0T8VPA.G1.S1, relator Pinto de Almeida, considerando que são anuláveis, por incapacidade accidental, as declarações que constam de documento autêntico quando o declarante delira, referindo factos desconexos com a realidade, exteriorizando sinais de tal estado; o Ac. STJ 19-1-2016, Proc. n.º 893/05.5TBPCV.C1.S1, relator Fonseca Ramos, que, a

Esta nota é particularmente importante para se lidar com hipóteses como as que envolvem dois sujeitos que se encontravam, em simultâneo, acidentalmente incapacitados.

8. ALTERAÇÃO SUPERVENIENTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS

O problema da alteração superveniente das circunstâncias é habitualmente tratado a propósito do conteúdo do negócio jurídico, dos elementos acidentais dele ⁽⁷⁶⁴⁾, ou em articulação (disjuntiva) com o problema da impossibilidade. Cremos, porém, que a necessária chamada à colação da *pressuposição* no confronto com o erro-vício justifica que se antecipe o tratamento da questão para este momento dialógico. Retomaremos, assim, algumas das considerações anteriormente expendidas, procurando, dentro do que se justifica ao nível da Teoria Geral do Direito Civil, desenvolver alguns pontos.

O problema da alteração superveniente das circunstâncias coloca-se sempre que as circunstâncias pressupostas no momento da celebração do contrato se alterem de modo significativo, não tendo sido aquela alteração tida em conta pelo declarante ⁽⁷⁶⁵⁾. Do ponto de

propósito da anulação de um testamento por incapacidade acidental, segundo o artigo 2199.º CC, no âmbito do qual se prescinde do requisito subjetivo considerado em texto, explica a razão de ser do mesmo no quadro do regime geral da incapacidade acidental («A incapacidade acidental, a que se refere o artigo 2199.º do Código Civil, afetando a vontade do testador, constitui vício volitivo que determina a anulabilidade do ato; o normativo quer proteger o testador, o seu ato de vontade unilateral, ao passo que o artigo 257.º do Código Civil, que também versa sobre a incapacidade acidental, mas em atos contratuais e tem o seu campo de aplicação nos negócios jurídicos bilaterais, visa proteger, sobretudo, o declaratório desde logo exigindo como requisito de anulabilidade da declaração que o facto determinante da incapacitação acidental de entender o sentido da declaração de vontade seja notório, ou conhecido do declaratório. No artigo 2199.º do Código Civil, prescinde-se dos requisitos notoriedade ou cognoscibilidade do vício que afeta a vontade do declarante, desde logo, por se tratar de um ato unilateral, um negócio jurídico não recíproco, que não carece de aceitação para produzir os seus efeitos»).

⁽⁷⁶⁴⁾ Cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 605 s. A justificação expositiva estaria no facto de a pressuposição ser entendida como uma condição não desenvolvida. Porém, por não nos parecer ser esse o melhor posicionamento para solucionar o problema, cremos não ser suficientemente forte o argumento, levando-nos a alterar a sistematização da exposição.

⁽⁷⁶⁵⁾ Sobre o ponto, veja-se, *inter alia*, Menezes CORDEIRO, *Da boa fé*, 903 s.; ID., “Da alteração das circunstâncias”, separata dos *Estudos em memória do Prof.*

vista prático, percebe-se que, mediando, em muitos casos, um hiato temporal entre a celebração do negócio e o cumprimento dele, o estado de coisas existente e pressuposto no primeiro momento possa modificar-se. Não será, contudo, qualquer alteração a relevar. Como adianta — e como nós já tínhamos referido — Menezes Cordeiro ⁽⁷⁶⁶⁾, a autonomia privada implica riscos e “anda com a responsabilidade sempre ao seu lado”, pelo que os critérios de relevância da alteração das circunstâncias — a responderem ao facto de o contrato poder ser, depois de modificada de forma imprevista e radical a realidade envolvente, já outro — deverão representar, de algum modo, um compromisso com a estabilidade, a proteção da confiança”, já que “não se poderá (...) determinar uma correspondência do conteúdo contratual a todas as flutuações das circunstâncias cuja previsão levou ao negócio” ⁽⁷⁶⁷⁾.

São, portanto, três os vetores que não podem deixar de ser tidos em conta a este propósito. Por um lado, a autonomia privada em que assenta o negócio jurídico, já que, alterando-se radicalmente o contexto sócio económico, o negócio que existe no presente pode ser já outro, podendo não corresponder ao exercício daquela; por outro

Doutor Paulo Cunha, Lisboa, 1987; Vaz SERRA, “Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 68, 1957, 293 s.; A. Pinto MONTEIRO, *Erro e vinculação negocial (a propósito da aplicação do bem a fim diferente do declarado)* Coimbra: Almedina, 2002; A. Pinto MONTEIRO/Júlio GOMES, “A *hardship clause* e o problema da alteração das circunstâncias (breve apontamento)”, *Juris et de Jure — Nos 20 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica — Porto*, UCP, 1998, 17 s.; C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do direito civil*, 605 s.; M. Carneiro da FRADA, “Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias”, *Forjar o Direito*, Coimbra, Almedina, 2015, 56 s.; Paulo Mota PINTO, “O contrato como instrumento de gestão do risco de alteração das circunstâncias”, *O Contrato na Gestão do Risco e na Garantia da Equidade*, Instituto Jurídico, FDUC, 2015, 71 s.; Diogo Pereira DUARTE, *A Resolução ou Modificação do Contrato por Alteração das Circunstâncias*, 2014; J. de Oliveira ASCENSÃO, *Alteração das Circunstâncias e Justiça Contratual no Novo Código Civil*, www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-alteracao-das-circunstancias-e-justica-contratual-no-novo-codigo-civil.pdf; J. de Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, 200 s.; Tiago Sousa FREITAS, «Resolução do contrato de *swap* de taxa de juro — anotação jurisprudencial», *O Direito*, 146/2, 2014, 530 s.; Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 132.

⁽⁷⁶⁶⁾ Menezes CORDEIRO, *Da boa fé*, 1092.

⁽⁷⁶⁷⁾ Cf. Mota PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 607.

lado, os contratos devem ser compreendidos como um elemento de gestão do risco. *In fine*, não deixará de ser tida em conta a confiança digna de tutela e os valores de segurança do comércio jurídico. Conforme explicita Mota Pinto, “a tutela das expectativas e a proteção da confiança exigem que se assegure o cumprimento do que tiver sido previamente acordado; esse cumprimento impõe-se, aliás, não só de uma perspectiva utilitarista, mas também porque a assunção de um risco corresponde a uma manifestação de autonomia, de uma forma emancipada e autorresponsável de condução da própria vida” ⁽⁷⁶⁸⁾.

Tal determina, em primeiro lugar, que não possa ser qualquer alteração a justificar o termo da produção de efeitos do contrato ou a sua modificação, soluções a que somos, no ordenamento jurídico português, conduzidos pelo artigo 437.º CC, em face da não verificação da pressuposição. Por outro lado, leva-nos a recusar soluções extremas, assentes quer na fidelidade à cláusula *rebus sic stantibus*, que, estando inerente a qualquer contrato, levaria a relevar qualquer alteração de circunstâncias, ainda que de diminuta importância e previsível, quer na fidelidade à ideia de *pacta sunt servanda*, segundo a qual os contratos devem ser pontualmente cumpridos ⁽⁷⁶⁹⁾.

Nessa medida, descontadas as hipóteses em que as partes resolveram o problema, apondo uma cláusula no contrato para o solucionar — cláusulas de *hardship* ⁽⁷⁷⁰⁾, é com base nos vetores anunciados que deveremos encontrar o critério de decisão sempre que exista uma alteração superveniente das circunstâncias.

Em homenagem ao equilíbrio que se busca, o artigo 437.º CC estabelece como pressupostos para a resolução ou modificação do contrato com base na alteração superveniente das circunstâncias que se verifique uma *alteração anormal das circunstâncias* em que as partes fundaram a decisão de contratar e que se constate que a *manutenção do contrato afetaria gravemente os princípios da boa fé*, não estando abrangida pela *álea própria do negócio*.

De acordo com Menezes Cordeiro, “a locução [do artigo 437.º], através de Vaz Serra, situa-se na área de Oertmann, tendo um laivo subjetivo no seu teor. Sabe-se hoje que esta via não procede. A alteração

⁽⁷⁶⁸⁾ Cf. Mota PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 607.

⁽⁷⁶⁹⁾ Sobre o ponto, v. Mota PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 606, n. 821.

⁽⁷⁷⁰⁾ A. Pinto MONTEIRO/Júlio GOMES, “A *hardship clause* e o problema da alteração das circunstâncias (breve apontamento)”, 17 s.

diz respeito ao circunstancialismo que rodeia o contrato, objetivamente tomado, desde que se lhe reporte. A fórmula legal é, no entanto, útil, por deixar claro que não se trata de superveniência a nível das aspirações subjetivas extracontratuais de uma parte; deve haver uma afetação do próprio contrato enquanto tal, e, nessa medida, ambos os celebrantes estão implicados” ⁽⁷⁷¹⁾. A interpretação do autor não colhe unanimidade. A este propósito, Mota Pinto entende que parece não se acolher, no citado preceito, quer a doutrina da pressuposição de Windscheid, que levaria à “revogação do negócio sempre que a pressuposição [entendida como uma condição não desenvolvida] fosse reconhecível para a outra parte”, quer a doutrina da base negocial na versão de Oertmann ⁽⁷⁷²⁾, segundo a qual, a eficácia dos negócios está ligada à subsistência da sua base, entendendo-se por base negocial as representações de uma das partes sobre a existência de certas circunstâncias consideradas como basilares, desde que a outra parte as reconheça como importantes, sem as contradizer ⁽⁷⁷³⁾.

⁽⁷⁷¹⁾ Menezes CORDEIRO, *Da boa fé*, 1106. Do autor, veja-se, ainda, Menezes CORDEIRO, “Da alteração das circunstâncias”, 27 s., criticando a fórmula da base negocial por ser uma fórmula vazia. Para o autor, séculos de elaboração doutrinária na matéria não foram capazes de esclarecer suficientemente quando é que uma alteração das circunstâncias que rodearam a negociação deve relevar para estes efeitos. Por isso, e na esteira do que Menezes Cordeiro ensina, há que relembrar que há de ser no apelo à boa fé que se hão de concretizar o tipo e a intensidade das alterações que justificam a modificação do contrato. Segundo o autor, o que sobressai a este nível é uma “exigência básica do sistema, comunicada, de algum modo, pelo preceito constitucional da igualdade: a da proscrição do arbítrio”. Mais concretamente, “quando sobrevenha a alteração das circunstâncias, modifica-se o jogo problemático que define os interesses envolvidos, mas não a sua regulação”. Ora, “fere a igualdade perante o sistema que uma pessoa, em conjunturas diferentes, se submeta a regulações imutáveis. A boa fé exprime, no sistema privado e em situações relativas, as exigências da igualdade. Cf. Menezes CORDEIRO, *Da boa fé*, 1112. Nesta medida, “há que (...) operar com um modelo de decisão que comporte, entre as suas variáveis, quer a autonomia privada e seus valores, com os fatores de concretização sediados no contrato celebrado, quer a boa fé-igualdade, precisada em consonância com as alterações registadas no caso real”. Em concreto, há, portanto, que determinar quando é que a autonomia privada deve ceder, sabendo-se que a solução “deve manter como referências os fatores em litígio, visando restabelecer, se possível, o figurino pensado pelas partes em obediência às exigências de equilíbrio e de prossecução do escopo inicial, carreadas, em nome da igualdade, pela boa fé”.

⁽⁷⁷²⁾ Cf. OERTMANN, “Die Folgen der Herstellungsverteurerung in der deutschen Industrie”, *Juristische Wochenschrift*, 1921, 1512.

⁽⁷⁷³⁾ Mota PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 610.

Qualquer das teorias permitiria a desvinculação do negócio em termos demasiados fáceis e mesmo que as exigências impostas pela boa-fé não fossem postas em causa. No exemplo oferecido por Mota Pinto, o indivíduo que toma de arrendamento uma casa numa praia, para a época balnear, na pressuposição, reconhecível para o senhorio, de que terá férias nessa época, permitir-se-ia a desvinculação ⁽⁷⁷⁴⁾.

Seria, por isso, preferível a doutrina da base negocial assente na fórmula proposta por Lehmann. De acordo com esta posição, “a pressuposição deficiente só é relevante quando for conhecida ou cognoscível para a outra parte no momento da conclusão do negócio e desde que esta, se lhe tivesse sido proposto o condicionamento do negócio à verificação da circunstância pressuposta, teria tal pretensão ou deveria ter aceiteado segundo a boa fé” ⁽⁷⁷⁵⁾.

Estamos, aqui, diante de hipóteses em que a circunstância que se altera se afigura essencial para ambas as partes, a identificar a base do negócio subjetiva, e de situações em que deixa de ser possível retirar um benefício de um determinado bem ⁽⁷⁷⁶⁾.

Manuel de Andrade ⁽⁷⁷⁷⁾ introduz a esta teoria uma ligeira alteração. Haveria lugar à modificação do contrato, ainda, nos casos em que a *boa fé* justificasse, no momento judicativo, o resultado, embora não exigisse a aceitação da cláusula de condicionamento na data do negócio. Segundo explicita Mota Pinto, “é o que tem lugar, por exemplo, quando num contrato bilateral se verifica o que Larenz chama uma turbação da equivalência, isto é, quando, em consequência de eventos imprevisíveis (...), as relações de ambas as partes se tornaram uma grosseira não relação, de modo que o contrato não satisfaz já o seu sentido como contrato de troca” ⁽⁷⁷⁸⁾.

De acordo com os ensinamentos da doutrina, o problema da alteração superveniente das circunstâncias envolveria, assim, uma dupla possibilidade interpretativa: por um lado, apontaria para um sentido subjetivo, a rememorar a doutrina da pressuposição, embora corrigida pela consideração da base do negócio. A pressuposição deficiente só seria, nessa medida, relevante “quando [fosse] conhecida ou cognoscível para a outra

⁽⁷⁷⁴⁾ MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 610.

⁽⁷⁷⁵⁾ MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 610-611.

⁽⁷⁷⁶⁾ MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 611.

⁽⁷⁷⁷⁾ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, 403, também citado por Mota Pinto a este propósito, que neste ponto acompanhamos de muito perto.

⁽⁷⁷⁸⁾ MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 611.

parte no momento da conclusão do negócio e desde que esta, se lhe tivesse sido proposto o condicionamento do negócio à verificação da circunstância pressuposta, [tivesse] tal pretensão ou [devesse] ter aceiteado segundo a boa-fé”; por outro lado, apontaria para um sentido objetivo da base negocial, a integrar, segundo a lição de Larenz, os casos que envolvem a turbação da equivalência (prestação e contraprestação já não se equivaleriam em termos de relação de valor) e os que envolvem a frustração do escopo contratual (um objetivo contratual tornar-se-ia impossível em termos imputáveis, a título de risco, a uma das partes) ⁽⁷⁷⁹⁾.

Na síntese de Carneiro da Frada, duas são as ideias fundamentais a reter nesta matéria: “a) em primeiro lugar, a receção e aplicação da alteração de circunstâncias esteve desde sempre relacionada com momentos de profunda alteração do contexto socioeconómico e político vigente numa determinada comunidade jurídica [...]; b) em segundo lugar, a modificação ou resolução dos contratos por alteração das circunstâncias exige, invariavelmente, a ponderação valorativa dos dois vetores dogmáticos: a autonomia privada, por um lado, e a boa-fé, por outro” ⁽⁷⁸⁰⁾.

Na concretização destas ideias, e continuando a acompanhar a exposição de Carneiro da Frada, pode dizer-se que a alteração superveniente das circunstâncias implica uma “enorme indeterminação, suscetível por isso de abranger, consoante os casos, uma multiplicidade de situações sobre as quais qualquer uma das partes alicerçou a sua

⁽⁷⁷⁹⁾ Cf. também, nesse sentido, Diogo Pereira DUARTE, *A Resolução ou Modificação do Contrato por Alteração das Circunstâncias*. Negando o interesse prático-normativo da distinção entre a base negocial subjetiva e objetiva e as chamadas grande base do negócio e pequena base do negócio, cf. Paulo Mota PINTO, “O contrato como instrumento de gestão do risco de alteração das circunstâncias”, 83 s. Para o autor, a distinção nem é decisiva do ponto de vista dogmático, como não tem relevância legal autónoma.

Sobre o ponto, LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 376 s.; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts I, Allgemeiner Teil*, 300 s.

A propósito da frustração da finalidade, cf., porém, o que se dirá *infra*, a apontar para uma ideia de impossibilidade. Repare-se que não há contradição entre as duas posições. De facto, para que se possa falar de impossibilidade com base na frustração do fim, é necessário que este esteja previsto no contrato. É o que acontece, por exemplo, no caso de arrendamento para o exercício de uma atividade comercial — v. g. o arrendamento de uma loja num estabelecimento comercial, que agora se vê encerrado fruto das medidas de contenção da pandemia.

⁽⁷⁸⁰⁾ M. Carneiro da FRADA, “Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias”, 65.

decisão de contratar (circunstâncias familiares, do domínio da natureza, contingências próprias do ramo de atividade a que se dedica ou em jogo no contrato)”⁽⁷⁸¹⁾. Não será, contudo, qualquer modificação que pode justificar a mobilização do preceito em causa. Por isso, deve entender-se que, mesmo quando respeitantes a uma base subjetiva, as circunstâncias pressupostas devem ter sido conhecidas ou cognoscíveis pela contraparte no momento da celebração do negócio e se exija que, se tivesse sido proposto o condicionamento do negócio à verificação da circunstância pressuposta, a boa-fé o tivesse exigido.

Por outro lado, há que atender ao que são os *riscos próprios do contrato*. O requisito deve ser compreendido no sentido da afirmação da subsidiariedade do regime da alteração superveniente das circunstâncias. Assim, enquanto alguns autores sustentam que o requisito leva a uma análise da *álea* subjacente ao negócio, outros afirmam que o que está em causa é a subsidiariedade do instituto determinada pelo legislador, uma vez que a alteração que ocorresse dentro da *álea* do contrato seria sempre normal, não implicando a contrariedade à boa-fé⁽⁷⁸²⁾. Segundo o que nos parece ser o melhor entendimento, as duas posições não são excludentes: devemos ter em conta, por um

⁽⁷⁸¹⁾ M. Carneiro da FRADA, “Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias”, 70.

⁽⁷⁸²⁾ Cf. A. Menezes CORDEIRO, “Da alteração das circunstâncias”, 293 s. e 332. Dando conta da divisão da doutrina quanto a este ponto, cf. Diogo Pereira DUARTE, *A Resolução ou Modificação do Contrato por Alteração das Circunstâncias*, 353, e considerando que o requisito se refere às duas possibilidades. Para o autor, a parte final do artigo 437.º/1 tem “o sentido de consagrar a supletividade da alteração das circunstâncias perante as regras gerais da imputação do risco”; “no entanto, atendendo ao quadro legal de distribuição do risco entre as partes perante a execução dos contratos, o significado do último requisito do artigo 437.º/1 não pode ser o de traçar a supletividade perante este regime geral de repartição do risco, ou de outro modo o artigo 437.º seria inaplicável, uma vez que seria supletivo perante o regime da impossibilidade que tem pretensão de abarcar todas as hipóteses, já que [...] faz correr o risco de aumento do custo da prestação pelo devedor enquanto não se der a impossibilidade absoluta e objetiva da prestação», o que significa que «o último requisito do artigo 437.º/1, o requisito negativo, apenas procura traçar a supletividade do instituto da alteração das circunstâncias perante os regimes especiais de repartição do risco”. Veja-se, ainda, sobre o ponto, numa perspetiva que nos leva a contemplar os regimes específicos de distribuição do risco entre os contraentes, M. Carneiro da FRADA, “Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias”, 72. Cf., tb., Paulo Mota PINTO, “O contrato como instrumento de gestão do risco de alteração das circunstâncias”, 83 s., considerando que os riscos próprios do contrato nos levam à consideração da *álea normal* do contrato, tendo em conta a afetação do risco feito pelo contrato e pelas normas legais.

lado, a supletividade do regime por referência às diversas soluções consagradas pelo legislador; e, por outro lado, a própria distribuição do risco que foi pensada pelas partes no contrato.

Significa isto que não pode ser a mera dificuldade financeira de um dos contraentes a determinar a resolução ou a modificação do contrato e que só em concreto, atento o específico negócio celebrado e as específicas circunstâncias que se alteram, se poderá oferecer uma resposta ao problema. Não está, de facto, em causa a excessiva onerosidade superveniente da prestação, critério que parece ser consagrado no Código Civil italiano a propósito dos contratos, e que convoca outro leque de considerações ⁽⁷⁸³⁾.

O preceito concita ainda outras dúvidas à doutrina. Descontadas que sejam as questões relacionadas com a possibilidade de o regime se aplicar a todos os tipos contratuais, inclusivamente aos que apresentem marcas de aleatoriedade ⁽⁷⁸⁴⁾, coloca-se o problema da articulação entre a disciplina e aquela outra do risco (artigo 796.º CC). Não havendo

⁽⁷⁸³⁾ Veja-se, *infra*, o que se dirá sobre a impossibilidade, momento dialógico em que teceremos mais considerações acerca desta questão.

⁽⁷⁸⁴⁾ Respondendo afirmativamente, M. Carneiro da FRADA, “Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias”, 57. A posição não é unânime. Hélder Mourato, a propósito dos contratos *swaps*, caracterizados pela sua aleatoriedade, nega a possibilidade de aplicação do regime da alteração superveniente das circunstâncias — cf. Hélder MOURATO, “*Swap* de taxa de juro: A primeira jurisprudência”, *Caderno de Valores Mobiliários*, 44, 2013, 44 s. No mesmo sentido, embora de uma forma que nos parece menos contundente, Maria Clara CALHEIROS, “O contrato de *swap* no contexto da actual crise financeira global”, *Cadernos de Direito Privado*, 42, 2013, 12; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, *Direito das Obrigações*, tomo IV, 259 s. Em sentido contrário, e, portanto, concordante com M. Carneiro da Frada, *vide* J. de Oliveira ASCENSÃO, *Alteração das Circunstâncias e Justiça Contratual no Novo Código Civil*; J. de Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, 200 s.; J. Lebre de FREITAS, “Contrato de *Swap* meramente *Especulativo* — Regimes de validade e de alteração das circunstâncias”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 72, vol. IV, 2012, 959 s.; Tiago Sousa Freitas e COSTA, “Resolução do contrato de *swap* de taxa de juro — anotação jurisprudencial”, *O Direito*, 146/2, 2014, 530 s.; Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 316 s.; L. Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, 132 (fazendo a distinção entre as situações em que há limites assumidos ao risco, relativamente às quais é possível o recurso à alteração superveniente das circunstâncias, e aquelas outras em que tais limites não se estabelecem). Para outros desenvolvimentos sobre o ponto, cf. Paulo Mota PINTO, “O contrato como instrumento de gestão do risco de alteração das circunstâncias”, 71 s., 106 s. (cf., igualmente, págs. 97 s., dando conta do posicionamento do ordenamento jurídico italiano — no qual as normas sobre onerosidade excessiva não são aplicáveis aos contratos que sejam aleatórios; e do ordenamento jurídico

unanimidade na doutrina ⁽⁷⁸⁵⁾, parece dever entender-se que, nos casos que envolvem a transmissão da propriedade, deve prevalecer o regime do risco ⁽⁷⁸⁶⁾. Já no tocante a saber se o regime pode aplicar-se a contratos já cumpridos ou não, os autores parecem propender genericamente pela exclusão dos primeiros ⁽⁷⁸⁷⁾.

9. OBJETO E CONTEÚDO DO NEGÓCIO JURÍDICO

9.1. Considerações genéricas

A autonomia privada torna impossível definir *a priori* o conteúdo dos negócios jurídicos. No caso dos contratos, as partes podem inserir neles as cláusulas que lhes aprouver, de acordo com o artigo 405.º CC. Assim sendo, o conteúdo do negócio jurídico apenas pode ser delimitado negativamente, no sentido de se definirem os limites que não podem ser ultrapassados.

O artigo 280.º CC torna-se, a este nível, fundamental. Aplicando-se quer ao objeto do negócio em sentido estrito, quer ao conteúdo ou efeitos do mesmo ⁽⁷⁸⁸⁾, vem dispor que “é nulo o negócio jurídico cujo objeto seja física ou legalmente impossível, contrário à lei ou indeterminável”, acrescentando o n.º 2 que “é nulo o negócio contrário à ordem pública ou ofensivo dos bons costumes”.

Extraem-se do preceito os requisitos objetivos de validade do negócio jurídico: possibilidade física e legal; não contrariedade à lei; determinabilidade; não contrariedade à ordem pública e não contrariedade aos bons costumes.

9.2. Possibilidade física e legal

O objeto do negócio jurídico tem de ser, em primeiro lugar, fisicamente possível, isto é, tem de existir e poder cumprir a finalidade

alemão — no qual se entende que não se aplica a alteração superveniente das circunstâncias aos contratos que envolvam um momento especulativo).

⁽⁷⁸⁵⁾ Cf. Vasco Lobo XAVIER, “Alteração das circunstâncias e risco”, *Colectânea de Jurisprudência*, 8-V, 1983, 5 s.; Antunes VARELA, “Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias”, *Colectânea de Jurisprudência*, 7-II, 7 s.

⁽⁷⁸⁶⁾ Nesse sentido, C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 613.

⁽⁷⁸⁷⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 613.

⁽⁷⁸⁸⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 553.

inerente ao negócio celebrado. Da articulação entre o artigo 280.º/1 CC e o artigo 401.º/3 CC resulta que a impossibilidade de que se cura é uma impossibilidade objetiva e não subjetiva. Não basta, na verdade, que a impossibilidade se verifique apenas em relação ao devedor, exceto nas hipóteses em que está em causa uma prestação de facto não fungível ⁽⁷⁸⁹⁾. Por outro lado, o negócio tem de ser legalmente possível. Não o será, consoante explica Mota Pinto, quando “a lei ergue a esse objeto um obstáculo tão insuperável como o que as leis da natureza põem aos fenómenos fisicamente impossíveis”, o que só se pode verificar por referência a realidades de carácter jurídico ⁽⁷⁹⁰⁾.

De notar, ainda, que a possibilidade de que se cura é uma possibilidade originária ⁽⁷⁹¹⁾. De facto, só a impossibilidade originária determina a nulidade do negócio jurídico. A impossibilidade superveniente, por seu turno, conduz à extinção da obrigação, caso não seja imputável ao devedor; ou faz desencadear uma hipótese de incumprimento, com todas as consequências daí advenientes, caso seja imputável a esse mesmo devedor ⁽⁷⁹²⁾.

Se a impossibilidade superveniente, quando objetiva, definitiva ⁽⁷⁹³⁾ e não imputável ao devedor, conduz à extinção do vínculo obrigacional, a mera dificuldade de prestação não apresenta, tradicionalmente, efeito liberatório. Não se pense, contudo, que a coisa é clara. Em

⁽⁷⁸⁹⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 555. Sobre o ponto, vide Pessoa JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina: Coimbra, 1999, 108 s.

⁽⁷⁹⁰⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 556.

⁽⁷⁹¹⁾ Sobre o ponto, cf. Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, II, 65; Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 554 s.; Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 543 s.

⁽⁷⁹²⁾ Dispõe o artigo 790.º/1 CC que “a obrigação extingue-se quando a prestação se torna impossível por causa não imputável ao devedor”. Já o artigo 801.º/1 consagra que, “se a prestação se tornar parcialmente impossível, o credor tem a faculdade de resolver o negócio ou de exigir o cumprimento do que for possível, reduzindo neste caso a sua contraprestação, de for devida; em qualquer dos casos o credor mantém o direito à indemnização”. Ou seja, tratando-se de uma impossibilidade imputável ao devedor, desencadeia-se uma hipótese de responsabilidade contratual, operando-se uma modificação objetiva da relação jurídica. Cf., porém, A. Menezes CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil*, I, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 1994, 103 s., falando igualmente de extinção da obrigação, ainda que com a subsistência de um dever de indemnizar.

⁽⁷⁹³⁾ No tocante à impossibilidade temporária, cf. o disposto no artigo 792.º CC. Quanto à impossibilidade parcial, veja-se o artigo 793.º CC; e à impossibilidade subjetiva, o artigo 791.º CC.

rigor, não só a doutrina mais antiga entendia que algumas hipóteses de dificuldade excessiva deveriam ser, à luz da boa fé, equiparadas à impossibilidade ⁽⁷⁹⁴⁾, numa posição que não seria acolhida pelas revisões ministeriais do Anteprojeto do Código Civil de 1966, como há autores que, fruto da influência germânica, parecem alargar o âmbito de relevância da impossibilidade, trazendo para o seu seio as hipóteses de impossibilidade prática e impossibilidade moral ⁽⁷⁹⁵⁾.

O problema da distinção entre a impossibilidade e a excessiva onerosidade ou da dificuldade de prestação — central do ponto de vista do direito das obrigações — revela-se, pois, extraordinariamente importante.

A impossibilidade de que se cura, a este nível, é — já o sabemos — a impossibilidade superveniente, que pode ser entendida como a inviabilidade da prestação por força de um facto natural ou humano ⁽⁷⁹⁶⁾. A esta impossibilidade fáctica é equiparada a impossibilidade legal.

Há, porém, situações em que a prestação não é inviável, em termos factuais ou normativos, mas em que a sua realização envolve um sacrifício demasiado elevado para o devedor que parece contrariar os ditames da boa fé. São estas formas de impossibilidade prática e moral que o ordenamento jurídico alemão, depois da modernização do direito das obrigações, vem equiparar à impossibilidade entendida em sentido

⁽⁷⁹⁴⁾ Vaz SERRA, “Impossibilidade superveniente por causa não imputável ao devedor e desaparecimento do interesse do credor”, 11 s. O autor entendia que não só a boa-fé pode justificar a assimilação das duas hipóteses, como sublinha que, à luz da autonomia privada, não se pode forçar o devedor a ficar vinculado a esforços muito superiores àqueles que seriam razoáveis para cumprir a prestação.

⁽⁷⁹⁵⁾ Sobre o ponto, cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 555 s. João António Pinto MONTEIRO, *Esforços e sacrifícios no cumprimento contratual*, Coimbra, 2017; Catarina Monteiro PIRES, *Impossibilidade da prestação*, Coimbra: Almedina, 2017, 438 s.

⁽⁷⁹⁶⁾ No caso da impossibilidade física, os autores entendem que ela também se verificará sempre que falte o substrato (ex. prestação de um serviço médico a uma pessoa que já faleceu) e sempre que haja supressão do escopo (ex. o fornecimento de um vestido de noiva, quando a noiva já casou) — cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 556. Veja-se, ainda, João António Pinto MONTEIRO, *Esforços e sacrifícios no cumprimento contratual*; Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, II, 73 s.

De notar que para que se possa falar de impossibilidade com base na frustração do fim, é necessário que este esteja previsto no contrato. É o que acontece, por exemplo, no caso de arrendamento para o exercício de uma atividade comercial — v. g. o arrendamento de uma loja num estabelecimento comercial, que agora se vê encerrado fruto das medidas de contenção da pandemia.

estrito ⁽⁷⁹⁷⁾. O problema, no ordenamento germânico, foi equacionado, primeiramente, a propósito dos esforços económicos que se viveram no pós I Grande Guerra, com a inflação então experimentada e a forte depressão verificada, levando alguns autores a questionar se a possibilidade de cumprimento não deveria ser compreendida à luz da boa-fé, considerando-se que a possibilidade económica poderia ter eficácia liberatória ⁽⁷⁹⁸⁾. Não se gerou, porém, consenso: muitos juristas sustentaram que o problema deveria ser solucionado à luz do regime da alteração superveniente das circunstâncias, nos termos do § 242 BGB, só se admitindo a extinção da obrigação quando estivesse envolvido o conflito com bens jurídicos fundamentais, designadamente bens da personalidade do devedor ou de um terceiro que dele fosse próximo ⁽⁷⁹⁹⁾.

A controvérsia haveria de ser solucionada com a reforma do direito alemão das obrigações ⁽⁸⁰⁰⁾. O novo § 275 BGB passa a dispor que:

(1) *Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist.*

(2) *Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des*

⁽⁷⁹⁷⁾ Sobre o ponto, cf. A. Menezes CORDEIRO, *Da modernização do direito civil*, I, Coimbra: Almedina, 2004, 78 s.; ID., *Tratado de Direito Civil*, II, 549 s.; ID., “A modernização do direito das obrigações”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 62/II, 2002; E. Santos JÚNIOR, “Da impossibilidade pessoal de cumprir: breve confronto do novo direito alemão com o direito português”, *O Direito*, 142-3, 2010, 423 s.; Weng Ian WONG, *Confronto entre a alteração superveniente das circunstâncias e o regime da impossibilidade: o tratamento da impossibilidade prática e da impossibilidade moral no direito português*, Coimbra, 2016, 53 s.; Catarina Monteiro PIRES, *Impossibilidade da prestação*, 438 s.

⁽⁷⁹⁸⁾ Weng Ian WONG, *Confronto entre a alteração superveniente das circunstâncias e o regime da impossibilidade*, 54.

⁽⁷⁹⁹⁾ Vaz SERRA, “Impossibilidade superveniente por causa não imputável ao devedor e desaparecimento do interesse do credor”, n. 16.

⁽⁸⁰⁰⁾ Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Da modernização do direito civil*, I, 109 s.; R. ZIMMERMANN, *Breach of contract and remedies under the new german law of obligations*, 2002, www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zimmermann.html; C.-W. CANARIS, “O novo direito das obrigações na Alemanha”, *Revista Brasileira de Direito Comparado*, 25, 2003, 3 s.; ID. “Die Reform des Rechts der Leistungstörungen”, *Juristenzeitung*, 2001, 499 s.

Para a compreensão do debate, no ordenamento jurídico alemão, acerca da bondade da manutenção da categoria da impossibilidade como categoria central das perturbações das prestações, cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 550 s. e n. 1752.

Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat.

(3) Der Schuldner kann die Leistung ferner verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann.

(4) Die Rechte des Gläubigers bestimmen sich nach den §§ 280, 283 bis 285, 311a und 326.

O preceito vem tratar de todas as situações de impossibilidade, as quais conduzem à desvinculação da obrigação de realizar a prestação, embora se mantenham os deveres secundários de indemnização, no caso de se verificar a culpa do devedor ⁽⁸⁰¹⁾. Às situações de impossibilidade em sentido estrito associam-se, com o mesmo efeito, as hipóteses em que o devedor pode recusar a prestação sempre que ela requeira um esforço que se mostre gravemente desproporcional em face do interesse do credor na prestação, tendo em conta o conteúdo da relação e a regra da boa-fé; bem como as hipóteses em que devedor pode recusar a prestação quando deva realizá-la pessoalmente e aquela, ponderados os impedimentos do devedor perante o interesse do credor na prestação, não possa ser exigível, também à luz da boa fé. São as referidas situações de impossibilidade prática (*praktische Unmöglichkeit* — § 275 ii) e de impossibilidade moral (*moralische*

⁽⁸⁰¹⁾ Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Da modernização do direito civil*, I, 105 s.; Id., *Tratado de Direito Civil* II, 550 (explicando que “a distinção entre o ser imputável ou não imputável ao devedor só releva para efeito de consequências; o facto de ser imputável ao devedor nunca poderia ter a virtualidade de viabilizar a prestação: apenas conduziria a um dever de indemnizar”); Weng Ian WONG, *Confronto entre a alteração superveniente das circunstâncias e o regime da impossibilidade*, 57 s.

A propósito da relação entre a impossibilidade e o incumprimento e da correta forma de perspetivar o problema, com consequências relevantes do ponto de vista da modelação da responsabilidade contratual, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Cascais: Princípia, 2013.

Unmöglichkeit) a que já aludimos anteriormente. No fundo, a ideia de inexigibilidade é equiparada, em termos de efeitos jurídicos, à ideia de impossibilidade ⁽⁸⁰²⁾.

A *praktische Unmöglichkeit* implica, portanto, que haja uma grave desproporção entre o esforço exigível ao devedor e o interesse do credor na prestação ⁽⁸⁰³⁾. No exemplo de Zimmermann, se o anel que vale 100 e cai no fundo de um lado, depois de ter sido vendido e antes de ter sido entregue ao comprador, sendo o custo da drenagem do referido lago de 100 000, não é razoável esperar que o devedor incorra em tais despesas tendo em conta que o interesse do credor no anel apenas vale 100 ⁽⁸⁰⁴⁾. Já não será assim no outro exemplo oferecido pelo autor: se o preço de 1000 barris de petróleo que havia sido vendido aumentar drasticamente, o devedor não pode invocar o § 275, porque não existe uma grave desproporção entre os esforços do devedor e o interesse do credor em ver realizada a prestação: o interesse do último aumenta à medida que aumenta o esforço do devedor. Estamos aqui diante de um problema cunhado por *impossibilidade económica* (*wirtschaftliche Unmöglichkeit*), que, segundo Zimmermann, podendo ser tratado sob a égide da alteração superveniente das circunstâncias, não

⁽⁸⁰²⁾ Weng Ian WONG, *Confronto entre a alteração superveniente das circunstâncias e o regime da impossibilidade*, 59, explicitando que “essas duas modalidades de impossibilidade não determinam automaticamente a extinção da obrigação, na medida em que a prestação ainda se encontra realizável. Apesar das dificuldades extraordinárias, o devedor pode continuar a querer cumpri-la para obter a contraprestação, ou ele pretende provar a sua capacidade por forma a ganhar a confiança da contraparte (...). É-lhe conferido, deste modo, uma opção para ele realizar ou não o cumprimento. Verificada a impossibilidade, caso o devedor recuse o cumprimento, o credor fica desobrigado da contraprestação e dispõe de determinados direitos apesar da inexigibilidade da prestação primária”. Consoante esclarece, o credor pode exigir uma indemnização, caso o devedor tenha culpa na impossibilidade de que se cura. Veja-se, ainda, A. Menezes CORDEIRO, *Da modernização do direito civil*, I, 59.

⁽⁸⁰³⁾ CANARIS, “Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen”, 502. Vincando isso mesmo, veja-se, entre nós, Weng Ian WONG, *Confronto entre a alteração superveniente das circunstâncias e o regime da impossibilidade*, 61.

⁽⁸⁰⁴⁾ R. ZIMMERMANN, *Breach of contract and remedies under the new german law of obligations*, 12. Veja-se, ainda, Hans STOLL, “Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen”, *Juristenzeitung*, 2001, 591; Jan WILHELM, “Schuldrechtsreform 2001”, *Juristenzeitung*, 2001, 866; CANARIS, “Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen”, 501; Weng Ian WONG, *Confronto entre a alteração superveniente das circunstâncias e o regime da impossibilidade*, 62.

pode ser entendido como um caso de impossibilidade prática ⁽⁸⁰⁵⁾. As diferenças entre as duas realidades normativas começam a tornar-se mais claras: se a impossibilidade prática avulta sob a égide da ponderação comparativa entre o interesse do credor e os esforços do devedor, a impossibilidade económica aponta-nos para uma ideia de limite do sacrifício e de manutenção do equilíbrio contratual — a desproporção verifica-se, agora, entre o interesse do devedor na contraprestação e o custo da prestação que tem de efetuar ⁽⁸⁰⁶⁾.

Esta última hipótese seria remetida, embora não sem críticas de parte da doutrina alemã ⁽⁸⁰⁷⁾, para o âmbito de relevância do § 313 BGB, que fala da *Störung der Geschäftsgrundlage* (alteração/perturbação da base do negócio), nos termos do qual:

(1) *Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.*

(2) *Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.*

(3) *Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.*

De acordo com os ensinamentos de Menezes Cordeiro, “a pedra de toque estaria em que, na impossibilidade de facto do § 275 II, não

⁽⁸⁰⁵⁾ R. ZIMMERMANN, *Breach of contract and remedies under the new german law of obligations*, 13; CANARIS, “Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen”, 501; A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 554 s.

⁽⁸⁰⁶⁾ CANARIS, “Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen”, 501 e Weng Ian WONG, *Confronto entre a alteração superveniente das circunstâncias e o regime da impossibilidade*, 63.

⁽⁸⁰⁷⁾ Cf. Eduard PICKER, “Schuldrechtsreform und Privatautonomie — Zur Neuregelung der Schuldnerpflichten bei zufallsbedingter Leistungsstörung nach 275 abs. 2 und 313 BGB”, *Juristenzeitung*, 2003, 1045 s.

estariam em causa as possibilidades do devedor, ao contrário do que sucederia no § 313: a impossibilidade determinar-se-ia mercê de um crasso desequilíbrio, inadmissível perante a boa-fé” ⁽⁸⁰⁸⁾. E, nas palavras de Weng Ian Wong, “o § 275 II trata de uma desproporção grosseira, considera somente o interesse do credor na prestação; o esforço exigível ao devedor é medido em conformidade com o conteúdo da relação obrigacional e, sobretudo, (...) não se tem em consideração o próprio interesse do lado do devedor, enquanto o § 313 trata de um contrato cujo equilíbrio foi prejudicado de modo grave, pondera os interesses relativos das duas partes, levando em consideração todos os elementos envolvidos, seja o preço acordado ou questões morais e familiares (...)”. Em causa terá de estar, no que respeita ao § 313, uma alteração da base do negócio. Para outros autores, a cisão entre os dois âmbitos de relevância ocorreria com base na distinção entre o risco extrínseco ao negócio, típico do problema da alteração superveniente das circunstâncias, e o risco intrínseco ao negócio, remetido para o § 275 II ⁽⁸⁰⁹⁾.

O § 275 III BGB prevê uma hipótese de impossibilidade moral ⁽⁸¹⁰⁾. A *moralische Unmöglichkeit* associa-se em regra aos contratos de prestação de facto infungível ⁽⁸¹¹⁾. O que se joga a este nível é a

⁽⁸⁰⁸⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Da modernização do direito civil*, I, 110.

O autor considera, ainda, que “a lei nova veio distinguir — e, logo, admitir — as figuras: da alteração subsequente de circunstâncias — § 313, I; da carência inicial de circunstâncias basilares — § 313, II; Nesta última hipótese estamos muito próximos da figura do erro sobre a “base do negócio”, sendo difícil uma fronteira” — cf. A. Menezes CORDEIRO, “A modernização do direito das obrigações”. Para uma distinção entre o problema da pressuposição e o problema do erro sobre a base do negócio, no quadro do ordenamento jurídico português, veja-se Mafalda Miranda BARBOSA, *Falta e vícios da vontade. Dogmática e jurisprudência em diálogo*, Gestlegal, 2020, 106 s.

⁽⁸⁰⁹⁾ M. STÜRNER, “Faktische Unmöglichkeit (§ 275 II BGB) und Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) — unmöglich abzugrenzen?”, *Juristische Ausbildung*, 2010, 722 s.

⁽⁸¹⁰⁾ Entre nós, A. Menezes CORDEIRO, A impossibilidade moral: do tratamento igualitário no cumprimento das obrigações”, *Estudos de Direito Civil*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1991, 108 s.

⁽⁸¹¹⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 554, refere-se a “obrigações altamente pessoais”. Segundo a sua explicitação, “a lei nova teve, no fundamental, em vista prestações laborais ou prestações de serviço, enquadrando situações que vinham sendo referenciadas como impossibilidade morais e integrando questões como a da obrigação de consciência. Mas foi mais longe: refere, em moldes amplos, a inexigibilidade”.

possibilidade de recusa da prestação quando deva ser realizada pessoalmente e, ponderados os impedimentos do devedor perante o interesse do credor na prestação, deixa de ser exigível. Em causa está, portanto, a ponderação de interesses fundamentais do devedor ⁽⁸¹²⁾, o que, se terá de ser feito em confronto com os interesses do credor, nos afasta insofismavelmente da impossibilidade económica. Por outro lado, aquela ponderação comparativa com os interesses do titular ativo da relação jurídica parece afastar-nos da impossibilidade prática do § 275 II. Mas autores como Zimmermann dizem-nos que nem sempre é clara a relação entre os §§ 275 II e III ⁽⁸¹³⁾. De acordo com a sua explicação, “ao contrário do § 275 II BGB, não parece que seja um fator relevante, na determinação do que pode ser razoavelmente esperado do devedor, em que medida ele é ou não responsável pelo impedimento (...). Ademais, o interesse do credor na realização da prestação é apenas um critério a considerar na determinação da ideia de não razoabilidade com base na qual se haverá de proceder à ponderação de interesses e não, como no § 275 II, o critério decisivo (...)”. Para o autor, o § 275 III surge como uma manifestação específica da regra geral da alteração das circunstâncias, o que mostra a diferença subtil entre esta e a impossibilidade.

No ordenamento jurídico português inexistente um preceito como os §§ 275 II e III BGB. Não obstante, parecem não faltar soluções para se arredar um formalismo com que poderia ser entendido o problema da impossibilidade. As posições propostas pela doutrina não se afiguram, contudo, unânimes. Em termos propositadamente simplificados, podemos apontar, não obstante, algumas tendências.

No que diz respeito à impossibilidade moral, admite-se a invocação da colisão de deveres e de direitos para resolver o problema subjacente a estas hipóteses, enquadrando-se o problema no quadro dos excludentes de responsabilidade. No fundo, estar-se-ia diante de uma causa de justificação para o não cumprimento, numa posição que

⁽⁸¹²⁾ Para alguns exemplos, cf. E. Santos JÚNIOR, “Da impossibilidade pessoal de cumprir: breve confronto do novo direito alemão com o direito português”, 425. O exemplo mais famoso é o que remonta a Heck — *Grundriss des Schuldrechts*, 1929 — da cantora que se recusou a atuar no dia agendado para o espetáculo a que se tinha obrigado por o filho padecer de uma doença grave, da qual poderia morrer a qualquer instante.

⁽⁸¹³⁾ R. ZIMMERMANN, *Breach of contract and remedies under the new german law of obligations*, 16.

parece remontar ao pensamento de Manuel de Andrade ⁽⁸¹⁴⁾. Para o autor, tal verificar-se-ia em hipóteses como aquela em que a prestação não pode ser executada sem grave risco para a vida ou a saúde do devedor ou dos seus familiares, ou sem grave sacrifício dos seus sentimentos pessoais ou de deveres para com terceiros ⁽⁸¹⁵⁾. Já no tocante à impossibilidade prática, aventa-se a possibilidade de se solucionarem alguns dos problemas que aí se integram com base no abuso do direito. A tendência mais moderna, no entanto, vai no sentido de se admitir um alargamento do âmbito de relevância da impossibilidade. De acordo com Menezes Cordeiro, deve evitar-se “relegar a ideia de impossibilidade para o domínio da viabilidade fáctica. Se a boa-fé proibir certo comportamento (...), este torna-se impossível para todos os efeitos. A boa-fé representaria, então, apenas um instituto exterior que, como outros, poderia gerar uma impossibilidade (...). É impossível o que, dentro de uma sociedade, de acordo com critérios de razoabilidade, seja considerado como tal” ⁽⁸¹⁶⁾.

A posição não é ímpar. Nuno Pinto de Oliveira chega mesmo a propor uma alteração legislativa na matéria. Para o autor, o conceito de inexigibilidade serve para determinar os limites da vinculação do devedor, “estando em causa uma prestação tão difícil que seria gravemente contrário à boa-fé pretender o seu cumprimento, o devedor não estaria obrigado a realizá-la”, e os limites da vinculação do credor, de tal modo que, e em consonância com os desenvolvimentos experimentados ao nível do direito comparado, se deve acrescentar ao Código Civil o artigo 790.º-A, que contemplasse as hipóteses de excessiva dificuldade de realizar a prestação, o que se mostraria contrário à boa-fé, devendo conduzir à extinção da obrigação ou à modificação dela ⁽⁸¹⁷⁾. Não obstante, admite que se apliquem as regras da alteração superveniente das circunstâncias à impossibilidade prática ⁽⁸¹⁸⁾.

⁽⁸¹⁴⁾ Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral das Obrigações*, 408 s. Veja-se, ainda, João António Pinto MONTEIRO, *Esforços e sacrifícios no cumprimento contratual* e Almeida COSTA, *Direito das obrigações*, 12.ª edição, Coimbra: Almedina, 2014, 1076.

⁽⁸¹⁵⁾ Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral das Obrigações*, p. 408-409.

⁽⁸¹⁶⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, Coimbra: Almedina, 2001, 1005 s. Cf., igualmente, João António Pinto MONTEIRO, *Esforços e sacrifícios no cumprimento contratual* e Catarina Monteiro Pires, *Impossibilidade da prestação*, 483 s.

⁽⁸¹⁷⁾ Nuno Pinto de OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, 571.

⁽⁸¹⁸⁾ Nuno Pinto de OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, 579 s. O autor alicerça o posicionamento na proximidade que as figuras apresentam.

Apesar de haver semelhanças bastantes entre as hipóteses de impossibilidade prática e de alteração superveniente das circunstâncias, cremos que elas não se podem confundir. Desde logo, a ponderação valorativa a que se acede por cada uma das figuras não é a mesma. A própria impossibilidade prática não se confunde, como vimos *supra*, com a impossibilidade económica. Rememorando: se a impossibilidade prática avulta sob a égide da ponderação comparativa entre o interesse do credor e os esforços do devedor, a impossibilidade económica aponta-nos para uma ideia de limite do sacrifício e de manutenção do equilíbrio contratual — a desproporção verifica-se, agora, entre o interesse do devedor na contraprestação e o custo da prestação que tem de efetuar. Ademais, a impossibilidade prática pode não resultar de uma modificação (imprevisível) das circunstâncias que existiam no momento da celebração do negócio ou que foram pressupostas pelas partes. Do mesmo modo, o evento desencadeador da grave desproporção que caracteriza a impossibilidade prática pode não atingir a base do negócio. E se poderá haver hipóteses de aparente sobreposição, sempre se haverá de entender que a ponderação valorativa de uns e outros casos nos apontará no sentido da distinção, vincada quer em termos de consequências jurídicas, quer por via da natureza subsidiária que o problema da pressuposição conhece ao nível do artigo 437.º CC.

Parecem-nos, pois, serem as potencialidades do princípio da boa-fé a oferecer a solução em matéria de impossibilidade prática e de impossibilidade moral. Vejamos.

No que ao abuso do direito diz respeito, artigo 334.º CC considera “ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim económico ou social desse direito”. O preceito não tem correspondência no anterior Código de Seabra. Talvez por isso Menezes Cordeiro afirme que o artigo em análise “deve ser entendido não como expressão de correntes jurisprudenciais ou doutrinárias anteriores, mas como receção de doutrina estrangeira” ⁽⁸¹⁹⁾. No

⁽⁸¹⁹⁾ MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, 708. O autor explica, recorrendo a considerações de carácter histórico e a uma análise da jurisprudência anterior à entrada em vigor do Código de 66, que o abuso de direito não encontrou consagração expressa no nosso direito anterior, pese embora os esforços da doutrina para sancionar práticas abusivas. Na verdade, o nosso Código Civil estava ainda imbuído de um espírito individualista que impossibilitava a compreensão do

anteprojeto de Vaz Serra surge pela primeira vez uma menção expressa e genérica ao abuso de direito. O autor considera abusivos os “atos intencionais manifestamente contrários à consciência jurídica dominante na coletividade social”, bem como os atos clamorosamente ofensivos da consciência jurídica dominante, embora não praticados intencionalmente e ainda os atos contrários ao fim do direito ⁽⁸²⁰⁾. Esta versão inicial do anteprojeto viria a ser alterada sucessivamente nas diversas revisões ministeriais.

De então para cá, muitas foram as concepções de abuso veiculadas pela doutrina. Centrar-nos-emos, apenas, na que corresponde melhor ao pensamento que temos vindo a sufragar. Assim, na intelecção do abuso do direito, Castanheira Neves parte da ideia de que o direito subjetivo é uma “intenção normativa que apenas subsiste na sua validade jurídica enquanto cumpre concretamente o fundamento axiológico-normativo que a constitui”. Ou seja, o direito subjetivo deixa de ser uma estrutura formal para ser encarado como “uma função normativa, teleológico-materialmente fundada” ⁽⁸²¹⁾. E considera que haverá abuso de direito quando “um comportamento tenha a aparência de licitude jurídica — por não contrariar a estrutura formal definidora legal ou conceitualmente de um direito, à qual mesmo externamente corresponde — e, no entanto, viole ou não cumpra, no seu sentido concreto-materialmente realizado, a intenção normativa que materialmente fundamenta e constitui o direito invocado, ou de que o comportamento realizado se diz exercício” ⁽⁸²²⁾. O abuso de direito configura-se, assim, como uma contradição entre os dois polos que entretecem o direito subjetivo. A sua estrutura formal reconhecida pelo ordenamento jurídico e o fundamento normativo que integra esse mesmo direito e lhe confere materialidade devem estar em conformidade. Quando esta não é detetada, ocorre o anunciado abuso. Já não se procuram

abuso do direito. Os direitos subjetivos eram vistos como direitos absolutos, não no sentido de se imporem a todos os membros de uma comunidade jurídica, por oposição aos direitos relativos, mas no sentido de não conhecerem limites.

⁽⁸²⁰⁾ Vaz SERRA, “Abuso de Direito em Matéria de responsabilidade Civil”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 85, 243-342. Para uma análise dos trabalhos preparatórios do Código Civil e do anteprojeto de Vaz Serra, cf. Menezes CORDEIRO, *Da boa fé*, 708 s.

⁽⁸²¹⁾ Castanheira NEVES, *Questão de Facto e Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. *A Crise*, 522, n. 38.

⁽⁸²²⁾ Castanheira NEVES, *Questão de facto*, 524.

fundamentos exteriores para a sindicância do exercício do direito, como no pensamento de autores que, no passado, foram incapazes de superar em termos definitivos a mundividência individualista em que tinha sido forjada a categoria do direito subjetivo. É o próprio conteúdo deste que é sindicável por referência ao seu fundamento axiológico, sem perder de vista a situação concreta em que surge invocado⁽⁸²³⁾. Do mesmo modo que o direito, dito correntemente de direito objetivo, não se confunde com o sistema jurídico já constituído, muito menos com um conjunto de normas, o direito subjetivo, enquanto expediente reconhecido pelo ordenamento aos diversos sujeitos, não pode ser entendido como uma mera forma, como um expediente formal despido de quaisquer valorações materiais. O direito subjetivo é conformado com uma dimensão axiológico-normativa que faz com que ele, em concreto, seja um direito subjetivo e se integre no ordenamento jurídico concretamente desenhado. Dito de outra forma, se o direito subjetivo é visto como uma forma de realização da autonomia privada, uma forma de exercício da liberdade humana, então, teremos de concluir que ele implica não só a delimitação de uma esfera de ação, mas igualmente uma série de deveres, desde que se entenda a liberdade como uma liberdade em sentido positivo, com um conteúdo material axiologicamente densificado, geradora de responsabilidade e deveres de solidariedade. Invocado um direito existe uma presunção de conformidade da atuação com o sistema jurídico em que ela se insere. Mas, porque o nosso entendimento do direito não se compadece com uma estrutura formal, temos de ir mais além e indagar se essa aparência de direito existe na realidade. Dito de uma forma mais direta, temos de indagar se a forma — direito formalmente invocado — está ou não em consonância com a teleologia material e axiológica desse mesmo direito. É claro que a teleologia de que aqui falamos não é a primária teleologia tipicamente característica da Jurisprudência dos Interesses, antes implicando o reconhecimento dos valores assumidos *ab initio* pelo sistema jurídico globalmente considerado. Donde resulta, afinal, que o abuso do direito implica que se coteje a estrutura formal do direito concretamente invocado com o sistema de princípios que informam e enformam o reconhecimento e atribuição desse direito pelo ordenamento jurídico. Note-se que o direito, enquanto

(823) Para outras vias de superação do pensamento anterior que absolutizava o direito subjetivo, cf. Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 44 s. e Menezes CORDEIRO, *Da boa fé*, 873. Veja-se, *supra*, com maior desenvolvimento o que se disse acerca do abuso do direito, globalmente considerado.

expediente facultado pela ordem jurídica aos diversos sujeitos, não pode deixar de ter uma estrutura valorativa que, interagindo com a estrutura formal anteriormente reconhecida, mais não é do que a própria estrutura valorativa da juridicidade. Podemos, então, distinguir duas realidades distintas. Por um lado, deparamo-nos com casos em que o direito concretamente invocado não existe. Ou melhor, de acordo com um pensamento lógico-subsuntivo, que desconhecia o mérito do caso decidendo, o direito existiria. No entanto, se para a determinação da existência ou não do direito em concreto mobilizarmos um pensamento materialmente cunhado de cariz analógico, poderemos chegar à conclusão que o direito, em abstrato previsto numa norma à qual tendencialmente corresponde a factualidade típica, não existe de facto, porque o seu fundamento não se verifica. Noutros casos, o direito existe e nem sequer estará em desconformidade com a sua teleologia primária, mas o seu concreto exercício mostra-se desconforme com a ideia do direito enquanto direito. No fundo, ocorrerá essa desconformidade sempre que o exercício de um direito viole princípios normativos. Esse é o critério do abuso do direito pelo qual deveremos ser guiados. O atentado ao princípio normativo, a determinar em cada caso concreto, deverá ser direto. Tem que se discernir que a conduta em causa, alicerçada num direito subjetivo, entra em choque com esse princípio.

Em casos como os que envolvem a impossibilidade prática, ao denotar-se uma grave desproporção entre o interesse do credor e o esforço que é exigido ao devedor, essa contrariedade direta em relação ao princípio da boa-fé parece, de facto, indiciar o abuso a que aludimos. Mas já não será assim quando o que se verifica é a desproporção entre o interesse do devedor na contraprestação e o custo da prestação que tem de efetuar.

Naquelas hipóteses em que, ponderados os impedimentos do devedor perante o interesse do credor na prestação e afetando-se interesses fundamentais do primeiro, se conclui que os primeiros sobrelevam os segundos, a exigência da realização da prestação pode pôr em causa o princípio da boa-fé: um contraente honesto, correto e leal não assumiria posição idêntica. Mas mais do que a lesão do princípio normativo, o que parece estar em causa é inexistência do próprio direito do credor, em face das circunstâncias concretas do devedor: é que o direito subjetivo, não podendo ser entendido como uma pura forma, não pode deixar de ter em conta a abertura ao outro, pelo qual o sujeito é também responsável. Se o comportamento devido põe em causa bens jurídicos fundamentais do devedor, então a conclusão é a de que, em concreto, enquanto tais circunstâncias permanecerem, não existirá direito.

9.3. Não contrariedade à lei: licitude

O negócio jurídico não pode, sob pena de nulidade, violar a lei. Em causa está, portanto, a não contrariedade a normas legais imperativas. O ordenamento jurídico exige, assim, que o negócio seja lícito. Ora, consoante chama a atenção Menezes Cordeiro, esta licitude não pode ser entendida como o reverso da ilicitude de que se cura ao nível da responsabilidade civil ⁽⁸²⁴⁾, já que a última — pelas especiais consequências que faz desencadear, pressupõe uma concepção restritiva de ilicitude, a implicar a violação de direitos absolutos, de disposições legais de proteção de interesses alheios ou, em situações excepcionais, o abuso do direito ⁽⁸²⁵⁾. A ilicitude a este nível assume uma feição mais ampla, traduzindo-se na contrariedade à lei. Trata-se, contudo, de uma contrariedade com uma norma imperativa, já que as partes podem afastar a disciplina contida nas normas dispositivas.

Importa notar, ainda, que se apenas o fim do negócio for contrário à lei, o negócio só deverá ser considerado nulo se esse fim for comum a ambas as partes. É essa a solução que resulta do artigo 281.º CC ⁽⁸²⁶⁾.

Ademais, a nulidade de que se cura não resulta simplesmente da violação direta de uma norma legal (negócio *contra legem*), estendendo-se aos *negócios em fraude à lei* ⁽⁸²⁷⁾. De outro modo não

⁽⁸²⁴⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 557.

⁽⁸²⁵⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 557.

⁽⁸²⁶⁾ Sobre o ponto, cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 573, considerando que “basta que se trate do fim de uma delas, expressa ou implicitamente reconhecido pela outra parte, na contratação”. Assim, de acordo com o exemplo do autor, “a pessoa que vende uma arma nada tem a ver com o uso ulterior da mesma; mas deve recusar o negócio se souber que, com ela, o adquirente pretende perpetrar um roubo”. Tradicionalmente, em face da venda de uma arma entendia-se, à luz do artigo 281.º CC, que apenas haveria ilicitude (e, portanto, apenas se geraria a nulidade do negócio) se ambas as partes pretendessem matar a vítima. Cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 572. A proposta interpretativa de Menezes Cordeiro conduz a um alargamento da relevância do artigo 281.º CC. No exemplo oferecido, torna-se inequívoco que o vendedor poderia ser responsabilizado civilmente pelo resultado que viesse a ser verificado. Temos, porém, algumas dúvidas no tocante à nulidade do negócio, já que o fim morte não é o fim do contrato, mas o motivo da contratação. Elas parecem, por isso, esbater-se em face de outros circunstancialismos.

⁽⁸²⁷⁾ Neste sentido, Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 557; Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 574 s.; LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 731 s.

poderia ser, atenta a matriz analógica do pensamento jurídico: importa determinar, em concreto, qual a intencionalidade subjacente à proibição do legislador, de tal modo que, se se concluir que o que se proíbe é um determinado resultado, não se deve admitir que ele possa ser obtido através de meios indiretos, sob pena de se frustrar aquela intencionalidade ⁽⁸²⁸⁾. Manuel de Andrade definia os negócios em fraude à lei como “aqueles que procuram contornar ou circunvir uma proibição legal, tentando chegar ao mesmo resultado por caminhos diversos dos quais a lei designadamente não previu e proibiu” ⁽⁸²⁹⁾, e evidenciava claramente que o problema era interpretativo: “todo o problema se reconduz ao da exata interpretação da norma proibitiva”, de tal modo que “haverá fraude à lei relevante caso se mostre que o intuito da lei foi proibir não apenas os negócios que especificamente visou, mas quaisquer outros tendentes a prosseguir o mesmo resultado, só não os mencionando por não ter previsto a sua possibilidade, ou ter tido deliberadamente mero propósito exemplificativo”, e “não haverá fraude relevante caso se verifique que a lei especificou uns tantos negócios por só ter querido combater certos meios (esses mesmos negócios) de atingir um dado fim ou resultado, em razão de os julgar particularmente graves e perigosos” ⁽⁸³⁰⁾.

O reconhecimento dos negócios em fraude à lei e a sua equiparação aos negócios contrários à lei, numa posição que é amplamente acolhida na nossa jurisprudência, é espelho da necessária superação de um pensamento de índole positivista-normativista. Trata-se, pois, de uma exigência metodológica.

9.4. Determinabilidade

Objeto e conteúdo do negócio jurídico devem ser determináveis, no momento da celebração do negócio. Não se exige que ele esteja efetivamente determinado, ou seja, que esteja individualmente concretizado, mas que possa sê-lo de acordo com um critério aí estabelecido

⁽⁸²⁸⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 557; Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 580 s.

⁽⁸²⁹⁾ Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 337 s.

⁽⁸³⁰⁾ Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 338 s. Veja-se, igualmente, Rui de ALARCÃO, “Breve motivação do anteprojeto sobre o negócio jurídico na parte relativa ao erro, dolo, coacção, representação, condição e objecto negocial”, 120 s.; Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 557; Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 580 s.

ou fixado na lei. Relevante a este propósito é o disposto no artigo 400.º CC ⁽⁸³¹⁾.

Menezes Cordeiro sublinha, a este propósito, que a exigência de determinabilidade se justifica para efeitos de proteção da parte mais fraca ⁽⁸³²⁾. cremos que o fundamento se compreende, se atendermos a alguns domínios de atividade, mormente o setor bancário por si chamado à colação (*v. g.* a nulidade de uma fiança em que os fiadores se responsabilizam por toda a qualquer dívida a assumir pela sociedade comercial perante o banco) ⁽⁸³³⁾. Porém, não o devemos sobrestimar. Na verdade, cumprindo tal desiderato, ele explica-se quer porque a autonomia das partes não se pode compatibilizar com a assunção de obrigações cujos contornos se desconhecem e não se podem vir a conhecer; quer porque, ao manter-se indefinidamente a indeterminabilidade, a prestação nunca poderá vir a ser cumprida ⁽⁸³⁴⁾. Parece-nos, portanto, ser no quadro da autonomia privada que se deve compreender o requisito.

9.5. Conformidade aos bons costumes

O negócio jurídico não pode, sob pena de nulidade, contrariar os bons costumes. A densificação do que é a cláusula dos bons costumes, porém, não se afigura tarefa fácil, sobretudo pela sua não sobreposição com a cláusula da ordem pública, a que a seguir nos referiremos ⁽⁸³⁵⁾. Importa, por isso, ensaiar algumas respostas.

A referência aos bons costumes não pode ser entendida como uma remissão para os usos dominantes. De uma perspectiva literal — que não cultivamos, mas que não podemos deixar de reforçar a este ensejo — o legislador refere-se aos *bons costumes* e não os *simples costumes* ⁽⁸³⁶⁾. Por outro lado, não é viável assumir como critério de

⁽⁸³¹⁾ Para a compatibilização entre o artigo 280.º/1 e o artigo 400.º/2 CC, *vide* Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 566. O n.º 2 do artigo 400.º só se aplica nas situações previstas no preceito. Por outro lado, pressupõe um contrato sinalagmático. Além disso, o artigo só se aplica se o negócio não for nulo por força do artigo 280.º/1 CC.

⁽⁸³²⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 564 s.

⁽⁸³³⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 564.

⁽⁸³⁴⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 564.

⁽⁸³⁵⁾ Veja-se, porém, a posição defendida por K. SIMITIS, *Gute Sitten und ordre public*, 1960.

⁽⁸³⁶⁾ Enfatizando este pormenor, *v.* Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 558.

juridicidade os usos dominantes sem que eles sejam valorados, pois tal redundaria em assumir como de direito um padrão que se poderia ter degradado. Os consensos maioritários, sobretudo em épocas de crise, nem sempre são aceitáveis como elemento sindicador de atos.

A tentativa de apelo a uma moral predominante torna-se igualmente complexa ⁽⁸³⁷⁾. O relativismo experimentado nos dias de hoje torna a fórmula difícil de concretizar ⁽⁸³⁸⁾. Não obstante, a jurisprudência alemã tem procurado definir os bons costumes por referência ao sentido de decoro ou dignidade de todos os que pensam com equidade e justiça. Os bons costumes seriam uma “noção variável, com os tempos e os lugares, abrangendo o conjunto de regras éticas aceites pelas pessoas honestas, corretas, de boa fé, num dado ambiente e num certo momento” ⁽⁸³⁹⁾. A posição defendida, entre nós, por Mota Pinto acaba por fugir ao relativismo niilista, embora reconheça a historicidade da categoria. Contudo, faz confluir bons costumes e boa-fé ⁽⁸⁴⁰⁾.

Menezes Cordeiro, por seu turno, chama à colação, na tentativa de concretização da cláusula, as regras do comportamento sexual e familiar e as regras deontológicas formuladas por ordens profissionais ⁽⁸⁴¹⁾. Mais refere o autor que ela terá um importante papel ao nível societário ⁽⁸⁴²⁾.

Os bons costumes não poderão deixar de ser compreendidos, em consonância com o entendimento que se tem do direito e do pensamento jurídico, como o conjunto de referências valorativas que enformam e informam a matriz civilizacional a que pertencemos. No centro da sua concretização haveremos, pois, de encontrar o homem pessoa. Mas não se trata, aqui, da consideração da sua dignidade intrínseca a fazer apelo aos princípios normativos que compõem a ordem pública. Trata-se, antes, de concretizações pontuais e setoriais dessa matriz que está acima do próprio direito, mas o contamina não contraditoriamente.

⁽⁸³⁷⁾ Veja-se a este propósito WIEACKER, “Rechtsprechung und Sittengesetz”, *Juristenzeitung*, 1961, 341 s.

⁽⁸³⁸⁾ Cf. em crítica Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 590.

⁽⁸³⁹⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 559.

⁽⁸⁴⁰⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 559. Além disso, a referência a Planiol, Ripert e Esmein e aos elementos são da população, guardas de uma tradição antiga, embora sugestiva, pode esbarrar nas conceções relativistas dominantes.

⁽⁸⁴¹⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 600 s.

⁽⁸⁴²⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 602.

9.6. Conformidade à ordem pública

A ordem pública deve ser entendida como o conjunto de princípios que sustentam e fundamentam o ordenamento jurídico. O reconhecimento da conformidade à ordem pública como requisito de validade do negócio jurídico espelha, claramente, a superação do pensamento positivista e a compreensão ético-axiológica do direito.

10. CLÁUSULAS ACESSÓRIAS TÍPICAS

Não obstante não ser possível determinar, *a priori*, o conteúdo do negócio jurídico, a prática negocial tem mostrado que há determinadas estipulações que, não sendo essenciais para a perfeição e validade do negócio, são frequentemente apostas pelas partes ao contrato. São as chamadas cláusulas acessórias — porque não essenciais — típicas (porque recorrentes).

Neste ponto expositivo, analisaremos algumas dessas cláusulas.

10.1. Condição

a. Noção; requisitos; modalidades

I. A condição é uma cláusula acessória típica por meio da qual as partes subordinam a eficácia de um negócio à verificação de um acontecimento futuro e incerto (artigo 270.º CC). A condição pode ser *suspensiva*, se o negócio só passar a produzir efeitos a partir da verificação do evento condicionante; ou *resolutiva*, se o negócio cessar a produção dos seus efeitos, a partir do momento em que se verificar o acontecimento futuro e incerto. Para que se possa falar de condição é essencial que haja subordinação dos efeitos do negócio a um evento futuro e incerto e que essa subordinação resulte da vontade das partes e não da lei. Fala-se, por isso, por falta de algum destes requisitos, de *condições impróprias*: é o caso das condições referidas ao passado ou ao presente; das condições necessárias; das condições impossíveis e das condições legais ⁽⁸⁴³⁾.

⁽⁸⁴³⁾ Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 358; Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 562; Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 641.

II. As condições, para além de suspensivas e resolutivas, podem ser *potestativas* ou *causais*. No primeiro caso, o evento condicionante fica dependente da vontade de uma das partes; no segundo caso, fica dependente da vontade de um terceiro ou traduz-se num facto natural. Tratando-se de uma condição potestativa, conforme ensina Menezes Cordeiro, “o participante em causa recebe o direito potestativo de deter ou de desencadear a eficácia do negócio, consoante seja resolutiva ou suspensiva” ⁽⁸⁴⁴⁾. O autor entende, por isso, que não estamos diante de uma condição em sentido próprio.

Mota Pinto apresenta um entendimento diverso, mas não sem chamar a atenção para alguns problemas. Na verdade, a condição potestativa pode ser arbitrária, se o evento condicionante é um puro querer ou um facto complementemente insignificante, ou não arbitrária, se o evento condicionante é um facto com alguma gravidade ou seriedade. Por outro lado, a condição potestativa pode ser *a parte creditoris* e *a parte debitoris*, consoante o evento condicionante se trate de um ato do credor ou do devedor ⁽⁸⁴⁵⁾. Explica, então, o autor que “a condição potestativa arbitrária *a parte creditoris* é inútil” e que a “a condição potestativa arbitrária *a parte debitoris* é inadmissível”, alertando, contudo, que nos contratos bilaterais, a condição nunca será verdadeiramente arbitrária, “pois o contraente cujo ato funciona como evento condicionante terá ou não direito à contra-prestação consoante a sua atitude, pelo que esta nunca consistirá num puro querer” ⁽⁸⁴⁶⁾.

b. Aponibilidade da condição

Em regra, uma condição pode ser aposta a qualquer contrato. É o que decorre do artigo 405.º CC. Há, porém, determinados atos que não podem ser condicionados.

Em primeiro lugar, a lei estabelece a proibição de aposição de uma condição a determinados atos. Pense-se, por exemplo, na compensação (artigo 848.º/2), o casamento (1618.º/2), na perfilhação (1852.º/1), entre outros. Menezes Cordeiro explica a proibição com o facto de não estarmos, aqui, diante de verdadeiros atos negociais, mas de simples atos jurídicos, pelo que não estariam abrangidos pela

⁽⁸⁴⁴⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 640.

⁽⁸⁴⁵⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 566.

⁽⁸⁴⁶⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 566.

ideia de liberdade de estipulação consagrada no artigo 405.º CC ⁽⁸⁴⁷⁾. Em causa estará, também, a natureza dos atos em questão.

Apondo-se uma condição a um destes negócios, a sanção é, em regra, a nulidade do negócio. Contudo, há exceções: em certas situações, a lei prevê sanções especiais (*v. g.* a ineficácia da compensação, quando feita sob condição, nos termos do artigo 848.º CC) ou determina, apenas, a nulidade da condição. É o que sucede nos atos de natureza pessoal, como o casamento ou a perfilhação (1618.º/2; 1852.º). Entende-se que assim seja, atenta a necessidade de preservar os atos em questão ⁽⁸⁴⁸⁾.

Para além dos negócios incondicionáveis por expressa determinação da lei, a doutrina tem entendido que, noutras situações, atenta a necessidade de salvaguardar uma das partes (considerada mais frágil) da relação e a impossibilidade de se precarizar uma disciplina negocial que se pretende, dentro de certos limites, garantística, se deve igualmente negar a possibilidade de aposição de uma condição ao contrato. Assim, por exemplo, no caso das condições resolutivas num contrato de arrendamento ou num contrato de trabalho ⁽⁸⁴⁹⁾.

c. Validade e invalidade da condição

A condição não pode, como qualquer cláusula contratual, ser contrária à lei, aos bons costumes ou à ordem pública. Além disso, não podem ser impossíveis (física ou legalmente). Nos termos do artigo 271.º/1 CC, o negócio jurídico subordinado a uma condição ilícita é nulo ⁽⁸⁵⁰⁾. Tratando-se de uma condição impossível, produz-se igualmente a nulidade de todo o negócio se ela for suspensiva; e gera-se, apenas, a nulidade da condição no caso de ser resolutiva. Mota Pinto justifica o desvio à regra, neste último caso, pelo facto de a situação corresponder à não verificação da condição resolutiva, provocando a consolidação dos efeitos do negócio ⁽⁸⁵¹⁾.

⁽⁸⁴⁷⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 646.

⁽⁸⁴⁸⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 648.

⁽⁸⁴⁹⁾ Neste sentido, Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 646.

⁽⁸⁵⁰⁾ Defendendo esta solução, de forma alargada e criticando as suas exceções, cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 645 e Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 523 s.

⁽⁸⁵¹⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 569.

A regra de que todo o negócio é contaminado pela invalidade da condição sofre, também, desvios no tocante aos negócios gratuitos (doações e testamentos), consoante resulta dos artigos 2233.º e 967.º CC. A condição impossível ou ilícita é, neste caso, nula, mantendo-se a validade do testamento ou da doação. Há, contudo, uma diferença entre os dois tipos de condições inválidas. Tratando-se de uma condição impossível, o doador ou o testador podem excluir a validade do ato, gerando-se a nulidade total; pelo contrário, esta possibilidade fica excluída no caso das condições ilícitas.

Mota Pinto explica o regime considerando que, “quanto às condições impossíveis, deve ter-se considerado que, talvez, a vontade presumível do disponente, nas doações e testamento, seja no sentido da manutenção do negócio sem a condição, e, daí, ter-se estabelecido esse regime com caráter supletivo. Quanto às condições ilícitas, sancionou-se o mesmo regime com caráter imperativo, para, deste modo, afastar a possibilidade de o beneficiário do negócio ser impelido à prática de um ato em si ilícito ou que, embora lícito, se entende dever ser deliberado no foro da consciência livre dos indivíduos, pelo desejo de beneficiar da liberalidade” ⁽⁸⁵²⁾.

Menezes Cordeiro mostra-se particularmente crítico desta regra *vitiatur sed non vitiat*, ou seja, a regra segundo a qual a invalidade de uma condição não acarreta a invalidade de todo o negócio (por oposição à regra *vitiat et vitiatur*). Para o autor, “tomada à letra esta ideia, da (mera) nulidade de certas condições, teria efeitos deste tipo: caso contigo quando fizeres 80 anos (se fizeres): a condição tem-se por não escrita, segundo o artigo 1618.º/2, pelo que o casamento seria válido e (imediatamente) eficaz. Ou, num exemplo de Castro Mendes: dou-te quando as galinhas tiverem dentes; a condição é impossível, pelo que se tem por não escrita (artigos 967.º e 2230.º/1), sendo a doação válida e (imediatamente) eficaz. Não pode ser: em ambos os casos, o declarante manifesta a vontade de não praticar o ato” ⁽⁸⁵³⁾. Nessa medida, o autor propõe que se pondere se as partes terão mesmo querido o negócio sem a condição: “quando for patente a negativa, o facto de a condição se ter como não escrita acarreta a nulidade do conjunto” ⁽⁸⁵⁴⁾. Do ponto de vista do direito positivo, Menezes Cordeiro sustenta a sua posição no artigo 2230.º/1 CC, que vem permitir, no

⁽⁸⁵²⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 571.

⁽⁸⁵³⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 648.

⁽⁸⁵⁴⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 648.

caso de condição impossível, que o doador ou o testador excluam a validade do ato, gerando-se a nulidade total, por meio de declaração nesse sentido. Argumenta o autor que, podendo a declaração ser tácita, se encontra aí um ponto de apoio seguro para o entendimento que defende.

A este propósito, convém tecer algumas considerações. Em primeiro lugar, o alicerce normativo encontrado não se estende às condições ilícitas. Por outro lado, os exemplos oferecidos pelo autor, não deixando de ser sugestivos, não colhem plenamente. No caso do casamento, este nunca poderia ser dado como válido, por não ter chegado a ser celebrado. No caso da doação sujeita à condição impossível, já seria possível avançar para a solução explanada, sem que, contudo, ela se pudesse estender às hipóteses de ilicitude.

d. Condição suspensiva

Entre o momento da celebração do negócio e a verificação do evento condicionante, a condição diz-se pendente. Aquele que adquire sob condição suspensiva não é ainda titular de um direito, mas de uma expectativa jurídica.

Durante este período, aquele que contrair a obrigação ou alienar o direito deve agir segundo os ditames da boa-fé, abstendo-se da prática de atos que comprometam a integridade do direito da outra parte, de acordo com o artigo 272.º CC.

O credor condicional pode praticar atos de disposição sobre bens ou direitos que constituem objeto do negócio, embora esses atos fiquem sem efeito se a condição suspensiva não se verificar, de acordo com o artigo 274.º CC. Pode igualmente praticar atos conservatórios, nos termos do artigo 273.º CC.

Verificada a condição, os efeitos do negócio que estavam suspensos — apenas se produzindo efeitos provisórios, muitos dos quais com eficácia cautelar ⁽⁸⁵⁵⁾ — efetivam-se, com eficácia retroativa. A solução consta do artigo 276.º CC, que, no entanto, se apresenta como uma norma supletiva. Além disso, abrem-se exceções à regra da retroatividade: o devedor condicional tem ainda direito aos frutos percebidos durante a pendência, nos termos do artigo 1270.º CC, para o qual somos remetidos pelo n.º 3 do artigo 277.º CC.

⁽⁸⁵⁵⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 574.

Não verificada a condição, os efeitos do negócio não se produzem e desaparecem os efeitos dos atos provisórios entretanto levados a cabo.

e. Condição resolutiva

Sendo aposta uma condição resolutiva a um contrato, o negócio produz os seus efeitos, mas poderá deixar de os produzir, com eficácia retroativa, se se verificar o evento condicionante. O preenchimento da condição implica a destruição automática e retroativa dos efeitos do negócio. A retroatividade conhece, aqui, exceções, assumindo particular importância os contratos de execução continuada. O devedor condicional é titular de uma expectativa jurídica ⁽⁸⁵⁶⁾. Não verificada a condição, os efeitos do negócio consolidam-se.

f. A boa-fé ao nível do regime da condição

O artigo 275.º/1 CC dispõe que a certeza de que a condição não se pode verificar equivale à sua não verificação. Há, porém, situações de *sabotagem da condição* ⁽⁸⁵⁷⁾. O n.º 2 do artigo 275.º CC estabelece que, se a verificação da condição for impedida, contra as regras da boa-fé, por aquele a quem prejudica, tem-se por verificada; se for provocada, nos mesmos termos, por aquele a quem aproveita, considera-se como não verificada. A solução tem sido entendida pelos autores como uma concretização do artigo 272.º CC, nos termos do qual “aquele que contrair uma obrigação ou alienar um direito sob condição suspensiva, ou adquirir um direito sob condição resolutiva, deve agir, na pendência da condição, segundo os ditames da boa-fé, por forma que não comprometa a integridade do direito da outra parte” ⁽⁸⁵⁸⁾, estando em linha com o disposto no § 162 BGB. Nessa medida, surgiria como uma projeção do princípio da boa fé e da confiança, na medida em que o que se pretende é que, sempre que a eficácia de um negócio fique dependente da verificação de um evento futuro, um dos contraentes possa influenciar, com o seu comportamento, o rumo dos acontecimentos, conduzindo à verificação de tais eventos.

A boa-fé, entendida em termos objetivos, é chamada a depor a este nível para efeitos de consolidação das hipóteses de sabotagem. Não

⁽⁸⁵⁶⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 575.

⁽⁸⁵⁷⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 572.

⁽⁸⁵⁸⁾ Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, 652.

se exige uma conduta dolosa, mas apenas uma conduta que contrarie aquilo que seria expectável a um contraente honesto, leal e correto ⁽⁸⁵⁹⁾. De acordo com Mota Pinto, “comporta-se contra a boa-fé quem não se comporta como se pode esperar, segundo o sentido do contrato, de um contraente que pense com lealdade; não é preciso que o contraente vise dolosamente a verificação da condição; basta que o seu comportamento, de uma forma reconhecível para ele, não corresponda ao que a outra parte, segundo a boa-fé, tem legitimidade para esperar dele” ⁽⁸⁶⁰⁾. Já para Menezes Cordeiro, estamos diante de uma manifestação da boa-fé objetiva, a implicar a observância de dois princípios fundamentais, a tutela da confiança e a primazia da materialidade subjacente. Assim, “as partes não [podem] agir contra o que, pelas suas opções contratuais ou pela ordem natural das coisas, iria, em princípio, suceder, em termos que provocaram a crença legítima da outra parte” ⁽⁸⁶¹⁾; e “a primazia da materialidade subjacente obriga a que a condição não possa transformar-se num jogo formal de proposições: ela deve exprimir, no seu funcionamento, a vontade condicional das partes, isto é, a sua subordinação ao facto futuro e incerto que escapa à vontade de qualquer delas” ⁽⁸⁶²⁾, pelo que haverá contrariedade à boa-fé se uma das partes incidir sobre o “*iter* formativo da condição, desde que se venha a interferir na sua ocorrência (ou não-ocorrência) em termos que contrariem a confiança da outra parte; e se venha a bulir com a essência futura e incerta da verificação da condição, transformando-a, por exemplo, num simples exercício potestativo da parte interventora” ⁽⁸⁶³⁾.

10.2. Termo

I. O termo pode ser definido como uma cláusula acessória típica, nos termos da qual as partes subordinam a eficácia de um negócio jurídico à verificação de um evento futuro e certo. O termo pode ser certo, se se souber, *a priori*, quando irá ocorrer; ou incerto,

⁽⁸⁵⁹⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 572. Bastar-nos-íamos, portanto, com uma conduta negligente ou com uma conduta que violasse em termos objetivos o princípio da confiança.

⁽⁸⁶⁰⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 572.

⁽⁸⁶¹⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, 653.

⁽⁸⁶²⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, 653.

⁽⁸⁶³⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, 653.

se, apesar de ser certa a sua verificação, não se sabe quando é que ocorrerá.

II. Tal como a condição pode ser suspensiva ou resolutiva, o termo pode ser suspensivo ou inicial, quando as partes estabelecem o momento a partir do qual o negócio passa a produzir efeitos; ou resolutivo ou final, se produção de efeitos do negócio cessar com a verificação do termo. Por outro lado, o termo pode ser qualificado como expreso/próprio ou tácito/impróprio. No primeiro caso, ele existe por vontade das partes; no segundo caso, por imposição da lei ⁽⁸⁶⁴⁾.

III. Podemos, também, distinguir o termo essencial do termo não essencial. Sendo essencial, a prestação deve ser efetuada até à verificação do termo. Ultrapassada essa data ou momento, o não cumprimento é equiparado a impossibilidade definitiva da prestação ⁽⁸⁶⁵⁾.

IV. Em regra, pode ser aposto um termo a qualquer contrato, em homenagem à liberdade contratual. Porém, há negócios inaprazáveis. Menezes Cordeiro sustenta que, se o negócio não é aprazável, não pode ser condicionável, mas que o inverso não é verdadeiro ⁽⁸⁶⁶⁾. Contudo, Mota Pinto evidencia que há negócios que, não podendo ser celebrados a termo, admitem uma cláusula condicional.

V. Os artigos 273.º a 277.º CC, referentes à condição, aplicam-se ao termo.

VI. O artigo 279.º CC estabelece as regras para o cômputo do termo.

10.3. Cláusula modal ou modo

I. O modo pode definir-se como uma cláusula acessória típica, nos termos da qual, nas doações e nas liberalidades testamentárias, o doador ou o testador impõem ao beneficiário a obrigação de impor

⁽⁸⁶⁴⁾ Com uma outra classificação, cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 660.

⁽⁸⁶⁵⁾ Para mais desenvolvimentos, Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 572.

⁽⁸⁶⁶⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 660.

um certo comportamento no seu interesse (doador ou testador), no interesse do beneficiário ou de um terceiro ⁽⁸⁶⁷⁾.

II. Embora se traduza igualmente numa cláusula acessória típica, a cláusula modal não se confunde com a condição. A doutrina tem sido particularmente cautelosa na cisão entre as duas figuras: sendo aposta uma condição suspensiva, o negócio não produz efeitos até à verificação do evento condicionante; ao invés, tratando-se de um modo, o negócio produz imediatamente efeitos. Por outro lado, o modo obriga, ao contrário da condição, da qual não resulta nenhuma obrigação. Afirma-se, por isso, que “a condição suspensiva suspende, mas não obriga, e o modo obriga, mas não suspende” ⁽⁸⁶⁸⁾. No confronto com a condição resolutiva, havemos de considerar que, se a verificação do evento condicionante ocorrer, há automática resolução do negócio com eficácia retroativa. Pelo contrário, no modo, o disponente, em caso de não cumprimento do encargo, tem a possibilidade de pedir a resolução da liberalidade, mas só em certas condições, e sem eficácia retroativa em relação a terceiros. Na formulação de Mota Pinto, “a condição resolutiva resolve automaticamente, mas não obriga, e o modo obriga, mas dá apenas o direito de pedir a resolução” ⁽⁸⁶⁹⁾. Por sua vez, Menezes Cordeiro, na esteira do ensinamento de Oliveira Ascensão, considera que, “no modo, o autor da liberalidade pretende beneficiar o destinatário e aproveita para prosseguir um efeito secundário; na condição resolutiva, ele pretende o tal efeito lateral e apenas utiliza o negócio como via para o conseguir” ⁽⁸⁷⁰⁾.

A qualificação de uma cláusula como condição ou como modo é um problema de interpretação do negócio ⁽⁸⁷¹⁾, considerando-se que,

⁽⁸⁶⁷⁾ Cf., sobre o ponto, Antunes VARELA, *Ensaio sobre o conceito de modo*, Coimbra, 1955; Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 583 s.; Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 393 s.; Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 664 s. Maria do Rosário Palma RAMALHO, “Sobre a doação modal”, *O Direito*, 122, 1990, 673 s.

⁽⁸⁶⁸⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 584.

⁽⁸⁶⁹⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 584. O autor acrescenta que, “enquanto a condição faz corpo com o negócio (é incindível), há uma certa cindibilidade entre a liberalidade e o encargo modal”.

⁽⁸⁷⁰⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 665.

⁽⁸⁷¹⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 585; Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 665.

em caso de dúvida, em nome do princípio da conservação dos negócios jurídicos, se deve optar pela classificação da estipulação como modo ⁽⁸⁷²⁾.

III. A cláusula modal impossível (física ou legalmente) é nula, mantendo-se a validade do testamento ou da doação. Porém, o doador ou o testador podem excluir a validade do ato, gerando-se a nulidade total. O modo ilícito gera também a nulidade da cláusula, mas, ao contrário do que se consagra em matéria de modo impossível, o doador ou o testador não podem excluir a validade do ato ⁽⁸⁷³⁾.

IV. *Quid iuris*, em caso de não cumprimento do encargo que foi imposto? Haveremos, a este propósito, de considerar várias hipóteses. Se o não cumprimento não for imputável ao devedor, a obrigação extingue-se. Caso o não cumprimento lhe seja imputável, nos termos do artigo 965.º CC, tanto o doador, como os herdeiros ou quaisquer interessados têm legitimidade para exigir do donatário ou dos seus herdeiros o cumprimento dos encargos. Note-se, porém, que o cumprimento dos encargos fica limitado ao valor da coisa doada ou do direito doado ⁽⁸⁷⁴⁾. Além disso, o doador ou os seus herdeiros podem resolver o contrato, com base no não cumprimento, quando esse direito (à resolução) lhes seja conferido pelo próprio contrato (artigo 966.º CC). No caso dos testamentos, o direito à resolução existe se o testador assim o tiver determinado ou se for lícito concluir, a partir da interpretação do testamento, que a disposição não teria sido mantida sem o cumprimento do encargo (artigo 2248.º CC).

O entendimento segundo o qual o direito à resolução, no caso das doações, só existiria quando previsto no contrato é posto em causa por Menezes Cordeiro. Entende o autor que, em nome da boa-fé, se deveria entender, pelo menos por referência a alguns casos, que esse direito existe mesmo quando o contrato o não indique ⁽⁸⁷⁵⁾. Não se podendo ignorar as exigências comunicadas pelo princípio da boa-fé, importa ainda assim considerar que a vontade livre do donatário na aceitação do contrato fica dependente do esclarecimento cabal de

⁽⁸⁷²⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 585.

⁽⁸⁷³⁾ Cf. artigos 967.º, 2230.º e 2245.º CC.

⁽⁸⁷⁴⁾ Cf. artigo 963.º CC. No caso dos testamentos, a solução resulta do artigo 2071.º CC. Veja-se, igualmente, o artigo 2276.º CC.

⁽⁸⁷⁵⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 665-666.

todos os aspetos do negócio. Isto não obsta, obviamente, a que, em determinadas situações, a boa-fé imponha uma solução diversa. Parece, assim, poder suavizar-se a exigência da lei.

10.4. Cláusulas de exclusão e de limitação da responsabilidade

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 ⁽⁸⁷⁶⁾.

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 ⁽⁸⁷⁷⁾. 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

⁽⁸⁷⁶⁾ Sobre o ponto, cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 599; António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Almedina, 2003, Coimbra, 100.

⁽⁸⁷⁷⁾ António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 103-114. Porém, sobre as cláusulas de limitação da garantia patrimonial, assumimos algumas reservas, atenta a diversa natureza e o diverso sentido da responsabilidade que aí vai envolvido. Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda Barbosa, “Do sentido da responsabilidade aos sentidos da responsabilidade: da *role responsibility* à *liability*; a responsabilidade contratual e a responsabilidade patrimonial”, *Pessoa, Direito e Responsabilidade, III Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade Civil*, Editora Foco, 2020, 141-172 (também publicado em *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano II, 2020), 15-55.

efeito a limitação da responsabilidade propriamente dita ⁽⁸⁷⁸⁾. Por isso, neste pequeno excurso, assumiremos como guia discursivo aquelas que são, pela sua recorrência, as normais cláusulas de limitação e exclusão da responsabilidade, ou seja, as que limitam a responsabilidade do devedor a um determinado grau de culpa ou a um determinado montante. Repare-se que cada uma delas acaba por, nessa limitação, funcionar em termos exoneratórios, isto é, ao estabelecer um limite de indemnização acima do qual o devedor deixa de ter de compensar o credor, tal significa que aquele se exonera acima de um determinado montante, o mesmo raciocínio valendo por referência ao grau de culpa.

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 artigo 809.º CC e da génese do preceito.

Na verdade, se os autores anterior 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 de Vaz Serra ⁽⁸⁷⁹⁾, a segunda revisão ministerial determinaria que artigo 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

⁽⁸⁷⁸⁾ Reconhecendo isso mesmo, cf. António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 114.

⁽⁸⁷⁹⁾ 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 excurso. Sobre o ponto, teceremos a seu tempo as devidas considerações.

divisões anteriores nos casos de não cumprimento ou mora do devedor, salvo o disposto no n.º 2 do artigo 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 artigo 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 ⁽⁸⁸⁰⁾. Outros, mesmo podendo não concordar com a solução que era ditada pelo diploma mãe em matéria de direito civil, aderiram ao entendimento ⁽⁸⁸¹⁾. Curiosamente, no tocante às cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade por atos de auxiliares, em face do artigo 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 artigo 809.º CC não abrangeria, desde logo, no seu âmbito de relevância as cláusulas de limitação da responsabilidade ⁽⁸⁸²⁾. Não só estas não envolvem uma renúncia do

⁽⁸⁸⁰⁾ J. Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. II, 6.ª edição, Almedina, 2000, Coimbra, 136 s. e 197.

⁽⁸⁸¹⁾ Cf. Pessoa JORGE, “Limitação convencional da responsabilidade”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 281, 1979, 11 s.

⁽⁸⁸²⁾ Veja-se, ainda, a posição dos autores que defendem a invalidade das cláusulas de exclusão em face do artigo 809.º CC, mas a validade das cláusulas de limitação diante do artigo 810.º CC. Cf. Pessoa JORGE, “A limitação convencional da responsabilidade civil”, 32 s.; Ana PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, 618 s., Ana Filipa Moraes ANTUNES, *Comentário ao Código Civil*, 1154.

Contrariando a distinção entre a exclusão e a limitação, cf. Paulo Mota PINTO, “Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade por condutas não dolosas do devedor”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Pinto Monteiro*, I, Instituto Jurídico, Coimbra, 2023, 958-959. De acordo com as suas palavras, “deve, porém, ter-se em conta que a exclusão da indemnização pode ser total ou parcial, e que a limitação pode também ser mais ou menos ampla. Pelo que, numa perspetiva que atenda ao efeito substancial da estipulação sobre a obrigação de indemnização, a distinção conceitual entre exclusão e limitação não pode ser relevante para efeitos de tratamento jurídico (e sem prejuízo de poderem existir argumentos específicos, legais e de outro tipo, quanto à cláusula de limitação da

devedor ao direito à indemnização, mas tão-só uma sua limitação, como o artigo 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 ⁽⁸⁸³⁾. No tocante às cláusulas de exclusão da responsabilidade, o autor opera uma redução teleológica do citado artigo 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” ⁽⁸⁸⁴⁾, 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

indemnização). Tal distinção reconduzir-se-á, em muitas hipóteses, a simples questão de perspectiva (uma cláusula que limita a indemnização aos casos de culpa grave ou dolo do devedor exclui a indemnização por culpa leve; uma cláusula que exclua a indemnização por lucros cessantes ou “danos indiretos” limita o ressarcimento aos danos emergentes ou a “danos diretos”; uma cláusula que limita a indemnização a certo montante exclui a indemnização dos prejuízos que excedam esse valor), e o seu efeito substancial pode ser o mesmo, ou muito próximo, quando a limitação é muito abrangente (ou a valores muito baixos), ou quando a exclusão é só parcial. Numa perspectiva que não atenda decisivamente aos argumentos literais ou de comparação com a cláusula de fixação antecipada da indemnização, mas antes aos valores e interesses em presença, e que, portanto, parta do efeito material da cláusula sobre a obrigação de indemnização, afigura-se, pois, que a distinção — mesmo que fosse possível — entre “exclusão” e “limitação” (ou também “condicionamento” ou “renúncia”) da indemnização, ou entre cláusulas de exclusão e cláusulas limitativas, não pode ser critério decisivo para circunscrição das hipóteses de validade e de invalidade das cláusulas em questão. Antes se impõe uma disciplina unitária das cláusulas de exclusão (total ou parcial) e de limitação (maior ou menor) da responsabilidade contratual”.

⁽⁸⁸³⁾ António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 171 s.

⁽⁸⁸⁴⁾ Cf. António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 182 e Pires de LIMA/Antunes VARELA, *Código Civil anotado*, II, artigo 809.º, 4.ª edição, 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.

lhes seja subtraída” ⁽⁸⁸⁵⁾. 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” ⁽⁸⁸⁶⁾, 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 ⁽⁸⁸⁷⁾. 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” ⁽⁸⁸⁸⁾. Esta solução é reforçada por um outro argumento, de índole sistemática. Na verdade, o DL n.º 446/85 vem considerar como cláusulas absolutamente proibidas, e portanto nulas, nos termos do artigo 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 ⁽⁸⁸⁹⁾. 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 ⁽⁸⁹⁰⁾.

A posição do civilista que temos vindo a acompanhar de muito perto não é, contra o que se poderia pensar, ímpar. Não só ela foi

⁽⁸⁸⁵⁾ António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 185.

⁽⁸⁸⁶⁾ António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 187.

⁽⁸⁸⁷⁾ António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 214.

Veja-se, porém, a posição de Paulo Mota Pinto, que admite a validade das cláusulas de exclusão e de limitação da responsabilidade nas hipóteses de culpa grave. Cf. Paulo Mota Pinto, “Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade por condutas não dolosas do devedor”, 944

⁽⁸⁸⁸⁾ António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 214.

⁽⁸⁸⁹⁾ Cf. artigo 18.º, c) e d).

⁽⁸⁹⁰⁾ António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 386-g. No mesmo sentido, cf. M. J. Almeida COSTA, *Direito das obrigações*, Almedina, 2001, Coimbra, 725; António Menezes CORDEIRO, *Tratado*

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 ⁽⁸⁹¹⁾, Almeida Costa, distinguindo entre a renúncia ao direito e o condicionamento a um determinado grau de culpa ⁽⁸⁹²⁾, Nuno Pinto de Oliveira ⁽⁸⁹³⁾, 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 artigo 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 ⁽⁸⁹⁴⁾. 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 ⁽⁸⁹⁵⁾, e com o entendimento que defende a sua invalidade ⁽⁸⁹⁶⁾, 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 artigo 809.º CC, razão pela qual se

de Direito Civil Português, I/I, Almedina, 1999, Coimbra, 582; Inocêncio Galvão Telles, *Direito das obrigações*, 7.ª edição, Coimbra Editora, 1997, Coimbra, 432.

⁽⁸⁹¹⁾ Inocêncio Galvão Telles, *Direito das obrigações*, 431 s.

⁽⁸⁹²⁾ M. J. Almeida Costa, *Direito das obrigações*, 734 s.

⁽⁸⁹³⁾ Nuno Pinto de Oliveira, *Cláusulas acessórias ao contrato — cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indemnizar e cláusulas penais*, 3.ª edição, Almedina, 2008, Coimbra, 36 s.

⁽⁸⁹⁴⁾ António Pinto Monteiro, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 258 s.

⁽⁸⁹⁵⁾ J. Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, vol. II, 138.

⁽⁸⁹⁶⁾ Ana Prata, *Cláusulas de exclusão e de limitação da responsabilidade contratual*, 757 s.

deve considerar que a mencionada validade fica limitada aos casos de culpa leve, exceto nas hipóteses em que a atuação seja de um auxiliar independente.

O rememorar da lição do Mestre, ainda que em diálogo com outros autores, permite-nos perceber que, também como o mesmo sublinha, não se integram na *ratio* do artigo 809.º as cláusulas de exclusão de responsabilidade extracontratual. Se a intenção do preceito é evitar que se desfigure a obrigação civil, importa não esquecer que, por referência à responsabilidade aquiliana, essa obrigação prévia não existe. Assim, conclui Pinto Monteiro, numa solução em que é acompanhado por outros autores ⁽⁸⁹⁷⁾, que seja de aceitar a validade das mesmas, exceto quando haja ofensa à ordem pública ou aos bons costumes e nas hipóteses em que haja dolo, designadamente quando esteja em causa a violação da vida, da saúde, da integridade física ou moral do lesado ⁽⁸⁹⁸⁾. A par do argumento da não inclusão da estipulação no âmbito de relevância do artigo 809.º CC, o autor mobiliza ainda o regime do consentimento do lesado para sustentar a sua posição, aduzindo que o mesmo nos permite chegar a soluções análogas. Para Pinto Monteiro, considerar que a responsabilidade extracontratual envolve sempre matéria de ordem pública acaba por não passar de um preconceito.

Ainda que possamos chegar a conclusões similares (embora, podemos adiantá-lo, não totalmente coincidentes), estamos em crer que há certos segmentos problemáticos que não podem deixar de ser equacionados, de modo a eliminar todas as dúvidas. Antes, porém, de nos debruçarmos sobre eles, importa considerar como pode operar uma cláusula de exclusão da responsabilidade aquiliana.

Dir-se-ia de antemão que elas podem operar a dois níveis, colocando-se, em relação a cada um, problemas diversos. Assim, podemos estar diante de uma cláusula de exclusão da responsabilidade extracontratual inserida num contrato cujo objeto seja outro, hipótese em que o julgador terá de resolver um duplo problema: tomar posição em relação à questão do eventual concurso de fundamentos de uma mesma pretensão indemnizatória, por um lado, e, por outro lado, interpretar a estipulação contratual no sentido de determinar

⁽⁸⁹⁷⁾ Veja-se, *inter alia*, Adriano Vaz SERRA, “Cláusulas modificadoras da responsabilidade”, 132 s.

⁽⁸⁹⁸⁾ António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 406 e 409.

se ela abrange ou não a responsabilidade aquiliana. Ou, em alternativa, podemos estar diante de uma cláusula de exclusão ou limitação da responsabilidade em sentido próprio, a vincular pessoas que não estavam ligadas por uma relação negocial prévia.

São estas últimas que levantam dificuldades, desde logo, no tocante à sua operacionalidade. Na verdade, se não existe uma relação negocial prévia, como é possível prever a exclusão da responsabilidade, tanto mais que os lesados são, nesta modalidade ressarcitória, indefinidos *a priori* e se exige um verdadeiro acordo negocial ⁽⁸⁹⁹⁾. Pinto Monteiro aduz, a este propósito, que, não obstante, “nada impede que o responsável por (eventuais) danos possa (...) acautelar-se perante essas pessoas, celebrando com elas (a troca de certas vantagens ou benefícios de qualquer natureza, por exemplo) convenções de exclusão ou de limitação de responsabilidade” ⁽⁹⁰⁰⁾, o que não modifica, entenda-se, a natureza da responsabilidade ⁽⁹⁰¹⁾.

Independentemente do tipo de cláusula com eficácia aquiliana com que nos confrontemos, há problemas que lhes são comuns (diríamos mesmo que conaturais). Na verdade, ainda que seja correto afirmar que, a este nível, não militam as razões que podem estar na base da não validade de certas cláusulas de exclusão ou limitação da responsabilidade contratual, vazadas na disciplina do artigo 809.º CC, importa não esquecer que as diferenças entre as duas modalidades de responsabilidade não se esgotam no puro plano estrutural.

Se é verdade que, num plano mais superficial, o pressuposto da distinção é a existência de uma obrigação em sentido técnico e a particularidade de o dano resultar no âmbito de um acordo negocial, que vai desencadear um regime especial de responsabilidade, resultando a distinção estruturalmente das fontes ⁽⁹⁰²⁾, não é menos certo

⁽⁸⁹⁹⁾ António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 399.

⁽⁹⁰⁰⁾ António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 392. Cf. nota 895, para inúmeros exemplos, muitos deles reconduzidos às relações de vizinhança.

⁽⁹⁰¹⁾ Seria, no fundo, uma responsabilidade delitual regulada pelo contrato — cf. António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 396.

⁽⁹⁰²⁾ SCOGNANIGLIO, “Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale”, *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XV, Torino, 1986, 670 s. e “Responsabilità contrattuale (diritto vigente)”, *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Milano, 1988, 1072; MAJELLO, “Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale”, *Rassegna diritto*

que a este plano estrutural de diferenciação se aliam outros, quais sejam o plano funcional e o plano ético-axiológico.

Encontrada na ideia de pessoalidade a matriz ética em que radica o sentido do direito, e estruturando-se aquela numa dialética entre liberdade e responsabilidade, à responsabilidade civil não pode deixar de ser reconhecida uma intencionalidade última que seja diretamente comunicada pelo princípio normativo do direito enquanto direito. Quer isto dizer que a responsabilidade civil não serve apenas — para lá da função ressarcitória e preventiva — para afirmar contrafacticamente a validade dos bens jurídicos violados, mas também para reafirmar a pessoalidade do lesante, pelo seu chamamento à responsabilidade. Nessa medida, a ideia de que afirmar-se que a responsabilidade extracontratual é de ordem pública “não passará de um preconceito”, porque muitas vezes estão em causa interesses meramente privados, “não deixando, por outro lado, de causar prejuízo social mais grave (...) a violação de certos contratos do que algumas lesões que dão lugar à responsabilidade aquiliana” ⁽⁹⁰³⁾, acaba por esquecer uma dimensão absolutamente fundamental do instituto delitual.

No fundo, se é certo que a ordem pública pode não estar interessada na reparabilidade de todos os danos ⁽⁹⁰⁴⁾, não é menos verdade que a imperiosa necessidade de responsabilização do lesante, em face de um ato ilícito, culposo e causador de danos, pode ficar comprometida com o acordo exoneratório ou limitativo da responsabilidade.

Isto não quer dizer, porém, que se deve pôr imediatamente de parte a validade das referidas cláusulas. Significa antes que teremos de perscrutar outros argumentos no sentido de concluir pela validade ou invalidade das mesmas.

Apesar do que ficou dito, importa sublinhar que a cláusula de limitação de responsabilidade extracontratual não opera ao nível da responsabilidade, mas apenas ao nível do direito à indemnização que dela decorre. Por outro lado, o artigo 494.º CC admite que, “quando

civile, 1988, 109 e “Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale”, *Fondamento e funzione della responsabilità civile*, Atti del Seminario diretto da Buonocore e Majello, Napoli, 1975, 7 s. Veja-se, ainda, Francesca GIARDINA, *Responsabilità Contrattuale e Responsabilità Extracontrattuale, Significato Attuale di una Distinzione Tradizionale*, Milão, Giuffrè Editores, 1993.

⁽⁹⁰³⁾ António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 408.

⁽⁹⁰⁴⁾ António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 408.

a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem”. Ora, se o próprio ordenamento jurídico admite hipóteses de fixação da indemnização abaixo do dano mensurado, em nome da equidade, então, parece ser de admitir que o lesado acorde com o lesante, em momento prévio à ocorrência da lesão, um montante acima do qual não será possível exigir uma indemnização.

Repare-se, contudo, que o fundamento da redução da indemnização, num caso e noutro, será diverso. Enquanto ao nível do artigo 494.º CC o julgador há-de basear-se na equidade, aqui o fundamento da redução é a autonomia privada dos sujeitos. A mobilização do artigo 494.º CC serve, portanto, para mostrar que o ordenamento jurídico não se opõe a uma solução como esta, não podendo ser mobilizado diretamente para resolver a questão.

Exatamente porque o fundamento da redução da indemnização é a autonomia privada, e porque o que está em causa é prescindir de uma parte da prestação correspondente à lesão de um determinado direito ou interesse (juridicamente tutelado através de uma norma de proteção), então somos confrontados com limites a essa possibilidade de determinação autónoma do montante máximo da indemnização. Em primeiro lugar, não é possível haver redução da indemnização quando o direito lesado seja indisponível. Naqueles casos em que a indisponibilidade é relativa, poder-se-ia ponderar se a lesão que se verificou — e a partir da qual se define o montante indemnizatório — poderia ou não ter sido autorizada pelo sujeito. No entanto, estando em causa direitos de personalidade, porque a livre disposição deles pode ser revogada a todo o tempo, há que ter sustentar a invalidade de uma cláusula limitativa da responsabilidade que surja pela violação de um deles.

Por outro lado, porque a dimensão de ordem pública com que surge revestida a responsabilidade civil não se esgota na tutela de certos bens jurídicos ou na reafirmação contrafáctica da sua validade, antes envolvendo o chamamento à responsabilidade do lesante como forma de atualizar a sua pessoalidade, não será de admitir a redução da indemnização nas hipóteses em que a culpa desse lesante não seja leve. O critério do grau de culpa estabelecido ao nível do artigo 494.º CC deve funcionar também nas hipóteses de redução da indemnização com fundamento na autonomia privada.

As dificuldades agravam-se quando temos de lidar com as cláusulas de exclusão da responsabilidade extracontratual. Na verdade,

aí não está em causa a simples redução do montante indemnizatório, mas a exclusão do direito à indemnização.

A doutrina tem encontrado no consentimento do lesado um argumento importante para a validade de princípio da convenção de exclusão da responsabilidade extracontratual ⁽⁹⁰⁵⁾. O argumento percebe-se se perspetivarmos a ideia de ordem pública à luz da necessidade de tutela de certos bens jurídicos. Na verdade, se o ordenamento jurídico permite que o titular do direito possa consentir na sua lesão, por maioria de razão, terá de admitir que a indemnização que resulta dessa mesma lesão possa ser excluída. Não cremos, no entanto, que o argumento proceda. Na verdade, o consentimento do lesado atua num momento prévio, excluindo a ilicitude do comportamento, pelo que a responsabilidade nunca chega a emergir. Embora o resultado prático-normativo possa ser idêntico, com a eficácia do consentimento, porque o lesante é autorizado a agir, não se coloca o problema da exclusão de uma responsabilidade e, portanto, da contradição com o princípio da responsabilidade. Pelo contrário, nas hipóteses em apreço, a responsabilidade avulta e porque aquele é um princípio maior do ordenamento jurídico, há que indagar até que ponto a autonomia privada o pode conformar.

O problema das cláusulas de exclusão da responsabilidade coloca-se porque foi celebrado um contrato, nos termos do qual o lesado prescinde — antecipadamente — de uma prestação a que tem direito. Se tal prestação corresponde a uma via de satisfação do interesse do titular de um direito lesado, então, se for possível ao abrigo da autonomia privada dispor de tal direito, parece à primeira vista que não há razões para não se permitir que se prescinda do crédito subsequente.

Esta correspondência entre o crédito indemnizatório e o direito lesado leva-nos, por seu turno, a concluir que as cláusulas de exclusão de responsabilidade deveriam ser postergadas quando em causa estivesse um direito indisponível. Tal como por referência às cláusulas limitativas da responsabilidade, sempre que a indisponibilidade fosse relativa, poder-se-ia ponderar se a lesão que se verificou — e a partir da qual emerge a responsabilidade — poderia ou não ter sido autorizada pelo sujeito, mas sempre que estejam em causa direitos de personalidade, porque a livre disposição deles poderia ser revogada

⁽⁹⁰⁵⁾ António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 408-409.

a todo o tempo, há que se sustentar a impossibilidade da cláusula exoneratória ⁽⁹⁰⁶⁾.

Salvaguardada a livre disponibilidade do crédito, importa não esquecer, ademais, que o sujeito, credor da pretensão indemnizatória, pode transmitir o seu direito de crédito e ou pode optar pela inação, fazendo-o prescrever. Se nesta última hipótese é evidente que prescinde da indemnização, também na primeira ela pode acabar por não se destinar à cobertura do dano gerado, o que quer dizer que, uma vez fundada a responsabilidade, é no plano das relações obrigacionais que nos movemos.

Simplemente, há três dados que não podem ser ignorados. Em primeiro lugar, o que assim fica dito exige que se comprove a correspondência entre o crédito indemnizatório e o direito violado. Em segundo lugar, a autonomia privada só se exerce verdadeiramente quando se conhecem os contornos da vinculação a que, com base nela, se abrem as portas, o que quer dizer que, porque a exclusão da indemnização é feita *a priori*, pode suceder, em concreto, que os danos gerados sejam muito superiores àqueles que foram perspectivados pelo lesado. Em terceiro lugar, com isto parece ficar ofuscada a finalidade sancionatória (entendida na sua remissão para o fundamento último da pessoalidade livre e responsável) da responsabilidade civil.

No que ao primeiro aspeto diz respeito, há boas razões para sustentar a correspondência anunciada. Na verdade, uma vez solucionado o problema imputacional que fundamenta a responsabilidade — e que passa pela ligação entre o comportamento do agente e a lesão do direito absoluto ou do interesse tutelado por uma norma de proteção —, será com base nas possibilidades abertas pela esfera delimitada por cada direito subjetivo que os danos consequenciais, os segundos danos (que não sejam danos-lesão/evento), se hão-de reconduzir ao concreto direito violado, dando-se resposta ao problema do preenchimento da responsabilidade. Só uma vez cumprido este juízo, estaremos em condições de determinar o *quantum* indemnizatório. Na resolução do problema

⁽⁹⁰⁶⁾ O mesmo vale, como ficou explicitado, para as cláusulas de limitação da responsabilidade. Em rigor, embora com outro *iter* argumentativo, a doutrina tem entendido que não é possível haver uma limitação ou exclusão convencional da responsabilidade, quando estejam em causa bens da incolumidade pessoal. Fundamentam-no no artigo 504.º/4 CC, de onde retiram um princípio geral orientado à proteção da pessoa. Nesse sentido, por todos, António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 309.

da extensão do dano a indemnizar, não se olhe para a globalidade do património — actual e hipotético — do lesado, mas para as esferas de utilidades desenhadas em torno do direito subjetivo absoluto. Tornando-se, deste modo, despidiend a convocação do curso causal alternativo hipotético, torna-se, também, não problemática a questão que, só podendo ser solucionada em termos normativos, é, em alguns dos seus desenhos típicos, equacionada a montante. Definidos os termos da imputação, resta-nos esta tarefa avaliativa que está longe de poder ser vista como uma pura operação matemática. A comparação é agora feita entre o que o direito subjetivo absoluto possibilitaria e o que, de facto, ele possibilita, uma vez lesado. E aqui há um duplo juízo que deve ser levado a cabo. Primeiro, há que saber se a utilidade que o lesado invoca se integra ou não dentro das potencialidades inerentes ao conteúdo do direito preterido; em segundo lugar, há que estabelecer uma subtração entre o que o lesado teria, dispondo de tal utilidade, e o que tem agora. É claro que o problema do cômputo da indemnização exige mais, mas esse *plus* com que o julgador se há-de confrontar na tarefa judicativa (*v. g.* o problema de um eventual concurso de culpas do lesado, o problema da compensação de vantagens, o problema dos danos não patrimoniais) não arreda o *prius* que é a lesão do direito subjetivo.

Não obstante, esta correspondência pode inexistir em concreto. Basta, para o efeito, que a responsabilidade não emergja por meio da primeira (ou mesmo da segunda) modalidade de ilicitude, mas por via do abuso do direito. Avultando maior o desvalor de conduta, ainda que não se prescindia do desvalor de resultado (que haverá de estar sempre presente), deixa de fazer sentido a ideia de que, tal como o sujeito poderia dispor do seu direito, pode agora dispor do crédito indemnizatório surgido com base nele ⁽⁹⁰⁷⁾. O que não obsta, obviamente, a que o sujeito aceite prescindir de um crédito indemnizatório que só tenha correspondência nos danos que são gerados.

No que ao segundo aspeto respeita, haveremos de considerar que a possibilidade existe na prática, sobretudo porque, ao contrário do que sucede no domínio contratual, não existe uma obrigação assumida de

⁽⁹⁰⁷⁾ Se o que estivesse em causa fosse simplesmente a ponderação dos critérios de redução da indemnização a que somos conduzidos por via do artigo 494.º CC, porque a conceção de abuso com que lidamos é uma conceção objetiva, não nos parece que fosse inviável o recurso ao expediente.

Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Liberdade versus responsabilidade*, 395.

antemão, não se conhecendo previamente os contornos de uma eventual lesão e o impacto dela. Por isso, ainda que se aceitasse a exclusão da responsabilidade por via convencional, haveria que se estabelecer um limite para ela, o que na prática iria redundar na simples admissão de cláusulas de limitação da responsabilidade. Simplesmente, agora, esta limitação não operaria acima de um determinado montante indemnizatório, mas abaixo dele ⁽⁹⁰⁸⁾. Ou, ao invés, na determinação clara do tipo de danos — decorrentes de que conduta — se excluiriam.

Ora, se assim é, então salvaguardar-se-ia um mínimo ético de responsabilização do agente lesivo, já que, no fundo, se vem mostrar que não é a responsabilidade que é excluída, mas a indemnização. Este sentido ético da responsabilidade, a implicar a reafirmação da liberdade responsável do ser pessoa, exigiria, ademais, que a exclusão entendida nestes moldes se tivesse de confinar aos limites da culpa leve. Não poderia jamais, porque contrário ao princípio da responsabilidade que assume foros de ordem pública, haver exclusão convencional da responsabilidade por dolo ou culpa grave.

As soluções avançadas encontram fundamento no direito positivo. Assim, no que tange à restrição da admissibilidade das cláusulas com base no grau de culpa e na natureza do direito lesado, elas devem ser consideradas nulas, por violação da ordem pública, nos termos do artigo 280.º CC. A ordem pública a que se faz apelo, porém, não pode ser entendida de uma forma monolítica. Se é desvelada, no tocante à natureza do direito, por referência à indisponibilidade de certos direitos e à sua importância no quadro do ordenamento jurídico, deve ser entendida, no que respeita ao grau de culpa, por referência ao princípio da responsabilidade. No que toca à necessidade de estabelecer um limite à própria exclusão da responsabilidade, ele decorre da necessidade de determinabilidade do objeto do negócio, de acordo com o citado preceito ⁽⁹⁰⁹⁾.

⁽⁹⁰⁸⁾ Repare-se que, pela mesma lógica, se pode considerar que uma cláusula de limitação de responsabilidade que fixe um montante máximo de indemnização muito inferior ao montante dos danos verificados pode redundar, na prática, numa exclusão da responsabilidade. Assim sendo, haverá que se proceder a uma ponderação analógica entre as duas hipóteses. A alternativa é, dizemo-lo em texto, considerar que se tem de definir claramente o dano cuja indemnização se exclui.

⁽⁹⁰⁹⁾ Repare-se que este problema de determinabilidade não existe quando esteja em causa uma cláusula de exclusão da responsabilidade contratual, já que aí a prestação indemnizatória de que se abdica baseia-se na obrigação previamente assumida. Embora possa superá-la em concreto, o certo é que ela serve para satisfazer por outra

Em determinadas situações, o legislador expressamente proíbe as cláusulas de exclusão ou de limitação da responsabilidade extracontratual. Assim, por exemplo, no quadro dos contratos de adesão, determina o artigo 18.º *a)* DL n.º 446/85, de 25 de Outubro, que são absolutamente proibidas, e como tal nulas, as cláusulas que excluam ou limitem, de modo direto ou indireto, a responsabilidade por danos causados à vida, à integridade moral ou física ou à saúde das pessoas, e a *al. b)* do mesmo preceito dispõe que são igualmente nulas as cláusulas que excluam ou limitem, de modo direto ou indireto, a responsabilidade por danos patrimoniais extracontratuais, causados na esfera da contraparte ou de terceiros. Em causa estão especiais razões ligadas à necessidade de protecção do consumidor ⁽⁹¹⁰⁾. Veja-se, igualmente, o artigo 504.º CC.

10.5. Cláusula penal

A cláusula penal pode ser definida como uma cláusula acessória típica, nos termos da qual as partes convencionam antecipadamente uma determinada prestação, normalmente uma quantia em dinheiro, que o devedor deverá realizar em caso de não cumprimento, cumprimento defeituoso ou mora ⁽⁹¹¹⁾.

A doutrina tradicional entendia a cláusula penal como um instituto unitário, que cumpria simultaneamente uma dupla função: fixar antecipadamente a indemnização e compelir o devedor ao cumprimento. Porém, a doutrina — sobretudo, entre nós, depois dos trabalhos de Pinto Monteiro — passou a distinguir várias modalidades de cláusula penal: cada uma cumpriria uma função e a cada uma seria dispensado um regime jurídico diferenciado ⁽⁹¹²⁾.

via o interesse do credor. Naquelas hipóteses em que, pela violação de determinados deveres de conduta, se violam outros bens que não se conduzem estritamente ao interesse da prestação, embora digam respeito ao interesse contratual (isto é, nas hipóteses de violação positiva do contrato), poder-se-á colocar um problema análogo. Para o resolver, há que lançar-se mão da interpretação das declarações negociais, em primeiro lugar, para perceber se a exclusão diz também respeito a estes danos. Contudo, mesmo em caso afirmativo, não nos podemos esquecer que o âmbito da responsabilidade fica, *a priori*, delimitado pela relevância contratual.

⁽⁹¹⁰⁾ António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 304.

⁽⁹¹¹⁾ Cf., com ampla importância, Pinto MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, Almedina, Coimbra, 1999.

⁽⁹¹²⁾ Pinto MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, 619 s.

Podemos, assim, falar de uma cláusula penal enquanto *cláusula de fixação antecipada da indemnização*. Estando prevista no artigo 810.º CC, a cláusula fixa uma pena que é a própria indemnização. As partes pretendem liquidar de modo invariável e antecipado o dano que se pode vir a verificar. Verificado o incumprimento, o credor deixa de ter de provar o dano, que, não obstante, tem de existir, mas não pode optar pela indemnização nos termos gerais, porque o acordo é estabelecido no interesse de ambos os contraentes e não apenas do credor. Por outro lado, porque a pena substitui a indemnização, o credor só tem direito à pena se o devedor tiver agido com culpa.

Uma segunda espécie de cláusula penal é a cláusula penal puramente compulsória ⁽⁹¹³⁾. Neste caso, a pena surge como um *plus*, algo que acresce à indemnização ou à execução específica, pelo que, porque visa apenas compelir ao cumprimento, é devida mesmo que não haja dano, embora exija — para que se possa ter a ela direito — a verificação da culpa. Não estando prevista no artigo 810.º CC, tem-se por válida ao abrigo da liberdade contratual ⁽⁹¹⁴⁾.

Por fim, pode falar-se de uma cláusula penal em sentido estrito ⁽⁹¹⁵⁾. Neste caso, a pena substitui a indemnização, não porque seja a própria indemnização, mas porque satisfaz por outra via o interesse do credor. Este pode, assim, optar pela pena ou pela indemnização (que não se acumula). Mas a pena é exigível mesmo que não haja danos. Conforme sublinha Pinto Monteiro, “o credor estipula uma sanção, que o primeiro aceita, nos termos da qual fica legitimado a exigir uma prestação mais gravosa, em alternativa à prestação inicial, uma vez não satisfeita esta. Trata-se, portanto, de uma ameaça exercida através de uma forma de satisfação alternativa do interesse do credor, sem que a mesma passe pela via indemnizatória” ⁽⁹¹⁶⁾.

10.6. Cláusulas de *no consequential loss*

As cláusulas de *no consequential damages* (*no consequential damages clauses*), pela sua inclusão frequente em contratos, sobretudo em

⁽⁹¹³⁾ Pinto MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, 475 s.

⁽⁹¹⁴⁾ Pinto MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, 488 s., apresentando importantes argumentos no sentido da sua validade e contrapondo a posição de alguns autores que a negam.

⁽⁹¹⁵⁾ Pinto MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, 619 s.

⁽⁹¹⁶⁾ Pinto MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, 619 s. e C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 594.

contratos internacionais, têm sido objeto de atenção por parte dos operadores judiciais. 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 incumprimento contratual ⁽⁹¹⁷⁾. A simples referência aos danos reflexos não é, porém, de molde a eliminar todas as dúvidas acerca da sua operacionalidade ⁽⁹¹⁸⁾. 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 ⁽⁹¹⁹⁾. Perante hipóteses tão diversas, os autores (ou alguns autores) evidenciam a dificuldade em formular um critério que garanta a certeza da cisão ⁽⁹²⁰⁾. 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

⁽⁹¹⁷⁾ 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>).

⁽⁹¹⁸⁾ Evidenciando essas dificuldades, cf. Victor GOLDBERG, “Consequential damages and exclusion clauses”, *Columbia Law & Economics Working Paper Series* no. 582, 2018.

⁽⁹¹⁹⁾ Para alguns destes exemplos, cf. Ana Filipa Morais ANTUNES, *As cláusulas de no consequential damages*, 2017, 2.

⁽⁹²⁰⁾ Victor GOLDBERG, “Consequential damages and exclusion clauses”, 4 s.

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 ⁽⁹²¹⁾. Foi também esse o veredito da *Court of Appeal* de Nova Iorque no caso *Biotronik A. G. v. Conor Medsystems Ireland Ltd*, no qual se colocou uma questão relativamente ao fim de um contrato de distribuição, que causou ao distribuidor avultados 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 ⁽⁹²²⁾. 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.

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 ⁽⁹²³⁾.

⁽⁹²¹⁾ Victor GOLDBERG, “Consequential damages and exclusion clauses”, 27.

⁽⁹²²⁾ Victor GOLDBERG, “Consequential damages and exclusion clauses”, 24 s.

⁽⁹²³⁾ 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.*

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 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 ⁽⁹²⁴⁾.

⁽⁹²⁴⁾ 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 dilucidação do carácter indireto ou direto da consequência, como, no plano do direito positivo, se assiste as mais das vezes à indemnização de danos indirectos. 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 redundaria, 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 perspectiva 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. Nexos 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

A este propósito, Forchielli esclarece que se deve excluir um conteúdo percetivo 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 ⁽⁹²⁵⁾.

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 impositação 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 subseqüentes — 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 sopesado, 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?

⁽⁹²⁵⁾ 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

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 ⁽⁹²⁶⁾.

Simplesmente, 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,

jurista procura ir além da letra do artigo 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 artigo 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.

⁽⁹²⁶⁾ 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 artigo 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 deramados 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 Rosello 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 italiana*, 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.

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* ⁽⁹²⁷⁾), 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 ⁽⁹²⁸⁾.

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 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

⁽⁹²⁷⁾ 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 nexo de causalidade ao nexo 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.

⁽⁹²⁸⁾ Para um acompanhamento mais pormenorizado das diversas críticas que lançamos sobre a causalidade adequada, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, 99 s., bem como a demais bibliografia aí citada; e Mafalda Miranda BARBOSA, *Responsabilidade civil extracontratual: novas perspetivas em matéria de nexo de causalidade*, Princípiã, 2014; Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, Princípiã, 2017.

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*) ⁽⁹²⁹⁾.

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 ótico 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 nexo de causalidade? O mesmo não se poderá perguntar se o nosso juízo 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.

⁽⁹²⁹⁾ 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.

A interpretação da cláusula de *no consequential damages* no sentido da exclusão dos danos não diretos e não imediatos perde, portanto, sentido por duas ordens de razões: porque a referência aos danos imediatos e diretos 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 ⁽⁹³⁰⁾. 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 fundamentador 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

⁽⁹³⁰⁾ Cf., para maiores desenvolvimentos, Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa 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.

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 desvelar a culpa (devendo, 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 germen 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, atento 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 ⁽⁹³¹⁾. A primeira liga o comportamento do agente à lesão

⁽⁹³¹⁾ Sobre o ponto, cf. 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 Schadensersatzrecht. 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 *haftungs-sausfüllende Kausalität*; GOTZLER, *Rechtsmässiges 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 Seeverversicherungsbedingungen”, *Festschrift für Wüstendörfer, Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, Hundertdreuzehnter Band (113), 1950, 207 s., em especial p. 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, *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 cisão (v. p. 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

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.

Simplesmente, 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 artigo 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 ⁽⁹³²⁾. Isto faz com que, do ponto de vista

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 artigo 563.º — referente à causalidade preenchedora da responsabilidade — da pressuposição da causalidade fundamentadora da responsabilidade contida no artigo 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*.

⁽⁹³²⁾ Dando conta disto mesmo, com amplo desenvolvimento entre nós, cf. Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, volume I

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 Brügge-meier 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. Problematisa-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 ⁽⁹³³⁾. 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 Gottffried Schiemann chegam mesmo a afirmar que a distinção entre estas duas formas de causalidade não se aplica se a lei se fixar no nexo 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 ojetiva — e o prejuízo ⁽⁹³⁴⁾. 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.

e II, Gestlegal, Coimbra, 2023, 640 s.; 924 s., n. 1834.

⁽⁹³³⁾ Gert BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht*, 545 s.

⁽⁹³⁴⁾ Hermann LANGE/Gottfried SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts, Schadensersatz*, 3. Aufl., Mohr, Tübingen, 2003, 327 s.

Compreende-se, portanto, que ao nível da responsabilidade contratual — na qual somos confrontados com um modelo diverso assente na *faute* (isto é, no âmbito da qual se prescinde 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 outras 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 pretende 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 conceito 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 perspetiva 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 ⁽⁹³⁵⁾; na segunda hipótese, do que se trataria 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.

⁽⁹³⁵⁾ 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 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 subtilidade, 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.

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) ⁽⁹³⁶⁾. 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 percetivo 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 ⁽⁹³⁷⁾.

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

⁽⁹³⁶⁾ 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.

⁽⁹³⁷⁾ Sobre o ponto, cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a edição 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.

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 ⁽⁹³⁸⁾. 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 ⁽⁹³⁹⁾. As cláusulas de *no consequential damages*, numa dada interpretação delas, configurariam, assim, mais uma modalidade de cláusula de limitação da indemnização. As mesmas soluções que são defendidas por referência às cláusulas de limitação da responsabilidade devem, pois, ser aqui consideradas. 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.

10.7. Cláusulas *sole remedy*

Além das cláusulas de *no consequential damages*, a prática negocial internacional oferece-nos outras estipulações negociais, sobre as quais importa refletir ⁽⁹⁴⁰⁾.

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

⁽⁹³⁸⁾ 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.

⁽⁹³⁹⁾ 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.

⁽⁹⁴⁰⁾ Cf. Roy Ryden ANDERSON, “Contractual limitations on remedies”, *Nebraska Law Review*, 6773, 1988, 549 s.

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)” ⁽⁹⁴¹⁾.

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 ⁽⁹⁴²⁾. Por outro lado, a prática mostra que a restrição dos meios de reação pode 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, consequentemente, 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

⁽⁹⁴¹⁾ 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.

⁽⁹⁴²⁾ 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.

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 artigo 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 artigo 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” ⁽⁹⁴³⁾.

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 artigo 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:

⁽⁹⁴³⁾ José Luís Dias GONÇALVES, “A validade das cláusulas de *sole remedy* nos contratos de distribuição comercial”, 1252.

a cláusula de fixação antecipada da indemnização, a cláusula penal em sentido estrito e a cláusula penal estritamente compulsória ⁽⁹⁴⁴⁾. 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 ⁽⁹⁴⁵⁾. 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 prescinda 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 ⁽⁹⁴⁶⁾.

Já não será assim nas hipóteses de cláusula penal em sentido estrito e de cláusula penal puramente compulsória. Neste último caso, a pena 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 ⁽⁹⁴⁷⁾.

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 ⁽⁹⁴⁸⁾, os

⁽⁹⁴⁴⁾ A. Pinto MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, Almedina, Coimbra, 1999.

⁽⁹⁴⁵⁾ Nos termos do artigo 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.

⁽⁹⁴⁶⁾ Cf., por todos, A. Pinto MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, 632.

⁽⁹⁴⁷⁾ A. Pinto MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, 697 s.

⁽⁹⁴⁸⁾ A. Pinto MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, 698.

artigos 810.º e seguintes CC apenas preveem a cláusula de fixação antecipada da indemnização, embora o artigo 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 ⁽⁹⁴⁹⁾ —, 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 ⁽⁹⁵⁰⁾. 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 ⁽⁹⁵¹⁾. Por outro lado, importa notar que o direito à pena só surge diante do não cumprimento e que este pressupõe a 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 ⁽⁹⁵²⁾. Significa isto, em rigor, que não estamos — pela estipulação de uma pena — a prescindir do

⁽⁹⁴⁹⁾ 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.

⁽⁹⁵⁰⁾ A. Pinto MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, 631.

⁽⁹⁵¹⁾ 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, havendo 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.

⁽⁹⁵²⁾ A. Pinto MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, 698.

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 ⁽⁹⁵³⁾. 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 artigo 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” ⁽⁹⁵⁴⁾. Ora, essa desfiguração não existe quando se afasta o direito ao cumprimento coercivo, estabelecendo para tanto uma obrigação de indemnização.

O mesmo não se pode dizer da exclusão de outros direitos do credor. No que ao direito à indemnização diz respeito, haveremos de

⁽⁹⁵³⁾ 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.

⁽⁹⁵⁴⁾ Cf. António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 182 e Pires de LIMA/Antunes VARELA, *Código Civil anotado*, II, artigo 809.º, 73.

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 artigo 809.º CC ⁽⁹⁵⁵⁾. Acresce que, tratando-se de um contrato celebrado com recurso a cláusulas contratuais gerais, o artigo 18.º, f) DL n.º 446/85, 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 artigo 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” ⁽⁹⁵⁶⁾. Na verdade, não só a doutrina tem vindo a considerar admissíveis as chamadas cláusulas de *hardship* ⁽⁹⁵⁷⁾, 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, prevendo 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

⁽⁹⁵⁵⁾ No mesmo sentido, José Luís Dias GONÇALVES, “A validade das cláusulas de *sole remedy* nos contratos de distribuição comercial”, 1253.

⁽⁹⁵⁶⁾ José Luís Dias GONÇALVES, “A validade das cláusulas de *sole remedy* nos contratos de distribuição comercial”, 1253.

⁽⁹⁵⁷⁾ 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.

de perscrutar qual o âmbito da alteração que foi pressuposta e solucionada pelas partes, para se 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 artigo 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 artigo 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 artigo 809.º”⁽⁹⁵⁸⁾. 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 artigo 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,

⁽⁹⁵⁸⁾ José Luís Dias GONÇALVES, “A validade das cláusulas de *sole remedy* nos contratos de distribuição comercial”, 1254.

por não ser a sanção pecuniária compulsória prevista pelas partes e por não poder ser reduzido o seu montante nos termos do artigo 812.º CC, o seu afastamento não condena a obrigação à sua desqualificação de civil para natural. Em rigor, aliás, a sanção pecuniária compulsória vê limitada 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 artigo 21.º, b) 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 excursus 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 oficioso e pode ser arguida por qualquer interessado, nos termos do artigo 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 vontade, 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 ⁽⁹⁵⁹⁾ 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.

⁽⁹⁵⁹⁾ Christian IANNACCONI/Giorgia GRANDE, “The sole remedy clause and its compatibility with the Italian law”, IPSOA, Wolters Kluwer, (7 de setembro) 2019, 1 s.

10.8. 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 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 ⁽⁹⁶⁰⁾ ou, ao invés, pelo pagamento do valor equivalente aos danos que superem o montante acordado. No primeiro caso, as cláusulas são conhecidas por *tipping basket*; no segundo caso por *excess liability basket* ⁽⁹⁶¹⁾.

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 artigo 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

⁽⁹⁶⁰⁾ 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” (www.lawinsider.com/clause/basket-amount).

⁽⁹⁶¹⁾ Cf. “Basket”, *Thomson Reuters Practical Law*, [www.uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-382-3264?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](http://www.uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-382-3264?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1).

credor. Parece, porém, dever excluir-se a validade de tais cláusulas quando esteja em causa um comportamento doloso ou gravemente culposos. Tratando-se de um contrato celebrado com recurso a cláusulas contratuais gerais, a solução decorre do artigo 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.

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 artigo 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.

10.9. Cláusulas de preterição da anulabilidade

Outras estipulações que surgem frequentemente na prática negocial e relativamente às quais se têm suscitado dúvidas acerca da sua validade são as cláusulas de preterição da anulabilidade.

A e B celebram um contrato de compra e venda de uma empresa, tendo A declarado que a mesma possuía determinadas características. No contrato ficou acordado que “o comprador renuncia a qualquer direito de arguir a invalidade do contrato”, ou seja, ao contrato é aposta uma cláusula de preterição da invalidade do negócio.

Coloca-se, portanto, o problema da sua validade, sendo que a questão assume contornos mais complexos quando lidamos com uma simples anulabilidade, por comparação com os casos de nulidade.

Em qualquer dos casos, estamos diante de direitos potestativos. Mas, embora a sua natureza seja a mesma, e os seus efeitos confluam, 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 oficioso e pode ser arguida por qualquer interessado, nos termos do artigo 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 às hipóteses de anulabilidade, tanto mais que os atos anuláveis são passíveis de confirmação. No entanto, vários têm sido os argumentos avançados no sentido de sustentar a invalidade das cláusulas de preterição da anulabilidade do negócio ⁽⁹⁶²⁾.

O problema tem sido equacionado, sobretudo, por referência ao erro enquanto vício da vontade. Tradicionalmente, a doutrina tem-se pronunciado no sentido de negar a validade das cláusulas que afastam a possibilidade de se invocar a invalidade do negócio com base em erro. A solução não gera, pelo menos aparentemente, unanimidade. Contudo, os argumentos avançados num e noutro sentido não se mostram irremediavelmente inconciliáveis. Pelo contrário, uma análise cuidadosa dos mesmos pode evidenciar que se harmonizam, apontando para uma resposta não uniforme para o problema, ou seja, apontando para uma solução diferenciada consoante o nível problemático em que nos situemos.

A adequada compreensão do que assim fica dito requer que, depois de se explicitarem as várias posições em torno do problema, se reflita criticamente acerca do sentido da vinculação contratual à luz de uma taxonomia de hipóteses problemáticas com que nos podemos confrontar.

Restringiremos as nossas reflexões aos casos de anulabilidade.

Consoante explica Vaz Serra, “a nulidade, a anulabilidade ou a rescindibilidade do contrato compreendem as da própria cláusula que nele se insere”. Assim, a cláusula cuja validade se questiona seria

⁽⁹⁶²⁾ Vaz SERRA, “Prescrição extintiva e caducidade”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 105, 1961, 5-248; 106, 1961, 45-278; 107, 1961, 159-302, em especial 208 s.; Baptista MACHADO, “Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 215, 1972, 57 s.; António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1985 (3.^a reimpressão 2020), 321 s.; Carneiro da FRADA, “Erro e incumprimento na não conformidade da coisa com o interesse do comprador”, *O Direito*, 121, 1989, 465 s.; Paulo Mota PINTO, *Declaração tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995, 375 s.; Oliveira ASCENSÃO, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 2.^a edição, 2003, 171s.

contaminada pela invalidade que afeta o negócio jurídico como um todo ⁽⁹⁶³⁾. Dito de outro modo, se a vontade do sujeito foi malformada ao ponto de contaminar a validade do acordo, isso significa que também a cláusula que afastasse a possibilidade de arguir a invalidade seria afetada. Nas palavras de Baptista Machado, “assim como o errante não teria celebrado aquele negócio se desse pelo engano, também não teria acordado numa tal cláusula; e a qualquer cláusula adicional que se propusesse excluir a anulação por erro dessa primeira cláusula igualmente se propagaria o vício de vontade inicial e assim *ad infinitum*” ⁽⁹⁶⁴⁾.

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 vontade, 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, pôr fim ao negócio celebrado.

Nesse sentido, Christian Iannaccone e Giorgia Grande ⁽⁹⁶⁵⁾ sustentam, no quadro do ordenamento jurídico italiano, que “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”.

Apesar de se admitir a confirmação dos negócios anuláveis, ela só é eficaz, nos termos do artigo 288.º/2 CC, quando for posterior à cessação do vício que serve de fundamento à anulabilidade e o seu

⁽⁹⁶³⁾ Vaz SERRA, “Excepção de contrato não cumprido/exceptio non adimpleti contractus”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 1957, 167

⁽⁹⁶⁴⁾ Baptista MACHADO, “Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas”, 59 s.

⁽⁹⁶⁵⁾ Christian IANNACCONI/Giorgia GRANDE, “The sole remedy clause and its compatibility with the Italian law”, IPSOA, Wolters Kluwer, (7 de setembro) 2019, 1 s.

autor tiver conhecimento do vício e do direito à anulação. Nessa medida, embora os problemas não se confundam, podemos admitir que, se a confirmação só tem eficácia depois de cessado o vício e depois do conhecimento do direito à anulação, não seria possível renunciar antecipadamente ao direito potestativo ⁽⁹⁶⁶⁾.

Resulta do diálogo com os autores citados que são sobretudo objeções lógicas, dogmáticas e axiológicas que impedem a preterição válida do direito a anular o contrato.

Em primeiro lugar, se a cláusula se insere num contrato inválido, ela é também logicamente inválida (*objeção lógica*); em segundo lugar, ainda que a anulabilidade possa ser sanada por confirmação, esta só pode operar quando o contraente tem consciência do vício que afeta o negócio (*objeção dogmática*); e, *in fine*, tendo a cláusula de corresponder ao exercício de uma vontade livre para poder ser válida, a perturbação na formação da vontade implica que a autonomia do sujeito está ausente (*objeção axiológica*).

Mesmo sendo maioritária, a posição explicitada não é unânime. Ainda por referência ao Código de Seabra, Galvão Telles defendia que se poderia renunciar ao direito de anulação de um negócio jurídico ⁽⁹⁶⁷⁾.

Por outro lado, levantam-se vozes no sentido de sustentar que a autonomia privada deveria permitir a modelação do regime anulatório do negócio. A este propósito, Oliveira Ascensão aduzia que, “se está em causa uma circunstância concreta e o sujeito mesmo assim quer o negócio, ele pode medir efetivamente o risco. Nada há que se oponha à renúncia que pretende realizar. Na realidade, o problema aqui não é de erro, é de risco; o contrato tomaria características válidas de aleatoriedade” ⁽⁹⁶⁸⁾.

No mesmo sentido, José Ferreira Gomes sublinha que é necessário distinguir os problemas atinentes à modelação do conteúdo contratual, viável à luz da liberdade contratual, dos problemas relativos ao erro. Nas suas palavras, “as partes são livres de distribuir o risco contratual, incluindo o risco da falsa representação da realidade. O mesmo é dizer que as partes são livres de contratar no pressuposto

⁽⁹⁶⁶⁾ Sobre o argumento, cf. Paulo Mota PINTO, *Declaração tácita*, 376; José Ferreira GOMES, *M&A. Aquisição de empresas e de participações sociais*, 310.

⁽⁹⁶⁷⁾ Inocêncio Galvão TELLES, *Manual dos contratos em geral*, 3.^a edição, 1965, 93 s.

⁽⁹⁶⁸⁾ Oliveira ASCENSÃO, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 172 s.

da existência de uma álea ou indefinição sobre as características do objeto, que tipicamente é ponderada na fixação do preço. Nestes casos, não há, para efeitos normativos, uma falsa representação da realidade (erro), porquanto, na celebração do contrato, as partes configuraram consciente e expressamente o objeto como parcialmente indefinido” ⁽⁹⁶⁹⁾.

Não se trataria, contudo, numa hipótese como esta, de renunciar ao direito de anulação com base no erro. A diferença torna-se patente se tivermos como horizonte de referência a compra e venda de bens onerados ou de coisas defeituosas. Pinto Monteiro vinca-o magistralmente, ao explicar que “ou o comprador conhece o defeito ou a falta de qualidades ou, embora não os conhecendo, se dispõe a adquirir a coisa, apesar de a mesma poder apresentar-se com determinado defeito ou não possuir certas qualidades — e o comprador deixará de poder anular por erro; ou não conhece nem quer a coisa com esse defeito ou sem essas qualidades, acreditando, ao adquiri-la, estar a mesma isenta de vícios — e qualquer eventual renúncia ao direito de anulação será, neste caso, irrelevante, visto que este direito não é acessível ao acordo das partes” ⁽⁹⁷⁰⁾. No fundo, haveria que estabelecer, por via da interpretação do contrato, a distinção entre uma cláusula de preterição do direito de anular o contrato — inválida — e uma cláusula de não garantia, tendo como horizonte de referência o regime da compra e venda de bens onerados e de coisas defeituosas. No mesmo sentido, sublinha Baptista Machado que “o que se chama excluir a impugnação por erro sobre as qualidades deve significar, no domínio da compra e venda, o mesmo que exclusão da garantia edilícia (...). Tratar-se-ia, portanto, quanto a nós, de uma modificação desse conteúdo em relação ao seu padrão normal e não de afastar a impugnação do contrato fundado em erro” ⁽⁹⁷¹⁾.

Resulta do (pouco) que ficou dito até agora que, sob uma designação aparentemente uniforme, estamos a tratar de realidades muito

⁽⁹⁶⁹⁾ José Ferreira GOMES, *M&A. Aquisição de empresas e de participações sociais*, 310. Veja-se, ainda, Catarina Monteiro PIRES, “Cláusulas de acordo integral e de solução única ou de remédio único”, *II Encontros de Direito Civil: A tutela dos credores*, UCP, 2020, 77

⁽⁹⁷⁰⁾ António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 320 s.

⁽⁹⁷¹⁾ Baptista MACHADO, “Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas”, 61. Em sentido concordante, cf. José Ferreira GOMES, *M&A. Aquisição de empresas e de participações sociais*, 313.

diversas na sua estrutura e intencionalidade. Há, por isso, que tentar sistematizar as hipóteses problemáticas com que nos podemos confrontar.

Desde logo, importa distinguir as *cláusulas singulares de preterição do direito de anular o negócio* das *cláusulas com eficácia excludente do direito de anulação* por consagrarem um remédio único para a situação problemática, isto é, das cláusulas de *sole remedy* que, no seu âmbito de relevância, pretendem afastar o direito de arguir a anulabilidade do negócio. Como bem se compreenderá, sendo as *sole remedy clauses* predispostas para configurar as consequências de um eventual incumprimento contratual, elas apontar-nos-ão para o âmbito da distribuição do risco e não para a eventual invalidação do negócio, o que significa que os termos da equação terão de ser ponderados de forma diversa.

No fundo, por via da estipulação de cláusulas de *sole remedy* é possível, em determinadas hipóteses problemáticas, sobretudo aquelas que contendem com a aplicação do regime da compra e venda de bens onerados e coisas defeituosas, afastar a invalidade por erro. Importa, por isso, considerar outro possível critério de arrumação destas cláusulas.

Assim, por outro lado, podemos estar diante de *a)* cláusulas que afastam a relevância anulatória do erro que se venha a verificar (ou de outros vícios da vontade) — *cláusulas de preterição do direito de anular em sentido estrito*; *b)* cláusulas que afastam a relevância (essencialidade) do erro — *cláusulas de desconfiguração da essencialidade do erro*; ou de *c)* cláusulas que afastam a garantia nas hipóteses de compra e venda de bens onerados e coisas defeituosas, regime que, entre nós, fruto do hibridismo que o caracteriza, implica a chamada à colação da disciplina do erro (e do dolo) — *cláusula de não garantia*.

Três exemplos permitir-nos-ão perceber as diferenças.

Numa primeira hipótese, A e B celebram um contrato de compra e venda de um terreno e introduzem no contrato uma cláusula nos termos da qual, “verificado um erro ou qualquer outro vício que afete de forma relevante o negócio, o comprador renuncia à legitimidade para invocar uma eventual invalidade do negócio”.

Numa segunda hipótese, A e B celebram um contrato de compra e venda de um terreno, no seio do qual estipulam que, “caso não se verifiquem as circunstâncias tidas em conta no momento da celebração do negócio, o comprador terá direito à devolução de um terço do preço pago”. O mesmo é pensar no caso em que A e B celebram

um contrato de compra e venda de um terreno, apondo ao mesmo uma cláusula nos termos da qual, “se o terreno não apresentar as características que foram tidas em conta na contratação, o comprador terá direito à devolução de um terço do preço pago”.

Numa derradeira hipótese, A e B celebram um contrato de compra e venda de uma empresa, tendo A declarado que a mesma possuía determinadas características. No contrato ficou acordado que “o comprador renuncia a qualquer direito de resolver ou arguir a invalidade do contrato com base no não cumprimento deste contrato, sem prejuízo do direito do comprador de exigir uma indemnização do vendedor por tal incumprimento”.

O juízo ponderativo relativamente a cada uma das estipulações que podem ser apostas ao contrato não há de ser o mesmo.

A adequada compreensão da solução que se possa dispensar para cada um deles requer, não obstante a certeza das diferenças que os separam, uma reflexão mais aprofundada sobre a relação entre a autonomia e a heteronomia e o papel do contrato como um instrumento de gestão de risco.

Atenta a compreensão do negócio jurídico (e, dentro dele, do contrato) que perfilhamos, a solução da invalidade das normas que afastam o direito de arguir a anulabilidade do negócio parece impor-se com meridiana clareza. Tendo a vontade sido malformada, protege-se a confiança do declaratório, apenas se permitindo a desvinculação negocial mediante a verificação de certas condições. Preenchidos os vários pressupostos de relevância de um vício da vontade, o negócio é anulável. Porque, numa hipótese como esta, o contrato não corresponde a um ato de vontade, não é possível aceitar-se a validade de uma cláusula de exclusão do direito de anulação. Não só esta estaria ferida pela invalidade que contamina globalmente o negócio, como nunca se poderia invocar a autonomia do sujeito para salvar a sua eficácia, na medida em que fora de uma vontade livre e esclarecida não é cogitável o exercício da referida autonomia.

As cláusulas que afastam a relevância anulatória do erro que se venha a verificar — *cláusulas de preterição do direito de anular em sentido estrito* — não são válidas. E a solução parece tornar-se (ainda) mais clara se pensarmos nos outros vícios da vontade com que nos podemos confrontar.

Contudo, ela não é absolutamente inquestionável além-fronteiras. Nos termos do artigo 240.º/4 CC Macau, o negócio não pode ser invalidado se o risco da verificação do erro foi aceite pelo declarante ou, em face das circunstâncias, o deveria ter sido, ou ainda quando o erro tenha

sido devido a culpa grosseira do declarante. Também o artigo 7:201 do DCFR estabelece que se exclui o direito a invalidar o contrato por erro, se o erro for indesculpável naquelas circunstâncias ou se o risco de ocorrência de um erro foi assumido ou, naquelas circunstâncias, deveria ter sido pela parte que o poderia invalidar ⁽⁹⁷²⁾.

As condições de relevância do erro no projeto europeu são absolutamente diversas daquelas a que somos conduzidas no seio do ordenamento jurídico português. De acordo com a solução ali consagrada, “a party may avoid a contract for mistake of fact or law existing when the contract was concluded if: (a) the party, but for the mistake, would not have concluded the contract or would have done so only on fundamentally different terms and the other party knew or could reasonably be expected to have known this; and (b) the other party; (i) caused the mistake; (ii) caused the contract to be concluded in mistake by leaving the mistaken party in error, contrary to good faith and fair dealing, when the other party knew or could reasonably be expected to have known of the mistake; (iii) caused the contract to be concluded in mistake by failing to comply with a pre-contractual information duty or a duty to make available a means of correcting input errors; or (iv) made the same mistake”.

A desvinculação negocial com base no erro fica dependente da ausência de culpa por parte do declarante e da existência de um comportamento que, não se configurando como dolo, não deixa de ser censurável por parte do declaratário. Percebe-se, neste contexto, que a assunção do risco por parte do declarante possa ser relevante. Denota-se o reforço de um pendor objetivista, que é alcançado, sem contradição bastante, por via da subjetivação dos pressupostos de relevância do erro.

A solução, contudo, não se mostra consonante com a intencionalidade do regime dos vícios da vontade no seio do ordenamento jurídico português.

Também ao nível dos *Principles of European Contract Law*, o regime do erro é configurado em termos tais que integra situações

⁽⁹⁷²⁾ Sobre o problema da desculpabilidade, que aqui não podemos tratar, cf., para outros desenvolvimentos, Mafalda Miranda BARBOSA, “Desculpabilidade e erro: uma reflexão nova sobre um problema velho”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Pinto Monteiro* (coord. Filipe Cassiano dos Santos, Paulo Mota Pinto, Mafalda Miranda Barbosa, Alexandre Dias Pereira, Francisco Pereira Coelho, Pedro Maia), vol. I, IJ, 2023, 111-136

de dolo (omissivo) e indução negligente em erro. Quanto às restantes hipóteses previstas no preceito, exige-se ou que a contraparte labore num erro ou que conhecesse ou devesse conhecer que o errante, sabendo a verdade, não teria contratado ou tê-lo-ia feito em termos fundamentalmente diversos ⁽⁹⁷³⁾. Quer isto dizer que, na repartição dos custos da desvinculação negocial, se reclama ou um comportamento censurável por parte da contraparte, ou a não existência de um verdadeiro acordo, em face da contaminação bilateral da vontade, ou um sentido de exigibilidade que faz decair a confiança da contraparte. Donde se pode concluir que o regime do erro encerra uma intencionalidade que, afastando-se de um puro dogma da vontade, faz apelo ao sentido normativo dos interesses que mais fortemente devem ser acautelados. Por isso, entende-se que, naquelas situações em que o errante assumiu o risco do erro ou teve culpa na sua emergência, não deve ser permitida a desvinculação contratual.

Já no ordenamento jurídico macaense, parecendo denotar-se um desvio no sentido do objetivismo, já que o erro é essencial quando tenha recaído sobre os motivos determinantes da vontade do errante, de tal modo que este, caso tivesse tido conhecimento da verdade, não teria celebrado o negócio ou, a celebrá-lo, só o teria feito em termos substancialmente distintos; e uma pessoa razoável colocada na posição do errante, caso tivesse tido conhecimento da verdade, não teria celebrado o negócio ou, a celebrá-lo, só o teria feito em termos substancialmente distintos, o erro releva também quando não é objetivamente essencial. O que está em causa, com a possibilidade de excluir a anulabilidade por erro, é, no fundo, a descaracterização da essencialidade do mesmo. Daí que se disponha que a invalidade é preterida quando o risco de verificação do erro foi aceite pelo declarante ou o deveria ter sido.

A solução não andaria, em termos genéricos, muito distante daquela a que poderíamos chegar no seio do ordenamento jurídico português. Ou seja, sendo inviável afastar o direito potestativo de anulação, é, contudo, possível afastar a essencialidade do erro, entre nós perspectivado em termos totalmente subjetivistas.

Quer isto dizer que, porque o erro essencial é aquele que é determinante da vontade de celebrar o contrato, as partes podem afastar

⁽⁹⁷³⁾ No nosso direito mais antigo, Manuel de Andrade falava a este propósito de *transparência objetiva da essencialidade do erro*. Cf. Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 249.

ab initio essa essencialidade, considerando, *v. g.*, que, caso não se verifiquem as circunstâncias tidas em conta no momento da celebração do negócio ou caso o bem não possua as qualidades que estão a ser pressupostas, o comprador terá direito à devolução de um terço do preço pago. O erro deixaria de ser essencial, passando a ser incidental, sem que se denotasse aí qualquer invalidade, uma vez que a essencialidade é determinada pelo próprio declarante e conformada pela sua vontade negocial.

Podemos, contudo, ir mais longe e aventar a possível validade de uma cláusula que afaste de todo a relevância do erro. Do mesmo modo que o declarante pode desconfigurar o erro como essencial, fazendo dele um erro incidental, é também viável que assuma o risco de verificação de um erro, entendendo que o mesmo não belisca quer a sua vontade de celebração do negócio, quer os termos em que esse negócio veio a ser celebrado. No exercício da sua autonomia, o sujeito pode dispor-se a adquirir uma coisa apesar de a mesma poder não possuir certas qualidades ou apesar de não se verificarem certas circunstâncias, tornando o erro irrelevante. Não se trata, agora, de renunciar ao direito a arguir a anulabilidade do negócio, mas de excluir a relevância do próprio erro.

A ponderação judicativa acerca das duas modalidades de cláusulas anteriormente analisadas não se pode confundir com aquela a que somos conduzidos diante de cláusulas que afastam a relevância do erro no quadro do regime da venda de coisas defeituosas.

Nos termos dos artigos 912.º e 913.º CC, o regime da venda de coisas defeituosas é supletivo. Quer isto dizer que pode ser afastado por determinação das partes no contrato ⁽⁹⁷⁴⁾. Contudo, não só o artigo 912.º, aplicável à venda de coisas defeituosas por força da remissão do artigo 913.º, não se refere expressamente à possibilidade de derrogação da solução ditada pelo artigo 905.º, como o n.º 2 do preceito é claro ao afirmar que “não obsta à validade das cláusulas derogadoras destas disposições supletivas a anulação do contrato de compra e venda por erro ou dolo, segundo as prescrições desta secção”, o que evidencia que o direito de arguir a anulabilidade do negócio fica de fora da

⁽⁹⁷⁴⁾ O problema coloca-se de modo diferente no ordenamento jurídico alemão. Para uma análise do problema à luz do § 444 BGB e da sua imperatividade, que esteve, inclusivamente, na base da primeira revisão do diploma depois da Lei da Modernização do Direito das Obrigações, cf. António Pinto MONTEIRO/Paulo Mota PINTO, “Compra e venda de empresa”, 94, n. 99

eficácia excludente de qualquer estipulação contratual. Resta, portanto, a questão de saber se pode ser afastado o direito a anular o negócio com base em erro ou dolo.

A este propósito, importa considerar, desde logo, que, apesar da remissão para o regime dos vícios da vontade, o problema não é equacionado ao nível da formação do negócio, antes nos situando no plano da execução contratual. O hibridismo legal nesta matéria determina uma deslocação do problema para jusante da celebração do contrato.

Por outro lado, ao abrigo da sua liberdade contratual, e na medida em que o contrato surge como um instrumento de gestão do risco, as partes podem apor-lhe cláusulas que afastam a relevância do erro, deslocando, também por via da sua autonomia, o problema para o plano do incumprimento contratual. Basta para tanto que integrem no contrato determinadas declarações e garantias, com ou sem limitação de conhecimento, assumindo o comprador o risco de a coisa ter determinados vícios que o vendedor desconhecia ⁽⁹⁷⁵⁾. Assim sendo, afasta-se o hibridismo do regime legal para nos focarmos especificamente no âmbito do incumprimento.

Nem por isso o nosso problema se pode dar por resolvido, continuando dubitativo se o remédio anulatório pode ou não ser afastado.

Dir-se-ia a este propósito que, se não é chamado a depor o artigo 809.º CC, quer porque o mesmo não abarca na sua literalidade as hipóteses de renúncia ao direito de arguir a anulabilidade, quer porque, estando em causa a compra e venda de uma coisa defeituosa, o problema deve ser equacionado à luz do artigo 912.º CC, devemos considerar, em teoria, que, por força do preceito citado, não é possível afastar o direito de arguir a anulabilidade.

Contudo, na prática, atenta a conformação autónoma do conteúdo do contrato, podemos chegar a uma solução diversa. Suponhamos que as partes não se limitam a excluir a possibilidade de arguir a anulabilidade do negócio por erro, mas que apõem ao contrato uma cláusula de *sole remedy*, que apenas mantém como direito do credor, em caso de incumprimento, o direito a uma indemnização. Numa hipótese como esta, é possível que, por interpretação do contrato, se chegue à conclusão de que, caso não se verifiquem determinadas garantias prestadas, se mantém o interesse contratual, não havendo

⁽⁹⁷⁵⁾ José Ferreira GOMES, M&A. *Aquisição de empresas e de participações sociais*, 316 s.

direito a mais do que a uma compensação para repor o equilíbrio contratual afetado. No fundo, a *cláusula de não garantia* (legal) surte, por força da articulação das diversas cláusulas contratuais, como uma forma de estabelecer um regime autónomo para uma garantia também ela autónoma que havia sido prestada. Deixaria, nessa medida, de ser relevante o erro, assumindo-se o problema integralmente (também nas consequências a que nos conduz) em termos de incumprimento.

11. REPRESENTAÇÃO

11.1. Noção, elementos e modalidades

A representação é o instituto pelo qual um determinado sujeito atua em nome de outrem, produzindo-se os efeitos jurídicos dessa atuação na esfera do representado. De acordo com a explicitação de Pedro Pais de Vasconcelos, “há uma dissociação entre quem age — o ator — e aquele em cuja esfera jurídica se produz a eficácia jurídica da ação e a quem é imputada a autoria do agir representativo — o autor” ⁽⁹⁷⁶⁾. Esta dissociação, porém, não envolve uma qualquer limitação da autonomia do sujeito ou da sua capacidade de exercício. Aliás, em rigor, esta pode ser definida como a suscetibilidade para atuar juridicamente, adquirindo ou exercendo direitos, assumindo ou cumprindo deveres, por ato próprio e exclusivo ou através de um procurador. A atuação por via de um representante integra-se, ainda, no exercício da capacidade para agir do sujeito, que desta feita vê o seu campo de autonomia alargado, pela possibilidade de convocar um terceiro que, na sua ausência, impossibilidade ou insuficiência de meios e/ou conhecimentos, age como se fosse ele próprio. Já não será assim no tocante à representação legal. Esta, ao invés da primeira modalidade de representação considerada (a representação voluntária), não traduz uma forma de exercício da capacidade do sujeito. Mas, também não a limita: contrariamente, é pelo facto de a capacidade de exercício do menor (ou do maior acompanhado, nos casos em que o juiz decreta aquela representação) estar limitada que se

⁽⁹⁷⁶⁾ Cf. Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 695 s.

impõe a adoção de um meio de suprimento dessa incapacidade. Não é, assim, uma consequência, mas um pressuposto e indício desta.

O pouco que se disse até agora permite-nos sublinhar algumas ideias: em primeiro lugar, não existe uma, mas várias modalidades de representação. À representação voluntária e legal junta-se, ainda, a representação orgânica. A distingui-las temos a fonte de legitimação representativa, que pode ser a vontade do sujeito, a lei ou os estatutos de uma pessoa coletiva, respetivamente. Em segundo lugar, a intencionalidade de cada uma das formas de representação a que se alude não é a mesma. Se ao nível da representação legal não pode deixar de se prosseguir o interesse do representado, ao nível da representação voluntária, a atuação em nome de outrem não equivale, necessariamente, à atuação no interesse de outrem. Na verdade, como os autores vêm evidenciando ⁽⁹⁷⁷⁾ e como resulta expressamente do artigo 265.º/3 CC, a procuração pode ser conferida no interesse do procurador ou de um terceiro, tudo dependendo da relação fundamental subjacente e da finalidade da atribuição dos poderes representativos. À semelhança da representação legal, também na representação orgânica, o interesse a salvaguardar será sempre o da pessoa coletiva, mas aí duvida-se se, para lá da concreta analogia de soluções que se pode, caso a caso, denotar, estaremos diante de uma verdadeira representação ou se é preferível falar de uma relação de organicidade, já que a pessoa singular, titular do órgão, faz parte da estrutura da pessoa coletiva ⁽⁹⁷⁸⁾. No fundo, é a relação fundamental subjacente à representação que nos ditará qual o interesse que preside à atuação em nome alheio ⁽⁹⁷⁹⁾. E se assim é, então isso significa, em

⁽⁹⁷⁷⁾ Cf., *inter alia*, C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 540; Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 699; Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *A procuração irrevogável*, Almedina, Coimbra, 2017; Rui de ALARCÃO, “Breve motivação do anteprojeto sobre o negócio jurídico na parte relativa ao erro, dolo, coacção, representação, condição e objecto negocial”, 103-104. Sobre o negócio de procuração, v. Ferrer CORREIA, “A procuração na teoria da representação voluntária”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 34, 1948, 253 s.

⁽⁹⁷⁸⁾ Nesse sentido, cf. Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 704; C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 315 s., embora não por referência à matéria respeitante à representação, mas em análise do problema da capacidade de exercício das pessoas coletivas.

⁽⁹⁷⁹⁾ Neste sentido, cf. Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 700 s., considerando que a relação fundamental

terceiro lugar, que a representação pode ser justificada por múltiplos fatores, cumprindo diversos fins. De acordo com a explicitação de Pais de Vasconcelos, ela pode emergir porque a pessoa está impedida de agir (por ausência, doença, incapacidade), porque pode ser mais conveniente fazer-se representar por quem tenha determinados conhecimentos técnicos, porque é imposta por lei, ou porque simplesmente convencionou essa representação ⁽⁹⁸⁰⁾. De uma outra forma, poderemos dizer que a representação tem lugar em situações de incapacidade, para suprimento da mesma, por força da lei, pela natureza das coisas, no caso das pessoas coletivas, por conveniência ou necessidade, no quadro do exercício da autonomia privada do sujeito, ou mesmo para salvaguardar interesses que não os do representado. Pense-se na hipótese em que a procuração assume a natureza de um negócio indireto, como aquela que é relatada no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28-11-2013 ⁽⁹⁸¹⁾: A e B são proprietários de um

fundamente e justifica o regime da representação e oferece o critério do seu exercício. Veja-se, também, Jorge Duarte Pinheiro, “Negócio consigo mesmo”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, IV, Almedina, 2003, 143, falando de uma relação de gestão, enquanto relação interna que está na base, suporta e justifica a relação de representação (relação externa).

⁽⁹⁸⁰⁾ Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 695.

⁽⁹⁸¹⁾ Proc. n.º 873/05.OTBVLN.G1.S1, relator Abrantes Gerales, in www.dgsi.pt.

Sobre a procuração, cf., por todos, Ferrer CORREIA, “A procuração na teoria da representação voluntária”, 253. Para uma análise do contributo do autor quanto ao ponto, cf., ainda, A. Pinto Monteiro/Paulo Mota Pinto/Mafalda Miranda Barbosa, “A teoria geral do direito civil nos cem anos do Boletim da Faculdade de Direito”, *Boletim da Faculdade de Direito (volume comemorativo do centenário do BFD)*, 91, 2015, 379-422 s: “numa altura em que ainda não estavam verdadeiramente sedimentados os quadros de entendimento da atuação em nome de outrem legitimada por um ato de autonomia do representado, Ferrer Correia ofereceu-nos, com o brilhantismo a que nos habituou, um texto onde distinguia claramente a representação do mandato e no qual colocava a procuração na base daquela representação voluntária. O dado, hoje genericamente assente, afigurou-se de primordial importância à época. Ainda em plena vigência do Código de Seabra, a questão era objeto de profunda controvérsia e a solução afigurou-se inovadora. Na verdade, o autor deu, entre nós, um passo em frente na superação das posições dominantes no pensamento jurídico europeu à data das grandes codificações, que dele se mostram tributárias, ao pôr de lado a confusão entre a representação e o mandato, ao mesmo tempo que logrou criticar posições que procuravam afastar-se daquela que era, na altura, a doutrina tradicional, ao considerar, por exemplo, deficiente a explicação que tentava filiar na lei a eficácia representativa. Ferrer Correia sustentou que a eficácia representativa não é imputável diretamente à vontade do representado, mas a uma sua declaração de vontade,

imóvel, adquirido com o dinheiro que C lhes emprestou, e subscreveram uma procuração pela qual constituem seu representante voluntário C, como forma de garantir o pagamento do empréstimo, de tal forma que este — seu credor — poderia usá-la caso não liquidassem a quantia em dívida no prazo acordado ⁽⁹⁸²⁾.

Para que se possa falar de representação é, assim, necessário que haja *atuação em nome de outrem*, mas *não se exige atuação no interesse de outrem*, nem a *atuação por conta de outrem*. No que à atuação no interesse de outrem diz respeito, vimos já que há hipóteses em que os poderes representativos são conferidos no interesse do procurador ou de um terceiro; no que à atuação por conta de outrem diz respeito, a representação não se confunde, de facto, com o mandato.

O mandato traduz-se num contrato, nos termos do qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais atos jurídicos por conta da outra. O mandante pode atribuir ao mandatário poderes de representação: só nessa hipótese ele atua também em nome do primeiro. Contudo, tal não é imperioso. Caso o mandato seja sem representação, o mandatário age em nome próprio, adquirindo os direitos e assumindo as obrigações decorrentes dos atos que celebra, sendo

que é a procuração. Esta estaria na base da relação de representação e isto permitiu encontrar soluções para uma série de problemas, como o da extensão dos poderes do representante. No fundo, consoante esclareceu no seu escrito o autor, o âmbito de tais poderes seria recortado por recurso à interpretação da declaração negocial que integrava o núcleo essencial da procuração. A este ensejo, Ferrer Correia problematizou, igualmente, a questão da eficácia perante terceiros das declarações restritivas da procuração. Ora, segundo defendeu, as instruções *a laetere* da procuração, comunicadas só ao representante, não valeriam contra terceiros que, sem culpa, as desconhecêssem. Como argumento principal para alicerçar a solução, Ferrer Correia chamou à colação as regras da interpretação do negócio jurídico, reforçando com isto o papel que destinou para a procuração. É também nesse quadro que equacionou as hipóteses de divergência entre a vontade do representado e o conteúdo da procuração, para afirmar, então, que é nas situações em que a falta de seriedade (intencional) da autorização representativa só foi comunicada ao terceiro ou só para ele se tornou patente que importa sublinhar a natureza da procuração. Adentrando noutras questões particulares atinentes às divergências entre a vontade e a declaração, Ferrer Correia concluiu que os problemas devem ser resolvidos com apelo à ideia da procuração como um negócio jurídico unilateral, cujo destinatário é o terceiro com quem será celebrado, no futuro, um contrato. Por isso, e porque o risco de transmissão infiel corre por conta do declarante, não poderá ser oposta ao terceiro qualquer exceção que indique que a vontade do representado foi mal comunicada”.

⁽⁹⁸²⁾ Sobre o negócio indireto, cf., novamente, Orlando de CARVALHO, “Negócio Jurídico Indirecto (Teoria Geral)”, 1-149.

depois obrigado a transferir para o mandante os referidos direitos adquiridos em execução do mandato. Estando em causa a aquisição e posterior transferência de direitos reais, têm-se colocado algumas questões na doutrina, quanto à natureza do segundo ato. No nosso ordenamento jurídico, tem sido, porém, prevalecente a tese da dupla transferência, nos termos da qual os efeitos negociais se produzem na esfera jurídica do mandatário, sendo necessário posteriormente a celebração de um negócio autónomo para os transmitir para o mandante ⁽⁹⁸³⁾. Este segundo negócio, a que o mandatário se teria obrigado, teria natureza contratual, como é defendido, *inter alia*, por Menezes Leitão. De acordo com o ensinamento do autor, “não se vê como sustentar, perante um ordenamento jurídico baseado no sistema do título, que seja possível operar a transferência dos direitos reais para outrem, sem o seu consentimento, através da mera prática de um ato não negocial. A segunda transferência tem de ser, assim, baseada num novo contrato entre mandante e mandatário, que este fica obrigado a celebrar, nos termos do artigo 1181.º CC.” ⁽⁹⁸⁴⁾. Fala-se, assim, de um *negócio alienatório específico de execução do mandato*, que, na explicitação de Galvão Telles, não seria uma compra e venda. Nas suas palavras, “o mandatário *nomine proprio*, a quem, por exemplo, foi vendido um prédio e assim o adquiriu, tornando-se dono dele, tem subsequentemente, e por seu turno, de o alienar ao mandante, através de um novo negócio jurídico. Este novo negócio jurídico não é obviamente uma venda, mas é, em todo o caso, um ato de alienação — uma modalidade alienatória específica, cuja causa justificativa está no cumprimento de uma obrigação advinda do mandato para o mandatário, nas suas relações internas com o mandante” ⁽⁹⁸⁵⁾.

⁽⁹⁸³⁾ Opõe-se a esta a tese da projeção imediata, segundo a qual os efeitos jurídicos se produziriam imediatamente na esfera do mandante. A tese da projeção imediata foi defendida, entre nós, por F. Pessoa JORGE, *O mandato sem representação*, Coimbra: Almedina, 2001, 291 s. O autor sublinha, sobretudo, a ideia de que a dupla transferência não corresponderia à vontade das partes, além de que, se os bens ingressassem no património do mandatário, poderiam ser executados pelos seus credores ou transmitidos *mortis causa*. Acresce que o segundo negócio seria um negócio abstrato, já que a sua causa não seria a de uma compra e venda. Analisando estes argumentos, cf. L. Menezes LEITÃO, *Direito das obrigações*, III, *Contratos em especial*, 7.ª edição, Coimbra, Almedina, 2010, nota 921.

⁽⁹⁸⁴⁾ L. Menezes LEITÃO, *Direito das obrigações*, III, 463, nota 924.

⁽⁹⁸⁵⁾ Cf. I. Galvão TELLES, “Parecer”, *Colectânea de Jurisprudência*, ano 8, III, 1983, 10

Se podemos confrontar-nos com mandatos com e sem representação, percebemos claramente a clivagem entre as duas figuras. Esta constata-se, ainda, por outras vias. De facto, não só pode existir um mandato sem representação, como pode existir representação sem mandato ⁽⁹⁸⁶⁾.

Fundamental para que haja representação é — para além da atuação em nome de outrem — a existência de uma *vontade própria do representante*. Este requisito permite distinguir o representante do nuncio. Na verdade, enquanto o representante decide, pelo menos, se o negócio deve ou não ser celebrado, o nuncio limita-se a transmitir uma declaração, de tal modo que bastará que tenha a capacidade natural para transmitir a declaração ⁽⁹⁸⁷⁾.

Acresce que, para que a representação seja eficaz, é necessário que haja *legitimação representativa* ⁽⁹⁸⁸⁾.

11.2. Legitimação representativa

O ato do representante tem de estar integrado dentro do âmbito dos poderes de representação. Estes, quando não resultam da lei (representação legal) ou dos estatutos de uma pessoa coletiva (representação orgânica), são atribuídos através de um ato que se designa *procuração*. A procuração traduz-se, assim, numa forma de legitimação representativa originária, por contraposição à legitimação representativa superveniente (a ratificação). Em termos dogmáticos, ela deve ser compreendida como um negócio jurídico unilateral não recetício, que tem o terceiro como destinatário ⁽⁹⁸⁹⁾.

⁽⁹⁸⁶⁾ Como explica Mota Pinto, a representação pode resultar de um ato — a procuração — que pode existir autonomamente, ou coexistir com outro contrato que não seja o mandato (*v. g.* o contrato de trabalho ou o contrato de agência). Cf. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 542. Veja-se, ainda, com fundamental importância Ferrer CORREIA, “A procuração na teoria da representação voluntária”, 253 s.

⁽⁹⁸⁷⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 543; Raúl GUICHARD, “Sobre a distinção entre nuncio e representante”, *Scientia Iuridica*, 44, 1995, 317 s.

⁽⁹⁸⁸⁾ Cf. Raúl GUICHARD, “Notas sobre a falta e limites do poder de representação”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1995, 4 s. O autor considera que o poder representativo é um dos requisitos da representação. Mota Pinto, não compreendendo a representação a partir dos seus efeitos, apresenta uma sistematização diversa, considerando que se trata de um pressuposto da eficácia da representação e não da existência de representação.

⁽⁹⁸⁹⁾ Ferrer CORREIA, “A procuração na teoria da representação voluntária”, 253.

A procuração reveste a forma exigida para o negócio que o procurador deva realizar, nos termos do artigo 262.º/2 CC. Por outro lado, o procurador não necessita de ter mais do que a capacidade de entender e querer exigida pela natureza do negócio que haja de efetuar. Não tem, por isso, de ter plena capacidade de exercício.

Importa, porém, notar que é na pessoa do representante que se deve verificar, para efeitos de nulidade ou anulabilidade da declaração, a falta ou vício da vontade, bem como o conhecimento ou ignorância dos factos que pode influir nos efeitos do negócio, de acordo com o artigo 259.º/1 CC.

Inexistindo legitimação representativa, o representante pode conferi-la supervenientemente, ratificando o negócio. A ratificação fica sujeita à mesma exigida para a procuração e tem eficácia retroativa, nos termos do artigo 268.º/2 CC.

11.3. Representação sem poderes e abuso de representação

I. Se o representante celebrar, em nome do representado, um negócio jurídico, sem que lhe tenham sido conferidos poderes de representação para tanto, o negócio é ineficaz em relação ao representado. É esta a solução ditada pelo artigo 268.º/1 CC, que, contudo, abre a porta à possibilidade, já referida, de o dono do negócio o ratificar. Nesta hipótese, o representante é chamado a responder, emergindo uma obrigação de indemnizar, que se pode estender, por via do artigo 800.º CC, ao representado ⁽⁹⁹⁰⁾. Trata-se de uma forma de tutela negativa da confiança.

II. Há, porém, certas hipóteses em que se poderá ir mais longe. A questão que se coloca é a de saber em que medida o terceiro que celebrou o negócio com o *falsus procurator* pode ser protegido positivamente, conferindo-se eficácia ao negócio ⁽⁹⁹¹⁾. A doutrina tem respondido, a partir da consideração do artigo 23.º DL n.º 178/86, de 3 de julho, que disciplina o contrato de agência, afirmativamente. O preceito em questão confere eficácia ao negócio que um agente sem poderes de representação celebre em nome do principal, desde

⁽⁹⁹⁰⁾ Carneiro da FRADA, *Teoria da confiança*, 115 s.

⁽⁹⁹¹⁾ Paulo Mota PINTO, “Aparência de Poderes de Representação e Tutela de Terceiros. Reflexão a propósito do artigo 23.º do DL n.º 178/86, de 3 de Julho”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 69, 1993, 587-645.

que o terceiro que celebre o contrato esteja de boa fé, haja uma confiança justificada por razões ponderosas, objetivamente apreciadas, tendo em conta as circunstâncias do caso, e haja contribuição do principal para o surgimento da situação e confiança. Tendo isto em mente, parte da doutrina sustenta que a solução pode ser alargada a outros âmbitos problemáticos.

Num extenso estudo sobre o tema, Paulo Mota Pinto chama a atenção para alguns pontos. Assim, o risco de encontrar um representante sem poderes impende sobre o terceiro contraente, o que mostra o caráter excecional da solução legal. Nessa medida, a exceção pressupõe um terceiro de boa-fé, cuja confiança seja justificada, e uma posição do representado que não seja digna de proteção. Como se explica em *A teoria geral do direito civil nos cem anos do Boletim da Faculdade de Direito* ⁽⁹⁹²⁾, “avança, então, possíveis fundamentos para a tutela da aparência, ou seja, para a vinculação do representado: princípios gerais da interpretação da declaração negocial (sendo a procuração um negócio jurídico unilateral dirigido ao terceiro que contrata com o representante, o terceiro poderia ser protegido como qualquer declaratário; simplesmente, esta tutela não chega para os casos em que nunca houve poderes de representação, só sendo cogitável nas hipóteses de limitação dos poderes *a latere* da procuração); erro na transmissão da declaração (o artigo 250.º CC põe a cargo do declarante o risco na transmissão da declaração; simplesmente, também aqui teria de haver uma declaração do representado, que pode não existir. Além disso, o risco só é imputado ao declarante se não houver dolo na alteração da declaração pelo nuncio; e a solução predisposta é a anulabilidade e não a ineficácia, donde se percebe que este regime não se coaduna com o problema de que se trata); procuração tácita (simplesmente, pode não haver consciência de se emitir uma declaração negocial). Esgotadas estas vias de solução, Paulo Mota Pinto vê-se forçado a ponderar a solução no quadro da responsabilidade civil e da gestão de negócios, para concluir que também estes institutos não são aptos a assimilar a intencionalidade normativa do problema ou, pelo menos, a resolvê-lo cabalmente. Pelo que conclui, *in fine*, que o abuso do direito será a única forma de se chegar a uma solução aceitável e idêntica àquela que é consagrada pelo DL n.º 178/86. Porém, sendo esta uma via excecional de resolução da

⁽⁹⁹²⁾ Esta apreciação crítica já tinha sido expendida em A. Pinto MONTEIRO/ Paulo Mota PINTO/Mafalda Miranda *Barbosa*, “A teoria geral do direito civil nos cem anos do Boletim da Faculdade de Direito”, 278.

questão, não deixa de louvar o carácter inovador do citado artigo 23.º E o que se consegue com esta reflexão é abrir as portas à compreensão do próprio fenómeno representativo em geral”.

Pinto Monteiro vai mais longe e, no comentário ao artigo 23.º DL n.º 178/86, considera que a solução é de alargar, pelo menos, a todos os casos em que a representação e verifica no quadro de contratos de cooperação de índole comercial ⁽⁹⁹³⁾.

Mota Pinto, com apelo à doutrina alemã, apresenta, então, sistematicamente, duas hipóteses de relevância da aparência: a procuração tolerada (“o representado tolera a conduta, dele conhecida, do representante, e essa tolerância, segundo a boa-fé e considerando os usos do tráfico, pode ser interpretada pela contraparte no negócio no sentido de que o representante recebeu procuração do representado para agir por eles”); e a procuração aparente (“o representado de facto não conhecia a conduta do representante, mas com o devido cuidado teria podido conhecer e impedir, e a contraparte podia de acordo com a boa-fé compreender a conduta do representante no sentido de que ela não teria podido ficar escondida do representado com a diligência devida, e que este, portanto, a tolera”) ⁽⁹⁹⁴⁾.

III. O abuso de representação surge quando o representante, atuando formalmente dentro dos poderes que lhe foram conferidos, contraria os fins da representação. De acordo com o artigo 296.º CC, aplica-se a estas hipóteses o regime da falta de poderes de representação,

⁽⁹⁹³⁾ Pinto MONTEIRO, *Contrato de agência. Anotação ao DL n.º 178/86*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2004, 108 s.; M. Carneiro da FRADA, *Teoria da Confiança e responsabilidade civil*, 52 s.

Diz-nos Pinto Monteiro que Acerca da representação aparente, diz-nos Pinto Monteiro que “o legislador estabeleceu uma cláusula geral que, em termos prudentes, visa tutelar a boa-fé de terceiros, desde que a confiança do cliente na representatividade do agente, ou na legitimidade deste para efetuar a cobrança de créditos (por força do n.º 2), se funde em razões objetivas e ponderosas, associadas ao próprio comportamento (por ação ou omissão) do principal. (...) Não andarás, assim, porventura, a representação aparente muito longe da representação tolerada ou consentida (mas não necessariamente, até porque, apesar do seu comportamento, que contribui para fundar a confiança do terceiro, pode faltar ao principal a consciência da declaração, caso em que, nos termos do artigo 246.º do Código Civil, não poderá recorrer-se à ideia de declaração tácita, relevando autonomamente o problema da representação aparente que o artigo 23.º procura solucionar). Em todo o caso, ainda assim, a norma apresenta vantagens inequívocas” — Cf. A. Pinto MONTEIRO, *Contrato de agência*, 108.

⁽⁹⁹⁴⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 551.

exigindo-se, contudo, que o terceiro com quem o representante celebre o negócio conhecesse ou devesse conhecer o abuso.

11.4. O negócio consigo mesmo

11.4.1. Considerações gerais

O artigo 261.º CC dispõe que “é anulável o negócio celebrado pelo representante consigo mesmo, seja em nome próprio, seja em representação de terceiro, a não ser que o representado tenha especificamente consentido na celebração, ou que o negócio exclua por sua natureza a possibilidade de um conflito de interesses”.

Em causa está a proibição do negócio consigo mesmo, a abarcar duas hipóteses distintas: *a)* o negócio consigo mesmo *stricto sensu*; e *b)* a dupla representação ⁽⁹⁹⁵⁾.

A proibição não se restringe à celebração de um negócio do representante, agindo em nome do representado, consigo mesmo. O preceito é explícito ao referir que é também anulável o negócio celebrado pelo representante, em nome do representado, consigo mesmo, em representação de um terceiro. De igual modo, para evitar situações de potencial fraude à lei, o n.º 2 determina que se considera “celebrado pelo representante (...) o negócio realizado por aquele em quem tiverem sido substabelecidos os poderes de representação” ⁽⁹⁹⁶⁾.

Já antes, durante a vigência do Código de Seabra, se considerava que o diploma consagrava um princípio de ineficácia do contrato consigo mesmo, revelado, por exemplo, no artigo 1562.º/1 e 2 CC ⁽⁹⁹⁷⁾. Mas admitiam-se exceções, a primeira das quais a lei ou o representado autorizarem a celebração do negócio. A solução era idêntica à de outros ordenamentos jurídicos, designadamente o italiano

⁽⁹⁹⁵⁾ Em sentido crítico da opção do legislador, cf. Jorge Duarte PINHEIRO, “O negócio consigo mesmo”, 166.

⁽⁹⁹⁶⁾ A este propósito, cf. o Ac. STJ 29-1-2019, Proc. n.º 3698/09.OTBVPFX. L1.S1, relator Roque Nogueira.

⁽⁹⁹⁷⁾ Cf., a este propósito, Vaz SERRA, “Contrato consigo mesmo e negociação de directores ou gerentes de sociedades anónimas ou por quotas com as respectivas sociedades (Algumas considerações)”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 100.º, 1967, 82 s. Veja-se, igualmente, Ferrer CORREIA, *A representação dos menores sujeitos ao pátrio poder na assembleia geral das sociedades comerciais*, 1962, 39 e Galvão TELLES, “Contrato entre a sociedade anónima e o seu director”, *O Direito*, 87, 18 s.

(artigo 1395.º CC) e o alemão (§ 181 BGB), o que não significa que não existissem diferenças entre eles.

O debate centrava-se, então, na questão da necessidade de autorização expressa ou tácita, bem como na possibilidade de autorização geral por oposição a uma autorização específica ⁽⁹⁹⁸⁾, problema que parece manter ainda alguma atualidade. Entre nós, Vaz Serra defendeu que, atentos os riscos que o negócio consigo mesmo envolve, a autorização não podia deixar de ser específica. Segundo as palavras do autor, “afigura-se conveniente exigir uma autorização clara e específica do representado, pois qualquer outra não mostra suficientemente que este quis autorizar o contrato do representante consigo mesmo e teve consciência do risco que corria” ⁽⁹⁹⁹⁾. E continua dizendo que “o simples uso não seria bastante, devendo haver indicações seguras de que o representado quis conformar-se com ele” ⁽¹⁰⁰⁰⁾, o que não invalida que a autorização possa ser tácita, desde que inequívoca.

A segunda exceção dizia respeito aos negócios que não envolvessem a possibilidade de ofensa dos interesses do representado ⁽¹⁰⁰¹⁾. Assim sendo, defendia Vaz Serra que se deveria admitir — aliás à semelhança do que decorreria do § 181 BGB — o negócio consigo mesmo quando estivesse em causa o cumprimento de uma obrigação, por não haver aí o risco de abuso por parte do representante ⁽¹⁰⁰²⁾, mas só nos casos de pagamento devido e não de dação em pagamento, de obrigação não vencida ⁽¹⁰⁰³⁾. Fora estas hipóteses, também contempladas além-fronteiras, deveria admitir-se o negócio consigo mesmo sempre que o conflito de interesses estivesse ausente ⁽¹⁰⁰⁴⁾.

⁽⁹⁹⁸⁾ Para acompanhamento da questão, cf. Vaz SERRA, “Contrato consigo mesmo”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 91, 1958-1959, 227.

⁽⁹⁹⁹⁾ Vaz SERRA, “Contrato consigo mesmo”, 227.

⁽¹⁰⁰⁰⁾ Vaz SERRA, “Contrato consigo mesmo”, 228.

⁽¹⁰⁰¹⁾ Vaz SERRA, “Contrato consigo mesmo”, 228.

⁽¹⁰⁰²⁾ Vaz SERRA, “Contrato consigo mesmo”, 229.

⁽¹⁰⁰³⁾ Alerta ainda Vaz Serra que “o que talvez pudesse entender-se é que o representante, pagando a si mesmo, deve inspirar-se na vontade real ou presumível do representado, só se aceitando a legitimidade do pagamento quando conforme com essa vontade. Evitar-se-ia, assim, que ele dê preferência a si mesmo em casos nos quais o o representado o não teria feito” — Vaz SERRA, “Contrato consigo mesmo”, 230.

⁽¹⁰⁰⁴⁾ Pense-se, por exemplo, na hipótese em que A, representante, adquire o bem do representado pelo preço que este definiu para a contratação com terceiros — cf. Vaz SERRA, “Contrato consigo mesmo”, 230.

A lição acabou por ser transposta para o Código de 1966, que, no citado artigo 261.º CC, admite as mesmas exceções ⁽¹⁰⁰⁵⁾: o consentimento específico do representado e a inexistência de um conflito de interesses.

Para que o negócio consigo mesmo seja válido, o representado tem de consentir na celebração do negócio consigo mesmo e tem de o fazer especificadamente ⁽¹⁰⁰⁶⁾, ou, em alternativa, o negócio tem de excluir, pela sua própria natureza, o conflito de interesses. Na explicação de Jorge Duarte Pinheiro, tal acontece quando “o representante não se possa fazer valer da sua qualidade para extrair benefícios a seu favor (ou de outrem) com dano para o representado (ou um dos representados)” ⁽¹⁰⁰⁷⁾.

São diversos os casos em que o conflito está ausente. Pense-se no exemplo em que A, representante, celebra em nome de B, representado, um contrato de compra e venda com a C, de quem também é representante, em cumprimento de um contrato-promessa que aquele B tinha firmado, em nome próprio, com o terceiro; ou naqueloutra hipótese em que B, representado, determinou especificamente o conteúdo do contrato que o procurador haveria de celebrar, fixando o preço e as condições do negócio; ou ainda na hipótese em que A, representante, aceita, em nome de B, representado, uma doação que A lhe faz ⁽¹⁰⁰⁸⁾.

Apesar de se poderem reconduzir a hipóteses-tipo, o juízo acerca da conflitualidade subjacente à celebração do negócio consigo mesmo não pode deixar de ter em conta as especificidades do caso concreto ⁽¹⁰⁰⁹⁾.

Celebrado um negócio consigo mesmo fora das hipóteses excecionais em que seja permitido por lei, o mesmo deve considerar-se

⁽¹⁰⁰⁵⁾ Situações especiais há, porém, em que não se admitirá qualquer exceção — cf. Jorge Duarte PINHEIRO, “O negócio consigo mesmo”, 163, referindo-se ao casamento.

⁽¹⁰⁰⁶⁾ Especificadamente tem aqui, segundo aquela que nos parece a melhor posição, o sentido de individualizadamente, não sendo necessário que o representado fixe as condições do negócio — cf. Galvão TELLES, “Contrato entre a sociedade anónima e o seu director”, 17 e Jorge Duarte PINHEIRO, “O negócio consigo mesmo”, 164.

⁽¹⁰⁰⁷⁾ Jorge Duarte PINHEIRO, “O negócio consigo mesmo”, 165. A lição vai no mesmo sentido da de Vaz SERRA, “Contrato consigo mesmo e negociação de directores ou gerentes de sociedades anónimas ou por quotas com as respectivas sociedades (Algumas considerações)”, 230.

⁽¹⁰⁰⁸⁾ Cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 541.

⁽¹⁰⁰⁹⁾ Cf. Jorge Duarte PINHEIRO, “O negócio consigo mesmo”, 165; Vaz SERRA, “Contrato consigo”, 229.

anulável. Cabe, então, ao representado a legitimidade para arguir a anulabilidade, no prazo de um ano a contar da cessação do vício, conforme o artigo 287.º CC. A solução, dispensada pelo artigo 261.º CC, não é, contudo, pacificamente aceite pela doutrina. Vaz Serra e Rui de Alarcão pronunciaram-se acerca da ineficácia como a sanção eventualmente mais adequada para este caso ⁽¹⁰¹⁰⁾. Mais recentemente, Jorge Duarte Pinheiro depôs no mesmo sentido ⁽¹⁰¹¹⁾.

11.4.2. A *ratio* do negócio consigo mesmo

A discussão em torno da adequada sanção com que deve ser cominado o negócio celebrado pelo representante consigo mesmo surge paredes-meias com a da *ratio* da proibição com que temos vindo a lidar. Importa, portanto, perceber por que razão se proscreve o negócio consigo mesmo. Mas a descoberta do fundamento de que falamos só se torna perceptível se, antes, indagarmos — ainda que de forma necessariamente simplificada — a natureza da categoria.

Para um grupo de autores ⁽¹⁰¹²⁾, falar de negócio consigo mesmo envolve uma contradição. Esta seria uma realidade inexistente do ponto de vista normativo e conceptual: faltaria o acordo de vontades pressuposto no contrato, por não estar verdadeiramente presente a vontade do representado; inexistiria uma exteriorização de vontades, que é reclamada pelo mundo negocial, sob pena de nem se conseguir provar a celebração do negócio; faltaria a necessária harmonização de interesses.

Não cremos, porém, que estes argumentos procedam. Desde logo, a exteriorização de vontades pode existir, sem que haja verbalização

⁽¹⁰¹⁰⁾ Vaz SERRA, “Contrato consigo mesmo”, 245 s.; Vaz SERRA, “Contrato consigo mesmo e negociação de directores ou gerentes de sociedades anónimas ou por quotas com as respectivas sociedades (Algumas considerações)”, 164; Rui de ALARCÃO, “Breve motivação do anteprojeto sobre o negócio jurídico na parte relativa ao erro, dolo, coacção, representação, condição e objecto negocial”, 109.

⁽¹⁰¹¹⁾ Jorge Duarte PINHEIRO, “O negócio consigo mesmo”, 169 s. O autor considera que a lei não é coerente ao cominar como sanção para o negócio consigo mesmo a anulabilidade e para as hipóteses de representação sem poderes e de abuso de representação a ineficácia. Além disso, considera que o regime é pouco ajustado a uma lógica de defesa do representado, que anima a previsão normativa.

Sobre a anulabilidade do negócio consigo mesmo, veja-se, também, Augusto Leite de FARIA, *Anulabilidade do negócio consigo mesmo*, Almedina, Coimbra, 1995.

⁽¹⁰¹²⁾ Veja-se, sobre o ponto, Jorge Duarte PINHEIRO, “O negócio consigo mesmo”, 151-152.

da declaração: basta pensar no princípio da liberdade declarativa e nas múltiplas formas que pode assumir a manifestação de vontade dos contraentes. Depois, a vontade do representado existe de facto e é declarada. Simplesmente, ou se considera, na esteira de Ferrer Correia ⁽¹⁰¹³⁾, que ela é imputável a uma sua declaração de vontade, que é a procuração, ou se sustenta que é formada pelo representante que, assume, em simultâneo, o papel de contraparte nesse negócio. Galvão Telles sustenta, aliás, que “o representante é autor de duas declarações de vontade distintas, embora a vontade que ambas refletem se forme na mesma psique (...). E as duas declarações contrapõem-se e ajustam-se segundo o mecanismo contratual, porque lhes correspondem interesses contrários que se harmonizam (...)” ⁽¹⁰¹⁴⁾. E nessa medida, não falha a necessária harmonização de interesses, ainda que ela possa não corresponder à adequada salvaguarda de cada um dos contraentes. Mas isso depõe apenas no sentido do risco que envolve, para o representado, a celebração pelo procurador de um negócio consigo mesmo. Donde o problema não reside na insusceptibilidade de se conceptualizar a categoria, mas no tratamento que se lhe deve dispensar.

Cremos, igualmente, não proceder quer a posição segundo a qual o negócio consigo mesmo dever ser visto como um simples ato jurídico ⁽¹⁰¹⁵⁾; quer a teoria que olha para a figura como um negócio unilateral ⁽¹⁰¹⁶⁾. Na verdade, pensar no negócio celebrado pelo representante em nome do representado consigo mesmo implica, na sua estrutura problemática, que o procurador assuma uma dupla veste e, nessa medida, que se esteja diante de um verdadeiro contrato. O que não significa que o representante não possa, também, munido dos poderes de representação que o representado lhe facultou, praticar em seu nome negócios unilaterais ⁽¹⁰¹⁷⁾ ou levar a cabo simples

⁽¹⁰¹³⁾ Ferrer CORREIA, “A procuração na teoria da representação voluntária”, 253 s.

⁽¹⁰¹⁴⁾ I. Galvão TELLES, *Manual dos contratos em geral*, Lisboa, 1965, 318.

⁽¹⁰¹⁵⁾ Seria a posição de Pacchione, Jorge Duarte PINHEIRO, “O negócio consigo mesmo”, 152.

⁽¹⁰¹⁶⁾ Proposta por Rümelin. Cf., sobre o ponto, Jorge Duarte PINHEIRO, “O negócio consigo mesmo”, 153 e BALBI, “Contrato com se stesso”, *Novissimo Digesto Italiano*, IV, 1959, 639 s.

⁽¹⁰¹⁷⁾ O reconhecimento deste dado não permite, como se argumentará, concluir pela natureza de negócio unilateral do negócio consigo mesmo. Na verdade, os autores que sustentam tal posicionamento parecem querer, de modo ficcional, encontrar tal natureza mesmo quando o negócio que é celebrado pelo representante é um

atos jurídicos, que o beneficiem a si, justificando-se a assimilação das hipóteses pelo âmbito de relevância problemática do negócio consigo mesmo. Parecem, portanto, ter razão os autores que apontam para uma posição pluralista ⁽¹⁰¹⁸⁾, em detrimento daquelas que advogam para uma estrita natureza contratual da categoria.

Atestada que está a natureza negocial da figura, há quem não hesite em reconduzi-la à falta de poderes de representação ⁽¹⁰¹⁹⁾ ou ao abuso de representação ⁽¹⁰²⁰⁾.

Mota Pinto defende a primeira alternativa, considerando que “o negócio é perfeitamente válido, desde que o representado tenha especificamente consentido na celebração”, ou seja, e *a contrario*, o fundamento para a proibição será a falta de consentimento e, portanto, a falta de poderes de representação ⁽¹⁰²¹⁾. Não cremos que a posição se coadune com os dados dogmáticos: em primeiro lugar, pode não haver qualquer consentimento e o negócio ser válido, por não conter com os interesses do representado, donde se percebe que a *ratio* da proibição terá de se situar aí, na contemplação desses interesses, e não na ausência de autorização; por outro lado, em rigor, o tipo de negócio celebrado pode inserir-se verdadeiramente no âmbito dos poderes conferidos, pelo que o problema parece aproximar-se mais do abuso de representação do que da representação sem poderes. Consoante explicita Jorge Duarte Pinheiro ⁽¹⁰²²⁾, “os poderes de

contrato — não haveria estrutura de contrato, embora o conteúdo fosse contratual. Cf., sobre o ponto, I. Galvão TELLES, *Manual dos contratos em geral*, 317 e Jorge Duarte PINHEIRO, “O negócio consigo mesmo”, 153.

⁽¹⁰¹⁸⁾ Entre nós, Jorge Duarte PINHEIRO, “O negócio consigo mesmo”, 156.

⁽¹⁰¹⁹⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 542 s.

⁽¹⁰²⁰⁾ Cf. Vaz SERRA, “Contrato consigo mesmo”, 164; Jorge Duarte PINHEIRO, “O negócio consigo mesmo”, 171 s.

Entre os autores parece, aliás, nem sempre haver clareza na distinção entre a representação sem poderes e o abuso de representação. A esse propósito recorde-mos a posição de Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, IV, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, 294 s. Entende o autor que ao nível da falta de poderes de representação o que existe é uma absoluta falta de legitimação representativa; já no abuso se integraria a ultrapassagem formal dos poderes conferidos (ex. a procuração diz vender e o procurador doa), a ultrapassagem substancial (violação das instruções acessórias do representado) e a ultrapassagem funcional (preterição do fim para que os poderes representativos foram conferidos).

⁽¹⁰²¹⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 542 s.

⁽¹⁰²²⁾ Note-se, porém, que o autor entende que as duas posições não se excluem, tudo dependendo da perspetiva — cf. Jorge Duarte PINHEIRO, “O negócio consigo mesmo”, 171.

representação destinam-se a ser exercidos no interesse do representado. O negócio consigo mesmo gera o perigo de um exercício da representação com dano para o representado” ⁽¹⁰²³⁾.

Há, não obstante o posicionamento, uma diferença de nível entre o negócio consigo mesmo e o abuso de representação. Porque dificilmente o sujeito que surge no negócio concretamente celebrado na dupla veste de representante e contraparte no negócio salvaguarda o interesse do representado, o ordenamento jurídico faz recair sobre o negócio um anátema, não exigindo que se verifique, em concreto, desvio em relação ao fim da representação ⁽¹⁰²⁴⁾. Por outro lado, parece que, mesmo quando seja autorizado o negócio consigo mesmo, é possível sindicá-lo o eventual abuso.

Nesse sentido parece pronunciar-se o Supremo Tribunal de Justiça, no acórdão de 17-12-2009 ⁽¹⁰²⁵⁾, ao afirmar que “o representante deve agir com imparcialidade, probidade, moralidade e fidedignidade, zelando os poderes que lhe foram conferidos pelo representado. O conflito de interesses pode decorrer de excesso ou abuso de representação, não podendo o representante, mesmo no caso de assentimento do representado, agir de modo egoísta, acautelando apenas os seus próprios interesses, por lhe competir a defesa dos interesses do outro contraente que representa”. De modo próximo, no Acórdão STJ 7-6-2011 ⁽¹⁰²⁶⁾, pode ler-se que “a expressão pelo preço, condições e cláusulas que achar convenientes, constante da procuração que autoriza o negócio consigo mesmo, deve ser interpretado no sentido que o faria um declaratório normal: preço equilibrado e justo, o preço real de mercado que garante a lealdade do comportamento que o representante deve

⁽¹⁰²³⁾ Cf. Ac. STJ 29-1-2019, Proc. n.º 3698/09.OTBVFX.L1.S1, relator Roque Nogueira, onde se pode ler que “o representante sentir-se-á tentado a sacrificar os interesses do representado em benefício dos seus”.

⁽¹⁰²⁴⁾ Não existiria aqui qualquer problema em relação à verificação do requisito da ineficácia nos termos do artigo 269.º CC, uma vez que a contraparte e o representante coincidem.

Pode, contudo, questionar-se se a solução será a mais acertada, uma vez que, em rigor, a adequada realização do direito vai implicar a análise do caso concreto, até para ver se houve ou não conflito de interesses. O que se pode dizer é que, mesmo quando haja tal conflito, pode não ter sido preterido o interesse do representado. Não obstante, o negócio é anulável.

Isto não nos deve impedir de recorrer ao abuso de representação para defender a ineficácia do negócio.

⁽¹⁰²⁵⁾ Proc. n.º 365/06.OTBALS.B1.S1, relator Fonseca Ramos, www.dgsi.pt.

⁽¹⁰²⁶⁾ Proc. n.º 346/08.OTBLSA.C1.S1, relator Hélder Roque, www.dgsi.pt.

assumir, para poder, de boa-fé, gerir a conflitualidade dos interesses em presença, de forma a estabelecer o necessário equilíbrio, sob pena de uma alienação por um valor desfasado da realidade ser um índice objetivo e seguro do abuso de representação” ⁽¹⁰²⁷⁾.

Podemos, portanto, concluir que é no conflito de interesses que se descobre a *ratio* da proibição do negócio consigo mesmo.

11.4.3. O conflito de interesses e a extensão teleológica do artigo 261.º CC

Descoberta a *ratio* do artigo 261.º CC no conflito de interesses que subjaz a uma estrutura negocial como a que se desenha em concreto no negócio consigo mesmo, legitima-se a questão: é ou não possível estender a solução legal para as situações que, não apresentando a mesma estrutura problemática, mantêm com a hipótese normativa uma semelhança bastante?

11.4.3.1. As respostas da jurisprudência

A jurisprudência pátria parece adotar, quanto à questão controvertida, uma posição mais formal, que atende preferencialmente à estrutura problemática do caso *sub iudice*.

No Acórdão STJ de 9-12-2008 ⁽¹⁰²⁸⁾, essa ideia parece ficar clara. O caso conta-se em poucas palavras, sobretudo se prescindirmos de relatar as especificidades do mesmo: A e B, casados no regime de separação de bens, detinham uma procuração emitida pelos autores, conferindo-lhes poderes — que podiam ser exercidos conjunta ou separadamente — para venderem pelo preço e condição que entendessem um apartamento dos representados. A, agindo separadamente de B,

⁽¹⁰²⁷⁾ Parece, na verdade, que esta cláusula há-de ser interpretada de igual modo quando o negócio que se celebre seja um negócio consigo mesmo. Só não será assim — por não se ter de atender ao leal e justo equilíbrio de interesses — quando a procuração tenha sido subscrita no interesse exclusivo do procurador. Relembra-se, portanto, a nota que anteriormente explicitámos, segundo a qual é a relação fundamental que nos vai oferecer o critério de sindicância do eventual abuso de representação.

Veja-se, ainda, o Ac. STJ 14-10-2004, Proc. n.º 04B2212, relator Araújo Barros, www.dgsi.pt, onde se pode ler que “o negócio consigo mesmo é anulável. Mas tal negócio, se os poderes conferidos na procuração, não foram excedidos, não coenvolve abuso de representação ou representação sem poderes”.

⁽¹⁰²⁸⁾ Proc. n.º 083/298, relator Moreira Alves, www.dgsi.pt.

vendeu, em representação de C, a B (que agia em nome próprio) o referido apartamento. Apesar de A e B serem casados, e apesar de o valor da aquisição da propriedade ter sido, inclusivamente, pago por A, o Supremo Tribunal de Justiça entendeu que não existiria negócio consigo mesmo.

Por seu turno, o Acórdão STJ 28-11-2013 ⁽¹⁰²⁹⁾, num caso já anteriormente referido, veio considerar que não é suficiente o facto de o segundo outorgante ser filha do representante para se entender que foi celebrado um negócio consigo mesmo.

O critério seguido é, portanto, o da identidade dos sujeitos, independentemente da relação que cada um deles possa manter com o representante, a potenciar o conflito de interesses relativamente ao qual o legislador quis acautelar o representado ao nível do negócio consigo mesmo.

Este mesmo critério parece inspirar as soluções de outros arestos, quando estejam envolvidas pessoas coletivas. Aí, porém, os problemas ganham outros contornos. Na verdade, há uma questão pressuposta sobre a qual é necessário tomar posição e que diz respeito à capacidade de exercício das pessoas coletivas. Estas, pela sua própria natureza, necessitam dos titulares dos seus órgãos para as representar. Contudo, como adiantámos *supra*, não se trata aqui de uma representação em sentido próprio, ou seja, a representação orgânica corresponde muito mais a um vínculo de organicidade, o único capaz de explicar a solução ditada pelo artigo 165.º e 500.º CC, em sede de responsabilidade civil extracontratual ⁽¹⁰³⁰⁾, donde haveremos de concluir que há uma simbiose perfeita entre aquele titular do órgão e a pessoa coletiva, de tal modo que é esta e só esta que surge a agir.

Esta circunstância condicionou o entendimento do Tribunal da Relação de Coimbra, no Acórdão de 4-10-2005 ⁽¹⁰³¹⁾. Pode aí ler-se que “não há negócio consigo mesmo, quando um contrato é outorgado por uma administração comum às sociedades autora e ré, tendo em conta que estas têm personalidade jurídica própria” ⁽¹⁰³²⁾. A mesma

⁽¹⁰²⁹⁾ Proc. n.º 873/05.OTBVLN.G1.S1, relator Abrantes Geraldês, www.dgsi.pt.

⁽¹⁰³⁰⁾ Cf. C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 311 s. e Jorge Duarte PINHEIRO, “O negócio consigo mesmo”, 146.

⁽¹⁰³¹⁾ Proc. n.º 2158/05, relator Monteiro Casimiro, www.dgsi.pt.

⁽¹⁰³²⁾ Refira-se, contudo, em abono do rigor científico, que, neste caso, o administrador comum apenas era representante de uma das sociedades. O problema não se coloca, portanto. Contudo, importa notar o primeiro argumento aduzido

solução foi repetida pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2-5-1996 ⁽¹⁰³³⁾, no qual se considera que “não há negócio consigo mesmo no caso de alguém intervir como representante de duas sociedades. A personalidade destas sobrepuja a do mandatário”.

O posicionamento não é, contudo, unânime. No Acórdão STJ 20-1-1998 ⁽¹⁰³⁴⁾, foi considerado anulável o contrato de arrendamento celebrado pelo administrador de uma sociedade e sócio gerente de outra dando de arrendamento a esta um prédio urbano de que a primeira era proprietária. Já não se atende, aqui, à identidade dos contraentes — duas sociedades diferentes — mas à qualidade de quem participa nas negociações, para se determinar, com base nisso, se é ou não desvelável um conflito de interesses com uma intencionalidade problemática idêntica àquela que funda a proibição do negócio consigo mesmo.

As questões, quando entram em cena pessoas coletivas, são mais complexas, como se disse. Mas nem por isso deixam de ser exemplificativos do problema de base que estamos a considerar. Se devemos atender, na determinação da existência de um conflito de interesses, à identidade formal dos sujeitos contraentes ou à qualidade dos negociantes, para o que relevará as relações que entre eles possam existir é, pois, a questão que nos orienta.

11.4.3.2. Os diversos argumentos

a. O argumento metodológico — a interpretação da norma

Tradicionalmente, a interpretação jurídica era entendida como um problema hermenêutico. A norma seria encarada em abstrato, no jogo entre letra e espírito. Aquela definiria um círculo de sentidos possíveis e fixaria as fronteiras dentro das quais o espírito se poderia mover, excluindo os chamados candidatos negativos, ou seja, os sentidos que a letra inequivocamente e *a priori* excluía. Mas dentro desse círculo de sentidos possíveis, tal letra voltaria a atuar na sua função de seleção positiva, dicotomizando os candidatos positivos — os sentidos naturais, aqueles que mais correspondessem aos

pela Relação de Coimbra, que acaba por ser mobilizado a outros ensejos, como veremos.

⁽¹⁰³³⁾ Proc. n.º 96B734, relator Figueiredo de Sousa, www.dgsi.pt.

⁽¹⁰³⁴⁾ Proc. n.º 98B595, relator Costa Marques, www.dgsi.pt.

usos habituais das expressões em causa — e os candidatos neutros — aqueles que correspondessem a utilizações menos habituais dos elementos linguísticos ⁽¹⁰³⁵⁾.

Só depois entrariam em jogo os outros elementos da interpretação, o elemento sistemático, histórico e teleológico (quando passa a ser admitido), obtendo-se, assim, o resultado interpretativo devido, que se traduziria numa interpretação declarativa, restritiva ou extensiva ⁽¹⁰³⁶⁾, distinguindo-se claramente da analogia. Na verdade, esta só seria chamada a operar quando se ultrapassassem os sentidos pré-jurídicos delineados pela letra da lei.

Ora, é esta visão do problema da interpretação que se afigura metodologicamente insustentável. A consideração atomista da norma, nas duas grandezas que a compõem, só é possível se aceitarmos que o valor linguístico de um texto é constante e que a utilização de expressões comuns num enunciado jurídico deixa inalterado o seu sentido. Mas, qualquer um destes pressupostos é falso. O sentido de qualquer comunicação está sempre dependente do interlocutor, do contexto e do momento histórico em que se situa ⁽¹⁰³⁷⁾. Da mesma forma, o uso de expressões linguísticas num texto jurídico altera o sentido das mesmas ⁽¹⁰³⁸⁾. Pelo que teremos de concluir, oportunamente, que, abstratamente, a norma nada nos comunica, só sendo possível interpretá-la no confronto com o caso concreto. Por isso, o objeto da interpretação passa a ser a norma problema, isto é, ela

⁽¹⁰³⁵⁾ Sobre o problema da interpretação, para mais desenvolvimentos, cf. A. Castanheira NEVES, «Interpretação Jurídica», *Digesta*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, 337 s.; A. Castanheira NEVES, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003; J. Pinto BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, 809 s.; Mafalda Miranda BARBOSA/João Pedro RODRIGUES, «Da incompetência do TC para apreciar eventuais violações do princípio da legalidade criminal: breve reposicionamento crítico em sede metodológica», *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, 108 s. (que aqui damos por reproduzido em alguns pontos específicos).

⁽¹⁰³⁶⁾ Se ambos os elementos da norma coincidissem, a interpretação dir-se-ia declarativa. Se a letra fosse mais ampla que o espírito, restringir-se-ia o sentido textual para o fazer coincidir com o seu espírito, dando-se lugar à interpretação restritiva. Se, pelo contrário, a letra fosse menos ampla que o espírito, alargar-se-ia o sentido textual da lei, dentro dos seus sentidos possíveis, para o fazer coincidir com o seu espírito, abrindo-se as portas a uma interpretação extensiva.

⁽¹⁰³⁷⁾ Nesse sentido, J. Pinto BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 894.

⁽¹⁰³⁸⁾ J. Pinto BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 894.

deixa de ser vista como um enunciado linguístico para passar a ser entendida como a tipificação de um caso, com uma intrínseca intencionalidade problemática. Em confronto ficam, então, dois problemas, e o nosso raciocínio passa a caminhar do particular para o particular, razão pela qual se pode afirmar que a analogia estará sempre presente em qualquer processo de interpretação jurídica ⁽¹⁰³⁹⁾. Deixa de fazer sentido falar de interpretação extensiva e restritiva, passando a assumir-se como resultados interpretativos a extensão e a redução teleológica, formas de interpretação corretiva que não nos apartam da analogia ⁽¹⁰⁴⁰⁾.

Não basta, porém, que a norma seja transcendida pelas exigências do caso concreto: haverá de ser, igualmente, remetida para os princípios normativos em que se louva, sob pena de incompreendermos a sua intencionalidade normativa. De facto, a analogia de que falamos, quando devidamente entendida, não se pode confundir com a mera identidade dos termos. Estivéssemos nós no campo matemático e ela transverter-se-ia em pura identidade ⁽¹⁰⁴¹⁾; no campo do direito, temos toda a barreira entre o geral e abstrato da norma e o particular e concreto do caso a cavar um fosso que exige, para o juízo de similitude suficiente que se procura, a convocação de um *tertium datum* que o viabilize ⁽¹⁰⁴²⁾. Donde a interpretação da norma

⁽¹⁰³⁹⁾ Sobre o ponto, cf., novamente, Mafalda Miranda BARBOSA/João Pedro RODRIGUES, «Da incompetência do TC», 108-109 e, para desenvolvimentos não consentâneos com o nosso âmbito de análise, a demais bibliografia já citada acerca da interpretação jurídica.

⁽¹⁰⁴⁰⁾ Cf. A. Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica — Problemas fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, 242.

⁽¹⁰⁴¹⁾ Cf. A. Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 242.

⁽¹⁰⁴²⁾ Cf. A. Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 256 s.

Castanheira Neves fala da analogia como uma “integrante e unitária inteligibilidade ou racionalização”, que implica a verificação de três características fundamentais: “1) (...) essas entidades não veem reduzida pela analogia a sua diversidade (...); 2) (...) a inteligível integração deverá ser uma conclusão nivelada (...) i.é, deverá manter-se no mesmo nível dos relata e não passar (...) a um nível diverso (...); 3) (...) exige-se um fundamento específico da integração (*fundamentum relationis*, *tertium comparationis*) a justificar a inteligibilidade ou racionalidade dessa unificante associação na diferença”. (cf. *Metodologia Jurídica*, 241).

Ora, esse *fundamentum relationis* não pode deixar de ser encontrado na expressão do próprio direito. Sem que com isto resvalemos para o vício, contaminador do pensamento de raiz tradicional denunciado pelo jurista, que redundaria, afinal, na mutação do nível de grau entre os *relata*, ao admitir a *analogia iuris*, entendida como a analogia entre o caso concreto e um princípio geral extraído de um

(entendida em termos amplos) implicará não só a remissão do critério para o caso que o convoca, como para os princípios normativos do sistema, que, em rigor, são fundamentais para se poder compreender o sentido normativo dessa mesma norma e para garantir a pertinência do juízo de similitude que se busca.

Entendido desta forma o problema da interpretação da norma, facilmente compreendemos que não tem razão de ser a prisão a um critério formal que faça apelo à identidade dos contraentes, sem atender às relações que entre eles se estabelecem. Em muitos dos casos considerados nos acórdãos que trouxemos a lume seria possível considerar que, apesar de as circunstâncias juridicamente relevantes do problema concreto excederem o tipo de relevância previsto na norma, há uma intencionalidade nuclearmente assimilável de ambos os âmbitos de relevância ⁽¹⁰⁴³⁾ e, portanto, que é possível lançar mão de uma adaptação extensiva, solucionando a hipótese com recurso à disciplina do negócio consigo mesmo.

Haveremos, no entanto, de considerar outros argumentos. E para tanto é fundamental pensar em ulteriores hipóteses disciplinadas pelo

conjunto de normas. Pois que, não só os princípios a que apelamos em nada se confundem com esses princípios gerais de índole normativista, como a justificação da relação por aquele *tertium comparationis* não implica a passagem do particular ao geral (cf. A. Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 244-254).

Em rigor, Castanheira Neves chama-nos a atenção para a índole argumentativa e não meramente lógica do raciocínio analógico. Com o que pretende afirmar a necessidade — insuperável — de se recorrer, na comparação das duas intencionalidades problemáticas em confronto, a critérios especificamente jurídicos, por ele identificados como “critérios normativo-teleologicamente materiais” (cf. A. Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 249). “Os casos relevantes serão juridicamente análogos quando os seus respetivos e concretos sentidos problemático-jurídicos (...) se puderem pensar numa conexão justificada pela intenção fundamental de juridicidade que os constitui na sua especificidade jurídica (...). Mas essa analogia problemática não dispensa um segundo momento analógico de índole agora judicativa, pois só uma ponderação comparativa a nível judicativo poderá levar a concluir que a solução jurídica do caso-foro é normativo-juridicamente adequada também para o caso-tema” (cf. A. Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 261).

Tudo isto a querer dizer que, em concreto, o juízo analógico — em que se substancia, afinal, toda a interpretação — apresenta um carácter axiológico-normativo, a implicar a intuição do próprio sentido do direito que, assim, se derrama em cada mobilização que se há-de fazer dos diversos critérios legais erigidos para a procedência de uma pretensão indemnizatória procedente.

⁽¹⁰⁴³⁾ Cf. A. Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 177.

legislador, que são inspiradas pela necessidade de regular o conflito de interesses que lhes possa estar subjacente.

b. O argumento sistemático — outras hipóteses de conflito de interesses no direito privado

Na verdade, encontramos ao longo do ordenamento jurídico privativístico diversas soluções cuja *ratio* parece ter sido inspirada pela necessidade de proscrever o conflito de interesses ou, pelo menos, de o regular. A sua análise, ainda que não exaustiva, impõe-se a este nível ⁽¹⁰⁴⁴⁾.

i. O poder paternal e a tutela

O poder paternal surge como a forma privilegiada de suprimento da incapacidade dos menores, nos termos do artigo 124.º CC, recorrendo-se à tutela subsidiariamente ⁽¹⁰⁴⁵⁾. Significa isto, como se sabe, que o menor, com a sua insuscetibilidade para por ato próprio e exclusivo adquirir e exercer direitos, assumir e cumprir obrigações, é substituído na movimentação da sua esfera jurídica pelos pais ou, no caso de estes terem falecido, estarem inibidos do exercício do poder paternal, quanto à regência da pessoa do filho, estarem, há mais de seis meses, impedidos de facto de o exercerem, ou serem incógnitos, por um tutor. Dito de uma forma mais generalizante, a incapacidade de exercício dos menores é suprida pelo instituto da representação legal.

Esta modalidade de representação, encontrando na lei a sua fonte de legitimação, acaba por apresentar especificidades relativamente à representação voluntária. Em primeiro lugar, ocorre sempre no

⁽¹⁰⁴⁴⁾ Os objetivos da interpretação — outrora disputados entre as correntes subjetivistas e objetivistas — transmutam-se, fazendo dialogar a interpretação dogmática e a interpretação teleológica. A primeira não se diferencia totalmente da segunda, posto que o sistema tem uma intencionalidade problemática incontornável. E é por isso que, afastada que esteja a visão estrita dessa teleologia para a aceitarmos no sentido mais fundo de incorporação da própria teleonomologia, se há-de chegar a perceber que, se, de facto, a arquitetura sistemática em si mesma não garante a concludência do nosso discurso, posto que, viabilizando a delimitação da juridicidade a partir do sistema, poderia deixar sem resposta casos que reclamassem, pela pressuposição das exigências de sentido que entretecem a normatividade, uma resposta de direito, nem por isso podemos deixar de lado a consideração desse sistema, entendido, também ele, como um problema. Cf., a este propósito, por todos, J. Pinto BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 897.

⁽¹⁰⁴⁵⁾ Cf. artigo 1921.º CC.

interesse do representado; em segundo lugar, este não é chamado a exercer qualquer controlo sobre os atos que, ao abrigo dela, o representante pratica.

Daí que o legislador tenha sido particularmente cauteloso, submetendo à autorização do tribunal a prática de certos atos, conforme resulta dos artigos 1889.º CC (para o caso do poder paternal) e 1938.º (para o caso da tutela), e tendo proibido a prática de outros (no caso dos tutores, nos termos do artigo 1937.º CC).

De acordo com o artigo 1937.º, *b)* e *d)*, não pode o tutor “tomar de arrendamento ou adquirir, diretamente ou por interposta pessoa, ainda que em hasta pública, bens ou direitos do menor, nem tornar-se cessionário de créditos ou outros direitos contra ele, exceto nos casos de sub-rogação legal, de licitação em processo de inventário ou de outorga em partilha judicialmente autorizada”, nem “receber do pupilo, diretamente ou por interposta pessoa, quaisquer liberalidades, por ato entre vivos ou por morte, se tiverem sido feitas depois da sua designação e antes da aprovação das respetivas contas, sem prejuízo do disposto para as deixas testamentárias no n.º 3 do artigo 2192.º”.

Por seu turno, nos termos do artigo 1892.º CC, os pais não podem, sem autorização do tribunal, tomar de arrendamento ou adquirir, direta ou por interposta pessoa, ainda que em hasta pública, bens ou direitos do filho sujeitos às responsabilidades parentais, nem tornar-se cessionários de créditos ou outros direitos contra este, exceto nos casos de sub-rogação legal, de licitação em processo de inventário ou de outorga em partilha judicialmente autorizada.

Em causa está, em todas estas situações, a necessidade de proteger o menor contra eventuais situações de aproveitamento daqueles que, devendo salvaguardá-lo na sua pessoa e património, se possam querer beneficiar da situação de absoluta dependência em que ele se encontra. O controlo do ordenamento jurídico é, aqui, mais rigoroso, pela especial posição de dependência e fragilidade que caracteriza o menor. Mas a autonomização das hipóteses por nós consideradas não pode deixar de apontar no sentido de que se pressupõe que, quando uma mesma pessoa assume um duplo papel num negócio jurídico, dificilmente conseguirá salvaguardar o interesse alheio, alcançando um justo equilíbrio de posições. O conflito de interesses está patente e inspira as soluções legais. A intensificação da necessidade de tutela e o reforço do controlo, atenta a posição de fragilidade do menor e os especiais deveres que impendem sobre os titulares do poder paternal ou sobre o tutor, é o único fator que justifica um desvio em relação ao regime regra do artigo 261.º CC.

ii. Os maiores acompanhados e o artigo 150.º CC

A lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto, veio revogar os institutos da interdição e da inabilitação e consagrar o regime do acompanhamento de maiores ⁽¹⁰⁴⁶⁾.

De acordo com o novo regime, o acompanhante pode vir a autorizar a prática de certos atos ou categorias de atos pelo acompanhado ou pode representá-lo. Não obstante a tentativa de salvaguardar até ao limite a autonomia do sujeito carecido de acompanhamento, há situações em que não é possível obviar uma intromissão de um terceiro na sua esfera, com a intenção de o beneficiar e proteger, oferecendo-lhe os mecanismos que asseguram a efetiva autonomia de que se fala.

É neste contexto que surge o artigo 150.º CC, nos termos do qual “o acompanhante deve abster-se de agir em conflito de interesses com o acompanhado”, sendo a violação deste dever de omitir sancionado com as consequências do artigo 261.º CC ⁽¹⁰⁴⁷⁾. Porém, na sua intencionalidade, o artigo 150.º CC parece ser mais amplo que o nosso conhecido artigo 261.º.

Em primeiro lugar, não está em causa a específica celebração de negócios jurídicos, mas qualquer forma de atuação que envolva um conflito de interesses. Em causa pode estar, por exemplo, a simples autorização para a celebração de um negócio pelo acompanhado.

Por outro lado, a mobilização do regime do artigo 261.º CC requer algumas cautelas. De facto, quando lidamos com as exceções à anulabilidade do negócio consigo mesmo, havemos de ter em conta que elas não podem ser automaticamente transpostas para o âmbito do

⁽¹⁰⁴⁶⁾ Cf., a este propósito, A. Menezes CORDEIRO, “Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores”, *Revista de Direito Civil*, III/3, 2018, 473 s.; Pinto Monteiro, “O Código Civil Português entre o elogio do passado e um olhar sobre o futuro”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 146, n.º 4002, 2017. Cf., igualmente, Mafalda Miranda BARBOSA, *Maiores acompanhados. Primeiras notas depois da aprovação da lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto*, Gestlegal, 2018; Mafalda Miranda BARBOSA, “Maiores acompanhados: da incapacidade à capacidade?”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 78, 2018, 231-258; Mafalda Miranda BARBOSA, “Fundamentos, conteúdo e consequências do acompanhamento de maiores”, *O novo regime jurídico do maior acompanhado*, CEJ, 2019, 53-64. Veja-se, igualmente, o que ficou dito *supra*.

⁽¹⁰⁴⁷⁾ Havendo representação do maior e para os atos relativamente aos quais ela exista, haveremos de considerar aplicáveis as regras da tutela.

acompanhamento. Em primeiro lugar, sempre que em causa esteja uma hipótese de representação pelo acompanhante, haveremos de considerar que não faz sentido falar do específico consentimento que possa ter sido prestado pelo acompanhado: é que nessa hipótese, ao contrário do que sucede ao nível da representação voluntária, estamos num âmbito em que acompanhante/representante é chamado a agir por o acompanhado não conseguir fazê-lo por si, acautelando os seus interesses. E o mesmo se diga para as situações em que o negócio tem de ser autorizado pelo acompanhante: seria contraditório exigir que, para a sua validade, o acompanhado prestasse a sua autorização para a celebração de um negócio que, depois de autorizado pelo acompanhante, seria celebrado pelo próprio.

Por último, estando em causa não a celebração de um negócio consigo mesmo, mas a existência de um conflito de interesses que afete a atuação do acompanhante, teremos de concluir que, inexistindo tal conflito, nem sequer se verifica a previsão normativa que impõe a remissão para o artigo 261.º CC.

Ainda que o artigo 150.º CC se revele mais amplo na sua intencionalidade problemática que o artigo 261.º CC, e ainda que seja inspirado por uma maior necessidade de tutela do maior submetido ao acompanhamento, a remissão expressa que aquela norma faz para o segundo preceito faz-nos perceber que a solução pensada pelo legislador ao nível do negócio consigo mesmo é adequada a uma situação de conflito de interesses, o que reforça o entendimento de que a sua *ratio* se encontra na tentativa de proscrição dos prejuízos que por via dessas hipóteses possam surgir.

iii. O artigo 397.º CSC e os negócios dos administradores com a sociedade

O artigo 397.º CSC dispõe, no seu n.º 1, que “é proibido à sociedade conceder empréstimos ou crédito a administradores, efetuar pagamentos por conta deles, prestar garantias a obrigações por eles contraídas e facultar-lhes adiantamentos de remunerações superiores a um mês”. A este elenco imperativo de negócios proibidos acresce a previsão da nulidade dos contratos celebrados entre a sociedade e os seus administradores, diretamente ou por interposta pessoa, se não tiverem sido previamente autorizados por deliberação do conselho de administração, na qual o interessado não pode votar, e com o parecer favorável do conselho fiscal ou da comissão de auditoria, conforme o n.º 2, sendo esta solução extensível a atos ou contratos

celebrados com sociedades que estejam em relação de domínio ou de grupo com aquela de que o contraente é administrador ⁽¹⁰⁴⁸⁾.

Com o regime pretende-se evitar que a sociedade possa ser prejudicada, por aquele que age em seu nome prosseguir, afinal, interesses que são próprios e podem contender com os da pessoa coletiva. Daí que se proíbam absolutamente determinados negócios e que se estabeleçam mecanismos de controlo em relação à celebração de outros, sob pena de invalidade.

No que respeita aos negócios proibidos por força do n.º 1, eles são sempre proibidos e, como tal, nulos, nos termos do artigo 294.º CC ⁽¹⁰⁴⁹⁾. Em bom rigor, parece que, se não todos, pelo menos alguns destes negócios poderiam já ser inválidos por força da violação do princípio da especialidade do fim, também nos termos do citado artigo 294.º CC. Em causa está, no entanto, não a falta de capacidade da pessoa coletiva para celebrar os referidos negócios, sequer apenas o ostensivo benefício que os mesmos acarretam para o administrador, em detrimento da sociedade, mas o perigo que envolvem para o património da pessoa coletiva, a envolver o possível prejuízo dos interesses de terceiros, em especial os credores ⁽¹⁰⁵⁰⁾. Daí que pareça que as exceções contidas no

⁽¹⁰⁴⁸⁾ Sobre o problema dos negócios celebrados entre os administradores e a sociedade, cf., *inter alia*, Coutinho de ABREU, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, VI, Almedina, Coimbra, 2013, 326 s.; Coutinho de ABREU, “Negócios entre sociedades e partes relacionadas (administradores, sócios) — sumário às vezes desenvolvido”, *Direito das sociedades em revista*, ano 5, vol. 9, 2013, 14 s.; Coutinho de ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, 42 s.; José Ferreira GOMES, “Conflitos de interesses entre accionistas nos negócios entre a sociedade anónima e o seu accionista controlador”, *Conflitos de interesses no direito societário e financeiro — um balanço a partir da crise financeira*, Almedina, Coimbra, 2010, 89 s.; Diogo Costa GONÇALVES, “O governo de sociedades por quotas — breves reflexões sobre a celebração de negócios entre o gerente e a sociedade”, *O governo das organizações — a vocação universal do corporate governance*, Almedina, Coimbra, 2011, 120 s.; Alexandre Soveral MARTINS, “A aplicação do artigo 397.º CSC às sociedades por quotas”, *II Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2012, 557 s.; Anabela MARQUES/Patrícia ALVES, “Negócios dos administradores com a sociedade”, *Julgar*, 2016, 1 s.; Sousa GILÃO, “Conflitos de interesses entre administradores e accionistas na Sociedade Anónima: os negócios com a sociedade e a remuneração dos administradores”, *Conflitos de interesses no direito societário e financeiro*, Almedina, Coimbra, 2010, 249 s.

⁽¹⁰⁴⁹⁾ Alexandre Soveral MARTINS, “A aplicação do artigo 397.º CSC às sociedades por quotas”, 558.

⁽¹⁰⁵⁰⁾ Neste sentido, Alexandre Soveral MARTINS, “A aplicação do artigo 397.º CSC às sociedades por quotas”, 559.

n.º 5 do artigo 397.º CSC não se apliquem a estes negócios e que eles devam ser considerados nulos mesmo quando celebrados por interposta pessoa ⁽¹⁰⁵¹⁾.

No tocante aos negócios previstos no n.º 2 do artigo 397.º CSC, o regime é diverso. Não são sempre proibidos, mas considerados nulos quando não haja prévia deliberação do conselho de administração, na qual o administrador interessado não pode votar, e parecer favorável do conselho fiscal. A nulidade que contamina os negócios celebrados entre a sociedade e um dos seus administradores estende-se aos negócios celebrados por interposta pessoa, solução que se percebe para se evitarem fraudes à lei e prisões formalistas que atentem contra a intencionalidade da disciplina.

Importa, portanto, determinar quem são as interpostas pessoas de que fala o preceito. Entre essas interpostas pessoas estão, de acordo com a posição de Coutinho de Abreu, as pessoas referidas no artigo 579.º/2 CC e todas as outras, singulares ou coletivas, que o administrador possa influenciar diretamente, como, por exemplo, uma sociedade de que seja sócio maioritário ⁽¹⁰⁵²⁾. Para Soveral Martins, a interposição de pessoas significa tão só que o contrato foi celebrado indiretamente através de outrem, podendo estar em causa a interposição fictícia, o mandato sem representação, uma relação fiduciária, e podendo ainda aplicar-se o artigo 579.º/2 CC por analogia ⁽¹⁰⁵³⁾.

Já para Sousa Gião, a interposição de pessoas implica a interposição de interesses dos administradores, de tal modo que remete para o quadro do artigo 397.º/2 CSC todos os casos em que exista um conflito de interesses. Esta posição, necessariamente amplificadora do

Pergunta-se, por isso, se não fará sentido operar uma restrição teleológica do 397.º/2 CSC, entendido em linha com o n.º 1, quando o negócio celebrado entre o administrador e a sociedade apenas vise o benefício desta.

⁽¹⁰⁵¹⁾ Alexandre Soveral MARTINS, “A aplicação do artigo 397.º CSC às sociedades por quotas”, 559; Sousa GIÃO, “Conflitos de interesses entre administradores e accionistas na Sociedade Anónima: os negócios com a sociedade e a remuneração dos administradores”, 249.

⁽¹⁰⁵²⁾ Coutinho de ABREU, “Negócios entre sociedades e partes relacionadas (administradores, sócios) — sumário às vezes desenvolvido”, 15; Coutinho de ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 42 s. No sentido de interpretar a interposição de pessoas de acordo com o artigo 579.º CC, *u.*, igualmente, Raul VENTURA, *Sociedades por quotas*, III, Almedina, Coimbra, 1991, 57, referindo-se ao artigo 254.º CSC.

⁽¹⁰⁵³⁾ Alexandre Soveral MARTINS, “A aplicação do artigo 397.º CSC às sociedades por quotas”, 561.

âmbito de relevância subjetiva do preceito, não é aceite sem mais pela generalidade da doutrina, que remete os casos de conflito de interesses para além daqueles previstos no artigo para o artigo 261.º CC ⁽¹⁰⁵⁴⁾.

Este é um ponto particularmente melindroso da interpretação do artigo 397.º CSC, que nos faz, ademais, considerar uma outra questão. O preceito prevê a disciplina dos negócios celebrados entre o administrador e a sociedade, não especificando se se trata de um administrador representante. Desde logo por isso alguns autores entendem que os âmbitos de relevância dos dois preceitos em confronto — 261.º CC e 397.º CSC — não se confundem ⁽¹⁰⁵⁵⁾, aplicando-se o regime do código das sociedades comerciais quer haja representação pelo administrador contraente, quer não haja.

O administrador pode celebrar livremente alguns negócios com a sociedade. É essa a lição que resulta do n.º 5 do artigo 397.º CSC, nos termos do qual o disposto nos números anteriores não se aplica quando se trate de “ato compreendido no próprio comércio da sociedade e nenhuma vantagem especial seja concedida ao contraente administrador”. Em causa está a celebração de um contrato entre a sociedade e o administrador, que esteja inserido no objeto da atividade

⁽¹⁰⁵⁴⁾ Alexandre Soveral MARTINS, “A aplicação do artigo 397.º CSC às sociedades por quotas”, 561. Veja-se, a este propósito, Menezes CORDEIRO, “Artigo 397”, *Código das Sociedades Comerciais anotado*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2011, 1061.

⁽¹⁰⁵⁵⁾ Cf. Alexandre Soveral MARTINS, “A aplicação do artigo 397.º CSC às sociedades por quotas”, 562; José Ferreira GOMES, “Conflitos de interesses entre accionistas nos negócios entre a sociedade anónima e o seu accionista controlador”, 104, que considera que o preceito se deve ainda aplicar aos contratos celebrados entre a sociedade e terceiros representados pelo mesmo administrador (dupla representação). Cf., porém, p. 106.; Coutinho de ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 28. Cf., igualmente, Menezes CORDEIRO, “Artigo 397.º”, 1061, entendendo que, sempre que haja um negócio consigo mesmo, se aplica o artigo 261.º CC.

A propósito da dupla representação, depõem em sentido contrário autores como Soveral Martins — cf. *Os poderes de representação dos administradores de sociedades anónimas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, 274; e Alexandre Soveral MARTINS, “A aplicação do artigo 397.º CSC às sociedades por quotas”, 566. Só no caso dos negócios celebrados entre a sociedade e o administrador é que o conflito de interesses é tão premente que justifica a nulidade. Para Soveral Martins, só fará sentido aplicar-se o artigo 397.º/2 CSC se for realizada prova que a atividade em nome de terceiro não é mais do que uma atuação do gestor por interposta pessoa. Nas outras hipóteses deve sustentar-se a aplicação do artigo 261.º CC. É, aliás, esta a posição da jurisprudência na matéria.

daquela e seja firmado em condições normais de mercado. É o que sucede quando as condições negociais são iguais às que são oferecidas ao público em geral ou, sendo mais favoráveis, são idênticas às propostas a todos os restantes trabalhadores da sociedade ⁽¹⁰⁵⁶⁾.

Percebe-se, então, independentemente das críticas que possam dirigir-se contra este regime ⁽¹⁰⁵⁷⁾, que a intenção é, uma vez mais, evitar que a pessoa coletiva sociedade anónima (e terceiros) possa(m) ser prejudicada(os) por um negócio celebrado com um seu administrador. O eventual prejuízo presume-se como certo a partir do momento em que o conflito de interesses esteja latente ⁽¹⁰⁵⁸⁾.

Nessa medida, parece haver uma linha de continuidade entre o preceito em análise e o artigo 261.º CC. Há, contudo, diferenças assinaláveis entre ambos: desde logo, os termos da proibição não são absolutamente idênticos; por seu turno, a consequência jurídica da celebração do negócio em contravenção com o disposto na lei é também outra, com o artigo 397.º CSC a falar de nulidade e o artigo 261.º CC a cominar a anulabilidade como sanção.

Vejam os: mesmo deixando de lado os negócios que o administrador nunca poderá celebrar, a eventual celebração de um negócio nos termos do n.º 2 do artigo 397.º CSC fica dependente da aprovação prévia pelo conselho de administração e de parecer favorável do conselho

⁽¹⁰⁵⁶⁾ Coutinho de ABREU, “Negócios entre sociedades e partes relacionadas (administradores, sócios) — sumário às vezes desenvolvido”, 18, mostrando-se, porém, muito crítico da solução, por entender que deixa de haver um mecanismo de controlo preventivo e que se confunde o critério com a finalidade da norma; Anabela MARQUES/Patrícia ALVES, “Negócios dos administradores com a sociedade”, 13.

Veja-se, igualmente, José Ferreira GOMES, “Conflitos de interesses entre accionistas nos negócios entre a sociedade anónima e o seu accionista controlador”, 113 s., considerando que, porque é o administrador que tem de interpretar conceitos gerais para saber se deve ou não submeter o negócio à prévia autorização do Conselho de Administração, deve estabelecer-se uma dicotomia entre as hipóteses em que não existe liberdade de estipulação, nas quais se pode presumir a inexistência de vantagens especiais; e as hipóteses em que tal liberdade se verifica, para as quais a exigência de aprovação pelo Conselho de Administração deve manter-se.

⁽¹⁰⁵⁷⁾ V. nota anterior.

⁽¹⁰⁵⁸⁾ Cf., sobre esta questão, ainda, J. Sousa GIÃO, “Conflitos de interesses entre administradores e os accionistas na sociedade anónima: os negócios com a sociedade e a remuneração dos administradores”, 249; Paulo CÂMARA, “Conflito de interesses no direito financeiro e societário: um retrato anatómico”, *Conflito de interesses no direito societário e financeiro — Um balanço a partir da crise financeira*, Almedina, Coimbra, 2010.

fiscal. Significa isto que não está apenas em causa a simples autorização por parte do representado para a celebração de negócios consigo mesmo, por forma a acautelar-se contra um eventual prejuízo decorrente de um conflito de interesses, mas o controlo acerca do impacto que aquele contrato possa ter no património da pessoa coletiva. Daí a exigência de parecer favorável do conselho fiscal. Percebe-se, por isso, que o regime diga respeito não especificamente aos negócios consigo mesmo, embora os possa abranger. A intencionalidade é outra e a proscrição do conflito de interesses latente ocorre não porque o administrador representa a sociedade — que pode não representar — mas porque o administrador pode condicionar a gestão da pessoa coletiva em seu favor, prejudicando-a e prejudicando terceiros.

Por outro lado, há outros fatores a ter em conta para justificar a cominação da nulidade como sanção: em primeiro lugar, ao nível do n.º 1 do artigo 397.º CSC, ela está em linha com a previsão do mesmo tipo de consequência pela violação do princípio da especialidade do fim — é que os negócios em questão podem envolver um benefício injustificado para o administrador, a apontar para uma ideia de liberalidade que quadra mal com a teleologia da pessoa coletiva em questão; em segundo lugar, e já também no que tange às hipóteses do n.º 2, as especificidades da representação orgânica podem determinar a necessidade de um regime mais favorável no que respeita à desvinculação da sociedade, em sintonia, aliás, com a sanção que é prevista no caso do artigo 1939.º CC, para algumas hipóteses de representação legal; em terceiro lugar, parece estar aqui em causa a concretização do dever de lealdade dos administradores para com os sócios ⁽¹⁰⁵⁹⁾; por último, entra em cena a necessidade de proteção do património da sociedade e, portanto, de todos os sócios e credores da sociedade, devendo garantir-se um expediente para que também estes possam invalidar o negócio ⁽¹⁰⁶⁰⁾.

Entende-se, por isso, a preocupação de alguns autores de alargarem a aplicação do artigo 397.º CSC às sociedades por quotas, a despeito

⁽¹⁰⁵⁹⁾ Sobre o ponto, cf. Coutinho de ABREU, “*Corporate governance* em Portugal”, *Miscelâneas do IDET*, 6, Almedina, Coimbra, 2010; A. Menezes CORDEIRO, “A lealdade no direito das sociedades”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 66-III, 2006.

⁽¹⁰⁶⁰⁾ A este propósito, cf. o artigo 412.º CSC.

Os credores sociais não poderão invocar a invalidade de uma deliberação junto do conselho de administração.

A invocação da anulabilidade dos negócios celebrados pela sociedade não será possível nos termos do artigo 287.º CC.

do silêncio da lei. Porque o artigo 397.º CSC responde a preocupações diversas daquelas que resultam da presença de um negócio consigo mesmo, entende-se que, na ausência de uma disciplina idêntica para as sociedades por quotas, quando os interesses subjacentes são praticamente os mesmos, se deve ponderar a extensão do regime das sociedades anónimas para as suas congéneres.

As respostas são variadas. Coutinho de Abreu entende que se deve mobilizar a disciplina contida no artigo 397.º CSC, já que as razões justificativas da proibição e do maior rigor no controlo são igualmente verificáveis para este tipo de sociedades ⁽¹⁰⁶¹⁾. Além disso, o artigo 261.º CC pode não ser suficiente, já que pode nem sequer existir um negócio consigo mesmo. Aliás, não existirá quando, em caso de gerência plural, o gerente contratante não aparece a representar a sociedade ⁽¹⁰⁶²⁾. É claro que, atenta a estrutura das sociedades por quotas, poderá não ser fácil cumprir em relação a elas os requisitos impostos pelo código das sociedades comerciais: pode não existir colegialidade na gerência ⁽¹⁰⁶³⁾ e pode não existir um órgão de fiscalização.

Este dado, de acordo com alguns autores, impediria a analogia que se reclama para a extensão da disciplina às sociedades por quotas. Nesse sentido, Diogo Costa Gonçalves propõe uma solução forjada com base no artigo 10.º/3 CC, que passaria por considerar nulos, salvo autorização prévia da Assembleia Geral, os negócios celebrados, direta ou indiretamente, entre gerentes e a sociedade ou entre estes e as sociedades que com aquela se encontrem em relação de domínio ou de grupo, salvo se o negócio em causa, pela sua natureza ou circunstâncias, excluir

⁽¹⁰⁶¹⁾ Nesse sentido, Alexandre Soveral MARTINS, “A aplicação do artigo 397.º CSC às sociedades por quotas”, 563, afirmando que “nestes casos não vejo onde estão as diferenças, no plano dos interesses em presença, entre as sociedades por quotas e seus gerentes e as sociedades anónimas e seus administradores. Os riscos para as sociedades por quotas, para os sócios e para terceiros parecem ser os mesmos”.

⁽¹⁰⁶²⁾ Cf. Coutinho de ABREU, “Negócios entre sociedades e partes relacionadas (administradores, sócios) — sumário às vezes desenvolvido”, 20 s.; Coutinho de ABREU, *A responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 28. No mesmo sentido, cf. Alexandre Soveral MARTINS, “A aplicação do artigo 397.º CSC às sociedades por quotas”, 562 s., chamando à colação o artigo 2.º CSC para justificar a aplicação do preceito às referidas sociedades por quotas; Anabela MARQUES/Patrícia ALVES, “Negócios dos administradores com a sociedade”, 31. A este propósito, cf. o artigo 408.º CSC.

⁽¹⁰⁶³⁾ Cf., porém, o artigo 261.º CSC e os artigos 278.º e 390.º CSC, estes últimos a mostrarem-nos que também no caso das sociedades anónimas pode existir administrador único.

a possibilidade de conflito de interesses ⁽¹⁰⁶⁴⁾. Soveral Martins, atenta a analogia valorativa entre as sociedades anónimas e por quotas, advoga a aplicação do artigo 397.º/2 CSC às últimas, na parte em que seja aplicável. E acrescenta que, não sendo possível uma deliberação da gerência, o interprete pode criar uma norma, propondo que a aprovação seja feita pelos sócios. Do mesmo modo, se não existir órgão de fiscalização, essa exigência deixa de poder aplicar-se ⁽¹⁰⁶⁵⁾.

Soveral Martins propõe, assim, uma taxonomia de hipóteses para a aplicação do artigo 397.º CSC ⁽¹⁰⁶⁶⁾.

- a) O administrador, representante ou não a sociedade anónima, celebra com ela um negócio. Não havendo decisão favorável do conselho de administração e parecer favorável do conselho fiscal, o mesmo é nulo;
- b) Numa sociedade por quotas, em que a gerência seja plural, se o gerente não representar a sociedade e celebrar com ela um negócio, aplica-se o artigo 397.º CSC; se a gerência for singular, haverá negócio consigo mesmo, exige-se uma deliberação dos sócios, que substitua a deliberação da gerência, sob pena de nulidade.

Para além destas situações, questiona-se se outras podem ser assimiladas pelo âmbito de relevância do artigo 397.º CSC, designadamente quando em causa estejam negócios celebrados por uma sociedade com outra que seja dominada pelo seu administrador ou gerente ⁽¹⁰⁶⁷⁾. Por outro lado, atenta a teleologia do regime e os interesses subjacentes,

⁽¹⁰⁶⁴⁾ Diogo Costa GONÇALVES, “O governo de sociedades por quotas — breves reflexões sobre a celebração de negócios entre o gerente e a sociedade”, 123 s.

Posição diferente é sustentada por Paulo Olavo CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2014, 832, que recorre, a este nível, ao artigo 261.º CC. Para o autor não seria possível aplicar por analogia o artigo 397.º CSC, por diversos motivos: inexistência, em muitos casos de sociedades por quotas, de um órgão de fiscalização, falta de colegialidade do órgão de gestão da sociedade, por ser uma norma excecional.

⁽¹⁰⁶⁵⁾ Alexandre Soveral MARTINS, “A aplicação do artigo 397.º CSC às sociedades por quotas”, 564-565.

⁽¹⁰⁶⁶⁾ Alexandre Soveral MARTINS, “A aplicação do artigo 397.º CSC às sociedades por quotas”, 567, que aqui acompanhamos de muito perto.

⁽¹⁰⁶⁷⁾ Alexandre Soveral MARTINS, “A aplicação do artigo 397.º CSC às sociedades por quotas”, 567 s., considerando que é necessário mais do que o domínio para se poder aplicar o artigo 397.º CSC. Para que ele fosse chamado a depor seria

poderia ser importante ponderar se o mesmo se deve ou não aplicar aos negócios celebrados entre a sociedade e outras partes relacionadas por vínculos de socialidade, designadamente os acionistas controladores, as sociedades em relação de domínio ou de grupo ⁽¹⁰⁶⁸⁾.

11.4.3.3. A interpretação do artigo 261.º CC à luz da consideração do conflito de interesses

O ordenamento jurídico português tende a afastar todos os conflitos de interesses que possam condicionar o concreto equilíbrio negocial. Se é certo que se está, neste domínio dogmático, longe dos meandros publicistas em que a proscrição de tais conflitos visa salvaguardar

necessário que o sujeito utilizasse as sociedades que domina como um “alter ego”, falando-se de interposição de pessoas.

⁽¹⁰⁶⁸⁾ Pense-se, por exemplo, na hipótese de um acionista controlador principal que influencia o administrador por si contratado, orientando a sua conduta para satisfazer interesses pessoais em detrimento dos interesses da sociedade. Sobre o ponto, cf. João Dias LOPES, “Governo da sociedade anónima e negócios com acionistas de controlo”, *Revista de Direito das Sociedades*, V, 2013, 1-2, 96 s.; José Ferreira GOMES, “Conflitos de interesses entre accionistas nos negócios entre a sociedade anónima e o seu accionista controlador”, 102 s., considerando que há aqui dupla representação, dado que o administrador representa a sociedade e o acionista controlador; Bernardo Correia da SILVA, *Negócios com partes relacionadas: mecanismos de limitação e o interesse da sociedade*, UCP, 2017, 19 s.

Para um exemplo ilustrativo dos problemas, cf. Alexandre Soveral MARTINS, “A aplicação do artigo 397.º CSC às sociedades por quotas”, 567 s.: “A SQ A, Lda, tem dois sócios: a X, SA, com 75% do capital, e Manuel, pessoa singular com 25%. A SQ, por sua vez, tem 70% do capital da Z, SA, que foi constituída para desenvolver um determinado projeto empresarial. Os outros 30% do capital da Z, SA, pertencem a X, SA (10%), Y, SA (10%), e a Manuel (10%). K, s.A., tem por sua vez 75% do capital da X, s.A. O Sr. A é titular de 80% do capital de K, s.A., e é também gerente da SQ A, Lda. A sociedade Z, s.A., é financiada por Bancos. E depois usa os financiamentos para celebrar contratos envolvendo avultados pagamentos a X, s.A. Também a SQ é financiada e vai celebrar contratos com a K, SA, com esta a receber elevadíssimas quantias em dinheiro. Manuel pode ficar completamente posto de lado, observando o desvio de recursos para fora das sociedades de que é sócio minoritário (...). Os financiamentos concedidos à sociedade por quotas A e à sociedade anónima Z vão ser usados para pagamentos às sociedades K, SA, e X, SA: ambas controladas por A, que usa e abusa desse controlo. Neste caso totalmente ficcionado (se houver semelhanças com a realidade é pura coincidência) os Bancos não exigem avais ou fianças ao Sr. A. Tudo é garantido pela sociedade Z e pelas sociedades sócias da sociedade Z”.

Particularmente interessante pode ser, ainda, a ponderação dos problemas que resultam da existência de credores que dominam uma interposta pessoa.

um interesse público, ao nível do direito privado, justificam-se cautelas quando eles possam eclodir, já que a lógica negocial, maxime contratual, funciona com base na pressuposição de que cada um é quem melhor salvaguarda os seus próprios interesses. O consenso a que alude o artigo 232.º CC implica a existência de interesses contrapostos, embora convergentes, pelo que, se um mesmo sujeito ocupa, em simultâneo, duas posições negociais, perde-se a noção de contrato como forma de composição autónoma de vontades.

É à luz desta ideia que deve ser compreendido o artigo 261.º CC, pelo que se pode extrair dele — sustentando-nos, aliás, no melhor posicionamento em termos metodológicos — um princípio de proscrição geral do conflito de interesses.

Quer isto dizer que, sem embargo do sentido literal do preceito, este deve ser visto como uma norma de aplicação mais geral, cujo âmbito de relevância não fica condicionado pela identidade dos sujeitos contraentes, isto é, como emanção de um princípio geral.

Tal significa, contra o que tem sido o entendimento tradicional da jurisprudência e de alguma doutrina, que o artigo 261.º CC deve ser mobilizado quando esteja em causa um negócio celebrado entre um representante, em nome do representado, e o seu cônjuge. Repare-se, aliás, que dependendo do regime de bens que vigora entre o casal, ordenando as suas relações patrimoniais, o negócio pode implicar diretamente a entrada do bem no património do representante. Mas, ainda que a separação de bens tenha sido acordada em convenção antenupcial, materialmente, o jurista não pode deixar de ter em conta a natureza da relação matrimonial e a plena comunhão de vida que ela implica, pelo que, fora de hipóteses limite de rutura do casamento, haverá necessariamente a tentação de beneficiar a mulher e/ou marido. O mesmo raciocínio se pode mobilizar por referência aos unidos de facto, não obstante o nível de compromisso poder não ser tão forte, pela perda de vocação de perpetuidade que ainda caracteriza o casamento, apesar das constantes descaracterizações de que tem sido alvo.

Problemas têm sido colocados, igualmente, em face dos negócios que o representante, em nome do representado, celebra com um filho. Tratando-se de um menor, é evidente a existência de um negócio consigo mesmo; caso estejamos a falar de um maior, embora ele não exista em termos formais, cremos que a solução do artigo 261.º CC se pode sustentar por adaptação extensiva da norma: é que a relação paterno-filial, sendo caracterizada pelos laços de afeição que ultrapassam qualquer normativização de deveres, pode impedir a isenção que se requereria

para o representante e a total identificação deste, na sua atuação, com os interesses do representado, que deveria defender.

Ou seja, sempre que se detete, por intervenção de um representante, independentemente da estrutura formal identitária que se verifique, um conflito de interesses, o artigo 261.º CC deve ser chamado a depor. Só não será assim quando o próprio legislador tenha estabelecido um regime mais rigoroso, em nome da especial vulnerabilidade do representado ou dos interesses de terceiros que possam estar em causa, como no caso dos negócios celebrados entre as sociedades e os seus administradores, também ele a ser objeto de uma interpretação não formalista.

A possibilidade de aplicação do artigo 261.º CC às sociedades fica dependente de, no caso concreto, se verificarem ou não as exigências de sentido do artigo 397.º CSC. Tudo depende de saber se o que está em causa com a situação concreta é a salvaguarda da sociedade contra o conflito de interesses que se deteta ou se, para além desse elemento, se verifica a necessidade de controlo por parte dos órgãos de gestão e de fiscalização, para salvaguarda dos sócios e de terceiros. Verificar-se-á tal necessidade sempre que o contraente ocupe uma posição de influência sobre a gestão da sociedade, ainda que não a represente. Afastada que seja a aplicação deste preceito, é ainda possível chamar à colação o preceito do Código Civil. Assim, por exemplo, é possível falar da aplicação do artigo 261.º CC nos casos de dupla representação, quando a segunda sociedade contratante, ainda que representada pelo mesmo sujeito físico (administrador/gerente), não possa ser vista como uma interposta pessoa para efeitos de verificação da intencionalidade predicativa do artigo 397.º CSC ⁽¹⁰⁶⁹⁾.

Repare-se que o regime especial por este último preceito ditado se justifica não só em nome da proteção da sociedade, mas também dos terceiros, sócios e credores sociais. Ora, para além das dificuldades estruturais e de gestão que se possam denotar na aplicação analógica da disciplina para além das sociedades anónimas, parece que as mesmas razões de tutela se verificam por referência às sociedades por quotas. Diríamos, numa linha de continuidade com o que é proposto pela doutrina, que o mesmo raciocínio se pode tecer por referência às sociedades em comandita.

Já no tocante às sociedades em nome coletivo, atenta a responsabilização direta dos sócios pelas dívidas da sociedade e a sua estrutura

⁽¹⁰⁶⁹⁾ Sobre a representação das sociedades anónimas, cf. o artigo 408.º CSC.

de gestão, parece perder razão de ser o desvio ao regime regra do negócio consigo mesmo.

A possível aplicação do artigo 261.º CC a alguns negócios celebrados pelas sociedades comerciais deve levar-nos, contudo, a refletir sobre um ponto, que ficou pressuposto no nosso discurso precedente. Vejamos: o âmbito de relevância do artigo 397.º CSC é, como vimos, diverso do âmbito de relevância do artigo 261.º CC. Um caso pode ser assimilado pela intencionalidade problemática do primeiro, sem que haja um negócio consigo mesmo. Mas pode — até pela compreensão materialmente densificada desta categoria — haver uma coincidência entre os dois âmbitos de relevância em termos estruturais. Nesses casos, sendo o negócio celebrado entre a sociedade e o administrador ou uma interposta pessoa um negócio consigo mesmo, coloca-se o problema de uma eventual relação de consunção entre os dois regimes/as duas disciplinas. Ora, se é certo que a intencionalidade dos regimes não é a mesma — tutelando-se interesses outros para além dos do representado ao nível da norma do Código das Sociedades Comerciais —, não se pode ignorar que se protege também a pessoa coletiva (o representado, no caso de o administrador/gerente a representar) da tentação de retirar do negócio um benefício próprio, por parte do representante. Assim sendo, deve considerar-se que, embora a *ratio* do artigo 397.º CSC seja mais ampla que a do artigo 261.º CC, a determinar a dita proteção acrescida, há um ponto de coincidência entre ambas, o que significa que o artigo 261.º CSC só será, neste contexto, mobilizável quando, para além da verificação da estrutura do negócio consigo mesmo, não haja outros interesses potencialmente afetados para além dos que a pessoa coletiva titula. Em todas as outras situações, parece verificar-se uma relação de consunção.

No tocante às restantes pessoas coletivas, não se verificando com a mesma acuidade a necessidade de proteção patrimonial dos que integram o seu substrato e de credores, deve valer o artigo 261.º CC.

12. INEFICÁCIA E INVALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO

12.1. Considerações gerais

Um negócio jurídico diz-se ineficaz quando não produz qualquer efeito. Em sentido próprio, a ineficácia implica a não produção de efeitos por força de uma circunstância extrínseca que integra a situação

complexa produtora de efeitos jurídicos ⁽¹⁰⁷⁰⁾. Nessa medida, ela distingue-se da invalidade. O negócio inválido não produz, igualmente, efeitos, mas por força da falha ou deficiência de um elemento interno e essencial do mesmo ⁽¹⁰⁷¹⁾.

Por outro lado, enquanto a invalidade é uma categoria absoluta (o negócio é válido ou inválido), a ineficácia (em sentido estrito) pode ser absoluta ou relativa. Ela será absoluta se operar *erga omnes*, podendo ser invocada por qualquer interessado. É o caso do negócio jurídico celebrado sob condição suspensiva, quando o evento condicionante não se verifique ⁽¹⁰⁷²⁾. Ao invés, será relativa se apenas se verificar em relação a certas pessoas. Pense-se, por exemplo, no negócio celebrado pelo representante, em nome do representado, mas com falta de poderes de representação ⁽¹⁰⁷³⁾.

A invalidade surge, neste quadro, como uma forma de ineficácia em sentido amplo ⁽¹⁰⁷⁴⁾.

⁽¹⁰⁷⁰⁾ É esta a noção oferecida por Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 615 s.

⁽¹⁰⁷¹⁾ Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 615.

⁽¹⁰⁷²⁾ Para o mesmo exemplo e outros, cf. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 616.

⁽¹⁰⁷³⁾ Novamente, Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 616.

⁽¹⁰⁷⁴⁾ Esta, por seu turno, integraria uma categoria mais ampla, a ineficácia em sentido amplo. Nesse sentido, e numa tradição que remonta a Windscheid (*Zur Lehre des Codes Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, 1969), cf. Rui de ALARCÃO, “Sobre a invalidade do negócio jurídico”, *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, V, 1983, 609-630, Rui de Alarcão parte da distinção entre a ineficácia negocial *lato sensu* e a inexistência, por considerar que, nesta, “os factos ocorridos não correspondem ao conceito do negócio jurídico”, pelo que este não produz qualquer efeito, na medida em que é um não negócio. Já os negócios nulos podem produzir efeitos laterais. Por outro lado, dentro da ineficácia em sentido amplo integra a ineficácia em sentido estrito e a invalidade, que, por seu turno, se desdobra em nulidade e anulabilidade. No mesmo sentido, cf. Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, 411 s. e, com referência à posição, A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 615 s., considerando que a invalidade é uma espécie do género ineficácia, “uma ineficácia que provém de uma falta ou irregularidade dos elementos internos (essenciais/formativos) do negócio”; José Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral*, II, 309 s. Com uma diversa sistematização, veja-se, igualmente, A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 919 s.; Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 627 s.

Acerca da problemática das invalidades, v., também, Luís Carvalho FERNANDES, *A conversão dos negócios jurídicos civis*, Quid iuris, Lisboa, 1993, 230 s. e

12.2. Invalidade. Modalidades

A invalidade, tal como caracterizada, conhece duas modalidades: a nulidade e a anulabilidade ⁽¹⁰⁷⁵⁾.

Os diferentes regimes que as moldam (e que se podem descrever comparativamente em breves palavras: a nulidade pode ser invocada a todo o tempo/a anulabilidade só pode ser invocada durante um determinado período de tempo fixado pelo legislador — em regra, um ano a contar da cessação do vício —, findo o qual ela se sana; a nulidade é de conhecimento oficioso, enquanto a anulabilidade tem de ser necessariamente invocada; a nulidade pode ser invocada por qualquer interessado, a anulabilidade só pode ser arguida por aquele ou aqueles no interesse do qual/ais foi estabelecida; a nulidade não pode ser sanada/a anulabilidade pode ser sanada, por confirmação ou pelo decurso do tempo ⁽¹⁰⁷⁶⁾) espelham distintos modos de contradição com o ordenamento jurídico e evidenciam a tutela de valores diversos ⁽¹⁰⁷⁷⁾. Nas palavras de Menezes Cordeiro “a nulidade equivale a um *status rei*: um estado do próprio negócio; como consequência, temos uma permissão genérica de impugnação; a anulabilidade traduz um *status personae*: uma característica específica de um dos intervenientes, ao qual é reconhecida uma permissão específica de impugnação” ⁽¹⁰⁷⁸⁾.

A contraposição entre ambas terá sido herdada do direito alemão ⁽¹⁰⁷⁹⁾. Savigny terá, na verdade, autonomizado, com base na lição do direito romano ⁽¹⁰⁸⁰⁾, a categoria da *impugnabilidade de uma relação jurídica*, a qual teria sido traduzida por anulabilidade ⁽¹⁰⁸¹⁾.

L. Menezes LEITÃO, *O enriquecimento sem causa no direito civil*, Almedina, Coimbra, 2005, 442 s

⁽¹⁰⁷⁵⁾ Cf. Rui de ALARCÃO, “Invalidade dos negócios jurídicos/Anteprojecto para o novo Código Civil”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 89, 1959, 57 s; Rui de ALARCÃO, “Sobre a invalidade do negócio jurídico”, *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, V, 1983, 609-630.

⁽¹⁰⁷⁶⁾ Cf. artigos 286.º e 287.º CC.

⁽¹⁰⁷⁷⁾ Sobre a anulabilidade, vide Brandão PROENÇA, “A resolução do contrato no direito civil”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Suplemento 22, 1975, 235-461

⁽¹⁰⁷⁸⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 942 s.

⁽¹⁰⁷⁹⁾ Cf. Heinrich LANGE, “Die Eindämmung von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 144, 1937/1938, 149 s.

⁽¹⁰⁸⁰⁾ Cf., a este propósito e em termos gerais, Renato QUADRATO, *Sulle trace dell'annulabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, Jovene, Napoli, 1983.

⁽¹⁰⁸¹⁾ Dando conta da autonomização histórica da categoria, v. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 917 s., que aqui acompanhamos de perto.

Esta envolveria um direito contrário à validade de um negócio, que teria de ser exercitado, enquanto a nulidade traduziria uma pura negação, a constatação de que o negócio não produziria efeitos jurídicos ⁽¹⁰⁸²⁾. Tal bipartição entre as duas modalidades de invalidade manter-se-ia, fruto da influência que o BGB exerceu na sistemática do Código Civil de 1966, correspondendo à anterior distinção doutrinal entre a nulidade absoluta e a nulidade relativa. Nessa medida, afirma-se, tradicionalmente, que o negócio nulo não produz, *ab initio*, qualquer efeito, e que o negócio anulável produz os seus efeitos e é tratado como válido enquanto não for arguida a sua anulabilidade ⁽¹⁰⁸³⁾.

Em termos materiais, a separação categorial justifica-se por as nulidades se fundarem, em regra, em motivos de interesse público, e as anulabilidades se dirigirem sobretudo à tutela de interesses particulares ⁽¹⁰⁸⁴⁾. Menezes Cordeiro, analisando as previsões específicas de nulidade que se integram no Código Civil, conclui que há dois grandes fundamentos para ela, “a falta de algum elemento essencial do negócio (...)” e “a contrariedade à lei imperativa ou, mais amplamente, ao direito” ⁽¹⁰⁸⁵⁾. Acaba, assim, por contrariar a ideia de que a nulidade estaria ligada a vícios mais graves do negócio jurídico e à tutela de interesses públicos ⁽¹⁰⁸⁶⁾. Para tanto, relembra a nulidade decorrente dos vícios formais, afirmando que “não há aí valores substantivos em jogo, claramente determinados” ⁽¹⁰⁸⁷⁾. Por isso, conclui que “a nulidade deriva de qualquer dos fatores referidos — a falta de elementos essenciais ou a contrariedade à lei imperativa — sendo o relevo dos valores substanciais tão-só um fator de política legislativa ou de interpretação. Em conjunto, esses dois fatores esgotam o universo lógico das falhas negociais” ⁽¹⁰⁸⁸⁾. No que à anulabilidade respeita, Menezes Cordeiro sublinha que “não traduz uma falha estrutural do negócio. Ela apenas nos diz que os valores relativos a uma determinada pessoa não foram suficientemente atendidos, aquando da celebração do negócio. E assim

⁽¹⁰⁸²⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 919 s.

⁽¹⁰⁸³⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 619/620.

⁽¹⁰⁸⁴⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 620.

⁽¹⁰⁸⁵⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 922.

⁽¹⁰⁸⁶⁾ Para essa perspetiva, *vide* Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 579.

⁽¹⁰⁸⁷⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 922.

⁽¹⁰⁸⁸⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 922.

a lei concede a esse interessado o direito potestativo de impugnar o negócio” ⁽¹⁰⁸⁹⁾.

A cisão categorial assim explicitada não pode ser, porém, compreendida com esta simplicidade. Por um lado, o legislador tem vindo a forjar situações de invalidades mistas ⁽¹⁰⁹⁰⁾. Por outro lado, a ideia herdada da tradição jurídica que nos diz que o negócio nulo não produz qualquer efeito *ab initio* contraria, na sua literalidade, os dados normativos do sistema. Se com a asserção se pretende sublinhar que a declaração de nulidade não tem efeitos constitutivos, mas meramente declarativos, importa, contudo, não esquecer que um negócio nulo pode produzir efeitos, mesmo depois de ser declarada a nulidade ⁽¹⁰⁹¹⁾.

Entre esses efeitos contam-se os efeitos putativos que a lei reconhece, os efeitos resultantes da proteção de terceiros de boa-fé (pense-se, *v. g.*, na proteção de terceiros de boa-fé contra a declaração de nulidade ou a arguição da anulabilidade do negócio prevista no artigo 291.º CC e na proteção de terceiros de boa-fé contra a arguição da nulidade do negócio simulado por um dos simuladores, nos termos do artigo 243.º CC), os efeitos resultantes da eficácia central do registo, os efeitos derivados da redução ou da conversão do negócio jurídico. Acresce que se mantêm ou podem manter os deveres acessórios que integram a relação obrigacional complexa que unia as partes ⁽¹⁰⁹²⁾.

⁽¹⁰⁸⁹⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 924.

⁽¹⁰⁹⁰⁾ Pense-se, a título de exemplo, nos regimes previstos nos artigos 410.º/3 CC, 1939.º CC. Veja-se, a este propósito, C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 620 e A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 924.

⁽¹⁰⁹¹⁾ Veja-se a formulação impressiva de Menezes Cordeiro quanto ao ponto — cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 935: “o ato inválido coloca-se numa dimensão diversa da da autonomia privada. Mas ele existe: quer social, quer juridicamente. Ele vai produzir alguns efeitos, variáveis consoante as circunstâncias. Tais efeitos são imputáveis à lei. Todavia, devemos estar prevenidos para o facto de eles dependerem, primacialmente, da vontade das partes. Desde logo, esta domina os institutos da redução e da conversão, ainda que na versão objetivada da vontade hipotética. Ela condiciona, também, os próprios deveres de restituição, resultantes, no essencial, da conformação do contrato viciado. E finalmente: a relação jurídica complexa que se estabeleça entre as partes mantêm-se, privada dos deveres de prestar principais, mas assente nos deveres acessórios. Estamos, pois, muito longe do vácuo que, antigamente, se descobria nas invalidades”.

⁽¹⁰⁹²⁾ Sobre o ponto, cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 935.

A este propósito, relembre-se a lição de HAUPT, *Faktische Vertragsverhältnisse*, 1941, e a sua sistematização sobre as chamadas relações contratuais de facto. Entre essas categorias contam-se, exatamente, as relações que, resultando da destruição

12.3. A inexistência

A constatação da existência de efeitos jurídicos residuais que um negócio nulo pode produzir levou a doutrina a autonomizar uma outra categoria — a inexistência.

Pensada inicialmente, em França, no quadro do direito matrimonial, a inexistência viria cobrir, em face da regra segundo a qual o casamento só seria nulo nos casos previstos na lei, as hipóteses omissas relativas a casamentos celebrados entre pessoas do mesmo sexo, casamentos celebrados com falta de consentimento de um dos nubentes e casamentos que não obedecessem à forma legal ⁽¹⁰⁹³⁾. Alargada a sua influência, posteriormente, para outros domínios do direito civil, a inexistência continua a ser hoje objeto de controvérsia entre os autores, não gerando a sua autonomização unanimidade na doutrina ⁽¹⁰⁹⁴⁾.

Entre nós, Guilherme Moreira considerou que a inexistência se equiparava à nulidade, apenas a admitindo ao nível do casamento ⁽¹⁰⁹⁵⁾. Menezes Cordeiro, na senda de Galvão Telles ⁽¹⁰⁹⁶⁾, depois de explicitar que a inexistência de que se cura é a inexistência jurídica e não material, que seria puramente descritiva ⁽¹⁰⁹⁷⁾, considera que a transposição

dos efeitos dos negócios jurídicos, seriam integradas por todos os deveres que subsistem à invalidação do contrato.

Sobre elas, v. Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 222, considerando que “cumpre (...) salientar que ao conceito naturalístico de nulidade (...) e à própria conceção de invalidade do negócio como um direito de crítica se sobrepõem os conceitos normativos (ou valorativos) da nulidade, da anulabilidade ou da inoponibilidade, perfeitamente amoldáveis, não apenas pelas suas causas, mas também pelos seus efeitos, à extrema variedade das situações jurídicas a que se aplicam”.

⁽¹⁰⁹³⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 935; C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 618.

⁽¹⁰⁹⁴⁾ Cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 618; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 925 s.

⁽¹⁰⁹⁵⁾ Guilherme MOREIRA, *Instituições do Direito Civil Português*, I, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1907, 510.

⁽¹⁰⁹⁶⁾ I. Galvão TELLES, *Manual dos contratos em geral*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, 333.

⁽¹⁰⁹⁷⁾ A este propósito, veja-se, igualmente, Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2005, 573 s., considerando que a inexistência assume três modos de ser na teoria do negócio jurídico: a inexistência ôntica, a inexistência qualificativa e a inexistência por mera imposição da lei. A inexistência ôntica, segundo explica o autor, ocorre “quando não existe onticamente qualquer negócio. O negócio não foi de todo celebrado, não ocorreu”, remetendo para aí as hipóteses de coação física, de declarações não sérias e (num ponto em

da categoria para o negócio jurídico em geral conduz a resultados inadequados, já que se impediriam os efeitos jurídicos residuais que ainda podem ser produzidos por um negócio nulo, sustentando, assim, que “os pretensos casos de inexistência jurídica são, pois, casos de nulidade, sob pena de gravíssimas injustiças, enquadradas por puros conceptualismos” ⁽¹⁰⁹⁸⁾.

Outros autores mostrar-se-iam recetivos à doutrina francesa da inexistência. Manuel de Andrade ⁽¹⁰⁹⁹⁾ reconheceu o mérito de se admitir que os negócios nulos venham a produzir determinados efeitos laterais ou secundários, embora enquadre a temática no âmbito do contrato de casamento. Mota Pinto, por seu turno, admitiu que a figura teria interesse mesmo no quadro do negócio jurídico em geral, ao lado dos casos de nulidade e anulabilidade, para lidar com aquelas situações em que apenas existe a aparência de materialidade de um determinado negócio, faltando, no entanto, o *corpus* que o integra, ou seja, a própria materialidade que lhe subjaz ⁽¹¹⁰⁰⁾. Nestes casos, dever-se-ia impedir, por completo, a produção de quaisquer efeitos jurídicos, que ainda seriam possíveis por referência aos negócios nulos, *v. g.* a conversão, a redução, a proteção de terceiros de boa-fé, a proteção do adquirente de boa-fé em determinadas situações, a proteção do possuidor de boa-fé, etc. Também Oliveira Ascensão, Pedro Pais de Vasconcelos e Luís Menezes Leitão se mostram recetivos à aceitação da categoria ⁽¹¹⁰¹⁾.

que divergimos da sua opinião) de falta de consciência da declaração. A inexistência qualificativa ocorre quando “o ato ou o negócio existem como algo, mas não enquanto tal. A questão, aqui, é de qualificação”, remetendo para aqui o casamento entre pessoas do mesmo sexo, numa referência ao anterior regime que proibia terminantemente (e bem) este contrato de casamento. A inexistência por mera imposição da lei não teria um fundamento ôntico ou de qualificação, correspondendo “a um ato de autoridade e de hostilidade do direito que impõe, como consequência de vícios particularmente graves, uma sanção equivalente à inexistência”, remetendo-se para aí as hipóteses do artigo 1628.º, a) e b) CC.

⁽¹⁰⁹⁸⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 929.

⁽¹⁰⁹⁹⁾ Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, 2, 415.

⁽¹¹⁰⁰⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 619.

⁽¹¹⁰¹⁾ Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, II, 310 s.; Pedro Pais de VASCONCELOS/Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 576 s. O último autor citado, para além de chamar a atenção para as injustiças gritantes a que algumas situações poderiam conduzir se o negócio fosse considerado apenas nulo, diz-nos que “a inexistência do negócio jurídico só pode ser confundida com a nulidade num modo de pensar que não leve em consideração

Em face da controvérsia, não temos dúvidas em considerar como preferível a segunda posição expendida. Na verdade, há determinados casos de tal modo graves em que, embora possa existir a aparência de materialidade de um determinado jurídico, a realidade não corresponde a essa noção. É o que acontece sempre que falhe um elemento essencial do negócio, não porque ele não esteja presente (o que determinaria a inexistência material, por exemplo, nas hipóteses de falta de uma declaração negocial), mas porque a sua mera presença não é corporizada pela materialidade correspondente. Pense-se na situação de coação física ou coação absoluta em que o sujeito, ao ser transformado, por meio de uma forma irresistível, num autômato, deixa de ter vontade de ação, não sendo o seu comportamento voluntário. Pense-se, ainda, nas hipóteses de uma declaração não séria ou de uma declaração sob nome de outrem.

Não podemos, contudo, ser indiferentes à gravidade dos resultados a que a categoria da inexistência nos conduz. A pessoa que tenha recebido o controlo material de uma coisa deixa de beneficiar das regras que protegem o possuidor de boa-fé; os terceiros que desconheciam sem culpa o vício que afeta o negócio anterior, situado na mesma cadeia de transmissões, deixa de ser tutelado, na sua confiança, pelo artigo 291.º CC; deixa de ser possível recorrer ao instituto da conversão e da redução. E nessa medida, a inexistência deve ser de mobilização excepcional, ficando reservada para aqueles casos em que a materialidade subjacente ao negócio não se verifica.

a dimensão ontológica da ação negocial. Para além das consequências jurídicas que a lei lhes atribua, deve distinguir-se o não-ato, o não-negócio, do ato ou do negócio inválidos. No primeiro caso, o juízo sobre a existência ou inexistência, a questão é posta no domínio do ser; no segundo, no juízo sobre a validade ou invalidade, a questão coloca-se no domínio do dever-ser. (...) o negócio inexistente é um nada; o negócio existente mas nulo é algo de inválido que tem ainda alguma eficácia jurídica, embora não negocial. A falta de perspectiva ontológica, induzida pela recusa positivista da metafísica, torna difícil distinguir a inexistência da nulidade”.

Cf., igualmente, Luís Menezes LEITÃO, *O enriquecimento sem causa no direito civil*, 445. O autor sustenta que o artigo 476.º CC se refere claramente à hipótese de inexistência. Para o civilista, no quadro da inexistência, “a não produção de efeitos negociais deixa o caminho aberto para se exigir a restituição da prestação com fundamento no enriquecimento sem causa, o que não sucederia se existisse uma relação de liquidação, como a instituída pelo negócio nulo”. (cf. pág, 446, nota 1327).

12.4. A relação de liquidação

Para lá dos efeitos laterais e residuais que um negócio nulo pode vir a produzir, todos os outros são destruídos. De facto, importa não esquecer a lição que resulta do artigo 289.º CC — a declaração de nulidade, tal como a anulação do negócio jurídico têm eficácia retroactiva. Quer isto dizer que o ordenamento jurídico impõe a repristinação do *status quo* anterior à celebração do negócio. Tudo se deve passar como se ele, efetivamente, não tivesse sido celebrado.

Estabelece-se, então, entre as partes uma relação de liquidação ⁽¹¹⁰²⁾, devendo ser “restituído tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente” (artigo 289.º/1 CC). Tal relação de liquidação, ao implicar a repristinação do *status quo ante*, e, portanto, a devolução de tudo quanto haja sido prestado, envolve o cumprimento de prestações idênticas às que conformam o tipo contratual. Simplesmente, e para que se consigam apagar os efeitos do negócio, o sentido da prestação será o inverso daquele que ocorreu aquando do cumprimento do contrato ⁽¹¹⁰³⁾.

Tomemos como exemplo a compra e venda de um automóvel, que seja nula (ou que tenha sido anulada). Se as prestações típicas do contrato são a entrega da coisa, por parte do vendedor, e o pagamento do preço, por parte do comprador, os deveres que vinculam as partes na relação de liquidação subsequente serão a entrega da coisa, a cumprir, agora, pelo comprador, e a entrega do dinheiro equivalente ao pagamento do preço, a cumprir, agora, pelo vendedor. Tais prestações liquidatórias compreendem-se, ademais, pela necessidade de fazer regressar os bens à esfera jurídica do seu titular. Na verdade, ao destruírem-se, com a declaração de nulidade ou anulação do negócio, todos os efeitos do negócio, apaga-se, igualmente, a eficácia translativa da propriedade.

⁽¹¹⁰²⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil II*, 936.

⁽¹¹⁰³⁾ Falando de um contrato sinalagmático invertido, cf. Marie MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, Cujas, Paris, 1991, 33 s. Analisando a questão da sinalagmaticidade da relação de liquidação, v. L. Menezes LEITÃO, *O enriquecimento sem causa*, 448, nota 1335, que também se pronuncia sobre o pensamento da autora.

Cf., no plano jurisprudencial, para uma clara cisão entre o cumprimento das prestações que resultam de um negócio e a obrigação, surgida *ex lege*, a partir da invalidade de um negócio, com base no artigo 289.º CC, *Ac. STJ 30 Novembro de 1997*, Proc. 97B498 (Miranda Gusmão).

O comprador que detém a coisa já não é o seu proprietário, devendo devolvê-la a quem ela pertence.

Em determinadas situações, porém, pode não ser possível a devolução da coisa objeto do negócio. Desde logo, estão em causa algumas situações em que ocorre uma cadeia de transmissões. Ocorrendo uma causa de invalidade do contrato, gera-se uma invalidade consequential nos negócios subsequentes que tenham a coisa como objeto. A vende a B um automóvel, sendo o negócio nulo. Se B vender a C aquele mesmo automóvel, este negócio há-de ser considerado inválido, por força do princípio *nemo plus iuris in alium transfere potest quam ipse habet*. É que, tendo a declaração de nulidade e a anulação eficácia retroativa, tudo se passa como se B nunca tivesse adquirido a propriedade sobre o bem e, não sendo proprietário, não poderia alienar um direito de que não era titular⁽¹¹⁰⁴⁾. Simplesmente, se se verificarem os pressupostos de proteção dos terceiros de boa-fé

⁽¹¹⁰⁴⁾ Esta solução explica-se tendo em conta o sistema de transmissão de propriedade consagrado no ordenamento jurídico português — o sistema do título. A propriedade transfere-se, nos termos do artigo 408.º CC, por mero efeito do contrato. Não seria esta a solução no ordenamento jurídico alemão. É que, nessa latitude, a transmissão da propriedade opera pelo sistema do modo. O ato de alienação — a compra e venda, por exemplo — não é suficiente para produzir o efeito translativo. Exige-se que, posteriormente, haja um ato de transmissão: no caso dos bens móveis, um novo acordo sobre a transmissão e a tradição da coisa (§ 929 BGB); no caso dos bens imóveis, um novo acordo sujeito a forma e a inscrição no registo (§ 873 e 925 BGB). Este ato de transmissão — diverso do ato de alienação — é um negócio abstrato, que não fica dependente da validade ou invalidade do ato de alienação. Por isso, se este for inválido, a invalidade não determina a invalidade da transmissão, não afetando os direitos que terceiros tenham adquirido posteriormente. Cf. Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2009, 295.

Do mesmo modo, há que considerar-se que, porque no direito alemão a validade da transmissão não depende da validade do negócio causal (isto é, do ato de alienação), se este for inválido, já que tal não determina a destruição dos efeitos do negócio de transmissão, aquela invalidade não implica a restituição automática do que foi prestado a título de cumprimento do contrato. Nessa medida, ao contrário do que tem sido a tradição francesa, desde Domat, há que tentar operar a correta ordenação dos bens por via das regras do enriquecimento sem causa. Cf., sobre o ponto, com amplo desenvolvimento, L. Menezes LEITÃO, *O enriquecimento sem causa no direito civil*, 443 s. Já não seria assim no quadro do ordenamento jurídico português. De acordo com o ensinamento do autor, podendo exigir-se a restituição das prestações realizadas pelas partes com fundamento na invalidade do negócio, prescinde-se, em nome da subsidiariedade que caracteriza o instituto, da aplicação do regime do enriquecimento sem causa. *Vide*, porém,

previstos no artigo 291.º CC, o terceiro a quem foi alienada a coisa vai ser, efetivamente, considerado proprietário, não podendo contra ele ser oposta a declaração de nulidade ou a anulação do negócio, o que significa que não vai ser possível restituir a coisa ao primitivo vendedor.

Temos também em mente, *v. g.*, as situações em que o bem já não existe, em que foi consumido, em que foi destruído.

Em qualquer destas hipóteses, não podendo haver devolução, deve o comprador entregar o valor correspondente ao que deveria devolver ⁽¹¹⁰⁵⁾.

acerca da relação entre o regime da invalidade e do enriquecimento sem causa, ulteriores esclarecimentos que serão feitos.

⁽¹¹⁰⁵⁾ Mostra-se, por esta via, que as regras da invalidade dos negócios têm — em obediência à ideia de subsidiariedade do enriquecimento sem causa — primazia sobre estas últimas referidas. Só se recorrerá às regras do enriquecimento sem causa, nos termos do artigo 289.º/2 CC, quando uma das partes tiver alienado gratuitamente a coisa que devesse restituir e não possa tornar-se efetiva contra o alienante a restituição do valor dela, caso em que fica o adquirente obrigado em lugar daquele, mas só na medida do enriquecimento sem causa.

Cf., sobre o ponto, L. Menezes LEITÃO, *O enriquecimento sem causa no direito civil*, 445, considerando que, por força do artigo 289.º CC, que institui a regra da retroatividade dos efeitos da invalidade e determina a restituição de tudo quanto haja sido prestado a título de cumprimento do negócio, se pode exigir a restituição das prestações, sem necessidade de recorrer ao enriquecimento sem causa. Mais sustenta o autor que a obrigação de restituir as prestações não fica limitada pelo montante do enriquecimento. Aliás, se assim fosse, nos negócios sinalagmáticos, poder-se-ia considerar que se exigiria apenas a restituição do saldo para quem tivesse obtido prestação de valor superior, solução que não corresponde aos dados normativos. Ora, o autor rejeita esta possibilidade, bem como a de o sujeito obrigado à restituição poder invocar o desaparecimento do enriquecimento após a receção da prestação. De acordo com o seu ensinamento, o legislador não limita a obrigação de restituição ao montante do enriquecimento, já que o objeto da restituição é a prestação realizada sem tomar em consideração as suas vicissitudes no património do obrigado à devolução que podem determinar a diminuição do enriquecimento.

Menezes Leitão salienta, porém, uma exceção: tratando-se de uma nulidade com fundamento na venda de bens alheios, aplicar-se-ia o limite do enriquecimento, de acordo com o artigo 894.º CC.

Também considerando que, no quadro da invalidade, a retribuição se mede pela prestação efetuada, independentemente do impacto que teve no património do sujeito obrigado à devolução, ao contrário do enriquecimento sem causa que gera a obrigação de restituir que tem como objeto o enriquecimento, avaliado de forma dinâmica e atualista, *v.* Diogo Leite CAMPOS, *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, Almedina, 2003, 198 s.

Estas regras devem ser compatibilizadas, por própria determinação do legislador, com os artigos 1269.º e seguintes CC. Nessa medida, aquele que deve devolver a coisa, se estiver de boa-fé, não responde pela deterioração ou destruição dela, exceto se tiver agido com culpa. Pode, ainda, fazer seus os frutos naturais que ela produziu e foram percebidos até ao dia em que souber que está a lesar o direito de outrem, e os frutos civis correspondentes ao mesmo período. Tem, igualmente, direito a ser indemnizado das benfeitorias necessárias que haja feito e bem assim a levantar as benfeitorias úteis realizadas, desde que o possa fazer sem detrimento da coisa.

De acordo com o ensinamento de Menezes Cordeiro, “é ao abrigo destas regras que se deve solucionar o problema — que tem dividido a doutrina e jurisprudência — de saber se, devendo ser restituída uma importância, há lugar ao pagamento de juros” ⁽¹¹⁰⁶⁾.

Tudo depende, então, de saber se o obrigado à devolução estava ou não de boa-fé: “se o obrigado à restituição estava de boa-fé, ele faz seus os frutos civis; caso contrário, restitui: artigos 1270.º/1 e 1271.º, do Código Civil” ⁽¹¹⁰⁷⁾.

A este propósito, cf., contudo, A. Vaz SERRA, “Anotação ao acórdão de 19 de Março de 1968”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 102, 1969/70, 107 s. e “Anotação ao acórdão de 31 de Outubro de 1968”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 102, 1969/70, 363 s., considerando que não há grandes diferenças entre a invalidade e o enriquecimento sem causa, devendo o artigo 289.º CC ser interpretado de acordo com as regras do artigo 476.º-479.º CC. Ou seja, a devolução deveria dar-se, apenas, até ao limite do enriquecimento.

⁽¹¹⁰⁶⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 937. Sobre o ponto, cf., ainda, Calvão da SILVA, “Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Janeiro de 2015”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 145, 2016, considerando que, enquanto estão de boa-fé, o vendedor goza dos juros e o comprador dos frutos naturais e civis colhidos. É também esta remissão que determina que as benfeitorias devam ser atribuídas ao comprador de boa-fé, não devendo ser tidas, portanto, em conta na determinação do valor da coisa a restituir. Mais considera o autor que a dívida relativa ao não levantamento das benfeitorias (que pertencem ao possuidor de boa-fé) deve ser entendida como uma dívida de valor, devendo, portanto, ter-se em conta o montante despendido no passado atualizado pelos índices de inflação.

⁽¹¹⁰⁷⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 937, n. 3258.

Sobre o ponto, cf. L. Menezes LEITÃO, *O enriquecimento sem causa no direito civil*, 453 s., considerando que os artigos 1269.º s. CC se aplicam mesmo que não haja posse, já que o artigo 289.º/3 determina a aplicação dos preceitos também por analogia. No entanto, no tocante ao artigo 1270.º CC sustenta que o preceito só é mobilizável quando haja posse, já que se trata de uma norma excecional e, como

Trata-se este de um ponto nevrálgico que nos pode orientar na reflexão acerca de diversas situações problemáticas que têm gerado controvérsia na doutrina. Em causa está, nos casos que temos em mente, o problema da determinação do valor a restituir quando não seja possível a devolução da coisa ou, mais concretamente, saber se no cálculo desse valor devemos ter em conta o valor do bem à data da celebração do contrato ou o valor do bem à data da devolução, e portanto atualizado por correção monetária ⁽¹¹⁰⁸⁾: A vendeu um

tal, insuscetível de aplicação analógica nos termos do artigo 11.º CC. Nas palavras do autor “o recetor de má-fé terá sempre que restituir os frutos que a prestação produziu e responder por aqueles que um proprietário diligente poderia ter obtido, o que não diverge do regime do artigo 480.º Assim, tendo sido prestadas quantias em dinheiro ou entregue uma casa em virtude da celebração de um negócio inválido, e estando o recetor de má-fé, este deve restituir os juros legais dessas quantias ou o valor locativo da casa durante esse período. Estando, porém, o recetor de boa-fé faz seus os frutos por aqueles que com diligência poderiam ser obtidos, pelo que nada mais terá a restituir além da própria prestação. Este último regime só se aplicará se se tiver efetivamente constituído posse, uma vez que o artigo 1270.º constitui uma norma excecional, não abrangida por uma remissão por analogia, pelo que parece que, nos termos do artigo 473.º, o possuidor de boa-fé deverá restituir o enriquecimento subsistente acima do valor da prestação, uma vez que existe um enriquecimento efetivo e o empobrecido não tem outro meio de obter a restituição”.

Sobre o ensinamento de Menezes LEITÃO, duas notas se afiguram imprescindíveis: em primeiro lugar, se, de acordo com as melhores e mais recentes propostas metodológicas, percebermos que toda a realização do direito envolve a analogia e que, portanto, o disposto no artigo 11.º CC não é metodologicamente realizável, razão pela qual — a par de outras — se deve desconsiderar o cânone metodológico do legislador (cf., sobre o ponto, A. Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica — Problemas fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993), compreendemos que não há qualquer obstáculo à aplicação analógica de normas excecionais, razão pela qual não faz sentido restringir a aplicação do artigo 1270.º — na remissão que para ele é feita pelo artigo 289.º/3 CC — às hipóteses de efetiva verificação da posse; em segundo lugar, excecionando-se a posição do possuidor de boa-fé (entendido por nós em termos amplos), não parece sentido considerar-se que, nessas hipóteses, deva ser possível o recurso às regras do enriquecimento sem causa para repor a ordenação dos bens. No fundo, é o próprio ordenamento jurídico que considera justificado o resultado.

Sustentando que não faz sentido recorrer às regras do enriquecimento sem causa para corrigir soluções a que somos conduzidos por via do regime da invalidade, cf. Diogo Leite CAMPOS, *A subsidiariedade*, 201 s.

⁽¹¹⁰⁸⁾ Sobre o ponto, com grande importância, veja-se Pinto MONTEIRO, “Dívidas de valor e restituição do preço em caso de invalidade ou de resolução do contrato”, *Revista de Legislação e de jurisprudência*, 141, 91 s.; Calvão da SILVA,

imóvel a B, sendo declarado ao fim de uns anos o contrato nulo. Como B já tinha alienado o bem a C e se verificam todos os requisitos de proteção impostos pelo artigo 291.º CC, B não conseguirá devolver o imóvel a A, tendo de restituir o valor equivalente. O problema que se coloca é saber como determinar esse valor.

Em última instância, o problema passa por saber se, em concreto, nos confrontamos com uma dívida de valor ou com uma obrigação pecuniária, pois, se na derradeira hipótese, por aplicação do princípio nominalista, somos levados a considerar o valor económico do bem à data da celebração do negócio, na primeira alternativa o valor há de corresponder ao apurado no momento da efetiva devolução. Na verdade, nas dívidas de valor, o objeto da prestação não se traduz numa soma em dinheiro, mas num valor patrimonial, o que leva parte da nossa jurisprudência a afirmar que a obrigação de restituir se deverá ater ao valor do bem no momento da devolução, atentas as circunstâncias dele no momento da celebração do contrato (isto é, sem atender às benfeitorias realizadas e que poderão aumentar o valor da coisa) ⁽¹¹⁰⁹⁾.

Este seria, portanto, o primeiro argumento aduzido no sentido da atualização do valor da coisa, que deveria ser entregue à contraparte no âmbito da relação de liquidação. É que, tratando-se de uma dívida

“Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Janeiro de 2015”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 145, 2016, 330 s.; Maria Clara SOTTOMAYOR, “A obrigação de restituir o preço e o princípio do nominalismo das obrigações pecuniárias (a propósito do acórdão do STJ de 11 de Março de 1999)”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, 547 s.

⁽¹¹⁰⁹⁾ Cf. Ac. STJ 22 Janeiro de 2015, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 145, 2016, 330 s. Veja-se, ainda, o Ac. STJ de 12 de Junho de 2012, Proc. 521-A/1999.L1 (Gregório de Jesus), www.dgsi.pt; Ac. STJ 10 Janeiro de 2008, Proc. 4023/07-1 (Paulo Sá), www.dgsi.pt (com a diferença de aqui se considerar que não deve ser descontado o valor das benfeitorias).

No sentido do cálculo do valor atendendo ao momento da devolução, cf. Pinto MONTEIRO, “Dívidas de valor”, 92 s., tendo em conta que o dinheiro é aqui um substituto do valor económico do bem; Maria Clara SOTTOMAYOR, “A obrigação de restituir o preço e o princípio do nominalismo das obrigações pecuniárias”, 547 s.; Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, II, Gestlegal, Coimbra, 2023, 1000-1001, n. 2793. Em sentido contrário, cf. Calvão da SILVA, “Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Janeiro de 2015”, 330 s., Diogo Leite CAMPOS, *A subsidiariedade*, 201.

Para maiores precisões acerca da distinção entre as obrigações pecuniárias e as dívidas de valor, cf. o que se dirá *infra*.

de valor, o objeto dela não é diretamente o dinheiro, mas uma prestação de outra natureza, pelo que, funcionando a *pecunia* como um substituto do valor económico do bem ou da reintegração de um património, ele deveria proporcionar as mesmas utilidades que hoje proporcionaria a coisa ⁽¹¹¹⁰⁾.

Outro dos argumentos mais fortemente apontados para a defesa da posição segundo a qual o valor há de ser o valor atualizado do bem é o que passa pela consideração da intencionalidade subjacente ao artigo 289.º CC. Considera o Supremo Tribunal de Justiça a este propósito que “se o negócio não tivesse sido celebrado, os vendedores teriam agora o terreno com o seu valor atual, tal como o venderam, ou seja, com as características que o mesmo tinha então” ⁽¹¹¹¹⁾.

No fundo, se aqueles que têm direito ao bem (e não o podem ver devolvido) o vendessem no momento presente, eles teriam direito ao montante pecuniário atualizado de acordo com a inflação — não está em causa uma obrigação pecuniária, mas uma dívida de valor.

Posição diversa foi, entre nós, sustentada por Calvão da Silva ⁽¹¹¹²⁾. Considera o autor estarmos diante de uma obrigação pecuniária, sujeita ao princípio nominalista. Referindo-se, primeiramente, à questão do preço a ser devolvido, sublinha que “o montante da prestação a restituir (o preço) é uma soma de dinheiro fixado *ab origine* e não em momento posterior (...). Pelo que não chega a verificar-se o fenómeno da substituição ou sub-rogação do primitivo objeto — uma utilidade diversa do dinheiro, como acontece com a indemnização (...) — por quantidade monetária que represente o equivalente no momento da liquidação ou conversão” ⁽¹¹¹³⁾.

⁽¹¹¹⁰⁾ Pinto MONTEIRO, “Dívidas de valor”, 95.

⁽¹¹¹¹⁾ Ac. STJ 22 Janeiro de 2015, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 336.

Curiosamente, no tocante ao preço, ele foi considerado uma dívida pecuniária, como tal, sujeita ao princípio nominalista. O STJ, no acórdão de 22 de Janeiro de 2015, não se pronunciou sobre a questão, por ela não fazer parte do âmbito do recurso. A posição de Pinto Monteiro e de Maria Clara Sottomayor revelam-se, porém, diversas quanto ao ponto. Cf. *infra* o que se dirá sobre este problema.

⁽¹¹¹²⁾ Calvão da SILVA, “Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Janeiro de 2015”, 346. Vide, igualmente, *Sinal e contrato promessa*, Almeida, Coimbra, 2010, 104 s.

⁽¹¹¹³⁾ Calvão da SILVA, “Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Janeiro de 2015”, 345.

Mas, se assim é, ao decidir-se pelo cálculo do valor (que não pode ser devolvida) no momento da restituição, afeta-se o equilíbrio que o sinalagma deve estabelecer: por um lado, temos o vendedor a restituir o preço fixado *ab origine*; por outro lado, temos o comprador a devolver o valor correspondente à coisa (que não pode ser restituída) atualizado de acordo com os índices da inflação, descontado o valor das benfeitorias realizadas. Por isso, continua Calvão da Silva aduzindo que, “se o vendedor recebe o valor da coisa à data da sua restituição efetiva, também o comprador deve receber o preço com poder aquisitivo idêntico ao da data em que o pagou, atualizado, portanto, segundo os índices dos preços ou pela taxa de juros moratórios (...). Assim se colocará o comprador, e não só o vendedor, na situação em que estaria (*status quo ante*) sem a celebração do contrato que, por efeito da retroatividade, desaparece *ex tunc*. E assim se previne um grave desequilíbrio, em nome da justiça comutativa — desequilíbrio que seria causado e justiça comutativa que seria ofendida pela atualização do valor da coisa (...) sem a correspondência do preço ser também atualizada para o compensar da depreciação da moeda ocorrida” ⁽¹¹¹⁴⁾.

Simplesmente, se assim é, pergunta o civilista se assim não se “vanifica o labor jurisprudencial e doutrinário de ver na devolução do valor correspondente uma dívida de valor?” ⁽¹¹¹⁵⁾, ou mais incisivamente, “para quê considerar o valor correspondente uma dívida de valor, subtraída ao princípio do nominalismo, se em nome do sinalagma e da justiça comutativa temos de refazer a equivalência prestacional pelo recurso aos juros proporcionados pelo preço (artigo 806.º do Código Civil)?” ⁽¹¹¹⁶⁾.

Conclui, assim, Calvão da Silva que o valor correspondente da coisa (que não pode ser restituída) deve ser calculado de acordo com o valor dela no momento da celebração do negócio.

A argumentação do autor é, porém, posta em causa — liminarmente — pela construção de Pinto Monteiro e de Maria Clara Sottomayor. Pinto Monteiro também reconhece o gravíssimo desequilíbrio

⁽¹¹¹⁴⁾ Calvão da SILVA, “Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Janeiro de 2015”, 346.

⁽¹¹¹⁵⁾ Calvão da SILVA, “Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Janeiro de 2015”, 347.

⁽¹¹¹⁶⁾ Calvão da SILVA, “Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Janeiro de 2015”, 347.

a que seríamos conduzidos pela consideração da obrigação de restituição do valor da coisa (que não pode ser devolvida) como uma dívida de valor e a consideração da obrigação de restituição do preço como uma obrigação pecuniária, sujeita ao nominalismo. Diz-nos o autor ⁽¹¹¹⁷⁾: “se se atualiza o valor da coisa, parece que não pode deixar igualmente de se atualizar o preço. A não ser assim, o vendedor receberá o valor que a coisa tem atualmente, enquanto o comprador se limitará a receber a mesmíssima quantia por si paga, sem qualquer atualização”, o que não pode deixar de evidenciar um injustificado desequilíbrio. Por isso, considera que se deve atualizar o preço de acordo com os juros moratórios correspondentes ao período que decorre entre a data da celebração do negócio e a data da restituição efetiva do bem ⁽¹¹¹⁸⁾. São três as razões em que alicerça a sua posição.

Em primeiro lugar, e embora manifeste algumas dúvidas, considera que também ao nível da obrigação de devolução do preço é possível falarmos de uma dívida de valor, por se tratar, afinal, da reintegração de um património, razão bastante para podermos ver o dinheiro como um valor patrimonial. Assim sendo, escapar-se-ia ao princípio nominalista, abrindo-se as portas à atualização do valor. Em segundo lugar, e de forma mais veemente, sustenta que nem sequer teríamos que nos embrenhar nesta questão, uma vez que “o efeito da retroatividade conduz ao mesmo resultado ou a um resultado muito semelhante àquele a que conduz a qualificação como dívida de valor da obrigação de restituir o preço” ⁽¹¹¹⁹⁾: se o vendedor deve colocar o comprador na situação em que estaria se não tivesse sido celebrado o negócio, ele deve coloca-lo na situação em que estaria se o preço lhe tivesse sido efetivamente restituído logo no momento em que foi pago, daí que o comprador tenha direito aos juros correspondentes ao período que decorre entre aquela data e a data da restituição efetiva ⁽¹¹²⁰⁾. Em terceiro lugar, o autor considera que contra esta solução não depõe o artigo 1269.º s. CC.,

⁽¹¹¹⁷⁾ Pinto MONTEIRO, “Dívidas de valor”, 100.

⁽¹¹¹⁸⁾ Pinto MONTEIRO, “Dívidas de valor”, 101 s.

⁽¹¹¹⁹⁾ Pinto MONTEIRO, “Dívidas de valor”, 102.

⁽¹¹²⁰⁾ Pinto MONTEIRO, “Dívidas de valor”, 102-103. O nosso Mestre aventa ainda a possibilidade de se mobilizar um critério alternativo: a aplicação dos fatores de correção monetária, atendendo-se ao coeficiente de desvalorização monetária desde o pagamento do preço até ao momento em que a quantia é devolvida pelo vendedor. Mas vinca a preferência pelo critério exposto em texto, por ser esse o significado da retroatividade a solução por ela imposta.

tanto mais que a atualização do preço é imposta pelo ideário de justiça comutativa.

Por seu turno, Maria Clara Sottomayor entende que, porque a quantia entregue a título de pagamento representa um determinado valor ou poder aquisitivo, é esse valor — e não a quantia monetária expressa no valor facial da moeda — que deve ser devolvido, por só assim se respeitar a finalidade do regime das invalidades: a colocação das partes no estado em que estariam se o contrato não tivesse sido executado ⁽¹¹²¹⁾. Ao contrário de Pinto Monteiro, para quem a atualização do valor do preço deve ser feita tendo em conta os juros moratórios — por ser esse o resultado a que somos conduzidos pela retroatividade, já que a obrigação é devida desde o momento da celebração do contrato ⁽¹¹²²⁾ —, a autora sustenta que a atualização deve ser feita pela aplicação de uma taxa de juro correspondente à alteração do índice dos preços ou equivalente à que o comprador teria obtido se tivesse tido a disponibilidade do dinheiro ⁽¹¹²³⁾.

A sugestiva construção dos autores baseia-se na consideração da necessidade de atualização do preço a devolver pela contabilização dos juros devidos no período compreendido entre a celebração do negócio e o momento da restituição das prestações. Simplesmente, não cremos que se possa falar de mora a este propósito e, portanto, de juros moratórios, que seriam devidos nos termos do artigo 806.º CC, mesmo que estivéssemos diante de uma obrigação pecuniária. É que, como se torna explícito pelo artigo 805.º CC, só há constituição em mora, quando o devedor for judicial ou extrajudicialmente interpelado para cumprir ou quando, independentemente da interpelação, a obrigação tiver prazo certo, a obrigação provier de facto ilícito ou o devedor impedir a interpelação. Não há, portanto, mora a este nível. Aliás, ao remeter para o artigo 1269.º s. CC, o artigo 289.º/3 CC é claro a excluir a responsabilidade pela deterioração da coisa ou destruição do obrigado à devolução dela que estiver de boa-fé, e enquanto

⁽¹¹²¹⁾ Maria Clara SOTTOMAYOR, “A obrigação de restituir o preço e o princípio do nominalismo das obrigações pecuniárias”, 556 s.

⁽¹¹²²⁾ No fundo, haveria como que mora desde esse momento, não se estabelecendo sequer uma exceção ao nominalismo se estivéssemos diante de uma obrigação pecuniária — cf. Pinto MONTEIRO, “Dívidas de valor”, 103.

⁽¹¹²³⁾ A autora, ademais, considera que os juros deveriam ser compensatórios, por poderem os juros moratórios não ser suficientes para salvaguardar a posição do comprador — cf. Maria Clara SOTTOMAYOR, “A obrigação de restituir o preço e o princípio do nominalismo das obrigações pecuniárias”, 600 s.

estiver de boa-fé, exceto se tiver agido com culpa. Ora, se houvesse mora, o devedor tornar-se-ia responsável pelo prejuízo que o credor tivesse em consequência da perda ou deterioração daquilo que deveria entregar, mesmo que tais factos não lhe fossem imputáveis. Quer isto dizer que é o próprio legislador que afasta, no tocante ao período compreendido entre a celebração do negócio e o momento devido para a devolução, o regime da mora, razão pela qual não nos parece consentâneo com os dados do ordenamento a chamada à colação dos juros moratórios a este propósito.

Por outro lado, se o obrigado à restituição estava de boa-fé, ele faz seus os frutos civis; caso contrário, restitui-os. Imaginemos que A, comprador, arrendou o imóvel a C enquanto o negócio não foi declarado nulo. Estando de boa-fé, as rendas pertencem-lhe. Do mesmo modo, devemos considerar que os frutos civis do dinheiro — equivalentes à sua rentabilidade — pertencem àquele que o detinha durante a execução do negócio. Ao contrário do que sustenta Maria Clara Sottomayor, a lei exclui como exigência obrigatória da retroatividade que haja atualização do dinheiro através da aplicação de uma taxa de juro correspondente àquela que o comprador teria obtido se tivesse tido a disponibilidade do dinheiro. Não seria, portanto, possível proceder à atualização do preço de acordo com os juros remuneratórios ⁽¹¹²⁴⁾.

Resta-nos, portanto, tentar perceber se a obrigação de devolução do preço há de poder ser vista como uma dívida de valor, e, portanto, suscetível de ser atualizada de acordo com o índice de preços ⁽¹¹²⁵⁾. É certo que com ela se pretende uma reintegração do património, mas não é menos seguro afirmar que a obrigação foi, *ab initio*, fixada num quantitativo pecuniário, e que, nessa medida, é muito duvidosa a qualificação da mesma como dívida de valor. Na verdade, nas dívidas de valor, o objeto não é uma quantia em dinheiro. Nas palavras de Calvão da Silva, ela “tem por objeto uma prestação diversa que, não podendo ser cumprida *in natura*, se converte em

⁽¹¹²⁴⁾ Como se depreende da nossa exposição e de acordo com o que já anteriormente tínhamos salientado em nota, no diálogo estabelecido com Luís Menezes Leitão, não restringimos a aplicação do artigo 1270.º CC às situações em que se verifica posse.

⁽¹¹²⁵⁾ Sobre a diferença entre as obrigações pecuniárias e as dívidas de valor, cf. Calvão da SILVA, “Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Janeiro de 2015”, 342 s.; Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, Almedina, Coimbra, 2003, 845 s.

dinheiro. Na dívida pecuniária, o dinheiro está *in obligatione* e *in solutione*; na dívida de valor, o dinheiro apenas está *in solutione*, enquanto expressão substitutiva do valor objetivo devido do momento atual dessa conversão” ⁽¹¹²⁶⁾.

Ou, no ensinamento de Antunes Varela, “as dívidas de valor não têm diretamente por objeto o dinheiro, mas a prestação correspondente ao valor de certa coisa ou ao custo real e mutável de determinado objeto, sendo o dinheiro apenas o ponto de referência ou um meio necessário de liquidação da prestação. (...) Não se pretende diretamente (...) atribuir ao credor o valor incorporado nas espécies monetárias que perfaçam, pelo seu valor nominal, determinado montante. A intenção (...) é proporcionar ao credor a aquisição de um valor, mas com os olhos diretamente postos num outro valor” ⁽¹¹²⁷⁾.

No fundo, as dívidas de valor, enquanto categoria autonomizada pela doutrina e pela jurisprudência, visam garantir a atualização da prestação pecuniária, de modo a que o valor aquisitivo originário de uma prestação se mantenha ⁽¹¹²⁸⁾, exatamente porque essa prestação surge como substituta de outra que não pode ser realizada em concreto. O ponto de referência será sempre outra prestação. Ora, nada disto ocorre por referência ao preço e à obrigação de restituir o preço.

Aprofundemos, contudo, esta ideia pela consideração da estrutura relacional que resulta da liquidação e dos interesses subjacentes à retroatividade de que, a este propósito, é imposta por lei.

O preço a ser restituído não pode ser atualizado em função da correção monetária, porque estamos diante de uma obrigação pecuniária, nem do cálculo dos juros, já que os frutos civis da coisa — o dinheiro — pertencem, por determinação legal, àquele que a deteve estando de boa-fé. Ou seja, é o vendedor quem vai usufruir da rentabilidade que aquela quantia pecuniária poderá ter proporcionado (ou não). Esta lógica poder-se-á aplicar à coisa em si mesma — *v. g.*, se um imóvel esteve arrendado, as rendas pertencem ao comprador de boa-fé. Já não é, porém, possível transpor o raciocínio relativo à titularidade dos frutos da coisa para a solução do problema da determinação do valor correspondente à coisa que não é possível devolver.

⁽¹¹²⁶⁾ Calvão da SILVA, “Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Janeiro de 2015”, 342 s.

⁽¹¹²⁷⁾ Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 859.

⁽¹¹²⁸⁾ Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 859.

Quanto a esta, está em causa uma obrigação em dinheiro que originariamente não o era. Estamos, portanto, e à primeira vista, diante de uma obrigação de valor, subtraída ao princípio nominalista, o que nos encaminha para o cálculo do valor de substituição de acordo com o valor de mercado no momento da concreta devolução, descontado que seja o valor das benfeitorias e dos frutos da coisa que, de acordo com a remissão do artigo 289.º/3 CC para o regime da posse, pertencem ao comprador de boa-fé.

Impõe-se, então, considerar o sinalagma que deve ser mantido ao nível da relação liquidatória. O equilíbrio das prestações perde-se, tal como tinha sido posto em evidência por Calvão da Silva, Pinto Monteiro e Maria Clara Sottomayor, ao autorizar-se a correção do valor correspondente à coisa que não pode ser restituída e ao não se permitir a atualização do valor do preço: o valor correspondente à coisa é atualizado; o valor do preço não é atualizado, o que quer dizer que o comprador receberá menos do que o vendedor. À mesma situação de desequilíbrio somos conduzidos quando não haja devolução de uma quantia pecuniária correspondente ao valor da coisa, mas restituição da própria coisa — é que, porque ela se valorizou (ainda que descontado o valor correspondente aos benefícios realizados), aquilo que o vendedor recebe não equivale em termos objetivos ao valor do preço que devolve.

Pergunta-se, então, se esta será uma solução materialmente justa e normativamente fundada. A resposta que para a dúvida se encontre há de passar pela consideração da intencionalidade que preside ao artigo 289.º CC. Como sublinha Maria Clara Sottomayor, a liquidação do contrato está longe de ser um exercício lógico, devendo antes basear-se na consideração dos interesses envolvidos ⁽¹¹²⁹⁾. Ora, são exatamente esses interesses que não podemos deixar de ter em conta, a par daquela intencionalidade a que aludimos.

Por um lado, artigo 289.º CC visa a destruição de todos os efeitos do negócio inválido; por outro lado, importa não esquecer que, quando um sujeito, no uso da sua autonomia, decide trocar uma coisa por dinheiro (através de um negócio de compra e venda), está a sujeitar-se à desvalorização que habitualmente este sofre. Já a coisa — dependendo do que ela for — pode vir a valorizar-se no mercado. É o que ocorre muitas vezes com os imóveis. Se o negócio se desfizer — por

⁽¹¹²⁹⁾ Maria Clara SOTTOMAYOR, “Artigo 289.º”, *Comentário ao Código Civil — Parte Geral*, 717 s.

ser inválido — têm que se destruir todos os efeitos que ele produziu. Tal destruição implica que o vendedor volte a ter a coisa, tal como se o negócio nunca se tivesse celebrado; e que o comprador volte a receber o dinheiro do preço. Ora, a coisa, se o negócio não se tivesse realizado, estaria hoje na esfera jurídica do vendedor com o valor de mercado atual — é que, se o negócio for declarado nulo ou for anulado, o vendedor não prescindiu, verdadeiramente e no uso da sua autonomia, da coisa e, portanto, de beneficiar da atualização do seu valor; já o comprador, se o negócio não se tivesse celebrado, teria hoje o montante equivalente ao preço determinado no momento da vinculação, acarretando a desvalorização monetária ocorrida. Consideramos, por isso, que, se não deve haver atualização do valor do preço de acordo com a inflação, deverá sim haver atualização do valor correspondente à coisa.

Repare-se que estamos, apenas, a considerar a valorização inerente ao valor da correção monetária e já não as valorizações que a coisa sofreu por atuação do possuidor de boa-fé. Essas pertencem ao comprador. Pela mesma lógica, este comprador não terá direito ao correspondente à rentabilidade do dinheiro durante o período em que o negócio produziu os seus efeitos, o que quer dizer que o preço também não deverá ser atualizado em função dos juros compensatórios. No fundo, o que o artigo 289.º CC determina é que se volte ao *status quo* anterior à celebração e execução do contrato — o comprador volta a ter o dinheiro que teria se não tivesse pago o preço (não se considerando a possibilidade de o pôr a render, tal como não se coloca a possibilidade de se pôr a render um imóvel através de um arrendamento); o vendedor volta a ter a coisa na sua esfera (tendo-a tal como ela existiria hoje, se não tivesse sido alienada, e portanto sem consideração das possíveis intervenções nela levadas a cabo pelo comprador ⁽¹¹³⁰⁾ ⁽¹¹³¹⁾).

⁽¹¹³⁰⁾ A situação inversa pode, também, ser equacionada. A vende a B um automóvel. O contrato é declarado nulo ao fim de um ano, momento em que o automóvel já não existe em virtude de um acidente que o destruiu. O vendedor tem de devolver o preço. E o comprador tem de devolver a coisa. Não o podendo fazer, tem de restituir o valor correspondente à coisa. No momento da devolução, a coisa vale zero, porque inexistente. Atualizado o seu valor ao momento do cumprimento da obrigação que resulta da relação de liquidação, B nada tem de devolver? O vendedor terá de restituir o preço. Dir-se-á que se gera um desequilíbrio. Mas pergunta-se: não é ele determinado pelo legislador, ao fazer remissão para o artigo 1269.º CC? É que, se ao comprador fosse imposta a obrigação de devolver o valor do automóvel, estar-se-ia contra a determinação da lei a responsabilizá-lo pela destruição da coisa, quando ele

Nestas situações em que pode não ser possível a devolução da coisa, restituindo-se o valor correspondente, pode haver lugar, ainda, a uma compensação de créditos ⁽¹¹³²⁾.

Esta compensação é notória em casos particulares, respeitantes a negócios que envolvam prestações de execução continuada, criando

só deve responder — entrando em cena as regras da responsabilidade — quando tenha agido com culpa. O risco de destruição da coisa — sem culpa — correria por conta do comprador, quando, estando ele de boa-fé, deveria correr por conta do vendedor. E de todo o modo, neste caso, o valor do preço seria corrigido em função de que coordenadas? Em função dos juros, incrementando-se o desequilíbrio?

Note-se, porém, que o nosso raciocínio não choca com a consideração de que a responsabilidade do que age com culpa vai mais longe do que a mera responsabilização pela perda do valor da coisa — é que a responsabilidade que se poderá eventualmente assacar não se deve confinar ao dano emergente, mas abranger igualmente o lucro cessante.

⁽¹¹³¹⁾ Contra esta solução não depõem as regras do enriquecimento sem causa. De facto, embora haja uma mais-valia patrimonial pelo desequilíbrio prestacional que se gera, ele mostra-se justificado pela lei. Em sentido análogo, embora no quadro de uma solução diversa, que não atende à atualização do valor do bem, quando este não possa ser devolvido, cf. Leite CAMPOS, *A subsidiariedade*, 201 s.

Referindo-se ao problema, cf. L. Menezes LEITÃO, *O enriquecimento*, 451 s.

Note-se que não nos parece haver aqui contradição alguma no nosso raciocínio. Por um lado, dizemos que se deve atualizar o valor da coisa em função dos índices de inflação do mercado; por outro lado, dizemos que não deve haver atualização do valor da coisa em função do destino que ela tenha sofrido na esfera do comprador (ou seja da eventual valorização que a coisa sofreu como consequência da atuação do sujeito). É que numa situação estamos a lidar com a valorização propriamente dita e, portanto, a considerar o destino da coisa; e na primeira o que está em causa é apenas a determinação do seu valor, desconsiderado esse destino. Por isso se diz que as regras atinentes à invalidade não contendem com a disciplina do enriquecimento sem causa. Não haverá, também, qualquer contradição entre o que se diz e a solução pensada na nota de rodapé pretérita: apesar de aí se dizer que, porque a coisa já não existe, o comprador nada terá que devolver ao vendedor, não estamos a ater-nos ao limite do enriquecimento (que poderá, aliás, existir se pensarmos no putativo funcionamento de um seguro), mas a ponderar, uma vez mais, qual o valor que a coisa teria hoje ainda que nunca tivesse saído da esfera do vendedor. Ademais, como vimos, esta é a solução consentânea com os dados do ordenamento, atinentes à responsabilização do possuidor de boa-fé.

⁽¹¹³²⁾ Sobre a questão da compensação de créditos (ou de dívidas) alguns esclarecimentos deverão, no entanto, ter lugar. A figura — enquanto meio de extinção de uma obrigação — está prevista nos artigos 847.º s. CC, nos termos do qual “quando duas pessoas sejam reciprocamente credor e devedor, qualquer delas pode livrar-se da sua obrigação por meio de compensação com a obrigação do seu credor, verificados os seguintes requisitos: a) ser o seu crédito exigível judicialmente e

não proceder contra ele exceção perentória ou dilatória de direito material; b) terem as duas obrigações por objeto coisas fungíveis, da mesma espécie e qualidade”.

Esta compensação torna-se efetiva mediante declaração de uma das partes à outra. Quer isto dizer que, se em termos práticos a hipótese considerada em textos nos encaminha para uma ideia de compensação, haveremos de tentar perceber se se poderá — a este nível — falar de compensação em sentido próprio e estrito.

Acerca da compensação de créditos, cf., *inter alia*, Reinhard ZIMMERMANN, *Comparative Foundations of a European Law of Set-off and Prescription*, Cambridge University Press, 2002, 18 s.; Xavier Basozabal ARRUE, “Claves para entender la compensación en Europa”, *Indret* 4/2009, 1 s.; Josep Solé FELIU, “La compensación de deudas. Propuestas de reforma del derecho español a la luz de los textos de soft law europeos”, *Indret* 3/2017, 1 s.; A. Menezes CORDEIRO, *Da compensação no direito civil e no direito bancário*, Almedina, Coimbra, 2014.

Consoante se poderá perceber pela leitura atenta dos escritos, coexistem no espaço europeu diversos modelos de compensação de créditos. Desde logo, e consoante explicita Zimmermann, a uma perspectiva substancial do instituto — própria dos direitos continentais — contrapõe-se uma perspectiva processual, típica da *common law* — cf. Reinhard ZIMMERMANN, *Comparative Foundations of a European Law of Set-off*, 18 s.; veja-se, igualmente, Josep Solé FELIU, “La compensación de deudas”, 5 s. e A. Menezes CORDEIRO, *Da compensação*, considerando, entre outras, o sistema napoleónico (p. 37 s.), o sistema alemão (p. 47 s.) e o sistema da *common law* (p. 55 s.).

O facto de o ordenamento jurídico português se orientar por uma perspectiva substantiva tem como consequência prescindir-se de uma sentença judicial que declare a compensação. Na verdade, contra o que ocorre nos países anglo-saxónicos, não é necessário alegar a compensação no quadro de um processo judicial, recorrendo-se a ela por exceção (*vide*, porém, Josep Solé FELIU, “La compensación de deudas”, 11 s., explicitando que hoje em dia surgem formas de invocação da compensação para além dos processos judiciais, conhecidas por *equity set-off* — por se considerar contrário à boa-fé que alguém reclame um crédito a quem, por sua vez, é seu credor — e por *contractual set-off* — a que surge ao abrigo da liberdade contratual dos sujeitos e, nessa medida, configura o exercício da sua autonomia). Dentro da perspectiva substantiva, pode-se ainda traçar uma divisória entre os modelos de compensação automáticos (isto é, em que a compensação ocorre mal se verifiquem os seus pressupostos) e aqueles que, seguindo a tradição germânica, exigem uma manifestação de vontade da parte que beneficia da compensação para que ela opere — cf. Reinhard ZIMMERMANN, *Comparative Foundations of a European Law of Set-off*, 23 s. e Josep Solé FELIU, “La compensación de deudas”, 8. V., igualmente, A. Menezes CORDEIRO, *Da compensação*, 37 s.

Tendo como pano de fundo estas referências, fácil é perceber que o modelo português de compensação não opera automaticamente. Nos termos do artigo 848.º/1 CC, ela torna-se efetiva mediante declaração de uma das partes à outra, retroagindo, depois, a sua eficácia, já que, nos termos do artigo 854.º CC, os créditos se consideram extintos desde o momento em que se tornaram compensáveis. A exigência da declaração de vontade prende-se com a necessidade de alargar o mecanismo da compensação dos créditos para lá das dívidas que sejam líquidas. Sobre o ponto, cf. Josep Solé FELIU, “La compensación de deudas”, 7 e A. Menezes CORDEIRO, *Da compensação*, 105 s.

Compreende-se, portanto, que não seja possível falar de compensação de créditos, na hipótese vertida em texto, em sentido estrito. Quererá isto dizer que, verdadeiramente,

a aparência de que não existe eficácia retroativa ⁽¹¹³³⁾ ⁽¹¹³⁴⁾. Assim,

não estamos diante de um mecanismo de compensação, pondo-se em causa a construção da eficácia retroativa da declaração de nulidade ou anulação a que aludimos em texto? Se, no que toca à resolução e à sua eficácia, o legislador foi particularmente cauteloso, considerando que, “nos contratos de execução continuada ou periódica, a resolução não abrange as prestações já efetuadas, exceto se entre estas e a causa da resolução existir um vínculo que legitime a resolução de todas elas”, nos termos do artigo 434.º/2 CC, no caso da declaração de nulidade e da anulação, não faz sentido pensar na manutenção dos efeitos do negócio, donde não se poderá recusar a eficácia retroativa a que se alude. Simplesmente, se estamos a lidar com uma situação em que dois créditos opostos têm de ser prestados em simultâneo, tendo uma mesma causa, não faria sentido pensar-se que numa dupla entrega de valores, que se anulariam a si próprios. Por isso, a solução viabilizada pelo ordenamento será a da compensação de créditos, não se exigindo, porém, a declaração a que alude o citado preceito do código civil. É que, mais do que em face de um mecanismo extintivo da obrigação (cf., acerca do problema da natureza da compensação, Menezes CORDEIRO, *Da compensação*, 146 s.), ela aqui surge como uma solução ínsita à própria solução legal de que se trata. Nesse sentido, a compensação de que aqui se cura não se conforma como um ato jurídico, mas como um efeito do próprio regime legal da declaração de nulidade ou anulação. Tratar-se-ia, portanto, de uma compensação *ipso iure*.

Sobre o ponto, cf., ainda, Menezes CORDEIRO, *Da compensação*, 153 s., falando de hipóteses de compensação anómala e imprópria. A primeira traduziria uma figura próxima da compensação, que não o sendo, ainda apresentaria características básicas dela; a segunda não apresentaria essas características básicas.

⁽¹¹³³⁾ Sobre o ponto, cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 936.

⁽¹¹³⁴⁾ Situação particularmente interessante pode ocorrer, também, ao nível de um contrato de mútuo que seja considerado nulo. O Banco X empresta dinheiro a A, que se obriga a devolver o capital e a pagar juros. O contrato, que tinha a duração de 20 anos, foi executado durante um ano, ao fim do qual foi declarado nulo. A tem, então, que devolver ao Banco a quantia mutuada (de uma só vez). Pergunta-se, porém, se o Banco terá de devolver os juros já percebidos até ao momento? Dir-se-ia que não, porque A não tem possibilidade de devolver a rentabilidade do dinheiro que lhe foi propiciada pela imobilização do capital na esfera do banco durante o período de execução do empréstimo.

Pense-se agora num cenário próximo: A empresta dinheiro a B, sem cobrar juros, obrigando-se B a devolver o dinheiro ao fim de um ano. Se o contrato for declarado nulo, B terá de devolver todo o capital, sem dependência do prazo. Esta obrigação legal não se confunde — apesar de materialmente ser idêntica (com a diferença dos prazos de maturidade) — com a obrigação gerada a partir do contrato.

Note-se, porém, que estando envolvido na situação controvertida um banco, porque por questões de contabilidade e outras, nos primeiros anos de execução do empréstimo, são sobretudo cobrados juros, sendo deixada a devolução final para o término do contrato, poder-se-á ter de fazer outra ponderação (designadamente, calcular globalmente os juros devidos ao longo de todo o contrato para se perceber qual a percentagem dos que foram pagos que não poderá ser devolvida).

por exemplo, num contrato de arrendamento, a natureza das coisas determina que o arrendatário não possa devolver ao senhorio o gozo da coisa que lhe foi facultado durante os meses de execução o negócio. Terá, portanto, de restituir o equivalente a esse gozo, o que corresponderá às rendas, as quais serão devolvidas pelo senhorio. Operando-se *ipso iure* compensação de créditos, cria-se a aparência da falta de eficácia retroativa ⁽¹¹³⁵⁾. A retroatividade, aqui, é compatível com a execução das prestações típicas do contrato, que, não obstante, assumem uma intencionalidade diversa. Já não estamos diante do cumprimento de obrigações que têm como fonte a autonomia da vontade, mas perante prestações que têm origem na lei.

Maiores problemas se levantam, contudo, quando lidamos com direitos de personalidade ou com certos direitos de personalidade. Se A vender um dos seus rins a B, doente com uma insuficiência hepática, este contrato é nulo, por força do artigo 280.º CC. Como a declaração de nulidade tem eficácia retroativa, A terá de devolver a B a quantia paga a título de cumprimento do contrato. Simplesmente, como se perceberá, não é viável exigir a B a devolução do rim que foi transplantado para o seu organismo. A tutela da personalidade e o sentido ético-axiológico que predica o ordenamento jurídico impedem tal solução, que seria gravemente atentatória do sentido do justo ⁽¹¹³⁶⁾. Ao contrário da aparente falta de retroatividade a que aludimos quando

Diferenciando as duas realidades — a relação negocial de base e a relação de liquidação —, cf. *Ac. STJ 30 Novembro de 1997* (Proc. 97B498 — Miranda Gusmão). Importa frisar a este propósito a nossa discordância relativamente ao sentido da decisão judicativa proferida pelo STJ. Em causa estava a ponderação acerca da eventual validade de uma cessão de créditos estabelecida em termos alternativos. O caso relata-se em poucas palavras: A e B celebram um contrato de mútuo. A cedeu o crédito que tinha em relação a B a C ou, em alternativa, caso o contrato entre A e B fosse nulo, o crédito relativo à restituição do valor mutuado a que teria direito, como consequência da declaração de nulidade do contrato. O coletivo de juízes considerou — e bem — que estamos diante de créditos diversos, com naturezas diferentes. Mas, considerando também que a eficácia retroativa da nulidade apenas se pode afirmar em termos gerais, comportando exceções, sustentou que, *in casu*, não existindo qualquer exceção, se deveria sustentar que não havia nenhum crédito a ser devolvido, pelo que a cessão de tal crédito seria inadmissível. Ora, é exatamente a eficácia retroativa da nulidade — que o Tribunal claramente reconhece — que determina a existência do crédito liquidatório e é esse que constitui o objeto da cessão, como se afirma no aresto. Donde não se entende o salto conclusivo operado.

⁽¹¹³⁵⁾ A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 936. Veja-se, igualmente.

⁽¹¹³⁶⁾ Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil* II, 937.

abordámos a questão dos negócios que envolvem prestações de execução continuada, aqui ela é travada pelos princípios fundamentais do ordenamento e pela axiologia subjacente à tutela da personalidade.

Embora se admita o recurso ao enriquecimento sem causa nas hipóteses de interferência com o conteúdo de direitos de personalidade, a questão aqui assume complexidade crescente.

Em primeiro lugar, o enriquecimento sem causa tem uma natureza subsidiária, que é vincada pelo legislador. Quer isto dizer que não podemos recorrer ao instituto se a correta ordenação dos bens for alcançada por via da aplicação de soluções plasmadas no ordenamento para as mais diversas situações. O problema coloca-se a este nível exatamente porque vimos que o direito que o queira verdadeiramente ser bloqueia a possibilidade de se operar uma eficácia retroativa naquele caso de escola em que A dá o seu rim a B, a troco de dinheiro. Sendo o contrato nulo, nos termos do artigo 280.º CC, A terá de devolver a quantia que recebeu a título de pagamento pela “venda do órgão”; mas B não poderá devolver o referido bem componente da integridade física. Não faz sentido, neste caso e na verdade, impor a devolução do valor correspondente, nos termos do artigo 289.º/1 CC. Com efeito, não só ao rim não equivale um valor patrimonial, por se tratar de um bem fora do comércio jurídico, como, fazê-lo, equivaleria, afinal, a — ainda que se respeitasse integralmente a eficácia retroativa — viabilizar uma solução que é atentatória da dignidade da pessoa humana e, portanto, contraria o sentido do justo ínsito ao próprio direito.

Impõe-se, portanto, a questão: podemos prover pela correta ordenação dos bens através do recurso ao enriquecimento sem causa? Se nada obsta, *a priori*, à sua convocação para lidar com locupletamentos que resultem da intromissão em bens da personalidade alheios, há que tentar perceber, num caso como este que nos acompanha, se os seus pressupostos se verificam ou não em concreto: o locupletamento à custa de outrem, para o qual não haja causa justificativa. A estes requisitos alia-se a subsidiariedade do instituto, que já demos por verificado.

A exigência de que o enriquecimento ocorra à custa de outrem implica que “o enriquecido tenha beneficiado de uma prestação ou intervindo num direito alheio” ⁽¹¹³⁷⁾; a falta de causa justificativa

⁽¹¹³⁷⁾ Leite CAMPOS, *A subsidiariedade*, 316-317.

significa que estamos diante de um caso em que o enriquecimento não devia pertencer àquele que dele beneficia, mas a outrem ⁽¹¹³⁸⁾. No caso concreto, não estamos, *summo rigore*, diante de uma intervenção em direito alheio, mas do aproveitamento de um bem alheio que foi objeto de uma prestação. Para esse aproveitamento houve, de facto, uma causa justificativa. O problema é que ela deve ser considerada inválida, porquanto não seja possível transacionar órgãos de forma onerosa. Dir-se-ia que nenhum problema se colocaria se o transplante fosse gratuito, o que quer dizer que a contrariedade com o ordenamento jurídico passa pela tentativa de aproveitamento económico de uma parte componente do corpo humano. Assim sendo, quer estivéssemos diante de uma intromissão não autorizada em bem alheio, quer estivéssemos (como estamos) diante de uma prestação para a qual não há causa, sempre se haveria de dizer que o ordenamento jurídico não atribui um conteúdo patrimonial ao órgão humano, no sentido de dele não se poder fazer um aproveitamento económico. É certo que há inegáveis benefícios associados à existência de dois rins no interior do corpo, mas nem por isso é viável compreendê-los em termos economicamente cunhados. E o instituto do enriquecimento sem causa tem uma vertente assumidamente patrimonial.

Por outro lado, se se nega a eficácia retroativa da declaração de nulidade por se considerar que ela conduziria a um resultado que contrariaria abertamente a intencionalidade ético-axiológica do direito, então parece que o ordenamento jurídico nega — no apelo aos princípios normativos — o direito à restituição. De acordo com o artigo 474.º CC e da ideia de subsidiariedade que ele consagra, fica vedado o apelo ao enriquecimento sem causa também por essa via. De outro modo, aliás, porque não seria possível a restituição do rim, a adequada compensação de créditos implicaria, em termos práticos, a aceitação de um resultado que é impedido pelo ordenamento.

O que ficou dito convida-nos a um último ponto de reflexão, que nos reencaminha para a consideração da inexistência.

Imaginemos o seguinte caso: A, doente renal crónico, necessita de se submeter com urgência a um transplante de rim. Simultaneamente, está num estado de coma, que o impede de controlar os seus movimentos. B, não se importando de ser dador do órgão pretendido, quer, não obstante, que A lhe pague uma quantia considerável pela

⁽¹¹³⁸⁾ Leite CAMPOS, *A subsidiariedade*, 317.

privação do seu componente orgânico. Aproveita, então, o estado de saúde de A e, guiando a sua mão, força-o a assinar a aceitação de uma proposta contratual. Entre ambos é, então, celebrado um contrato de venda do rim por um preço consideravelmente alto.

Estando em causa uma situação de coação física ou coação absoluta, entende parte da doutrina — embora não de forma unânime — que o negócio é inexistente ⁽¹¹³⁹⁾. Bem sabemos que se trata mais de uma hipótese académica do que de um caso com potencial para surgir com frequência na realidade. Não obstante, podendo emergir em teoria, não deixa de suscitar-nos algumas inquietações. Na verdade, se o que justifica a autonomização da categoria da inexistência é a não produção de efeitos jurídicos em determinadas situações em que falta o *corpus* do próprio negócio ou apenas existe na aparência ⁽¹¹⁴⁰⁾, torna-se problemática a consideração de um caso em que o negócio é inexistente, por força da coação absoluta a que um sujeito é submetido, e, não obstante, se verificam determinados efeitos.

Acerca do ato inexistente, Oliveira Ascensão diz-nos que “pode pôr-se em dúvida a afirmação de que o ato inexistente não produz efeitos nenhuns (...). Mas deve manter-se que o ato inexistente não produz nenhuns efeitos, negociais ou outros. Do ato não se aproveita nada, porque não é um título jurídico. Outra coisa, porém, é a ordem jurídica considerar como ato ilícito a prática de um ato inexistente. Se causar prejuízos a terceiros, temos verificados os pressupostos da responsabilidade civil. (...) Isso não invalida a afirmação que do ato inexistente não derivam efeitos nenhuns” ⁽¹¹⁴¹⁾.

No fundo, o que o autor nos evidencia é que o ato inexistente não produz qualquer efeito no plano negocial, o que não significa que não possa ter consequências, impostas pela valoração que o ordenamento jurídico faça sobre ele derramar. Continua Oliveira Ascensão, dizendo que “na inexistência não há um ato que é relevante perante a ordem jurídica, mas é sancionado. O pretense negócio jurídico nem sequer atinge o patamar da relevância perante a ordem jurídica. De facto, a autonomia privada permite ao sujeito praticar atos relevantes perante a ordem jurídica. Mas não se passa assim se o ato é inexistente, ou

⁽¹¹³⁹⁾ Nesse sentido, cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 490; Oliveira ASCENSÃO, *Direito civil — Teoria Geral*, II, 103 s. Em sentido contrário, cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado*, 798.

⁽¹¹⁴⁰⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 617.

⁽¹¹⁴¹⁾ Oliveira ASCENSÃO, *Direito civil — Teoria Geral*, II, 314.

por haver uma manifestação incompleta, ou por nos confrontarmos com uma valoração especial negativa da lei (...). O ato inexistente é, pois, o ato que está fora do direito. Enquanto o ato nulo é um ato de relevância negativa, o ato inexistente é um ato irrelevante. (...) Na inexistência, a situação é mais radical: nada existe, logo não se pode sequer colocar a problemática da produção de efeitos” ⁽¹¹⁴²⁾.

O facto de o ato ser inexistente no plano negocial não significa, porém, que ele seja inexistente em termos materiais. Dito de outro modo, não se pode ignorar que daquele ato resultaram consequências no plano material. O ponto nevrálgico da nossa ponderação passa, então, por saber se aquelas consequências (aparentemente negociais) devem ou não ser apagadas. Ora, nos casos que temos vindo a acompanhar, pela relevância dos direitos envolvidos — integridade física e vida —, o ordenamento jurídico impõe o bloqueio da destruição da eficácia do ato. Esta eficácia não deve ser, porém, entendida em termos negociais, mas compreendida à luz da axiologia determinante do direito. No fundo, a pessoa que foi submetida à força irresistível e transformada num autómato beneficiará do ato ilícito do coator, que atenta contra sua liberdade de vontade.

Num negócio inexistente, não há vontade negocial, exatamente porque — por um motivo ou por outro — inexistente a ação. Simplesmente, isso não significa que a tessitura mundanal que foi criada com base na aparência de negócio jurídico que se celebrou não tenha consequência quer no plano fáctico, quer no plano jurídico. Desde logo, é possível desencadear-se uma pretensão indemnizatória alicerçada na violação de um bem da personalidade — a liberdade do sujeito. Imagine-se o caso inverso ao que consideramos em texto: a coação física tinha sido exercida no sentido de levar um sujeito a doar o seu rim a alguém que dele precisava. Para além da indemnização a que pudesse haver lugar pela lesão do direito à liberdade (na vertente de liberdade contratual, que inclui o direito a celebrar ou não celebrar contratos), poder-se-ia aventar a possibilidade de uma indemnização que tivesse como fundamento a violação do direito à integridade física. Esta não era, porém, uma consequência jurídica do contrato inexistente, mas da ilicitude que o mesmo envolvia ao nível aquiliano.

Da mesma feita, é possível que o ordenamento jurídico venha considerar que, apesar do aproveitamento do bem alheio a que se assiste,

⁽¹¹⁴²⁾ Oliveira ASCENSÃO, *Direito civil — Teoria Geral*, II, 314-315.

não é possível a devolução do bem, porquanto tal envolva um sacrifício irrazoável para a personalidade do sujeito, por um lado, nem é possível a restituição do valor correspondente, por não se tratar de um bem com um conteúdo económico perceptível. No fundo, o direito nega, numa situação como esta, o direito à restituição, não se aplicando por força do artigo 474.º CC as regras do enriquecimento sem causa.

Repare-se, portanto, que, embora o resultado prático possa ser o mesmo no caso concreto, não se denota, ainda assim, qualquer confusão, em termos teóricos, entre a nulidade, enquanto categoria da invalidade, e a inexistência.

13. REDUÇÃO E CONVERSÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Estando em causa um negócio nulo ou anulável, a sua invalidação não impede, como se referiu, a produção de determinados efeitos jurídicos. Entre esses efeitos, encontramos aqueles que resultam da conversão e da redução do negócio jurídico.

A *redução do negócio jurídico* pode operar, nos termos do artigo 292.º CC, diante de negócios *parcialmente inválidos* ⁽¹¹⁴³⁾. Como a invalidade diz apenas respeito a uma parte do negócio, aproveita-se o restante conteúdo, em homenagem ao princípio da conservação dos negócios jurídicos ⁽¹¹⁴⁴⁾. O nosso legislador, partindo, nesta matéria,

⁽¹¹⁴³⁾ I. Galvão TELLES, “Redução do negócio jurídico”, *Revista dos Tribunais*, 1953; Vaz SERRA, “A redução e a conversão de negócios jurídicos no caso do Acórdão do STJ de 8 de Abril de 1969”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 46, 1970, 131-163. Para Vaz Serra, a redução “supõe que o negócio tem, além da parte viciada, outra ou outras partes não viciadas e que ele teria sido concluído mesmo sem aquela parte viciada”) e a conversão (que “pressupõe que o negócio nulo ou anulado contém os requisitos essenciais de substância e de forma de outro negócio e que o fim prosseguido pelas partes permite supor que elas teriam querido este, se tivessem previsto a invalidade daquele”) e sustenta que a conversão não implica, necessariamente, um negócio totalmente nulo, sendo perfeitamente possível que, se um negócio for parcialmente nulo, “seja a sua parte nula convertida noutra negócio, e essa parte assim convertida seja mantida, sozinha ou juntamente com outras partes válidas do negócio”.

Veja-se, igualmente, Eduardo CORREIA, “A conversão dos negócios jurídicos ineficazes”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 24, 1948, 360-389.

⁽¹¹⁴⁴⁾ Exemplo: A vende a B um terreno com 100 m². Contudo, mais tarde percebe que só 50 m² lhe pertenciam. O negócio é parcialmente nulo. Poderá haver redução?

de uma ideia de divisibilidade do negócio jurídico, consagrou a regra de que a redução só não terá lugar se se provar que o negócio jurídico não teria sido concluído sem a parte viciada. No fundo, o contraente que se opuser à redução tem que vir provar a vontade hipotética das partes (vontade hipotético conjetural). E ainda que essa prova seja produzida, haverá obrigatoriamente redução se “for conforme à boa-fé, numa apreciação atual, que o restante conteúdo do negócio se mantenha” ⁽¹¹⁴⁵⁾. É essa a solução que resulta do artigo 239.º CC, que, disciplinando a matéria relativa à integração das lacunas contratuais, tem de ser articulado com esta problemática ⁽¹¹⁴⁶⁾.

Mota Pinto elenca as hipóteses em que a redução tem obrigatoriamente lugar, mesmo que a vontade hipotética apontasse no sentido da invalidade total. Assim, haverá redução sempre que “a invalidade parcial resultar da infração de uma norma destinada a proteger uma parte contra a outra (*redução teleológica*)” ⁽¹¹⁴⁷⁾. A solução é imposta pela necessidade de se cumprirem as finalidades da norma violada. Haverá ainda redução, como se referiu anteriormente, sempre que a boa-fé o imponha, numa solução que está em consonância com o artigo 239.º CC. Do mesmo modo, impõe-se imperativamente a redução, nos contratos de adesão, quando haja violação de certas cláusulas, por questões relacionadas com a proteção do consumidor ⁽¹¹⁴⁸⁾.

Já ao nível da *conversão* ⁽¹¹⁴⁹⁾, prevista no artigo 293.º CC, questiona-se se, uma vez declarado nulo o negócio (ou considerado o negócio ineficaz ⁽¹¹⁵⁰⁾), se pode “reconstituir, com os materiais do negócio jurídico inválido, um outro negócio, cujo resultado final económico, embora mais precário, se aproxime do tido em vista pelas partes com a celebração do contrato totalmente inválido” ⁽¹¹⁵¹⁾. Trata-se, aqui,

⁽¹¹⁴⁵⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral*, 637.

⁽¹¹⁴⁶⁾ Nesse sentido, cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral*, 637 e Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 948.

⁽¹¹⁴⁷⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 636.

⁽¹¹⁴⁸⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 638-9.

⁽¹¹⁴⁹⁾ Vide Carvalho FERNANDES, *A conversão dos negócios jurídicos civis*, Lisboa, 1993.

⁽¹¹⁵⁰⁾ Cf. Acórdão da Relação de Coimbra de 8-2-1989. A hipótese de conversão tem sido, igualmente, admitida, pela nossa jurisprudência, em relação a negócios ineficazes. Veja-se, novamente, Eduardo CORREIA, “A conversão dos negócios jurídicos ineficazes”, 360-389.

⁽¹¹⁵¹⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral*, 639 s. O autor oferece diversos exemplos: “conversão de uma venda de imóveis feita por escrito particular, portanto,

continuando a acompanhar Mota Pinto, “de uma colaboração do ordenamento jurídico com a vontade das partes no sentido de dar expressão a uma vontade potencial, não formulada, alargando assim o campo de ação da autonomia privada” ⁽¹¹⁵²⁾.

O autor adere, portanto, a uma conceção dualista, que olha para a conversão no sentido da transformação de um primeiro negócio num segundo negócio, através do aproveitamento de alguns elementos daquele ⁽¹¹⁵³⁾. Outra é a perspetiva de Menezes Cordeiro, para quem há apenas um negócio; “simplesmente verificada uma falha que impeça a sua validade e eficácia plenas, impõe-se, pela interpretação, um conteúdo que não suscite tais óbices” ⁽¹¹⁵⁴⁾. Para o autor, “a conversão exprime (...) uma interpretação melhorada do negócio, de modo a dele fazer uma leitura sistemática e cientificamente correta”.

Tendo em conta os requisitos da conversão dos negócios jurídicos previstos no artigo 293.º CC, a manutenção dos requisitos de forma e de substância necessários para a validade do negócio jurídico e a prova de que a vontade hipotético-conjetural aponta no sentido da conversão, Menezes Cordeiro reencaminha-nos para uma ideia de integração, pelo que aquela “vontade hipotética (...) — que constitui o motor da conversão — deve ser aferida segundo a boa-fé” ⁽¹¹⁵⁵⁾, o que nos aponta para hipóteses em que, independentemente da vontade hipotética, a boa-fé pode impor a conversão a que se alude ⁽¹¹⁵⁶⁾.

A posição não é ímpar na doutrina. Pelo contrário, tem-se entendido que, com base nos artigos 239.º e 334.º CC, pode ser imposta a conversão sempre que a boa fé o imponha e sem consideração da vontade hipotético conjetural.

14. FORMAS DE CESSAÇÃO DOS EFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO

Se as invalidades determinam a não produção de efeitos jurídicos *ab initio*, por uma falha num elemento essencial do contrato que

nula por vício de forma, numa promessa de compra e venda, com o resultado prático de levar à perda ou restituição em dobro do preço pago”.

⁽¹¹⁵²⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral*, 640.

⁽¹¹⁵³⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado*, 956.

⁽¹¹⁵⁴⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado*, 955.

⁽¹¹⁵⁵⁾ Menezes CORDEIRO, *Tratado*, 956.

⁽¹¹⁵⁶⁾ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral*, 642.

existe desde a sua formação, há formas de cessação da eficácia negocial que pressupõem a existência de um negócio validamente celebrado e que se fundam num facto posterior a essa celebração.

Entre elas, contam-se a resolução, a revogação, a caducidade e a denúncia. Os termos nem sempre são mobilizados com propriedade pelo legislador, havendo clivagens terminológicas, sobretudo constável em legislação avulsa. De todo o modo, podem-se apontar os traços genéricos de cada um dos institutos com que se lida.

Assim, a resolução implica a cessação dos efeitos do negócio com fundamento na lei ou em convenção das partes. Os seus efeitos estão previstos nos artigos 432.º e seguintes, equiparando-se em alguns pontos à nulidade e à anulabilidade, designadamente no que respeita à eficácia retroativa, que, contudo, conhece exceções.

A revogação extingue o negócio para o futuro, tendo eficácia *ex nunc*. Pode ter lugar quando a lei confere esse direito a um dos sujeitos ou por acordo das partes. Por outro lado, a faculdade pode ser exercida sem qualquer fundamento ou apenas quando os motivos especificados na lei se verificarem, consoante os casos.

A caducidade, tendo também eficácia *ex nunc*, pressupõe a verificação de um facto a que a lei atribui eficácia extintiva.

Por último, a denúncia traduz-se na faculdade de um contraente, mediante mera declaração, fazer cessar os efeitos do negócio, não sendo, em muitos casos, necessário invocar para o efeito qualquer fundamento (denúncia *ad nutum*). A figura assume importância extrema nos contratos de duração indeterminada, de modo a garantir a inexistência de vínculos perpétuos, que seriam atentatórios da ideia de autonomia privada.

ÍNDICE

Nota à 4. ^a edição.....	7
CAPÍTULO I	
O DIREITO CIVIL.....	9
1. O direito civil como direito privado geral.....	9
1.1. A distinção entre o direito privado e o direito público.....	9
1.1.1. Critérios objetivos	10
1.1.2. Teorias subjetivas	12
1.1.3. Ponderação crítica	13
1.2. O direito civil e os outros ramos de direito privado especiais	28
2. O sentido e a intencionalidade do direito civil. Os princípios fundamentais	29
2.1. O personalismo ético	29
2.2. O princípio da autonomia	31
2.2.1. O sentido ético-axiológico da autonomia.....	31
2.2.2. Os instrumentos de realização da autonomia no quadro do direito privado.....	60
a. O direito subjetivo (remissão)	61
b. O contrato.....	61
2.2.3. O princípio da liberdade contratual.....	67
2.2.4. Contratos de adesão	71
2.3. O princípio da boa-fé	75
2.3.1. Boa-fé em sentido subjetivo	76

2.3.2. Boa-fé em sentido objetivo	77
2.3.3. O princípio da confiança	80
2.4. O princípio da responsabilidade.....	83
2.4.1. Modalidades de responsabilidade civil	84
a. Plano estrutural.....	86
b. Plano funcional.....	87
c. Plano fundacional/axiológico.....	91
2.4.2. Pressupostos da responsabilidade civil	93
2.4.2.1. Responsabilidade extracontratual.....	93
2.4.2.2. Responsabilidade contratual	111
2.4.2.3. Responsabilidade pré-contratual	111
2.4.3. Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva	113
2.5. O princípio da igualdade	120
2.6. O reconhecimento da personalidade jurídica e a tutela dos direitos de personalidade	143
2.7. A proteção da família	143
2.9. A proteção da propriedade privada	150
O código civil.....	153
1. Os antecedentes: o Código de Seabra.....	153
2. O Código de 1966.....	160
CAPÍTULO II	
A RELAÇÃO JURÍDICA.....	169
1. Noção de relação jurídica.....	169
2. Os elementos da relação jurídica.....	172
3. O conteúdo da relação jurídica	175
4. O direito subjetivo em sentido amplo.....	175
4.1. A gênese do direito subjetivo	175
4.2. A conceptualização germânica e a construção dogmática dos direitos subjetivos privados: a teoria da vontade e a teoria do interesse.....	186
4.3. Do objetivismo moderado de Ihering ao objetivismo radical de Duguit e Kelsen	195
4.4. Do individualismo ao personalismo ou a sustentação do direito subjetivo por referência à pessoa	206
4.5. O conceito de direito subjetivo	218
4.5.1. O poder ou a faculdade	219
4.5.2. Reconhecido ou atribuído pela ordem jurídica	220
4.5.3. De em princípio livremente.....	221

4.5.4. Modalidades do direito subjetivo (em sentido amplo)	223
4.5.4.1. Direito subjetivo em sentido estrito	223
4.5.4.2. Direito potestativo	235
4.5.5. Classificação de direitos subjetivos	236
5. Outras posições subjetivas	239
5.1. Expectativas jurídicas	239
5.2. Ónus jurídicos	242
6. Os limites do direito subjetivo	242
6.1. O abuso do direito	242
6.2. Colisão de direitos	267
7. A dinâmica da relação jurídica	270
7.1. Constituição de direitos	270
7.2. Aquisição de direitos	270
7.3. Modificação de direitos	283
7.4. Extinção de direitos	284
CAPÍTULO III	
OS SUJEITOS DA RELAÇÃO JURÍDICA	285
Pessoas singulares	286
1. O início da personalidade jurídica	286
2. O estatuto jurídico dos nascituros	288
2.1. Os nascituros concebidos	288
2.2. Nascituros ainda não concebidos	325
3. Termo da personalidade jurídica	325
4. A ausência	326
4.1. Curadoria provisória	327
4.2. Curadoria definitiva	328
4.3. Declaração de morte presumida	328
5. O conteúdo mínimo da personalidade: os direitos de personalidade	330
5.1. O surgimento histórico dos direitos de personalidade	330
5.2. As objeções levantadas à existência de direitos de personalidade	332
5.3. A ponderação crítica das objeções levantadas	336
5.4. Características dos direitos de personalidade	342
5.5. A tutela <i>post-mortem</i> dos direitos de personalidade	347
5.6. Os bens da personalidade e os direitos especiais de personalidade	351
5.6.1. Direito à vida	351

5.6.2. O direito à integridade física	363
5.6.3. Direito à integridade psíquica	365
5.6.4. Direito à integridade moral.....	366
5.6.5. Direito à identidade	394
5.6.6. Direito à imagem	396
5.6.7. Direito à privacidade	399
5.6.8. Direito à honra	404
5.6.9. Direito ao livre desenvolvimento da personalidade	407
6. A capacidade: capacidade de gozo e capacidade de exercício	419
7. Menoridade.....	420
8. Acompanhamento de maiores	440
9. Legitimidade	493
Pessoas coletivas	494
1. Noção e natureza.....	494
2. Elementos da pessoa coletiva	499
3. Formação das pessoas coletivas.....	513
4. Classificações de pessoas coletivas	514
5. Tipologia de pessoas coletivas.....	517
6. Capacidade de gozo das pessoas coletivas.....	519
6.1. O artigo 160.º CC.....	520
6.2. O princípio da especialidade do fim.....	523
6.2.1. Posições doutrinárias	523
6.2.2. Posições jurisprudenciais (em sentido lato)	528
6.2.3. Proposta interpretativa em matéria de especialidade do fim.....	532
a. O fundamento do princípio da especialidade do fim	532
b. Capacidade e legitimidade	535
c. Categorias de atos e os atos em concreto. A eficácia do princípio da especialidade.....	536
d. Fim e objeto: a diferente relevância. O caso particular das associações e fundações	540
7. A capacidade de exercício das pessoas coletivas.....	543
8. Responsabilidade civil das pessoas coletivas	544
8.1. A responsabilidade extracontratual das pessoas coletivas	545
8.2. Responsabilidade contratual das pessoas coletivas	550
8.3. Outros problemas de responsabilidade.....	558
9. A desconsideração/o levantamento da personalidade coletiva — breve excurso	568
Outros sujeitos da relação jurídica?	570
1. Os animais como sujeitos de direitos?.....	571
2. A existência de pessoas eletrônicas? Reflexões em torno da inteligência artificial.....	582

CAPÍTULO IV	
O OBJETO DA RELAÇÃO JURÍDICA	587
1. Considerações genéricas	587
2. Os possíveis objetos da relação jurídica	587
CAPÍTULO V	
O FACTO JURÍDICO	595
1. Noção. Factos relevantes e irrelevantes do ponto de vista jurídico. Factos involuntários e voluntários. Simples atos jurídicos e negócios jurídicos	595
2. O negócio jurídico	598
3. Modalidades/classificações de negócios jurídicos	611
3.1. Critério do número, sentido e modo de articulação das declarações negociais que integram o negócio	611
3.2. Critério da constituição	614
3.3. Critério da natureza da relação jurídica constituída, modificada ou extinta pelo negócio jurídico	617
3.4. Critério da natureza da relação jurídica a que o negócio se refere, do ponto de vista da possibilidade de ser avaliável em dinheiro	617
3.5. O critério do conteúdo e finalidade do negócio	617
3.6. Critério do momento da produção de efeitos jurídicos	633
3.7. Critério do risco e da importância patrimonial do negócio	634
3.8. Critério da forma	636
3.9. Critério da relevância da relação jurídica que constitui a sua causa	636
4. Formação do negócio jurídico	638
4.1. Declarações negociais ou declarações de vontade	639
4.1.1. Noção	639
4.1.2. Tipos de declarações negociais	641
4.1.3. Declaração negocial presumida e declaração negocial ficta	642
4.1.4. Protesto e reserva	642
4.1.5. O silêncio	642
4.2. A forma do negócio jurídico	644
4.2.1. O princípio da liberdade de forma e as exceções	644
4.2.2. Tipos de forma	646
4.2.3. O âmbito da forma legal exigida	661
4.2.4. Consequências da inobservância da forma	662
a. Forma legal	662
b. Forma convencional	664
4.3. A perfeição negocial	666
5. Interpretação e integração dos negócios jurídicos	678
5.1. Interpretação, interpretação complementadora e integração: a natureza jurídica	678

5.2. A teoria da impressão do destinatário e os limites do artigo 236.º CC	692
5.3. Os casos duvidosos	696
5.4. Os desvios à teoria da impressão do destinatário	698
5.4.1. No sentido de um maior objetivismo.....	698
5.4.2. No sentido de um maior subjetivismo: o caso dos testamentos ...	698
5.5. As cláusulas de interpretação do negócio jurídico.....	700
5.6. A integração do negócio jurídico.....	709
6. Divergências entre a vontade e a declaração	711
6.1. Simulação	714
6.1.1. Noção e elementos	714
6.1.2. Modalidades	723
6.1.3. Regime	724
6.1.3.1. O negócio simulado	724
6.1.3.2. O negócio dissimulado.....	731
6.1.4. A prova da simulação	734
6.2. Reserva mental	735
6.2.1. Noção.....	735
6.2.2. Modalidades	738
6.2.3. Regime.....	739
6.3. Declarações não sérias.....	743
6.3.1. Noção.....	743
6.3.2. Regime.....	745
6.4. Coação física ou coação absoluta.....	749
6.4.1. Noção.....	749
6.4.2. Regime	751
6.5. Falta de consciência da declaração	751
6.6. Erro obstáculo ou erro na declaração	757
6.6.1. Noção e regime	757
6.6.2. Erro de cálculo ou de escrita.....	760
6.6.3. Erro na transmissão da declaração.....	760
7. Vícios da vontade.....	763
7.1. Erro-vício.....	763
7.1.1. Noção	763

7.1.2. Modalidades.....	764
7.1.2.1. O erro sobre a pessoa do declaratário	765
7.1.2.2. Erro sobre o objeto	765
a. O erro sobre medida do objeto.....	769
b. O erro sobre o valor	772
c. O erro sobre as qualidades que aumentam o valor da coisa	779
7.1.2.3. Erro sobre os motivos	785
7.1.3. Regime do erro-vício	790
7.1.3.1. Requisitos gerais de relevância do erro-vício.....	790
7.1.3.2. Requisitos especiais de relevância do erro	808
7.1.4. A anulabilidade do negócio e responsabilidade civil.....	813
7.1.5. O erro na contratação eletrônica	814
7.2. Dolo	819
7.2.1. Noção	819
7.2.2. Elementos e requisitos de relevância.....	820
a. Dolo ativo e dolo omissivo	820
b. A relação entre o dolo (vício da vontade) e o dolo forma de culpa. O problema da indução negligente em erro	820
c. <i>Dolus bonus e dolus malus</i>	857
d. Dolo essencial e dolo incidental.....	860
7.3. Regime.....	860
7.3.1. O dolo do declaratário	860
7.3.2. O dolo de terceiro	861
7.4. Coação moral ou relativa	861
7.4.1. Noção	861
7.4.2. Regime	862
7.4.3. A aplicação analógica do regime da coação moral.....	864
7.5. Estado de necessidade	879
7.5.1. Noção e requisitos de relevância	879
7.5.2. Regime	884
7.5.3. A usura e a ofensa dos bons costumes.....	885
7.6. Incapacidade acidental.....	885
8. Alteração superveniente das circunstâncias.....	887

9. Objeto e conteúdo do negócio jurídico.....	895
9.1. Considerações genéricas.....	895
9.2. Possibilidade física e legal.....	895
9.3. Não contrariedade à lei: licitude.....	909
9.4. Determinabilidade.....	910
9.5. Conformidade aos bons costumes	911
9.6. Conformidade à ordem pública	913
10. Cláusulas acessórias típicas	913
10.1. Condição	913
a. Noção; requisitos; modalidades	913
b. Aponibilidade da condição	914
c. Validade e invalidade da condição.....	915
d. Condição suspensiva	917
e. Condição resolutiva.....	918
f. A boa-fé ao nível do regime da condição	918
10.2. Termo.....	919
10.3. Cláusula modal ou modo.....	920
10.4. Cláusulas de exclusão e de limitação da responsabilidade	923
10.5. Cláusula penal.....	937
10.6. Cláusulas de <i>no consequential loss</i>	938
a. A doutrina do dano direto e imediato e a adequação	940
b. A mudança de perspetiva em matéria de causalidade	946
c. A causalidade fundamentadora da responsabilidade e a causalidade preenchedora da responsabilidade.....	950
d. O problema dos danos reflexos	954
e. O problema como um problema de interpretação das declarações negociais	955
f. O problema da validade	956
10.7. Cláusulas <i>sole remedy</i>	957
10.8. Cláusulas <i>basket amount</i>	967
10.9. Cláusulas de preterição da anulabilidade.....	968
11. Representação	979
11.1. Noção, elementos e modalidades.....	979
11.2. Legitimação representativa	984
11.3. Representação sem poderes e abuso de representação.....	985
11.4. O negócio consigo mesmo.....	988
11.4.1. Considerações gerais	988
11.4.2. A <i>ratio</i> do negócio consigo mesmo.....	991
11.4.3. O conflito de interesses e a extensão teleológica do artigo 261.º CC	995

11.4.3.1. As respostas da jurisprudência.....	995
11.4.3.2. Os diversos argumentos.....	997
a. O argumento metodológico — a interpretação da norma.....	997
b. O argumento sistemático — outras hipóteses de conflito de interesses no direito privado	1001
i. O poder paternal e a tutela	1001
ii. Os maiores acompanhados e o artigo 150.º CC.....	1003
iii. O artigo 397.º CSC e os negócios dos administradores com a sociedade	1004
11.4.3.3. A interpretação do artigo 261.º CC à luz da consideração do conflito de interesses.....	1012
12. Ineficácia e invalidade do negócio jurídico	1015
12.1. Considerações gerais	1015
12.2. Invalidade. Modalidades	1017
12.3. A inexistência.....	1020
12.4. A relação de liquidação.....	1023
13. Redução e conversão dos negócios jurídicos	1045
14. Formas de cessação dos efeitos do negócio jurídico.....	1047
Índice.....	1049



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora

www.coimbraeditora.pt

GRUPO

GESTLEGAL