

CATÓLICA LAW REVIEW

VOLUME VII
n.º 2
mai. 2023

DIREITO PRIVADO

Clara Martins Pereira

Maria Inês Oliveira Martins

Pedro Múrias

Rita Canas da Silva

Ana Isabel Afonso

Eleonora Rosati



CATÓLICA

RESEARCH CENTRE
FOR THE FUTURE OF LAW

LISBOA · PORTO

Sobre o sinalagma genético e o sinalagma funcional^{*}

Pedro Múrias

Professor Convidado na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa
(Escola de Lisboa)

* Por opção do autor este texto não segue o novo acordo ortográfico.

A distinção entre «sinalagma genético» e «sinalagma funcional»¹ é quase invariavelmente afirmada na literatura geral de direito das obrigações sem que se lhe atribua a menor consequência, e não raramente sem que se lhe compreenda o sentido. Trata-se de um psitacismo, interessante como exemplo de transmissão cultural — a cultura também se institui papagueada —, mas nem por isso menos carecido de reparo. Adiante-se que a distinção *não tem* consequências, apenas *é* ou *era* consequência de certo conjunto de doutrinas, e a terminologia em que se exprime não pode ser enaltecida.

A partir de agora, tento conter o uso de aspas, mas isso não deve ser interpretado como se eu considerasse boas as expressões «sinalagma genético» e «sinalagma funcional». Não considero.

À partida, haveria duas leituras verosímeis destas expressões, a que vou chamar «a leitura de Larenz» e «a leitura de Gernhuber»².

Na leitura de Larenz, o sinalagma genético seria *a estipulação contratual* do sinalagma, o próprio elemento sinalagmático no texto do contrato ou no conteúdo nele interpretado. Trata-se do teor da vontade negocial das partes, descoberto entre nós com referência ao art. 236.º do Código Civil e normalmente resultante de expressões comuns como «vender», «comprar», «arrendar», «pagar por», «em troca de», «remuneração», «honorários», etc. Trata-se, em suma, do acordo das partes no sentido da interdependência final das obrigações. O sinalagma funcional, por seu turno, seriam os *efeitos jurídicos* do sinalagma genético ou, digamos, as estatuições das normas que os determinam. A diferença estaria, portanto, entre o facto contratual na base dos efeitos (s. genético) e o próprio efeito jurídico logicamente posterior (s. funcional).

Larenz afirmou efetivamente qualquer coisa como isto, o que pode ter influenciado parte da doutrina posterior. Parece-me, ainda assim, que a sua intenção, expressa numa passagem muito breve, não era tanto a de discordar de autores como Gernhuber, que Larenz cita, quanto a de frisar a ideia importante de que os efeitos jurídicos sinalagmáticos são um produto de *algo que consta do contrato* e, logo, *é diretamente imputável à autonomia das partes*. Larenz, para mais, não dá grande crédito à distinção, nunca retirando as aspas das expressões (s. genético e s. funcional)³.

1 Ainda há ou havia quem falasse de «sinalagma condicional», mas parece que é o mesmo que «sinalagma funcional»: cf. KLINKE (1983), p. 96. Cf. uma tentativa de distinguir em GERNHUBER (1989), pp. 317-318.

2 Ignoram-se todas as aproximações da ideia de sinalagma às de «equivalência» ou de «equilíbrio» entre as prestações, que se têm por irremediavelmente afundadas no *Dark Side* da teoria das obrigações. Cf. PEREIRA e MÚRIAS (2008), pp. 379-430 e sobretudo pp. 419-422, e (2021), pp. 7-61 e sobretudo pp. 49-53.

3 LARENZ (1987), p. 203.

Na verdade, não seria razoável usar as expressões com esse sentido. Se quisermos distinguir entre a estipulação do sinalagma e os respetivos efeitos, há outras expressões muito mais claras. Poderíamos distinguir justamente dessa forma, dizendo «estipulação» (ou até «cláusula») e «efeitos», ou então dizendo «facto» e «consequências jurídicas», «acordo sinalagmático» e «relação sinalagmática», «sinalagma acordado» e «sinalagma vigente», etc. O que parece despropositado é distinguir o facto jurídico e os seus efeitos com os adjetivos «genético» e «funcional». Caso contrário, também chamaríamos «condição genética» à condição (arts. 270.º ss.) e «condição funcional» aos seus efeitos, ou chamaríamos «juros genéticos» à cláusula de juros e «juros funcionais» aos juros propriamente ditos (arts. 559.º e ss.), ou quiçá até «contrato genético» ao contrato e «contrato funcional» à relação contratual... É claro que nada disto seria razoável enquanto opção terminológica.

A leitura de Gernhuber é a leitura corrente nos autores alemães que trataram a distinção⁴. A oposição entre sinalagma genético e funcional é uma distinção de efeitos, ou de normas que os estatuem: o sinalagma genético é a interdependência das prestações em questões de *validade e invalidade*; o sinalagma funcional é a interdependência em questões de *execução*, quer dizer, de *cumprimento e não cumprimento* posteriores. Por outras palavras, também dos autores, o sinalagma genético é a interdependência na *constituição das obrigações* resultantes de um contrato bilateral, por uma não poder existir, não poder surgir sem a outra. O sinalagma funcional é a interdependência das prestações «*na fase posterior*», *durante a sua subsistência*⁵. Por outras palavras ainda, o sinalagma genético é, no sistema romano-germânico tradicional, a interdependência das obrigações no que toca a *perturbações originárias do contrato* (causas de invalidade), enquanto o sinalagma funcional é essa interdependência no que toca a *perturbações supervenientes* (o «não cumprimento» num sentido relativamente amplo).

No Código Civil português, o *sinalagma funcional* corresponde aos conhecidos arts. 795.º/1, 801.º/2 e 428.º, e ainda às regras de redução da contraprestação nos arts. 793.º, 802.º e 1222.º

O *sinalagma genético* tem uma manifestação específica no art. 884.º, sobre o «preço respeitante à parte válida», após redução, em venda «limitada a parte do seu objeto, nos termos do artigo 292.º ou por força de outros preceitos legais». O mesmo vale no art. 902.º, quanto à venda de coisa apenas parcialmente alheia. O art. 911.º, também sobre redução do preço, contém nova aparição

4 Suponho que é a corrente hoje: SCHWARZE (2022), p. 165, remete à sua anotação no comentário Staudinger e à de V. EMMERICH no *Münchener Kommentar*, ambas de 2020.

5 GERNHUBER (1989), pp. 315-319.

do sinalagma genético, atenta a referência a «erro ou dolo» e o seu enquadramento no plano da anulabilidade referida no art. 905.^{o6}. Veja-se que o art. 911.^o tem o seu alcance duplicado por força do art. 913.^o (o 911.^o não se aplica só aos casos do 905.^o, mas também aos deste 913.^o), e o art. 918.^o confirma que os preceitos anteriores se referem apenas a problemas originários. O próprio art. 292.^o poderá talvez dar expressão ao sinalagma genético nos casos em que a «invalidade parcial» respeite a uma parte de uma prestação e caiba reduzir *também* a contraprestação em termos análogos aos dos artigos anteriores, mas sem que estes se apliquem. Em todos estes artigos, a lei vê um problema de *invalidade* relativo a uma prestação e determina *sinalagmaticamente* um efeito na contraprestação, de acordo com a ideia do sinalagma genético. Pode considerar-se ainda uma decorrência sinalagmática (genética) da invalidade que elimine a totalidade da contraprestação, com um efeito análogo ao do art. 795.^{o/1} (que respeita ao sinalagma funcional). Quando, p. ex., um contrato bilateral é nulo por ser proibida ou impossível uma das prestações acordadas (art. 280.^o), a nulidade abrange a respetiva contraprestação, não podendo esta ser salva, nomeadamente, pelo art. 292.^o Parece-me que é o sinalagma que impede que haja aqui uma «invalidade parcial» que desse relevância ao art. 292.^{o7}.

Alguns preceitos legais talvez regulem um efeito do sinalagma que será *genético ou funcional conforme os casos* neles abrangidos. Será assim o art. 1215.^o, sobre «alterações necessárias» à empreitada em resultado de «direitos de terceiro ou regras técnicas», na parte em que se refere às «correspondentes modificações quanto ao preço», e talvez ainda o art. 1040.^o sobre redução da renda ou do aluguer.

O que dizer da «leitura de Gernhuber» sobre a distinção entre sinalagma genético e sinalagma funcional? Interessa observar que a distinção tem tido opo- sitores pelo menos desde o princípio do século xx, havendo sobretudo quem se tenha oposto à identificação de uma figura chamada sinalagma genético⁸. Por mim, creio que a distinção é clara, nos termos que acabo de expor, e é «real», não é uma «distinção sem uma diferença»⁹. Mas é ainda assim criticável,

6 Desde o estudo de BAPTISTA MACHADO (1972), pp. 31-124, alguma doutrina tem tentado ler os arts. 905.^o a 922.^o como uma resposta a problemas de incumprimento, e não a problemas de invalidade, em oposição à sua letra e à doutrina anterior. Também neste ponto, as ideias de BAPTISTA MACHADO representaram um avanço extraordinário na doutrina portuguesa do direito civil.

7 Se bem o leio, GERNHUBER (1989), p. 316, atribui ao sinalagma (genético) exatamente esta função de impedir a aplicação do § 139 BGB (paralelo ao nosso art. 292.^o) para salvar a contraprestação quando é inválida a prestação.

8 Cf. as indicações de GERNHUBER (1989), p. 315.

9 A expressão «uma distinção sem uma diferença» é comum, pelo menos, em inglês para indicar um tipo de discurso falacioso.

e suponho que, nos manuais, deve ser transferida dos capítulos sobre o sinalagma para os relativos à história da distinção entre perturbações originárias e supervenientes do negócio jurídico, como tento agora justificar.

A primeira crítica a fazer é a de que a distinção entre sinalagma genético e sinalagma funcional é terminologia inútil. Trata-se de um acrescento terminológico desnecessário para os objetivos simples que se pretende atingir. O que se pretende exprimir com esta distinção é que o sinalagma tanto tem efeitos de não cumprimento (efeitos em questões de não cumprimento) quanto efeitos de invalidade, ou seja, tanto tem efeitos em questões de perturbações supervenientes da relação (os problemas tradicionais de não cumprimento) quanto em questões de perturbações originárias (tradicionalmente, problemas de invalidade). Para dizer isto, contudo, não era necessário distinguir duas supostas entidades, «um» sinalagma genético e «um» sinalagma funcional. Bastava dizer que o sinalagma tem esse impacto alargado. Inventar estas expressões e sugerir que há duas entidades a distinguir só diminui a clareza com que nos exprimimos. Os juristas devem ter consciência das questões (meramente) terminológicas e evitar terminologias que, embora tradicionais, não contribuam para a clareza do pensamento e dos argumentos. É o caso desta.

A segunda crítica é que a oposição entre sinalagma genético e sinalagma funcional também esconde o «verdadeiro» sinalagma, o sinalagma enquanto conteúdo acordado. Quando esta oposição é tradicionalmente apresentada, ela diz-nos que há que distinguir «dois *sinalagmas*», o genético e o funcional. A leitura de Gernhuber, no entanto, mostra que a distinção respeita aos efeitos. Se é assim, contudo, bem pode perguntar-se onde é que fica a fonte desses efeitos, ou seja, o acordo das partes que dá origem à interdependência das obrigações. É a necessidade — imperiosa — de pôr em evidência o acordo sinalagmático que faz autores como Larenz ou Antunes Varela afirmar que esse acordo é que «é» o sinalagma genético, que estaria «na génese» dos efeitos jurídicos¹⁰. Não podemos deixar de aderir à intenção dos autores, a distinção em causa é que não é o melhor lugar para exprimi-la.

Na verdade, também autores que aceitam a leitura de Gernhuber, ou seja, que veem a distinção como uma distinção de efeitos, se «descaem» a certo momento, afirmando, afinal, a leitura de Larenz¹¹. Todavia, se queremos manter, como se impõe, que o sinalagma é um conteúdo contratual e, ao mesmo tempo, aceitar a distinção na leitura de Gernhuber, então teremos de distinguir três sinalagmas, o sinalagma-estipulação, o sinalagma genético e o sinalagma

10 Cf. ANTUNES VARELA (1996), pp. 405-408, na sequência do seu livro de 1955 *Ensaio sobre o Conceito de Modo*. Quanto a LARENZ, cf. a n. 3 *supra*.

11 No livro de KLINKE que antes citei, veja-se a diferença entre as pp. 16 e 96. No caso de GERNHUBER, eu diria que o autor *quase se* «descaí» no início da exposição sobre o «sinalagma genético» na p. 315.

funcional. Como se isto não fosse já bastante confuso, a alternativa seria dizer que a distinção entre genético e funcional, *por um lado*, exprime a distinção entre facto (o conteúdo contratual) e efeito (os efeitos do sinalagma) e, *por outro lado*, exprime a distinção entre efeitos de invalidade e efeitos de não cumprimento. Mas *uma* distinção que exprime *duas* distinções independentes atinge o clímax da confusão e só traz desvantagens. Em vez disso, a clareza é fácil: o sinalagma é um conteúdo contratual e tem efeitos quer no plano da validade, quer no plano do não cumprimento, efeitos esses que a lei aparentemente distingue. Pode-se parar de falar de géneses e de funções.

Só duas notas de esclarecimento. Alguns autores, hoje creio que minoritários, entendem ou entendiam que o sinalagma não era conteúdo do contrato, mas apenas «base do negócio» (parte da «base do negócio» supostamente relevante para os arts. 252.º/2 e 437.º). Esta posição, embora me pareça francamente inadequada, é compatível com o que acabei de dizer. Para esta posição, o sinalagma estaria na «base do negócio», e não no próprio negócio, no contrato, mas, em qualquer caso sempre seria o pressuposto eficiente das consequências de invalidade ou de não cumprimento. Continuará a não se dever confundir «o verdadeiro sinalagma» com os seus efeitos. A segunda nota serve para insistir que o sinalagma não ocorre só em contratos, mas também como conteúdo de outras fontes, que dão origem a relações paracontratuais. Por simplicidade, vou dizendo que o sinalagma está «no contrato», mas já se sabe que estará no contrato ou em qualquer outra fonte, conforme os casos.

Falta uma terceira crítica à distinção entre sinalagma genético e funcional, uma crítica agora mais prospectiva e consciente da história dos conceitos que estão em jogo. Esta distinção é filha da distinção entre perturbações originárias e supervenientes do negócio jurídico e de uma contraposição forte entre problemas de cumprimento e problemas de validade. De acordo com estes esquemas de pensamento, a impossibilidade da prestação, a proibição legal da acção devida, a deterioração de uma coisa específica a entregar, etc., seguem regimes substancialmente diferentes conforme ocorram antes ou depois de o contrato ser celebrado, no primeiro caso gerando nulidade ou anulabilidade, no segundo, uma situação de incumprimento. Na cultura jurídica internacional do século XXI, porém, a distinção entre o originário e o superveniente deve ser tida por ultrapassada¹², apesar de manter resquícios em leis modernizadas como o BGB (após 2001) e de se manter integralmente no texto do Código Civil português¹³.

12 Cf. MÚRIAS (2015), pp. 129-199.

13 Mas não em todo o direito em vigor em Portugal. Cf. a Lei da Compra e Venda a Consumidores (Decreto-Lei n.º 84/2021, Diretiva 1999/44/CE) e a Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias, de 1980, aprovada pelo Decreto n.º 5/2020.

Alguma doutrina, como P. Mota Pinto, N. Pinto Oliveira e C. Monteiro Pires, vai procurando as interpretações mais modernizadoras da lei portuguesa nesta matéria¹⁴. Do mesmo modo, a distinção entre sinalagma genético e funcional deve ser tida por ultrapassada, não por não ser uma distinção precisa — é a distinção entre os efeitos do sinalagma no plano da invalidade e no do não cumprimento superveniente —, mas porque aquilo que se deve acentuar é a unidade entre os dois termos da suposta distinção.

O conceito de sinalagma só paulatinamente foi reconhecido como útil — decisivo — à boa compreensão do direito das obrigações nas matérias do cumprimento e não cumprimento. Embora a palavra (grega) «sinalagma» apareça já no Digesto (em latim), do século VI, a importância desta estrutura normativa só é plenamente reconhecida em meados do século XIX¹⁵, e, mesmo no século XX, encontram-se por vezes dificuldades doutrinárias e jurisprudenciais em identificar os seus reflexos, confundindo-os, designadamente, com problemas de responsabilidade civil¹⁶. A expressão «sinalagma genético» é inventada por A. BECHMANN em 1876 para satisfazer a necessidade de arrumar o sinalagma no quadro das divisões essenciais da dogmática alemã desse tempo. O estudo do autor versava sobre a compra e venda¹⁷, e a compra e venda de coisa específica é a matéria em que mais se manifesta a oposição entre perturbações originárias e supervenientes. Não é por acaso que as disposições do Código Civil que tratam especificamente os efeitos do sinalagma em matéria de invalidade (os arts. 884.º, 902.º e 911.º antes referidos) se encontram no capítulo da compra e venda. No tempo de Bechmann como ainda no texto do nosso Código Civil, considerava-se, em especial, que a impossibilidade originária e a impossibilidade superveniente da prestação se situavam em hemisférios incomunicáveis, uma como causa de nulidade dos negócios jurídicos, a outra como caso de incumprimento das obrigações. Perante esta divisão essencial, tinha naturalmente de haver «dois sinalagmas», duas entidades distintas, o genético-originário e o funcional-superveniente. Alguma ambiguidade quanto ao genético — designava o facto originário ou os efeitos originários? — até pode ter contribuído para a sua aceitação, embora propensa às confusões vistas. Não é raro os juristas preferirem fórmulas ambíguas, vagas ou com outros tipos de indeterminação no seu sentido.

14 Cf. MONTEIRO PIRES (2017), pp. 144-165 (e pp. 112-144). O primeiro estudo português que questiona aprofundadamente a distinção é o artigo de BAPTISTA MACHADO de 1972 cit. *supra* na n. 6.

15 KLINKE (1983), pp. 100-101, e GERHUBER (1989), p. 310.

16 A ideia de não confundir estes problemas é a base dos estudos de PEREIRA e MÚRIAS, de cerca de 2008.

17 Sigo a nota histórica de KLINKE (1983), p. 102 (e a bibliografia da p. 180). O livro de BECHMANN intitulava-se *A Compra e Venda segundo o Direito Comum. Parte I. História da Compra e Venda no Direito Romano*.

O nosso tempo já não é assim, quer por termos uma consciência acrescida dos efeitos próprios do sinalagma, quer por irmos interiorizando que a distinção entre perturbações originárias e supervenientes dos negócios jurídicos é, pelo menos na sua maior parte, datada e superficial. Hoje devemos apenas dizer que o sinalagma tem efeitos quer em matéria de não cumprimentos supervenientes, quer em matéria de invalidade. E o facto de o sinalagma se manifestar nos dois planos é um sinal importante de que esses dois planos devem ser tomados como um só.

Bibliografia

- GERNHUBER, Joachim, 1989, *Das Schuldverhältnis*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- KLINKE, Ulrich, 1983, *Causa und genetisches Synallagma*, Duncker & Humblot, Berlin.
- LARENZ, Karl, 1987, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. I, *Allgemeiner Teil*, 14.^a ed., Beck.
- MACHADO, João Baptista, 1972, «Acordo Negocial e Erro na Venda de Coisas Defeituosas», reimp. na sua *Obra Dispersa*, Scientia Iuridica, vol. I, 1991, pp. 31-124.
- MÚRIAS, Pedro, 2015, «A Unificação das Impossibilidades», *RDES*, vol. 56 (29 da 2.^a Série), n.º 4, pp. 129-199.
- PEREIRA, Maria de Lurdes e MÚRIAS, Pedro, 2008, «Conceito e Extensão do Sinalagma», *Estudos Oliveira Ascensão*, vol. I, Almedina, pp. 379-430.
- PEREIRA, Maria de Lurdes e MÚRIAS, Pedro, 2021, *Os Três Problemas do Não Cumprimento*, AAFDL, Lisboa.
- PIRES, Catarina Monteiro, 2017, *Impossibilidade da Prestação*, Almedina, Coimbra.
- SCHWARZE, Roland, 2022, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 3.^a ed., de Gruyter, Berlin.
- VARELA, João Antunes, 1996, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 9.^a ed, Almedina, Coimbra.



VOLUME VII
n.º 2
mai. 2023

DIREITO PRIVADO

DOCTRINA

The Digital Tokenisation of Non-Financial Assets: Challenges to English Private Law \ **Clara Martins Pereira**

Responsabilidade dos prestadores de mercado em linha por incumprimento de contratos de fornecimento \ *Liability of online market providers for non-compliance with supply contracts* \ **Maria Inês Oliveira Martins**

Sobre o sinalagma genético e o sinalagma funcional \ *On the “genetic” and “functional” synallagmata* \ **Pedro Múrias**

COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 22 de setembro de 2022, XP contra Fraport AG Frankfurt Airport \ *Services Worldwide* e AR contra St. Vincenz Krankenhaus GmbH \ **Rita Canas da Silva**

RECENSÃO

«O concurso de responsabilidade civil – Ensaio sobre o concurso das modalidades delitual e obrigacional de responsabilidade civil», por António Barroso Rodrigues \ **Ana Isabel Afonso**

The shape of things to come: exceptions, limitations, and user rights in EU copyright law \ **Eleonora Rosati**