

ENCONTROS DE

Direito Civil

VI

O Contrato

Comissão Científica Paulo Mota Pinto
Mafalda Miranda Barbosa
Henrique Sousa Antunes
Elsa Vaz de Sequeira
Ana Taveira da Fonseca

Título O Contrato
Coleção Encontros de Direito Civil
Volume VI
Autores Ana Afonso | Ana Taveira da Fonseca |
António Pinto Monteiro | Elsa Vaz de Sequeira |
Francisco Mendes Correia | João Pinto Monteiro |
Mafalda Miranda Barbosa | Manuel Carneiro da Frada |
Rita Lobo Xavier | Tiago Azevedo Ramalho

© Autores
© Universidade Católica Editora

Revisão Patrícia Feio
Paginação Magda M. Coelho
Capa Ana Luísa Bolsa | 4 ELEMENTOS
Data dezembro 2025
ISBN 9789725411667
eISBN 9789725411759
DOI <https://doi.org/10.34632/9789725411759>

Universidade Católica Editora,
Sociedade Unipessoal, Lda.
Palma de Cima 1649-023 Lisboa
Tel. (351) 217 214 020
uceditora@ucp.pt | www.uceditora.ucp.pt

VI ENCONTROS DE DIREITO CIVIL

O Contrato

Índice

Prefácio	
ANA TAVEIRA DA FONSECA, ELSA VAZ DE SEQUEIRA	7
Autonomia privada e responsabilidade civil (breve apontamento)	
ANTÓNIO PINTO MONTEIRO	11
O contrato e a sua interpretação	
MAFALDA MIRANDA BARBOSA	23
Inexistência jurídica: será que existe?	
ELSA VAZ DE SEQUEIRA	71
A alteração das circunstâncias	
Algumas questões, a propósito do § 313 do BGB	
MANUEL CARNEIRO DA FRADA	95
O princípio da justiça comutativa e os contratos usurários	
JOÃO PINTO MONTEIRO	111
Contrato e insolvência	
ANA TAVEIRA DA FONSECA	127
Contrato, inteligência artificial e erro	
FRANCISCO MENDES CORREIA	161
O contrato no sistema sucessório	
RITA LOBO XAVIER	187
As cláusulas contratuais que subordinam o pagamento da retribuição a um evento incerto (as cláusulas «pay-when-paid» e «pay-if-paid»)	
ANA AFONSO	211
Flume, a autonomia privada e o negócio jurídico: elementos para um cânone de Direito Civil	
TIAGO AZEVEDO RAMALHO	239

Prefácio

ANA TAVEIRA DA FONSECA

ELSA VAZ DE SEQUEIRA

No dia 29 de novembro de 2024, realizaram-se, na Universidade Católica Portuguesa, em Lisboa, os VI Encontros de Direito Civil.

A exemplo do que aconteceu em edições anteriores, a Comissão Científica optou por escolher um tema com indiscutível relevância para o Direito Civil, que permitisse juntar no mesmo fórum investigadores com perspetivas naturalmente distintas sobre um objeto amplo que a todos interessa.

As reflexões produzidas durante estes Encontros comprovam que *O Contrato* continua a ser terreno fértil para a ciência do Direito. Durante a manhã e a tarde do dia 29 de novembro, foram múltiplos os problemas abordados, conforme está refletido no programa que se reproduz:

ABERTURA

Contrato e responsabilidade civil | António Pinto Monteiro

PAINEL 1

Moderação: Luís Cortes Martins, Cuatrecasas

Integração da declaração negocial e normas supletivas | Rui Pinto Duarte, FDUCP

O contrato na Parte Geral do Código Civil | Paulo Mota Pinto, FDUC

Interpretação do contrato | Mafalda Miranda Barbosa, FDUC

Inexistência jurídica | Elsa Vaz de Sequeira, FDUCP

PAINEL 2

Moderação: Maria da Graça Trigo, STJ

Alteração das circunstâncias: algumas questões | Manuel Carneiro da Frada, FDUP

O vício de influência indevida no Direito Civil | António Barreto Menezes Cordeiro, FDUL

Considerações sobre a figura dos contratos duradouros | Fernando Ferreira Pinto, FDUCP

Contrato e autonomia privada - «Design» contratual e cláusulas «tailor-made» | Ana Filipa Morais Antunes, FDUCP

O princípio da justiça comutativa e os contratos usurários | João Pinto Monteiro, FDUC

PAINEL 3

Moderação: Maria João Tomé, STJ

O contrato de seguro: um sinalagma com natureza aleatória? | Filipe Albuquerque Matos, FDUC

Contrato de mandato | Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, FDUCP

Contrato e insolvência | Ana Taveira da Fonseca, FDUCP

Contrato e IA | Francisco Mendes Correia, FDUL

PAINEL 4

Moderação: Maria dos Prazeres Beza, STJ

O contrato no sistema sucessório | Rita Lobo Xavier, FDUCP

Cláusulas de condição / cláusulas «pay-if-paid» ou «pay-when-paid» | Ana Afonso, FDUCP

Flume, a autonomia privada e o negócio jurídico: elementos para um cânone de Direito Civil | Tiago Ramalho, FDUP

Liberdade contratual enquanto norma de competência | Fernando Oliveira e Sá, FDUCP

Contra o contrato. E a favor, mas menos | Pedro Múrias, FDUCP

O livro que agora se publica reúne grande parte das intervenções efetuadas, tornando-as assim acessíveis à comunidade em geral. A todos os que contribuíram para o sucesso destes Encontros - oradores e moderadores - renovamos o nosso agradecimento por manterem viva esta iniciativa.

Estamos igualmente reconhecidos à Cuatrecasas, por ter aceitado patrocinar este projeto, iniciado em 2017 na Universidade de Coimbra

e na Universidade Católica Portuguesa, e que hoje agrega civilistas de todas as Faculdades de Direito nacionais.

Por fim, uma palavra de apreço é devida à Mestre Catarina Andrade, pelo apoio editorial concedido à publicação desta obra.

2 de outubro de 2025

Autonomia privada e responsabilidade civil (breve apontamento)*

ANTÓNIO PINTO MONTEIRO**

1. Vamos reflectir, ainda que de modo muito abreviado e sucinto, sobre o sentido de dois princípios fundamentais do ordenamento jurídico: o princípio da autonomia privada e o princípio da responsabilidade civil. À partida e em termos gerais, trata-se da questão de saber se, e até que ponto, a responsabilidade deve considerar-se acessível à autonomia privada, mormente se ela poderá ser objecto de convenções antecipadas, designadamente de convenções que excluam ou limitem a indemnização.

Trata-se de uma questão sobre a qual venho há muito reflectindo, e que é conhecida, pelo que poder-se-á sentir algum desconforto por entrar num terreno já há muito desbravado! Mas nem por isso ela é hoje uma questão pacífica. É esta, pois, uma *nova oportunidade* para rever o tema tão aliciante e problemático.

Vejamos.

A autonomia privada, enquanto poder «jurisgénico» do homem (recordando esta expressão tão cara ao Doutor Orlando de Carvalho)¹ e expressão jurídica da sua liberdade de determinação, postula, a nosso ver, que seja reconhecido aos particulares um certo grau de liberdade no plano da responsabilidade civil, quer na definição dos seus *pressupostos* como na fixação dos seus *efeitos*.

Afirmação sobretudo válida e pertinente no domínio da responsabilidade contratual, tendo em conta que esta mais não é do que uma das consequências do não-cumprimento, ou do não-cumprimento rigoroso

* Por opção do autor, o presente artigo não segue o acordo ortográfico.

** Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito de Coimbra, ORCID 0000-0001-6910-3997.

¹ Sobre o relevo deste poder «jurisgénico» ou de autodeterminação, cfr. ORLANDO DE CARVALHO (1981), pp. 15 e ss. Para o Doutor DIOGO LEITE DE CAMPOS (2012), a «autonomia da pessoa (autonomia privada) como criadora do Direito» constitui justamente um dos «traços» por que se tem caracterizado «a evolução do Direito», (pp. 23, ss.), pp. 33-34.

e perfeito, de obrigações livremente assumidas. Sendo as partes livres de se obrigar, implicando essa liberdade, qualitativa e quantitativamente, o poder de conformar o conteúdo e a extensão do vínculo assumido, parece que também ao nível da determinação das consequências do inadimplemento dessas obrigações será de reconhecer aos contraentes uma certa margem de autonomia.

Por outras palavras: na medida em que a responsabilidade contratual resulta da violação de obrigações criadas e conformadas por acordo das partes, compreende-se que esta autonomia se estenda à fase patológica do vínculo obrigacional, abrangendo, igualmente, o poder de modelar previamente os efeitos da falta de cumprimento e, designadamente, a disciplina da responsabilidade².

Considerações que já não colhem nos mesmos termos no âmbito da responsabilidade extracontratual, onde é o ilícito que faz surgir uma relação jurídica, até aí inexistente, uma vez que o mesmo não resulta da violação de um direito de crédito anterior. Não se trata, neste caso, do desrespeito de uma obrigação criada por acordo das partes, antes da violação de um dever imposto por lei.

Ainda assim, todavia, se coloca o problema de saber se as pessoas que receiam poder a sua actividade vir a ser fonte de danos serão livres de acordar previamente com os presumíveis lesados a disciplina da sua eventual responsabilidade.

A questão situa-se dentro da responsabilidade extracontratual, pretendendo eu com isto *afastar* a ideia de que uma convenção prévia sobre a responsabilidade extracontratual alteraria a natureza desta, em termos de poder vir a afirmar-se que, por força dessa convenção, se estabeleceriam entre os pactuantes relações contratuais que implicariam uma transformação da responsabilidade extracontratual em responsabilidade contratual. Mas não é assim! Esta é contratual ou extracontratual consoante a sua fonte resida na violação de uma obrigação em sentido técnico – proveniente, na maioria dos casos, de um contrato –, ou, antes, na violação de um dever geral de abstenção, imposto por lei. Assim, uma convenção destinada a regular antecipadamente uma responsabilidade de fonte delitual mais não representa do que um acordo prévio

² Neste sentido, cfr. PEREIRA COELHO (1950), pp. 40-42.

sobre uma responsabilidade que manterá a sua natureza delitual, atenta a fonte da sua proveniência.

Ora, não intervindo a autonomia privada na *criação* do *dever* cuja violação implica a responsabilidade do lesante, uma vez que esse dever é imposto por lei, já não poderão valer aqui as considerações avançadas para justificar as cláusulas de responsabilidade contratual. Ser-se-ia, assim, à primeira vista, inclinado a recusar qualquer espaço à autonomia privada, no âmbito da responsabilidade extracontratual.

Não se vê, porém, razão idónea e suficiente para recusar, «in limine», esse espaço de actuação, se o bem em risco de vir a ser lesado, fonte de uma eventual responsabilidade extracontratual, for de índole meramente privada e de natureza disponível.

Não são já razões que se prendem com o facto de o dever ter nascido por iniciativa e decisão dos interessados, antes a consideração de que a responsabilidade tem por efeito indemnizar o lesado e que este não deve ser privado do direito de poder antecipadamente dispor de um eventual montante indemnizatório, desde que se trate do risco de lesão de bens disponíveis por sua natureza.

Tal como o lesado pode afastar a ilicitude do acto mediante o seu consentimento prévio - art. 340.º do Código Civil -, poderá ele, *a fortiori*, prescindir antecipadamente da indemnização, ou aceitar uma limitação do seu montante. Pense-se no exemplo clássico de o proprietário de um rebanho de ovelhas excluir ou limitar, por acordo prévio com os seus vizinhos, a responsabilidade pelos danos que possam ocorrer em culturas destes; ou ainda, no interesse dos pais em excluir a responsabilidade pelos danos que os filhos possam causar (quebra de vidros, por ex.) na casa de um vizinho, em virtude de as crianças jogarem futebol no pátio (exclusão que pode ser recíproca, aliás).

2. Já não sucede o mesmo, todavia, note-se, nos avisos em estradas ou obras, quando, através de cartazes afixados nos respectivos locais, se pretenda excluir qualquer responsabilidade (do género: «atenção, obras, responsabilidade excluída»). Isto, desde logo, porque, além do mais, não há acordo quanto a essa exclusão - nem qualquer consentimento tácito que pudesse interpretar-se nesse sentido -, valendo esses avisos, a meu ver, como simples cumprimento de um dever geral de advertência ou de prevenção de um perigo especial, que os trabalhos em curso poderão

representar ou envolver. Poderão, assim, esses avisos isentar de responsabilidade o lesante, desde que o dano fique exclusivamente a dever-se à falta de precauções do lesado em face da situação de perigo para que foi especialmente advertido. Assim como poderão conduzir a situações de concorrência de culpas (art. 570.º) ou a uma limitação equitativa da indemnização (art. 494.º)³.

Esta questão ganhou actualidade e esteve há pouco no centro das atenções com as chamadas «*excusas de responsabilidade*» de médicos e enfermeiros, os quais, perante alegadas dificuldades acrescidas no desempenho da sua actividade médica, apresentaram às entidades de saúde para quem trabalham as ditas declarações de «*excusa da responsabilidade*». Pretenderão com elas excluir antecipadamente a eventual responsabilidade em que poderão vir a incorrer, por acção ou omissão, por danos causados no exercício da sua actividade.

Mas para poderem qualificar-se como cláusulas ou convenções de exclusão de responsabilidade carecem as declarações de «*excusa de responsabilidade*» de um *acordo* prévio com os respectivos destinatários, sejam eles os pacientes ou a entidade de saúde a que médicos e enfermeiros estão vinculados; tendo tais declarações sido *aceites*, ficam elas então sujeitas ao regime jurídico *especial* que vigora para as convenções exoneratórias, traduzido na *nulidade* das mesmas, por razões de *ordem pública*; mas na falta de tal acordo prévio, como sucederá normalmente, não passam elas de meras *declarações unilaterais de irresponsabilidade, ineficazes enquanto tal*; finalmente, não é de pôr de parte, porém, que estas declarações possam contribuir para isentar de (ou pelo menos *atenuar* a) responsabilidade de médicos e enfermeiros por servirem de *advertência* para a falta de condições em que exercem a sua actividade, designadamente pela imposição de horas de trabalho em excesso, quando for esse o caso, no quadro dos arts. 570.º e 494.º do Código Civil – e até no quadro do n.º 2 do art. 271.º da CRP, equivalendo essas declarações de “*excusa de responsabilidade*” às *reclamações* de que a Lei Fundamental faz depender a *exclusão da responsabilidade* do funcionário ou agente contra ordens ou instruções emanadas do superior hierárquico.

³ Sobre o ponto, cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (1985), pp. 399-404.

3. Em suma, retomando o fio à meada, não estando em causa a lesão de bens indisponíveis, em que o consentimento do lesado seria igualmente ilícito, não há razões de ordem pública que obstem, em princípio, a uma disciplina convencional e antecipada da responsabilidade civil. São, por isso, considerações que se prendem com a natureza do bem envolvido que justificam poder o princípio da autonomia privada manifestar-se também aqui, no campo das cláusulas exoneratórias de responsabilidade extracontratual, validamente.

4. A responsabilidade civil é, no entanto, um valor fundamental da ordem jurídica, podendo suscitar reacções desfavoráveis o facto de alguém lesar outrem, seja em direitos absolutos, seja em direitos relativos, sem ter de sofrer as consequências desfavoráveis daí emergentes.

É certo que a responsabilidade civil acaba por traduzir-se no dever de indemnizar o lesado e, assim, na maioria dos casos, na obrigação de o lesante entregar ao lesado uma quantia em dinheiro capaz de o ressarcir do prejuízo sofrido. Por isso se tem acentuado a função *essencialmente* reparadora que o instituto da responsabilidade civil envolve, deixando para uma posição tão-só *residual ou acessória* a eficácia punitiva ou sancionatória, quando não se exclui de todo esta função daquele instituto.

Mas também não é menos verdade, por outro lado, que a responsabilidade é o corolário da liberdade do homem, assentando no pressuposto ético e salutar de que a liberdade de actuação humana deve implicar a correspondente responsabilização pelos danos causados.

Deste modo, se a redução da responsabilidade a um valor monetário, em que aquela acaba por traduzir-se - de acordo com a função de reparação que lhe é adjudicada, de modo preponderante ou até exclusivo -, sugere que seja reconhecida aos particulares a liberdade de autodisciplina da responsabilidade civil, já as suas notas éticas convidam a uma tomada de posição contrária. Perspectivada a responsabilidade civil, no plano jurídico, como a correspondente, no plano ético, da responsabilidade moral, impressionará causar alguém um dano sem ter de suportar as consequências daí resultantes para o lesado.

Esta consideração, em si mesma importante, e fonte de soluções normativas também neste domínio, não parece, contudo, decisiva. Basta atentar que a responsabilidade subjectiva, que lhe está subjacente, correspondendo embora à orientação geral em matéria de responsabilidade

civil, não esgota, contudo, as modalidades que esta envolve. Pense-se na responsabilidade objectiva, que prescindida da culpa do lesante e, assim, de qualquer censura sobre o comportamento deste; atente-se no padrão objectivo por que se afere a culpa - ou seja, não «in concreto», segundo as possibilidades de actuação do lesante, antes em abstracto, segundo um modelo ideal de actuação humana; recorde-se, finalmente, que a culpa é perspectivada como conduta deficiente, não se reduzindo a uma deficiência da vontade. Basta pensar em todos estes ingredientes de cariz objectivo - para já não falar do seguro de responsabilidade civil, através do qual o lesante transfere para outrem, a companhia seguradora, o dever de reparar os danos por si causados - para se concluir que aquelas considerações ético-filosóficas não deverão prejudicar, de modo decisivo, a possibilidade de a autonomia privada intervir no domínio da responsabilidade civil.

Restringem-na, no entanto, consideravelmente, não permitindo que essa liberdade seja absoluta, contrariando, designadamente, convenções de responsabilidade que a excluam ou a limitem independentemente do grau de culpa, isto é, do juízo de censura de que é passível o comportamento do devedor/lesante. Esta restrição, no campo das convenções de responsabilidade, tem-se concretizado na *proibição de convenções limitativas ou exoneratórias em caso de dolo ou de culpa grave do devedor/lesante*.

Era esta, justamente, a posição da doutrina nacional na vigência do Código de Seabra, assim como foi esta a solução proposta por Vaz Serra, no respectivo Anteprojecto, de acordo com a posição que, *urbi et orbi*, é adoptada no direito comparado.

5. Deixou de ser assim, porém, após a entrada em vigor do Código Civil de 1966, perante o actual art. 809.º deste diploma legal.

Por um lado, devido a uma *incorrecta* compreensão do sentido e alcance da cláusula de exclusão de responsabilidade, dizia-se que estas cláusulas contendem com 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 *indenização pelo prejuízo*»⁴. Ora, a verdade é que estas cláusulas *não prejudicam* o «sentido jurídico da obrigação», *nem transformam a obrigação civil em*

⁴ PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, art. 809.º, n.º 1.

obrigação natural, pois as cláusulas de exclusão de responsabilidade *não concedem ao devedor a faculdade de não cumprir*, mantendo o credor o direito de *exigir* judicialmente o cumprimento da obrigação e podendo este recorrer, para o efeito, a meios de constrangimento, como a *sanção pecuniária compulsória* (art. 829.º-A), ou até socorrer-se de outras medidas, como o direito de *resolução* (art. 801.º, n.º 2), que atestam e certificam a *coercibilidade* do vínculo obrigacional, apesar das cláusulas de exclusão. É que estas cláusulas, *se forem válidas*, só afastam a *responsabilidade*, isto é, o *dever de indemnizar!* Em caso algum, pois, transformam a obrigação civil em obrigação natural⁵!

Ainda segundo a mesma perspectiva, por outro lado, acrescenta-se que não seriam entre nós admitidas cláusulas de exclusão de responsabilidade visto que estas cláusulas afastam o direito do credor à indemnização e este é um dos direitos de que o credor dispõe, em caso de não cumprimento ou mora do devedor, e ao qual *não poderia renunciar antecipadamente*, nos termos expressos do art. 809.º.

Esta posição *é ainda hoje defendida por importante doutrina*. É o caso de Antunes Varela⁶, de Luís Menezes Leitão⁷, de Jorge Ribeiro de Faria⁸ e, mais recentemente, também de Menezes Cordeiro⁹.

Em 1985 defendemos, porém, outra opinião, a qual é hoje, cremos, a posição dominante, tanto na doutrina como na jurisprudência¹⁰.

A nosso ver, o que a lei proíbe, no art. 809º, é a *renúncia antecipada* do credor ao direito de indemnização, assim como a qualquer dos outros direitos que lhe são facultados. Ora, só quando a cláusula de exclusão de responsabilidade constituir uma “renúncia antecipada” do credor à indemnização é que ela será nula. Não será esse o caso, porém, quando se *restringe* a responsabilidade do devedor a uma *culpa qualificada*. Daí que entendamos ser válida, em princípio, a cláusula de exclusão de responsabilidade por *culpa leve* – por não constituir, forçosamente, uma «renúncia» antecipada do credor ao direito de indemnização. Mas tem

⁵ Para uma maior fundamentação, ver ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (1985), pp. 182, ss.

⁶ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA (1997), pp. 135-138 (n.º 325), assim como, do mesmo Autor, o vol. I da referida obra, (2000), pp. 914, ss. (n.º 269-II).

⁷ LUÍS MENEZES LEITÃO (2010), pp. 291, ss., 293.

⁸ JORGE RIBEIRO DE FARIA (1987), p. 404 e nota 2.

⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (2017), pp. 425, ss., 434.

¹⁰ Cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (2009), pp. 284, ss., e 290, ss.

como limites de validade o *dolo* e a *culpa grave*, além dos limites gerais ao exercício da autonomia privada¹¹.

6. Dizemos «em princípio» porque há um *regime especial*, mais gravoso, para situações em que tais cláusulas são proibidas *independentemente do grau de culpa do devedor*.

Trata-se de situações especiais a exigirem a *inadmissibilidade total* de cláusulas de exclusão de responsabilidade. É o que se passa, por exemplo, com a responsabilidade do transportador pelos acidentes que atinjam a pessoa transportada (n.º 4 do art. 504.º do Código Civil) e com a responsabilidade do produtor pelos defeitos dos produtos que põe em circulação (art. 10.º do Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de Novembro).

Mas para além dos casos em que é a lei a fixar - directa e expressamente - este regime especial, o mesmo acontece quando este regime especial resulta de *princípios e regras imperativas da ordem jurídica, como os da boa fé e da ordem pública*. Também já o afirmamos desde 1985:

«Dissemos já que além do controlo específico exercido pelos limites do dolo e culpa grave (do devedor ou dos seus auxiliares dependentes), a cláusula de irresponsabilidade estará igualmente sujeita aos *limites gerais de qualquer actuação negocial*, designadamente aos que decorrem dos princípios da *boa fé e da ordem pública*, os quais poderão obstar, atentas as circunstâncias concretas, à produção dos efeitos visados pela referida cláusula.

Mas o princípio da ordem pública justificará, mesmo, soluções mais exigentes e seguras, impondo-se a nulidade de plano - ou seja, a *inadmissibilidade* pura e simples - de cláusulas de irresponsabilidade, em certas áreas, por consideração dos valores susceptíveis de serem atingidos.»¹²

Pode afirmar-se que esta é uma posição que vigora praticamente *urbi et orbi*, umas vezes por expressa determinação da *lei*, outras vezes

¹¹ Para maiores desenvolvimentos cfr. a nossa dissertação, *op. cit.*, pp. 182, ss., especialmente a «*Nota de Actualização*», pp. 332-a, ss., ou a referida *Anotação* na RLJ n.º 3956, pp. 304, ss., onde se apresenta um resumo dos argumentos em que assenta a nossa posição.

¹² ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (1985), pp. 304-305.

por equiparação *jurisprudencial* da culpa grave ao dolo, em conformidade com o velho adágio de que *culpa lata dolo aequiparatur* (apesar de já por muitos posto em causa...)¹³.

É assim também em Portugal. Na verdade, quando a lei regula expressamente as cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade, *ou as proíbe em absoluto*, seja qual for o grau de culpa do devedor [assim, por ex., no art. 504.º, n.º 4, do Código Civil, tal como no art. 10.º do Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de Novembro, e no art. 18.º, alíneas *a*) e *b*), do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro], ou limita a sua validade a casos de culpa leve, *proibindo-as em casos de dolo, de culpa grave* [assim, por ex., no art. 18.º, alíneas *c*) e *d*), do citado Decreto-Lei n.º 446/85] e de violação de normas de *ordem pública* (n.º 2 do art. 800.º do Código Civil).

É esta, em suma, estamos em crer, a posição hoje dominante em Portugal, na doutrina e na jurisprudência, admitindo a validade de princípio das cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade, mas entendendo que estas cláusulas são *nulas* tanto em caso de *dolo* ou de *culpa grave* - por força, designadamente, do disposto no art. 809.º do Código Civil e no art. 18.º, alíneas *c*) e *d*), do Decreto-Lei n.º 446/85 -, como em caso de ofensa a *princípios e regras imperativas* da ordem jurídica, como a da proibição de acordos contrários à *boa fé*, à *ordem pública* ou aos *bons costumes* (arts. 280.º e 762.º do Código Civil)¹⁴.

¹³ Cfr., a propósito, PAULO MOTA PINTO (2023), pp. 955, ss.

¹⁴ Na doutrina, entre outros, CARLOS MOTA PINTO (1985), pp. 591-596 (n.ºs 194 e 195), correspondentes, na 4.ª ed., de 2005, às pp. 599-604 (n.ºs 200 e 201); M. J. ALMEIDA COSTA (2009), pp. 789, ss. [n.º 65.5, *c*)]; JOÃO CALVÃO DA SILVA (1990), p. 208, nota 3, e, mais recentemente, também em JOÃO CALVÃO DA SILVA (2007), pp. 182-183, chamando o Autor a atenção, tal como nós já o havíamos feito, para que «a proibição de cláusulas de exclusão ou limitação por incumprimento (*lato sensu*) apenas em caso de dolo ou culpa grave [als. *c*) e *d*) do art. 18.º] [do DL n.º 446/85] [...] é aplicável, por maioria de razão, nos contratos negociados», sob pena de termos «uma incoerência grave dentro do sistema jurídico português» [recorde-se, justamente, já em 1986, o nosso ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (1986), pp. 756-759]; PEDRO R. MARTINEZ (1994), pp. 502-506 [n.º 5, *b*)]; JOAQUIM SOUSA RIBEIRO (1992), p. 23, nota 33; NUNO PINTO OLIVEIRA (2005), p. 33; PAULO MOTA PINTO (2018), pp. 30 e ss.; e MAFALDA MIRANDA BARBOSA (2017), pp. 421, ss. Quanto à jurisprudência, cfr. o Acórdão do STJ de 19 de Março de 1992 (RLJ, ano 138.º, n.º 3956, pp. 284, ss.), o Acórdão n.º 153/90, de 3 de Maio, do Tribunal Constitucional (na mesma Revista, pp. 297, ss.), e o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de Novembro de 2007, além de outros, tanto

Resta acrescentar que o regime é o *mesmo* quando se trata de cláusulas limitativas ou de exclusão de responsabilidade *extracontratual*¹⁵.

7. Em suma e para concluir, *sim*, a responsabilidade civil deve considerar-se *acessível* à autonomia privada, desde que no respeito pelos *limites imperativos* com que a ordem jurídica reconhece este princípio, traduzidos, designadamente, no capítulo das cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil, nos limites do *dolo*, da *culpa grave* e da *ordem pública*.

Bibliografia

- BARBOSA, Mafalda Miranda, «As cláusulas de limitação e exclusão da responsabilidade extracontratual - limites de validade», *Scientia Iuridica*, tomo LXVI, 2017.
- CAMPOS, Diogo Leite de, «Tempo, pessoa e agregado na relação jurídica», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 72-I, Lisboa, 2012.
- CARVALHO, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil, s.n.*, Coimbra, 1981.
- COELHO, Francisco Pereira, “O nexos de causalidade na responsabilidade civil” , *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 9, Coimbra, 1950.
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil, IX, Direito das Obrigações, cumprimento e não cumprimento, transmissão, modificação e extinção*, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2017.
- COSTA, M. J. Almeida, *Direito das Obrigações*, 12.^a ed., Almedina, Coimbra, 2009.
- FARIA, Jorge Ribeiro de, *Direito das Obrigações*, vol. II, Livraria Almedina, Coimbra, 1987.
- LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. II, 7.^a ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2010.
- LIMA, Pires de / VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, II,
- MARTINEZ, Pedro R., *Cumprimento Defeituoso em especial na Compra e Venda e na Empreitada*, Almedina, Coimbra, 1994.
- MONTEIRO, António Pinto, «As cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade sob o olhar da jurisprudência portuguesa recente. Anotação ao

do STJ (de 24/5/2007), como da mesma Relação (de 17/7/2008 e de 14/3/1996), na nossa Anotação, cit., RLJ n.º 3956.

¹⁵ Pode ver-se a nossa tese sobre *Cláusulas Limitativas e de Exclusão da Responsabilidade Civil*, cit., pp. 391, ss., esp. 405, ss., onde desfazemos equívocos e confusões que frequentemente estas cláusulas suscitam.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Março de 2002», *RLJ*, ano 138.º, n.º 3956, 2009.

MONTEIRO, António Pinto, «Contratos de adesão», *ROA*, ano 46, 1986.

MONTEIRO, António Pinto, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil, s.n.*, Coimbra, 1985 (3.ª reimp. 2020).

OLIVEIRA, Nuno Pinto, *Cláusulas Acessórias ao Contrato. Cláusulas de exclusão e limitação do dever de indemnizar e cláusulas penais*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2005.

PINTO, Carlos Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1985.

PINTO, Paulo Mota, «Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade por condutas não dolosas do devedor», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Pinto Monteiro*, vol. I, *Direito Civil*, Filipe Cassiano dos Santos et alii (org.), *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, *Studia Ivridica*, Ad Honorem, Instituto Jurídico, Coimbra, 2023.

PINTO, Paulo Mota, «Ónus da prova da culpa do devedor que beneficia de cláusula de exclusão ou de limitação de responsabilidade», *RLJ*, ano 148.º, n.º 4012, 2018.

RIBEIRO, Joaquim Sousa, *Responsabilidade e Garantia em Cláusulas Contratuais Gerais*, s.n., Coimbra, 1992.

SILVA, João Calvão da, *Banca, Bolsa e Seguros. Direito Europeu e Português*, tomo I, *Parte Geral*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007.

SILVA, João Calvão da, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Almedina, Coimbra, 1990.

VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.ª ed., Almedina, Coimbra, 2000.

VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 7.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1997.

Jurisprudência

Acórdão do STJ de 19 de Março de 1992

Acórdão n.º 153/90, de 3 de Maio, do Tribunal Constitucional

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de Novembro de 2007

O contrato e a sua interpretação

MAFALDA MIRANDA BARBOSA*

1. Formulação do problema

O contrato é visto, tradicionalmente, como um instrumento privilegiado de exercício da autonomia privada. Regido por um princípio de liberdade contratual, a categoria apresenta uma estreita ligação 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»¹.

O encontro de vontades garantiria a justeza do acordo estabelecido, porque se presumia que, se as partes chegavam a um consenso, seria porque os efeitos do contrato estariam 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.

Com a passagem de um Estado de Direito Liberal para um Estado de Direito Social, a problemática do contrato não ficaria intocável².

* 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. Professora Catedrática

¹ PINTO (2020), p. 109. Cf., ainda, nessa obra, pp. 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 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».

² Sobre o impacto que as alterações económicas, políticas e sociais tiveram ao nível do desenho contratual e da sua disciplina jurídica, v., *inter alios*, GOMES (1980), p. 81 s., e SAVATIER (1964), p. 26 s., e BRITTA (1979), p. 123 s.

A pressuposta igualdade formal, que acabava por se confundir com a 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 acordo³. 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, 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.

Simultaneamente, o pensamento jurídico trouxe à epifania a ideia de pessoa, em oposição à de indivíduo. 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 outro⁴. Exatamente porque a nota da inserção

³ RIBEIRO (1999), p. 99. A este propósito veja-se, igualmente, o que nos diz SOUSA (2003), p. 51, nota 90.

⁴ Note-se que, numa perspetiva identificada por Sousa Ribeiro como ordoliberal, 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 assumira 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. RIBEIRO (1999), p. 183 s., onde igualmente podemos encontrar uma

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 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 descuidar os limites da liberdade individual necessários para corrigir as profundas e frequentes desigualdades substanciais entre os contraentes [...]»⁵. 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»⁶.

Mas a materialização do direito com apelo à ideia de pessoa (livre e responsável) projeta-se ao nível dogmático, não deixando incólumes as soluções dos diversos problemas que possam emergir a propósito do contrato. Tal influência justifica-se quer por força do fundamento último da juridicidade a que fazemos apelo - a dita pessoa, ainda que na veste

crítica a esta perspetiva. Embora meritória esta visão institucional da liberdade contratual, cremos que ela ainda deixa na sombra algumas das notas predicativas da personalidade que, em texto, procuraremos sublinhar na sua relação com o contrato.

⁵ VARELA (2003), pp. 230-231, nota 5.

⁶ VARELA (2003), pp. 230-231, nota 5.

de contraente -, quer por força da pressuposição metodológica que se mostra consentânea com o modo de ser do direito.

Não procuraremos, neste trabalho, analisar as diversas limitações que são impostas, ao nível contratual, pelo legislador. Intentaremos, antes, indagar a influência dogmática que a aludida materialização do direito dos contratos tem. Para tanto, prestaremos atenção ao um problema central do direito contratual: *a interpretação do contrato*.

Assim, depois de explicitarmos como deve ser compreendida a categoria com que se lida, teceremos considerações sobre a interpretação, evidenciando as pontes comunicantes entre esta e a integração e concluindo que a partir da conjugação de elementos volitivos e normativos chegamos a uma concreta repartição do risco. Analisados alguns aspetos relativos a essa alocação negocial do risco, estaremos, *in fine*, em condições de perceber se a recompreensão do contrato à luz do sentido do contraente-pessoa, orientado pelas exigências ditadas pela boa-fé, nos faz, ou não, abandonar o campo da autonomia para caminharmos para o domínio da heteronomia. O problema é consentâneo com uma das questões centrais do direito contratual, qual seja o de saber se a vinculatividade dos contratos resulta da autonomia privada ou na justiça que ela expressa ou numa ideia de confiança que dela se retira⁷.

2. A relevância jurídica do contrato

O negócio jurídico, enquanto categoria autónoma, sistematicamente pensada, é algo recente, que devemos à Pandectística alemã⁸. Entre nós, foi tratada primeiramente por Guilherme Moreira⁹. De então até agora, várias têm sido as perspetivas com que a mesma foi captada. Tal evolução acompanhou, em rigor, o desenvolvimento que o conceito

⁷ Colocando esse mesmo problema e considerando que ele é um dos pontos centrais da teoria dos contratos, cf. FRADA (2015), p. 15.

⁸ 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 COELHO (1988), pp. 233-296.

⁹ MOREIRA (1907), p. 387 s. Acerca desta evolução, cf. CORDEIRO (2021), p. 64 s., dando conta da reação adversa com que parte da doutrina recebeu a categoria. Para uma dessas reações, veja-se TAVARES (1929), p. 72 s.

de negócio jurídico conheceu além-fronteiras, fruto de teorias várias e da influência de diferentes racionalidades e pressuposições axiológicas.

Num primeiro momento, o negócio jurídico é entendido à luz da teoria da vontade ou dogma da vontade. Savigny definia-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 jurídica¹⁰. 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 colocava era 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 em causa eram os efeitos jurídicos. Entendia-se, na verdade, que os efeitos produzidos e determinados por lei seriam exatamente correspondentes ao conteúdo da vontade das partes¹¹.

A teoria dos efeitos jurídicos não poderia, contudo, 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 desencadeariam¹². Mas, 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 associadas¹³.

Numa tentativa de superação destas dificuldades, alguns autores propõem uma compreensão do negócio jurídico centrada, exatamente, na produção de tais efeitos práticos. A vontade seria dirigida a estes e não aos efeitos jurídicos que lhe seriam associados¹⁴. Simplesmente, também esta perspetiva não é imune a críticas. Designadamente,

¹⁰ SAVIGNY (1973), p. 98 s.

¹¹ Cf. REGELSBERGER (1893), p. 489. Para uma análise aprofundada das posições aqui citadas, cf. CORDEIRO (2021), p. 47 s.

¹² CORDEIRO (2021), pp. 49 e 54 s.; PINTO (2020), p. 380.

¹³ ENNECCERUS (1889), p. 18 s.

¹⁴ LOTMAR (1875), p. 6 s.; MENDES (1995), p. 98 s.; FERNANDES (2017), p. 43 s.

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»¹⁵; já os segundos são «combinações sobre matéria que normalmente é objeto de negócios jurídicos, mas que estão desprovidas da intenção de criar negócios jurídicos»¹⁶. 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 seguir¹⁷. 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 obter¹⁸.

Nessa medida, autores como Larenz¹⁹, na Alemanha, ou como Manuel de Andrade²⁰, Mota Pinto²¹, Orlando de Carvalho²², entre nós, sustentam que os sujeitos que são 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 vinculatividade decorrente do exercício da liberdade que se invoca. Mas, como explica Oliveira Ascensão, «as partes devem pretender os efeitos práticos, uma

¹⁵ PINTO (2020), p. 382 s.

¹⁶ PINTO (2020), p. 382 s.

¹⁷ ASCENSÃO (2003), p. 71.

¹⁸ ASCENSÃO (2003), p. 71, falando dos negócios fiduciários.

¹⁹ LARENZ / WOLF (2004), p. 438 s.

²⁰ ANDRADE (1960), p. 130 s.

²¹ PINTO (2020), p. 381 s.

²² CARVALHO (1952), p. 21 s.

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 [...]»²³. Para o autor, a vontade deveria dirigir-se à pretensão de que o negócio tivesse valia jurídica²⁴.

E, em rigor, ela parece não permitir explicar todas as soluções predispostas pelo ordenamento jurídico, por um lado, nem, por outro lado, 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 quebra 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 lhes 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 declarante²⁵. 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 sujeitos - vir

²³ ASCENSÃO (2003), p. 72.

²⁴ ASCENSÃO (2003), p. 72.

²⁵ CORDEIRO (2021), p. 803 s.

descharacterizar a força negocial de um acordo que o legislador, inclusive, 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 jurídico²⁶, poucos são os estudos que existem entre nós exclusivamente sobre estas questões. Exceção feita ao trabalho de Júlio Gomes e António Frada de Sousa²⁷, 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 ordem²⁸. 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 das relações sociais²⁹. 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,

²⁶ Cf. PINTO (2020), p. 382 s.; ANDRADE (1960), p. 31 s.; ASCENSÃO (2003), p. 74 s.; FERNANDES (1993), p. 63 s.; HÖRSTER / SILVA (2024), p. 419 s.

²⁷ GOMES / SOUSA (2002), p. 693 s.

²⁸ Cf. PANUCCIO (1988), p. 4 s.

²⁹ GOMES / SOUSA (2002), p. 865.

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»³⁰.

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 amigo³¹. 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; carácter solidário e gratuito vs. carácter 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 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 vinculação³². Para as posições subjetivistas, o elemento

³⁰ GOMES / SOUSA (2002), p. 865.

³¹ GOMES / SOUSA (2002), p. 867.

³² Para uma sùmula destes postulados, cf. GOMES / SOUSA (2002), p. 875 s.

determinante seria a vontade de vinculação, ou seja, a intenção de produzir determinados efeitos práticos com o fito de que fossem 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 através 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»³³, com forte inspiração kelsiana e da doutrina da estrutura escalonada da ordem jurídica.

Kelsen vem, de facto, sustentar - a partir da sua fundamentação da juridicidade na *Grundnorm*³⁴ - 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 de tal tarefa³⁵. Pelo que, uma

³³ CORDEIRO (2021), p. 54 s. Seria esta a concepção perfilhada por BETTI (1943), p. 44 s.; e, entre nós, por MARQUES (1959), p. 27 s., e, tendencialmente, por ASCENSÃO (2003), p. 73 s.

³⁴ Cf. KELSEN (1976), p. 9 s.

³⁵ Cf. KELSEN (1976), p. 349. Cultor do positivismo jurídico [cf. KELSEN (1976) e (1953), p. 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. KELSEN (1953), p. 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

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 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 derramados³⁶.

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

impostação kelsiana da ciência jurídica pura, cf. LARENZ (1997), pp. 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».

³⁶ CORDEIRO (2021), p. 55 s.

numa norma fundamental, «cuja validade objetiva é pressuposta 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 pressuposta que constitui o valor da justiça»³⁷. Cabendo à ciência «analisar as normas que os homens efetivamente considerem como válidas quando valorem algo como justo», acaba por negar uma ordem valorativa pressuposta 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»³⁸.

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 pressuposição do justo³⁹. A segunda posição é, para Kelsen, a única compatível com o relativismo 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.

³⁷ KELSEN (2001), p. 51 s.

³⁸ KELSEN (2001), p. 53.

³⁹ KELSEN (2001), p. 99.

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 transformá-la numa mera estrutura formal, acaba por prescindir do sentido axiológico de que recusamos abdicar⁴⁰.

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 do direito que olharia para o Estado - e o legislador - como o único criador do Direito⁴¹.

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 autonomia deve ser exercitada⁴². 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.

⁴⁰ Para uma crítica ao pensamento de Kelsen, cf. NEVES (1967), p. 619 s.

⁴¹ 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, ASCENSÃO (2003), p. 66 s.

⁴² Veja-se, a este propósito, ASCENSÃO (2003), p. 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.

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 percetivo, isto é, se implicar necessariamente a criação de normas jurídicas⁴³. 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 privada⁴⁴, 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 indicados pelas partes através das suas declarações⁴⁵.

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 imperativas⁴⁶. 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 próprio⁴⁷.

Não podemos aderir sem cautelas à posição de Menezes Cordeiro. O negócio jurídico estará presente mesmo quando não haja liberdade de estipulação e de celebração⁴⁸. 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

⁴³ ASCENSÃO (2003), p. 74.

⁴⁴ No mesmo sentido, ASCENSÃO (2003), p. 63.

⁴⁵ CORDEIRO (2021), p. 56 s.

⁴⁶ CORDEIRO (2021), p. 56.

⁴⁷ CORDEIRO (2021), p. 56.

⁴⁸ Sobre a questão, veja-se o posicionamento de ASCENSÃO (2003), p. 70, distinguindo a autonomia percetiva e não percetiva 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.

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 conformada⁴⁹. 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 jurídico⁵⁰. Aspeto, aliás, fundamental para se perceber a importância que, em sede 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-fé⁵¹. Ou seja, o contrato vincula

⁴⁹ Sobre o ponto, cf. ASCENSÃO (2003), p. 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».

⁵⁰ Admitindo-o, cf. também CORDEIRO (2021), p. 57.

⁵¹ A este propósito, em sentido inverso, cf. ALMEIDA (1992).

por ser expressão de uma vontade, mas de uma vontade que exprime um sentido de justiça e de onde se retira uma ideia de confiança⁵².

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 normativizada 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 pessoalidade 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 sobrelevá-las em importância atentos os valores em jogo⁵³.

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. Para esses efeitos, podemos assim assumir como boa a perspectiva que define o negócio jurídico como o facto jurídico voluntário ou ato jurídico⁵⁴, cujo núcleo essencial é integrado por uma ou mais declarações

⁵² Novamente, mas agora com a antecipação de uma resposta à questão do autor, FRADA (2015), p. 15 s.

⁵³ A este propósito, cf. a posição de ASCENSÃO (2003), pp. 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. Já poderá ser relevante ter consciência de que estas dimensões se articulam simbioticamente.

⁵⁴ 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. ASCENSÃO (2003), p. 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,

negociais tendentes à produção de certos efeitos que se pretende que sejam juridicamente vinculantes⁵⁵, e que o ordenamento jurídico tutelará em nome de uma autonomia ético-axiologicamente conformada, que está na base do mecanismo, e da confiança normativizada pela boa-fé⁵⁶. Repare-se, contudo, que isto não apaga a ideia de que, a partir dessa manifestação de vontades axiologicamente conformadas, resulta uma concreta regulação objetiva, à qual não podemos deixar de estar atentos quando nos debruçamos sobre o problema da interpretação do contrato.

3. A interpretação do negócio jurídico

3.1. Considerações genéricas

De facto, o modo como compreendemos o negócio jurídico não pode deixar de derramar a sua influência na forma como entendemos o problema da interpretação do negócio jurídico.

O artigo 236.º/1 CC consagra a teoria da impressão do destinatário. De acordo com o preceito, a declaração tem o sentido que lhe teria atribuído um declaratário normal, colocado na posição do real declaratário. Releva, portanto, o sentido que seria dado por uma

seja oferecê-las depois». Este dado acaba por ser particularmente importante para compreendermos algumas distinções no seio dos negócios jurídicos.

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. BARBOSA (2013).

⁵⁵ Cf. PINTO (2020), p. 379; ANDRADE (1960), p. 14 s.

⁵⁶ O que pode ser 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 jurídico); já no caso dos simples atos jurídicos, a vontade apenas é genética, não interferindo na conformação dos efeitos. A nota é, por isso, tendencial.

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 declaratório⁵⁷. Tem-se em conta, consoante explica Mota Pinto, aquilo que o declaratório conhecia e aquilo que ele deveria conhecer⁵⁸.

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 o sentido que ele próprio devia considerar acessível à compreensão dela»⁵⁹.

A exigência de imputabilidade – como requisito para que um sentido não correspondente à vontade real possa ser atribuído à declaração –

⁵⁷ O padrão é o do homem médio, do *bonus pater familias* – cf. ANDRADE (1960), p. 311; PINTO (2020), p. 444; CORDEIRO (2021), p. 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» – CORDEIRO (2021), pp. 727-728.

⁵⁸ PINTO (2020), p. 444 s. Veja-se, ainda, a este propósito, CORDEIRO (2021), p. 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. ANDRADE (1960), p. 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).

⁵⁹ CORREIA (2001), p. 200.

parece remontar ao pensamento de Larenz⁶⁰. 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 negocial⁶¹.

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»⁶², 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 no sector 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 declaração⁶³.

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.º1 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

⁶⁰ LARENZ (1966), p. 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.

⁶¹ LARENZ / WOLF (2004), p. 540 s. Sobre o ponto, cf. CORDEIRO (2021), p. 731, considerando 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.

⁶² CORDEIRO (2021), p. 731.

⁶³ CORDEIRO (2021), p. 732. O autor revê, assim, a sua posição anterior - cf. CORDEIRO (2007), p. 763, onde apenas considerava relevantes as hipóteses de erro evidente, incapacidade acidental ou falta de consciência da declaração.

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»⁶⁴.

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 declaratório; c) ou houve alguma inconfidência e o declaratório soube, por terceiros ou por caminhos desviados, quais as verdadeiras intenções do declarante»⁶⁵.

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 «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»⁶⁶.

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,

⁶⁴ PINTO (2020), p. 445. Veja-se, ainda, ANDRADE (1960), p. 312, considerando que se o declaratório, 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.

⁶⁵ CORDEIRO (2021), p. 735.

⁶⁶ CORDEIRO (2021), p. 735.

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»⁶⁷. 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.

Por seu turno, 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 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, assume importância extrema.

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

⁶⁷ CORDEIRO (2021), p. 735.

consistente, ou porque choque com os ditos princípios normativos ou outras soluções imperativas, ou porque seja imperceptível, 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 lembrar 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 interpretativas⁶⁸.

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 CC⁶⁹.

3.2. O sentido normativo-problemático da interpretação do contrato

O que assim fica dito permite-nos perceber que, através da interpretação das declarações negociais, não nos limitamos a descobrir um sentido hermenêutico. Com a interpretação pretendemos determinar o sentido juridicamente relevante do negócio jurídico⁷⁰. Como nos diz Castanheira Neves, «o negócio jurídico põe-nos mediante uma juridicidade concreta e concretamente constituída»⁷¹, pelo que importa determinar o sentido normativo das declarações de vontade dos contraentes quando celebram um negócio jurídico, dado que são elas que nos vão oferecer a

⁶⁸ Cf. CORDEIRO (2021), p. 743, considerando que, de outro modo, haveria um atentado à autonomia das partes.

⁶⁹ CORDEIRO (2021), p. 742.

⁷⁰ CORDEIRO (2021), p. 676. Veja-se, também, REI (2010); JÚNIOR (1988); CORREIA (2001), p. 155 s.; FRADA (2015), p. 15 s.

⁷¹ NEVES (1967), p. 328 s.

concreta disciplina jurídica aplicável, na medida em que se considera o conteúdo do acordo das partes o primeiro nível regulativo do contrato.

O sentido regulativo extraído da interpretação das declarações negociais é reforçado quando pensamos que, num contrato, porque estão em causa duas declarações negociais e cada um dos contraentes é simultaneamente declarante e declaratório, a impressão do destinatário nos tem de conduzir à descoberta da intencionalidade comum às partes. Da interpretação do contrato resulta necessariamente a descoberta da intencionalidade e o desenho do interesse contratual⁷². Se o negócio jurídico é um ato de vontade que se exprime em termos declarativos, dele resulta, enquanto contrato, uma regulamentação que se tem de ordenar em função dos princípios normativos do sistema, e é exatamente esse conteúdo do negócio que, tendo de ser descoberto, nos leva também a concluir que a interpretação não se pode reduzir a um exercício hermenêutico, ainda que orientado por critérios que, em si mesmo, já contêm um específico sentido de justiça, como são os que resultam dos artigos 236.º e seguintes CC.

⁷² Evidenciando que a bilateralidade do negócio em que se traduz o contrato implica algumas especificidades ao nível da interpretação, de tal modo que «constitui máxima comum de interpretação a de que qualquer elemento de um conjunto mais amplo de disposições deve ser interpretado como uma parte do acordo comum (regra de globalidade)», cf. PIRES (2020), p. 89. Mais acrescenta a autora que «uma outra regra com aceitação comum é a de que, em caso de dúvida, se deve presumir que as partes visaram o sentido racional e pretendiram celebrar um contrato dotado de coerência interna (regra de racionalidade e coerência)». Sobre o ponto, v., igualmente, ASCENSÃO (2003), p. 184; CORDEIRO (2021), p. 741; FRADA (2015), p. 13 s. O último autor citado, mais do que vincar as especificidades que resultam da bilateralidade, sublinha que a interpretação do contrato corresponde a uma tarefa que visa a resolução de problemas e que se insere no âmbito mais geral da interpretação do direito, o que é desconsiderado pelo positivismo legalista e pela interpretação exegética do disposto nos artigos 236.º e seguintes do Código Civil. Nas suas palavras, numa perspetiva a que voltaremos *infra* e que já havíamos defendido em BARBOSA (2006), p. 367 s., «a interpretação da declaração negocial (e do negócio) visa a resolução de um problema prático. Não são, pois, os enunciados semânticos, exegeticamente apurados, que abrem as portas a essa resolução» e acrescentando (p. 19) que, se na interpretação haveremos de atender aos interesses das partes, «esses interesses não têm a última palavra. A função ou o fim egoístico do contrato para cada uma das partes, a maximização do respetivo proveito ou poder [...] sujeitam-se a um controlo de razoabilidade estando em causa um contrato e, conseqüentemente, a uma harmonização dos interesses de ambas as partes», ou seja, «a estrutura relacional do contrato implica na interpretação a busca do justo meio».

Por outro lado, se a reconstituição do sentido correspondente à impressão do destinatário nos impõe a consideração de diversos fatores ou elementos, entre os quais os elementos sistemáticos ou os elementos jurídicos extranegociais, então, ainda que os autores contestem a sua «inclusão nos modelos de decisão que, no final, irão ditar o regime do negócio»⁷³, somos levados a concluir que a interpretação negocial não pode prescindir da remissão do acordo para o ordenamento jurídico em que se insere e, mais especificamente, para os princípios normativos, entre os quais avulta, pela sua importância a este nível, a boa-fé.

O problema da interpretação parece, assim, extravasar a questão que é decidida ao nível do artigo 236.º CC, sendo mais complexo e amplo do que uma tarefa de simples determinação do sentido com que deve valer a declaração negocial, orientada pelo sentido volitivo objetivamente comunicado. Assim, nunca conseguiremos compreender 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, 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 normativizada pela boa-fé⁷⁴. 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

⁷³ 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 CORDEIRO (2021), pp. 727 e 715 s.

⁷⁴ Para mais desenvolvimentos, ver NEVES (1967), pp. 335 e 336 e 331, nota 4.

insere⁷⁵. Mais do que isso: será extrair uma específica solução para um concreto problema juridicamente relevante, exigindo-se a compreensão articulada com o sistema normativo, pelo que nunca será bastante a descoberta do sentido exegético de uma ou várias declarações.

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 juridicamente mais justa daquele conflito de interesses manifestado na pluralidade de sentidos possíveis»⁷⁶.

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 do que um problema hermenêutico⁷⁷.

⁷⁵ Cf. NEVES (1967), p. 340. No sentido exposto em texto, cf. FRADA (2015), p. 14.

⁷⁶ NEVES (1967), p. 341.

⁷⁷ No mesmo sentido, embora afirmando igualmente que o sentido que se atribui à declaração não é meramente normativo, mas também casuístico, veja-se SOUSA (1990), pp. 281 e 282. Aí podemos ler, a propósito do artigo 236.º CC, 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 tráfego 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

Repare-se, aliás, que só a referência ao sistema torna viáveis soluções como as que resultam de uma possível redução ou conversão do negócio jurídico. É certo que, nestas hipóteses, ultrapassamos o âmbito de relevância de uma simples interpretação do contrato. Mas, em rigor, o que sucede é, tentando salvaguardar ao máximo os efeitos do negócio, estender para além do declarado a intencionalidade subjacente ao contrato. Na verdade, em qualquer dos casos, é a vontade hipotético-conjetural das partes que garante a necessária ligação à auto-determinação dos contraentes, ainda que com diferenças assinaláveis (no caso da redução, porque se parte de uma ideia de divisibilidade do negócio e de salvaguarda dos seus efeitos, a vontade hipotético-conjetural deve ser provada por aquele que se quer opor à solução; no caso da conversão, a dita vontade hipotético-conjetural tem de ser provada para que ela tenha lugar⁷⁸).

E se fundamentamente admitimos que é a vontade hipotético-conjetural que viabiliza certas soluções, numa dinâmica que o contrato faz, a partir da intencionalidade por si desenhada e da distribuição do risco por si operada, emergir, importa não esquecer que existem hipóteses de redução e conversão obrigatórias, ou seja, nas quais a ligação ao ordenamento jurídico onde as partes se manifestaram e se poderiam ter manifestado de outro modo se torna mais evidente.

No fundo, o contraente que se opuser à redução tem de 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

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, NEVES (1967), p. 340 s.

⁷⁸ TELLES (1953), p. 1 s.; SERRA (1970), pp. 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 «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». Para o autor, 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, CORREIA (1948), pp. 360-389.

negócio se mantenha»⁷⁹. 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 problemática⁸⁰.

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*)»⁸¹. 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 consumidor⁸².

Já ao nível da *conversão*⁸³, prevista no artigo 293.º CC, questiona-se se, uma vez declarado nulo o negócio (ou considerado o negócio ineficaz⁸⁴), 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»⁸⁵. Trata-se, aqui, 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»⁸⁶.

⁷⁹ PINTO (2020), p. 637.

⁸⁰ Nesse sentido, cf. PINTO (2020), p. 637, e CORDEIRO (2021), p. 948.

⁸¹ PINTO (2020), p. 636.

⁸² PINTO (2020), pp. 638-9.

⁸³ Vide FERNANDES (1993).

⁸⁴ 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, CORREIA (1948), pp. 360-389.

⁸⁵ PINTO (2020), p. 639 s. O autor oferece diversos exemplos: «conversão de uma venda de imóveis feita por escrito particular, portanto, 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».

⁸⁶ PINTO (2020), p. 640.

O autor adere, portanto, a uma concepção dualista, que olha para a conversão no sentido da transformação de um primeiro negócio num segundo negócio, através do aproveitamento de alguns elementos daquele⁸⁷. Outra é a perspectiva 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»⁸⁸. 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»⁸⁹, o que nos aponta para hipóteses em que, independentemente da vontade hipotética, a boa-fé pode impor a conversão a que se alude⁹⁰.

A conversão do negócio jurídico pressupõe, portanto, uma interpretação melhorada, que surge paredes meias com uma ideia de integração das lacunas negociais. E se essa interpretação melhorada se admite - por vezes com foros de obrigatoriedade - em casos de invalidade do negócio, parece não poder deixar de se aceitar, igualmente, nas situações em que uma interpretação literal (ainda que consentânea com a impressão do destinatário) conduzisse a uma antinomia com os princípios normativos.

E isto é assim, exatamente porque com a interpretação do contrato o que buscamos é extrair um sentido regulativo que seja conforme com a vontade das partes que não podem deixar de se orientar pela boa-fé.

⁸⁷ CORDEIRO (2021), p. 956.

⁸⁸ CORDEIRO (2021), p. 955.

⁸⁹ CORDEIRO (2021), p. 956.

⁹⁰ PINTO (2020), p. 642.

3.3. A interpretação complementar

Se a interpretação do negócio jurídico só pode ser feita por referência ao quadro normativo em que aquele se inscreve e se é sempre e necessariamente orientada pelos princípios normativos, teremos de concluir que a atividade interpretativa não se distingue verdadeiramente da atividade integrativa. Basta olhar para os critérios para que somos remetidos pelo artigo 239.º CC 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 omissivo, 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, 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 surgir⁹¹. 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 omissivo. Mas o julgador deve afastar-se dessa vontade se contender com as exigências da boa-fé. Na forma impressiva de Rui Alarcão⁹², o

⁹¹ 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 CC. 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.

⁹² ALARCÃO (1959), pp. 340 e 341

que se procura determinar «não é aquilo que as partes teriam querido, mas aquilo que as partes devem querer agora». Ou como refere Menezes Cordeiro⁹³, «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 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 vista como um critério supletivo»⁹⁴.

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»⁹⁵. 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,

⁹³ CORDEIRO (2017), p. 1070, nota 653.

⁹⁴ CORDEIRO (2017), p. 1070, nota 653.

⁹⁵ CORDEIRO (2017), p. 1070, nota 653. Note-se, porém, que para Menezes Cordeiro estamos assim a fugir ao plano da autonomia privada.

constitui o ponto de partida e a perspetiva com base na qual tudo deve ser analisado⁹⁶.

Com o que acabámos de dizer perde nitidez a distinção entre interpretação e integração de lacunas contratuais. Tradicionalmente estaríamos no 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 omissis 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, ainda que descoberta através da reconstrução de um sentido objetivamente compreendido por um contraente médio, colocado na posição do real declaratório.

No processo interpretativo temos de referir o contrato no seu todo ao sistema globalmente considerado, de que ele faz parte, para verificarmos se viola ou não regras imperativas, se viola ou não os ditames da boa-fé, e outros princípios normativos, 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 ir⁹⁷.

Vistas as coisas numa perspetiva mais prática teremos de continuar a concluir pelas dificuldades de distinção entre as duas realidades. A

⁹⁶ PINTO (2020), p. 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».

⁹⁷ NEVES (2011), p. 334.

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 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 senão a mesma realidade que a integração. Se ela implicar uma 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 dispor⁹⁸.

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 direito⁹⁹ 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 CC só são atendíveis se o sistema a que referimos o todo contratual não nos

⁹⁸ CORDEIRO (2017), p. 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».

⁹⁹ Nesse sentido, veja-se NEVES (1967), p. 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».

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 mediação¹⁰⁰. Por outro lado, sabemos que a interpretação de uma norma só é possível por referência ao caso que a mobiliza. Tradicionalmente, a interpretação era feita em abstrato 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 pressuponha 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 acabou 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 analogia¹⁰¹. 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 ver-

¹⁰⁰ Sobre a dicotomia entre realização do direito por mediação da norma e sem mediação da norma, veja-se, por todos, NEVES (1967), p. 351 s.

¹⁰¹ NEVES (1995), p. 337 s.

dadeiramente concluída no momento que tradicionalmente se entendia como sendo a aplicação da norma, pelo que verdadeiramente não se distingue a interpretação da integração de lacunas¹⁰². 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 verdadeiramente está em causa é um problema normativo de interpretação (de interpretação do sistema, onde se inclui também a regulamentação que o poder jurisgénico do contrato fez emergir)¹⁰³.

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. Deve, então,

¹⁰² NEVES (1993), p. 144 s.

¹⁰³ Mostrando uma posição antagónica à que explanamos em texto, cf. ALMEIDA (1992), p. 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. FRADA (2003), p. 71, nota 51. Também Oliveira Ascensão se mostra particularmente crítico relativamente a esta teoria - ASCENSÃO (2003), p. 100. Veja-se, igualmente, FRADA (2015), p. 16, sustentando que, «considerando o tema com a profundidade que ele merece, replicam-se na interpretação do contrato vários pontos versados a propósito da interpretação das leis». 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.

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, subseqüentemente, indagar qual a vontade conjetural das partes. Ao fazê-lo, está a realizar o direito por referência ao caso concreto. Perante este, 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 CC. 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 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 jurídica¹⁰⁴.

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 anteriormente¹⁰⁵. 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 Alarcão¹⁰⁶, 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

¹⁰⁴ Sobre o problema ao nível da realização do direito, veja-se, para maiores desenvolvimentos que aqui não são possíveis, Castanheira Neves, obras citadas, e BRONZE (1994).

¹⁰⁵ Afirmando, também, a superação da dicotomia entre a interpretação e a integração, cf. LARENZ (1963), pp. 737-741.

¹⁰⁶ ALARCÃO (1959), p. 339.

integrativa. Afirma o autor que cabe «ao intérprete decidir se, mesmo fora dele, deverá ter lugar»¹⁰⁷.

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 atuação. Seguindo um exemplo dado por Mota Pinto¹⁰⁸, «se A vende a B 1000 toneladas 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 da celebração 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, significa que em cada um destes casos estamos a desenvolver as potencialidades inerentes ao recorte negocial definido a partir das 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 lacuna¹⁰⁹.

¹⁰⁷ ANDRADE (1960), p. 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».

¹⁰⁸ PINTO (2020), p. 462, nota 1.

¹⁰⁹ Cf. FRADA (2015), p. 16, considerando que «na interpretação do contrato importa procurar as soluções mais adequadas para o conflito de interesses que se instalou perante aquilo que foi pactuado. A justiça, o equilíbrio e a razoabilidade constituem, por conseguinte, um horizonte imprescindível em matéria de interpretação».

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 normativizada pela boa-fé, o que justificará a remissão para o núcleo predicativo dos princípios normativos sustentadores do ordenamento jurídico¹¹⁰.

Consoante explica Carneiro da Frada, «não é possível resolver com êxito o problema da interpretação do contrato desprovidos de uma perspetiva integrada da autonomia privada, do negócio e do contrato; sem uma articulação com outros princípios do direito dos contratos, como o da justiça (ou do equilíbrio) do contrato, o da proteção da confiança ou o da conduta segundo a boa fé»¹¹¹. Ou mais especificamente, «a interpretação encontra-se umbilicalmente ao serviço da autonomia privada. Mas no direito dos contratos, o simples facto de haver necessidade de harmonizar ou coordenar entre si duas autonomias privadas conduz à consideração dos outros princípios»¹¹².

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 contratuais.

¹¹⁰ Não concordamos, por isso, com CANARIS (1984), p. 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 (1987), pp. 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. FRADA (1994), p. 75, onde colhemos importantes referências bibliográficas, bem como relevantes referências ao pensamento de diversos autores.

¹¹¹ FRADA (2015), p. 15.

¹¹² FRADA (2015), p. 15.

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 (não de natureza, mas) 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»¹¹³. 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. Simplesmente, ultrapassa a simples descoberta do sentido declarativo, para se orientar pela compreensão articulada da regulação que (autonomamente) emana do contrato.

O problema da interpretação complementadora foi colocado precipuamente na Alemanha. Em causa estaria um expediente de integração de lacunas contratuais, que não tem em conta a vontade psicológica das partes, mas o que elas haveriam estipulado no momento da celebração do negócio, tendo em conta o sentido da regulamentação e o fim do contrato¹¹⁴, de modo a levar o pensamento do contrato até ao fim¹¹⁵. O limite de operacionalidade seria encontrado na vontade expressa no contrato, que não poderia ser contrariada, exceto se, quando violadora

¹¹³ CORDEIRO (2021), p. 770. Sobre a interpretação complementadora, *vide*, igualmente, LARENZ / WOLF (2004), p. 540 s.

¹¹⁴ Cf., sobre o ponto, HENCKEL (1960), p. 107 s. Considerando que o ponto temporal de referência não deve ser o momento da celebração do negócio, cf. FLUME (1992), p. 326 s. Entre nós, *vide* CORDEIRO (2011), p. 1079; SÁ (2012), p. 435 s. e nota 37.

¹¹⁵ Cf. SÁ (2012), nota 38.

de normas imperativas ou de princípios normativos, fosse afastada ou tivesse de ser remodelada, e no objeto contratual¹¹⁶.

A questão que se colocou, desde sempre, foi a da articulação entre esta interpretação complementadora e o sistema normativo globalmente considerado, com autores a sustentar que ela tem prevalência sobre o direito dispositivo¹¹⁷, por oposição a outros que defendem a prioridade do direito dispositivo, quer porque, sempre que exista uma norma apta a regular a situação, deixaria de ser possível falar de uma lacuna¹¹⁸, quer porque, operando-se uma cisão entre normas dispositivas com um conteúdo que incluía valorações de justiça e normas dispositivas neutras, que apenas contêm uma presunção de vontade das partes¹¹⁹, não se poderia deixar de reconhecer que as primeiras deveriam prevalecer.

Não cremos que, na presença de uma norma dispositiva, possamos arredá-la do horizonte referencial de solução do problema suscitado no âmbito do contrato. Não só isso resulta do disposto no artigo 239.º CC, como o respeito pela dimensão volitiva manifestada no contrato não pode prescindir das valorações do direito dispositivo e da referência aos princípios normativos.

Em suma, uma coisa é pensar no contrato enquanto simples ato de vontade cujo núcleo essencial é integrado por duas (ou mais) declarações negociais e procurar determinar o sentido (moderadamente) objetivo de tais comportamentos declarativos; outra coisa é, pela necessidade de resolver um concreto problema que possa suscitar-se entre as partes, procurar descobrir o sentido e intencionalidade da regulação objetiva intencionada pela autonomia que se exercitou e que não pode deixar de ser a autonomia pessoal (e não individualística e egoística).

Com isto chegamos a algumas conclusões.

Em primeiro lugar, há, de facto, uma linha de continuidade, sem fronteiras estanques, entre a interpretação e a interpretação

¹¹⁶ Cf. EHRICKE (1996), p. 688 s.

¹¹⁷ HENSSLER (1994), p. 104 s. Entre nós, sustentando isso mesmo, v. SÁ (2012), p. 437, embora sublinhando que «as ponderações objetivas da interpretação complementadora não deixarão de levar em conta, quando necessário, as valorações globais do direito dispositivo», embora este só seja aplicável na impossibilidade de recurso a qualquer elemento volitivo.

¹¹⁸ EHRICKE (1996), p. 679 s.

¹¹⁹ Cf. BUCHER (1997), pp. 256 s. e 269 s. Entre nós, dando conta disso mesmo, cf. SÁ (2012), p. 437.

complementadora. Quer ao nível da interpretação, quer ao nível da integração, do que se trata é de determinar o sentido regulatório emanado pelo contrato e, como tal, a solução juridicamente mais justa para o eventual conflito de interesses que possa suscitar-se no âmbito da sua execução. Se o contrato cria, enquanto instrumento de autonomia, uma normatividade própria, ela há de integrar-se no ordenamento mais amplo e, portanto, a autonomia de que se cura não pode deixar de ser a autonomia da pessoa responsável na veste de contraente, e, como tal, orientada pela boa-fé. Como ensinava Oliveira Ascensão, a ideia não é tanto a de limitar a autonomia, mas a de integrá-la compreensivamente no todo em que se move, o que só se torna possível na pressuposição dos princípios normativos. Por isso, mesmo na ausência de uma lacuna, a interpretação pode e deve ser melhorada no sentido da adequação do sentido correspondente à impressão do destinatário ao sentido da juridicidade.

Assim, se A vendeu a B uma empresa cujo objeto é a produção e comercialização de dispositivos móveis de comunicação e, em virtude da escassez de *chips* essenciais ao fabrico do produto no mercado, acordam que o preço seria pago em quatro tranches cujo montante e momento de vencimento seriam determinados em função das margens de lucro que fossem sendo apuradas, não seria possível interpretar a cláusula relativa ao pagamento no sentido da condicionalidade, com o argumento de que, caso não se realizassem quaisquer vendas, não seria exigível o pagamento do preço, se com isso se alterasse totalmente o sentido da sinalagmaticidade, designadamente por o montante total do preço continuar a ser definido *a priori*, e se deixasse na total dependência do devedor a verificação do evento condicionante. Ou seja, não seria possível afastar uma obrigação de produção e de comercialização da qual dependeria não a obrigação de pagamento do preço, mas o modo como este seria pago, porque tal atentaria diretamente contra a boa-fé, pelo que, mesmo na ausência de uma lacuna, a interpretação do contrato deveria ser conformada por aquele princípio maior na seara negocial.

Situação diferente seria aquela em que o montante global do preço ficaria dependente dos níveis de vendas, porque, numa hipótese como essa, o risco contratual seria repartido entre os dois contraentes, assumindo-se um esquema negocial parciário, por o preço se estabelecer em termos proporcionais. Na verdade, em muitos contratos de compra

e venda de empresas apõe-se uma cláusula de comunhão nos lucros sociais, ou seja, nos termos da qual o preço é estabelecido por referência aos lucros gerados pela empresa alienada durante um certo período de tempo¹²⁰, sem que, contudo, a boa-fé fique arredada e, portanto, sem que se afaste um dever de diligência por parte do contraente parciário no sentido de promover a atividade parciária.

Podemos, por isso, concluir que a autonomia funciona como travessa na modelação contratual, mas só e apenas até ao limite em que surge como uma autonomia (pessoal e não individual) conformada com os princípios normativos, designadamente o princípio da boa-fé. E, se assim é, então a interpretação que se faça do contrato - porque o ordenamento jurídico nos convida a salvaguardar ao máximo os efeitos negociais e porque o ordenamento jurídico nos insta a corrigir os índices de volição pela boa-fé - não pode deixar de atender ao que a boa-fé determinaria em concreto. Ou seja, interpretação e integração apenas se distinguem por uma questão de grau e não de natureza¹²¹, tanto mais que «grande parte da interpretação dos contratos, sobretudo daqueles que se destinam a vigorar por um período longo de tempo, é uma interpretação reconstitutiva (da vontade das partes expressa nas declarações negociais correspondentes), perante circunstâncias específicas que as partes não previram explicitamente»¹²².

Em segundo lugar, resulta daqui que da articulação entre a descoberta do fim contratual, desvelado pela impressão do destinatário e tributário da autonomia privada, e os princípios normativos emerge uma concreta distribuição do risco que não só é determinante na qualificação da natureza do negócio, como é chamada a depor na resolução de particulares problemas que possam emergir. Embora a distribuição do risco possa defluir diretamente da lei, o poder de autodeterminação dos contraentes, dentro do que seja consentâneo com o sentido da

¹²⁰ ANTUNES (2008), pp. 715-793.

¹²¹ Manuel Carneiro da Frada entende, numa posição não muito distante da que defendemos, que «subjacente a esta conceção está necessariamente uma conceção do fundamento da vinculatividade do contrato que não se reduz a uma qualquer vontade das partes, mas vê nela uma expressão da justiça - a das partes - que ao ordenamento cabe assegurar» - cf. FRADA (2015), p. 19.

¹²² FRADA (2015), p. 18-19.

normatividade comunicada pelo direito dispositivo e pelos princípios, pode modelá-la de modo diverso¹²³.

4. Implicações práctico-normativas em sede de contratação autónoma: breve reflexão

A interpretação do contrato não se esgota num exercício exegético de um ou vários comportamentos declarativos, antes implicando a articulação das declarações e do sentido (moderadamente) objetivo que delas se retira com o sentido da justiça que resulta de uma concreta delimitação do risco e os princípios normativos que a iluminam.

E, se assim é, então interpretar o contrato é muito mais do que descobrir o sentido da impressão do destinatário, com o que ficamos munidos de um expediente importantíssimo para lidar com um aspeto disruptivo que é comunicado ao direito contratual pela utilização de sistemas autónomos na contratação.

O problema enuncia-se em termos simples, inversamente proporcionais às dificuldades que a sua resolução envolve. Na base dele está a proliferação de *smart contracts* e da utilização de agentes de *software* inteligentes¹²⁴. Discernindo-se múltiplas utilizações para os agentes de *software* (seleção do melhor parceiro contratual, seleção da melhor oportunidade de negócio, negociação dos termos do negócio, celebração de um contrato, preparação do cumprimento do contrato), há diversas questões que têm de ser resolvidas.

O grau de complexidade que possam assumir fica dependente do contexto de utilização dos mesmos. Se atuarem no horizonte de referência de um contrato-quadro, o qual, por seu turno, pode definir as regras de imputação da atuação do *software* a cada um dos seus utilizadores, os problemas serão obviamente diversos daqueles com que nos

¹²³ De forma dialética, haveremos de considerar que a descoberta da concreta distribuição do risco, por seu turno, influi determinantemente na interpretação que se faça do contrato. Neste sentido, FRADA (2015), p. 16, considerando que o problema da precisão do critério da imputação, acolhido, em sede interpretativa, pela parte final do artigo 236.º/1, que não pode ser causal-naturalístico, tendo de obedecer a valorações jurídicas, que as teorias da esfera de domínio ou do direito no campo da autonomia privada contribuirão a especificar.

¹²⁴ Sobre o tema, entre nós, cf. FONSECA (2021); COELHO (2020), p. 255 s.; SILVA (2003), p. 289 s.; FESTAS (2006), p. 411 s.; ANDRADE (2009); PINTO (2021-b), p. 35 s.

confrontaremos na hipótese de contratação por meio de plataformas digitais que se servem de *softwares* inteligentes para aproximar parceiros negociais e cumprirem os seus serviços. Na primeira hipótese, o problema da vinculação contratual parece deslocar-se para o prévio acordo entre pessoas, havendo que respeitar, dentro da conformação dos princípios, as determinações assentes na liberdade contratual. Na segunda hipótese, são convocáveis as regras próprias que, ao nível comunitário e nacional, foram sendo aprovadas para disciplinar as relações entre as plataformas e os seus utilizadores¹²⁵.

Fora destas hipóteses de balizamento da atuação dos *softwares* inteligentes, as dificuldades agigantam-se. Desde logo, suscitam-se problemas no que respeita à formação do negócio jurídico, colocando-se a questão de saber até que ponto e com que fundamento pode ser imputada uma declaração negocial emitida por um agente de *software* ao seu utilizador, quando, no exato momento da emissão, este último pode não ter consciência (ou sequer conhecimento) de que a mesma está a ser dirigida a outro *software*. Mas os problemas não se ficam por aqui, devendo ser questionada toda a matéria relativa à forma e eficácia das declarações assim proferidas.

Do mesmo modo, torna-se particularmente problemática a interpretação do negócio. De acordo com Paulo Mota Pinto, haveremos de ter em conta a impressão do destinatário da IA, afastando-se em termos gerais a ideia de que não é relevante saber como é que o sistema processará previsivelmente a ordem, mas como o destinatário humano poderia entendê-la¹²⁶. Importa, contudo, notar, que o grande problema ao nível da IA passa, exatamente, pela incapacidade que os algoritmos inteligentes têm de aceder a uma dimensão semântica, razão pela qual as regras da interpretação terão de ser necessariamente repensadas. E o problema que se coloca, subsequentemente, é o de saber se, diante de uma massificação de agentes de *software*, a tradicional regra da impressão do destinatário continua a ter lugar ou se, ao invés, o efeito disruptivo da IA nos deverá levar a alterar, em geral, o critério interpretativo.

Na verdade, se consideramos que o *software* funciona como um nuncio, reportando-se a regra da impressão do destinatário para o contraente

¹²⁵ PINTO (2021-b), p. 38 s.

¹²⁶ PINTO (2021-b), p. 39.

que usa o sistema na sua contratação, a solução não nos parece isenta de dúvidas, quer porque o algoritmo pode, em muitas situações, assumir a decisão de contratar, quer porque, na ausência de intervenção humana, o sentido do acordo resulta do entendimento que o algoritmo teve da declaração que lhe foi dirigida, quando se encontrava na posição (relativa) de declaratário.

A questão pode, contudo, ser contornada se, conscientes de que a interpretação não se pode confundir com a simples descoberta do sentido da impressão do destinatário por referência à génese da relação contratual, mas se deve orientar pela dilucidação do sentido da regulação que resulta do acordo das partes, a encararmos numa outra perspetiva.

O que se deve procurar, ao nível da interpretação do contrato, é a solução mais adequada para o conflito de interesses que possa emergir entre as partes, donde o sentido de justiça e a razoabilidade não podem deixar de ser tidos em conta. Mas porque a vontade das partes não pode ser ignorada, há que ponderar, igualmente, as circunstâncias e os interesses de cada um dos contraentes. Simplesmente, como referimos anteriormente, «o fim egoístico do contrato» sujeita-se a um controlo de razoabilidade¹²⁷, que nos pode conduzir à descoberta de uma teleologia comum, ou seja, de um interesse contratual ao qual não se pode desatender.

Nessa medida, no caso de contratos celebrados sem intervenção humana, parece-nos absolutamente imprescindível não só ter em conta, na interpretação dos mesmos, os eventuais contratos-quadro que os enquadram, como as instruções de programação que, afinal, vão permitir reconstituir as vontades egoísticas que se harmonizam dialeticamente na composição do fim contratual comum, e bem assim os comportamentos posteriores das partes.

Se estes são elementos a ter em conta em qualquer processo reconstitutivo da impressão do destinatário (entendida no sentido amplo e juridicamente cunhado com que a temos vindo a colorir), assumem importância acrescida quando lidamos com contratos automáticos.

¹²⁷ FRADA (2015), p. 19.

Bibliografia

- ALARCÃO, Rui de, «Interpretação e integração dos negócios jurídicos - Anteprojecto para o novo Código Civil», *Boletim do Ministério da Justiça*, 84, 1959, pp. 299-341.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 1992.
- ANDRADE, Francisco Pacheco de, *Da Contratação Electrónica: em particular da Contratação Electrónica Inter-Sistémica Inteligente*, Tese de Doutoramento, Universidade do Minho, 2009.
- ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 1960.
- ANTUNES, J. Engrácia, «A empresa como objecto de negócios - *Asset deals* versus *share deals*», *Revista da Ordem dos Advogados*, 68, 2/3, 2008, pp. 715-793.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil - Teoria Geral*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- BARBOSA, Mafalda Miranda, *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, Cascais, 2013.
- BARBOSA, Mafalda Miranda, «O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de carácter metodológico», in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- BETTI, Emilio, *Teoria Generale del Negozio Giuridico*, Univ. degli Studi di Camerino Ristampe, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1943.
- BITTAR, Carlos Alberto, «O dirigismo económico e o direito contratual», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano xxvi, 1979, pp. 123-154.
- BRONZE, Pinto, *A Metodonomologia entre a Semelhança e a Diferença - Reflexão Problematizante dos Pólos da Radical Matriz Analógica do Discurso Jurídico*, Boletim da Faculdade de Direito, *Studia Iuridica*, 3, Coimbra Editora, Coimbra, 1994.
- BUCHER, Eugen, «Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen», in *Festgabe für Henri Deschenaux zum 70. Geburtstag*, Feiburg, 1997, pp. 249-269.
- CANARIS, «Grundrechte und Privatrecht», *Archiv für die civilistische Praxis*, 1984, pp. 201-246.
- CARVALHO, Orlando de, «Negócio jurídico indirecto (Teoria Geral)», *Boletim da Faculdade de Direito*, supl. 10, 1952, pp. 1-149.
- COELHO, Francisco Brito Pereira, «Contratação automatizada e execução contratual automatizada: dos *software agents* aos *smart contracts*», *Direito civil e Robótica*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2020, pp. 255-272.

- COELHO, Francisco Brito Pereira, «Contrato: Evolução do Conceito no Direito Português», *Boletim da Faculdade de Direito*, 64, 1988, pp. 233-296.
- CORDEIRO, A. Menezes, *Tratado de Direito Civil*, II, Almedina, Coimbra, 2021.
- CORDEIRO, A. Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil*, 7.^a reimpressão, Almedina, Coimbra, 2017.
- CORDEIRO, A. Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, I/I, Almedina, Coimbra, 2007.
- CORREIA, Eduardo, «A conversão dos negócios jurídicos ineficazes», *Boletim da Faculdade de Direito*, 24, 1948, pp. 360-389.
- CORREIA, Ferrer, *Erro e Interpretação na Teoria do Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 2001.
- EHRICKE, Ulrich, «Zur Bedeutung der Privatautonomie bei des ergänzenden Vertragsauslegung», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1996, pp. 661-690.
- ENNECCERUS, L., *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, 1889.
- FERNANDES, L. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 5.^a edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017.
- FERNANDES, L. Carvalho, *A Conversão dos Negócios Jurídico Cíveis*, *Quid iuris*, Lisboa, 1993.
- FESTAS, David de Oliveira, «A contratação electrónica automatizada», *Direito da Sociedade da Informação*, IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 411-461.
- FLUME, Werner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 2. Band, *Das Rechtsgeschäft*, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York, 1992.
- FONSECA, Ana Taveira da, «Smart contracts e tutela privada dos direitos de crédito», in *III Encontros de Direito Civil, Evolução Tecnológica no Direito Civil*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021.
- FRADA, Manuel Carneiro da, «Sobre a interpretação do contrato», in *Forjar o Direito*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 1-23.
- FRADA, Manuel Carneiro da, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2003.
- FRADA, Manuel Carneiro da, *Contrato e Deveres de Protecção*, Separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1994.
- GOMES, Júlio / SOUSA, António Frada de, «Acordos de honra, prestações de cortesia e contratos», in *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Júlio Gomes (coord.), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2002.
- GOMES, Orlando, *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, 2.^a edição, 1980.
- HENCKEL, Wolfram, «Die ergänzende Vertragsauslegung», *Archiv für die civilistische Praxis*, 1960, pp. 106-126.
- HENSSLER, Martin, *Risiko als Vertragsgegenstand*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1994.

- HÖRSTER, H. E. / SILVA, Eva Moreira da, *A Parte Geral do Código Civil Português*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2024.
- JÚNIOR, Eduardo Santos, *Sobre a Teoria da Interpretação dos Negócios Jurídicos*, AAFDL, Lisboa, 1988.
- KELSEN, Hans, *A Justiça e o Direito Natural*, Almedina, Coimbra, 2001.
- KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, 4.ª edição, Arsénio Amado, Coimbra, 1976.
- KELSEN, Hans, «Was ist die reine Rechtslehre?», in *Demokratie und Rechtsstaat. Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti*, Polygraphischer Verlag A.G., Zurich, 1953.
- LARENZ, Karl / WOLF, Manfred, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 9. neubearbeitete und erweiterte Auflage, C. H. Beck, München, 2004.
- LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997.
- LARENZ, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts I, Allgemeiner Teil*, 14 Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1987.
- LARENZ, Karl, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts - zugleich ein Beitrag zur Theorie der Willenserklärung*, Metzner, Frankfurt/Berlin, 1966.
- LARENZ, Karl, «Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1963, pp. 737-741.
- LOTMAR, Philipp, *Über causa im römischen Recht - Beitrag zur Lehre von den Rechtsgeschäften*, 1875.
- MARQUES, Dias, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 1959.
- MENDES, João de Castro, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, AAFDL, Lisboa, 1995.
- MOREIRA, Guilherme, *Instituições do Direito Civil Português*, I, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1907.
- NEVES, António Castanheira, *O Actual Problema Metodológico - Da Interpretação Jurídica*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- NEVES, António Castanheira, «Interpretação jurídica», in *Digesta, Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da Sua Metodologia e Outros*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 337-358.
- Neves, António Castanheira, *Metodologia Jurídica - Problemas Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.
- NEVES, António Castanheira, *Questão de Facto e Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. A Crise, Almedina, Coimbra, 1967.
- PANUCCIO, Vincenzo, «Cortesia (prestazioni di)», in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, IX, Roma, 1988, pp. 4-6.
- PINTO, Carlos Alberto Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5.ª edição por A. Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Gestlegal, Coimbra, 2020.
- PINTO, Paulo Mota, «Agentes de software inteligentes e negócio jurídico - alguns problemas», *Julgar*, 45, 2021 (b), pp. 35-64.

- PIRES, Catarina Monteiro, «Cláusulas de preço fixo, de ajustamento de preço e de alteração material adversa (“MAC”) e cláusulas de força maior - revisitando problemas de riscos de desequilíbrio e de maiores despesas em tempos virulentos», *Revista da Ordem dos Advogados*, 80, 2020.
- REGELSBERGER, F., *Pandekten*, I, s.n., 1893.
- REI, Maria Raquel, *Da Interpretação da Declaração Negocial no Direito Civil Português*, Tese de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010.
- RIBEIRO, Joaquim Sousa, *O Problema do Contrato. As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Almedina, Coimbra, 1999.
- SÁ, Fernando Oliveira e, «Cláusulas *material adverse change* (MAC) em contratos de compra e venda de empresas», *Direito e Justiça* (n.º especial), 2012, pp. 427-444.
- SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 3.ª edição, Dalloz, Paris, 1964.
- SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, III, Aalen, Scientia V, 1973.
- SERRA, Adriano Vaz, «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, pp. 131-163.
- SILVA, Paula Costa e, «A contratação automatizada», *Direito da Sociedade da Informação*, IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 289-305.
- SOUSA, Miguel Teixeira de, «Apontamento sobre a decisão de um *non liquet* na interpretação dos negócios jurídicos», *Revista O Direito*, 122.º, ano, II, abril-junho de 1990.
- SOUSA, Rabindranath Capelo de, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- TAVARES, José, *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*, I, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1929.
- TELLES, I. Galvão, «Redução do negócio jurídico», *Revista dos Tribunais*, 1953.
- VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, I, Almedina, Coimbra, 2003.

Inexistência jurídica: será que existe?

ELSA VAZ DE SEQUEIRA* **

1. Problema

Quando se questiona a existência da inexistência jurídica - passe o trocadilho de palavras -, do que se trata não é da simples inexistência factual, material ou ontológica - a qual ninguém contesta -, mas da inexistência jurídica positivada, ou seja, como o desvalor jurídico mais grave de que um ato pode ser objeto.

Se a previsão da norma não se acha preenchida, porque algum dos seus elementos não se verificou, o facto ou ato nela contemplado pura e simplesmente não ocorreu. Se não foi praticado, evidentemente não existe. Por exemplo, se A propõe a B a venda da coisa X e B nem responde, o negócio não foi celebrado. Tal significa que nem chegou a granjear existência material, não podendo por isso ser valorado - positiva ou negativamente - pelo Direito. Não é isto que importa nesta sede.

Aquilo que aqui interessa são os atos que foram efetivamente praticados e, nesse sentido, gozam de existência material, mas em que, por padecerem de um mal tão grave, o legislador os tem como juridicamente inexistentes. Isto significa que o valor negativo da inexistência, a existir, pressupõe a presença de uma materialidade que lhe sirva de esteio. Neste sentido, o nada não seria passível de ser inexistente.

A inexistência material será uma questão de facto - em que se indaga até que ponto um determinado ato efetivamente ocorreu -, enquanto a inexistência jurídica já surgiria como uma questão de direito, em que se aprecia se o Direito reconhece ou não certo ato.

* Professora auxiliar da Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito - Escola de Lisboa, *Católica Research Centre for the Future of Law*, ORCID 0000-0002-1242-4551.

** Este texto, que tem por base o que escrevemos em *Teoria Geral do Direito Civil*, Lisboa, 2024, embora com algumas adaptações e o desenvolvimento de determinados pontos, corresponde à intervenção oral realizada nos VI Encontros de Direito Civil, em novembro de 2024.

2. Origem

A figura da inexistência terá surgido em França, após a revolução liberal, para fazer face a um problema criado pela regra *pas de nullité sans texte*, então aceite pela doutrina e pela jurisprudência. A realidade demonstrou haver hipóteses que, não obstante não se acharem previstas na lei como passíveis de gerar nulidade, padeciam manifestamente de um vício grave. Eram os casos: *i*) do casamento em que faltava a anuência de uma das partes; *ii*) dos casamentos concluídos sem observância da forma legal; *iii*) ou, por fim, daqueles celebrados entre pessoas do mesmo sexo.

Para resolver estas situações, veio sustentar-se que a gravidade destes vícios era tal que o desvalor associado deveria ser mais pesado do que a simples nulidade, não necessitando de encontrar respaldo legal. Assim terá nascido a inexistência¹. A sua existência, no entanto, esteve sempre envolta em controvérsias, não podendo dizer-se que tenha sido acolhida e assimilada por todos. Longe disso.

3. A questão em Portugal à luz do Código Civil

I. Em Portugal, a questão é igualmente controversa. Grande parte da doutrina defende a sua existência², enquanto outros a arredam³. Na jurisprudência descobrem-se várias decisões que a invocam, não raro

¹ V. PLANIOL (1904), pp. 338 e ss.

² V., nomeadamente, FERREIRA DE ALMEIDA (2020), pp. 16-21, CARVALHO FERNANDES (2010), pp. 487 e ss., C. MOTA PINTO (2012), pp. 618-619, MIRANDA BARBOSA (2020), pp. 47 e ss., (2022), pp. 955 e ss., OLIVEIRA ASCENSÃO (2003), pp. 118 e ss. e 368 e ss., GALVÃO TELLES (2002), pp. 76 e 355 e ss. PAIS DE VASCONCELOS e LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS (2019) distinguem três modalidades de inexistência: a inexistência ontológica, a inexistência qualificativa e a inexistência por imposição da lei (a qual, em rigor, não passa de uma nulidade agravada). V. pp. 728 e ss. De salientar a posição de DIAS MARQUES (1959), que, não obstante sustentar a existência da inexistência jurídica, a trata como uma forma de invalidade e a reconduz, nos exemplos que dá, a casos de mera inexistência material. V. pp. 226-227. Também DOMINGUES DE ANDRADE (1960) defende a vigência da inexistência jurídica, embora, em termos concretos, a identifique com situações de inexistência material, por nem haver aparência de negócio. V. pp. 414-415. O mesmo parece suceder com CASTRO MENDES (1979), pp. 289-290.

³ V. MENEZES CORDEIRO (2021), pp. 925 e ss., HÖRSTER e MOREIRA DA SILVA (2019), p. 574.

motivadas por legislação avulsa que aparentemente reage perante um ato desconforme ao Direito estatuinto a sua inexistência⁴.

II. O Código Civil refere-se à figura ora em análise nos artigos 1627.º, 1628.º, 1629.º e 1630.º, a propósito do casamento civil.

O primeiro destes preceitos declara como válido o casamento civil em que não se verifique uma causa de inexistência ou de anulabilidade.

O segundo elenca os casos de casamento inexistente. São eles:

a) o casamento celebrado perante quem não tenha competência funcional para o ato, salvo tratando-se de casamento urgente;

b) o casamento urgente não homologado;

c) o casamento em cuja celebração tenha faltado a declaração da vontade de um ou de ambos os nubentes, ou do respetivo procurador;

d) e o casamento contraído por intermédio de procurador, quando celebrado depois de terem cessado os efeitos da procuração, ou quando esta não tenha sido outorgada por quem nela figura como constituinte, ou quando ainda seja nula por falta de concessão de poderes especiais para o ato ou de designação expressa do outro contraente.

O terceiro, por seu turno, vem afastar a inexistência jurídica do casamento contraído perante quem, sem ter competência funcional para o ato, exercia publicamente as correspondentes funções, salvo se os nubentes, no momento da celebração, conheciam a falta de competência.

Por fim, o artigo 1630.º esclarece que o casamento juridicamente inexistente não produz efeitos, podendo a inexistência ser invocada por qualquer pessoa, a todo o tempo e sem carecer de decisão judicial.

III. Nesta esteira, cumpre também referir o disposto no artigo 2037.º do Código Civil. Aí se estabelece que, declarada a indignidade sucessória, a devolução da sucessão ao indigno é havida como *inexistente*, sendo ele considerado, para todos os efeitos, possuidor de má-fé dos respetivos bens.

⁴ V., designadamente, Acs. do STJ de 30.06.2021 (Olindo Galdes), de 18.02.2021 (Olindo Galdes), de 28.09.2017 (Olindo Galdes), de 17.04.2008 (Mário Cruz), de 05.03.2008 (Armando Monteiro) e de 22.02.1994 (Santos Monteiro).

IV. Amiúde, apresentam-se ainda como exemplos de atos inexistentes, os negócios viciados por coação física ou por falta de consciência da declaração, em especial, quando esta resulta de uma ausência de vontade de ação. A estas patologias é dedicado o artigo 246.º, o qual, não referindo em parte alguma os vocábulos «inexistência» ou «inexistente», se limita a afirmar que a declaração negocial que padeça destes males «não produz qualquer efeito».

Também o disposto no artigo 245.º do Código Civil é habitualmente chamado à demanda, sustentando-se a inexistência das declarações não sérias, em particular, quando a falta de seriedade é patente. Aí se determina que a declaração não séria «carece de qualquer efeito».

Apesar de a lei não mencionar de modo expresso a inexistência das declarações que sofram destes vícios, o certo é que grande parte da doutrina interpreta a não produção de efeitos estatuída nas normas em apreço como expressão de semelhante desvalor. A ausência de vontade - seja de ação, seja de declaração ou até funcional - justificariam essa interpretação.

4. Inexistência jurídica *versus* nulidade

I. Em termos práticos, as diferenças de regime entre a inexistência e a nulidade - espécie mais grave de invalidade - descobrir-se-iam nos seguintes aspetos: *i*) eficácia do ato; *ii*) legitimidade para a invocação do desvalor associado; *iii*) (in)admissibilidade de tutela de terceiros de boa-fé; *iv*) e (im)possibilidade de haver redução ou conversão do negócio jurídico.

II. Enquanto o ato inexistente seria absolutamente incapaz de produzir qualquer efeito, o ato nulo já admite, em certas situações, a produção de alguns efeitos. O que quer dizer que a nulidade obsta à produção dos efeitos típicos do ato, mas em certas circunstâncias, a lei pode valorar o ato nulo como simples facto jurídico, atribuindo-lhe então algum tipo de eficácia. Há, contudo, que fazer dois reparos. Um primeiro, para frisar que estes efeitos não são aqueles próprios do ato em questão, nem tão-pouco aqueles visados pelo respetivo agente. Trata-se de efeitos secundários, como, por exemplo, de considerá-lo como título justificativo da posse alheia. Um segundo, para esclarecer que muitas

vezes o ato nulo, ainda que perspectivado como um simples facto jurídico, não é valorado isoladamente, mas enquanto elemento de um facto mais vasto. Assim se passa, nomeadamente, nas hipóteses de tutela de terceiros de boa-fé, exigindo a norma, para que semelhante proteção se verifique, a par da prática do ato inválido, a boa-fé do terceiro e, não raro, a presença de outros requisitos, como a prioridade do registo, o carácter oneroso do ato ou a natureza registável do correspondente objeto. É o que acontece na aquisição *a non domino* ou na posse de boa-fé, quando o ato nulo é acompanhado da tradição da coisa. O negócio translativo nulo não transmite a propriedade da coisa ao pretense adquirente. Poderá, contudo, valer como título justificativo de uma eventual posse⁵.

III. Por outro lado, tendo por base o estatuído nos artigos 286.º - para a nulidade - e 1630.º - para a inexistência jurídica -, seria perfeitamente compreensível ser-se levado a crer que haveria uma diferença considerável ao nível da legitimidade para a sua invocação. Enquanto a inexistência poderia ser alegada por qualquer pessoa, a nulidade só poderia ser arguida por um interessado. O que abrange seguramente as partes, mas também terceiros. Neste último caso, discute-se se apenas gozam de legitimidade para a sua arguição aqueles que sejam titulares de uma posição jurídica que possa ser diretamente afetada, na sua consistência prática ou jurídica, pela declaração de nulidade do ato⁶ ou se inclui qualquer pessoa que possa, direta ou indiretamente, retirar dessa declaração uma vantagem jurídica ou económica ou a remoção de uma desvantagem dessa natureza⁷. Uma coisa é certa: independentemente da interpretação que se faça do conceito de “interessado”, ele serve para delimitar o número de pessoas dotadas de legitimidade para pedir a declaração de nulidade. Limitação a que aparentemente a inexistência não estaria sujeita.

Percebe-se que à luz do Código Civil assim se conclua. O disposto no Código de Processo Civil demonstra, contudo, que na prática esta «diferença» é meramente ilusória. De acordo com o preceituado no artigo

⁵ FERREIRA DE ALMEIDA (2020), p. 20, sustenta que o ato inexistente produz os efeitos derivados da própria inexistência, como a obrigação de devolver aquilo que foi prestado.

⁶ V. MOTA PINTO (2012), p. 620, CARVALHO FERNANDES (2010), p. 502.

⁷ V. FERREIRA DE ALMEIDA (2020), pp. 211-212, PAIS DE VASCONCELOS e LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS (2019), p. 735, HÖRSTER e MOREIRA DA SILVA (2019), p. 661.

30.º desse diploma, só pode propor uma ação quem tenha interesse direto na demanda. O que significa que o reconhecimento de legitimidade processual para ser autor está dependente da possibilidade de este retirar alguma utilidade em caso de procedência da ação. Não é qualquer pessoa - como o Código Civil parece sugerir - que pode pedir ao Tribunal que ateste a inexistência jurídica de um ato, mas tão-só quem tenha interesse em fazê-lo, por daí colher alguma espécie de benefício (que pode traduzir-se na remoção de uma desvantagem)⁸.

IV. Onde sem dúvida alguma se descobre uma diferença indiscutivelmente relevante será no tocante à tutela de terceiros de boa-fé. Na inexistência jurídica, justamente por o ato - para o Direito - não existir, haveria uma impossibilidade de tutelar terceiros de boa-fé relativamente às consequências negativas que para eles advenham da inexistência de determinado ato. Em forte contraste com o que sucede na nulidade, que, como é sabido, admite em certas circunstâncias a proteção de terceiros de boa-fé, nomeadamente, tornando-lhes inoponível semelhante desvalor.

V. Por último, o ato nulo é passível de ser juridicamente aproveitado, mediante a sua redução ou conversão (artigos 293.º e 292.º do Código Civil). O mesmo não ocorreria com um ato inexistente. Algo que não existe não seria, por natureza, aproveitável.

5. Apreciação crítica

Tendo por base este enquadramento, urge então tentar perceber se efetivamente a lei civil autonomizou a figura da inexistência, concebendo-a como o desvalor mais grave de que um ato é suscetível. Para tanto, importa abordar a questão quer de um prisma estritamente legal, quer de uma perspetiva mais conceptual e valorativa.

⁸ V. FERREIRA DE ALMEIDA (2020), p. 20.

5.1. *Casamento civil inexistente*

I. No que tange ao regime legal da «inexistência do casamento civil», há que reconhecer que causa alguma estranheza o legislador, ao regular no artigo 1627.º a «validade» do casamento civil, ter apontado como fundamentos para a sua invalidade a presença de causas que determinem a sua inexistência ou anulabilidade, parecendo assim sugerir que a inexistência consubstancia uma modalidade de invalidade. O que, como certamente se compreenderá, carece de sentido, pois afigura-se despropositado averiguar se algo que não existe é válido, pois isso equivale a indagar se «o ato» pode ou não valer.

II. A estranheza intensifica-se quando se percebe que o legislador indicou a anulabilidade e a inexistência, não referido em momento algum uma eventual nulidade, desvalor regra do Direito Civil. Para piorar a situação, ao se observar o regime estabelecido para o casamento católico, verifica-se que o Código Civil, nos artigos 1625.º e 1626.º, dedicados justamente à invalidade desse casamento, alude apenas à nulidade. De acordo com o texto da lei, a nulidade surge como o desvalor exclusivo do casamento católico, enquanto, nos casamentos civis, o desvalor associado pode ser, consoante as circunstâncias, a inexistência ou a anulabilidade.

Isto só por si legitima a dúvida sobre se a razão para a lei mencionar a «inexistência», e não a nulidade, reside não tanto em considerações dogmáticas de adequação concetual, mas antes numa opção legislativa de apartar, inclusive a nível terminológico, os casamentos civis e os casamentos católicos⁹. O que justifica, aliás, a pergunta sobre qual o desvalor do casamento católico em que ocorra um dos factos elencados no artigo 1628.º do Código Civil. Será nulo (artigo 1625.º) ou inexistente (artigo 1628.º)?

III. Se se reparar, os factos previstos no artigo 1628.º coincidem com alguns dos casos que estiveram na origem da figura da inexistência em França. A qual, como se viu, só surgiu por não vigorar uma norma que previsse a sua nulidade. Foi uma solução pragmática. Hoje em dia,

⁹ Nos trabalhos preparatórios do Código Civil, previa-se a inexistência, a nulidade e a anulabilidade do casamento civil. V. PIRES DE LIMA (1959), pp. 171 e ss.

no entanto, as condicionantes de então não procedem mais. Coloca-se por isso a questão sobre se o aí preceituado não constitui um mero resquício histórico.

Por outro lado, quando se observa as hipóteses contempladas nesse artigo, verifica-se que elas se reportam a situações em que se verifica:

- i) uma inexistência material - v.g., a falta das declarações dos nubentes¹⁰;
- ii) uma simples nulidade, como sucede no caso de falta de intervenção de oficial público ou na falta de homologação de um casamento urgente¹¹;
- iii) ou uma hipótese de ineficácia, no casamento contraído por procurador sem poderes de representação para a prática do ato.

IV. De um prisma puramente conceptual e valorativo, a grande discrepância entre o casamento inexistente e o casamento inválido estaria na possibilidade de aplicar a estes as regras do casamento putativo, diversamente do que acontece naqueles.

De harmonia com o disposto no artigo 1647.º, os casamentos nulos ou anulados, contraídos de boa-fé por ambos os cônjuges ou apenas por um deles, podem produzir efeitos nas relações entre os nubentes e frente a terceiros. O casamento só por si não é suscetível de produzir efeitos, mas, quando conjugado com a boa-fé do(s) nubente(s), já o poderá fazer. Considera-se de boa-fé o cônjuge «que tiver contraído casamento na ignorância desculpável do vício causador de nulidade ou anulabilidade, ou cuja declaração tenha sido extorquida por coação física ou moral»¹².

Algumas perguntas se impõem. Desde logo, se não será possível um nubente contrair de boa-fé um casamento inexistente, nomeadamente, por desconhecer sem culpa que quem está a celebrar o ato não tem os poderes necessários para tal. Se assim for, importa averiguar se haverá algum fundamento material para não tutelar estes cônjuges, desprotegendo por completo a família que pretenderam formar. Ou, indagando de outro modo, se haverá uma justificação material para

¹⁰ V. GALVÃO TELLES (2002), p. 356.

¹¹ V. FERREIRA DE ALMEIDA (2020), p. 19. PAIS DE VASCONCELOS e LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS (2019) afirmam estar em causa uma nulidade agravada, considerando artificial falar de inexistência. V. pp. 729-730.

¹² V. n.º 1 do artigo 1648.º do Código Civil.

tratar diferentemente os cônjuges de boa-fé que contraíram um casamento inválido daqueles que «concluíram» um casamento inexistente. Confessam-se as maiores dúvidas quanto a isso¹³.

5.2. Inexistência da devolução por indignidade sucessória

A referência contida no artigo 2037.º à inexistência da devolução, no caso de ser declarada a indignidade de um sucessor, também não parece verdadeiramente depor em favor da vigência de semelhante desvalor. Com efeito, está-se em crer que aquilo que em rigor aí se estabelece é a simples eficácia retroativa da declaração de indignidade sucessória, quando esta ocorre em momento posterior ao da devolução da herança.

Se a declaração foi proferida em momento anterior - nomeadamente ainda em vida do *de cuius* -, ela, ao acarretar a incapacidade sucessória do sucessível, vai impedir a devolução da herança em seu benefício. Tem, portanto, um efeito impeditivo. Quando, diferentemente, essa declaração se verifica após a devolução, o seu efeito naturalmente já não será impeditivo, mas extintivo, gozando então de eficácia retroativa. Tudo se passa como se nunca tivesse havido devolução. Não é um problema de desvalor do ato, mas de ausência de ato. O que se afigura plenamente compreensível, tendo em conta a incapacidade sucessória decorrente da declaração de indignidade.

5.3. Coação física, falta de consciência da declaração e declaração não séria

I. Se as situações anteriormente estudadas gozavam a seu favor do argumento literal, as hipóteses subjacentes aos artigos 245.º e 246.º do Código Civil, não obstante não beneficiarem, pelo menos de modo explícito, do apoio de um elemento gramatical favorável à inexistência da declaração viciada por coação física, falta de consciência da declaração ou de seriedade, curiosamente são aquelas em que a questão possui maior pertinência. A ausência de vontade de ação, de vontade de declaração ou de vontade funcional, pela sua gravidade, poderia

¹³ V. MENEZES CORDEIRO (2021), pp. 928-929.

compreensivelmente justificar semelhante desfecho. Julga-se, contudo, que também nestes casos tal não se verifica.

II. Desde logo, subjacente a essa conclusão está um raciocínio que assenta numa premissa: o carácter essencialmente estrutural da vontade na declaração de vontade. Esta pressuporia, para existir, a presença de uma vontade. Só que, se assim for, a falta de vontade geraria inexistência material e não inexistência jurídica¹⁴. Como já se teve oportunidade de esclarecer, um juízo de inexistência jurídica pressupõe a existência material da realidade a valorar. Neste caso, a declaração. O que significa uma de duas coisas: ou que a coação física, a falta de consciência ou de seriedade da declaração inviabilizam a sua existência ontológica - verificando-se então uma situação de pura inexistência material - ou tal não sucede, podendo, quanto muito, estar prevista no ordenamento uma reação de repulsa tão grande que justificaria a imposição da sua inexistência jurídica. Dito de outro modo, só é concebível apurar a eventual inexistência jurídica das declarações desprovidas de vontade, se essa ausência de vontade não obstar ao nascimento da declaração. Ora, o regime previsto não parece apontar nem no sentido da inexistência material nem da inexistência jurídica da declaração que padeça desses males.

III. Isto mesmo decorre, como se disse, da letra da lei, ao não qualificar como inexistentes tais atos. A consulta dos trabalhos preparatórios permite perceber que o desvalor que então se tinha em mente para estes casos era justamente o da nulidade. Mas, de maneira a abranger o entendimento daqueles que não descortinavam em tais hipóteses a presença de uma verdadeira declaração negocial, optou-se por uma redação neutra - a declaração «não produz qualquer efeito» ou «carece de qualquer efeito» -, tida como compatível com ambas as visões¹⁵. Foi uma forma habilidosa de evitar o problema.

¹⁴ Como diz WERBA (2005), pp. 71-72, se a vontade (inclusive a vontade de ação) fosse absolutamente essencial à declaração, a sua ausência determinaria o não preenchimento do próprio *Tatsbestand* da declaração.

¹⁵ V. ALARCÃO (maio 1959), p. 231. Esta ideia de que o Código devia assumir uma posição de neutralidade relativamente a esta *vexata quaestio* é sublinhada por ALARCÃO (outubro 1959), pp. 200-201.

Não pode, todavia, deixar de se reparar que o simples facto de se preceituar que a declaração não produz efeitos exprime a aceitação implícita da sua existência. E isto por uma simples razão: carece de justificação indagar sobre a eventual eficácia de algo, se esse algo pura e simplesmente inexistente. É precisamente porque existe que a questão de saber se gera ou não efeitos se coloca. O que significa que, não obstante a intenção dos autores do Código de assumirem uma postura de neutralidade, aquilo que verdadeiramente pensavam e entendiam sobre o problema acabou por estar refletido na redação final das normas.

IV. Em idêntica direção aponta a circunstância de os artigos em apreço preverem a responsabilidade do declarante pelos danos que venha a causar com a emissão de uma declaração viciada por falta de consciência da declaração que lhe seja imputável ou por falta de seriedade, sempre que o declaratório tenha justificadamente acreditado na sua seriedade. A admissão de que tais atos podem dar azo a responsabilidade civil pressupõe logicamente o reconhecimento da sua existência. Seria incompreensível que algo, que não existe, fosse suscetível de criar um dano passível de ser indemnizado¹⁶.

V. No fundo, os preceitos em estima denunciam uma visão tendencialmente objetivista da declaração negocial, acolhendo a sua existência, inclusivamente quando falta a vontade do declarante¹⁷. O que, aliás, se coaduna com o regime previsto para os vícios na formação da vontade – ao considerar válidas certas declarações viciadas por erro ou por coação moral – e até com as regras definidas no n.º 1 do artigo 236.º para a interpretação do negócio jurídico, quando estabelecem que, em princípio, a declaração vale de acordo com o sentido perceptível – isto é, o sentido que o homem médio colocado na situação do real declaratório retiraria da declaração –, ainda que este não coincida com o sentido querido pelo declarante ou com o sentido percebido pelo declaratório.

Subjacente a esta opção parece estar a ideia de que a existência de uma declaração negocial deve ser definida à luz do estatuído no n.º 1

¹⁶ CANARIS (2012), pp. 494 e 632, parece sustentar tratar-se de uma responsabilidade pela confiança.

¹⁷ Em sentido idêntico, v. P. MOTA PINTO (1995), pp. 41, 47 e 49.

do referido artigo 236.º do Código Civil¹⁸. Este preceito não se limita a definir os critérios para apurar o sentido da declaração, mas serve ainda para determinar se efetivamente foi emitida uma declaração. Esta será uma realidade, quando for essa a valoração feita por um declaratário normal¹⁹. O que denota a um tempo: *i*) o não reconhecimento de um papel preponderante à vontade; *ii*) e o intuito de tutelar quer a eventual confiança do declaratário quer, de um prisma mais vasto, a segurança do comércio jurídico²⁰.

Ora, de acordo com o aí prescrito, «a determinação, em sede interpretativa, da declaração não exige a prova de elementos subjetivos»²¹. O que equivale a afirmar que a ausência de elementos subjetivos não obsta à existência de uma declaração. Como esclarece Menezes Cordeiro, «a declaração sem vontade é, ainda, uma declaração»²². O mesmo é dizer que, em regra, a vontade não é um requisito de existência da declaração²³. Mais, a ausência de uma vontade livre e esclarecida não impede que dela se extraia um sentido juridicamente vinculativo. *Werba* chega inclusivamente a sustentar – ainda que a propósito do Direito alemão, que neste aspeto é semelhante ao nosso – que o pressuposto para a

¹⁸ V. P. MOTA PINTO (1995), pp. 261, 412 e 435, MENDES e OLIVEIRA E SÁ (2023), pp. 695-696, 698-699. Em sentido semelhante, WERBA (2005), pp. 37 e ss., em especial, p. 41.

¹⁹ Em sentido semelhante, v. BYDLINSKI (1967), p. 178, NEUNER (2023), pp. 470-7, STAUDINGER / SINGER (2021), p. 546.

²⁰ V. P. MOTA PINTO (1995), pp. 203 e ss. e 412, WERBA (2005), pp. 40 e ss. V., ainda, BYDLINSKI (1975), pp. 1, 4 e 7.

²¹ V. P. MOTA PINTO (1995), p. 220, WERBA (2005), pp. 30 (onde cita jurisprudência alemã neste sentido) e 82-83. V., ainda, ARMBRÜSTER (2025), p. 1466.

²² V. MENEZES CORDEIRO (2021), p. 826.

²³ V. BYDLINSKI (1967), pp. 162-164 e 176 e ss., e (1975), pp. 2 e 5. Centrando-se especificamente na falta de consciência de declaração, confessa não ver diferença entre essa situação e as situações de erro na declaração. No limite, em ambas o declarante não tinha consciência de estar a emitir a declaração que lhe está a ser imputada. Em sentido semelhante, ARMBRÜSTER (2025), p. 1465. Visão igualmente professada em Portugal, nomeadamente, por P. MOTA PINTO (1995), pp. 235 e ss., e MENEZES CORDEIRO (2021), pp. 794 e ss. Também Canaris sustenta que importa distinguir duas situações: aquela em que há uma «aparência» de declaração e, conseqüentemente, de negócio e aquela outra em que tal não sucede. Ali, não descobre nenhuma razão para valorar de forma diversa a falta de consciência da declaração do erro na declaração. Aqui, a falta de aparência de negócio deverá levar à conclusão de que efetivamente este não foi celebrado, sendo por isso materialmente inexistente. V. CANARIS (2012), pp. 498-499 e 632 e ss.

existência de uma declaração de vontade é a presença de uma confiança do declaratário digna de proteção (e não a vontade do declarante)²⁴.

Aliás, importa não esquecer que a vontade juridicamente relevante no âmbito negocial tem por objeto a produção de determinados efeitos. O que interessa não é tanto se o declarante quis comportar-se de certa maneira - *v.g.*, acenando a cabeça ou assinando o respetivo nome -, mas se ele queria os efeitos a produzir pelo negócio. E quando assim se perspetiva o problema, a ausência de vontade não se cinge às hipóteses de coação física, falta de consciência ou de seriedade da declaração. Ela também se verifica, por exemplo, nas situações de erro-vício e de erro-obstáculo. Relativamente aos efeitos que o negócio padecente de tais vícios irá gerar, também não existe vontade do declarante. É inegável que ele quis adotar certo comportamento, mas não aquele que agora lhe está a ser imputado. O que indicia que a vontade, de facto, não surge como um pressuposto essencial da declaração²⁵.

VI. Isso não significa, contudo, a adoção pelo ordenamento de uma visão objetiva pura ou a irrelevância jurídica da voluntariedade. A perfihação de uma conceção objetiva da declaração é, como se disse, apenas tendencial e não absoluta.

Ela revela, desde logo, como possível requisito de validade da declaração negocial. Por isso, a ausência, a má formação ou exteriorização da vontade podem dar azo à sua invalidade. Na primeira situação, o desvalor associado é a nulidade. Nas outras duas, a regra é a da anulabilidade, com exceção dos casos de simulação, para os quais a lei estabelece como consequência a nulidade do negócio simulado.

Mas, mesmo ao nível da interpretação, a vontade do declarante pode ser tida como determinante. Assim acontece sempre que o declaratário conhece a vontade real daquele. Quando assim é, o n.º 2 do artigo 236.º preceitua, como é sabido, que a declaração negocial vale com o

²⁴ V. WERBA (2005), p. 40.

²⁵ V. WERBA (2005), pp. 28 e ss. e 74 e ss. Este autor afirma, por exemplo, que tanto há erro no erro-vício ou erro na declaração como na falta de consciência da declaração. Em todos estes casos, o declarante não se apercebeu - e, por essa razão, não tinha uma vontade a isso dirigida - de que estava a emitir uma determinada declaração. Mais, sustenta que o fundamento para a existência da declaração reside na lei - quando esta reconhece a sua presença - e não na autonomia privada (pp. 36-37).

sentido querido pelo declarante. A razão para semelhante opção legislativa é compreensível: em tal cenário, não se verifica a necessidade de tutelar a confiança da contraparte, nem se compromete a segurança do comércio jurídico²⁶.

Por outro lado, a defesa do sentido objetivo das declarações nunca vai ao ponto de desconsiderar o dissenso, incluindo o dissenso oculto. No que especificamente concerne a esta figura, cumpre fazer dois reparos.

Um primeiro para sublinhar o papel preponderante que nesse caso se reconhece à vontade das partes. O dissenso oculto pressupõe o encontro do sentido objetivo das declarações - surgindo por este meio a aparência de se ter chegado a um acordo -, acompanhado de uma divergência da vontade de ambas as partes em celebrar o negócio correspondente às declarações emitidas. Justamente porque esta divergência é bilateral, vai-se respeitar a vontade real das partes, em detrimento do sentido objetivo das declarações proferidas. No fundo, não só não há a vontade positiva de concluir esse negócio, como, indo mais longe, se verifica uma vontade negativa de que aquelas declarações não produzam efeitos jurídicos. Se se pensar que os fundamentos para a vigência de um regime objetivista são a tutela da confiança do declaratório e a segurança do comércio jurídico, percebe-se com facilidade que, na hipótese ora em estima, a valoração da vontade das partes se sobreponha. Com efeito, se nenhuma delas quer o negócio aparentemente celebrado, qual o sentido de criar uma relação contratual entre elas? Nem a proteção da confiança da contraparte, nem a segurança do tráfico jurídico o exigem ou justificam²⁷.

Um segundo reparo, por fim, para dizer que a falta de acordo própria do dissenso não determina a inexistência das declarações emitidas por cada uma das pessoas envolvidas no processo negocial, mas tão-só a não celebração do contrato. Ou seja, a sua inexistência fática - material - e não a sua inexistência jurídica, conforme estabelece o artigo 232.º do Código Civil. O que permite concluir que também neste contexto - em

²⁶ V. WERBA (2005), p. 40.

²⁷ V. BYDLINSKI (1967), pp. 39 e ss. Admitindo, no entanto, que possa dar azo a responsabilidade por frustração da confiança (à semelhança do n.º 2 do artigo 245.º), v. NEUNER (2023), p. 457.

que a vontade desempenha um papel decisivo - não se encontra esta-tuída a inexistência jurídica.

5.4. O problema da impossibilidade jurídica e da indeterminabilidade

I. Importa ainda perspetivar a questão de outro ângulo. Concretamente, tem-se por dificilmente explicável, aceitando-se a vigência no nosso ordenamento da inexistência jurídica, o preceituado no n.º 1 do artigo 280.º do Código Civil para a impossibilidade jurídica e para a indeterminabilidade do objeto negocial.

Num quadro em que o desvalor mais grave fosse a inexistência jurídica, seria de difícil compreensão que o ordenamento reconhecesse existência a algo que reputa como totalmente impossível. O mesmo se diga relativamente aos negócios com objeto ou conteúdo indeterminável. Como avaliar algo que não se consegue determinar? Em qualquer uma destas hipóteses, seria mais coerente ter o ato como inexistente do que como simplesmente nulo. A razão que explica a opção legislativa se calhar reside justamente na identificação da nulidade como o desvalor supremo, excluindo de cena, por conseguinte, a inexistência.

6. Legislação avulsa

I. Em legislação avulsa e complementar ao Código Civil, descobrem-se, por vezes, referências à inexistência.

II. Assim se passa, por exemplo, com o disposto no artigo 23.º, n.º 4, da Lei n.º 28/98.º, de 26 de junho, ao ter como inexistente o contrato de mandato celebrado com um empresário desportivo não registado na federação desportiva da respetiva modalidade. Pese embora a qualificação legal, a verdade é que nessa hipótese o que há é um contrato celebrado por quem não tem legitimidade para tal, por falta de uma qualidade essencial, ou, se se preferir, a conclusão de um negócio proibido por lei, em razão da dita ausência de qualidade de uma das partes. Pelo primeiro caminho chegar-se-á à conclusão de que o contrato é ineficaz, por ilegitimidade. O segundo caminho conduzirá à nulidade do negócio, em razão da contrariedade à lei. Nenhum deles justifica a sua inexistência.

III. Nesta esteira, cabe também aludir ao artigo 14.º do Código de Registo Predial, que qualifica como inexistente o registo em que «for insuprível a falta de assinatura do registo». Do que se trata, como se pode ver, é de uma inexistência material derivada da falta de assinatura. Por isso, ela pode ser invocada por qualquer pessoa, a todo o tempo, e não carecendo de decisão judicial, como resulta do disposto no artigo 15.º desse diploma.

IV. No Código de Registo Civil, o artigo 85.º prevê a inexistência do registo quando: «a) respeitar a facto juridicamente inexistente e isso resultar do próprio contexto; b) contiver a aposição do nome de quem não tinha competência para nele apor o seu nome, se tal resultar do próprio contexto; c) o registo não contiver a aposição do nome do funcionário que nele deva apor o seu nome; d) tratando-se de assento de casamento, não contiver a expressa menção de os nubentes haverem manifestado a vontade de contrair matrimónio». Se se reparar, em qualquer destas hipóteses se exige que a falha seja patente. O que legitima a questão sobre se não estarão aqui em causa situações de pura inexistência material, dada a ausência de aparência de ato. A admissão da supribilidade dos elementos em falta ou da sanção do vício (n.ºs 2 e 3 do artigo 85.º e artigo 86.º) parece constituir em si mesma um indício da natureza material da dita inexistência²⁸.

V. Por último, cumpre mencionar o disposto no artigo 8.º da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais (LCCG), que, como é sabido, estabelece a exclusão das cláusulas: *i*) que não tenham sido comunicadas nos termos do artigo 5.º; *ii*) em que não tenham sido prestadas as informações necessárias para que houvesse um conhecimento efetivo por parte do aderente; *iii*) que, pelo seu contexto ou configuração, sejam consideradas cláusulas surpresa; *iv*) e, finalmente, daquelas que surjam após a assinatura de algum dos contraentes. Apesar de uma completa falta de referência à inexistência jurídica, o certo é que alguma doutrina²⁹ e

²⁸ No sentido de que a inexistência jurídica não admite sanção, v. CARVALHO FERNANDES (2010), p. 490.

²⁹ V., nomeadamente, COSTA (2023), pp. 284 e ss., GALVÃO TELLES (2002), p. 322, MORAIS ANTUNES (2013), p. 185.

jurisprudência³⁰ vislumbram nessa exclusão uma manifestação da inexistência jurídica. A alusão à exclusão das cláusulas é, por conseguinte, perspetivada como uma forma indireta de determinar a inexistência jurídica das cláusulas visadas.

Subjacente a esta visão está a ideia de que os artigos 5.º e 6.º impõem, respetivamente, deveres de comunicação e de informação. Mais, que o cumprimento de tais deveres constitui um requisito de existência jurídica (ou de validade) de certa cláusula. Confessam-se, contudo, as maiores reservas quanto a semelhante entendimento. E isto por várias razões.

Em primeiro lugar, porque o incumprimento de um dever é fonte de ilicitude da conduta, sendo, por isso, passível de gerar uma situação de responsabilidade civil. O que está em causa é um problema de ilicitude e não de inexistência jurídica ou de invalidade. O inadimplemento de um dever será relevante neste âmbito apenas quando der origem a um vício. Assim pode acontecer, por exemplo, com a falta de cumprimento do dever de informar que coloque ou mantenha o declarante em erro - simples ou qualificado por dolo - sobre um elemento essencial do negócio. A fonte da invalidade, em tal cenário, será o vício - o erro - e não o incumprimento do dever. Este apenas importará para efeitos de uma eventual responsabilidade pré-contratual. O que vale por dizer que somente os vícios podem fundar um juízo de invalidade ou, no que aqui interessa, de inexistência.

Acresce que, se o que estivesse ali previsto fosse um caso de inexistência jurídica, isso significaria que competiria ao juiz declará-la oficiosamente³¹. Semelhante desfecho é de compatibilização difícil com o estatuído no n.º 2 do artigo 5.º da LCCG, ao impor ao utilizador das cláusulas contratuais gerais o ónus da provar a sua efetiva comunicação. Implicitamente resulta deste preceito que cabe ao aderente alegar

³⁰ V., designadamente, Acs. do STJ de 30.03.2023 (Ricardo Costa) e 02.03.2011 (Fernando Bento).

³¹ V. Acs. do STJ de 30.03.2023 (Ricardo Costa), 02.03.2011 (Fernando Bento), 02.03.2006 (Abílio Vasconcelos), Acs. da RL de 29.10.2009 (Teresa Albuquerque), 18.06.2009 (Maria José Mouro) e Ac. da RP de 12.04.2010 (Sousa Lameira). Ainda que de um prisma diverso, por vislumbrar em tais hipóteses situações de nulidade, v. Ac. do STJ de 07.03.2006 (João Camilo) e Ac. da RP de 22.11.2004 (Pinto Ferreira). Também considerando que o artigo 8.º preceitua a invalidade das cláusulas excluídas, v. Ac. do STJ de 01.06.2010 (João Camilo).

a falta de comunicação, incumbindo então ao utilizador demonstrar que tal não corresponde à realidade. Até porque não se consegue antever como o tribunal poderá concluir pela falta de comunicação, se esta não tiver sido invocada pelo aderente. Apesar de o artigo 6.º não conter uma norma com teor idêntico, pensa-se que a solução não pode diferir. Mais uma vez, o juiz não tem como saber se foram ou não prestadas as informações necessárias, sem que isto seja trazido à demanda pelo aderente, da mesma forma que se crê adequado conceder ao utilizador a possibilidade de se defender, provando que forneceu os dados indispensáveis para o conhecimento efetivo do respetivo conteúdo. Em relação às alíneas *c*) e *d*) do artigo 8.º, compreende-se que o julgador esteja em condições de por si só avaliar a situação, aferindo se as cláusulas configuram «cláusulas surpresa» ou se surgem após a assinatura do aderente. Ainda assim, também aqui se deve admitir que o utilizador das LCCG faça prova de que o aderente conhecia e concordou com as cláusulas em questão.

Paralelamente, importa ter presente que o artigo 8.º da LCCG desempenha uma função de proteção do aderente, visando evitar a sua vinculação a cláusulas que não conhece ou não percebe. Já extravasa o seu âmbito - por contrariar o respetivo fim - impedir que delas se aproveite, se for essa a sua vontade. Em qualquer uma das hipóteses previstas deve, portanto, permitir-se que ele, caso o pretenda, possa beneficiar de cláusulas passíveis de serem excluídas. O que equivale a dizer que lhe cabe decidir se quer ou não valer-se da tutela concedida.

Tudo somado, tendo em conta o figurino seguido, não parece haver espaço para o tribunal declarar *ex officio* a «inexistência» das cláusulas em estima³².

Pensa-se que a estatuição do artigo 8.º pode ser explicada de maneiras muito mais simples e que nada têm a ver com qualquer tipo de juízo de inexistência jurídica ou de invalidade. Basicamente, duas são as justificações possíveis, compatíveis entre si.

Por um lado, aceitar que os artigos 5.º e 6.º preveem dois ónus ou encargos - de comunicação e de informação -, cuja inobservância

³² Neste sentido, v. Ac. do STJ de 07.07.2009 (Oliveira Rocha). Solução oposta é sustentada no Ac. do STJ de 31.10.2023 (Maria João Vaz Tomé) e no Ac. da RL de 18.06.2009 (Maria José Mouro).

acarreta, naturalmente, a não obtenção da vantagem inerente³³. Alguns argumentos depõem neste sentido.

Desde logo, adstringindo o artigo 227.º do Código Civil os negociantes ao cumprimento de deveres de informação (e implicitamente de comunicação), seria redundante que o legislador optasse por repetir esse comando na LCCG. A disparidade das estatuições previstas por ambas as normas permite, contudo, perceber que, em rigor, o seu objeto não é coincidente. O artigo 8.º possui um conteúdo próprio, não surgindo assim como uma mera réplica do artigo 227.º. Enquanto neste se determina a possível responsabilidade pré-contratual da parte *in contrahendo* que incumpre os deveres de informação e de comunicação decorrentes da boa-fé, naquele a intenção da lei foi a de privar o utilizador da vantagem que para ele a cláusula excluída representaria. Se quis incluir essa cláusula no negócio é porque nela tinha interesse. Para que esse interesse seja satisfeito e mereça tutela, tem de a comunicar ao aderente e de o informar do respetivo teor. Não o fazendo, não retirará o benefício pretendido.

Para além disso, convém não esquecer que a exclusão da cláusula opera com a simples inobservância dos comportamentos previstos nos artigos 5.º e 6.º da LCCG, não requerendo uma atuação culposa por parte do agente. Ora, como é sabido, o sancionamento do incumprimento de um dever - leia-se responsabilidade - não se basta com a mera violação da proibição ou desrespeito pela imposição, exigindo simultaneamente a presença de culpa. A ausência desta exigência depõe, portanto, contra a qualificação como dever das situações jurídicas estatuídas nessas normas.

Por outro lado, e de um prisma diverso, importa salientar que, se uma cláusula não foi comunicada ou não foram prestadas as informações necessárias para o seu conhecimento efetivo, o aderente não a aceitou. A sua declaração de vontade não a compreendia, não havendo quanto a ela aceitação. Resulta do artigo 4.º da LCCG - em sintonia com o disposto no artigo 232.º do Código Civil - que a inclusão de uma

³³ Neste sentido, v. MENEZES CORDEIRO (2021), pp. 428 e ss. V., ainda, Ac. do STJ de 31.10.2023 (Maria João Vaz Tomé).

cláusula contratual geral num contrato se dá com a aceitação. *A contrario*, não havendo aceitação, a cláusula não é incluída no negócio³⁴.

As especificidades das negociações com recurso a cláusulas contratuais gerais faz com que seja possível o aderente – ou seja, aquele que não escolheu aquele modelo negocial, nem tão-pouco contribuiu para o desenho do respetivo clausulado – surgir como proponente, cabendo ao utilizador – a quem efetivamente coube a opção de enveredar por aquele caminho e adotar um determinado paradigma contratual – assumir a posição de aceitante. Há, no fundo, uma inversão (artificial) de papéis. Quando assim é, impõe-se não esquecer a verdadeira norma prevista no artigo 4.º da LCCG: a conclusão de um contrato pressupõe um acordo das partes relativamente às respetivas cláusulas. Não é por os papéis se inverterem que se fica dispensado de a respeitar.

O facto de tradicionalmente esse acordo se consolidar com a aceitação do destinatário da proposta, não significa que não tenha igualmente de existir a anuência do proponente. Quando é ele o autor da proposta, parte-se logicamente do princípio de que concorda com tudo o que está a propor. Esse tipo de raciocínio não vale, contudo, no caso ora em apreço. Mas o artigo 4.º também não identifica aceitante com destinatário da proposta negocial, preceituando simplesmente que a celebração do contrato se dá com o acordo das partes. Ou, se se preferir um sentido mais próximo da letra da lei, com a aceitação do aderente, independentemente se na situação em concreto está a agir nas vestes de proponente ou de destinatário da proposta. Careceria de sentido que aquele a quem incumbe o ónus de comunicar uma cláusula ou de prestar as informações relevantes para o seu efetivo conhecimento pudesse beneficiar de uma cláusula relativamente à qual não observou os ónus que sobre ele impendiam, apenas e tão-só porque decidiu inverter os papéis dos intervenientes. Seria a fuga perfeita à observância do ónus que a lei lhe impõe.

Uma análise rigorosa da situação permite perceber que efetivamente não houve acordo relativamente a certas cláusulas, inviabilizando desse

³⁴ Curiosamente, COSTA (2023), p. 293, que parece vislumbrar na estatuição do artigo 8.º da LCCG um caso de inexistência jurídica, defende simultaneamente a ausência de aceitação relativamente às cláusulas visadas pela prescrição do referido artigo 8.º, invocando para tal justamente o disposto no artigo 4.º do diploma. V., ainda, Ac. do STJ de 31.10.2023 (Maria João Vaz Tomé).

modo a sua inclusão no contrato. Como esclarece Mafalda Miranda Barbosa, «por força das regras próprias da interpretação dos contratos e da sua formação», deve, nesses casos, considerar-se «que as declarações negociais não integravam determinadas estipulações»³⁵.

Qualquer destes caminhos parece espelhar de maneira mais precisa o regime legal, sendo simultaneamente mais adequados do ponto de vista jurídico, quer numa perspetiva concetual quer num prisma sistemático. Em todos eles, a solução final não passa pela inexistência jurídica da cláusula excluída. O primeiro conduz à não obtenção da vantagem associada ao ónus, o segundo à inexistência material por falta de acordo³⁶.

7. Conclusão

Em resposta à pergunta que deu mote a este texto, poderá dizer-se que o trajeto percorrido aponta claramente numa direção: a inexistência não é um desvalor genérico do Direito Civil.

As alusões esporádicas que o Código Civil faz a esta figura parecem constituir um resquício histórico de uma tradição surgida por razões puramente pragmáticas, expressando em regra situações de inexistência material, de nulidade ou de ineficácia.

De igual modo, ainda no âmbito desse diploma, os casos identificados por alguma doutrina ou jurisprudência como de inexistência jurídica - não obstante a ausência de apoio literal que deponha nesse

³⁵ V. MIRANDA BARBOSA (2021), p. 326. Pensa-se também ser este o entendimento de PINTO MONTEIRO (1986), pp. 750-71. Menos clara apresenta-se a posição de SOUSA RIBEIRO (1999), pp. 378-380, pois se, por um lado, parece considerar que o está em causa é justamente a não inclusão ou ingresso da cláusula no contrato - nos termos do artigo 4.º da LCCG -, por outro lado, vem simultaneamente sustentar tratar-se de um caso de inexistência e não de nulidade. É verdade que o autor não qualifica a inexistência como inexistência jurídica e que a explicação apresentada nas páginas dedicadas ao tema indicia uma situação de inexistência material; mas é igualmente inegável que a simples colocação da questão sobre se o artigo 8.º determina a inexistência ou a nulidade das cláusulas não comunicadas ou em que não se forneceram as informações necessárias para o seu efetivo conhecimento legitima a dúvida quanto à correção dessa interpretação.

³⁶ Neste sentido, v. MIRANDA BARBOSA (2021), p. 326. Pensa-se ser também esta a visão de OLIVEIRA ASCENSÃO (2003), pp. 127-128 e (2003-a), p. 11, quando refere haver aí um simples fenómeno de inexistência diferente da inexistência jurídica.

sentido - não passam de uma interpretação assente num preconceito: o dogma da vontade, enquanto elemento estrutural essencial da declaração. Tentou demonstrar-se que semelhante raciocínio peca por falta de coerência interna e por não encontrar respaldo na lei.

Por fim, as breves referências à figura encontradas em legislação avulsa também não permitem uma inversão da conclusão até agora retirada. Uma leitura mais fina das normas em questão revela que as mesmas são fruto de alguma falta de rigor linguístico do próprio legislador.

Bibliografia

- ALARCÃO, Rui de, «Invalidade dos negócios jurídicos - anteprojecto para um novo Código Civil», *BMJ*, n.º 89, outubro de 1959, pp. 199-267.
- ALARCÃO, Rui de, «Reserva mental e declarações não sérias», *BMJ*, n.º 86, maio de 1959, Lisboa, pp. 225-231.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos V - Invalidade*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2020.
- ANDRADE, Manuel Domingues de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, Almedina, Coimbra, 1960.
- ANTUNES, Ana Filipa Morais, *Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.
- ARMBRÜSTER, Christian, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 1, §§ 1-240, 10.ª ed., Beck, München, 2025, pp. 1465-1468.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e o Novo Código Civil*, abril de 2003-a, <https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-CLAUSULAS-CONTRATUAIS-GERAIS-CLAUSULAS-ABUSIVAS-E-O-NOVO-CODIGO-CIVIL.pdf> (consultado a 27.06.2025).
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil - Teoria Geral do Direito Civil*, II, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003.
- BARBOSA, Mafalda Miranda, *Lições de Teoria Geral do Direito Civil*, 2.ª ed., Gestlegal, Coimbra, 2022.
- BARBOSA, Mafalda Miranda, «Considerações acerca do tamanho das letra: a propósito da recente alteração ao DL n.º 446/85, de 25 de outubro», *Estudos de Direito do Consumidor*, CDC/FDUC, Coimbra, 17, 2021, pp. 307-330.
- BARBOSA, Mafalda Miranda, *Falta e Vícios da Vontade - Dogmática e Jurisprudência em Diálogo*, Gestlegal, Coimbra, 2020.
- BYDLINSKI, Franz, «Erläuterungsbewußsein und Rechtsgeschäft», *Juristenzeitung*, I, Januar 1975, Tübingen, pp. 1-7.

- BYDLINSKI, Franz, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes*, Springer, Wien - New York, 1967.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, «Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht», *Gesammelte Schriften*, Bd. 2, publicado por Jörg Neuner e Christoph Grigoleit, De Gruyter, Berlin-Boston, 2012.
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, II, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 2021.
- COSTA, Ricardo, «Os deveres de comunicação e de informação no regime dos contratos de adesão e a jurisprudência do STJ», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Pinto Monteiro*, Volume I - *Direito Civil*, Universidade de Coimbra - Instituto Jurídico, Coimbra, 2023, pp. 273-294.
- FERNANDES, Luís Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 5.^a ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010.
- HÖRSTER, Heinrich Ewald, e Silva, Eva Moreira da, *A Parte Geral do Código Civil*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2019.
- LIMA, Fernando Pires de, «Constituição do estado de casado - anteprojecto de um dos livros do futuro Código Civil», *BMJ*, n.º 89, outubro 1959, pp. 171 e ss.
- MARQUES, José Dias, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 1959.
- MENDES, Evaristo e Sá, Fernando Oliveira e, «Comentário ao artigo 245.º», *Comentário ao Código Civil - Parte Geral*, 2.^a ed., UCP Editora, Lisboa, 2023, pp. 695-697.
- MENDES, Evaristo e Sá, Fernando Oliveira e, «Comentário ao artigo 246.º», *Comentário ao Código Civil - Parte Geral*, 2.^a ed., UCP Editora, Lisboa, 2023, pp. 697-701.
- MENDES, João de Castro, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1979, revista em 1985.
- MONTEIRO, António Pinto, «Os contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro», *Revista da Ordem dos Advogados*, 1986-III, pp. 733-769.
- NEUNER, Jörg, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 13.^a ed., Beck, München, 2023.
- PINTO, Carlos Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, revisto por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 4.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- PINTO, Paulo Mota, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Coimbra, 1995.
- PLANIOL, Marcel, *Traité Elementaire de Droit Civil*, I, 13.^a ed., Librairie Cotillon - F. Pichon, Successeur, Éditeur, Paris, 1904.
- RIBEIRO, Joaquim Sousa, *O Problema do Contrato. As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Almedina, Coimbra, 1999.

STAUDINGER / SINGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. I §§ 90-124 e 130-133, De Gruyter, Berlin, 2021, pp. 544-550 e 656-672.

TELLES, Inocência Galvão, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

VASCONCELOS, Pedro Pais de e Vasconcelos, Pedro Leitão Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.^a ed., Almedina, Coimbra, 2019.

WERBA, Ulf, *Die Willenserklärung ohne Wille*, Dunker und Humblot, Berlin, 2005.

A alteração das circunstâncias

Algumas questões, a propósito do § 313 do BGB*

MANUEL CARNEIRO DA FRADA

Os tempos recentes - especialmente em virtude da pandemia da Covid-19, mas já antes, por força dos efeitos da crise financeira de 2008 nos contratos - têm convocado os juristas portugueses a um aprofundamento do tema da alteração das circunstâncias. O confronto com o regime alemão, introduzido pela reforma do direito das obrigações de 2002, traz à superfície algumas questões, orientações e alternativas fundamentais, tanto para a sua compreensão geral, como para um adequado entendimento do direito português.

I - Introdução; uma breve comparação entre o art. 437.º/1 do Código Civil e o seu congénere germânico

1. Segundo o art. 437.º/1 do Código Civil português: «Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.»

Estabelece depois o n.º 2 que, «[r]equerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior».

Por sua vez, o § 313 (1) do BGB prevê que «[q]uando as circunstâncias que constituíram a base do contrato se alteraram significativamente após a sua celebração, e se as partes não o tivessem então celebrado ou o tivessem feito com outro conteúdo, pode requerer-se a adaptação do contrato desde que, consideradas todas as circunstâncias do caso

* O presente texto foi também destinado a integrar um estudo dedicado a JÖRG NEUNER, entretanto publicado em FRADA (2025), pp. 27 ss. Por opção do autor, o presente artigo não segue o acordo ortográfico.

concreto, e em especial a distribuição contratual ou legal do risco, seja inexigível a uma das partes a manutenção da sua vinculação ao contrato inalterado».

Acrescenta-se a seguir, § 313 (3), 1.^a parte, que «[n]ão sendo possível a adaptação do contrato ou não sendo ela exigível a uma das partes, a parte lesada pode desvincular-se do contrato».

Há, como se percebe, diferenças entre as duas disposições. O art. 437.º/1 assenta na noção de «anormalidade da alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar», enquanto o § 313 (1) requer que o carácter significativo da alteração das circunstâncias seja avaliado à luz da vontade hipotética das partes, exigindo que elas não tivessem então celebrado o contrato ou o tivessem celebrado com outro conteúdo.

Mas ambos os sistemas convergem na irrelevância da alteração das circunstâncias em ordem à resolução ou à modificação do contrato, se ela se situar no âmbito dos riscos próprios do contrato atingido; especificando o direito alemão que importa levar em conta as regras contratuais ou legais de distribuição do risco contratual.

Também a *ratio iuris* que transparece é expressa de modo dissonante. Enquanto para o direito português a resolução ou a modificação do contrato a que tem direito a parte lesada é admitida «desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé», o direito alemão permite a adaptação ou a desvinculação do contrato se for «inexigível» à parte afectada a manutenção da sua vinculação contratual.

Numa ponderação global, as diferenças entre ambos os ordenamentos não serão excessivas, nem provavelmente especialmente significativas nas suas consequências. Contudo, considerando o debate surgido em Portugal em torno da aplicação do art. 437.º/1 no contexto, sobretudo, da Covid-19 e, antes, da crise financeira de 2008, justificar-se-á uma revisita ao tema, tendo presente a solução actual do direito alemão.

2. Na alteração das circunstâncias está à prova, essencialmente, uma orientação mais objectivada - reflectida no teor da norma portuguesa -, por contraste com a intonação subjectiva, orientada pela vontade hipotética das partes, do direito germânico.

Dada a elasticidade interpretativa que possuem, num e noutro sistema, as duas cláusulas gerais por força do balanceamento móvel dos conceitos indeterminados que empregam, confrontam-se, essencialmente, duas perspectivas fundamentais que se deixam documentar no espaço jurídico luso, mas também no tudesco¹. Em conformidade, lembra lapidar e certamente um autor de referência, em manual de proa de que é autor, que, na alteração das circunstâncias entendida enquanto perturbação do programa obrigacional se evidencia a tensão com uma dimensão subjectiva, própria do direito dos vícios da vontade e do erro².

As considerações seguintes inscrevem-se neste debate e ajudam a compreendê-lo.

II - As dificuldades da doutrina da base negocial na articulação com os riscos próprios do contrato

1. Tal como a alemã, a cláusula geral portuguesa da alteração das circunstâncias é composta de vários segmentos. Eles ordenam-se num micro-sistema cujo cerne se encontra, em Portugal, na locução «princípios da boa fé». Este constitui o núcleo da norma, por referência ao qual todos os seus demais elementos se concretizam, e sobre os quais exerce uma força centrípeta, agregadora.

Considerando o teor da norma portuguesa, estão em causa, como requisitos positivos, «a alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar», a «lesão consequente» sofrida por uma delas e, negativamente, «a não cobertura pelos riscos próprios do contrato».

A indeterminação destes seus elementos, a sua referência aos «princípios da boa fé» e a recíproca implicação e a inseparabilidade das questões-de-facto e das questões-de-direito tornam a aplicação da norma difícil. Se se apresenta inevitável a comunicação ou a sobreposição de valorações num processo metódico que é unitário e que não consente decomposições artificiais ou sequenciações estanques, são

¹ Com referências, sobre este e outros pontos adiante referidos, veja-se o nosso FRADA (2021), pp. 31 ss.

² Cfr. NEUNER (2020), p. 512, a introduzir o tema.

também habituais, tanto na prática judiciária como no discurso jurídico, as circularidades de raciocínio, naturalmente a evitar.

2. Assim, o segmento inicial da norma - a alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar - converge facilmente com o último. Pois pode dizer-se que, no fim de contas, só é de considerar anormal aquela alteração que não corresponde aos riscos próprios do contrato.

A dificuldade evita-se interpretando a alteração em causa como correspondente à base negocial em sentido subjectivo - num sentido que se diria quase-negocial, equivalente, se se quiser, à «pressuposição das partes» -, tomada essencialmente como elemento de uma realidade de facto, isto é, fundada na vontade das partes tal como esta se manifestou; distinta, pois, do conceito jurídico-normativo dos riscos próprios do contrato da parte final da norma.

Já se estiver em causa uma consideração/valoração objectiva daquilo que constitui a referida alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar, instala-se facilmente uma convergência com o requisito dos riscos próprios do contrato. Só é anormal aquela alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar que ultrapasse esses riscos³. Os riscos próprios do contrato não podem, por definição, consubstanciar uma alteração relevante. Mais ainda: a base negocial em sentido objectivo mescla-se, em Portugal, com o que possam determinar os «princípios da boa fé», atenta a força centrípeta exercida pelo núcleo do preceito. A separação dos elementos surge artificial e conduziria, fatalmente, a um *circuitus inextricabilis*.

Similarmente, poderá certamente referir-se a respeito da norma germânica, que tomando-se a vontade (hipotética) das partes essencialmente como realidade subjectiva e fáctica, a sua ponderação manter-se-á distinta da ponderação dos riscos próprios do contrato que, segundo o § 313 (1), excluem a adaptação do contrato quando a alteração verificada se dá nesse âmbito. De outro modo, se estiver em causa a razoabilidade da vontade (independente de qualquer lastro fáctico), há uma inevitável

³ Embora a previsão legal inculque uma apreciação cronológica e sequencial dos referidos requisitos, a apreciação sintetiza-se certamente num único juízo global.

convergência: a vontade razoável não é mais do que uma vontade justa. E a justiça explica, então, a inexigibilidade da manutenção do contrato para o devedor, misturando-se com esta.

Compreende-se, naturalmente, a solução do direito alemão: só pode ser considerada a alteração das circunstâncias perante a qual as partes não teriam contratado, ou não o teriam feito naqueles moldes. Resta saber se esse requisito deve ser concebido como positivo, à semelhança do que dispõe o § 313 (1), ou apenas enquanto requisito negativo de controlo, para excluir da relevância as alterações não conformes com ele (como se poderia pretender para o sistema português, ainda que no silêncio da lei).

3. Decorre do exposto que a relação de regra/excepção que a norma portuguesa apresenta - ao excluir *in fine*, da resolução ou modificação aquelas alterações situadas, afinal, dentro dos riscos próprios do contrato - só é juridicamente operativa se se parte da vontade das partes para determinar a alteração das circunstâncias relevante para efeito da aplicação desse regime.

Apenas deste modo adquire significado autónomo a distribuição do ónus da argumentação que dela decorre⁴. De outra forma, optando-se pela doutrina da base negocial objectiva, não há possibilidade de, numa situação de *non liquet* argumentativo, conferir prevalência em favor da resolução ou modificação do contrato como parece haver de extrair-se da norma portuguesa. Na realidade, essa prevalência também só parece justificar-se materialmente se e na medida em que a vontade das partes se possa apresentar como critério da relevância da alteração.

III. Da base negocial objectiva enquanto fórmula vazia à imperfeita adequação do regime da alteração das circunstâncias à base negocial subjectiva (ou à pressuposição)

1. Verifica-se, assim, que a doutrina da base negocial, se tomada em sentido objectivo, apresenta óbvias dificuldades para explicar um regime legal da alteração das circunstâncias tão diferenciado nos seus pressupostos.

⁴ Cfr. o nosso Frada (2021), p. 53.

Só a base negocial subjectiva, radicada nas representações e na vontade das partes facticamente ocorridas, acaba por justificar a autonomia em relação ao que constituem os riscos próprios do contrato.

Mas importa distinguir dessa vontade aquilo que é mera expressão da razoabilidade. A vontade razoável das partes, na sua objectividade, representa uma vontade justa, e redundante, assim, na ponderação do que imponham os «princípios da boa fé», o núcleo do preceito luso.

2. O § 313 (1) do BGB, por sua vez, alude à vontade hipotética comum das partes como requisito da aplicação do regime que estatui. Só pode ser relevante aquela alteração perante a qual as partes, se a houvessem previsto, não tivessem celebrado o contrato ou o teriam celebrado noutros moldes. Mas não sujeita essa vontade, *apertis verbis*, a um controlo de razoabilidade. O que poderia restringir intoleravelmente o campo da alteração das circunstâncias: bastaria a parte não afectada pela alteração mostrar que sempre o teria celebrado.

Por isso, a doutrina da base negocial subjectiva aparentemente convocada pelo § 313 (1) do BGB tem sido, em Portugal, matizada com recurso à fórmula segundo a qual, para a resolução ou modificação do contrato pode bastar que uma das partes, de harmonia com a boa fé, haja de aceitar a oponibilidade de uma circunstância relevante para a outra parte como circunstância que era recognoscivelmente alicerce da decisão de contratar dela, ou deveria hoje ser considerada como tal⁵. Não se torna, assim, necessário sequer que as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tenham sido explicitadas por uma delas à outra.

Mas se assim é, então a resolução ou modificação do contrato não se articula, na realidade, derradeiramente, com uma qualquer vontade das partes realmente ocorrida. Está certamente em causa a força centrípeta exercida pelo critério central do art. 437.º/1 nos elementos mais periféricos da norma. Só que os princípios da boa fé que constituem o seu cerne convocam então um fundamento para a vinculatividade

⁵ De harmonia com um juízo de condicionamento *ex post* do negócio segundo a boa fé, como advogava ANDRADE (1998), pp. 40-407, invocando Lehmann. Cotejando esta com outras posições, MOTA PINTO (2005), p. 612.

contratual diverso da mera vontade das partes (embora susceptível, também, de justificar a autonomia privada).

Se convolamos a vontade hipotética das partes numa vontade jurídico-normativa reconstruída e apurada segundo critérios objectivos - v.g. de razoabilidade -, ela torna-se numa vontade ficta. A vontade hipotética objectiva não expressa outra coisa senão a justiça ínsita ou convocada pela relação contratual, tal qual o ordenamento a entende e quer, que se impõe restaurar ou assegurar.

3. Do exposto conclui-se que, se tomada em sentido objectivo, a doutrina da base negocial é uma fórmula vazia, tão-só sintetizadora *ex post* de valorações encontradas fora dela mesma⁶.

Mas o regime português também se apresenta insuficiente no âmbito da base negocial subjectiva, pelo menos quando as partes estabeleceram ou reconheceram por acordo o que constituiu, para elas, a base de um certo negócio.

É que os considerandos iniciais tantas vezes presentes e acordados em muitos contratos conferem logo relevância a qualquer modificação posteriormente verificada no elenco dos pressupostos contratuais ali enunciados (*ab initio*), mesmo que o negócio não tenha sido *apertis verbis* condicionado à verificação desses elementos. Havendo de permitir-se, assim, a invocação da alteração das circunstâncias pela parte prejudicada, sem necessidade de demonstração da anormalidade dessa alteração, assim como da gravidade da lesão dela decorrente para uma das partes - *apertis verbis* exigidas, ambas, pelo art. 437.º/1.

Quer dizer que, neste tipo de casos, a base subjectiva (*oertmaniana*) do negócio ou a pressuposição (*windscheidiana*) do negócio obrigam a ir mais longe na possibilidade de resolver ou modificar o contrato do que o permitiria o art. 437.º/1⁷.

⁶ Eclética, num esforço de conciliação entre os entendimentos objectivo e subjectivo da base negocial (a partir de uma vontade hipotética que considera poder ser objectivada e com eficácia sindicante da subjectividade das partes e ao ponto de retirar quaisquer consequências à distinção entre base negocial objectiva e subjectiva), COSTA (2017), pp. 337 ss.

⁷ Assim como, diga-se de passagem, o disposto no art. 252.º/2 a respeito do erro sobre a base do negócio (contemporâneo à sua celebração). Nesse sentido já o nosso FRADA (2015), pp. 17 ss.

IV. A justiça da relação contratual como fundamento da resolução do contrato por alteração das circunstâncias no direito português

1. As diferenças e as oscilações no plano dos pressupostos do regime da alteração das circunstâncias nos diversos ordenamentos reflectem, como se disse, diferentes perspectivas quanto ao seu fundamento.

Tendo também presente o panorama da doutrina portuguesa, pode dizer-se que se defrontam duas orientações fundamentais. A primeira, em parte talvez por influência do teor do § 313 (1) germânico - no apelo que faz à vontade que as partes teriam tido se tivessem previsto essa alteração -, procura encontrar a razão-de-ser de tal regime na vontade, ainda, das partes, isto é, na sua autonómica determinação, a respeitar, desenvolver ou colmatar. Não se tratando de obedecer a uma vontade por elas expressa, seria em todo o caso decisiva essa sua vontade, na veste, agora, da sua vontade hipotética, a indagar sempre. Com o que o regime da alteração das circunstâncias se poderia conceber, afinal, como um tema de interpretação complementadora ou de integração de lacunas contratuais⁸.

Seria então de esperar que essa vontade hipotética - essencial para o apuramento da lacuna em que se traduziria a alteração significativa das circunstâncias - constituiria também o critério para o preenchimento dessa mesma lacuna, numa demonstração da unidade metodológica consabidamente existente entre a detecção e a colmatação de lacunas. Surge assim perturbador que o § 313 (1) tenha preferido o critério da inexistência (da manutenção do vínculo contratual) para determinar a adaptação do contrato; abrindo caminho, afinal, a outros fundamentos.

O direito alemão estará, neste ponto, melhor, porque o § 313 (1) confere o direito à adaptação ou à modificação do contrato logo que haja uma alteração das circunstâncias significativa: estas não carecem de ser anormais, bastando que, perante elas, as partes não tivessem contratado ou o não tivessem feito naqueles moldes (dependendo a gravidade da alteração dos pressupostos de um contrato que tenham sido acordados da sua interpretação).

⁸ Veja-se exemplarmente, na Alemanha, FINKENAUER (2023), pp. 351 ss. Outras perspectivas, por exemplo, em TEICHMANN (2014), ns. ao § 313. Em Portugal, procurando explorar o elemento hipotético da vontade das partes na temática da alteração das circunstâncias, mas criticando a sua assimilação ao tema da interpretação e da integração de lacunas (o que se explica por partir de uma noção ampla da vontade hipotética das partes, reconstruída, afinal, a partir de elementos normativos objectivos), veja-se COSTA (2017), pp. 337 ss., e *passim*.

2. Na realidade, a recondução dogmática da alteração das circunstâncias à vontade hipotética das partes e à integração de lacunas não responde adequadamente ao cerne mais relevante da problemática em causa.

Essa vontade poderia servir para resolver diversas questões de falha da base do negócio subjectiva. Mas é manifestamente insuficiente tratando-se, sobretudo, de solucionar situações de absoluta imprevisibilidade, como algumas das «grandes alterações das circunstâncias» recentemente ocorridas. Pois em relação a estas não se pode dizer que estamos perante uma falha de cálculo das partes. Resta então a consideração daquilo que razoavelmente haveria de ter sido querido pelas partes. Só que não é, então, a vontade delas que importa, mas aquilo que é contratualmente justo (e haveria, por isso, de ser razoavelmente querido pelas partes). Tal qual aponta o direito português, está em causa um critério puramente objectivo.

A Covid-19 constitui um excelente exemplo. Uma emergência destas, na total surpresa que constituiu, faz com que o recurso à vontade hipotética das partes não passe de uma pura ficção. E o apelo à vontade razoável constituirá aqui também uma simples etiquetagem formal para um problema que é, nuclearmente, o de saber se a justiça tolera objectivamente a manutenção da relação contratual atingida⁹.

Na realidade, o recurso à lacuna contratual é espúrio enquanto não prescindirmos do critério da falha contrária a um plano¹⁰. Esta não existirá, quer, patentemente, nas alterações das circunstâncias totalmente imprevisíveis (como no caso da Covid-19), quer ainda nas que, podendo antecipar-se em abstracto como possíveis, não ocorrem em situações de

⁹ Em sentido diverso, FINKENAUER (2021), § 313, ns. 41 e 44, para quem não há distinção viável entre integração e correcção do contrato (*rectius*, entre interpretação complementadora e interpretação correctiva do contrato). Para o autor, trata-se, porém, na indagação da vontade hipotética segundo a boa fé, de uma interpretação normativa, no âmbito da qual os critérios do direito dispositivo desempenham um papel importante; e recusa a distinção entre a falsa representação e a ausência de representação da realidade, com o argumento de que em ambos os casos as representações das partes se mostraram divergentes em relação à realidade, e a regulamentação contratual lacunosa.

¹⁰ Considerando, porém, sem hesitação, que a doutrina da alteração das circunstâncias representa uma lacuna dupla: do negócio, que não previu a alteração, e da lei, que nenhum regime estabeleceu para ela, MEDICUS / PETERSEN (2024), p. 375.

normalidade (sirva o exemplo do cruzeiro das Caraíbas em que a hipótese da ocorrência de um tufão que leve a um cancelamento da viagem é conjecturável, mas não corresponde à normalidade das situações).

A lacuna requer que as partes houvessem razoavelmente de ter previsto a perturbação. Assim, aquilo que se apresenta concretamente como não antecipável e/ou as partes não tinham por que contar não representa, só por isso, uma incompletude contratual. Na alteração das circunstâncias só podem estar deste modo em causa os limites que essa mesma vontade apresenta, tal qual efectivamente existente, a respeitar (afinal, como expressa a vetusta *clausula rebus sic stantibus*). Toda a sujeição da conduta das partes a parâmetros de razoabilidade perante a perturbação ocorrida - designadamente para permitir uma modificação do contrato - extravasa essa vontade, uma vez que esta, o mais das vezes, se não apresenta, na realidade, lacunosa.

3. O direito português apresenta, como se disse, um outro critério: na vez - tal qual a norma germânica - do apelo à vontade hipotética das partes, acoplado depois à noção de inexigibilidade da manutenção do contrato, recorre aos «princípios da boa fé» para determinar se o contrato é susceptível de resolução ou modificação.

Trata-se de um parâmetro objectivo do que constituem as exigências da justiça perante a relação contratual afectada.

Tais exigências - sublinhe-se, para evitar equívocos superficiais - impõem sempre a consideração das representações, dos intuitos e das condutas das partes no âmbito do contrato atingido¹¹. Mas não se detêm nelas, nem são derradeiramente condicionadas por elas. Não se trata de completar ainda, de algum modo, a vontade contratual que tiveram, para que ela possa realizar-se ainda - através da adaptação do contrato -, ou de respeitar uma sua condicionalidade imperfeitamente expressa e cingida à manutenção de certas circunstâncias - nos casos de resolução -,

¹¹ Não se trata, pois, de substituir a vontade das partes por qualquer convicção do juiz, pois a justiça que se trata de realizar, não sendo embora a de uma qualquer vontade das partes - na realidade, inexistente -, parte da vontade contratual delas e tem de a considerar (embora se não detenha nela). É o que decorre da remissão para os princípios da boa fé.

quanto de assegurar aquilo que é justo, tendo em conta o que as partes estabeleceram¹².

Os princípios da boa fé convocados pelo direito português não são, pois, também subsidiários ou sindicantes de qualquer vontade hipotética das partes, a considerar primeiro, como aconteceria se a questão fosse de integração de lacunas¹³. Não obsta o facto de a solução (da resolução ou da modificação) poder eventualmente corresponder ao que as partes teriam querido: na realidade, não é essa, em Portugal, a bússola do juiz. Não é isso que o juiz perscruta, antes o que se afigura justo e razoável, fosse qual fosse a vontade das partes.

4. Subjacente ao direito português encontra-se, no fundo, uma concepção segundo a qual a vinculatividade do contrato não repousa, derradeiramente, tão-só em ele ter sido querido pelas partes. A autodeterminação das partes - e o conseqüente *pacta sunt servanda* -, constituindo embora uma exigência indeclinável da justiça, não permite relações contratuais flagrantemente injustas. Não se trata de substituir o clássico *stat pro ratione voluntas* por um também extremo *stat pro voluntas ratio*, mas de reconhecer que a autonomia privada se funda numa razão compreensiva de justiça. Por isso se não trata para o juiz de, perante uma alteração das circunstâncias que ocorra, procurar uma solução entre princípios contraditórios e irremediavelmente antagónicos, sacrificando um deles, antes de postular a integração da autonomia contratual das partes numa teoria da justiça (do contrato) mais compreensiva¹⁴. O art. 437.º/1 não constitui, também por isso, um excepcional *ius singulare*.

De harmonia com o fundamento exposto, percebe-se que o requisito da imprevisibilidade da alteração que é comumente apontado na doutrina não possa ser absolutizado¹⁵. Há muitos eventos que são

¹² Defendemo-lo já no nosso FRADA (2003), pp. 863-864, e nota 966. Reconduzindo também a alteração das circunstâncias a um problema de justiça objectiva, mas muito crítico, a propósito da boa fé, em relação a «uma intonação subjectiva que só complica», OLIVEIRA ASCENSÃO (2002), pp. 202 e 210.

¹³ Segundo o disposto no art. 239.º do Código Civil português, na integração de lacunas importa considerar a vontade hipotética, embora sujeita ao controlo dos «ditames da boa fé».

¹⁴ Focado, antes, no antagonismo dos princípios, MENEZES CORDEIRO (2017), p. 682.

¹⁵ Em sintonia, veja-se NEUNER (2020), referindo-se ao que pode designar-se a imprevisibilidade concreta.

abstractamente antecipáveis como possíveis - volte-se ao exemplo do ciclone que obriga a cancelar um cruzeiro nas Caraíbas - mas nem por isso deixam de consubstanciar uma alteração das circunstâncias relevante. Consentâneo com esse fundamento é antes, como estabeleceu o legislador português, o requisito da anormalidade da alteração.

De resto, a opção do direito português por um critério da relevância da alteração autónoma da subjectividade das partes surge insofismavelmente evidenciada pelo facto de a modificação do contrato a que haja lugar se haver de fazer segundo juízos de equidade. A equidade é uma medida objectiva, embora flexível, que não se detém na vontade das partes. Ela permite, inclusivamente, reequilíbrios do contrato através de compensações à parte lesada, ainda que impensáveis para as partes no momento em que contrataram¹⁶.

V - O papel possível do conceito de inexigibilidade (no confronto com o direito português)

1. Segundo o § 313 (1) do BGB, a alteração das circunstâncias conduz à modificação do contrato na medida em que a uma das partes, considerando as circunstâncias do caso - em especial, a distribuição do risco contratual ou legal -, não seja exigível a manutenção do contrato.

Para o direito alemão, a chave da relevância da alteração das circunstâncias encontra-se, assim, na noção de inexigibilidade¹⁷.

Mas esta não se encontra *apertis verbis* referenciada, no direito germânico, a qualquer padrão. O que, se convoca necessariamente uma interpretação sistemática alargada, confere ao § 313 (1), nas mãos do intérprete-aplicador, uma plasticidade e flexibilidade extremas¹⁸.

¹⁶ Não se trata, pois, apenas de projectar a «equação económica inicial do contrato» para o futuro, pois a perturbação afectou-a irremediavelmente, e a equidade consente modificações que não se podem assumir como mera projecção dessa equação.

¹⁷ NEUNER (2020), p. 519, fala de uma ponderação global.

¹⁸ Neste sentido, FINKENAUER (2021), § 313, ns. 76-77. A fórmula pelo visto corrente na jurisprudência da Alemanha segundo a qual «a invocação da alteração das circunstâncias só é possível se for necessária para evitar um resultado inaceitavelmente desconforme com o Direito e a Justiça e que portanto não pode ser exigido segundo a boa fé à parte lesada» é sincrética e, como o autor reconhece, sem contornos.

Em Portugal, a ideia germânica teve também ecos¹⁹. Não cremos, porém, que haja vantagem em dissolver o nosso tema no âmbito de uma teoria geral da inexigibilidade contratual.

2. A noção de exigibilidade/inexigibilidade é, com efeito, formal. Pode abranger, por isso, outras realidades situadas além da alteração das circunstâncias – como a denúncia *ad nutum* dos contratos duradouros, ou casos de liberação do devedor em face de onerosidades gravemente desproporcionadas da prestação a que não correspondam vantagens ou interesses relevantes do credor, tal qual prevê o § 275 (2) do BGB. Mas não indica o fundamento da relevância da alteração das circunstâncias no domínio dos contratos. Não é, na realidade, susceptível de operar sozinha. Constitui apenas um conceito-ponte, dependendo de um referente que a justifique. Em Portugal, diversamente, relevam, directa e expressamente, as exigências da boa fé (remetendo, como dissemos, para as exigências da justiça da relação contratual afectada)²⁰.

3. Fala-se, a propósito da inexigibilidade, de um critério prático-normativo concretizado no sub-princípio da proporcionalidade (reconduzindo-se a alteração das circunstâncias ao problema geral da onerosidade excessiva da prestação)²¹. Ora, no direito luso, não há que, sobrevinda uma alteração das circunstâncias, proceder a uma comparação entre o sacrifício exigível ao devedor e o benefício que o cumprimento do contrato conferia ao credor [tal qual a que o § 275 (2)

¹⁹ Cfr., em especial, PINTO DE OLIVEIRA (2011), pp. 564 ss. e 573 ss., o qual, contudo, erige a requisito da resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias «que a continuação da relação contratual, originária seja *gravemente injusta*» (itálico no original), vendo mesmo na expressão uma aplicação da conhecida fórmula de RADBRUCH, aplicada à conformação do conteúdo do contrato» (pp. 576-577). Contra, rejeitando o «entendimento do instituto [da alteração das circunstâncias] como uma espécie de cláusula geral de inexigibilidade», COSTA (2017), p. 353.

²⁰ A razão pela qual o legislador germânico, certamente atento ao problema, não mencionou a boa fé no novel § 313 terá sido talvez a preocupação de não multiplicar as referências à boa fé, para manter tanto quanto possível a tradição tudesca de ver no § 242 a disposição-rainha ou o parágrafo-rei do BGB. Também na Alemanha a inexigibilidade da continuação da relação contratual segue o critério da boa fé. Cfr., nesse sentido, FINKENAUER (2021), § 313, ns. 376-377.

²¹ Cfr. PINTO DE OLIVEIRA (2011), p. 564.

do BGB prevê]. O que se trata é de proteger o devedor lesado pela alteração, o qual deverá poder exonerar-se mesmo que o interesse do credor se mantenha²².

De todo o modo, importa notar que se o critério da relevância da vontade das partes (ainda que hipotética) fosse coerentemente seguido para resolver o problema da alteração das circunstâncias, seria dispensável a inexigibilidade: bastaria a demonstração de que as partes não teriam celebrado o contrato (ou não o teriam celebrado naqueles termos) se tivessem previsto a alteração ocorrida, libertando-as da correspondente vinculação (e ordenando ou não a modificação em função do que essa vontade hipotética sugerisse).

O § 313 (1) apresenta-se, assim, se bem vemos, sincrético: se pretendeu conciliar um fundamento objectivo e outro subjectivo para a possibilidade de uma dispensa do princípio *pacta sunt servanda*, o regime nele instituído apresenta-se ambíguo e indefinido do ponto de vista dogmático.

4. Dir-se-á que o direito luso não é também totalmente inequívoco na opção por um padrão objectivado de justiça da relação contratual. Tratar-se-á, porém, de uma ambiguidade diferente. É certo que a expressão «princípios da boa fé» permite do ponto de vista linguístico uma simbiose entre elementos subjectivos e objectivos como critério da resolução ou modificação do contrato, mas o direito português da alteração das circunstâncias, precisamente porque não está vinculado à vontade hipotética das partes, como o direito germânico, não tem necessidade de corrigir essa vontade por uma qualquer noção que a complementa ou, mesmo, se lhe possa contrapor, do exterior: a justiça (da relação) contratual portuguesa apresenta-se integradora da vontade das partes, mas sem se reconduzir a ela, una e integradora das várias dimensões que essa mesma justiça convoca.

²² Nesse sentido, justamente, MORAIS ANTUNES (2024), pp. 108-109.

Bibliografia

- ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II (*Facto jurídico, em especial Negócio Jurídico*), reimpr., Almedina, Coimbra, 1998.
- ANTUNES, Ana Filipa Morais, *Alteração das Circunstâncias, Vulnerabilidade Negocial e Parte Lesada*, Almedina, Coimbra, 2024.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil / Teoria Geral (Relações e Situações Jurídicas)*, III, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, IX, 3.^a edição, Almedina, Coimbra, 2017.
- COSTA, Mariana Fontes da, *Da Alteração Superveniente das Circunstâncias (em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais)*, Almedina, Coimbra, 2017.
- FINKENAUER, Thomas, «§ 313», in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 9.^a edição, C. H. Beck, München, 2021.
- FINKENAUER, Thomas, «Die Kodifikation der Geschäftsgrundlage - Eine Erfolgsgeschichte?», *Archiv für die civilistische Praxis* 223, 2023, pp. 350-403.
- FRADA, Manuel Carneiro da, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2003.
- FRADA, Manuel Carneiro da, «Sobre a interpretação do contrato», in *Forjar o Direito*, 1.^a edição, Almedina, Coimbra, 2015.
- FRADA, Manuel Carneiro da, *Alteração das Circunstâncias e Justiça do Contrato*, Princípiã, Lisboa, 2021.
- FRADA, Manuel Carneiro da, «Die Störung der Geschäftsgrundlage/Brennende Punkte, aus lusitanischer Perspektive», in *Privatrecht, Verfassung und Methode/Deutsches, brasilianisches, chinesisches und portugiesisches Recht im Vergleich. Tagungsband zu Ehren von Jörg Neuner* (herausgegeben von Tiziana J. Chiusi, Paulo Mota Pinto, Karl Riesenhuber, Ingo Sarlet und Reinhard Singer), Beck Verlag, München, 2025.
- MEDICUS / PETERSEN, *Allgemeiner Teil des BGB*, 12.^a edição, C. F. Müller, Heidelberg, 2024.
- NEUNER, Jörg, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 12.^a edição, C. H. Beck, München, 2020.
- OLIVEIRA, Nuno Pinto de, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil* (por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), 4.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- TEICHMANN, Arndt, «§ 313», in *Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch*, Band 3/1, 13.^a edição, W. Kohlhammer, Stuttgart, 2014.

O princípio da justiça comutativa e os contratos usurários*

JOÃO PINTO MONTEIRO

Começo por cumprimentar a coordenação científica destes Encontros de Direito Civil, dedicados ao Contrato - composta por marcantes Juristas de duas das nossas mais importantes Escolas de Direito -, e aproveitar a oportunidade para lhes manifestar a minha satisfação com o sucesso do evento que organizaram, bem como para agradecer o convite que me foi gentilmente endereçado pelas Senhoras Doutoradas Ana Taveira da Fonseca e Elsa Vaz de Sequeira.

Sem me querer alongar - porque enquanto auditor quantas vezes um último orador matinal mais palavroso não me agulhou o apetite para lá do tolerável -, não gostaria, de todo o modo, de começar a minha intervenção sem dirigir uma saudação particular à distinta moderadora dos trabalhos desta nossa mesa, a Senhora Conselheira Maria da Graça Trigo, a quem antecipadamente agradeço alguma paciência de que esta minha indigente contribuição possa necessitar, e aos autores das comunicações que acabámos de ter o privilégio de escutar: os Senhores Doutores Manuel Carneiro da Frada, António Barreto Menezes Cordeiro e Fernando Ferreira Pinto, bem como a Senhora Doutora Filipa Morais Antunes, com quem, todos eles, tenho o prazer de partilhar esta segunda sessão.

Por último, e talvez mais importante, muito agradeço a particular benevolência do distinto público, que nos tem escutado, para uma comunicação quase prandial, que se quer concisa ou, com faculdade alternativa, pelo menos interessante, e que espero não sujeitar agora àquilo de que ainda há um momento reclamei.

* Por opção do autor, o presente artigo não segue o acordo ortográfico.

I - O problema que trago continua a ser actual (talvez até cada vez mais actual), mas não é novo nem é nosso: pelo contrário, era já um velho conhecido de gerações há muito passadas, que pouco ou nada tinham em comum, tanto quanto aos locais que habitaram, largamente incomunicantes entre si, como às civilizações que desenvolveram e respectivos estádios de evolução, frequentemente díspares na maioria dos aspectos relevantes. Alguns dos episódios que regularmente vincaram a sua importância foram sendo registados ao longo da história e são hoje bem conhecidos.

Por exemplo, quando Peter Minuit desembarcou na colónia holandesa de Nova Amesterdão em 1626, Manhattan era habitada principalmente por duas tribos indígenas. Após negociações com uma delas, o jovem alemão acabou por adquirir a ilha inteira a troco de *lana caprina*: bens avulsos cujo valor global não ultrapassaria os vinte e quatro dólares, naquela que terá sido uma das mais sagazes compras de coisa imóvel. Na verdade, a ingenuidade da população nativa e dos seus representantes terá toldado a sua vontade, o que Minuit terá por sua vez explorado para obter benefícios formidáveis.

Como sublinhámos, histórias desta guisa nada têm de novidade, nem tão-pouco se fizeram sentir apenas em episódios isolados, ainda que marcadamente surpreendentes, como o relatado; pelo contrário, bem mais preocupantes - e histórico-juridicamente relevantes - foram aqueles outros que brotaram conjunturalmente, como reflexo de condições socioeconómicas vigentes: famosamente, e muitos centénios antes da descoberta do Novo Mundo, na Atenas do século VI a.C., o aproveitamento de uma grave fragilidade económica dos pequenos proprietários rurais pelas classes abastadas esteve na origem da conclusão de contratos de mútuo a taxas de juro extremamente penosas, cujo pagamento era garantido pelos prédios rústicos dos primeiros - prédios, esses, que lhes asseguravam uma subsistência modesta. De tal forma desequilibrados eram estes acordos que se gerou um clima de revolta popular iminente. SÓLON, cidadão cuja probidade e sensatez eram universalmente admiradas, foi então nomeado para uma profunda remodelação do sistema jurídico, que incluiu a extinção normativa das obrigações (a que chamou «desobrigação», num dos seus habituais eufemismos legislativos), de forma a solidificar a paz social através da concessão de alguma justiça ao povo e de alguma segurança aos nobres.

E apesar da propalada clivagem entre as famílias jurídicas do *civil law* e do *common law* - o primeiro com raízes latinas -, nada há de especificamente greco-romano acerca da sensibilidade jurídica necessária à identificação deste difícil problema: nas ilhas britânicas, e durante muito tempo, os tribunais foram sensíveis à frequente alienação antecipada de heranças - em termos extremamente desfavoráveis - pela jovem nobreza dissoluta, cuja prodigalidade era aproveitada pelo adquirente predatório, e de que aqui já falou o meu caro amigo António Barreto Menezes Cordeiro.

O que há em todas estas situações, isso sim, é uma velha tentação que ensombra a natureza humana desde Eva e Caim, e a que nenhuma cultura nem civilização escapa: o mais forte, o mais sagaz e o mais zeloso - todos estes aproveitam a tibieza, a ingenuidade e a displicência do próximo. E por que não permitir esta exploração do «outro», se vivemos num mundo imperfeito e de recursos escassos, no qual fomos moldados sob o jugo de um imperativo de sobrevivência?

II - Em geral, o Direito tende a concordar com a índole saudável e telúrica do egoísmo de um ser simultaneamente individual e social, que, ao longo de largos milénios, a Natureza aperfeiçoou para perdurar. No plano juscivilístico, tal é patente na índole subjectiva da correspectividade do negócio oneroso: a atribuição patrimonial de cada um dos contraentes é tida como contrapartida suficiente da outra *porque estes assim as terão entendido, sana voluntate*, aquando da emissão das respectivas declarações negociais. Quem por uma bagatela vende uma ilha norte-americana idealmente localizada fá-lo validamente e fica vinculado ao que declarou querer; não pode *repetere* por entretanto se ter arrependido, ainda que tenha passado a precisar desesperadamente do montante pecuniário de que havia prescindido naquele negócio.

Assim é porque o Direito não concede ao devedor uma pura e simples faculdade de voltar atrás, de se libertar - sem quaisquer requisitos adicionais - de uma obrigação que simplesmente passou a ser, ou que sempre lhe foi, calamitosamente desvantajosa. A própria lógica o impõe: se um sujeito pode doar (não recebendo qualquer contrapartida), por que não há-de poder também vender por uma fracção do preço (o que sempre implicará receber uma contrapartida, mesmo que ínfima)?

A solução oposta impediria o Direito de cumprir o seu papel de regulamentação *segura e previsível* dos comportamentos humanos tendentes à satisfação de utilidades - individuais ou colectivas - num quadro factual composto por circunstâncias, *inapreensíveis e imprevisíveis, na sua totalidade*, que influenciam o homem e o seu comportamento. Permitir o arrependimento impediria que o sistema jurídico pudesse garantir ao titular de um direito subjectivo o aproveitamento de certo bem, enquanto este direito se mantiver na sua esfera jurídica, e a cristalização do respectivo poder de aproveitamento das utilidades desse bem, em face da mutabilidade do mundo exterior à relação jurídica.

Enquanto sistema previsível que assenta na vontade saudável de sujeitos, que, portanto, dão a si mesmos a sua própria lei, não se justificaria uma fonte de insegurança como o arrependimento de alguém que, tendo entrado de «olhos abertos» numa relação jurídica que o sujeita a um dever de prestar, pudesse mais tarde *reconsiderar e voltar atrás* com a palavra dada. Pode mesmo afirmar-se que permitir a modificação ou extinção de um direito de crédito ao sabor das mudanças de ideias de alguém que tomou as suas próprias opções livres destruiria a *utilidade* desse direito.

Em contrapartida, também é verdade que *os seres humanos não são animais solitários; necessitam de colaborar* uns com os outros para melhor aproveitarem os recursos limitados de um ambiente indiferente ao seu conforto e satisfação, e assim promoverem a sua própria sobrevivência e bem-estar individuais - assim como os do grupo. Quer se trate de um instinto decorrente de um património genético apurado por milénios de vida (necessariamente) em conjunto, quer resulte de construções sociais ou religiosas (como a «regra dourada»: não faças aos outros o que não queres que te façam), *existe no ser humano uma típica reacção visceral de repugnância face a desequilíbrios comutativos excessivos e imerecidos*.

Nem poderia ser de outra forma, pois que a questão é de vida ou morte: a generalização de uma prática de aproveitamento grotesco das insuficiências do outro, sem quaisquer limitações, minaria a própria tessitura social que torna possível a sobrevivência da nossa espécie. Quando puras preocupações de certeza põem em causa a justiça, aquelas correm o risco de inviabilizar a própria segurança que o presente sistema jurídico torna possível, ao introduzirem o sério risco de convulsões de

iniciativa social, dada a destabilização que causam a este último nível. Apesar de não ser propriamente conhecido enquanto civilista, afirmava já ADAM SMITH com pertinência: «[i]n order to enforce the observation of justice, therefore, nature has implanted in the human breast that consciousness of ill-desert, those terrors of merited punishment which attend upon its violation, as the great safe-guards of the association of mankind, to protect the weak, to curb the violent, and to chastize the guilty»¹.

Este sentimento é traduzido por um hùmus axiológico - valores *incontornáveis* -, que as comunidades prezam mais ainda do que a preocupação de previsibilidade no aproveitamento de bens, a partir da qual germina qualquer ordenamento jurídico. Esta preocupação não tem de ceder perante um arrependimento relativo a um negócio simplesmente desfavorável, mas desde sempre existiu nas sociedades humanas uma reprovação de tal modo severa do *excessivo aproveitamento de uma fragilidade*, que o Direito admite postergar o interesse do credor em nome de outros interesses - superiores - que certas regras reflectem.

Nas palavras de alguns dos nossos mais insignes Mestres: «[...] a ideia de que existe um limite para as vantagens que, por via negocial, se possam obter à custa de outrem, corresponde a um sentimento profundo da alma humana, que não pode deixar de se repercutir na Ciência do Direito»². «O contrato, transformado transitoriamente em arena de egoísmos, tinha de voltar a ser o que sempre fora - a sede da justiça comutativa»³, pois «[v]erdadeira justiça só será a que se recusa a cobrir com o equilíbrio aparente das justificações formais as verdadeiras injustiças dos desequilíbrios reais»⁴.

Estas considerações revestem-se de uma importância adicional quando tomamos em conta que o contrato é justamente um utensílio que desempenha um papel fundamental na coesão social. Como salientava

¹ SMITH (1761), p. 148. Esta afirmação é confirmada por variadíssimos autores modernos da *behavioral economics*.

² MENEZES CORDEIRO (2014), p. 475.

³ GALVÃO TELLES (1950), p. 244.

⁴ CASTANHEIRA NEVES (1967), p. 508.

HUGO GRÓCIO, «*nam inter contrahentes propior quaedam est societas, quam quae communis est hominum*»⁵.

III - O regime da usura é um dos institutos que de forma mais explícita dá corpo jurídico àquele sentimento colectivo, vendo como patológica a *desigualdade excessiva* quando esta emerge associada a uma vontade que se formou a partir do *aproveitamento*, por parte do declaratório, de uma *situação de inferioridade* do declarante.

Através desta figura, o sistema jurídico consegue estabelecer um *equilíbrio entre o sentimento de repulsa pela desigualdade iníqua e a função de segurança e de previsibilidade*. Não há confiança do declaratório a proteger - este sabia, ou deveria ter sabido, que tais comportamentos odiosos não merecem protecção; há uma censura à sua conduta que posterga a confiança que dela pudesse nascer, envenenada pelo comportamento nefando do próprio.

Em suma, o problema que o instituto da usura visa solucionar é simples, pelo menos na sua colocação: *a realização da prestação representa um sacrifício patrimonial desmedido, que foi imposto ao devedor pelo declaratório, ao aproveitar uma sua inferioridade, aquando da emissão da declaração de vontade*.

A dificuldade está, claro, em saber *quão abusivo terá de ser o comportamento do declarante e quão excessivo terá de ser o desequilíbrio*, para que a máquina do Direito se movimente.

Apesar da longa extensão de tempo em que esta dificuldade se tem feito sentir (que com toda a certeza podemos afirmar espraiar-se até ao alvor da História, e com alguma confiança acrescentar que provavelmente o atravessa), durante a maior parte deste período ela foi sendo superada exclusivamente através de soluções pontuais desenhadas à medida do concreto problema de desequilíbrio económico-prestacional em causa - e só ao fim de largos séculos foi tomando forma uma cuidada generalização dessas soluções.

O próprio direito romano clássico não curou da equivalência prestacional em termos gerais. E o mesmo se diga do direito ático e dos

⁵ GROTIUS [ou Groot] (1913), p. 230 («Na verdade, há entre os contraentes uma parceria mais coesa do que a que existe no âmbito da comunidade dos homens»).

sistemas jurídicos elementares anteriores, pesem embora as intenções que imbuíam as soluções com que, também eles ocasionalmente, asseguravam alguma justiça comutativa.

Uma destas referências incidentais, embora já relativamente mais cuidada e amadurecida, e que viria a tornar-se crucial enquanto ponto de partida de incontáveis desenvolvimentos científicos, figura em dois textos do *Codex do Corpus Iuris Civilis*, o mais conhecido e relevante dos quais é C. 4, 44, 2, e que é rudimentarmente traduzível nos seguintes termos: «Se tu ou o teu pai - caso sejas menor - venderem a quinta por um preço inferior [ao que ela objectivamente vale, subentende-se], é justo, ou que, sendo o preço por ti restituído ao comprador, recebas [de volta] a quinta vendida, mediante a autoridade intercedente do juiz, ou que, se o comprador preferir, pague, e tu recebas, um preço justo. Mas o preço deve ser tido como baixo caso nem a metade do preço verdadeiro tenha sido paga.»

Estava assim encontrado um possível critério - se generalizado - do sacrifício patrimonial exigível a cada uma das partes de um contrato bilateral oneroso, determinado por referência ao valor objectivo comparativo da contraprestação: um contraente tem de cumprir nos termos acordados desde que o valor objectivo da contraprestação não fique á quem da metade do valor objectivo da sua própria prestação. Já se o sacrifício imposto ao mesmo contraente, com a realização da prestação, fosse «*ultra dimidiam*» - porque implicou abrir mão de mais de metade do valor «verdadeiro» (para empregar a expressão do *Codex*) da sua prestação, face ao valor daquilo que tem a receber da contraparte -, então seria intolerável que ele tivesse de o suportar.

Apesar de tosca na sua geometria, retenhamos esta expressão latina e a solução que lhe corresponde; não só influenciou séculos de discussão, como também nos será de certa forma útil já daqui a pouco.

Entretanto, e regressando ao presente e à nossa geografia, hoje e entre nós - à semelhança do que sucedeu noutros tempos e sucede noutros lugares - a mera desproporcionalidade entre o valor das prestações a cargo de cada um dos contraentes não tem relevância jurídica autónoma, mas antes coexiste com outros elementos, de natureza diversa - todos em conjunto, sob a roupagem do já referido conceito de «*usura*» -, sujeitos à alçada geral da hipótese do artigo 282.º CC. Este preceito constitui

um novo começo - após a *tabula rasa* feita pelo diploma que imediatamente o precedeu (o Código de Seabra, de 1867) - e, sem dúvida, um desenvolvimento feliz, no sentido de, recordando as palavras de ANTUNES VARELA, facultar «ao julgador uma apreciação criteriosa da relação contratual através de uma linguagem que o código (de 1867) em regra desconhece, ou mal balbucia num ou noutro preceito isolado»⁶.

A redacção actual do artigo 282.º decorre do Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de Junho, que diverge da letra original em alguns pontos, com consequências não despidiendas. No entanto, a estrutura e teleologia do preceito mantiveram-se essencialmente intactas: a hipótese do seu n.º 1 continua a exigir, primeiro, que o declarante se encontre numa *situação de inferioridade*; segundo, *que o declaratório a explore*; e, terceiro, que esta actuação proporcione ao declaratório, ou a um terceiro, «a promessa ou a concessão de benefícios excessivos ou injustificados».

Os dois primeiros requisitos são de índole subjectiva; o terceiro - benefícios excessivos ou injustificados - constitui o elemento objectivo, que corresponde ao sacrifício patrimonial suportado pelo declarante.

É neste último elemento - o objectivo, associado à medida do sacrifício patrimonial para além da qual se tem a exploração da situação de inferioridade do declarante como invalidante do negócio - que me vou centrar, no quadro de contratos bilaterais e onerosos em que a contraparte é a beneficiária, curto que é o nosso tempo para abarcar a complexidade inerente a uma norma resultante de uma tão longa e rica história de sedimentação jurídica.

Pergunta-se, então: qual é a medida do desequilíbrio que é suportável? Qual é a medida do desequilíbrio contratual que é «excessiva» ou «injustificada»? Será mesmo um *ultra dimidiam* - uma das partes ter a receber da outra algo com um valor objectivo inferior à metade do que tem de prestar? Ou será outro o critério a perfilhar? É o que se pretende saber e telegraficamente justificar.

IV - Como assinalámos, a redacção vigente do n.º 1 do artigo 282.º determina que os benefícios prometidos ou concedidos por força da

⁶ VARELA (1966), pp. 20 e 21.

exploração de situações de inferioridade tenham de ser «*excessivos ou injustificados*», para que o negócio de que provêm seja anulável por usura.

É aqui de aplaudir a supressão do advérbio de modo «*manifestamente*», empregado para caracterizar a medida da excessividade dos benefícios transmitidos, e constante da redacção anterior.

«Manifestamente» tinha um significado quantitativo: a excessividade do benefício devia «saltar à vista»; não devia haver dúvidas quanto à falta de equivalência - *objectiva* - entre as prestações. Ao afastar aquele vocábulo da hipótese, o legislador flexibilizou o microssistema normativo do n.º 1 do artigo 282.º, assegurando a sua fluidez e maleabilidade, assim como uma mobilidade mais conducente à compensação recíproca entre os elementos subjectivos e o objectivo, que ora nos interessa em particular.

Isto não significa que, a propósito deste elemento objectivo, tenha deixado de ser exigida uma falta de equivalência muito apreciável entre as prestações: *continua a ser requerida uma medida mínima de desequilíbrio prestacional; a fasquia é que terá baixado*, o que permite que um desnível objectivo menos intenso possa ser compensado por uma intensidade particularmente elevada dos elementos subjectivos.

No desempenho da tarefa pouco invejável de determinação concreta deste *quantum* mínimo de desequilíbrio, *o tribunal deve poder apoiar-se naquela velha regra justinianeia do «ultra dimidiam»: ou seja, a ideia do vendedor que vende por menos de metade, ou do comprador que paga mais do dobro, do preço dito «verdadeiro»*. Esta expressão serviria de barómetro porque, desde logo, locuções como «*mais do dobro*» ou «*menos de metade*» exprimem o desequilíbrio de forma particularmente viva - o que é comprovado pela relevância normativa de que gozaram durante séculos no nosso continente; e, depois, porque a expressão tem tradição histórica específica entre nós, tendo-se mantido em todas as três Ordenações - os juristas das Ordenações Afonsinas faziam mesmo referência expressa à autoridade justinianeia do preceito.

No entanto, este barómetro não deve ser mais do que um apoio inicial, um ponto de partida.

Por um lado, porque apesar da sua tradição, o legislador não lhe conferiu o carácter vinculativo de que gozara no passado, incluindo noutros países. E, por outro lado, porque nem tal vinculatividade seria desejável ou oportuna.

É que não usar o *ultra dimidiam* (rememore-se: «para lá da metade») - ou outro critério quantitativo - como fasquia fixa e inamovível está de acordo com a noção de um puro sistema móvel. É certo que tal dificulta a operação de determinação da medida relevante da intensidade, podendo de algum modo prejudicar a sua certeza, mas confere à solução maior validade material em face do caso concreto, em que deficiências em relação a um dos elementos podem ser colmatadas pela particular acuidade da tensão de outro.

Uma vez feito o cômputo global, de acordo com o critério do sistema móvel, deverá o juiz decidir se este ultrapassa os limites do n.º 1 do artigo 282.º, numa operação que, nos casos menos evidentes, poderá parecer tão complicada como fazer álgebra sem algarismos.

Assim é porque o quadro global não nos indica se o negócio concluído merece a reprovação concreta do sistema jurídico. O juiz necessita de um ponto de referência com o qual possa confrontar o cômputo.

Felizmente, julgamos, *o sistema jurídico* (apreciado enquanto tal: um todo em que se entretecem múltiplos estratos comunicantes) *disponibiliza referentes que, embora de natureza indeterminada, fornecem* - quando densificados pela factualidade da situação concreta - *indicadores aptos a servir de pontos cardinais*. Esses referentes correspondem aos *deveres decorrentes da boa fé objectiva*, enquadrados no âmbito da cláusula geral do abuso do direito.

V - O abuso do direito, sabemo-lo, está associado a preocupações de Justiça, à semelhança de outros institutos, ainda mais recentes, como a alteração das circunstâncias e as cláusulas abusivas. Trata-se de um esforço de materialização de um sistema jurídico assente num método dedutivo decorrente da aplicação de normas gerais e abstractas à realidade do comportamento humano. Construídas com base, não só nos valores partilhados pelos membros da comunidade de Direito que a legitimam, mas também nos comportamentos desses membros para cuja regulamentação foram criadas, as normas jurídicas necessitam de nascer com - e de manter - uma visão estereoscópica, de modo a assegurar que não se tornam puras construções abstractas, autolegitimadas e deslocadas de uma realidade a que já não se ajustam e de um húmus axiológico que já não respeitam. Há, portanto, que manter uma

adequação das soluções formalmente válidas que o sistema oferece *face ao sentimento jurídico socialmente dominante* – em função do que a comunidade de Direito tem por tolerável.

Por este motivo, dizia ADRIANO VAZ SERRA, «[...] parece haver vantagem, para evitar dúvidas [hermenêuticas] em firmar a regra de que os direitos não devem ser exercidos de modo insuportavelmente injusto para a consciência jurídica dominante, e na medida em que esta não contrariar as concepções legais»⁷.

O extenso articulado da autoria deste Jurista desaguou no artigo 334.º CC, o qual estabelece os bons costumes, o fim económico e social do direito exercido, e a boa fé como limites ao exercício de um direito. Entre estes, apenas a boa fé nos parece assumir um papel verdadeiramente autónomo. E apesar do sucesso da expressão «abuso *do direito*», a cláusula geral não parece dever circunscrever-se apenas aos direitos subjectivos em sentido amplo, mas antes abranger também outras posições (tanto activas, como passivas), como as faculdades (isto é, os poderes jurídicos *stricto sensu*).

Poderíamos pensar em daqui retirar, então, uma aplicação directa do artigo 334.º aos casos de abuso de faculdade nos seguintes termos: o exercício de um direito, cuja constituição decorre do exercício abusivo de uma faculdade, não pode, ele próprio, deixar de ser também abusivo – constitui um fruto nascido de árvore envenenada. E tal, por sua vez, poderia tentar-nos a cogitar a aplicação directa da regra contida naquele mesmo preceito às situações previstas pelo n.º 1 do artigo 282.º.

Ora, parece-nos que tal imediaticidade não é aceitável.

Como é sabido, a figura do abuso do direito surgiu como resultado de um processo de apuramento científico de uma série de situações periféricas. Estas, uma vez identificadas como axiologicamente relevantes – e não encontrando abrigo noutras normas –, foram-se condensando em torno daquilo que tinham em comum: um exercício de um poder que não se encontrava regulado mas que repugnava à comunidade de Direito, o demiurgo de qualquer sistema jurídico, que deixava de se rever completamente na sua criação.

⁷ VAZ SERRA (1959), p. 256.

Entre estas situações periféricas encontra-se o exercício desproporcional de um direito - ou, como também aceitamos, de uma faculdade. O caso paradigmático desta é o exercício de um direito de crédito nas situações de alteração das circunstâncias, cuja regulamentação assenta justamente na boa fé. Durante décadas o sistema alemão fundou as suas decisões com base numa regra que simplesmente impunha um comportamento de boa fé. A partir do momento em que passou a existir uma norma que regula estes casos, de forma mais apurada e com base naquele desenvolvimento científico inicial, a regra em que este desenvolvimento inicial se fundou cede o passo à nova norma, na qual se integra. Claro que a boa fé continua a fazer parte da alteração das circunstâncias; e também é claro que a boa fé continua a relevar em exercícios de direitos fora da órbita da alteração das circunstâncias; mas, no âmbito do microsistema complexo que este instituto representa, a boa fé é um elemento, entrelaçado com outros.

De igual modo, se o n.º 1 do artigo 282.º não existisse teríamos de recorrer ao abuso do direito: abuso da liberdade de fixação do conteúdo do contrato, que é uma dimensão do princípio da liberdade contratual, ele próprio, por sua vez, uma manifestação do princípio da autonomia privada. Mas como não se verifica uma tal ausência de norma específica, o abuso do direito já não pode desempenhar um papel que conduza a postergar - parcial ou totalmente - os requisitos do n.º 1 do artigo 282.º.

Aquele certo exercício da liberdade contratual - aproveitamento de uma situação de inferioridade do declarante para com este celebrar um contrato que beneficia excessivamente o declaratário ou terceiro - encontra-se regulado especificamente nos artigos 282.º e 283.º: impor agora um resultado diverso do previsto, tanto a nível dos requisitos como da sanção, à luz do artigo 334.º, seria desautorizar uma regra específica - que, já o mencionámos, é fruto de um longuíssimo e apurado trabalho da ciência jurídica - em prol da aplicação de uma norma de carácter geral, construída com base em casos periféricos.

Neste sentido, e sem prejudicar a sua sensibilidade no tocante à ampliação da hipótese do artigo 334.º às faculdades, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO aponta que o exercício de posições jurídicas, enquanto objecto da ciência do Direito, carece de ser delimitado, devendo ser excluídos «[...] campos atraídos para institutos dotados de especial

coesão e autonomia dogmáticas», o que, assevera, sucede precisamente no caso «da conclusão dos negócios»⁸.

Reiteramos, por isso: o abuso do direito não deve aplicar-se a hipóteses já especificamente reguladas. Mas, parece-nos (porque fornece uma base, um fértil solo axiológico, enriquecido pela consideração dos casos periféricos), pode *esclarecê-las quanto à sua excessividade*; isto é, pode *complementá-las, enriquecê-las materialmente* - tudo com o intuito de, no quadro concreto do n.º 1 do artigo 282.º, fornecer à apreciação global dos elementos subjectivos e objectivo, a fazer pelo juiz, uma fasquia de referência, e, com isso, agilizar-lhe a aplicação desta norma. Por outras palavras: não vamos aplicar o artigo 334.º directamente às situações subsumíveis à hipótese do n.º 1 do artigo 282.º; mas *entendemos que o juiz poderá lançar mão da boa fé como indicador do carácter iníquo do comportamento concreto do declaratário*, uma vez feito o cálculo global da intensidade dos elementos subjectivos e objectivo que o enformam no âmbito da usura.

O preceito de que partimos é sempre, portanto, o n.º 1 do artigo 282.º, constituindo o artigo 334.º um mero indicador - útil, mas sempre um mero indicador - da fasquia acima da qual a intensidade dos elementos subjectivos e objectivo relevariam.

VI - Em suma: feito o cálculo da intensidade global dos elementos (de índole subjectiva e objectiva), considerados em conjunto, o juiz deve confrontar esse produto com o requisito da boa fé no quadro do abuso do direito - ou melhor, abuso de poder, nos seguintes termos: se não existisse a regulamentação concreta do n.º 1 do artigo 282.º e uma dada situação de desequilíbrio prestacional, em análise, devesse caber directamente na hipótese de abuso do direito, então parece-nos que tal deverá ser tomado como um forte indicador de que a intensidade dos elementos que compõem a situação de desequilíbrio, considerados *in toto*, é de suficiente relevância para desencadear a aplicação da sanção prevista no n.º 1 do artigo 282.º; já se aquela subsunção hipotética ao abuso do direito não devesse ter lugar, deveremos tomar esse facto como um

⁸ MENEZES CORDEIRO (2015), p. 23.

indício igualmente forte de que, afinal, a intensidade global do desequilíbrio não será suficiente para justificar a mobilização daquele preceito.

Como bem aponta JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, «[n]ão estando em causa a regulação de determinados aspectos da disciplina contratual, mas o controlo do equilíbrio de todo o seu conteúdo, da repartição que ele estabelece entre os direitos e deveres das partes, só uma cláusula geral poderia fornecer a base de valoração adequada. Só este processo de normação estaria apto a proporcionar um critério suficientemente abrangente e dúctil para servir de padrão de medida da admissibilidade de estipulações extremamente variadas, quanto aos pontos regulados e ao conteúdo das regulações»⁹.

VII - Enfim. «Nas grandes questões é difícil agradar a todos», terá suspirado SÓLON quando confrontado com a acerbidade com que as suas reformas foram acolhidas pelos grupos interessados e afectados. Aquilo que o poeta ateniense tentara fazer - navegar as águas encrespadas entre os abismos jurídico-axiológicos de uma Cila que pretendia maior segurança no aproveitamento daquilo que já era seu e de uma Caríbdis sedenta de justiça comutativa que lhe facultasse o acesso aos recursos necessários à sua subsistência - é tarefa de proporções homéricas, já o sabemos. Inúmeros factores, tanto intelectuais e axiológicos, como pro-saicos, terão feito os juristas mudar de ideias ao longo dos séculos.

Evidentemente não julgo ter aqui traçado uma rota que ajude a atravessar este estreito ou sequer a nele navegar em segurança uma milha jurídica que seja. Mas parece-me que no mínimo podemos todos ter como seguro que a teleologia que subjaz à usura é a de evitar a imposição de resultados que a comunidade de Direito (por juízo da qual as regras são alteradas e os institutos suprimidos) repudia, por *grosseiramente iníquos*, por permitirem que um dos declarantes seja beneficiado à custa de uma inferioridade do outro, em grande medida e sem o merecer.

E talvez possamos aceitar também que o astrolábio de sacrifícios patrimoniais aqui apressadamente montado com peças rudimentares não nos arremessará contra a primeira rocha escarpada.

⁹ RIBEIRO (2007), p. 228. O Autor está a referir-se à boa fé no âmbito dos contratos de adesão.

Mencionando sacrifícios de outros, sou agora recordado de que de muita justiça falei, mas que provavelmente pouca fiz às renúncias que com a minha exposição impus a este ilustre auditório, cuja paciência e boa vontade explorei. Espero que deste tempo, que vai longo, não tenha eu percebido todos os seus benefícios, já que, destes, pelo menos *ultra dimidiam* – bem mais de metade – terão certamente sido meus.

Muito obrigado.

Bibliografia

- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, vol. 5, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2015.
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, vol. 2, 4.^a ed., Almedina, Coimbra, 2014.
- GROTIUS, Hugo, *De Jure Belli et Pacis Libri Tres, in quibus Jus Naturae et Gentium, item Juris Publici Praecipua Explicantur*, vol. 1 (Reproduction of the Edition of 1646), Carnegie Institute of Washington, Washington, 1913.
- NEVES, António Castanheira, *Questão-de-Facto-Questão-de-Direito*, Almedina, Coimbra, 1967.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa, «A boa fé como norma de validade», in *Id.*, *Direito dos Contratos. Estudos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- SERRA, Adriano Vaz, «O abuso do Direito (em matéria de responsabilidade civil)», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 85, 1959.
- SMITH, Adam, *The Theory of Moral Sentiments*, 2.^a ed., A. Millar, Londres, 1761.
- TELLES, Inocêncio Galvão, «Aspectos comuns aos vários contratos», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. VII, 1950.
- VARELA, Antunes, «Comunicação sobre o projecto do Código Civil», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 156, 1966.

Contrato e insolvência

ANA TAVEIRA DA FONSECA*

1. Introdução

Quando um devedor é declarado insolvente, é normal que muitos dos contratos que celebrou, em momento anterior, estejam em curso por ainda não terem sido integralmente cumpridos. É, por isso, importante que, a propósito dos efeitos dessa declaração de insolvência, se regulem as consequências que esta tem para contratos ainda vigentes.

Não nos propomos, naturalmente, analisar todos os efeitos que a declaração de insolvência produz relativamente às obrigações contratuais que ainda não foram cumpridas, seja pelo insolvente, seja pela contraparte do insolvente, a que chamaremos contraente *in bonis*, mas tão-somente compreender se os direitos que são conferidos ao contraente fiel e que lhe permitem recusar, de forma definitiva ou temporária, o cumprimento da obrigação de que é devedor, antes da declaração de insolvência, se mantêm depois de ela ser declarada, quando esse devedor for a contraparte do insolvente.

O objetivo é, por conseguinte, limitado e consiste em comparar os remédios, as mais das vezes ligados à tutela do sinalagma, que podem ser reconhecidos ao contraente *in bonis*, na qualidade de devedor, antes da declaração de insolvência, e se mantêm em momento ulterior.

Centramo-nos na posição jurídica do contraente *in bonis*, enquanto devedor, porque relativamente aos créditos de que este é titular, à data da declaração de insolvência, as regras são mais claras. Quando, antes da declaração de insolvência, existe um incumprimento por parte do insolvente, a regra é a de que o direito de crédito da parte *in bonis* se mantém, após essa declaração, e deve ser reclamado (artigo 128.º do CIRE) e será graduado (artigo 140.º do CIRE), em regra, como um crédito sobre

* Universidade Católica Portuguesa | Escola de Lisboa da Faculdade de Direito | *Católica Research Centre for the Future of Law*.

a insolvência (artigo 47.º do CIRE). Isto não significa que, no âmbito de um processo de liquidação do património do devedor ou de recuperação, o contraente *in bonis* consiga receber efetivamente toda a prestação a que tem direito enquanto credor, sobretudo quando é um credor comum. Pode ainda suceder, como teremos oportunidade de explicitar, que o administrador de insolvência possa licitamente recusar o cumprimento das obrigações a que o insolvente estava adstrito, com as consequências que, a seu tempo, identificaremos. Em todo o caso, essas consequências estão expressamente contempladas no regime jurídico aplicável aos negócios em curso.

A pergunta que se deve colocar, porém, é se deve manter as prerrogativas que conservava até aí como devedor, mais concretamente a exceção de não cumprimento, o direito à redução da contraprestação e o direito de resolução do contrato por incumprimento, ou se, pelo menos, poderá ficar, enquanto devedor, numa situação materialmente semelhante àquela em que se encontraria, caso exercesse estas prerrogativas, antes da declaração de insolvência. O mesmo é perguntar se o contraente que já vai ser naturalmente afetado no que se refere à sua qualidade de credor, especialmente se o seu crédito não for privilegiado, também o será como devedor, sendo obrigado a contraprestar, apesar de não receber a totalidade da prestação a que tem direito.

Deixámos propositadamente de fora as situações em que o contraente *in bonis* pode compensar a sua dívida com um crédito que tenha sobre o insolvente, porquanto aí, de acordo com o disposto no artigo 99.º do CIRE, não se duvida que, caso a situação de compensação já exista à data da declaração de insolvência, a contraparte do insolvente mantém o direito a declarar a compensação da sua dívida com um crédito de que seja titular [artigo 99.º, n.º 1, al. a), do CIRE], ficando claramente privilegiada relativamente aos credores comuns pois, no lugar de a contraparte do insolvente receber, enquanto credora, aquilo a que teria direito de acordo com o princípio da *par conditio creditorum*, fica libertada, enquanto devedora, de realizar uma prestação de valor idêntico ao do seu crédito. No caso de a situação de compensação só surgir depois de declarada a insolvência, permite-se à contraparte do insolvente que declare a compensação, desde que o crédito sobre a insolvência tenha preenchido, antes do contracrédito da massa, os requisitos estabelecidos no artigo 847.º do CC [artigo 99.º, n.º 1, al. b), do CIRE]. Esta solução

justificar-se-á pelo facto de o credor do crédito ativo, aqui contraparte do insolvente, contar com a possibilidade de, em caso de incumprimento da obrigação por parte do devedor/insolvente, poder invocar a compensação com uma dívida de que, por sua vez, este último seja credor, mas que se vence posteriormente¹. Não deixa a contraparte de ficar privilegiada, porque ficará libertada de realizar uma prestação, com toda a certeza, de valor superior àquela que receberia, na qualidade de credora comum. A redação desta norma terá sido inspirada nos §§ 94 a 96 da InsO. Aí se determina que, se, antes de aberto o processo de insolvência, já se encontravam verificados os requisitos para a existência de compensação legal ou convencional, o processo não afeta o direito do credor/contraparte do insolvente (§ 94 da InsO). Mesmo depois de aberto o processo de insolvência, a compensação é admitida, desde que verificados os requisitos do § 95 da InsO. Uma vez que, nos termos desta norma, a compensação é excluída quando o crédito passivo de que a contraparte do insolvente é devedora for exigível e incondicional antes de a compensação poder ter lugar, conclui-se que a compensação pode ser invocada, mesmo depois da abertura do processo de insolvência, quando o crédito ativo da contraparte for mais cedo exigível e/ou incondicional do que o crédito passivo de que esta é devedora e a massa credora. Em qualquer caso, não pode deixar de se destacar que, relativamente à compensação, ao contrário do que acontece com a exceção de não cumprimento, a resolução ou a redução da contraprestação, dúvidas não restam de que as prerrogativas que a contraparte do insolvente gozava antes da declaração de insolvência se mantêm no decurso do processo de insolvência².

A propósito da delimitação do objeto do presente estudo, cumpre aclarar que não está aqui em causa a possibilidade de, após a declaração de insolvência, o contraente *in bonis* invocar a exceção de insegurança (artigo 429.º do CC), muito menos a resolução do contrato alicerçada direta ou indiretamente no facto de a contraparte do insolvente não conseguir, em sede de processo de insolvência, receber a totalidade da prestação a que teria direito. Não se questiona o princípio de que a declaração de insolvência não pode constituir, em si mesmo, um fundamento

¹ Nesse sentido, v. ISABEL MOUSINHO DE FIGUEIREDO, (2007), pp. 408 e 409.

² Sobre a compensação de créditos em caso de insolvência do devedor do crédito ativo, v. ANA TAVEIRA DA FONSECA (2020), pp. 59-64.

de defesa da contraparte do insolvente, sob pena de, por essa via, se prejudicar os efeitos legais decorrentes daquela para os negócios em curso e que se encontram previstos nos artigos 102.º e ss. do CIRE, quando todas essas disposições têm natureza imperativa.

Aquilo que se acaba de afirmar está claramente refletido no artigo 119.º, n.º 1, do CIRE, quando aí se prevê a nulidade de qualquer convenção das partes que exclua ou limite a aplicação das normas que versam sobre os efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios em curso. E, para evitar que esta proibição seja defraudada, através de cláusulas resolutivas expressas ou de cláusulas de agravamento da indemnização, considera-se também nula a cláusula contratual que atribua à declaração de insolvência o valor de uma condição resolutive do negócio ou confira, nesse caso, à parte contrária um direito de indemnização, de resolução ou de denúncia, em termos diversos dos previstos no capítulo que versa sobre os efeitos da declaração da insolvência nos negócios em curso (artigo 119.º, n.º 2, do CIRE). Esta proibição não exclui, porém, a validade dessas mesmas cláusulas, se referentes a um período anterior ao da declaração de insolvência (artigo 119.º, n.º 3, do CIRE).

Em face da redação introduzida no n.º 3 do artigo 119.º do CIRE pela Lei n.º 9/2022, não se suscitam atualmente dúvidas de que as partes não podem acordar que a declaração de insolvência constitui uma condição resolutive do contrato, o que não exclui a possibilidade de a situação de insolvência não declarada judicialmente ou a situação económica difícil do devedor constituir fundamento de cessação da relação contratual, se a resolução for declarada, antes de a insolvência produzir efeitos. Por maioria de razão, terão de ser consideradas válidas as cláusulas resolutivas que permitem ao contraente fazer cessar o contrato por incumprimento das obrigações dele emergentes, mesmo que este tenha origem ou encontre fundamento nessa situação de insolvência não declarada. Apesar de, neste, se explicitar que «é lícito às partes atribuírem a quaisquer situações anteriores à declaração de insolvência os efeitos previstos no número anterior»³, deve aclarar-se que estes direitos

³ Mesmo antes da alteração de 2022, FERNANDO FERREIRA PINTO (2013), pp. 336 e 337, e MENEZES LEITÃO (2015), p. 99, já defendiam que o artigo 119.º do CIRE servia para preservar os efeitos da declaração de insolvência relativamente aos negócios em curso, pelo que a restrição não se poderia aplicar às situações de insolvência não declarada.

de resolução não podem ser exercidos, após declaração de insolvência, sob pena de se deixar entrar pela janela aquilo que se quis impedir que entrasse pela porta. Por outras palavras, de nada valeria considerar nulas todas as cláusulas que atribuam à declaração de insolvência o valor de uma condição resolutiva e permitir a resolução do contrato com fundamento na situação económica difícil do devedor depois da declaração de insolvência.

Outra questão que se pode colocar é se outras cláusulas resolutivas expressas que não tenham relação com a declaração de insolvência caducam depois desta. O mesmo é perguntar se, depois da declaração de insolvência, o contraente *in bonis* deixa de poder, pura e simplesmente, resolver o contrato. Nenhuma conclusão pode ser retirada do artigo 119.º do CIRE relativamente a cláusulas resolutivas expressas que não estejam relacionadas com o não pagamento das dívidas no âmbito de um processo de insolvência. A conclusão é, aliás, corroborada pelo artigo 17.º-C, n.º 10, do CIRE, de onde resulta que, depois de nomeado o administrador provisório, no âmbito de um processo especial de revitalização, o contraente *in bonis* «não pode recusar cumprir, resolver, antecipar ou alterar unilateralmente contratos executórios essenciais em prejuízo da empresa, relativamente a dívidas constituídas antes da suspensão, quando o único fundamento seja o não pagamento das mesmas». A ideia que está subjacente à solução é a de que a declaração de insolvência ou o não pagamento das dívidas deixam de constituir um fundamento de resolução do contrato, mas isso não obsta a que este possa cessar ou ser suspenso quando existir uma justa causa com fundamento distinto⁴, a não ser que da disciplina aplicável aos negócios em curso se possa retirar uma conclusão distinta.

Em síntese, a presente investigação centra-se nos meios de defesa, cujo fundamento é anterior à declaração de insolvência, e não está diretamente relacionado com a solvabilidade do insolvente, que devem ser reconhecidos ao contraente *in bonis*, na qualidade de devedor de uma contraprestação.

⁴ Cfr. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA (2022), p. 1285.

2. Direitos reconhecidos ao contraente fiel antes da declaração de insolvência

Antes da declaração de insolvência, cada contraente tem, em regra, o direito, como credor, a exigir à contraparte o cumprimento da obrigação (artigo 817.º do CC) e a indemnização dos danos sofridos com o atraso na realização da prestação, se este for imputável ao devedor (artigo 804.º do CC). Em caso de incumprimento definitivo imputável ao devedor, o credor tem direito a uma indemnização substitutiva da prestação não realizada (artigos 798.º e ss. e 801.º do CC).

Como devedor, o contraente fiel pode, em primeiro lugar, recusar-se a cumprir até que a obrigação de prestar unida pelo vínculo do sinalagma seja executada (artigo 428.º do CC) e, caso exista uma impossibilidade definitiva da prestação ou não cumprimento equiparável, tem direito a libertar-se total ou parcialmente da obrigação de contraprestar. Nuns casos, quando a impossibilidade é não imputável ao devedor, a libertação total ou parcial da contraparte decorre da lei (artigo 795.º, n.º 1, do CC), outras vezes, quando o incumprimento é imputável, depende de declaração unilateral do contraente fiel a solicitar uma redução da contraprestação ou a resolução do contrato (artigos 436.º, 801.º, n.º 2, e 802.º, n.º 2, do CC). O que fundamenta estes direitos é o sinalagma funcional e a ideia de que, se o contraente fiel, enquanto credor, não recebe a prestação a que tem direito, não pode, como devedor, continuar vinculado a realizar uma contraprestação unida à primeira por um laço tão estreito como o de sinalagmaticidade.

Para ilustrar o problema que se visa tratar, partiremos de um exemplo simples que ilustra as diferentes prerrogativas de que pode beneficiar o contraente fiel, enquanto devedor, por o crédito de que é titular não ter sido pontualmente cumprido, antes da declaração de insolvência. Propomos-nos, depois de analisadas as consequências da declaração de insolvência sobre contratos ainda não integralmente cumpridos, retomar o mesmo exemplo para compreender se e em que medida é que a posição jurídica do contraente *in bonis*, enquanto devedor, é afetada pela insolvência.

Imagine-se que a sociedade Adérito, Lda., proprietária de um estabelecimento comercial multimarca dedicado à revenda de roupa para homem, compra 100 camisas azuis e 100 camisas brancas à sociedade

Blandina, S. A., que confeciona vestuário masculino. As camisas produzidas têm um defeito de produção que impede a sua comercialização. A este propósito, podem ser abertas duas sub-hipóteses. A primeira em que o preço ainda não foi pago e a segunda em que o preço já tinha sido, total ou parcialmente, satisfeito no momento da entrega das camisas.

Existindo, neste caso, uma compra e venda de coisa genérica, fácil é de concluir que, por força do disposto no artigo 918.º do CC, o regime da compra e venda de bens defeituosos não é diretamente aplicável, pois este só abrange a compra e venda de coisas específicas⁵, ainda por cima parecendo acolher uma solução criticável, porquanto remete para as regras da invalidação do contrato com base em erro do comprador (artigo 913.º do CC) e não para a resolução por incumprimento do vendedor, quando, na verdade, o que está em causa é um incumprimento de uma obrigação, através da realização de uma prestação que não tem a qualidade devida. Se a solução já é criticável quando está em causa uma venda de coisa específica, quando o contrato tem por objeto uma coisa genérica, seria ainda mais incompreensível que o defeito fosse perspetivado como um erro do comprador relativamente ao objeto da prestação, pois este ainda não está determinado quando as partes se vinculam. Compreende-se, por esse motivo, que certos autores considerem que a lacuna criada pelo artigo 918.º, que remete para um regime geral do cumprimento defeituoso que, na verdade, não existe, possa ser colmatada com uma extensão analógica do regime previsto para a compra e venda de coisa específica com defeito, exceto na parte em que se prevê a anulação do contrato com base em erro.

Em face do exposto, que direitos poderiam ser reconhecidos à sociedade Adérito, Lda., antes da declaração de insolvência, se o preço ainda não tivesse sido pago?

- i) Na qualidade de credor, o comprador teria direito à expurgação do vício que, neste caso, se concretizaria no direito à substituição das camisas. Como devedor, pode recusar o pagamento do preço até que as camisas sem defeito fossem entregues,

⁵ Cfr. ROMANO MARTINEZ (2001), pp. 133 e ss., e NUNO PINTO OLIVEIRA (2015), p. 41.

sendo o fundamento para essa recusa a exceção de não cumprimento (artigo 428.º)⁶.

ii) O direito, na qualidade de devedor, à redução proporcional do preço, se o incumprimento for definitivo, mas as camisas ainda forem comercializáveis, apesar do defeito, por um valor de mercado mais reduzido.

iii) O direito à resolução do contrato, a partir do momento em que, por exemplo, a sociedade Blandina, S. A., não expurga o vício após a realização de uma interpelação admonitória ou, pura e simplesmente, se conclui que há uma impossibilidade objetiva de o vício ser expurgado e que as camisas não podem ser utilizadas com o defeito. Neste caso, a sociedade Adérito, Lda., fica libertada definitivamente da obrigação de pagamento do preço e deve devolver as camisas com defeito.

iv) Mesmo sendo o incumprimento definitivo, poderia, em abstrato, o credor optar por exigir uma indemnização substitutiva da prestação e manter a obrigação de contraprestar. Esta escolha só teria em princípio sentido, se o valor objetivo da prestação incumprida fosse superior ao da contraprestação.

Que direitos poderiam ser reconhecidos à sociedade Adérito, Lda., antes da declaração de insolvência, se o preço já tivesse sido - total ou parcialmente - pago?

i) O direito à substituição das camisas. Se o preço tiver sido só parcialmente pago, pode recusar pagar o remanescente até que as camisas sejam substituídas (artigo 428.º do CC). Se o preço tiver sido totalmente satisfeito, o devedor perde este meio de defesa e, com isso, terá o seu direito de crédito menos tutelado, pois terá mais dificuldade em compelir a contraparte a expurgar o vício.

ii) O direito à redução proporcional do preço, se o incumprimento for definitivo, mas as camisas ainda forem comercializáveis, apesar do defeito, por um valor de mercado mais reduzido. Se o preço já tiver sido totalmente pago, poderá exigir o que

⁶ Sobre a possibilidade de invocação da *exceptio non rite adimpleti contractus* em caso de cumprimento defeituoso, v. ANA TAVEIRA DA FONSECA (2015), pp. 210 e ss.

tiver prestado a mais, como devedor. O mesmo se aplica se existir uma impossibilidade parcial da prestação e o credor manter o interesse na parte da prestação que não se impossibilitou.

iii) O direito à resolução do contrato, se existir um incumprimento total e definitivo da obrigação. A resolução, sendo o contrato de execução instantânea, terá, entre as partes, efeitos retroativos (artigo 434.º do CC), com isto significando que o comprador tem o direito à restituição das quantias pagas e a não devolver as camisas com defeito, enquanto esse valor não for restituído, nos termos do artigo 290.º do CC, por força do chamado sinalagma invertido.

iv) Mesmo sendo o incumprimento definitivo, poderia, em abstrato, o credor optar por exigir uma indemnização substitutiva da prestação e não exigir a restituição da contraprestação. Esta escolha só teria em princípio sentido, se o valor objetivo da prestação incumprida fosse superior ao da contraprestação.

3. Efeitos da declaração de insolvência sobre a posição jurídica do contraente *in bonis* relativamente a negócios em curso à data da declaração de insolvência

Depois de procedermos a um enquadramento dos direitos que à contraparte do devedor podem ser reconhecidos antes de este último ser declarado insolvente, a questão que procuraremos endereçar é se estes mesmos direitos, mais concretamente o direito a exigir o cumprimento da obrigação, que, no caso de que partimos, se concretiza no direito à expurgação do vício, a invocar a exceção de não cumprimento, a reduzir a contraprestação ou a resolver o contrato, se mantêm, depois da declaração de insolvência, ou, apesar de o seu fundamento ser anterior a esse momento e não estar relacionado diretamente com a situação patrimonial do devedor, devem ficar precludidos.

Para esse efeito, deve sempre distinguir-se os direitos que são reconhecidos ao contraente *in bonis* na qualidade de credor e as prerrogativas que lhe são reconhecidas na qualidade de devedor e procurar apurar se o regime aplicável aos negócios em curso é ou deve ser distinto daquele que está previsto para os negócios que já foram integralmente cumpridos só por uma das partes. A questão é pertinente a partir do momento em

que se justifica a preclusão das prerrogativas reconhecidas ao contraente *in bonis*, enquanto devedor, antes da declaração de insolvência, como forma de assegurar que o administrador de insolvência pode forçar o contraente *in bonis* a cumprir, ou para que da recusa de cumprimento só se possam extrair as consequências previstas na lei para os negócios em curso nos artigos 102.º e ss. do CIRE.

Na verdade, o administrador de insolvência, relativamente aos contratos em curso, salvo se alguma disposição especial se aplicar, pode, nos termos do artigo 102.º do CIRE, optar entre cumprir ou recusar o cumprimento do contrato sinalagmático⁷. Só se considera, porém, o contrato em curso quando não esteja integralmente cumprido por nenhuma das partes, o que significa que, se uma delas já tiver realizado integralmente a prestação que lhe cabe, à outra não resta, aparentemente, mais do que exigir o cumprimento da contraprestação. Por outras palavras, o administrador só pode optar por cumprir ou recusar o cumprimento da obrigação, se ambas as partes ainda tiverem prestações por realizar. Só quando ambas as partes ainda têm prestações por cumprir é que tem sentido que o administrador de insolvência possa optar entre exigir o cumprimento do que está por cumprir ou recusá-lo.

Em face do exposto, pode, desde logo, perguntar-se quando é que se pode considerar que as obrigações emergentes de um determinado contrato já foram cumpridas.

O exemplo de que partimos foi propositadamente escolhido, porque permite ilustrar uma das dúvidas que este pressuposto suscita e que passa por saber se, existindo um cumprimento defeituoso, o contrato se pode considerar, para este efeito, totalmente cumprido.

Somos de opinião que a obrigação não está integralmente cumprida, tanto nas hipóteses de cumprimento parcial, como de cumprimento defeituoso. Por esse motivo, o negócio estará em curso, salvo se a contraparte já tiver realizado integralmente a contraprestação a que está adstrita. A conclusão não suscita dúvidas quando o contraente fiel ainda tem direito à expurgação do vício, quer este se traduza num direito a uma

⁷ Sobre a impossibilidade de o disposto no artigo 102.º do CIRE ser aplicado a contratos não sinalagmáticos, v. MARIA DE LURDES PEREIRA (2019), p. 35, PESTANA DE VASCONCELOS (2022), p. 18, MENEZES LEITÃO (2022), p. 182, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO (2022), p. 214, e CATARINA SERRA (2025), p. 269.

reparação, quer num direito à substituição da prestação⁸. Não tendo a prestação realizada a qualidade devida, mas sendo ainda possível o cumprimento perfeito, não há como considerar que o contraente, quer este seja o insolvente, quer seja a contraparte deste, cumpriu integralmente a obrigação a que estava vinculado. Mais duvidosas são as situações em que a obrigação de prestar foi substituída por uma obrigação de indenizar que ainda não foi satisfeita à data da declaração de insolvência.

Por outro lado, esta faculdade reconhecida ao administrador de insolvência de optar entre cumprir ou recusar o adimplemento de um negócio que ainda não foi integralmente cumprido por nenhuma das partes pressupõe que da lei não decorra que o contrato caduca com a declaração de insolvência ou que o administrador não possa recusar o cumprimento das obrigações assumidas pelo insolvente, o que acontece relativamente a certos negócios em curso.

Há contratos que cessam imediatamente, não podendo o administrador optar pelo cumprimento. É o que sucede, por exemplo, com o contrato de mandato que caduca com a declaração de insolvência do mandante (artigo 110.º, n.º 1, do CIRE), solução que se compreende por os poderes que foram conferidos ao mandatário deverem passar para o administrador de insolvência, ou com o contrato de associação em participação com a insolvência do associante (artigo 117.º, n.º 1, do CIRE). Nos contratos qualificados pelo legislador como operações a prazo e onde estão compreendidas a entrega de mercadorias e a realização de prestações financeiras com um preço de mercado, também não pode o cumprimento ser exigido por ambas as partes, se a obrigação se tornar exigível depois da declaração de insolvência (artigo 107.º do CIRE). No polo diametralmente oposto, devem ser colocados os contratos cujo cumprimento não pode ser recusado e têm de ser cumpridos pelo administrador de insolvência, como sucede, por exemplo, com a venda com reserva de propriedade, depois de entregue a coisa ao comprador, se o vendedor for declarado insolvente (artigo 104.º, n.º 1, do CIRE), com a venda sem entrega, quando a propriedade já se transferiu para o comprador e o vendedor é declarado insolvente (artigo 105.º, n.º 1, do CIRE), ou com o contrato-promessa de compra e venda ao qual

⁸ Nesse sentido, v. KATHARINA BLAUM (2008), pp. 140 e ss., e MK/HUBER (2019), § 103, Rn. 138.

tenham sido atribuídos efeitos reais, se o promitente-vendedor vier a ser declarado insolvente depois da tradição da coisa (artigo 106.º, n.º 1, do CIRE). Fora do CIRE podem encontrar-se outros exemplos não menos significativos de contratos cujo cumprimento não pode ser recusado pelo administrador de insolvência. É o que acontece com os contratos de garantia financeira, quando celebrados antes da abertura do processo de insolvência, existindo ainda a possibilidade de estes serem eficazes perante terceiros, mesmo que celebrados em momento posterior, se o beneficiário da garantia provar que não tinha nem deveria ter conhecimento da abertura desse processo (artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de maio).

Cingir-nos-emos, porém, ao princípio geral do qual decorre que o administrador de insolvência tem, relativamente a contratos bilaterais ou sinalagmáticos em curso, a faculdade de optar entre cumprir ou recusar o cumprimento do contrato e que se encontra previsto no artigo 102.º do CIRE.

3.1. A opção pelo cumprimento do contrato bilateral ou sinalagmático ainda em curso

Se o administrador optar pelo cumprimento, a contraparte terá de realizar a prestação ou a parte desta que estava por realizar e o administrador terá de assegurar o cumprimento da obrigação que sobre o insolvente recaía. Esta última obrigação é considerada uma dívida da massa, salvo na medida em que corresponda à parte realizada pelo contraente *in bonis*, antes da declaração de insolvência [artigo 51.º, n.º 1, al. f), do CIRE]⁹. Por outras palavras, se a contraparte do insolvente tiver realizado uma parte da prestação que lhe cabia, antes da declaração de insolvência, a contraprestação correspondente devida pelo insolvente constituirá um crédito sobre a insolvência e não uma dívida da massa, porque os créditos do contraente *in bonis* que não derivam de uma decisão do administrador de insolvência não podem ter um tratamento

⁹ Também no direito alemão, se o contrato já tiver sido parcialmente cumprido pelo contraente *in bonis*, este só tem relativamente à parte realizada por si, em momento anterior à abertura do processo, um contracrédito correspondente sobre a insolvência e não sobre a massa (§ 105 da InsO). Cfr. KATHARINA BLAUM (2008), pp. 205 e ss.

privilegiado. A solução não deixa de encontrar justificação no sinalagma funcional. Assim como o contraente *in bonis* deixa de poder invocar a exceção de não cumprimento, se e na medida em que já tiver cumprido, assim também não pode o seu contracrédito ser privilegiado. O mesmo é dizer: se o contraente *in bonis*, antes ou depois da declaração de insolvência, deixa de poder recusar licitamente o cumprimento de uma obrigação porque já a cumpriu, então não deve o crédito correspondente à parte da prestação que já cumpriu ser especialmente tutelado, como sucederia se fosse considerado uma dívida da massa. A solução está também em linha com aquilo que acontece quando o contraente *in bonis* já cumpriu integralmente, posto que o administrador de insolvência não pode recusar o cumprimento do contracrédito, mas a prestação em falta constituirá sempre um crédito sobre a insolvência. Na base desta solução está igualmente a ideia segundo a qual, quando um contraente concede crédito a outrem, deve arcar com os riscos dessa concessão e, em caso de insolvência, receber aquilo que for proporcionalmente possível atribuir a cada um dos credores comuns, em função dos ativos que existirem para serem repartidos, não sendo, para este efeito, relevante saber se o contraente *in bonis* cumpriu integral ou parcialmente a obrigação que, por sua vez, sobre ele recaía. Por outro lado, se o contraente *in bonis* não cumpriu, porque beneficiava de uma causa de exclusão da ilicitude que deriva de um remédio sinalagmático, justifica-se que, optando o administrador de insolvência pelo cumprimento, o crédito da contraparte do insolvente seja especialmente tutelado, através da sua qualificação como um crédito sobre a massa.

Exatamente porque o fundamento da solução pode, em última análise, ser encontrado no sinalagma, se o cumprimento pontual das obrigações contratuais por parte da massa insolvente for manifestamente improvável, considera-se a opção pelo cumprimento abusiva (artigo 102.º, n.º 4, do CIRE). Não se pode exigir ao contraente *in bonis* que cumpra se não vai receber a contraprestação, mesmo que ela seja considerada uma dívida da massa. Nesse caso, o contraente *in bonis* pode lançar mão dos direitos que lhe são reconhecidos em caso de recusa de cumprimento, porque fica excluída a opção pelo cumprimento.

Voltemos ao nosso exemplo, mais concretamente à sub-hipótese de existir um cumprimento defeituoso antes da declaração de insolvência, o preço ainda não estar pago e de as camisas com defeito não terem sido

substituídas a essa data. Estamos perante uma hipótese em que se pode entender que nenhuma das prestações está integralmente realizada, logo estamos perante um negócio em curso ainda não integralmente cumprido. Não parece poder aplicar-se o n.º 1 do artigo 105.º do CIRE, que trata da venda sem entrega, mas pressupõe que a propriedade já tenha sido transferida para o comprador. Aquilo que aqui se pretende é a expurgação do vício, e mesmo que esta implique a substituição da coisa entregue por outra, os novos espécimes - *in casu*, as camisas - só se tornam propriedade do comprador aquando da entrega (artigos 539.º e 408.º, n.º 2, do CC). Por esse motivo, o contrato fica suspenso até que o administrador decida se quer cumprir a obrigação que recaía originalmente sobre o insolvente (artigo 102.º, n.º 1, do CIRE). Se o administrador opta pelo cumprimento, tem de expurgar o vício, a que corresponderá um crédito sobre a massa, e esta tem direito ao preço que ainda não foi pago.

Será que, nesse caso, o comprador, na qualidade de contraente *in bonis*, pode lançar mão da exceção de não cumprimento para se recusar a pagar o preço até que o vício seja expurgado e as novas camisas sejam entregues? Como tivemos a oportunidade de sublinhar, antes da declaração de insolvência, o comprador poderia recusar o pagamento do preço, enquanto o vício não fosse expurgado (artigo 428.º do CC). Será que mantém a *exceptio*, depois da declaração de insolvência do vendedor, sobretudo se, nesse momento, já beneficiava da exceção de não cumprimento?

Após a declaração de insolvência, o contrato bilateral fica suspenso, até que o administrador de insolvência exerça a faculdade que a lei lhe confere de optar entre cumprir ou recusar o cumprimento. Por conseguinte, a contraparte não está obrigada, durante esse período, a realizar a prestação que lhe cabe. Tem-se entendido que aquele período de suspensão visa tutelar o devedor da insolvência e encontra o seu fundamento na exceção de não cumprimento¹⁰ ou, mais rigorosamente, na relação de sinalagmaticidade existente entre as obrigações¹¹ e concretiza-se no facto de o contraente *in bonis* não ser obrigado a cumprir,

¹⁰ Cfr. MENEZES LEITÃO (2023), p. 190, e MARIA DE LURDES PEREIRA/PEDRO MÚRIAS (2008), pp. 220 e ss.

¹¹ Cfr. JAUERNIG / BERGER (2010), p. 195.

sem ter a certeza de que o administrador irá executar as obrigações que recaíam sobre o insolvente.

Há quem entenda que não deve manter-se a exceção, depois de o administrador optar pelo cumprimento, porque o contraente *in bonis* tem a segurança de que, a partir desse momento, o contracrédito de que seja titular é considerado um crédito sobre a massa e isso é suficiente para tutelar a sua posição jurídica. Porém, isto, por si só, não impede que não haja um incumprimento e, por esse motivo, não parece constituir uma justificação suficiente para tirar à contraparte do insolvente uma exceção fundada no sinalagma. Pelo exposto, não pode deixar de se admitir a possibilidade de atribuir igual direito, depois de o administrador optar pelo cumprimento, pelo menos nas hipóteses em que, antes da declaração de insolvência, já beneficiava da exceção de não cumprimento.

A questão tem sido indiretamente discutida quando se indaga se o artigo 468.º do CCom ainda se mantém em vigor. Neste determina-se que o vendedor deixa de estar obrigado a entregar a coisa vendida antes de lhe ser pago o preço, se o comprador falir em momento anterior à entrega, salvo se for prestada caução ao respetivo pagamento¹². Aquilo que resulta desta disposição legal é somente que o vendedor, obrigado a cumprir previamente, se não for prestada caução, pode recusar a entrega da coisa ao comprador insolvente, salvo contra o pagamento simultâneo do preço. O escopo do artigo 468.º CCom não é, por conseguinte, distinto daquele que é o fundamento da exceção de insegurança prevista no artigo 429.º do CC. Aquilo que se pretendia acautelar, mesmo antes de ser reconhecido, em termos gerais, que o vinculado a cumprir, em primeiro lugar, pode recusar o cumprimento, se existir um perigo objetivo e consistente de não vir a receber a contraprestação, era que o vendedor, antes de o preço ser pago, tivesse de entregar a coisa vendida, sem uma garantia de que iria receber a contraprestação. A partir do momento em

¹² Não existe um consenso na doutrina portuguesa no que concerne à eventual revogação desta disposição legal pelos artigos 105.º e 141.º do CIRE. Se MENEZES LEITÃO (2023), pp. 197 e 198, ainda que com dúvidas, e SOVERAL MARTINS (2022), pp. 259 e 260, entendem que a disposição ainda se encontra em vigor, outros, como por exemplo, OLIVEIRA ASCENSÃO (2005), p. 249, PESTANA DE VASCONCELOS (2006), p. 534 (40), CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA (2015), p. 471, e MARIA DE LURDES PEREIRA (2019), p. 66, defendem que esta foi tacitamente revogada.

que os interesses do credor da insolvência estão suficientemente acautelados, através da transformação da dívida do preço num crédito sobre a massa, conforme resulta do CIRE, entendemos que o artigo 468.º do CCom se encontra revogado¹³ e não deve o administrador de insolvência estar obrigado a prestar caução para que a coisa vendida lhe seja entregue antes do pagamento integral do preço. A tudo isto acresce que o artigo 201.º, n.º 1, al. *d*), do CPEREF parecia pressupor a vigência do artigo 468.º do CCom, o que não acontece com o artigo 141.º do CIRE.

Daí não se pode, contudo, retirar um princípio geral que obrigue o contraente *in bonis* que não estava a obrigado a cumprir antecipadamente a realizar a prestação, sem ter a certeza de que a contraprestação vai ser realizada, mesmo que esta constitua uma dívida da massa. Parece-nos que, mesmo que a opção pelo cumprimento constitua uma dívida da massa, nada pode obstar a que o contraente *in bonis*, se não tinha de cumprir antecipadamente, só aceite cumprir, se o administrador de insolvência realizar ou assegurar a realização da contraprestação em simultâneo.

Como bem explica Maria de Lurdes Pereira, «além de não eliminar totalmente o risco de incumprimento, a requalificação do crédito da parte *in bonis* não impede a verificação dos pressupostos do art. 428.º do CC: enquanto uma das partes não oferecer cumprimento simultâneo (quando as prestações devam ser executadas simultaneamente) ou não cumprir (quando se tenha obrigado a cumprir em primeiro lugar) pode a outra recusar-se a executar a contraprestação»¹⁴.

Sabendo que o contraente *in bonis* pode manter a exceção de não cumprimento, cumpre questionar se a circunstância de o administrador de insolvência optar pelo cumprimento, obstará a que o primeiro possa resolver o contrato ou reduzir a contraprestação devida, quando já o poderia fazer antes da declaração de insolvência?

É verdade que, no artigo 108.º, n.º 4, do CIRE, se estabelece que o senhorio não pode resolver o contrato por falta de pagamento de rendas ou alugueres vencidos antes da declaração de insolvência, muito menos

¹³ Considerando que, na hipótese de o administrador optar pelo cumprimento, como o crédito constitui uma dívida da massa, não se poderá aplicar o § 321 do BGB, posto não existir o perigo de não recebimento da contraprestação, v. KATHARINA BLAUM (2008), p. 143.

¹⁴ MARIA DE LURDES PEREIRA (2019), p. 65.

com fundamento na deterioração financeira do locatário, quando o administrador opta pelo cumprimento do contrato de locação. Tudo está em saber se estamos perante uma concretização de um regime-regra ou de uma exceção a uma regra contrária.

A conclusão a que parece chegar Menezes Leitão é a de que estamos perante a concretização de uma regra. Segundo este, o direito de resolução não pode ser reconhecido ao contraente *in bonis* para não prejudicar a faculdade que o administrador tem de optar por cumprir ou recusar o cumprimento dos negócios em curso (artigo 102.º do CIRE). Esta exclusão do direito de resolução, de acordo com o mesmo autor, «ocorre mesmo em relação a prestações periódicas cujo incumprimento se tenha verificado antes da declaração de insolvência»¹⁵.

Posição distinta é assumida por Maria de Lurdes Pereira, no seguimento daquilo que alguma doutrina, na Alemanha, vai defendendo a este propósito¹⁶. Segundo estes, o direito de resolução é excluído, no § 112 da InsO, disposição que inspirou claramente o artigo 108.º, n.º 4, do CIRE, para que o locador não consiga que um crédito sobre a insolvência seja satisfeito, com preferência relativamente a outros créditos comuns, com o objetivo de impedir que o locador resolva o contrato. Interpreta-se a proibição como uma solução que visa somente impedir que o administrador de insolvência se sinta compelido a pagar ao locador as rendas em atraso, para que este não resolva o contrato, privilegiando-se, na prática, um crédito que não beneficiava de tal garantia para assegurar a vigência da relação contratual. Acrescenta-se, ainda, que a ausência desta proibição poria em causa a opção legislativa de só pretender privilegiar os créditos que resultam de decisões do administrador de insolvência, qualificando-os como dívidas da massa.

Admitindo-se que a *ratio* da proibição é esta, isto significa que a extensão analógica só seria admissível se, e na medida em que, através da resolução visasse a requalificação, na prática, do contracrédito do contraente *in bonis*. Sendo esse o caso, não pode deixar de se concordar com Maria de Lurdes Pereira quando defende que «[e]sta clarificação relativa ao fundamento valorativo da perda do direito do locador à resolução do contrato fundada em falta de pagamento de rendas ou alugueres

¹⁵ MENEZES LEITÃO (2015), pp. 89 e 90.

¹⁶ JAEGER/JACOBY (2022), § 112, Rn. 6.

anteriores à declaração de insolvência é importante, na medida em que impede uma generalização desta restrição a outros direitos de resolução que subsistam à data da declaração de insolvência e relativos a contratos em curso. O direito de resolução do dono da obra *in bonis* com fundamento numa execução defeituosa da obra anterior à insolvência do empreiteiro sobrevive, em princípio, a ela, não lhe podendo ser aplicada a regra do artigo 108.º, n.º 4, al. a), do CIRE, por inexistência de analogia»¹⁷.

O contraente *in bonis*, na qualidade de credor, relativamente a incumprimentos ocorridos antes da declaração de insolvência, não será mais do que um credor da insolvência. Não pode, por isso, enquanto devedor de uma contraprestação, serem-lhe reconhecidos direitos/faculdades que, de alguma forma, possam ser utilizados por ele para compelir o administrador de insolvência a favorecer o cumprimento dessas obrigações para evitar a cessação do contrato, sob pena de um crédito sobre a insolvência ter um tratamento idêntico a um crédito sobre a massa, quando tal só é reconhecido ao contraente *in bonis* relativamente a créditos que derivem de decisões do administrador de insolvência. O exercício destes direitos ou faculdades de recusa de realização da contraprestação fica, por esse motivo, afastado quando servir para avantajá-lo o contraente *in bonis* enquanto credor. Em síntese, conforme defende Jacoby¹⁸, os direitos secundários ou direitos de recusa de prestação, onde se inclui o direito de redução da contraprestação e o direito de resolução, não podem ser reconhecidos ao contraente *in bonis*, quando o seu fundamento radique na não satisfação de créditos sobre a insolvência e reconhecidos como tal, sobretudo se já existiam à data da declaração de insolvência.

Diferentes se apresentam, do nosso ponto de vista, todas as outras situações em que se pretende resolver o contrato ou reduzir a obrigação de contraprestar e cujo fundamento não radica na insuficiência do património do devedor para satisfazer integralmente todos os credores. Não nos estamos sequer a referir a situações evidentes como as da resolução do contrato por alteração das circunstâncias. Muito menos a situações ocorridas, antes da declaração de insolvência, de

¹⁷ MARIA DE LURDES PEREIRA (2019), p. 77.

¹⁸ JAEGER/JACOBY (2022), § 103, Rn. 16.

impossibilidade total ou parcial da prestação ou um cumprimento defeituoso cujo vício não possa ser expurgado. Neste último caso, não pode sequer o administrador optar pelo cumprimento, porque a obrigação já não pode ser cumprida e sempre teria a opção pelo cumprimento de ser considerada abusiva nos termos do n.º 4 do artigo 102.º do CIRE.

Estão aqui em causa situações em que o administrador pode cumprir, porque não há impossibilidade de cumprimento, mas em que a contraparte também já pode resolver o contrato, porque, por exemplo, já converteu a mora em incumprimento definitivo através de uma interpelação admonitória, ou porque perdeu objetivamente o interesse na prestação (artigo 808.º do CC). Porque razão o exercício destes direitos de resolução ou redução da contraprestação, se exercidos antes da abertura do processo de insolvência são admitidos, mas deixariam de o ser depois da declaração de insolvência?

Por esta via, não se estará a compelir o administrador de insolvência a privilegiar este credor comum relativamente aos restantes. O que está em causa somente é a libertação do contraente *in bonis*, enquanto devedor da massa, de contraprestar e eventualmente recuperar o que já tiver prestado, tudo estando em saber se, neste último caso, o crédito será sobre a massa ou sobre a insolvência.

Reconhecemos que a solução que propomos, mesmo na Alemanha, suscita dúvidas. Huber admite, por exemplo, que o comprador de uma coisa defeituosa possa resolver o contrato ou requerer a redução da contraprestação antes da abertura do processo de insolvência¹⁹, mas não num momento ulterior, porque tal determinaria que o contraente *in bonis* tivesse um direito de optar pela cessação do contrato que, segundo este, não lhe pode ser reconhecido nesta fase do processo²⁰. A solução não nos parece, porém, compatível com aquilo que este mesmo autor defende a propósito da possibilidade de o contrato ser resolvido, quando o fundamento para esta cessação residir numa cláusula resolutiva expressa que seja considerada válida à luz do § 119 da InsO²¹.

A nossa perspectiva sobre o problema é, como temos procurado demonstrar, bastante distinta. Por exemplo, quando o comprador

¹⁹ MK/HUBER (2019), § 103, Rn. 139.

²⁰ MK/HUBER (2019), § 103, Rn. 142.

²¹ MK/HUBER (2019), § 103, Rn. 90.

ou o dono da obra resolve o contrato por existir um defeito, não o faz para compelir o administrador a expurgar o vício em detrimento dos demais credores, mas para se libertar da obrigação de contraprestar, num momento em que ele já perdeu, por exemplo, o interesse na prestação. Não pode essa libertação ficar condicionada por não ter exercido este direito potestativo de natureza extintiva antes da declaração de insolvência²².

E se já contraprestou em parte, terá direito à restituição daquilo que prestou ou tal não pode ser admitido, porque determinaria que o contraente *in bonis* fosse privilegiado relativamente aos demais credores comuns?

A resposta a esta questão suscita ainda mais dúvidas, se se pretender retirar do disposto no artigo 102.º, n.º 3, al. a), do CIRE, que visa disciplinar os direitos que devem ser reconhecidos ao contraente *in bonis* em caso de recusa de cumprimento por parte do administrador de insolvência, uma regra geral segundo a qual, depois da declaração de insolvência, nenhuma das partes tem direito à restituição do que prestou.

Porém, como veremos, na prática, o contraente *in bonis* tem direito a uma restituição, não em espécie, mas em valor, ainda que este crédito constitua uma dívida da insolvência [artigo 102.º, n.º 3, al. c), do CIRE], o que significa que o efeito recuperatório do que tiver sido já prestado ficará limitado às forças da massa para satisfazer os credores comuns.

²² Posição distinta foi acolhida no Ac. do STJ de 5 de abril de 2022, processo n.º 2949/15.7T8VFX-B.L1.S1 (António Barateiro Martins), ainda que com o extenso voto de vencido do Conselheiro Ricardo Costa, e no Ac. do STJ de 13 de dezembro de 2022, processo n.º 11857/16.3T8SNT-B.L1.S1 (António Barateiro Martins). Discutia-se se o contraente *in bonis* poderia resolver um contrato-promessa, depois da declaração de insolvência, quando, em momento anterior, a mora já se tinha convertida num incumprimento definitivo. O Tribunal entendeu que a resolução só era admitida se tivesse sido declarada em momento anterior ou se existisse uma impossibilidade de cumprimento a essa data. A solução não é, porém, acolhida em decisões em que se reconhece que, existindo um incumprimento definitivo do contrato-promessa, antes da declaração de insolvência, mesmo que este não tenha, a essa data, sido resolvido, não se podem aplicar as restrições contempladas no AUJ n.º 4/2014 e no AUJ n.º 3/2021 para as hipóteses em que é o administrador de insolvência do promitente-vendedor a recusar o cumprimento do contrato-promessa [cfr. Ac. do STJ de 29.07.2016, processo n.º 6193/13.0TBRRG-H.G1.S1 (Júlio Gomes)], por se pressupor que o contrato pode ser resolvido em momento posterior.

Por outro lado, a ideia de que, após a declaração de insolvência, a parte *in bonis* nunca tem direito a pedir de volta o que prestou é contrariada em diversos pontos do regime aplicável aos contratos em curso.

Por exemplo, se o administrador recusar o cumprimento de uma prestação infungível, ou que seja fracionável na entrega de várias coisas, não facilmente substituíveis, entre as quais interceda uma conexão funcional, de que o insolvente era devedor²³, a contraparte pode ficar libertada de contraprestar, se a prestação for infungível ou, segundo alguns, se se tratar de uma prestação de coisa infungível²⁴, mesmo que tenha recebido parte da prestação [artigo 103.º, n.º4, al. a), do CIRE], e tem direito a exigir o reembolso do que já tiver prestado, ainda que esse direito corresponda a um crédito sobre a insolvência [artigo 103.º, n.º 4, al. b), do CIRE]²⁵. Justifica-se aqui um afastamento do regime geral por a parte da prestação já realizada pelo insolvente não ter, em princípio, utilidade para a parte *in bonis*. Por essa razão, um regime simétrico está previsto no artigo 103.º, n.º 1, do CIRE, para as hipóteses em que o devedor da prestação for a contraparte do insolvente.

Assim também, no caso das operações a prazo, cuja execução não pode ser exigida por nenhuma das partes, o vendedor tem de restituir as quantias já pagas pelo comprador, e se o primeiro for o insolvente, a restituição constitui um crédito do comprador sobre a insolvência (artigo 107.º, n.º 2, do CIRE).

Não há, pois, um princípio absoluto de acordo com o qual, depois da declaração de insolvência, nenhuma das partes tem direito a que lhe seja restituído o que prestou. O que se pode retirar das diversas disposições é que, havendo lugar a restituições, sejam elas em espécie ou em valor, o crédito da contraparte do insolvente será sempre sobre a insolvência para que não se prejudique a igualdade entre credores.

Reconhecendo que a solução é controversa, tendemos a admitir que há situações em que o administrador pode prestar em abstrato, mas a contraparte tem de poder recusar a execução do contrato, quando já

²³ Segundo CATARINA SERRA (2025), p. 275, o que está em causa, com razão, é o cumprimento de obrigação de prestação de coisa que não possa ser substituída ou não possa ser facilmente substituída, porque só aí tem sentido que o contraente *in bonis* possa dispor «da faculdade de decidir se quer que o contrato seja ou não seja cumprido».

²⁴ MENEZES LEITÃO (2022), p. 184.

²⁵ PESTANA DE VASCONCELOS (2006), p. 548.

tinha esse direito antes da declaração de insolvência e o fundamento para o mesmo não radicava na insuficiência do património do devedor para satisfazer o crédito de que esta é titular. Por exemplo, se o credor perdeu objetivamente o interesse nessa prestação que está por cumprir, tem de ter a possibilidade de recusar o cumprimento que está a ser oferecido pelo administrador, para se libertar de contraprestar para o futuro e, eventualmente, pedir de volta o que prestou, ainda que como crédito sobre a insolvência, para que a igualdade dos credores não seja afetada.

Contra esta posição não deve argumentar-se que, pretendendo o administrador cumprir, a parte *in bonis* não pode impedir a execução do contrato para que os demais credores não fiquem prejudicados, porque bastaria que o direito potestativo tivesse sido exercido antes da declaração de insolvência para que o administrador já não pudesse optar pelo cumprimento e ainda tivesse de assegurar uma restituição em espécie, se ela fosse devida.

3.2. A opção pela recusa de cumprimento

Se o administrador de insolvência recusar o cumprimento ou nada disser, dentro do prazo que lhe for estabelecido para o efeito pela contraparte do insolvente (n.º 2), há que determinar os direitos que são reconhecidos ao contraente *in bonis* e à massa insolvente.

Menezes Leitão²⁶ considera que haverá também abuso por parte do administrador, quando recusa cumprir o contrato numa hipótese em que a massa tem condições para realizar a prestação. Tendo em vista as consequências que a recusa de cumprimento acarreta para a contraparte do insolvente, não se deve atribuir ao administrador um poder totalmente discricionário, em nome de uma proteção abstrata do princípio da igualdade dos credores. Pelo exposto, se a massa tem condições para cumprir sem prejuízo dos credores comuns, deve reconhecer-se à parte *in bonis* o direito a exigir o cumprimento.

Quando o administrador recusa o cumprimento, nenhuma das partes tem direito à restituição daquilo que já prestou, mesmo que o tenha feito sem receber a contraprestação respetiva [artigo 102.º, n.º 3, al. a), do CIRE]. Discute-se, como tivemos a oportunidade de explicitar, se se

²⁶ MENEZES LEITÃO (2022), p. 182.

pode retirar da al. *a*) do n.º 3 do artigo 102.º uma proibição de resolução do contrato bilateral por parte do contraente *in bonis*, quando o administrador recusa o cumprimento²⁷. A nossa opinião é a de que aquilo que se pode retirar desta disposição é que a recusa de cumprimento por parte do administrador não determina um efeito retroativo, em espécie, das prestações que já foram realizadas, como pode acontecer com a resolução do contrato (artigo 434.º do CC). Essa restituição em espécie é um efeito, por exemplo, da resolução em benefício da massa (artigo 126.º do CIRE). Concordamos, pois, com Catarina Serra²⁸, quando defende que desta proibição da al. *a*) do n.º 3 do artigo 102.º só se pode retirar uma proibição de restituição em espécie do que foi prestado, mas não uma proibição da restituição em valor, que sempre constituirá um crédito sobre a insolvência, solução que, como veremos é aquela que melhor se compatibiliza com a alínea *c*) do n.º 3 deste artigo. É assim, porque a recusa de cumprimento não visa reconstituir a situação que existiria se o contrato em curso não tivesse sido celebrado, mas libertar as partes de cumprir no futuro, procurando simultaneamente que, caso uma delas já tenha prestado, a outra não fique, dentro daquilo que o património do insolvente permitir, economicamente prejudicada.

A esta luz compreende-se que a massa insolvente só possa exigir a contraprestação correspondente à prestação já efetuada pelo devedor [artigo 102.º, n.º 3, al. *b*), do CIRE], pelo que a recusa de cumprimento por parte do administrador tem sempre um efeito liberatório para o contraente *in bonis*, exceto relativamente àquilo que este dever como contraprestação de uma prestação já realizada pelo insolvente. Isso implica que tanto a prestação como a contraprestação sejam divisíveis, pois não parece ser possível que, tendo o devedor cumprido parte da prestação, o administrador possa recusar o cumprimento da parte em falta e simultaneamente exigir a contraprestação por inteiro por esta ser indivisível. Nesse último caso, somos de opinião que o administrador ou opta pelo cumprimento ou, se recusa, tem direito a exigir a restituição do que prestou, mas não a exigir a contraprestação por inteiro, quando ele

²⁷ Considerando que o artigo 102.º, n.º 3, al. *a*), do CIRE impede o contraente *in bonis* de resolver o contrato depois de a insolvência ter sido declarada, v. Ac. do STJ de 25.06.2024, processo n.º 3197/21.2T8STS-H.P1.S1 (Leonel Serôdio).

²⁸ CATARINA SERRA (2025), pp. 271 e 272.

próprio não vai realizar parte da prestação, sob pena de a massa se estar a enriquecer à custa do contraente *in bonis*.

Não equacionamos a possibilidade de aplicar *in casu* o artigo 103.º, porque, apesar da sua epígrafe, parece não regular o cumprimento de prestações indivisíveis, mas o cumprimento de obrigações de coisas infungíveis ou fracionáveis na entrega de várias coisas, dificilmente substituíveis, mas com conexão funcional entre si²⁹. Neste caso, se o devedor desta prestação for o contraente *in bonis* e o administrador recusar o cumprimento deste contrato em curso, a massa tem direito à restituição daquilo que prestou, na medida do enriquecimento da contraparte à data da declaração de insolvência [artigo 103.º, n.º 1, al. b), do CIRE]. Se o devedor desta prestação for o insolvente e o administrador recusar a realização da prestação que cabia ao insolvente, o contraente *in bonis* tem direito ao reembolso do que já tiver prestado, como crédito sobre a insolvência [artigo 103.º, n.º 4, al. b), do CIRE]. Destas normas resulta, pois, inequivocamente que, depois da declaração de insolvência, podem nascer obrigações de restituição do que tiver sido prestado, quando o contraente não tiver direito a exigir a contraprestação relativa à prestação já realizada.

Voltando ao regime geral, o contraente *in bonis* tem direito a exigir, como crédito sobre a insolvência, a diferença entre o valor da prestação que seria devida pelo insolvente, e não foi cumprida, e o valor da contraprestação respetiva que ainda não tenha sido realizada [artigo 102.º, n.º 3, al. c), do CIRE]. Isto significa que a al. c) do n.º 3 do art. 102.º permite, simultaneamente, compensar o contraente *in bonis* na medida em que tiver prestado mais do que tiver corresponsivamente recebido do insolvente e indemnizá-lo pela diferença entre o valor da prestação em falta e da contraprestação correspondente³⁰.

Em primeiro lugar, o devedor insolvente tem de compensar o credor, se ficou libertado de cumprir uma obrigação de prestar que tenha um valor objetivamente superior ao da contraprestação correspondente. Assim, por exemplo, se o devedor/insolvente, no lugar de vender as camisas, tivesse trocado 100 camisas com um valor de mercado de 1000 €, por 100 camisolas, avaliadas em 800 €, e nenhuma das prestações

²⁹ FILIPE ALBUQUERQUE MATOS (2017), p. 55, e MENEZES LEITÃO (2023), p. 192.

³⁰ Cfr. NUNO PINTO OLIVEIRA (2013), p. 226.

tivesse sido realizada, à data da declaração de insolvência, o contraente *in bonis* teria direito a receber 200 €. Se as partes tivessem, por sua vez, celebrado um contrato de compra e venda, no lugar de um contrato de troca, e o insolvente tivesse vendido 1000 camisolas por 1000 €, mas estas tivessem um valor de mercado de 1200 €, a contraparte teria direito a receber 200 €, se o administrador recusasse o cumprimento, antes de qualquer das prestações ter sido realizada.

Em segundo lugar, se a parte *in bonis* já tiver contraprestado proporcionalmente mais do que o insolvente prestou, tem direito a ser restituída em valor. Se o contraente *in bonis* já tiver entregado 50 camisolas, que valeriam 400 €, e não tivesse recebido nenhuma camisa, teria direito a 600 €, que corresponde à diferença entre o valor das camisas (1000 €), que deveriam ter integrado o património do contraente *in bonis*, e metade das camisolas que ele ficou dispensado de entregar (400 €). Neste caso, o contraente *in bonis* fica até numa posição melhor do que estaria se só pudesse exigir a restituição em valor do que prestou, posto que, aí, o seu crédito seria de 400 €. A solução escolhida pelo legislador prejudica, porém, a contraparte do insolvente, quando o valor da prestação realizada por esta for superior ao da prestação que o insolvente não efetuou. Se as 100 camisas valessem 800 € e as 100 camisolas 1000 € e o contraente *in bonis* tivesse entregado metade das camisolas antes de receber as camisas, ficaria sem estas e tinha direito a receber 300 €, quando se pudesse exigir a restituição em valor do que prestou, receberia 500 €³¹.

Como explica Catarina Serra³², não há uma obrigação de restituição em espécie, mas, na prática, o administrador do insolvente pode ter de fazer uma restituição em valor se já tiver recebido uma prestação sem ter realizado a contraprestação respetiva, e, em qualquer dos casos, o contraente *in bonis* tem direito a ficar economicamente na situação em que estaria, caso o contrato tivesse sido cumprido, e existisse uma diferença positiva entre o valor da prestação devida pelo insolvente e a contraprestação respetiva, ainda que aquilo que tenha direito a receber seja um

³¹ Ponderando as vantagens de, *de iure condendo*, prever a possibilidade de restituição em valor das prestações realizadas limitada às forças da massa insolvente, v. MARIA DE LURDES PEREIRA (2019), p. 42.

³² CATARINA SERRA (2025), pp. 271 e 272.

crédito sobre a insolvência, pelo que não sairá beneficiado relativamente aos demais credores comuns.

O contraente *in bonis* tem ainda direito a uma indemnização, pelos prejuízos causados pelo incumprimento. A indemnização tem como limite máximo aquilo que a massa tem direito a receber, nos termos da alínea *b)*, e resulta da diferença entre os danos sofridos pela contraparte e aquilo que esta tem direito a receber nos termos da alínea *c)*. A indemnização constitui igualmente um crédito sobre a insolvência e qualquer das partes pode declarar a compensação das obrigações referidas nas alíneas *c)* e *d)* com a aludida na alínea *b)*, até à concorrência dos respetivos montantes, pelo que, na prática, este direito à indemnização só existe se e na medida em que o contraente *in bonis* for devedor da massa.

4. Efeitos da declaração de insolvência relativamente a negócios já integralmente cumpridos por uma das partes

Se só uma das partes for devedora, o negócio já não se considera em curso, pelo que ao respetivo credor restará exigir o cumprimento da obrigação em falta. Se o devedor da prestação for o contraente *in bonis*, estaremos perante um crédito de que a massa é titular. Se o devedor for o insolvente, o crédito do contraente *in bonis* deverá ser qualificado, em princípio, como um crédito sobre a insolvência (artigo 47.º do CIRE). Neste último caso, o contraente *in bonis*, se for um credor privilegiado ou garantido, receberá em função daquilo que o seu privilégio ou garantia lhe permitir. Se for um credor comum, receberá aquilo que for possível, de acordo com o princípio da *par conditio creditorum* (artigos 604.º, n.º 1, do CC e 176.º do CIRE). A parte *in bonis*, como credora, não pode, por conseguinte, ser privilegiada relativamente aos demais credores, apesar de ter realizado antecipadamente a sua prestação. A concessão de crédito a um contraente constitui, pelo exposto, um risco para o credor.

Na qualidade de devedora, não pode a parte que já cumpriu integralmente invocar a exceção de não cumprimento. Se já realizou, na íntegra, as prestações a que estava adstrita, não há obrigação cujo cumprimento possa ser recusado.

A pergunta que se coloca é se, tendo prestado, não pode reduzir a contraprestação ou resolver o contrato, se o fundamento para o exercício destes direitos for anterior à declaração de insolvência.

Note-se que se em causa estiver uma impossibilidade total ou parcial da obrigação de prestar que não seja imputável a nenhuma das partes, não se duvida que a obrigação de contraprestar já se teria extinguido, por força da lei, total ou parcialmente, antes da declaração de insolvência (artigo 795.º, n.º 1, do CC). Ainda nesta última hipótese, se a obrigação de contraprestar já tiver sido cumprida, há um dever de restituição por parte do devedor que recebeu a contraprestação nos termos do enriquecimento sem causa. Sendo este um efeito *ope legis*, não poderá ser alterado por, posteriormente, ter existido uma declaração de insolvência. Porém, se o insolvente tiver de restituir aquilo que já recebeu, o crédito do contraente *in bonis* será sobre a insolvência, pelo que este não ficará favorecido relativamente aos demais credores.

Se a impossibilidade/incumprimento for imputável ao devedor, a extinção/redução do dever de contraprestar depende do exercício de um direito de resolução ou de redução da contraprestação que tem de ser exercido pelo respetivo titular, ainda que extrajudicialmente mediante uma declaração unilateral (artigo 436.º CC). Isso alterará a solução que vimos aplicar-se às situações de impossibilidade não imputável ou passará o credor a só ter direito à indemnização substitutiva da prestação incumprida (grande indemnização) se não tiver exercido estes direitos potestativos de natureza extintiva/modificativa antes da declaração de insolvência?

Voltando ao exemplo de que partimos. Se o defeito das camisas não puder ser expurgado e esse defeito for imputável ao vendedor, o comprador perde o direito a exigir a redução do preço ou a resolver o contrato, quando esse direito potestativo modificativo ou extintivo já existia à data da declaração de insolvência, só porque não o exerceu até esse momento? Pior ainda, se nenhuma das camisas puder ser entregue, por existir uma impossibilidade imputável ao devedor, o credor deixa de poder resolver o contrato e pedir de volta o que prestou, quando esse direito já lhe era reconhecido antes de a contraparte ser declarada insolvente?

Ao contrário do que acontece na *Ley Concursal* espanhola que, no seu artigo 160, admite a resolução do contrato por incumprimento anterior à declaração do concurso, se o contrato for de trato sucessivo, não identificamos no CIRE nenhuma resposta direta para as questões enunciadas, mas a solução não pode deixar de ser compatível com aquela que se aplica às situações em que o negócio ainda está em curso.

Assim, se existir uma impossibilidade total da prestação imputável ao insolvente, mas o contraente *in bonis* só tiver contraprestado parcialmente, mesmo que se entenda que o negócio ainda está em curso, não se pode dizer que, neste caso, o administrador pode optar pelo cumprimento (artigo 102.º, n.º 4, do CIRE). Consequentemente, mesmo que se entenda que o contraente *in bonis* não tem direito a uma restituição em espécie do que prestou, por não ter resolvido o contrato antes da declaração de insolvência [artigo 102.º, n.º 3, al. a), do CIRE], terá, pelo menos, direito à diferença entre o valor da prestação que se impossibilitou e a contraprestação que não chegou a realizar. Quando as prestações têm valores de mercado idênticos, isto significa, na prática, restituir em valor aquilo que o insolvente recebeu sem que uma prestação correspondente tivesse sido realizada [artigo 102.º, n.º 3, al. c), do CIRE)]. Na verdade, isto consubstancia, do ponto de vista prático, uma redução da contraprestação em valor.

A solução não pode ser diferente se a contraparte já tiver contraprestado integralmente. Conforme tivemos oportunidade de explicitar, somos de opinião que, das regras aplicáveis aos efeitos da declaração de insolvência, não se pode retirar mais do que uma regra de proibição de restituição em espécie do que tiver sido prestado pelos contraentes e de que os créditos de que o contraente *in bonis* já era titular, antes da declaração de insolvência, são créditos sobre a insolvência e não sobre a massa. Na verdade, quando o que houver a restituir for dinheiro, a restituição em espécie e em valor, do ponto de vista prático, não é distinta.

Assim, existindo uma impossibilidade de cumprimento da obrigação, mesmo que o negócio já não esteja em curso, porque a contraparte já contraprestou integralmente, como o administrador não poderá assegurar a realização da prestação impossibilitada, terá de existir, pelo menos, um direito à restituição em valor da contraprestação já realizada. A solução é, na prática, totalmente compatível com o disposto no artigo 102.º, n.º 3, al. c), do CIRE, que atribui ao contraente *in bonis* o direito a exigir, como crédito sobre a insolvência, a diferença entre o valor da prestação que seria devida pelo devedor e cujo valor se impossibilitou e o valor da contraprestação respetiva que ainda não tenha sido realizada. O resultado só não será exatamente igual quando o valor de mercado das coisas for diferente do valor acordado para a contraprestação, o que não sucederá com frequência.

Por outro lado, às situações de impossibilidade da prestação têm de equivaler as situações de cumprimento defeituoso em que o defeito não pode ser expurgado. O contraente *in bonis* tem de manter, na prática, o direito a reduzir a contraprestação e a ser restituído em valor do que prestou, sendo este um crédito sobre a insolvência. A solução não coloca igualmente em causa os direitos dos demais credores na medida em que estamos perante um crédito sobre a insolvência. A solução corresponde, na prática, àquela que vigora em Espanha para as situações em que a resolução do contrato por incumprimento anterior à declaração do concurso é admitida (artigo 163, n.º 2, da *Ley Concursal*).

Paralelamente com o que acontece com os negócios em curso, mais difíceis são as situações em que a parte *in bonis* já realizou integralmente a prestação que lhe cabia e o administrador pode prestar em abstrato, mas a contraparte do insolvente, antes da declaração de insolvência, já poderia ter resolvido o contrato, nomeadamente por perda objetiva do interesse na prestação. Nesse caso, mesmo que se admita que não pode resolver o contrato e exigir uma restituição em espécie, tem de lhe ser reconhecida a faculdade de recusar a execução do contrato que está a ser oferecida pelo administrador, para pedir de volta o que prestou, mesmo que só em valor e como crédito sobre a insolvência.

5. Apreciação crítica

Voltando ao exemplo de que partimos. Se a sociedade Adérito, Lda., compra 100 camisas azuis e 100 camisas brancas à sociedade Blandina, S. A., e esta deteta, após a entrega ocorrida antes da declaração de insolvência, que elas têm um defeito de confeção, que direitos poderiam ser reconhecidos à sociedade Adérito, Lda., depois da declaração de insolvência?

1. Se o preço ainda não tiver sido pago, será necessário distinguir se o defeito pode ser expurgado, porquanto, nesse caso, estamos indubitavelmente perante um negócio em curso, que ficará suspenso até que o administrador decida se quer cumprir o contrato ou recusar o seu cumprimento. Se optar pelo cumprimento, o comprador tem direito à expurgação do vício que, neste caso, se traduzirá no direito à substituição das camisas.

Mesmo tratando-se de uma dívida da massa, se o comprador não tiver de pagar antecipadamente, poderá recusar o pagamento do preço até que as camisas sem defeitos sejam entregues, sendo o fundamento para essa recusa a exceção de não cumprimento, aproximando-se, assim, da solução que vigorava antes da declaração de insolvência.

2. Se o administrador optar por recusar o cumprimento, antes de o comprador ter pago o preço, a solução já será distinta. Aí nenhuma das partes tem direito à restituição do que prestou [artigo 102.º, n.º 3, al. *a*), do CIRE], mas também ficará libertada de cumprir para o futuro, exceto relativamente à parte já realizada pela contraparte [artigo 102.º, n.º 3, al. *b*), do CIRE]. A questão que se coloca é a de saber como é que se calcula o valor de uma prestação realizada com defeito. Se se atender à desvalorização que as camisas sofreram em razão do defeito, na prática, isto significa que o preço a pagar será reduzido, caso as camisas ainda forem comercializáveis por um preço inferior ao das camisas sem defeito. Se as camisas com defeito não forem de todo comercializáveis, somos de opinião que se deve pura e simplesmente entender que existe um incumprimento total da obrigação de prestar que libertará o contraente *in bonis* de contraprestar, aproximando-se a solução do direito que lhe assiste de reduzir a contraprestação ou de resolver o contrato, se o devedor recusar definitivamente cumprir o contrato.

3. Se o vício não for expurgável, o administrador não pode optar pelo cumprimento e se, por absurdo, o fizer, a opção será considerada abusiva (artigo 102.º, n.º 4, do CIRE). O contraente *in bonis* não pode, porém, ficar numa situação pior do que aquela em que estaria caso o administrador tivesse recusado o cumprimento, pelo que os efeitos não poderão ser, na prática, distintos daqueles que estão previstos para a recusa de cumprimento pelo administrador de insolvência (artigo 102.º, n.º 3, do CIRE).

4. E se o administrador puder cumprir, mas o contraente *in bonis* alegar ter perdido objetivamente o interesse na prestação por já não poder vender as camisas naquela estação, não poderá resolver o contrato? Somos de opinião que manterá esse

direito, se já o podia exercer antes da declaração de insolvência, mas poderá não ter direito a uma restituição em espécie, mas em valor, e este crédito constituirá uma dívida da insolvência, por ser a solução que melhor se compatibiliza com o disposto no artigo 102.º, n.º 3, al. c), do CIRE.

No contexto de uma codificação que privilegia a proteção dos credores em detrimento da recuperação do devedor insolvente, não é fácil determinar se o regime aplicável a contratos ainda não integralmente cumpridos privilegia a proteção da contraparte do insolvente, acautelando aquilo que são decorrências do sinalagma, ou visa tutelar a integridade da massa e indiretamente os restantes credores.

Sabendo que a contraparte do insolvente não pode, em regra, exigir o cumprimento³³, nem se pode recusar a cumprir, se o administrador de insolvência optar pelo cumprimento, a conclusão é a de que não se pretende acautelar primariamente aquilo que são decorrências importantes do sinalagma funcional, mesmo que se admita que a exceção de não cumprimento pode continuar a ser invocada, até que o administrador de insolvência realize a prestação que cabia ao insolvente.

A conclusão ainda mais se acentua se se tiver em consideração que, quando o administrador decide recusar o cumprimento do contrato, a parte *in bonis* fica libertada de prestar para o futuro em tudo o que exceder a prestação que já recebeu do insolvente [artigo 102.º, n.º 3, al. b), do CIRE], mas não pode pedir de volta o que prestou em espécie e que excede aquilo que recebeu, mas só em valor como um crédito sobre a insolvência [artigo 102.º, n.º 3, al. c), do CIRE]. Por outro lado, os efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios em curso podem também prejudicar o sinalagma, mesmo quando o administrador decide cumprir, pois o contraente *in bonis*, relativamente à prestação que já realizou, será titular de um crédito sobre a insolvência.

Admitimos, porém, ao contrário daquele que ainda é o entendimento prevalecente, que, optando o administrador pelo cumprimento, a parte *in bonis* que, antes da insolvência, podia resolver o contrato ou reduzir a contraprestação mantenha a possibilidade de recusar a

³³ Hipóteses como as contempladas nos artigos 103.º, n.º 2, 104.º, n.º 1, e 105.º, n.º 1, do CIRE constituem exceções à regra de que a contraparte do insolvente não pode exigir o cumprimento de um contrato que o administrador considera que não deve ser executado.

execução do contrato, se o fundamento destes meios de defesa não estiver relacionado com a situação de insolvência do devedor e com a não satisfação do crédito de que é titular, em virtude da situação patrimonial deste. Em qualquer caso, a restituição em espécie do que tiver sido prestado não é admitida e não pode a contraparte do insolvente ficar numa situação melhor do que aquela em que se encontraria, caso a opção do administrador fosse a de recusar o cumprimento.

Bibliografia

- ASCENSÃO, José de Oliveira, «Insolvência: efeitos sobre os negócios em curso», *Direito e Justiça*, vol. 19, n.º 2, 2005, pp. 233 e ss.
- BLAUM, Katharina, *Zurückbehaltungsrechte in der Insolvenz*, Baden-Baden, 2008.
- EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, 8.ª edição, Almedina, Coimbra, 2022.
- FERNANDES, Luís Carvalho / LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, Anotado*, 3.ª edição, Quid Juris, Lisboa, 2015.
- FIGUEIREDO, Isabel Mousinho de, «A compensação como garantia de cumprimento das obrigações», *O Direito*, ano 139.º, II, 2007, pp. 381 e ss.
- FONSECA, Ana Taveira da, *Da Recusa de Cumprimento da Obrigação para Tutela do Direito de Crédito*, Almedina, Coimbra, 2015.
- FONSECA, Ana Taveira da, «A oponibilidade da compensação de créditos conexos a terceiros», in *II Encontro de Direito Civil*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2020, pp. 47-66.
- JACOBY, Florian, *Jaeger Insolvenzordnung - Großkommentar*, §§ 103-128, 2.ª edição, de Gruyter GmbH, Berlin/Boston, 2022.
- JAUERNIG / BERGER, *Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht*, 23.ª edição, C. H. Beck, München, 2010.
- HUBER, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, vol. II, §§ 80-216, 4.ª edição, C. H. Beck, München, 2019.
- LEITÃO, Luís Menezes, «A (in)admissibilidade da insolvência como fundamento de resolução dos contratos», in *III Congresso de Direito da Insolvência*, Catarina Serra (coord.), Almedina, Coimbra, 2015, pp. 89 e ss.
- LEITÃO, Luís Menezes, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas - Anotado*, 12.ª edição, Almedina, Coimbra, 2022.
- LEITÃO, Luís Menezes, *Direito da Insolvência*, 11.ª edição, Almedina, Coimbra, 2023.
- MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito das Obrigações (Parte especial), Contratos*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2001.

- MARTINS, Alexandre Soveral, *Um Curso de Direito da Insolvência*, vol. 1, 4.^a edição, Almedina, Coimbra, 2022.
- MATOS, Filipe Albuquerque, «Os efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios em curso», *IV Congresso de Direito da Insolvência*, Catarina Serra (coord.), Almedina, Coimbra, 2017, pp. 35 e ss.
- OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, «O novo regime da insolvência e as cláusulas de cessação do contrato com fundamento em insolvência (cláusulas *ipso facto*)», *Revista de Direito Comercial*, 2022, pp. 1249 e ss.
- OLIVEIRA, Nuno Pinto, «Os efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios em curso: em busca dos princípios perdidos», *I Congresso de Direito da Insolvência*, Catarina Serra (coord.), Almedina, Coimbra, 2013, pp. 201 e ss.
- OLIVEIRA, Nuno Pinto, *Compra e Venda de Coisa Genérica — Defeito do Produto e Tutela do Comprador*, Editorial Jurá, Lisboa, 2015.
- PEREIRA, Maria de Lurdes / MÚRIAS, Pedro, «Os direitos de retenção e o sentido da exceção de não cumprimento», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, janeiro-dezembro 2008, pp. 187 e ss.
- PEREIRA, Maria de Lurdes, «O sinalagma na insolvência», in *V Congresso de Direito da Insolvência*, Catarina Serra (coord.), Almedina, Coimbra, 2019, pp. 31 e ss.
- PINTO, Fernando Ferreira, *Contratos de Distribuição, Da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013.
- SERRA, Catarina, *Lições de Direito da Insolvência*, 3.^a edição, Almedina, Coimbra, 2025.
- VASCONCELOS, Luís Pestana de, «O novo regime insolvencial da compra e venda», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2006, III, pp. 521 e ss.
- VASCONCELOS, Luís Pestana de, «O regime dos contratos em curso na insolvência: panorâmica geral», in *Colóquios do Supremo Tribunal de Justiça, Comércio, Sociedades e Insolvências*, 2.^a edição, julho de 2022, pp. 15 e ss.

Contrato, inteligência artificial e erro*

FRANCISCO MENDES CORREIA

1. Introdução

A relação entre a tecnologia e o Direito dos contratos não é nova, se por tecnologia entendermos qualquer objeto ou processo desenvolvido pelo homem para satisfazer as suas necessidades, ainda que tempos de tão acentuado desenvolvimento tecnológico - como os que vivemos - possam levar-nos a esquecer que também são *tecnologia* os objetos e processos mais simples e antigos, que desde sempre foram empregados na formação e exteriorização da vontade de contratar.

No que se refere à formação da vontade negocial, a tecnologia é utilizada, entre outras finalidades, para obter informações sobre a realidade, ou previsões sobre a sua evolução futura, elementos depois incorporados na vontade de celebrar negócios jurídicos.

No que se refere à exteriorização da vontade, o homem desde sempre utilizou a tecnologia: pense-se na simples redução a escrito das cláusulas de um contrato, com recurso a um objeto de escrita e a papel ou outro suporte equivalente, ou na evolução da transmissão de declarações negociais por correio postal, telégrafo, *telex*, telefone, *e-mail*, por mensagem *WhatsApp* ou num *chat*, na *internet*.

O recurso à tecnologia na formação e exteriorização da vontade e, depois, no cumprimento das obrigações emergentes de um contrato tem suscitado inúmeras questões, há muito debatidas, entre nós¹.

* Este texto baseia-se numa apresentação proferida nos VI Encontros de Direito Civil, subordinados ao tema «O Contrato», e organizados pela Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa e pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 29 de novembro de 2024. Optou-se por um registo próximo do original, quase desprovido de menções doutrinárias e referências bibliográficas, acentuando-se o discurso predominantemente problematizador, adequado à novidade e complexidade do tema.

¹ Em particular, sobre a contratação automática e eletrónica, CORDEIRO (2023), pp. 343 e ss.

Pense-se no recurso a uma máquina automática de venda: os termos da proposta negocial são formulados por uma pessoa, mas exteriorizados pela máquina, que pode também interagir com os interessados, recebendo as suas declarações negociais, cumprindo de forma automatizada as obrigações decorrentes do contrato e recebendo a contraprestação devida.

Neste caso, destacam-se os seguintes pontos: (a) a declaração negocial é exteriorizada sem a presença (e, portanto, supervisão) do declarante; (b) a aceitação é recebida sem a presença (e, portanto, supervisão) do respetivo declaratório; (c) o cumprimento das obrigações é feito de forma automática, por uma máquina, sem supervisão da pessoa que a ela recorre.

Mas, de forma cada vez mais frequente, o homem socorre-se da tecnologia numa medida mais intensa, em que o processo de formação e de exteriorização da vontade de contratar ocorre sem qualquer intervenção humana, com exceção da inicial, consistente no recurso a certo protocolo informático ou sistema autónomo.

Pense-se num *software* que recebe e processa de forma automática informações sobre preços e outras condições de venda de determinados bens, recolhidas através de uma ligação à *internet*, e utiliza essas informações para, também de forma autónoma e automática, formular propostas contratuais (ex. propostas de venda ou aquisição de instrumentos financeiros ou criptoativos) a terceiros (também através da *internet*). As instâncias atuais de utilização de tecnologia, com este perfil, são já bastante difundidas: plataformas de comércio eletrónico, totalmente automatizadas, cadeias de produção e abastecimento também com plena automatização ou compras efetuadas através de *smart devices* (ex. frigoríficos com *software* para aquisição automática de produtos, cuja falta é detetada por sensores).

Estes desenvolvimentos foram desencadeados por mudanças muito acentuadas nas máquinas e nos sistemas informáticos, nas últimas décadas, destacando-se, entre outras: (a) o aumento exponencial do poder computacional (com conseqüente aumento da quantidade de informação que pode ser recolhida e tratada e das tarefas que podem ser realizadas de forma automática); (b) a interconexão entre máquinas e sistemas, ao ponto de ser possível uma «interação» direta entre máquinas/sistemas; (c) a possibilidade de produção automatizada de efeitos no mundo físico (ex. carros autónomos).

Em algumas destas instâncias, a chamada inteligência artificial é utilizada no processo de formação e exteriorização da vontade negocial, com um grau de intervenção humana muito escasso. Nos casos mais extremos, o utilizador só toma a decisão inicial de iniciar um processo que implicará (a) que a vontade seja formada sem a sua supervisão, de forma autónoma; (b) que a vontade seja exteriorizada sem a sua supervisão, de forma automática; (c) que a declaração da contraparte seja recebida sem a sua supervisão, de forma automática; (d) que algumas ou todas as obrigações emergentes do contrato sejam cumpridas, de forma automática.

Entre outros, o emprego da inteligência artificial cria desafios ao jurista em matéria de formação do contrato, sendo relevante indagar se as soluções normativas existentes são capazes de lhes dar respostas adequadas.

Este artigo visa contribuir para essa discussão. Num primeiro momento, apresentam-se de forma muito introdutória algumas características da inteligência artificial que justificam o interesse do jurista, quanto ao seu emprego na formação de contratos, elencando-se alguns dos problemas assim suscitados. A este propósito, e a título de ilustração, apresenta-se um caso paradigmático, já decidido judicialmente - o caso *Quoine* -, em que certas perturbações na formação e exteriorização da vontade negocial, com recurso a inteligência artificial, convocaram problemáticas como as do erro ou do abuso do direito.

Depois, numa abordagem mais circunscrita, confronta-se o regime do erro, para determinar, ainda que a título perfunctório, se fornece respostas adequadas, neste contexto.

Entre outras questões, o grau de autonomia apresentado por certos sistemas de inteligência artificial (de agora em diante, abreviadamente, «SIA»), em particular na formação da vontade de contratar, tem suscitado a questão de saber se devem ser tratados como meras ferramentas (que auxiliam os sujeitos jurídicos no processo de formação de vontade e da sua transmissão), como representantes do utilizador, ou até como novos entes jurídicos, dotados de personalidade jurídica.

Iremos analisar o regime do erro a partir dos dados atuais do sistema, que determinam que os contratos celebrados através de SIA são celebrados, entre ausentes, pelos utilizadores da tecnologia de inteligência artificial, e que recusam a personalidade jurídica a este tipo de

sistemas. A discussão relativa à concessão de personalidade jurídica é muito interessante, mas deverá ser abordada noutra ocasião². Ainda assim, analisaremos de forma sumária a questão de saber se algumas das soluções normativas em matéria de representação podem ser aplicadas, de forma direta ou por analogia, aos contratos em que a vontade negocial foi formada e exteriorizada, de forma autónoma, por SIA.

Ficam de fora muitas questões, é evidente, como a do emprego da inteligência artificial no cumprimento de obrigações emergentes do contrato ou a dos negócios em que a inteligência artificial figura como objeto mediato do contrato.

Outro problema, que não será analisado, refere-se à formação de consenso: será que se pode falar em consenso - como elemento necessário para a formação do contrato - quando as partes não conseguem mais antecipar os termos a que se vinculam, em virtude da utilização de sistemas que operam de forma *autónoma* e não determinística³? Esta é, também, uma questão muito interessante e com enorme relevância dogmática, mas que só poderá ser aprofundada noutra ocasião.

2. Algumas particularidades da inteligência artificial e sua relação com a formação dos contratos

a. Características da inteligência artificial

É muito difícil traçar uma linha clara, a partir da qual se possa caracterizar como *inteligência artificial* certa tecnologia utilizada pelo homem para contratar. Atualmente, é habitual o recurso ao termo *inteligência artificial* para designar, sem grande preocupação conceptual, qualquer tecnologia de desenvolvimento de atividades que requeiram um esforço de criatividade e inteligência humana, num grau relevante⁴.

O esforço para identificar alguns traços caracterizadores da *inteligência artificial* é necessário e meritório, mas não vai ser aqui

² Sobre esta discussão, entre outros, WEITZENBOECK (2001) e BARBOSA (2024a), pp. 11-60. Advogando a atribuição irrestrita aos utilizadores, dos desfechos alcançados pelos SIA, GRAPENTIN (2019), pp. 184-185.

³ OLIVER (2021), p. 48.

⁴ OLIVER (2021), p. 51.

empreendido. Em vez disso, opta-se por sublinhar dois elementos de autonomia, que alguns sistemas apresentam e que os tornam particularmente interessantes para o debate jurídico-civilista: (a) a capacidade de atuação autónoma (*i.e.*, independente de intervenções humanas externas, posteriores à decisão inicial de utilizar o sistema); (b) a capacidade de obtenção de novo conhecimento e de alteração de modos de operar, através da interação com o ambiente, do tratamento dos dados aí recolhidos, e da modificação autónoma de estados internos.

Para efeitos deste contributo, toma-se como boa a definição de *inteligência artificial* constante do Regulamento (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de junho («Regulamento Inteligência Artificial»), quanto a Sistema de IA: «um sistema baseado em máquinas concebido para funcionar com níveis de autonomia variáveis, e que pode apresentar capacidade de adaptação após a implantação e que, para objetivos explícitos ou implícitos, e com base nos dados de entrada que recebe, infere a forma de gerar resultados, tais como previsões, conteúdos, recomendações ou decisões que podem influenciar ambientes físicos ou virtuais» (artigo 3.º/1).

Aplicando estes dados ao contexto contratual, podem elencar-se quatro características que tornam alguns SIA particularmente relevantes: (a) autonomia, enquanto capacidade de atuação não supervisionada, no domínio das declarações negocialmente relevantes; (b) proatividade, na formulação autónoma de declarações negociais finais; (c) reatividade, na capacidade de formar o conteúdo das declarações, com base nos conhecimentos obtidos externamente; (d) interação externa, como capacidade de interagir com terceiros, apresentando ou recebendo declarações negociais relevantes⁵.

No domínio da formação e exteriorização da vontade de contratar, os SIA são usados para obter dados sobre a realidade, através de asserções sobre o presente ou previsões sobre o futuro, mas também para *influençar* a realidade, formulando e exteriorizando declarações negociais, recebendo declarações formadas por terceiros, e, em paralelo, desencadeando atuações dirigidas ao cumprimento de obrigações emergentes

⁵ ISMAYILZADA (2024), pp. 190-191.

do contrato (ex. concedendo ou impedindo o acesso a máquinas ou recursos *online*, etc.)⁶.

b. Mapeamento dos problemas

Algumas das questões colocadas pelos sistemas de inteligência artificial coincidem com as que já eram colocadas pela utilização de tecnologia em fases relevantes do processo de formação da vontade de contratar e na sua exteriorização.

Mas, pensando na *formação* da vontade de contratar, pode dizer-se que a difusão de tecnologias de inteligência artificial gera *novos* problemas, em pelo menos duas medidas.

Em primeiro lugar, e de forma muito relevante, a inteligência artificial torna possível a formação da vontade negocial de um modo não determinístico, em que os termos contratuais a propor ou aceitar não estão inteiramente predeterminados e não podem ser previstos pelo utilizador, num juízo *ex ante*, a partir da projeção da verificação de um conjunto de condições. Ou seja, o agente que emprega o SIA não consegue antecipar o desfecho da sua decisão de contratar, porque a tecnologia não funciona em modo determinístico (ex. cada vez que ocorrer *x*, irá decidir no sentido *y*).

A este propósito, é já frequente a distinção entre contratação automática e contratação autónoma. Nos contratos celebrados por sistemas *automáticos*, os termos do contrato são determinados por uma máquina ou sistema, sem intervenção humana no momento da celebração/negociação, mas em termos deterministicamente estabelecidos pelo utilizador da tecnologia empregada. Em contraste, nos contratos celebrados por sistemas *autónomos*, os termos do contrato são determinados por uma máquina ou sistema, sem intervenção humana no momento da negociação e da celebração, em termos não deterministicamente estabelecidos pelo utilizador.

Em ambos os casos, os problemas são especialmente acentuados - e são esses que nos interessam - quando, além do processo inicial de utilização do SIA, os termos da proposta negocial, da aceitação ou de qualquer outra declaração negocial que venha a determinar os elementos

⁶ SARTOR (2018), p. 265.

de um contrato são determinados por SIA e exteriorizados por SIA, sem controlo humano prévio^{7/8}.

Apenas estes últimos, os SIA autónomos, constituem objeto desta análise. Pese embora as dificuldades em definir autonomia, pode aceitar-se - numa abordagem introdutória como esta - que corresponde à capacidade de realizar certas tarefas, de forma independente, sem intervenção humana, durante um período considerável⁹.

Neste universo mais delimitado, algumas características são particularmente problemáticas: (a) a decisão de contratar é imprevisível; (b) a decisão de contratar não é totalmente explicável *ex post*, mesmo pelas pessoas que programaram o sistema¹⁰.

Com efeito, muitas vezes não é possível determinar a que dados acedeu o SIA para formular asserções sobre a realidade e, por outro lado, que processos ou encadeamentos lógicos foram empregados para formar a vontade negocial e que culminaram com a exteriorização de uma proposta contratual.

Por outro lado, a difusão do emprego de SIA para a *formação* da vontade e para a sua *transmissão* - motivada pelas vantagens demonstradas pela tecnologia, nomeadamente em matéria de poupança de custos e de capacidade analítica e de previsão - torna mais frequentes os casos em que o processo de formação de vontade de *todas as partes* do contrato ocorre de forma automática, sem intervenção dos utilizadores

⁷ Pense-se nos SIA que determinam de forma dinâmica, e comunicam sem supervisão humana, os preços oferecidos em certas plataformas de comércio *online* de bens e serviços, ou que adaptam os termos comerciais oferecidos às características pessoais reveladas pelos consumidores. Ou, num contexto mais próximo do caso *Quoine*, nos SIA utilizados na negociação de alta frequência (*High Frequency Trading*).

⁸ O utilizador que emprega o SIA não consegue, assim, antecipar (pelo menos de forma plena) quais os dados a que o SIA vai aceder e tratar, nem prever como e em que medida vão ser ponderados, e incorporados em estratégias para atingir o objetivo estabelecido. A este propósito, GRAPENTIN (2019), p. 184.

⁹ SARTOR (2018), pp. 268-269. Além da independência, o Autor define a autonomia com recurso a outros dois elementos: capacidades cognitivas (reveladas através das capacidades de adquirir e classificar informação, analisá-la, selecionar modos de atuação com base na informação assim obtida e implementá-los) e arquitetura teleológica (*i.e.*, uma arquitetura cognitiva que permita a adaptação do sistema - através da alteração dos seus estados internos - a um fim determinado).

¹⁰ FRATTONE (2023), p. 409.

dos sistemas. Estes últimos só têm intervenção na escolha da tecnologia usada. Nestes casos, em todos os momentos relevantes, após a escolha do SIA e do seu emprego inicial, o contrato é formado *entre sistemas*, sem intervenção humana significativa.

c. O caso Quoine

O caso *Quoine Pte Ltd v B2C2*¹¹ corresponde a uma das primeiras ocasiões em que um tribunal superior testou a aplicação do regime do erro a contratos celebrados de forma totalmente autónoma, através de SIA. O caso foi decidido em primeira instância no *Singapore International Commercial Court*¹², e depois, em sede de recurso, pelo *Court of Appeal of Singapore*, o tribunal de instância superior de Singapura¹³.

A Quoine Pte Ltd («Quoine») era titular de uma plataforma *online* para negociação de criptoativos (designada «QUOINEExchange»), operada exclusivamente através de um sistema de inteligência artificial, que recebia e executava ordens de forma totalmente automatizada. A colocação de ordens de compra, venda ou permuta de criptoativos pelos participantes no mercado era também realizada, exclusivamente, através sistemas de inteligência artificial (*automated trading algorithms*) por aqueles utilizados. Neste contexto, os participantes da plataforma de negociação não conseguiam determinar *ex ante* se e quando iriam celebrar contratos relativos a criptoativos, ou quais os termos dos contratos que viessem eventualmente a ser celebrados.

Além de operar a plataforma, a Quoine também intervinha como criadora de mercado, através do seu sistema informático de negociação (designado «*Quoter Program*»). Para esse fim, o *Quoter Program* recolhia informações sobre a negociação de criptoativos noutros mercados, para depois colocar ordens de compra ou venda na plataforma, de forma totalmente autónoma.

O SIA utilizado pela B2C2 (uma participante da plataforma) estava programado para colocar ordens com base, entre outros fatores, nas

¹¹ Para uma descrição do caso, entre outros, FRATTONE (2023), pp. 418-420; Low / Mik (2020), p. 563; OLIVER (2021), pp. 46-47; Ooi / Soh (2020), pp. 367 e ss.

¹² *B2C2 Ltd v Quoine Pte Ltd* [2019] 4 SLR 17.

¹³ *Quoine Pte Ltd v B2C2 Ltd* [2020] SGCA(I) 02.

20 melhores ordens de compra ou venda colocadas na plataforma. No entanto, para evitar que o seu SIA deixasse de colocar ordens, em caso de escassez de informação na plataforma, a B2C2 programou-o para, nessas ocasiões, colocar ordens de venda de Ethereum (ETH) por Bitcoin (BTC), a um preço que lhe era pronunciadamente favorável (10 BTC e 9,99999 BTC por 1 ETH). Este preço correspondia, na altura, aproximadamente, a 250 vezes o valor de mercado de operações ETH/BTC.

Em certo momento, ocorreu precisamente uma situação de insuficiência de informações sobre operações na plataforma. Com efeito, em virtude de um erro técnico (desatualização de certas palavras-passe), o *Quoter Program* não conseguiu aceder aos preços praticados noutros mercados, e por isso não colocou na plataforma ordens de venda ETH/BTC baseadas em transações reais, enquanto criador de mercado.

Esta perturbação, e uma série de eventos por si desencadeados, levaram a que (i) o melhor preço disponível na plataforma fosse o correspondente à oferta de venda colocada pela B2C2 e que, (ii) de forma totalmente automatizada, a plataforma adquirisse a esse preço ETH em troca de BTC, por conta de dois outros participantes (Pulsar e Tomita).

No dia seguinte, a Quoine reverteu as operações, com base em irregularidade na formação do valor de troca ETH/BTC. Mas a B2C2 reagiu judicialmente, invocando que, segundo os termos de utilização da plataforma, todas as operações eram irrevogáveis. Entre outros argumentos, a Quoine contestou que as operações eram nulas ou anuláveis, invocando erro unilateral (com base na *Common Law* e na *Equity*), erro comum às partes e enriquecimento sem causa, com apelo também ao desalinhamento profundo entre o preço praticado na plataforma e o preço de mercado. A este propósito, a Quoine sublinhou que nenhum participante razoável aceitaria aquele valor de troca, caso conhecesse o valor real de mercado ETH/BTC.

Em primeira instância, os argumentos da Quoine foram desatendidos. A decisão foi depois mantida em sede de recurso, pela maioria dos juízes do caso, que entendeu que o Direito dos contratos era aplicável à negociação com recurso a algoritmos, mas que não estavam verificados os pressupostos do erro, entre outros motivos, porque a contraparte (a B2C2) não tinha conhecimento (real ou ficcionado) do erro.

3. O regime do erro

Antes da análise de algumas possibilidades de enquadramento de perturbações da formação e exteriorização da vontade, como as descritas a propósito do caso *Quoine*, podem ser apresentadas algumas considerações, de ordem geral, na tentativa de estabelecer pontos de apoio seguros.

O primeiro dado de partida refere-se à localização desta matéria, no âmbito do Direito privado. Daqui decorre que, em princípio, os riscos de utilização de uma tecnologia nova, com resultados imprevisíveis, devem correr por conta dos promotores, produtores e utilizadores¹⁴.

A ideia de socialização do risco, por via interpretativa, deve ser evitada, na ausência de dados normativos claros. Com efeito, mesmo para quem represente como benéficos, do ponto de vista supraindividual, os avanços em matéria de inteligência artificial, e considere que a sua utilização deve ser incentivada, do ponto de vista socioeconómico, não conseguirá justificar, só por causa destas considerações *políticas*, soluções *jurídicas* de distribuição social do risco de utilização, pelo menos sem intermediação de uma intervenção do legislador.

Assim, e concretizando, o risco de emprego de uma tecnologia que auxilia na formação da vontade juridicamente relevante e na sua transmissão (ou interação com outros, nomeadamente através da recepção de declarações de vontade de terceiros) deve ser, em princípio, do utilizador¹⁵. Este enunciado, de ordem geral, está alicerçado direta ou indiretamente em várias soluções normativas, como as que constam dos artigos 236.º/1¹⁶, 247.º, 250.º/1¹⁷, 251.º e 252.º do Código Civil (de agora em diante, «CC»).

¹⁴ OLIVER (2021), p. 50; FRATTONE (2023), p. 422, assinalando as vantagens de onerar o utilizador da nova tecnologia com os riscos específicos, do ponto de vista da promoção da inovação responsável.

¹⁵ Ponderando as vantagens e os inconvenientes desta perspectiva, WEITZENBOECK (2001), pp. 214 e ss.

¹⁶ O pendor objetivo da solução aí presente aplica-se, mesmo que uma eventual divergência entre a vontade real e a impressão do destinatário resulte do emprego pelo declarante de tecnologia para formar ou exteriorizar a vontade negocial.

¹⁷ Ainda que se aplique apenas às declarações transmitidas por intermediários (e não pelo próprio declarante, através de recursos tecnológicos), é certo que o risco de inexactidão na transmissão por outrem é atribuído ao declarante, que só poderá anular a declaração negocial

Mas, sublinhe-se também, o risco não será sempre, necessariamente, do declarante. Se um utilizador opta por recorrer a um SIA como declaratório, e aceita não supervisionar o momento da receção de propostas negociais, assume também o risco de invalidação, quando as circunstâncias que a ditarem fossem facilmente identificáveis, por um declaratório humano, naquela fase da formação do negócio jurídico.

Refira-se, também, que este dado de partida quanto aos riscos de utilização de uma nova tecnologia, quando aplicado em matéria de erro, não é incompatível com a ponderação de circunstâncias que levam a que o declarante não fique vinculado ou possa invalidar a declaração negocial. Com efeito, o regime geral das declarações de vontade também parte desse pressuposto - o risco é suportado pelo declarante - mas em casos particulares, quando estejam reunidos os pressupostos do erro, por exemplo, o declarante pode anular a declaração. Com efeito, tampouco se justifica que o declarante seja prejudicado só porque usou tecnologia na formação e exteriorização da sua vontade negocial.

Por último, o intérprete-aplicador deve desconfiar de soluções que cheguem a resultados desajustados intrinsecamente, como as que se traduzam em vantagens injustificadas para agentes que utilizassem SIA, e que tentassem afastar a cognoscibilidade do erro, invocando ausência de supervisão. Como ponto de partida, não deve aceitar-se que alguém saia beneficiado porque tenha *prescindido voluntariamente* de supervisionar o funcionamento das tecnologias que utilize¹⁸.

a. A possibilidade de erro

Como resulta da sua breve descrição, o caso *Quoine* é mais uma demonstração - deveras impressionante - da falibilidade da tecnologia. A tecnologia é utilizada para satisfazer fins humanos, e nessa medida tem uma dimensão *teleológica*: por variadíssimos fatores - que podemos designar, na área temática em apreço, e de forma genérica, por «erros

quando o declaratório conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade do elemento inexactamente transmitido.

¹⁸ OLIVER (2021), p 83. Além disso, como sublinhado por Low / MIK (2020), as partes que usam SIA têm, modo geral, mais capacidade económica que as contrapartes (ex. consumidores) que intervêm pessoalmente.

informáticos» -, a tecnologia empregada pelo homem pode não gerar os resultados pretendidos.

Neste contexto particular, então, podem designar-se por «erros informáticos» as instâncias de deficiente funcionamento de SIA, causadoras de uma divergência entre o resultado esperado e o resultado obtido com a sua utilização.

Uma primeira questão que se pode imediatamente colocar é a da adequação do conceito de «erro informático», quando os SIA geram os resultados segundo a programação teleológica feita, em última medida, pelo homem. Nesta medida, poder-se-ia questionar: faz sentido falar de erro, quando a máquina produz os resultados que estava programada para produzir¹⁹? Mas a objeção fica respondida, quando se considera que «erro informático», neste sentido, se refere à discrepância entre o resultado gerado pela máquina ou sistema e o fim último da pessoa que determinou a sua utilização.

Neste contexto, torna-se clara a possibilidade de erro informático, quer sob a forma de erro de programação²⁰, erro de rede (ex. impedindo o acesso a dados fidedignos sobre a realidade), ou erro resultante da aprendizagem autónoma²¹, entre outros. Um caso particular de erro de programação é o que se torna evidente pela interação com outros sistemas, como sucedeu no caso *Quoine*. Os sistemas usados pela Quoine estavam programados, porventura, de forma adequada para operar a plataforma e criar mercado, em condições de normal acesso a preços de mercados com liquidez, mas já não em caso de escassez de informação,

¹⁹ Neste sentido GRAPENTIN (2019), p. 185, contestando que os SIA cometam erros, e reconduzindo os casos de resultados indesejados a erros de solução ou desenho do *software*.

²⁰ Se com SARTOR (2018), p. 270, aceitarmos que os SIA têm fins (representações de objetivos a atingir pelo sistema, como a celebração de contratos para obtenção de lucro), crenças (representações da realidade, como o preço de certos bens), planos (representações do modo ou processo como se atingem os fins, como estratégias de investimento) e intenções (mecanismos de seleção de planos para atingir os fins), os erros de programação podem dar-se em relação a todos os elementos.

²¹ FRATTONE (2023), p. 409. Através da aprendizagem autónoma, os SIA podem alterar os seus estados internos. Essas alterações, por serem imprevisíveis e implementadas sem supervisão humana prévia, nem sempre produzirão (ou não produzirão de forma necessária) resultados em conformidade com os fins que presidiram à utilização inicial do sistema, pelo utilizador.

com interações inesperadas com outros participantes (ex. um participante que colocasse ordens a preços imprevisíveis).

A esta luz, pode perguntar-se se um erro informático gera necessariamente, ou (em que condições) pode gerar, uma perturbação da vontade de contratar, relevante no plano jurídico. Mais concretamente, pode perguntar-se se um erro informático equivale, e em que circunstâncias, a um erro em sentido técnico jurídico.

b. Configurações de erro informático

A este propósito, é útil a distinção entre erros de automação e erros de autonomia (*automation mistakes* e *autonomy mistakes*)²².

Os erros de automação ocorrem em sistemas determinísticos, em que os termos contratuais oferecidos ou aceites pelo sistema autónomo estão inteiramente preestabelecidos pelo autor e são oferecidos/ aceites com a verificação de condições em modo binário. Os erros aqui decorrem, nomeadamente, de falhas na codificação do sistema, falhas técnicas no seu funcionamento, falhas de rede ou defeitos nos sensores (ou outros dispositivos utilizados para obter dados sobre a realidade)²³.

Nos erros de autonomia, o sistema autónomo tem um escopo fixado, e alguns parâmetros, que utilizará para elaborar termos contratuais a propor e/ou aceitar na interação com terceiros. Aqui, o erro pode determinar uma transação não pretendida, em que o sistema autónomo negocia, propõe ou aceita, de modo inesperado, um contrato de forma contraintuitiva, desviando-se do resultado esperado. Estes erros podem acontecer mesmo que não tenha existido um erro no código, porque os SIA têm capacidade de alterar autonomamente os seus estados internos, e podem atingir resultados inesperados, por referência às expectativas razoáveis do utilizador²⁴.

²² Baseamo-nos na distinção de FRATTONE (2023), pp. 413-414.

²³ Pense-se em avarias de máquinas automáticas de venda de produtos ou serviços ou errada conceção de um *software* que determine os termos de uma oferta exteriorizada *online*, ou ainda em erros causados por defeitos em processos de automação determinísticos, como os decorrentes de uma avaria no sensor de uma máquina.

²⁴ Cfr. FRATTONE (2023), p. 414: «a machine learning agent can exhibit counter-intuitive computational reasoning, extrapolate very latent patterns thanks to deep learning methods, or develop unconventional strategies to maximize their utility».

É útil, a este propósito, a quadripartição de Sartor²⁵, quanto aos elementos que podem explicar o funcionamento de um SIA:

- Objetivos, enquanto representações de fins a atingir pelo sistema, como os de celebrar contratos para obtenção de lucros;
- Crenças, enquanto representações da realidade, como o preço de certos bens;
- Planos, enquanto representações do modo ou processo para atingir certos objetivos;
- Intenções, enquanto instâncias de seleção de planos para atingir fins.

O erro na formação da vontade dar-se-á, em regra, ao nível das crenças (o SIA representa erroneamente um certo aspeto relevante da realidade) ou ao nível dos planos (o SIA representa erroneamente um determinado processo como modo adequado para atingir um fim).

Apenas se aprofundam, neste contributo, os erros de autonomia. A definição de Frattone pode ser retida, a este propósito: «They can be negatively defined as any misalignments between the reasonable expectations of the parties who employ an AI agent and the outcome of the contracting process, where said misalignments do not depend on coding errors or technical malfunctions. Even if a decision-making process is free of any technical errors, there is the possibility that a particular transaction was unintended.»^{26/27}

²⁵ SARTOR (2018), p. 270.

²⁶ FRATTONE (2023), p. 414.

²⁷ Ainda assim, poder-se-ia questionar se faz sentido definir o erro de autonomia como uma assimetria entre as expectativas razoáveis do agente que emprega o SIA e o resultado da contratação, já que esta definição levaria a um resultado contraintuitivo, uma vez que também estaria em erro o agente que obtivesse um benefício totalmente desrazoável e inesperado. Com efeito, em termos estritos, um sistema autónomo que gere um resultado imprevisivelmente favorável também provocará um desalinhamento entre as expectativas razoáveis da parte que o empregou e o resultado final (a não ser que se introduza a reserva - em certa medida artificial, atendendo ao critério utilizado - de que só há desalinhamento com as expectativas razoáveis quando o resultado for prejudicial à parte que estipula). Estas objeções são apenas de ordem conceptual, por um lado, e também se aplicam aos conceitos habitualmente utilizados a propósito do erro enquanto perturbação da vontade. Para efeitos da restante análise, o conceito pode reter-se, com esta delimitação.

c. Erro-obstáculo

Como seria decidido o caso *Quoine* em Portugal? No fundo, trata-se de um contrato que é negociado e celebrado através de dois SIA, sem qualquer intervenção humana significativa, a um preço manifestamente excessivo, que nenhum vendedor aceitaria se chamado a intervir antes da vinculação, e nenhum comprador legitimamente acreditaria corresponder à vontade da contraparte, nas mesmas circunstâncias.

Uma primeira hipótese seria a de recorrer ao regime do erro na declaração ou erro-obstáculo, enquanto divergência não intencional entre a vontade e a declaração, como resultado de uma falha ou engano²⁸.

Em todos os casos de erro-obstáculo, há uma divergência entre a *vontade* e a sua *exteriorização*, sendo por isso necessário que se determine, como passo prévio, qual é a *vontade* do agente.

No caso *Quoine*, poder-se-ia sugerir que a vontade dos intervenientes desfavorecidos (Pulsar e Tomita) era a de comprar/vender ao melhor preço, e que nessa medida haveria divergência entre a sua vontade e as declarações feitas através dos SIA que utilizaram. Mas repare-se que *comprar/vender ao melhor preço* é uma intenção subjetiva do agente e não uma vontade negocialmente relevante, porque lhe falta, entre outros elementos, a identificação dos bens a comprar e a vender, a quantidade e um preço determinado ou determinável, como elementos essenciais.

Com efeito, um dos aspetos que mais perplexidade gera no caso *Quoine* é o de que os utilizadores permitem que a sua vontade seja concretizada através dos SIA que empregam. É certo que pode dar-se o caso de, por erro técnico, a vontade formada pelo SIA não corresponder à vontade exteriorizada, mas não é essa a configuração do caso *Quoine*: aqui, a vontade exteriorizada corresponde à vontade formada^{29/30}.

²⁸ Por todos, CORDEIRO (2023), pp. 848 e ss.; BARBOSA (2024), pp. 747 e ss.

²⁹ No caso *Quoine* impressiona, é certo, o grau de *ostensividade* da perturbação: mas esta consiste numa divergência entre a vontade declarada e aquela vontade que teria sido formada, se o SIA tivesse desempenhado de forma adequada as funções para as quais foi desenvolvido/empregado pelo utilizador.

³⁰ No mesmo sentido, FRATTONE (2023), p. 415.

Esta solução parece alinhar-se com o disposto no artigo 33.º/2, alíneas *b*) e *c*), do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, em matéria de contratação sem intervenção humana, no contexto do comércio eletrónico. Nos termos aí estabelecidos, são aplicáveis as disposições constantes do regime comum (salvo quando este pressupuser uma atuação), em matéria de erro na declaração, caso exista defeito de funcionamento da máquina [alínea *b*)], e de erro na transmissão, caso a mensagem chegue deformada ao seu destino [alínea *c*)]. Em ambos os casos, parece pressupor-se, como *prius*, que a vontade do declarante está fixada, e que, por defeito de funcionamento ou deformação do seu conteúdo, não há correspondência com a vontade exteriorizada perante o declaratório.

d. Erro-vício

Outra possibilidade seria a de apelar ao erro-vício. Em todos os casos de erro-vício, atendendo ao requisito da essencialidade, deve verificar-se uma assimetria entre a vontade real e declarada pela parte e a vontade hipotética³¹, que se formaria sem erro, enquanto falsa representação da realidade. Com efeito, para o erro ser essencial, deve incidir de forma determinante sobre a vontade de celebrar o negócio, de tal modo que, na ausência de erro, o declarante não teria emitido a declaração negocial (ou, no caso de erro incidental, apenas teria celebrado o negócio com outros termos)³².

Entre outras, destacam-se duas dificuldades, para enquadrar como erro-vício uma perturbação semelhante à do caso *Quoine*: afigura-se problemática a determinação da vontade hipotética de um sujeito que recorra a um SIA que funcione de modo não determinístico, e é igualmente desafiante a tarefa de identificar, por referência ao sistema, a incorreta ou inexata representação da realidade.

Com efeito, e por um lado, se o resultado do funcionamento do sistema (que consistirá na declaração negocial) não é deterministicamente

³¹ ANTUNES (2023), p. 725: «Há uma divergência entre a vontade real (o que se quis, a vontade efetivamente formada e exteriorizada pelo declarante) e a vontade conjetural ou hipotética (aquela que teria sido manifestada se não fosse a interferência do erro no processo de formação da vontade).»

³² BARBOSA (2024), pp. 780-781.

estabelecido *ex ante*, pelo utilizador, como é que se determina a sua vontade hipotética? Se o agente emprega o sistema autónomo *precisamente* porque não quer ficar vinculado às possibilidades de contratação que consegue deterministicamente estabelecer, e quer ir *mais além* dessas possibilidades, como se pode falar em *vontade hipotética*?

Note-se que o horizonte temporal, relativo à representação (errónea) da realidade, é anterior ou contemporâneo da formação do negócio: não estão em causa representações que se formem *depois* da contratação, nem representações relativas a estados futuros da realidade. E, por esse motivo, a vontade hipotética é determinada no momento da formulação da proposta/aceitação, e não *ex post*. Ora, no caso em apreço, o agente *abdicou* de antecipar os possíveis cenários de contratação, no momento da formulação da proposta/aceitação, e *delegou* essa tarefa a um sistema autónomo, que chegará a um resultado *não determinístico*.

As dificuldades tornam-se, a esta luz, evidentes: como se pode dizer que um contrato é indesejado se não se consegue determinar à partida, *ex ante*, em que condições estaria o utilizador do SIA disposto a contratar? Não devem bastar referências às «melhores condições de mercado» ou outras equivalentes, que correspondem a intenções subjetivas, e não à vontade de celebrar ou não certo contrato, em determinados termos. O utilizador só conseguirá, *ex post*, identificar resultados indesejados, mas não *quer* identificar *ex ante* um universo finito de desfechos que considera aceitáveis.

Em contraposição, poder-se-á sugerir que, em casos extremos, será dispensável fixar uma vontade hipotética concreta, quando em nenhuma circunstância - ou em nenhuma circunstância verosímil - o declarante teria vontade de contratar naqueles termos. Ou seja, poder-se-á equacionar uma constelação de casos em que a vontade declarada *não pode verosimilmente* corresponder a qualquer das possíveis configurações da vontade hipotética que se formaria, num cenário de ausência de erro. Estar-se-ia perante erros que nenhum homem razoável cometeria, e dos quais qualquer destinatário razoável desconfiaria³³.

Mesmo que desta, ou de outras formas, se encontre maneira de superar as objeções assinaladas, outros problemas se colocam. Um desafio adicional é o de determinar se a errónea representação da realidade,

³³ WEITZENBOECK (2001), p. 233.

que releva para efeitos jurídicos, é a do utilizador, que depois transpõe essa visão deformada para a programação do sistema, ou a do próprio sistema, operando autonomamente.

Mais uma vez, é útil o confronto com o artigo 33.º/2 do Decreto-Lei n.º 7/2004, que na sua alínea *a*) determina a aplicação das disposições comuns sobre erro na formação da vontade, em caso de erro de programação, na contratação sem intervenção humana.

Sublinhe-se, porém, que não se trata de uma simples remissão: o n.º 3 do artigo 33.º determina que a contraparte não se pode opor à impugnação por erro, quando lhe fosse exigível que dele se apercebesse, «nomeadamente pelo uso de dispositivos de deteção de erros de introdução».

Nestes casos, assim, o erro-vício deverá ser reunir os pressupostos específicos de cada modalidade (erro sobre a pessoa ou sobre o objeto, erro sobre os motivos, erro sobre a base do negócio), e será oponível em caso de cognoscibilidade do próprio erro. Num caso de erro sobre o objeto, por exemplo, o erro deve ser essencial, e será oponível à contraparte quando se verifique um duplo pressuposto: o conhecimento ou cognoscibilidade do elemento sobre que incidiu o erro (artigo 247.º CC, *ex vi* do artigo 251.º CC) e o conhecimento ou cognoscibilidade do próprio erro (artigo 33.º/3 do Decreto-Lei n.º 7/2004)³⁴.

Além disso, a alínea *a*) do artigo 33.º/2 determina a aplicação deste regime a hipóteses diferentes que, na sua ausência, convocariam soluções também elas diferenciadas, como aliás já assinalado por Mafalda Miranda Barbosa³⁵.

Com efeito, através da referência ao «erro de programação», como elemento determinante da aplicação do regime, o legislador parece ter equiparado: (a) os casos em que um erro do (enquanto incorreta representação da realidade pelo) programador determina o erro da programação; (b) os casos de erro de programação, que determina que o próprio sistema

³⁴ Cfr. BARBOSA (2024), p. 806. Se bem interpretamos as palavras de MAFALDA MIRANDA BARBOSA, a Autora parece defender que o legislador determinou uma unificação de regimes para as hipóteses previstas no artigo 33.º, e que, independentemente do elemento sobre o qual incida o erro, os pressupostos serão os da essencialidade e propriedade do erro, e da cognoscibilidade do próprio erro.

³⁵ BARBOSA (2024), pp. 804 e ss.

represente de forma incorreta a realidade e (c) os casos de simples erro de programação, enquanto incorreção na linguagem computacional. Ou seja, e independentemente do mérito da solução, o legislador parece ficcionar, por um lado, que todas as inexatas representações da realidade são erros do programador, ainda que essa representação, em alguns casos, corresponda a um estado interno e autónomo do sistema (e não a um estado interno do programador). Por outro lado, trata (ou parece tratar) como erro as meras falhas de programação, que não determinem falsas representações da realidade³⁶.

Acresce que o regime não parece prever expressamente uma solução para os casos em que o sistema representa erroneamente a realidade, não por falha de programação, mas como resultado da interação com o meio e/ou de processos de autoaprendizagem³⁷. Na medida em que o resultado seja, de facto, uma falsa representação da realidade, há bons argumentos para se equipararem estes casos aos previstos na alínea *a*): no caso de erro decorrente da autoaprendizagem, de certa forma há uma lacuna de programação, que não previu desenvolvimentos inesperados e indesejados dos estados internos do sistema; quando o erro resulte da interação com o meio, ainda que possa não existir erro na programação, o que é certo é que há uma errónea representação da realidade, e isso deve justificar a aplicação da mesma solução.

O que até agora se disse confirma que, para ser relevante, e ainda que o pressuposto da cognoscibilidade possa diferir do regime comum, a relevância do erro tem de ser intermediada pela recondução aos elementos considerados a este propósito, nas soluções normativas comuns. Se o erro incide sobre circunstâncias que afetam apenas as motivações económicas para contratar, por exemplo, poderá ser difícil dar-lhe relevância,

³⁶ Cfr. BARBOSA (2024), p. 806, aventa a possibilidade de uma restrição teleológica do preceito, que determinaria o enquadramento como erro na declaração dos casos em que há mero «engano na introdução dos dados algorítmicos» que provoque erro na atuação do computador, mas não uma falsa representação da realidade.

³⁷ BARBOSA (2024), pp. 805-806. A Autora questiona a razão pela qual estas situações não mereceram o mesmo tratamento dos erros devidos a mau funcionamento da máquina [estatuído no artigo 33.º/2, alínea *b*)] e sugere que estes erros sejam considerados como erros do sujeito contratante, traduzindo-se em erros-vício ou erros na declaração, «consoante as hipóteses problemáticas com que nos confrontemos».

à luz dos critérios mais exigentes do artigo 252.º/2 CC³⁸. Parece, aliás, ter sido essa a configuração no caso *Quoine*: a falsa representação da realidade incidiu sobre o valor de mercado dos criptoativos (ou, mais precisamente, na aptidão da plataforma para, através do melhor preço aí disponível, servir de indício para o preço de mercado).

e. Cognoscibilidade do erro

Suscitam-se, ainda, dificuldades quanto ao requisito da cognoscibilidade do erro: como se pode aferi-la, quando a contraparte também use sistemas autónomos³⁹?

Um dos fundamentos para o requisito da cognoscibilidade prende-se com a diminuição das expectativas da contraparte: se o erro era conhecido ou cognoscível pela contraparte, pode dizer-se, de certo modo, que a invalidação era previsível, e que a confiança na manutenção do vínculo não é (tão) digna de tutela jurídica⁴⁰.

O fator temporal é, aqui, relevante: a cognoscibilidade afere-se no momento da negociação/celebração⁴¹, ocasião em que o SIA do declaratório funcionava de forma autónoma e não supervisionada. Ora, se a contraparte também estava a usar um sistema autónomo, no momento da celebração, não teve possibilidade de detetar o erro pessoalmente.

Uma hipótese seria a de considerar sempre verificado o requisito da cognoscibilidade, porque é do declaratório a escolha do método que impede o conhecimento direto e pessoal do erro. No extremo oposto, poder-se-ia considerar nunca haver cognoscibilidade, porque o

³⁸ FRATTONE (2023), p. 416.

³⁹ FRATTONE (2023), p. 416.

⁴⁰ OLIVER (2021), p. 85.

⁴¹ Pronunciando-se sobre a lei aplicável em Singapura, ao caso *Quoine*, e no mesmo sentido, Low / MIK (2020). Uma hipótese aí aventada é a de aferir a cognoscibilidade por referência aos programadores e não ao utilizador do SIA. Mas esta hipótese - difícil de aplicar, na prática, sobretudo nos casos frequentes de pluralidade de programadores - não parece ser transponível para o ordenamento jurídico português, como modo de determinação de uma falsa representação da realidade vigente no momento da celebração do contrato.

utilizador nunca pode pessoalmente conhecer o erro⁴². São duas hipóteses insatisfatórias, porque se desviam do princípio da equiparação. No primeiro caso, desconsiderar-se-iam as situações em que, mesmo com supervisão ou intervenção humana, os elementos relevantes não seriam conhecidos, nem o seu conhecimento exigível. A segunda hipótese beneficiaria injustificadamente os agentes que recorressem a SIA, porque os isentaria do risco de invalidação fundada em erro, que sempre existe na contratação com intervenção humana.

Outra possibilidade é a de sustentar que só há cognoscibilidade nos casos em que o sistema autónomo foi intencionalmente desenhado para explorar circunstâncias anómalas (falhas de rede, estados inesperados do mercado gerados por pouca liquidez, etc.), ou nos casos em que foi desenhado para transmitir informação falsa ou enganadora⁴³.

Se for convocado para esta discussão um princípio de neutralidade - segundo o qual as partes não devem, regra geral, ser prejudicadas nem beneficiadas por terem recorrido a SIA -, então concluir-se-á que o declaratório não pode negar a cognoscibilidade, quando a deteção do erro no momento da celebração tenha sido impedida pela utilização de um SIA.

Neste contexto, o artigo 33.º/3 do Decreto-Lei n.º 7/2004 oferece um importante subsídio para afirmar que existe, em certos casos, um dever de programar os SIA de forma a detetarem erros da contraparte. Recorde-se que a solução normativa aí prevista se aplica ao universo mais amplo da contratação automática, no domínio do comércio eletrónico, sem intervenção humana, e não se limita, obviamente, aos casos de contratação com SIA. Mas daqui se extrai, nitidamente, que em algumas circunstâncias será exigível aos declaratórios a deteção do erro.

Deve, claro, diferenciar-se: uma plataforma de comércio eletrónico que interaja com consumidores poderá ter o dever de programar o *site* para detetar erros manifestos (alguém que encomenda uma quantidade inusitada de um bem de consumo), mas talvez já não uma plataforma que gira um mercado de criptoativos, porque não tem o dever de avaliar a verosimilhança ou razoabilidade das estratégias de investimento dos participantes. Nestes casos, talvez se possa apenas contar com o critério

⁴² LOW / MIK (2020).

⁴³ FRATTONE (2023), p. 417.

geral da cognoscibilidade: será que uma pessoa razoável detetaria o erro naquelas circunstâncias?⁴⁴.

f. SIA como representantes do utilizador?

Até agora utilizou-se como pressuposto a imputação ao utilizador dos estados internos dos SIA que representem objetivos, crenças, planos e intenções. Como também antecipado, algumas vezes têm sugerido neste debate que a equiparação deve ser abandonada, dada a autonomia dos sistemas em questão.

Esta possibilidade apresentaria algumas vantagens, em particular no caso de SIA que operem de forma não determinística. Neste caso, os utilizadores apenas têm intenções subjetivas, mas a concretização do modo para as alcançar - no fundo, dos termos do contrato - é realizada autonomamente pelos SIA. Assim, o utilizador nunca chega a ter uma vontade negocial relevante (real ou hipotética), porque o processo de apreensão da realidade, e de formulação de planos para atingir as intenções, é feito pelo SIA.

A aplicação de algumas das soluções normativas em matéria de representação teria assim a vantagem - pelo menos conceptual - de permitir dar relevância aos estados internos dos SIA, e de não contrariar a realidade, aceitando que o utilizador pode ter delegado *totalmente* a formação e exteriorização da vontade negocial. Em particular, seria possível convocar soluções como as que se desprendem do artigo 259.º/1 CC, dando relevância aos estados internos do SIA em matéria de formação e exteriorização da vontade, ou do artigo 269.º CC, dando relevância a casos de manifesta assimetria entre a vontade exteriorizada pelo SIA e o escopo conjecturável da sua utilização, conhecido ou cognoscível pela contraparte. Neste último caso, dir-se-ia que o SIA, atuando embora dentro dos limites formais dos poderes que lhe foram outorgados, utilizaria esses poderes em sentido contrário ao seu fim ou às indicações do representado.

Alguns inconvenientes são, também, fáceis de identificar. As soluções normativas em matéria de representação voluntária assentam na *alteridade subjetiva*: representante e representando são sujeitos

⁴⁴ Sugerido por FRATTONE (2023), p. 417, com base na opinião discordante em *Quoine*.

diferentes, com capacidades autónomas de cognição e volição. Admitir esta hipótese implicaria, pelo menos em certa medida, e por via indireta, a personificação jurídica dos SIA, ou para alguns autores, uma ficção de que os SIA consentem, *i.e.*, que têm vontades juridicamente relevantes, como centros autónomos de cognição e volição⁴⁵. Por isso, alguns autores opõem-se a esta possibilidade, quer por aplicação direta do regime da representação⁴⁶, quer por aplicação analógica dessas regras^{47/48}.

Como se verifica, as duas alternativas não são isentas de dificuldades. Imputar os estados internos dos SIA aos utilizadores parte de uma ficção, e dificulta a aplicação dos conceitos subjacentes às soluções normativas em matéria de perturbações da vontade, como acima se verificou. Além disso, desconsidera o grau muito acentuado de autonomia de alguns dos sistemas, e as capacidades de representação da realidade e de seleção de estratégias para sobre ela operar, que já apresentam. A aplicação analógica de algumas soluções normativas em matéria de representação evitaria a ficção referida, e facilitaria o manuseamento das regras em matéria de vícios de vontade, mas pressuporia uma equivalência suficiente entre os estados cognitivos e volitivos dos humanos e dos SIA. Como antecipado, não é possível aprofundar mais esta questão, num contributo desta natureza.

⁴⁵ WEITZENBOECK (2001), p. 215.

⁴⁶ BARBOSA (2024), p. 805.

⁴⁷ GRAPENTIN (2019), p. 184.

⁴⁸ Outra hipótese que tem sido aventada é a da convocação do abuso do direito, configurando como abusivo o exercício dos direitos emergentes do contrato, quando os termos da vinculação sejam manifestamente desfavoráveis para a parte que se vinculou, através de SIA. Muito embora seja difícil configurar o afastamento liminar do instituto desta discussão (como de quase todas, em Direito Privado), pelo seu protagonismo como válvula de escape nuclear do sistema, muitas dificuldades se apresentam para a verificação, em concreto, dos respetivos pressupostos. A objeção central, porém, parece ser de princípio: se o regime dos vícios da vontade negocial não impediu a vinculação, com base em perturbações na formação e na exteriorização da vontade, então a assunção das obrigações emergentes do contrato não foi genericamente bloqueada. Se assim é, dificilmente se pode configurar como abusivo o respetivo exercício, com apelo a assimetrias entre os efeitos jurídicos do contrato e aqueles que teriam sido pretendidos, num cenário hipotético, na ausência de perturbações. Ao nível das consequências sistémicas, o recurso ao abuso do direito também se revela problemático. FRATONE (2023), p. 422, por exemplo, contraria esta possibilidade com os riscos em matéria de fraude ao Direito dos contratos e de harmonização do Direito privado europeu.

4. Considerações finais

São mais as questões suscitadas, e que ficam por responder, que as respostas encontradas, quando confrontado um caso paradigmático de perturbação da vontade negocial, como o *Quoine*, à luz das soluções normativas portuguesas. Alguns modestos resultados podem, porém, ser apresentados: o funcionamento indeterminístico de alguns sistemas de inteligência artificial, em matéria de contratação, gera desafios novos, não se limitando a intensificar velhos problemas. Para os enfrentar, revela-se necessário continuar a aprofundar as relações entre vinculação, vontade e confiança, por um lado, e entre cognição, volição e personificação jurídica, por outro, na medida em que, direta ou indiretamente, estão subjacentes às soluções normativas ao dispor do intérprete-aplicador, nesta matéria.

Bibliografia

- ANTUNES, Ana Filipa Morais, «Anotação ao artigo 251.º», in *Comentário ao Código Civil - Parte Geral*, 2.ª ed., UCP Editora, Lisboa, 2023, pp. 723-736.
- BARBOSA, Mafalda Miranda, *Lições de Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed., Gestlegal, Coimbra, 2024.
- BARBOSA, Mafalda Miranda, *Inteligência Artificial - Entre a Utopia e a Distopia, Alguns Problemas Jurídicos*, 2.ª ed., Gestlegal, Coimbra, 2024a.
- CORDEIRO, António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, vol. II, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2023.
- FRATTONI, Cristina, «Algorithmic mistakes in machine-made contracts: the legal consequences of errors in automated contract formation», *Uniform Law Review*, vol. 28, 2023, pp. 407-425.
- GRAPENTIN, Justin, «Die Erosion der Vertragsgestaltungsmacht durch das Internet und den Einsatz Künstlicher Intelligenz», *Neue Juristische Wochenschrift*, 2019, pp. 181-185.
- ISMAYILZADA, Turhhan, *A Framework for AI-Made Mistakes in German and English Contract Law - A Legal, Psychological and Technical Inquiry*, Springer, 2024.
- LOW, Kelvin / MIK, Eliza, «Lost in transmission: unilateral mistakes in automated contracts», *Law Quarterly Review*, vol. 136, number 4, 2020, pp. 563-569.
- OLIVER, Matthew, «Contracting by artificial intelligence: open offers, unilateral mistakes, and why algorithms are not agents», *Australian National University Journal of Law and Technology*, vol. 2, number 1, 2021, pp. 45-87.

- Ooi, Vincent / Soh, Kian Peng, «Rethinking mistake in the age of algorithms: Quoine Pte Ltd v B2C2 Ltd», *King's Law Journal*, vol. 31, number 3, 2020, pp. 367-372.
- Sartor, Giovanni, «Contracts in the infosphere», in *European Contract Law in the Digital Age*, Stefan Grundmann (ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp. 263-278.
- Weitzenboeck, Emily, «Electronic agents and the formation of contracts», *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 9, number 1, 2001, pp. 204-234.

O contrato no sistema sucessório

RITA LOBO XAVIER*

1. Contratos sucessórios

O tema geral destes VI Encontros é «O Contrato», mas pode estranhar-se uma comunicação intitulada «O contrato no sistema sucessório». Na verdade, é muito frequente o estudo do contrato ser desvalorizado no âmbito do Direito sucessório, a pretexto de que o testamento teria nele um papel central e de que, no ordenamento português, o princípio seria o da proibição dos contratos sucessórios.

Pela minha parte, costumo incentivar os estudantes de Direito das Sucessões a conservar persistentemente vivas algumas memórias de teoria geral dos Direitos Reais e dos contratos. Com efeito, não é possível atualmente compreender o Direito sucessório português apenas com um estudo centrado no Livro V do Código Civil de 1966 e, muito menos, baseado na leitura dos seus artigos ou de anotações elaboradas para cada um deles. O sistema sucessório está em mutação sob o signo da autonomia privada, apesar da sua aparente letargia, como tenho vindo a salientar¹. A este propósito, por vezes, também se fala de um fenómeno de «contratualização do Direito sucessório», expressão que talvez seja um pouco exagerada². Na verdade, apesar de o sistema sucessório não poder

* Professora Catedrática. Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Escola do Porto, Centro de Estudos e Investigação em Direito, Portugal; <https://orcid.org/0000-0002-1025-3672>.

¹ Cfr. RITA LOBO XAVIER (2025), p. 1740. Aí se sustenta nunca ter havido em Portugal uma verdadeira reforma do regime de Direito das Sucessões consagrado no Código Civil de 1966, o facto é que o Direito das Sucessões português tem mudado, muito lentamente, sob o impacto de alterações que não incidem diretamente sobre as normas sucessórias positivadas e que a verificação do aumento da frequência da utilização dos instrumentos parassucessórios deve ser vista como um sinal vital do Direito sucessório e não como um sintoma da sua debilidade. Também sobre o tema, cfr. RITA LOBO XAVIER (2023c), pp. 176 e 188.

² Cfr. DANIEL MORAIS (2016a), *passim*, sobretudo pp. 688-695, desenvolvendo com muito entusiasmo a ideia de estarmos a assistir atualmente a uma «revolução parassucessória» e

deixar de encontrar o seu fundamento último na Constituição da República Portuguesa e na norma do n.º 1 do art. 62.º que reconhece o direito fundamental de propriedade privada e à sua transmissão *inter vivos* ou *mortis causa*, ainda não foram retiradas desse fundamento as devidas ilações. É certo que, no Código Civil, o contrato aparece como causa de designação sucessória e, conseqüentemente, como título de vocação sucessória e causa de aquisição *mortis causa* do património: o art. 2026.º prevê que a sucessão é deferida por lei, testamento ou contrato. Contudo, a norma do art. 2028.º, n.º 2, permanece incólume na sua letra, pelo que, por inércia, mantém-se a afirmação do princípio da proibição dos contratos *mortis causa* e a de que abandoná-lo contrastaria com os demais princípios do ordenamento português, (o que continua por demonstrar, muito embora já se tenha avançado em sentido contrário)³.

propondo, incorrendo talvez em alguma contradição, reformas em matéria de pactos sucessórios no sentido da maior amplitude da «autodeterminação sucessória por contrato». A verdade é que a maior parte dos instrumentos ditos «parassucessórios» não são novidade e foram usados, ao longo dos tempos, em maior ou menor medida.

³ Parece excessivo continuar a afirmar-se a opção da lei no sentido de privilegiar o negócio *mortis causa* unilateral, devendo ser excepcionais os casos em que o mesmo seja bilateral, como fazia OLIVEIRA ASCENSÃO, a propósito das razões subjacentes à nulidade prevista no n.º 1 do art. 946.º, que seriam: i) evitar pressões sobre o autor da sucessão; ii) manter-lhe a disponibilidade dos bens enquanto ele for vivo; iii) evitar decisões precipitadas, que não teriam o amparo da revogabilidade, essencial à disposição testamentária [(2000), p. 106]. Neste mesmo sentido, MENEZES LEITÃO escreve: «[a] vontade da lei é a de que as disposições de última vontade correspondam efetivamente à última vontade do autor da sucessão, pelo que pretende que elas resultem de um negócio unilateral revogável como o testamento e não de um contrato» [(2022), p. 218]. Em extensa e exaustiva investigação, DANIEL MORAIS questionou os fundamentos históricos e racionais da proibição dos pactos sucessórios, chegando mesmo a referir-se à existência de «um combate à proibição dos pactos sucessórios», formulando propostas concretas, nomeadamente, quanto à consagração de um «pacto de família» *mortis causa* para a transmissão da empresa ou de outras unidades, como coleções com interesse histórico ou artístico, sustentando que o caminho já está preparado para uma reforma no sentido da atenuação ou mesmo da abolição da proibição dos pactos sucessórios (2016a), *passim*, sobretudo pp. 27-73, 428, 967-965. Também manifestei a minha opinião no sentido da conveniência de atenuar a proibição dos pactos sucessórios de modo a permitir a satisfação de necessidades concretas da vida e do património *de cuius*, por exemplo, a situação de maior carência do cônjuge, do companheiro ou de algum dos descendentes, por incapacidade, idade ou falta de formação, e a transmissão intergeracional de empresas familiares [RITA LOBO XAVIER (2016b), p. 372, e RITA LOBO XAVIER (2017a), pp. 156-157]

Já tive ocasião de fazer notar que a questão se tornou mais premente nos últimos tempos em face dos movimentos populacionais e do aumento da frequência das relações transfronteiriças, sendo a proibição dos contratos sucessórios e as suas implicações de difícil compreensão para os profissionais oriundos dos países integrados em famílias jurídicas de *Common Law*⁴. Além de que esta proibição nem sequer vigora em todos os países de *Civil Law*, como acontece na Alemanha, onde o *Erbvertrag* é expressamente admitido e regulado no Código Civil, na Suíça e inclusivamente em França, em face das numerosas exceções à proibição de princípio consagrada no art. 1130 do *Code Civil* (depois das modificações introduzidas pela *Loi* n.º 728/2006⁵. Esta diversidade de regimes foi objeto de avaliação crítica por parte de órgãos europeus que, em várias ocasiões, assinalaram que contrastaria com as exigências económicas e produtivas da União, podendo constituir obstáculo à continuidade da atividade da empresa e à transmissão geracional da riqueza, de valores a tutelar e a promover⁶.

Muitas das objeções que ainda se levantam à abolição do princípio da proibição dos contratos sucessórios não têm a ver com o princípio em si, antes estão associados a problemas de registo da propriedade, alguns deles endémicos do sistema português, bem como à dificuldade de aceitar a inserção de cláusulas de reserva do direito de revogação unilateral nos contratos de doação.

Uma última observação importante é a de que alguns dos argumentos invocados a favor da proibição dos contratos sucessórios teriam mais sentido num ordenamento jurídico que consagrasse a regra da aquisição *ipso iure*, isto é, em que a aquisição *mortis causa* dos bens ocorre com a morte, sem necessidade de um ato específico de aceitação ou de repúdio. É o que acontece quando se invocam as exigências de estabilidade

⁴ Sobre as distinções principais, sobretudo quanto às características técnicas, formativas e conceptuais e afinidades ideológicas e culturais, entre os sistemas correspondentes às diferentes famílias jurídicas mais comumente identificadas e, sobretudo, quanto às diferenças entre a família de *Civil Law* e a de *Common Law*, cfr. DÁRIO MOURA VICENTE (2018), pp. 63-64 e 68-71.

⁵ RITA LOBO XAVIER (2016b), pp. 361-364.

⁶ Cfr. RITA LOBO XAVIER (2017a), p. 14. Sem dúvida que a circunstância de os contratos sucessórios serem admitidos no Direito alemão constitui um importante ponto de referência para a reforma a realizar, apesar de todas as diferenças entre ambos os sistemas.

do tráfico jurídico que poderiam ser afetadas, tendo em conta a dupla incerteza, objetiva e subjetiva, que caracteriza os contratos sucessórios dispositivos e renunciativos, na medida em que os bens que são objeto do contrato permanecerão no património do disponente até à sua morte. Tal argumento parece superável no que se refere aos contratos sucessórios a título de legado e não onerosos, permanecendo eventualmente no que respeita aos pactos sucessórios a título oneroso e a título de herdeiro. No Direito português está consagrado o *ius delationis*, o que significa que a aquisição *mortis causa* exige uma manifestação de vontade após a abertura da sucessão: a aceitação – pelo menos, tácita (arts. 2050.º, n.º 1, e 2249.º CC)⁷.

A minha intervenção de hoje não tem por objeto saber se a proibição dos contratos sucessórios é e se deve continuar a ser um princípio do sistema sucessório português, o seu objeto é muito mais modesto. Muito simplesmente, começarei por referir o debate surgido a propósito da recente alteração no Código Civil que permite a celebração de um pacto de *non succedendo* na convenção antenupcial; de seguida, evidenciarei a presença do contrato no sistema sucessório; depois, pretendo sublinhar a relevância dos contratos parassucessórios, em particular dos contratos *transmortem*, para, finalmente, salientar a pertinência do mandato *post mortem ad exequendum* no contexto do planeamento sucessório.

Se reduzirmos o sistema sucessório português ao conjunto dos artigos do Livro V do Código Civil de 1966⁸, tal sistema estará praticamente intocado, apenas tendo sofrido pequenas alterações com a chamada Reforma de 77, sobretudo destinada conformá-lo com a Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP)⁹. De então para cá, nunca houve

⁷ PEREIRA COELHO (1992), pp. 150-152, OLIVEIRA ASCENSÃO (2000) p. 440, RITA LOBO XAVIER (2022), p. 122.

⁸ Note-se que, globalmente, o Código Civil de 1966 também não procedeu a alterações significativas ao Direito sucessório anterior [cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO (2021), p. 42] Veja-se a exposição das razões da reforma do Código de Seabra e do Direito sucessório em particular feita por INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, que frisa sobretudo a necessidade de ajustamento ao espírito da época [(1985), pp. 241 e ss.].

⁹ A intervenção legislativa decorrente do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro, introduziu alterações importantes no CC de 1966, em particular no âmbito do Direito da Família e do Direito das Sucessões, sendo comumente designada como a «Reforma de 1977». No âmbito sucessório, havia fundamentalmente um aspeto que urgia modificar na lei civil, por imperativos constitucionais: o princípio da igualdade de tratamento jurídico dos filhos

uma verdadeira reforma do Direito sucessório português, embora esta disciplina tenha vindo a sofrer o impacto de alterações legislativas ocorridas sobretudo no âmbito do Direito da Família¹⁰.

Pode afirmar-se, assim, que, desde 1977, a intervenção mais direta no Direito das Sucessões foi a da Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, introduzindo uma modificação importante, embora avulsa e um pouco precipitada, acabando por não se integrar bem no sistema. Esta alteração consistiu em acrescentar a alínea c) ao n.º 1 do art. 1700.º, nos termos da qual a convenção antenupcial pode conter «[a] renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge». O n.º 3 do mesmo artigo esclarece que esta estipulação apenas é admitida se o regime de bens, convencional ou imperativo, for o da separação. O objetivo, invocado no projeto de lei que propôs a alteração legislativa, foi o de eliminar um obstáculo à celebração de casamentos de pessoas que já tenham filhos, tendo em conta que seriam prejudicados pelo facto de o cônjuge sobrevivente ser sucessível legitimário. No entanto, o regime consagrado aparenta ter alcance mais vasto, uma vez que não é feita na lei qualquer menção à existência de filhos¹¹.

Em rigor, não está em causa um contrato sucessório, em sentido estrito, na medida em que não é realizada nenhuma atribuição patrimonial gratuita e *mortis causa*, a título de liberalidade. Por referência às

nascidos dentro e fora do casamento consagrado no art. 36.º, n.º 4, da CRP. À luz da ordem constitucional portuguesa, para lá da garantia institucional da sucessão voluntária, que decorre da consagração do direito de propriedade privada como direito fundamental (art. 62.º), «praticamente todas as opções» eram possíveis [OLIVEIRA ASCENSÃO (2000), p. 29].

¹⁰ Foi o que aconteceu com algumas das disposições das leis relativas às medidas de proteção referentes ao companheiro sobrevivente de uma união de facto juridicamente relevante e à procriação medicamente assistida, em especial, à lei que permitiu, verificados determinados pressupostos, a transferência *post mortem* de embrião e a realização de uma inseminação com sêmen da pessoa falecida; das leis que introduziram mudanças nos regimes jurídicos do divórcio e da adoção; da lei que alargou os prazos de caducidade nas ações de investigação da maternidade e da paternidade; da lei que modificou o regime jurídico do inventário; da lei que estabeleceu o regime jurídico do maior acompanhado; da lei que referiu a possibilidade da declaração de indignidade na sentença penal.

¹¹ Para maiores aprofundamentos sobre o tema, cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO (2018), *passim*; DIOGO LEITE DE CAMPOS / MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS (2025), p. 47; MENEZES LEITÃO (2021), pp. 283-284; DANIEL MORAIS (2023), pp. 193-216; RITA LOBO XAVIER (2022), pp. 267-269.

modalidades de sucessão contratual indicadas na norma do n.º 1 do art. 2028.º, trata-se de um pacto *de non succedendo*: cada um dos nubentes renuncia, antecipada e reciprocamente, à sucessão do outro, ainda não aberta¹². No entanto, pode dizer-se que esta alteração legislativa estimulou a contratação no plano parassucessório, provocando discussões doutrinárias, estimulantes e criativas, no âmbito do Direito das Sucessões.

Ao contrário do que alguns tinham pensado, a possibilidade de renúncia recíproca à condição de herdeiro legítimo em convenção antenupcial em que os nubentes estipularam o regime da separação de bens teve algum sucesso na prática¹³. Entretanto, foram surgindo algumas dúvidas compreensíveis. Colocaram-se sobretudo três questões fundamentais. A primeira, a de determinar o âmbito da «renúncia», designadamente, se envolve a «renúncia» à sucessão (supletiva) legítima. A segunda, diz respeito à aplicação do regime particular de imputação das liberalidades feitas entre os cônjuges que renunciaram à legítima, previsto n.º 2 do art. 2168.º; por fim, já no plano das sucessões transfronteiriças, o problema de saber se deve considerar-se este contrato sob o âmbito de aplicação do Regulamento Europeu dos Regimes de Bens ou sob o âmbito de aplicação do Regulamento Europeu das Sucessões¹⁴.

¹² A dúvida é se renuncia totalmente à sucessão do (futuro) cônjuge ainda não aberta, ou se apenas renuncia à sucessão em concurso com ascendentes e descendentes.

¹³ MENEZES LEITÃO previa que o instituto não viesse a ter grande aplicação pelo facto de o direito a habitação garantido ao cônjuge sobrevivente se tornar vitalício após o momento em que ele atinge os 65 anos, impedindo os herdeiros dele dispor (2021), p. 285.

¹⁴ Refiro-me aos Regulamentos (UE) 2016/1103 do Conselho, de 24.06.2016 (que implementam uma cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais), e (UE) n.º 650/2012 de Parlamento Europeu e do Conselho, de 04.07.2012 (relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu). No sentido de que está em causa a aplicação do Regulamento das Sucessões, cfr. HELENA MOTA (2020), pp. 325 e 328. Em sentido contrário, AFONSO PATRÃO (2020), pp. 177 e 179-180. Embora não se trate de um contrato sucessório, em sentido estrito - não existe título de designação sucessória, não é feita nenhuma atribuição patrimonial gratuita e *mortis causa* a título de liberalidade -, esta estipulação interfere na posição sucessória do cônjuge sobrevivente, que apenas poderá ser interessado na partilha, na medida em que tiver beneficiado de liberalidades *inter vivos* ou *mortis causa* do de *cuius*, ou em que pretender constituir direitos de habitação sobre o imóvel onde foi fixada a casa de morada da família e de uso do respetivo recheio, nos termos dos n.ºs 3 a 10 do art.º 1707.º- A [RITA LOBO XAVIER (2022), pp. 267-269].

A principal dúvida interpretativa que surgiu refere-se à questão de saber se o contrato afeta a posição sucessória do cônjuge sobrevivente como herdeiro legítimo¹⁵.

Tendo em conta o texto da norma e as indicações que podem ser colhidas das justificações aduzidas no contexto da aprovação da Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, na falta de outros elementos interpretativos, os nubentes renunciarão, normalmente, à condição de herdeiros legitimários um do outro. Será esse, aliás, o conteúdo expresso da cláusula da convenção antenupcial. Na verdade, sempre que os nubentes não tenham redigido eles próprios as cláusulas do contrato, os notários ou conservadores do registo civil colocam à disposição formulários próprios que, em regra, mencionam apenas a renúncia à sucessão legítima. A renúncia abrange a posição de sucessível legal (legitimário e legítimo) em eventual concurso com descendentes (e ascendentes), não lhes retirando o direito de suceder a título de designados legítimos, na falta de descendentes e ascendentes. Parece-me que apenas se poderá sustentar, em face dos dados normativos, que a renúncia abrangerá a sucessão legal - legítima e legítima -, mas apenas no que se refere às duas primeiras classes de sucessíveis [a) e b)] elencadas no n.º 1 do art. 2133.º. A não ser assim, no limite, mesmo havendo cônjuge sobrevivente, a herança poderia ser declarada vaga para o Estado, resultado que não pode deixar de considerar-se como inadequado.

Suponho que o problema se coloca sobretudo em termos de interpretação do contrato e não de interpretação da lei¹⁶. Na verdade, estão em causa declarações de vontade que devem ser interpretados segundo as regras gerais consagradas nos arts. 236.º e ss. do CC¹⁷. A compreensão de uma pessoa normal (colocada na posição do real declaratório) é a de que está a renunciar à posição de sucessível legal para a hipótese de

¹⁵ No sentido de que a renúncia diz respeito apenas à condição de herdeiro legitimário, pelo que o cônjuge sobrevivente deve ser considerado herdeiro legítimo na ausência de testamento, cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO (2018), p. 442; DANIEL MORAIS (2019), p. 145. Contra, sustentando que a renúncia abrange igualmente a condição de herdeiro legítimo, MENEZES LEITÃO (2021), p. 283. Levantando dúvidas sobre a questão, LEITE DE CAMPOS / MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS (2024), p. 41.

¹⁶ RITA LOBO XAVIER (2022), p. 268.

¹⁷ A convenção antenupcial é um contrato acessório do casamento [FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA (2016), pp. 570 e 588-589].

vir a sobreviver ao cônjuge e em eventual concurso com descendentes (e ascendentes). Na maior parte dos casos, os nubentes não pretenderão renunciar à sucessão legítima, em concurso com irmãos, sobrinhos ou primos do cônjuge falecido.

A segunda questão que tem sido debatida é a do regime de imputação das liberalidades realizadas entre os cônjuges que renunciaram à sucessão legitimária. Muito embora a renúncia seja irrevogável, porque está submetida à disciplina aplicável à convenção antenupcial, a lei permite que os cônjuges, posteriormente, façam, entre si, liberalidades¹⁸. A norma do n.º 2 do art. 2168.º determina que não são inoficiosas as liberalidades feitas a favor do cônjuge sobrevivente que tenha renunciado à herança ao abrigo da alínea c) do art. 1700.º, até à parte da herança correspondente à legítima do cônjuge caso a renúncia não existisse¹⁹. A fórmula legal indicia que a opção terá sido idêntica à adotada na norma do art. 2114.º, respeitante à imputação das doações sujeitas à colação, no caso de repúdio, ou seja, o recurso ao cálculo de uma quota legitimária fictícia.

A solução adotada gerou alguns equívocos, porque, apesar de se tratar de uma pura opção técnica destinada a imputar todas as liberalidades eventualmente feitas entre cônjuges, foram-lhe atribuídos propósitos de imputação por colação, o que não poderia estar em causa, uma vez que o conceito de liberalidades é mais amplo que o conceito de doação.

As dificuldades têm sido colocadas sobretudo por parte daqueles autores que sustentam a sujeição das doações feitas ao cônjuge sobrevivente à colação, muito embora sem grande apoio legal nesse sentido²⁰.

¹⁸ Os cônjuges cujo casamento foi celebrado no regime da separação de bens, por imposição legal (art. 1720.º), não podem fazer entre si doações, sob pena de nulidade (art. 1762.º).

¹⁹ Muito embora a renúncia nos termos da al. c) do n.º 1 do art. 1700.º seja irrevogável, porque está submetida ao regime aplicável à convenção antenupcial, a lei permite que os cônjuges, posteriormente, façam entre si liberalidades. Os cônjuges cujo casamento foi celebrado no regime da separação de bens, por imposição legal (art. 1720.º), não podem fazer entre si doações, sob pena de nulidade (art. 1762.º).

²⁰ As posições sustentadas por estes autores pressupõem as suas teses sobre a imputação das doações realizadas entre cônjuges na quota indisponível, sem qualquer apoio relevante na lei. Na sequência de posições sustentadas inicialmente por OLIVEIRA ASCENSÃO (2000), pp. 532-533, e por CAPELO DE SOUSA (2002), p. 229, quanto à sujeição do cônjuge sobrevivente à colação, PAMPLONA CORTE REAL (2012), pp. 318-319, e DUARTE PINHEIRO (2017), p. 268, começaram a defender a imputação das doações feitas ao cônjuge sobrevivente na quota indisponível, sem relevante apoio legal, nem argumentação convincente. Em sentido contrário,

A questão parece simples de resolver, na prática. Tendo renunciado à legítima, o cônjuge sobrevivente não é chamado à sucessão legítima, em concurso com descendentes (ou com ascendentes). Intervirá como interessado na partilha, não como meeiro ou herdeiro legítimo, mas sim como herdeiro/legatário testamentário ou como donatário, se o *de cuius* lhe tiver feito liberalidades após o casamento. Sem a norma do n.º 2 do art. 2168.º, todas as liberalidades feitas ao cônjuge sobrevivente que renunciou à legítima seriam imputadas na quota disponível, podendo ser reduzidas por inoficiosidade, nos termos gerais. A técnica da legítima fictícia permite proteger tais liberalidades até ao limite do seu valor. Será de calcular o seu quinhão legítimo, nos termos do n.º 2 do art. 2168.º. Trata-se de uma legítima subjetiva fictícia, uma vez que o cônjuge sobrevivente não foi chamado à sucessão legítima. Se houver excesso, isto é, no caso de o valor das liberalidades que lhe foram feitas ser superior ao valor da legítima subjetiva ficcionada, imputar-se-á na quota disponível e poderá ser reduzido nos termos gerais (segundo a ordem de redução prevista nos artigos 2171.º a 2173.º CC).

Finalmente, no que diz respeito à última questão duvidosa, Helena Mota tem sustentado que está em causa a aplicação do Regulamento Europeu da Sucessões²¹. Pelo contrário, Afonso Patrão entende que estão em causa estipulações contidas em convenção antenupcial, sendo aplicável o Regulamento Europeu dos Regimes de Bens²². Não sendo especialista em Direito Internacional Privado, mas tendo interesse, na perspetiva dos direitos sucessórios e na ótica do cidadão comum, tenho entendido que a questão de saber quem é chamado a suceder àquele dos cônjuges que vier a falecer em primeiro lugar se colocará no momento da

cfr. PEREIRA COELHO (1992), p. 290, e CARVALHO FERNANDES (2012), pp. 418-419. Recentemente, também MENEZES LEITÃO se pronunciou contra a sujeição do cônjuge à colação (2021), pp. 328-329. A questão da sujeição do cônjuge à colação parece ser hoje uma falsa questão, na medida em que passou a ser boa prática recomendar a inserção nas doações entre cônjuges de uma cláusula de dispensa de colação para o caso de se entender que o cônjuge a ela está sujeito. Mais importante é a questão da igualação quando existe remanescente, em que continua a ser pertinente a proposta de FERNANDO NOGUEIRA no sentido de o cônjuge sobrevivente não aproveitar a eventual conferência feita pelos descendentes (1980), pp. 690-692 [cfr. RITA LOBO XAVIER (2022), p. 243].

²¹ HELENA MOTA (2020), pp. 325 e 328.

²² AFONSO PATRÃO (2020), pp. 177 e 179-180.

abertura da sucessão e que, nesse momento, o problema será de natureza sucessória e regido pelo Regulamento Europeu das Sucessões, sendo de apreciar a validade e eficácia da convenção antenupcial realizada à luz do Regulamento Europeu dos Regimes de Bens²³.

A renúncia antecipada à legítima não afeta o direito a alimentos do cônjuge sobrevivente nem as prestações sociais por morte (art. 1707.º - A, n.º 2, 2.ª parte), estando prevista também uma especial proteção relativamente aos direitos de habitação sobre o imóvel onde foi fixada a casa de morada da família e de uso do respetivo recheio (art. 1707.º - A, n.ºs 3 a 10).

Será aconselhável a redação criteriosa das cláusulas da convenção antenupcial a este respeito de modo a assegurar os direitos de habitação do cônjuge sobrevivente sobre a casa que foi a residência familiar e de uso dos móveis do respetivo recheio de forma vitalícia²⁴.

2. Contratos no sistema sucessório

Irei agora evidenciar a presença do contrato no sistema sucessório. Neste ponto, já não vou referir-me especificamente a contratos sucessórios, mas ao impacto de outros contratos nas sucessões.

²³ RITA LOBO XAVIER (2023b), pp. 569-571. Embora não se trate de um contrato sucessório, em sentido estrito - não existe título de designação sucessória, não sendo feita nenhuma atribuição patrimonial gratuita e *mortis causa* a título de liberalidade -, esta estipulação interfere na posição sucessória do cônjuge sobrevivente, que apenas poderá ser interessado na partilha, na medida em que tiver beneficiado de liberalidades *inter vivos* ou *mortis causa* do *de cuius*, ou em que pretender constituir direitos de habitação sobre o imóvel onde foi fixada a casa de morada da família e de uso do respetivo recheio, nos termos dos n.ºs 3 a 10 do art. 1707.º - A [RITA LOBO XAVIER (2022), pp. 267-269].

²⁴ Na falta de cláusula específica, nos termos da lei, o direito de habitação apenas é vitalício no caso de o cônjuge sobrevivente ter completado 65 anos de idade à data da abertura da sucessão (art. 1707.º - A, n.º 10). Aliás, em geral, as insuficiências da lei portuguesa no que respeita à tutela dos direitos de habitação do cônjuge sobrevivente sobre a casa que foi a residência familiar e de uso dos móveis do respetivo recheio, quer sejam propriedade do falecido ou bens comuns, tornam recomendável o planeamento sucessório atempado sobre a questão. Designadamente, aconselha-se o cônjuge titular do imóvel a ponderar a conveniência de assegurar ao outro um direito real de habitação exclusiva sobre a casa de morada para depois da sua morte e durante a vida do beneficiário a opor a terceiros depois de registado, concretizando atempadamente os instrumentos de planeamento sucessório adequados para reforçar a tutela legalmente prevista [RITA LOBO XAVIER (2023a), p. 3395].

Começo por fazer notar que, após a abertura da sucessão, é possível que os herdeiros (chamados e aceitantes) celebrem contratos para «ceder» os seus direitos hereditários a outros co-herdeiros ou terceiros²⁵. A lei prevê a alienação do quinhão hereditário (art. 2124.º) que, frequentemente, tem lugar a título de dação em pagamento e, algumas vezes, ocorre na sequência de penhora e venda judicial, surgindo os cessionários como interessados na partilha a exercerem todos os direitos respetivos a título de «co-herdeiros»²⁶. A perceção sobre o aumento do número de casos de alienação do quinhão hereditário, que se funda nas situações referidas em acórdãos, poderá justificar-se pelas necessidades de «liquidez» dos co-herdeiros em face das demoras inerentes às dificuldades conhecidas relativas às heranças indivisas²⁷. O n.º 1 do art. 2130.º consagra, inclusivamente, o direito de preferência dos co-herdeiros na alienação do quinhão hereditário²⁸.

A abertura do sistema sucessório ao contrato foi reforçada pelo incentivo, que resulta agora da lei processual, a soluções negociadas no

²⁵ Os direitos dos co-herdeiros sobre a herança indivisa nascem da vocação sucessória e da aceitação, tendo até à partilha apenas um direito sobre uma quota parte na herança. Só na partilha o seu quinhão hereditário se transmudará em direitos exclusivos sobre bens determinados. A causa da aquisição dos bens pelos co-herdeiros é a morte do autor da sucessão e a aceitação do chamamento, verificados os respetivos pressupostos. A partilha limita-se a concretizar, pela adjudicação dos bens, o preenchimento do quinhão de cada co-herdeiro/co-partilhante, não constituindo, em princípio, facto aquisitivo, a não ser, eventualmente, nos casos em que ocorra «transação novativa» em que sejam adjudicados bens em excesso por referência ao quinhão hereditário[(cfr. PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA (1998), pp. 164, 195; OLIVEIRA ASCENSÃO (2000), pp. 546-547; CAPELO DE SOUSA (2002), p. 239; RITA LOBO XAVIER (2021), p. 55, e (2022), p. 319)].

²⁶ Cfr., por exemplo, o caso decidido pelo Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 03.06.2024 (proc. n.º 6018/20.0T8MTS-A.P1; relator: Mendes Coelho; fonte: www.dgsi.pt).

²⁷ Poderá encontrar-se uma explicação mais fácil e de distinta natureza. O AU do STA n.º 7/2025 (DR 04.06.2025) proferido pelo Pleno do Supremo Tribunal Administrativo (STA), visando a uniformização de jurisprudência, respeitante à tributação da transmissão onerosa de quinhões hereditários relativos a heranças ilíquidas e indivisas que integrem bens imóveis, sendo o entendimento do Pleno do STA no sentido da não sujeição a IRS do ganho obtido com a alienação de quinhão hereditário [enquanto mais-valias (Categoria G), sabendo-se que na previsão da regra de incidência, consagrada na alínea a) do n.º 1 do art. 10.º do Código do IRS, se alude à «alienação onerosa de direitos reais sobre bens imóveis»].

²⁸ Cfr. o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20.06.2024 (proc. n.º 169/23.6T8RGR-A.L1-2; relator: António Moreira; fonte: dgsi.pt).

âmbito da partilha, inclusivamente na partilha judicial. A reforma do processo de inventário permite, em termos amplos, a celebração de contratos de transação, inclusivamente, de transação novativa²⁹. Às mesmas «tornas», em processo de inventário, na fase da forma à partilha, subja-zem, na medida em que se reconheça aos co-herdeiros direitos sobre a massa de bens partilhável, acordos de vontade pelos quais os co-herdeiros aceitam o preenchimento do respetivo quinhão em valor, por meio de uma quantia em dinheiro.

Por último, lembro que, muito embora o testamento seja um negócio unilateral, pode conter disposições que entrem em diálogo com contratos celebrados pelo testador em vida. É o que acontece com a cláusula testamentária que consista na designação beneficiária de um contrato de seguro de vida em caso de morte³⁰; ou com a cláusula pela qual o testador dispense o descendente de colação relativamente a um contrato de doação com ele celebrado (art. 2113.º, n.º 2, CC); ou com outras disposições testamentárias que interajam com cláusulas acessórias inseridas em contratos de doação, como condições, ou com a reserva de usufruto. Nessas situações, deverá entender-se que o testamento será o meio utilizado pelo testador para emitir a declaração de vontade que integrará o conteúdo do contrato, não constituindo, nessa medida, qualquer ato de atribuição *mortis causa*. Qualquer atribuição patrimonial eventualmente envolvida terá como causa o contrato celebrado em vida do testador³¹.

²⁹ TEIXEIRA DE SOUSA *et al.* (2020), pp. 105-106; RITA LOBO XAVIER (2021), p. 57, (2023c), pp. 186-187. O processo de inventário está hoje regulado no Título XVI do Código de Processo Civil, aditado pela Lei n.º 117/2019, de 13 de setembro, sendo da competência exclusiva dos tribunais judiciais em determinados casos, nos restantes podendo ser requerido nos cartórios judiciais por acordo entre todos os interessados ou por um deles sem oposição dos restantes interessados que representem mais de metade da herança (art. 1083.º do CPC). Nos termos do art. 1111.º, «o juiz deve incentivar os interessados a procurar uma solução amigável para a partilha, ainda que parcial dos bens, sensibilizando-os para as vantagens de uma autocomposição dos seus interesses».

³⁰ RITA LOBO XAVIER (2013), p. 298, (2016a), p. 140.

³¹ RITA LOBO XAVIER (2013), p. 298, (2016a), p. 140.

3. Contratos parassucessórios e contratos *transmortem*

O contrato desempenha funções muito importantes na organização patrimonial com vista a preparar a sucessão e, no contexto do planeamento sucessório, tem um papel complementar e, muitas vezes, alternativo, relativamente ao testamento³².

Um sistema sucessório ostensivamente rígido, que apenas prevê o testamento como instrumento de transmissão *mortis causa* do património adquirido por uma pessoa singular em vida, acaba por promover a procura por instrumentos negociais - contratuais - alternativos que possibilitem a melhor e mais adequada prossecução dos interesses patrimoniais do disponente na previsão da sua morte.

Há situações em que o testamento é manifestamente inidóneo e ineficiente para alcançar determinados objetivos do disponente e dos projetados beneficiários, pelo facto de apenas ser eficaz no momento da morte do disponente. Por outro lado, mesmo que tenham conhecimento da existência do testamento, os eventuais beneficiários sabem que o testamento é livremente revogável. É o que acontece, por vezes, quando o disponente pretende que os beneficiários se vinculem ao cumprimento de determinados encargos; ou quando estão em causa características especiais de determinados beneficiários, por exemplo, quando estes têm necessidades especiais de cuidados ou de sustento, pretendendo o

³² RITA LOBO XAVIER (2016a), pp. 13-15; DANIEL MORAIS usa a expressão «institutos parassucessórios» para indicar uma categoria específica e restrita de «institutos alternativos ao testamento», cujos contornos delimitou de forma muito complexa e de duvidosa relevância prática, em que apenas cabem aqueles atos em que «os efeitos jurídicos apenas se tornam definitivos no momento da morte do disponente», podendo ser modificados até esse mesmo momento [(2023), p. 29]. Como este autor reconhece [(2023), p. 31, nota 52], tenho usado a expressão não neste sentido, tão restrito e tão próprio, mas num sentido mais corrente e genérico de «fenómenos parassucessórios» ou «negócios parassucessórios» (2016a), p. 112, (2022), p. 56 (aí se esclarece que o prefixo «para-», originariamente, veio do grego e significa «próximo de» ou «ao lado de», tendo evoluído para significar algo que está relacionado com a palavra base, como acontece em «paramédico» ou em «paramilitar», por exemplo). É nesse sentido que emprego a expressão «parassucessório». Como conceito mais restrito de «negócios alternativos» ao testamento, penso preferível remeter para o conceito cunhado pela doutrina italiana de negócios *transmortem*.

disponente prover a tais necessidades ainda em vida e continuar a assegurar-las após a morte³³.

Outras vezes, o testamento só é um instrumento adequado para a realização dos objetivos do testador quando não é utilizado como único instrumento de planeamento sucessório, devendo ser complementado com outros negócios *inter vivos*. É o que sucede, por exemplo, quando está em causa o problema da tutela da integridade da empresa e da continuidade da sua gestão quando é controlada por uma família empresária³⁴.

Em determinadas situações, a celebração de contratos entre vivos, mesmo quando completada com um testamento, pode também não ser totalmente adequada à realização dos interesses a prosseguir. É possível que para a proteção de descendentes com necessidades especiais, por exemplo, não seja suficiente a celebração de contratos de doação com encargos, com expressa previsão de cláusula de resolução, possibilitando um limitado poder de controlo da atividade do donatário.

É ainda muito comum que o titular do património pretenda antecipar a divisão dos bens por meio de contratos de doação em vida, acomodados por meio de específicas cláusulas de usufruto, de reversão ou de inalienabilidade, que mais tarde se refletirão na avaliação do património deixado em sucessão³⁵. Na maior parte dos casos, porém, o titular do património pretende garantir que mantém a liberdade de disposição até à sua morte.

A redação das concretas cláusulas contratuais, em ordem à construção do instrumento contratual adequado, deve alcançar uma espécie de quadratura do círculo: antecipar a transmissão do direito de propriedade, sem alienar os poderes inerentes ao mesmo direito, incluindo a fruição do objeto do direito de propriedade, e consentir ainda ao beneficiário a possibilidade da revogação da atribuição até ao momento da morte. As motivações do titular do património podem ter a ver com a própria natureza ou função dos concretos bens que irão ser objeto dos contratos, com necessidades particulares dos projetados beneficiários

³³ RITA LOBO XAVIER (2016a), p. 126.

³⁴ RITA LOBO XAVIER (2016a), p. 105 (2017b), pp. 36-38, (2024), pp. 282-284.

³⁵ Sobre o tema do contrato de doação acomodado, a propósito da inculturação do *trust* com finalidades parassucessórias na realidade jurídica portuguesa, cfr. RITA LOBO XAVIER (2024), pp. 292-298; cfr. ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO (2014), pp. 1144, 1118 e 1123.

ou de terceiros, ou simplesmente com o objetivo de recompensar o beneficiário pelos seus méritos ou qualidades.

No entanto, só com a inserção de uma cláusula de livre revogabilidade na liberalidade tal negócio terá uma função alternativa ao testamento. Poderia também desempenhar estas funções, a celebração de um contrato a favor de terceiro, com prestação a realizar depois da morte do promissário, que, todavia, apresenta algumas dificuldades de enquadramento³⁶.

Com estas características, na doutrina italiana foi cunhada a designação contratos *transmortem*³⁷. Trata-se de negócios de disposição a título de liberalidade e *inter vivos*, na medida em que, no momento da morte do disponente, o bem não se encontra no seu património, transmitindo-se por causa do contrato e não por causa da morte. No entanto, o beneficiário adquire o direito de propriedade sobre o bem objeto do contrato apenas *post mortem*, por força de cláusulas criteriosamente nele inseridas. O contrato é livremente revogável *ad nutum* pelo doador, tal como o testamento, por efeito da inclusão de cláusulas de reversão e de reserva do direito de dispor, pelo que a certeza quanto à aquisição efetiva do direito de propriedade sobre o bem apenas ocorre *post mortem*³⁸.

Importa sublinhar que, quando se assume a perspetiva da autonomia do disponente no planeamento sucessório, estará em causa, do seu ponto de vista, a possibilidade de mudar de opinião e, por isso, de reverter a sua vontade se e quando necessitar de o fazer (por exemplo, se necessitar dos bens, se o beneficiário não se revelar merecedor do benefício, se encontrar outro mais adequado...). Os objetivos do disponente não serão somente os de proteger o beneficiário e de garantir o benefício após a sua morte contra eventuais conflitos com sucessíveis legais³⁹.

³⁶ Cfr. LEITE DE CAMPOS (1980), pp. 142-148; RITA LOBO XAVIER (2016a), pp. 113-115.

³⁷ ANTONIO PALAZZO e ANDREA SASSI referem que o primeiro grande contributo para o delinear desta nova categoria remonta a GIAMPICCOLO e a obra publicada em 1954 [(2012), p. 241].

³⁸ Cfr. RITA LOBO XAVIER (2016a), pp. 80-83, e (2024), pp. 285-286.

³⁹ PAULA BARBOSA (2016) parece entender que o contrato sucessório poder ser decisivo no planeamento sucessório por dar ao autor da sucessão a possibilidade de determinar o destino mais adequado para um bem «e uma forma mais garantística para o donatário do que aquela que resultaria da celebração de um testamento a seu favor», pela irrevogabilidade unilateral do pacto e pela maior proteção conferida na ordem de redução por inoficiosidade (p. 334).

Antonio Palazzo pôs em evidência que estes instrumentos não devem necessariamente ser encarados como modos de alcançar intentos fraudulentos⁴⁰. Muito pelo contrário. São importantes e úteis para realizar interesses patrimoniais e assistenciais de sujeitos particularmente débeis/fragilizados podendo substituir, em particular, o chamado *family trust* italiano, ou institutos antiquados como o fideicomisso, limitado na sua aplicabilidade⁴¹.

Na verdade, na maior parte dos casos, quem procura instrumentos contratuais que complementem o testamento, não está a pensar em defraudar a lei. Pretende que a sua vontade não venha a ser posta em causa, por isso importa-lhe respeitar a referida proibição de princípio dos contratos sucessórios (*stricto sensu*, isto é, contratos dispositivos) e a expectativa jurídica dos designados legitimários, protegidos com o direito de redução das liberalidades inoficiosas e consequente prevalência sobre as outras liberalidades feitas pelo autor da sucessão que prejudiquem a respetiva legítima.

Apesar do acolhimento generalizado e da sua prática frequente, continuam a ser colocadas a estes contratos três objeções, sobretudo nascidas de suspeitas e desconfianças sobre a licitude dos objetivos.

Desconfia-se que lhes subjazam intenções camufladas de prejudicar os designados legitimários ou de violar a proibição dos pactos sucessórios e invoca-se a sua nulidade por «fraude à lei». O receio de que através deste instrumento se possam contornar as exigências das regras sucessórias carece de fundamento. Só quando o escopo pretendido por um negócio (ou conjunto de negócios) e o seu resultado seja proibido pela lei se poderá concluir pela «fraude à lei»; se não forem violadas quaisquer normas concretas do ordenamento jurídico, nem for obtido um resultado considerado ilícito pela lei, não pode concluir-se que é nulo por ter sido celebrado em «fraude à lei»⁴². Na verdade, a legítima como

⁴⁰ ANTONIO PALAZZO (2001), p. 455.

⁴¹ ANTONIO PALAZZO / ANDREA SASSI (2012), pp. 241-281; RITA LOBO XAVIER (2016a), p. 110.

⁴² A recondução da fraude à lei à ilicitude (indireta) corresponde à posição da doutrina portuguesa dominante: no negócio em «fraude à lei» trata-se de uma situação de ilicitude «indireta» [cfr. CARVALHO FERNANDES (2012), p. 161; MOTA PINTO (2005), p. 577, OLIVEIRA ASCENSÃO (1995), pp. 329-333, e ANA FILIPA MORAIS ANTUNES (2017), pp. 159-185]. Mesmo os autores que veem interesse em conservar a especificidade associada à expressão «em fraude à lei»

quota indisponível só existe, como tal, depois da abertura da sucessão. Se, por exemplo, se vier a verificar que uma doação feita em vida pelo autor da sucessão viola o direito do LEGITIMÁRIO à quota indisponível, tal doação não é, como tal, ilícita ou inválida⁴³. Somente após a abertura da sucessão se poderá verificar um conflito entre o legitimário e o donatário sobre a liberalidade feita em vida, conflito esse que é resolvido pela lei em termos de prevalência do direito do legitimário sobre o direito do donatário.

Também não basta, para determinar a nulidade de um contrato de doação, afirmar-se a mera possibilidade de fraude à proibição das doações *mortis causa* não previstas na lei pela inserção, no contrato de doação, das cláusulas de reversão, de livre revogabilidade ou de reserva do direito de dispor apontar para uma ficção de ato *inter vivos*. Recorde-se que mesmo as doações *mortis causa* nulas, porque não previstas na lei, poderão ser convertidas em testamentos válidos (art. 946.º, n.º 2).

A possibilidade de as partes convencionarem a livre revogabilidade unilateral choca com ainda com a ideia enraizada de que faria parte da essência do contrato a sua irrevogabilidade unilateral. Tal possibilidade, contudo, parece decorrer do poder jurigénico das partes. Sendo clássica a afirmação de que o poder de desvinculação contratual se deve exercer do mesmo modo por que as partes se vincularam, em princípio, o contrato apenas poderia ser revogado pelo acordo das partes. No entanto, há quem duvide de que as mesmas partes possam convencionar a revogação unilateral do contrato.

sublinham a ilicitude do resultado. Assim, ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO (2014), pp. 776-777. ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, que propõe uma «noção renovada do negócio em fraude à lei», não deixa de salientar que o negócio «em fraude à lei» pressupõe a prossecução de um resultado global final ilícito, dependendo do apuramento da questão de saber se «o resultado prosseguido em concreto é materialmente equivalente a outro vedado pela lei» («Negócio em fraude à lei») [(2017), pp. 159-185, sobretudo, p. 178].

⁴³ Em vida do autor da sucessão, os sucessíveis legitimários têm apenas uma mera expectativa jurídica de virem a suceder, uma vez que apenas adquirem o direito de suceder com o chamamento. Tal expectativa jurídica é difusa e decorre do direito de redução por inoficiosidade que só se torna efetivo após a morte do autor da sucessão os protege os herdeiros legitimários de liberalidades excessivas que aquele tenha feito [cfr. CAPELO DE SOUSA (2002), pp. 141-142; CARVALHO FERNANDES (2012), pp. 403-404].

4. Contrato de mandato *transmortem*

O contrato de mandato, previsto como contrato especial no Título II do Livro II do Código Civil português (Capítulo X) pode ser de grande utilidade no contexto sucessório. O mandante pode encarregar outra pessoa de praticar determinados atos jurídicos num momento ulterior à sua morte. Para que o mandato não caduque por morte do mandante, nos termos gerais [art. 1174.º, *a*)], será necessário que o mandato seja conferido também no interesse do mandatário ou de terceiro (art. 1175.º, n.º 1), resultando do contrato a obrigação para o mandatário de continuar a realizar as funções ou iniciá-las mesmo depois da morte do mandante⁴⁴.

O mandato *post mortem ad exequendum* pode ser um instrumento de planeamento sucessório particularmente útil para proteger os interesses da sucessão ou executar disposições testamentárias, sobretudo em situações que carecem de uma gestão imediata ou especializada logo após o falecimento do *de cuius*, por exemplo, quanto estejam em causa empresas ou imóveis, designadamente, quando estejam localizados no estrangeiro, ou para cumprir disposições testamentárias ou instruções deixadas em vida pelo mandante⁴⁵. A constituição de um mandatário tem vantagens por comparação com a nomeação de um testamenteiro, devendo ser articulada com esta, mas podendo, naturalmente, conflitar com os poderes legalmente atribuídos ao cônjuge sobrevivente como cabeça de casal [arts. 2080.º, n.º 1, *a*) e *b*), e 2326.º, *c*)].

Algumas dúvidas se levantam sobre os pressupostos da validade deste contrato no confronto com a proibição dos contratos sucessórios, já mencionada⁴⁶. A questão traduz-se em saber quais são os atos a que o mandatário se obriga a realizar depois da morte do mandante. O problema coloca-se, sobretudo, no mandato com representação para doar quando o disponente encarrega o mandatário de celebrar um

⁴⁴ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS (2023), p. 694, MANUEL JANUÁRIO COSTA GOMES (1989), p. 148.

⁴⁵ SANDRO MERZ (1998), pp. 607-613; RITA LOBO XAVIER (2016a), p. 129.

⁴⁶ Com alusão a este tema, MARIA JOÃO ROMÃO CARREIRO VAZ TOMÉ / DIOGO LEITE DE CAMPOS (1999), pp. 292-293.

contrato de doação *post mortem* por conta e em nome do mandante⁴⁷. Se o mandatário se obriga a desenvolver uma atividade meramente de execução material e não jurídica por conta do mandante, não parece haver qualquer problema. Por exemplo, pode acontecer que o mandante encarregue o mandatário de celebrar um contrato de doação em vida, mas de só entregar as chaves ao beneficiário depois da morte. Situação diferente será a de o mandante encarregar o mandatário da celebração do próprio contrato de doação depois da sua morte⁴⁸.

A validade de um contrato de mandato com representação para doar *transmortem*, no confronto da proibição dos pactos sucessórios, suporia a inserção de uma cláusula de livre revogabilidade até ao momento da morte do mandante. No entanto, o n.º 2 do art. 1170.º do CC dispõe que, quando o mandato tiver sido celebrado também no interesse do mandatário ou de terceiro - exigência para que não venha a caducar por morte do mandante -, não pode ser revogado pelo mandante sem o acordo do interessado, salvo ocorrendo justa causa. Pode sustentar-se, porém, nada obstar a que, sendo o mandato *post mortem* conferido também no interesse do mandatário, este aceite uma cláusula de livre revogabilidade até ao momento da morte incluída no próprio contrato de mandato, atenta a regra geral da livre revogabilidade prevista do n.º 1 do art. 1170.º. É certo que a lei prevê apenas convenções ou situações de irrevogabilidade, o que levanta novamente o problema de saber se é lícita a convenção de livre revogabilidade nas situações de irrevogabilidade unilateral e se, em tal caso, a eventual revogação unilateral será eficaz, isto é, se extinguirá o mandato conferido também no interesse do mandatário ou de terceiro⁴⁹.

Em alternativa, poderão ser fixadas as concretas situações em que o mandato possa ser unilateralmente revogado, por exemplo, sempre que o mandante tiver necessidade de dispor dos bens a doar. Note-se que o mandato não se perpetua indefinidamente após a morte do mandante,

⁴⁷ O mandato para doar *post mortem* não caducará com a morte do mandante em virtude de ser manifestamente conferido no interesse de um terceiro, o donatário [neste sentido, cfr. DANIEL MORAIS (2016), p. 733, REMÉDIO MARQUES (2023), p. 169].

⁴⁸ Cfr. o Acórdão do STJ de 13.09.2016 (proc. n.º 986/12.2TBCSC.L1.S1; relator: Garcia Calejo; fonte: www.dgsi.pt).

⁴⁹ Sobre estas distinções e a temática em geral, cfr. PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS (2023), p. 693.

devendo ser exercido apenas dentro de um período previamente estabelecido, considerado como adequado a permitir o cumprimento do objetivo visado.

Alguma doutrina portuguesa questiona a validade do mandato *post mortem* para doar no interesse do mandatário ou de terceiro⁵⁰. O Supremo Tribunal de Justiça já admitiu, contudo, a validade do mandato com representação *post mortem* para doar⁵¹. Estava em causa uma procuração outorgada em vida do disponente em que eram conferidos poderes para a procuradora vender ou doar a favor do seu neto diferentes prédios, urbanos e rústicos. Constava da procuração outorgada que era «irrevogável nos termos dos artigos duzentos e sessenta e cinco e mil cento e setenta do Código Civil, a pedido das partes e não caduca por morte». Após a morte do mandante, a mandatária celebrou contrato de doação a favor do neto. As instâncias consideraram que, sendo a procuração irrevogável, e tendo sido estabelecida também no interesse do representante e não caducando com a morte do representado, com base nela e no contrato de mandato que supõe, mesmo após a morte do mandante, poderia ter sido, como foi, celebrada a escritura de doação. Os recorrentes eram legatários testamentários e sustentaram que, não tendo sido a procuração usada em vida do mandante, deveria entender-se que os bens pertenciam à herança aberta por morte do mesmo mandante e estes, como legatários, tinham adquirido a propriedade dos mesmos imóveis, configurando a doação um negócio de disposição de

⁵⁰ DANIEL MORAIS (2016), pp. 743-746, seguido expressamente por REMÉDIO MARQUES (2023) p. 174. Note-se, porém, que DANIEL MORAIS se refere sobretudo ao mandato para doar sem representação, pressupondo a tese da «dupla transferência fiduciária» (p. 743), pelo que configura as situações em análise pressupondo que existe uma transferência do bem a doar para o mandatário. Por outro lado, centra as suas preocupações sobretudo quanto à posição do beneficiário e com a sua proteção após a morte do mandante no confronto com os herdeiros legais, sustentando que não se trata de uma doação *mortis causa* nula. Para efeitos de planeamento sucessório, a questão deverá colocar-se no plano da autonomia do disponente e dos limites à liberdade contratual no âmbito da fixação do conteúdo do contrato de mandato, designadamente quanto à licitude de convencionar a livre revogação pelo mandante. Parece poder entender-se que, para DANIEL MORAIS, à luz do Direito português, não será lícito incluir uma cláusula de revogação unilateral num mandato *post mortem* (no interesse de terceiro) (ob. cit., p. 746).

⁵¹ Acórdão do STJ de 13.07.2010 (proc. n.º 67/1999.E1.S1; relator: Fonseca Ramos; fonte: www.dgsi.pt).

coisa alheia. A questão central que se colocava era a de apreciar a validade do contrato de doação celebrado em cumprimento do mandato com representação a cumprir *post mortem*. O Supremo Tribunal de Justiça considerou o mandato e a procuração como válidos, bem como os contratos de doação realizados pela mandatária após a morte do mandante, e confirmou a decisão recorrida⁵².

Bibliografia

- ANTUNES, Ana Filipa Morais, «Negócio em fraude à lei», in *Edição Comemorativa do Cinquentenário do Código Civil* (coord. Elsa Vaz Sequeira e Fernando Oliveira e Sá), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, pp. 161-187.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. II, AAFDL, Lisboa, 1995.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito das Sucessões*, 5.^a Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000.
- BARBOSA, Paula, «Breve reflexão sobre as especificidades da sucessão contratual», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 315-334.
- CAMPOS, Diogo Leite de, *Contrato a Favor de Terceiro*, Almedina, Coimbra, 1980.
- CAMPOS, Diogo Leite de / CAMPOS, Mónica Martinez de, *Lições de Direito das Sucessões*, 5.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2025.
- COELHO, Francisco Pereira, *Direito das Sucessões, s. n.*, Coimbra, 1992.
- COELHO, Francisco Pereira / OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, *Introdução, Direito Matrimonial*, 5.^a Ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016 (*e-book*: <http://livrariadaimprensa.uc.pt>).
- CORDEIRO, António Barreto Menezes Cordeiro, *Do trust no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2014.
- CORTE REAL, C. Pamplona / SANTOS, D., «A técnica da imputação e sua particular relevância no direito sucessório», *Jus Scriptum's International Journal of Law*, [S. l.], v. 7, n. 1, 2023, pp. 7-21, DOI: 10.29327/238407.7.1-1, disponível em <https://internationaljournaloflaw.com/index.php/revista/article/view/141>, acesso em: 12.06.2025.
- CORTE REAL, *Curso de Direito das Sucessões*, Quid Iuris, Lisboa, 2012.
- FERNANDES, Luís Carvalho, *Direito das Sucessões*, 4.^a Ed., Quid Iuris, Lisboa, 2012.
- GOMES, Manuel Januário Costa Gomes, *Em Tema da Revogação do Mandato Civil*, Almedina, Coimbra, 1989.

⁵² A questão foi colocada em termos de saber se a doação «revogava» o testamento, mas seria mais adequado dizer-se que, sendo válida, a doação prevalece sobre o testamento.

- LEITÃO, Luís Manuel Telles de Menezes, *Direito das Obrigações*, Vol. III, *Contratos em especial*, 14.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2022.
- LEITÃO, Luís Manuel Telles de Menezes, *Direito das Sucessões*, Almedina, Coimbra, 2021.
- LIMA, Pires de e Varela, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. VI. 2.^a Ed. Coimbra Editora, Coimbra, 1998.
- MARQUES, J. P. Remédio, *Direito das Sucessões, Estudos*, Gestlegal, Coimbra, 2023.
- MERZ, Sandro, *La trasmissione familiare e fiduciária della ricchezza*, Cedam, Padova, 1998.
- MORAIS, Daniel, *Autodeterminação Sucessória por Testamento ou por Contrato?*, Princípia, Parede, 2016a.
- MORAIS, Daniel, «O problema da imputação das liberalidades na sucessão legítima revisitado à luz dos limites da interpretação jurídica: recusa de uma “teoria pura de direito sucessório”», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*, Almedina, Coimbra, 2016b, pp. 41-66.
- MORAIS, Daniel, *Doações em Vida com Finalidades sucessórias*, Princípia, Parede, 2017.
- MORAIS, Daniel, *Direito Sucessório – Apontamentos, Introdução e Estática Sucessória*, AAFDL Editora, Lisboa, 2019.
- MORAIS, Daniel, *Direito das Sucessões e Direito da Família, Eternas questões, respostas atuais*, AAFDL Editora, Lisboa, 2023.
- MOTA, Helena, «Igualdade e diversidade no Direito Europeu das relações familiares transfronteiriças. A cooperação reforçada em frente ao espelho», *Atas das Jornadas Internacionais Igualdade e Responsabilidade nas Relações Familiares*, Escola de Direito da Universidade do Minho, Centro de Investigação em Justiça e Governança, fevereiro 2020, pp. 305-329 (ISBN 978-989-54587-2-1).
- NOGUEIRA, Joaquim Fernando, «A reforma de 1977 e a posição sucessória do cônjuge sobrevivente», *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 40, n.º III, 1980, pp. 663-694.
- PALAZZO, Antonio, «Apparenza e pubblicità degli acquisti *mortis causa* e *trans mortem*», *Familia*, n.º 1, 2005, p. 53.
- PALAZZO, Antonio, «Arte stipulatoria e funzione del notaio nell’attività negoziale di trasferimento della ricchezza familiare», *Vita Notarile*, 2001, pp. 445-474.
- PALAZZO, Antonio / SASSI, Andrea, *Tratatto della successione e del negozi successori*, Vol. 2, *Negozi successori anticipatori*, UTET, Giuridica, Torino, 2012.
- PATRÃO, Afonso, «A renúncia recíproca à condição de legitimário em direito internacional privado: entre o estatuto sucessório e o estatuto matrimonial», *Julgat*, n.º 40, pp. 153-180.
- PEDRO, Rute Teixeira, «Pactos sucessórios renunciativos entre nubentes à luz do art. 1700.º, n.º 1, alínea c) do Código Civil. Análise do regime introduzido

- pela Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 78, n.º 1-2, 2018, pp. 415-454.
- PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, 2.ª Ed., AAFDL Editora, Lisboa, 2017.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- SOSA, Rabindranath Capelo de, *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. II, 3.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2002.
- SOSA, Miguel Teixeira de et al., *O Novo Regime do Processo de Inventário e Outras Alterações na Legislação Processual Civil*, Almedina, Coimbra, 2020.
- TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Sucessões - Noções Fundamentais*, 5.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1985.
- TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz / CAMPOS, Diogo Leite de, *A Propriedade Fiduciária (Trust), Estudo para a Sua Consagração no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 1999.
- VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de, «Anotação ao art. 1170.º», in *Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações, Contratos em Especial*, UCP Editora, Lisboa, 2023.
- VICENTE, Dário Moura, *Direito Comparado*, Vol. I, 4.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2018.
- XAVIER, Rita Lobo, «Beneficiários nos seguros de vida e Direito sucessório», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano LIV (XXVII da 2.ª Série), n.ºs 1/3, janeiro-setembro 2013, Almedina, Coimbra, pp. 7-22.
- XAVIER, Rita Lobo, *Planeamento Sucessório e Transmissão do Património à Margem do Direito das Sucessões*, Universidade Católica Editora - Porto, 2016a.
- XAVIER, Rita Lobo, «Notas para a renovação da sucessão legitimária no Direito português», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*, Almedina, Coimbra, 2016b, pp. 351-372.
- XAVIER, Rita Lobo, «Para quando a renovação do Direito sucessório português?», in *Edição Comemorativa do Cinquentenário do Código Civil* (coord. Elsa Vaz Sequeira e Fernando Oliveira e Sá), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017a, pp. 593-614.
- XAVIER, Rita Lobo, *Sucessão Familiar na Empresa, A Empresa Familiar como Objeto da Sucessão Mortis Causa*, Universidade Católica Editora - Porto, 2017b.
- XAVIER, Rita Lobo, «Aspetos inovatórios e sensíveis do processo de inventário no seu regresso aos tribunais», *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 1, 2021, pp. 47-67.
- XAVIER, Rita Lobo, *Manual de Direito das Sucessões*, Almedina, Coimbra, 2022.
- XAVIER, Rita Lobo, «Proteção da/o viúvo/a não titular do imóvel onde foi fixada a casa de morada da família: a tutela do direito de habitação e do direito de uso do respetivo recheio entre a abertura da sucessão e a partilha», in *Boletim*

de Ciências Económicas - Homenagem ao Professor Doutor Manuel Carlos Lopes Porto, Vol. LXVI, Tomo III, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2023a.

XAVIER, Rita Lobo, «Planeamento sucessório e famílias globais - Regulamentos europeus com impacto no estatuto patrimonial do casamento e no estatuto sucessório», in *XXII Congreso Mundial de Derecho Registral, 22st World Land Registration Congress, Oporto, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España*, Madrid, 2023b, pp. 561-578.

XAVIER, Rita Lobo, «Autonomia privada e transação no contexto do inventário judicial divisório», in *IV Encontros de Direito Civil* (coord. Elsa Vaz Sequeira e Ana Taveira da Fonseca), UCP Editora, Lisboa, 2023c, pp. 175-192.

XAVIER, Rita Lobo, «Sucessão familiar na empresa e autonomia do disponente - sistema sucessório e contratos de doação *transmortem*», in *Estate. Succession and Autonomy - New Assets and New Trends* (ed. Rita Lobo Xavier, Nuno Sousa e Silva e Marta Rosas), UCP Editora, Lisboa, 2024, pp. 226-250.

XAVIER, Rita Lobo, «*Eppur si muove...* - o Direito sucessório português em mutação contra “dogmas” e argumentos de autoridade», in *Estudos em Homenagem ao Professor Diogo Leite de Campos*, Coimbra, 2025.

As cláusulas contratuais que subordinam o pagamento da retribuição a um evento incerto (as cláusulas «pay-when-paid» e «pay-if-paid»)

ANA AFONSO

1. Apresentação do problema

A *praxis* negocial revela a presença de cláusulas inseridas em contratos com prestações corresponsivas, em que o cumprimento de uma das prestações – tipicamente o pagamento da contrapartida pecuniária – fica subordinado à verificação de um evento de índole futura e incerta. Inversamente, a realização da correspondente prestação – tipicamente uma obrigação de *facere* – deve ser realizada de imediato, e é insuscetível de ser restituída integralmente quando não se verifique o evento a que se subordinou o pagamento do corresponsivo.

É no domínio dos contratos de subempreitada que este tipo de cláusulas encontra a sua aplicação mais frequente. Com o intuito de se eximir às dificuldades e incertezas do pagamento atempado e da solvabilidade do dono da obra ou comitente principal, o empreiteiro faz deslocar para a esfera do subempreiteiro o risco do incumprimento, subordinando o pagamento devido pela execução da subempreitada à efetiva realização da prestação pecuniária pelo comitente. Atenta a sua identificação e tratamento mais desenvolvido na prática negocial e jurisprudência norte-americana, estas cláusulas são conhecidas e habitualmente designadas pela expressão anglófona «pay-if-paid» (pago se receber o pagamento) ou «pay-when-paid» (pago quando for pago ou depois de ser pago). O pagamento pelo dono da obra é erigido em *condition precedent* do dever de pagamento ao subempreiteiro ou definido como momento antes do qual o pagamento não pode ser exigido pelo subempreiteiro¹.

¹ Exemplifica-se: «o pagamento ao subcontraente por execução satisfatória da sua prestação deve ser efetuado no máximo sete dias depois de o dono da obra ter pagado ao contraente principal». Estas convenções de pagamento «se e quando» aparecem frequentemente

Além dos contratos de empreitada, a previsão convencional «if and when» tem revelado a sua utilidade, sendo feita constar de outras modalidades contratuais como os contratos de intermediação desportiva ou agenciamento de negócios em geral, nos contratos de prestação de obra intelectual (em que o evento condicionante pode não ser o pagamento por um terceiro, mas sim a obtenção de financiamento para a realização de uma obra, ou a aprovação ou adjudicação de uma obra) ou mesmo em contratos de fornecimento.

A inserção destas cláusulas em modalidades negociais tipicamente onerosas introduz um elemento de perturbação na estrutura da *factispecies* legal, visto que uma das prestações, a prestação de *facere*, deve ser imediatamente realizada, mas, segundo a previsão contratual, poderá não ser retribuída quando não ocorra o evento a que se subordina o pagamento da contraprestação. O contrato é previsto e querido pelas partes como oneroso, fixando-se que a uma prestação corresponde o pagamento de uma contraprestação de valor equivalente. Porém, introduz-se o risco de não se obter ou de se atrasar o pagamento da contraprestação. Insere-se portanto no contrato um elemento de álea, mas sem que a intenção das partes seja exatamente a de configurarem um negócio aleatório. Trata-se de contratos onerosos e comutativos, em que a incerteza na obtenção da contraprestação torna mais adequado o recurso à classificação proposta por Ugo Salanitro de «contratos onerosos com prestação incerta»².

As cláusulas «if and when» introduzem uma modificação estrutural no quadro de *factispecies* tipicamente onerosas, convocando a consideração de conceitos normativos como álea, termo e condição, cuja adequação e relevância para deduzir o regime aplicável melhor procuramos esclarecer nos pontos seguintes.

incluídas em cláusulas de alcance mais geral em que o subempreiteiro assume e adquire, respetivamente, todas as obrigações, riscos e direitos do contrato principal (contrato de empreitada de base), ficando o subempreiteiro colocado em situação idêntica à que liga o empreiteiro ao dono da obra (ou contraente principal) e que são designadas cláusulas «back-to-back». Sobre estas cláusulas, de conteúdo variável, consoante o exercício da liberdade contratual, pode ver-se, entre nós, SILVA (2022), pp. 116 e ss.

² SALANITRO (2003), pp. 1 e ss.

2. A incerteza do pagamento da retribuição não configura um negócio aleatório

Nas hipóteses negociais em que o pagamento da contraprestação fica subordinado ao cumprimento de um terceiro ou à verificação de um evento indispensável para assegurar a utilidade do negócio, julgamos não estar perante um verdadeiro negócio aleatório. Está presente um elemento de incerteza ou de álea - posto que se incorpore o risco da falta de pagamento do correspetivo -, mas sem que a causa-função corresponda integralmente à de um genuíno negócio aleatório, em que a álea constitui elemento essencial do negócio, que qualifica o esquema causal, e em que as partes se subordinam ao jogo do acaso ou da sorte. Nos negócios aleatórios, incorpora-se uma chance de perder, mas também uma chance de ganhar. Diversamente, nas hipóteses consideradas, há apenas a possibilidade de perda, de não obtenção do correspetivo da prestação já realizada, que pode nem ser calculado em montante superior ao valor da prestação de modo a acomodar o risco da perda³. Nos contratos aleatórios seria incerta a vantagem, mas não a eficácia (ou a exigibilidade) da obrigação. Nos designados contratos onerosos com prestação incerta não se confia ao acaso ou à sorte a definição do montante da contraprestação, o que há é uma partilha do risco da falta de cumprimento de um terceiro entre contraente geral e subcontraente (ou uma transferência desse risco do primeiro para o segundo).

O ordenamento jurídico português não contempla em secção especial a categoria de negócios aleatórios a que faça associar certas consequências normativas, limitando-se no âmbito do regime da compra e venda a presumir o carácter aleatório da venda de bens de

³ No sentido de que não estamos nestas hipóteses (em que o contraente que realiza a sua prestação incorre no risco de não ser pago, mas não tem uma possibilidade efetiva de ganhar ou perder, pois não tem a chance de ganhar mais do que o preço acordado) perante um negócio aleatório, ver MILHAC (2001), p. 171. Igualmente SALANITRO (2003), pp. 81 e ss., identifica diferença substancial entre os contratos onerosos com prestação incerta e as hipóteses aleatórias consideradas no *Codice Civile* por estar ausente dos primeiros uma remuneração do risco.

existência ou titularidade incerta (art. 881.º CC) ou a definir a consequência correspondente à atribuição de carácter aleatório à venda de bens futuros, frutos pendentes e partes componentes ou integrantes (art. 880.º, n.º 2, CC)⁴. Quanto ao contrato de jogo e aposta, de típica índole aleatória, o legislador restringe-o ao alcance de uma obrigação natural, e limitadamente aos casos em que seja lícito (art. 1245.º), com a ressalva das hipóteses constantes de legislação especial. A delimitação de uma classe de negócios aleatórios e de eventuais soluções de regime cabe, pois, à doutrina que, porventura em resultado da falta de previsão legislativa, não lhe concede particular atenção. De um modo geral, a doutrina portuguesa aflora a classe dos contratos aleatórios como subespécie dos negócios onerosos, que se caracteriza pelo facto de uma ou ambas assumirem voluntariamente o risco do desequilíbrio ou perda patrimonial. Assume-se o risco ou incerteza de a prestação não se realizar ou de, realizando-se, constituir uma perda patrimonial⁵.

A recondução dos designados contratos onerosos com prestação incerta à categoria dos negócios aleatórios não traz, portanto, contributo normativo útil, visto que não lhe estão, entre nós, associadas consequências jurídicas relevantes. Identificar os elementos presentes

⁴ O Código Civil de 1867 continha uma definição de contrato aleatório, de teor razoavelmente amplo - «é contrato aleatório aquele pelo qual uma pessoa se obriga para com outra ou ambas se obrigam reciprocamente a prestar ou fazer certa coisa dado certo facto futuro e incerto» -, no art. 1537.º, primeira norma do capítulo VII, o capítulo dedicado aos contratos aleatórios, integrado no título II - «Dos contratos em particular». O legislador oitocentista contemplava ainda, especialmente, os contratos de risco ou de seguro e os contratos de jogo e aposta. No presente Código Civil, manteve-se apenas a solução normativa especialmente destinada ao jogo e aposta, tendo a categoria de contrato aleatório perdido uma previsão autonomizada. O modelo negocial que consideramos neste texto caberia na hipótese legal do art. 1538.º do nosso primeiro Código Civil dada a formulação ampla que escolhia para designar os contratos ditos «de risco ou de seguro»: «se a prestação é em todo o caso obrigatória e certa para uma das partes, e a outra é obrigada a prestar ou fazer alguma coisa em retribuição, dado um determinado evento incerto».

⁵ Cfr. HÖRSTER / SILVA (2019), pp. 471-472; FERNANDES (2010), pp. 85-86; CORDEIRO (2014), pp. 111-112; VASCONCELOS / VASCONCELOS (2019), p. 453; LEITÃO (2018a), pp. 202-203.

e perceber qual o alcance assumido pela álea na modalidade negocial sob análise é, todavia, relevante para melhor apreender a sua estrutura jurídica e assim discernir os respetivos limites de validade e os conjuntos normativos potencialmente aplicáveis. Como dissemos, julgamos não estar perante um negócio aleatório, a despeito da presença de um elemento de álea correspondente à incerteza do pagamento da contraprestação. Em sentido jurídico, as palavras álea e risco não são coincidentes, embora se reportem a uma mesma ideia de incerteza: o risco corresponderia a uma expressão negativa dessa situação de incerteza, ao «perigo de um mal»; a álea exprimiria a incerteza da vantagem patrimonial, uma chance de ganhar ou perder definida pelo acaso⁶. Do que se trata, nos contratos onerosos com prestação incerta, é de acautelar o risco da falta de cumprimento ou mora de terceiro, ou da falta de fundos, porventura da falta de utilidade de uma prestação, que o devedor transfere (total ou parcialmente) para a contraparte. No momento da celebração do contrato, a vantagem patrimonial é conhecida e está fixada, não depende da sorte ou do azar. A partilha do risco altera a estrutura do típico sinalagma comutativo, mas não dá origem a um negócio aleatório.

3. O termo de cumprimento e a falta de verificação do evento tido como certo

Nas hipóteses em que o pagamento do correspondente está associado a um elemento temporal, ainda que seja incerto o momento da sua verificação (por exemplo: o pagamento ao subempreiteiro será feito trinta dias depois da emissão do recibo de pagamento pelo dono da obra; ou a entrega da contrapartida será feita 5 dias úteis depois de obtido o pagamento de certo terceiro; ou o pagamento dos honorários realizar-se-á assim que seja aprovado o financiamento do projeto), dir-se-ia que as partes quiseram acordar um termo. Este conceito normativo (previsto no art. 278.º do nosso Código Civil) corresponde a uma cláusula que

⁶ Consultar, nomeadamente, GIOVANNI DI GOANDOMENICO, 1987, pp. 50 e ss. e GIUSEPPINA CAPALDO, 2004, p. 11

subordina os efeitos da declaração jurídico-negocial a um evento futuro, mas de verificação certa. Não se duvida da existência da obrigação, que as partes querem incondicionalmente assumir, apenas se subordina a realização da prestação a um evento que ocorrerá em momento ulterior ainda que possa não ser certo o tempo dessa ocorrência (*certus an, incertus quando*). Nas ditas cláusulas «pay-when-paid», a intenção das partes não é a de deslocar o risco do incumprimento ou da insolvência do terceiro definitivamente para a esfera do subcontraente, sendo o evento futuro deduzido como certo.

A inserção destas cláusulas em contratos tipicamente comutativos não ofereceria, à partida, dificuldades de monta, posto que, tratar-se-ia simplesmente de diferir para um momento futuro, dotado de incerteza apenas no seu «quando», o pagamento do correspondente, de cuja exigibilidade não se duvidaria. O problema suscita-se, porém, naqueles casos em que o evento – tomado pelas partes como de verificação certa – não vem afinal a ocorrer. Ao contrário do programa contratual, o projeto não é aprovado, o dono da obra torna-se insolvente ou o comitente principal recusa efetuar o pagamento. Revelando-se enfim o evento de verificação incerta, deveríamos considerar o regime da condição e entender que a obrigação de pagamento é ineficaz visto que o evento condicionante não ocorreu?

Será necessário discernir devidamente a intenção contratual, sem nos atermos simplesmente às expressões literais – «quando» ou «se» – utilizadas, e consultando todos os elementos hermenêuticos disponíveis (o texto do contrato, correspondência trocada e atas de reuniões), fixar o sentido objetivo da declaração jurídico-negocial, conforme o critério geral do art. 236.º CC. Se os contraentes tomaram como certa a realização do evento dependente de terceiro, desconhecendo unicamente quando esse evento ocorreria, a sua vontade não terá sido a de erigir uma condição e acolher o respetivo regime. Em contrapartida, se a previsão contratual incorpora o risco da não verificação do evento, a cláusula já não poderia qualificar-se como termo e teria de ser qualificada como condição.

Note-se que há uma tendência para privilegiar a interpretação destas cláusulas como termo, com recurso a integração judiciária de um tempo de cumprimento final (que, no nosso ordenamento jurídico, encontra apoio legal explícito no art. 777.º, n.º 2, CC), por se entender

desequilibrado que se torne aleatório o pagamento num contrato comutativo^{7/8}. Sendo assim, decorrido um período dentro do qual teria sido razoável a ocorrência do evento, o pagamento seria devido. Nas hipóteses em que o pagamento ou financiamento de terceiro seja apresentado como necessário para possibilitar o cumprimento, ainda se poderia considerar que as partes teriam convencionado uma cláusula *cum potuerit* em que o pagamento do corresponsável depende da possibilidade de cumprimento do devedor (art. 778.º CC). Neste tipo de cláusulas, que correspondem a um termo incerto⁹, o cumprimento da obrigação é exigível quando o credor logre provar que o devedor dispõe dos meios necessários para o cumprimento¹⁰.

⁷ A jurisprudência norte-americana fornece vários exemplos desta tendência hermenêutica, considerando que decorrido um tempo razoável é devido o pagamento pelo contraente geral ao subcontraente, ainda que na cláusula se inclua a expressão «condition precedent», sempre que: a previsão contratual não seja por algum motivo suficientemente clara e, nomeadamente, não inclua de forma precisa a intenção de se transferir o risco da insolvência do dono da obra para o subcontraente; o resultado de tornar incerto o pagamento não seja consolidado por outra cláusula contratual; o pagamento ainda seja possível, recaindo sobre o contraente geral (empreiteiro) o ónus de provar que não conseguiu obter o pagamento junto do dono da obra e que a falta de pagamento não lhe é imputável. Todavia, há decisões em que o emprego da expressão «condition precedent» basta para se considerar que a falta de pagamento pelo dono da obra é suficiente para recusar o pagamento ao subempreiteiro. Assim foi decidido pelo Superior Tribunal do Connecticut (*Electrical Contractors Inv., v. 50 Morgan Hospitality Group LLC*, n.º X07HHDCV186088917S, 2019 WL 2305068, de 30 abril de 2019). O «general contractor» limitara-se a demonstrar que tinha apresentado a requisição de pagamento dos materiais e serviços fornecidos pelo subcontraente ao dono da obra, o que tinha sido considerado bastante para fundar a legitimidade da recusa de pagamento ao subcontraente. Cfr. PAUL FITZGERALD (2021), pp. 28-30. A decisão foi confirmada em recurso de apelação (273 A.3d 726,211 Conn. App. 724, 12 de abril, 2022).

⁸ Em contrapartida, a jurisprudência alemã oferece-nos um exemplo em que, apesar do emprego da expressão «wenn» (quando), se considerou que o pagamento da contraprestação ao subempreiteiro fora subordinado a uma condição suspensiva. Ver OLG Düsseldorf, Urteil, 11.10.1996 - 22 U 49/96, in *Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report*, 1997, 4, p. 211. Diversamente, em OLG Düsseldorf, Urt. V.7.5.1999, 22U253/98, in *NJW-RR*, 1999, 19, p. 1323, o tribunal entendeu que se tratava apenas de uma prorrogação de prazo.

⁹ Cfr. a nossa AFONSO (2014), p. 157.

¹⁰ No Ac. STJ de 14.03.2024 (proc. 1518/14.3T8LSB.L1.S1), qualificou-se a cláusula nos termos da qual a devedora só teria de cumprir a sua obrigação de pagamento «desde que lhe tivessem sido facultados pelo Estado os meios financeiros necessários», «sendo as faturas pagas sempre que possível no prazo de trinta dias», como cláusula *cum potuerit* que definia

A interpretação do contrato - mesmo quando se esteja perante um negócio oneroso para o qual se deve em caso de dúvida fixar o sentido que melhor conduza a um equilíbrio das prestações seguindo a orientação normativa do art. 237.º CC - não tem por objetivo repor um equilíbrio negocial que se considere perturbado, não podendo o juiz substituir a sua decisão de justiça ao exercício da liberdade contratual. Em casos graves, há outros institutos adequados para o efeito¹¹. Todavia, a preponderância para se qualificar uma cláusula do tipo das que estamos a analisar (em que subordine o pagamento do corresponsável ao cumprimento da prestação assumida por terceiro ou a uma aprovação de um terceiro) como termo encontra, entre nós, apoio no princípio sistémico de conservação dos negócios jurídicos (conforme sustenta Manuel de Andrade¹²) e, sobretudo, arrima-se na sua melhor adequação à índole de contrato comutativo, buscando-se a interpretação mais conforme à natureza do contrato¹³. Consequentemente, só deveria considerar-se que

um prazo em função da possibilidade do devedor. O Tribunal concluiu que o credor tinha o direito de exigir o cumprimento posto ter-se demonstrado que o devedor dispunha dos meios necessários.

¹¹ Conforme sublinha DUARTE (2016), p. 57: «a regra sobre a prevalência do sentido que conduzir ao maior equilíbrio das prestações no caso de dúvidas sobre o sentido de um contrato oneroso é isso mesmo: uma regra sobre a superação de dúvidas - e não uma regra que permita ao tribunal equilibrar contratos que tenha por desequilibrados». Todavia, como devidamente sublinham VASCONCELOS / VASCONCELOS (2019), pp. 553-555, o critério de superação de dúvidas que é perfeitamente razoável quando se esteja perante negócios «perfeitamente gratuitos» ou «perfeitamente onerosos» deixa, na sua letra, por resolver todos os casos intermédios de contratos menos típicos, como os contratos de cooperação, aleatórios, ou - acrescentamos nós - de prestação incerta. Para VASCONCELOS / VASCONCELOS, *ibidem*, no seu espírito, o sentido do art. 237.º é o de recorrer à equidade.

¹² (1987), p. 385.

¹³ O tipo contratual, os interesses que neste se jogam e a finalidade prosseguida pelas partes são elementos a atender na fixação do alcance da vontade jurídico-negocial. A declaração negocial não pode ser considerada fora do contexto negocial em que se insere. A necessidade de discernir o sentido juridicamente relevante do complexo regulativo como um todo é, aliás, um dos aspetos destacados pela doutrina no desempenho da tarefa hermenêutica do negócio jurídico. Conforme melhor esclarece ALMEIDA (1992), p. 198, a interpretação incide sobre o enunciado que forma o texto, com recurso a todos os elementos que formam o contexto, na sua mais ampla dimensão; o contexto inclui tanto factores de índole objetiva como de índole subjetiva (e entre estes, o critério de normalidade para o declaratório e de razoabilidade para o declarante), pp. 189-190. Dispensa-se, todavia, e segundo conclui PAULO MOTA PINTO (1995), p. 220, a indagação e verificação de elementos subjetivos como a vontade

estamos perante uma condição - cuja falta de verificação acarreta a ineficácia da obrigação, ou seja, a inexigibilidade do pagamento do preço - quando resulte de forma inequívoca a vontade contratual de inserir a incerteza no pagamento do corresponsivo.

Na verdade, nas hipóteses em que as partes tomam como certa a futura ocorrência de um evento que não se verifica, não estamos rigorosamente nem perante um termo (revela-se a incerteza objetiva do evento), nem perante uma condição (não se quis acolher a incerteza das duas alternativas possíveis de eficácia/ineficácia da obrigação)¹⁴.

Se a fixação do sentido e alcance das declarações negociais permitir a conclusão de que as partes consideraram a eventual falta de ocorrência do comportamento do terceiro e mantêm a intenção de que a prestação seja realizada, pode entender-se que o pagamento do corresponsivo é devido, em alternativa ao momento em que teria ocorrido o evento a que se subordinou a respetiva exigibilidade, dentro do tempo em que este razoavelmente teria ocorrido. Quando não se possa detetar esta intencionalidade (a interpretação das declarações negociais não permite deduzir que se tenha levado em consideração a hipótese de o evento não se verificar), terá de se atender à lacuna contratual assim revelada, que deverá ser integrada segundo a vontade hipotética das partes ou os ditames da boa fé (conforme critérios traçados no art. 239.º CC)¹⁵. Resta

do declarante ou como o conhecimento do sentido que o declaratório atribui à declaração. Cfr., também, DUARTE (2016), p. 59, CORDEIRO (2014), pp. 724 e ss., e VASCONCELOS / VASCONCELOS (2019), p. 555, que convocam «as circunstâncias especiais que acompanham o contrato» e a sua «equação económica concreta»; na doutrina italiana, consultar, nomeadamente, GUIDO ALPA / MARIO BESSONE / ENZO ROPPO (1982), pp. 315 e ss. A interpretação das cláusulas no sentido que resulta do complexo do ato é critério expressamente previsto no *Codice Civile* (cfr. arts. 1362 e 1363), considerando o comportamento adotado pelas partes, também depois da conclusão do contrato. Em G. ALPA *et alii*, *ibidem*, p. 321, sublinha-se que o procedimento interpretativo deve dirigir-se à identificação da «economia do contrato», com base nas declarações das partes e todas as circunstâncias anteriores, concomitantes e sucessivas do acordo.

¹⁴ Conforme também já havíamos concluído em AFONSO (2014), p. 152. Consultar, também, SALANITRO (2003), pp. 12-13.

¹⁵ A aplicação do art. 239.º pressupõe a existência de uma lacuna suprível - falta uma disposição especial aplicável e também uma solução contratual - cuja superação é necessária para que o programa contratual se realize de forma adequada aos interesses em jogo. Ver MENDES / SÁ (2023), pp. 658-659.

saber como deve superar-se a omissão jurídico-negocial: qual teria sido a «vontade justa» das partes se tivessem previsto o ponto omissivo? Reconhecendo-se, porventura, a tutela contratual da frustração do interesse num projeto que afinal já não poderá ser utilizado (por exemplo, nas hipóteses em que o pagamento do correspondente foi associado ao tempo da aprovação de um projeto ou da obtenção de um financiamento frustrados), deveria integrar-se a lacuna contratual por via de uma solução equitativa de repartição dos custos ou despesas entre os contraentes? Ou deveria satisfazer-se metade da contraprestação acordada? Ou será mais consentâneo com o critério da boa fé o pagamento de todas as despesas ou da totalidade da contraprestação acordada ao subcontraente desde que este demonstre que a contraparte (por exemplo, no caso da subempreitada, o empreiteiro) tem a possibilidade de pagar¹⁶? Ugo Salanitro propõe que se integre a lacuna contratual por via da resolução do contrato e da adoção de um regime restitutivo que salvaguarde o sujeito que já realizou a sua prestação sem prejudicar a contraparte para além dos limites do enriquecimento. O Autor identifica as dificuldades advenientes de não haver qualquer enriquecimento (por falta de utilidade da prestação ou por esta ter sido entregue ao comitente principal), mas destaca, pertinentemente, que o custo da omissão jurídico-negocial deve recair sobre o sujeito em cujo interesse foi estabelecida a cláusula que dissocia o contrato celebrado do figurino comutativo típico¹⁷. Sendo diversificadas as espécies negociais que podem corresponder a contratos onerosos com prestação incerta, a melhor consideração da «lógica imanente» ao negócio poderá determinar soluções de integração distintas, desde o pagamento da totalidade da contraprestação acordada até à ausência de satisfação de uma parte apenas dos custos da prestação. A via de resolução do contrato por sobrevinda impossibilidade com dever de restituição da prestação efetuada nos termos prescritos para o enriquecimento sem causa (com assento no art. 795.º, n.º 1, CC), como também não deixa de notar Salanitro, não se nos afigura a mais adequada às hipóteses que temos vindo a considerar, pois a inutilidade

¹⁶ Recorrendo agora à solução normativa do art. 778.º, n.º 1, CC como meio de integração de lacuna do contrato e não como base de fixação do sentido e alcance da cláusula, conforme nomeado antes.

¹⁷ Consultar SALANITRO (2003), pp. 64-67.

da prestação (na hipótese do projeto que não possa ser utilizado ou da prestação do subempreiteiro destinada ao dono da obra e não ao empreiteiro) obstará a um enriquecimento patrimonial ou real da contraparte em medida bastante para assegurar a recomposição justa do desequilíbrio resultante da falta de remuneração da prestação já realizada e sem utilidade para qualquer das partes; ou seja, a resolução do contrato não permite ao credor manter ou reaver a sua prestação material, nem, em princípio, obtém a devida recomposição patrimonial por falta do correspondente enriquecimento do devedor.

À parte este grupo de hipóteses que vimos de expor (em que o condicionamento não é formulado de modo inequívoco nem também se pode deduzir a assunção do dever de efetuar o pagamento dentro do tempo em que razoavelmente se tivesse verificado o evento de referência) e que colocam especiais dificuldades de interpretação e de integração da vontade jurídica negocial, podemos considerar dois modelos distintos de cláusulas em que se faz depender o pagamento de correspetivo do cumprimento ou financiamento (eventualmente aprovação) de um terceiro: aqueles em que o evento é deduzido como certo e aqueles em que as partes dão relevância à incerteza. No primeiro modelo, as partes não querem transferir definitivamente o risco do incumprimento ou da insolvência do terceiro para o subcontraente (ou contraparte, em geral). Estas cláusulas devem ser qualificadas como «termo» e não como «condição». A certeza da verificação do evento faz parte da previsão contratual, o evento é uma mera questão temporal. E assim, o pagamento deve ser efetuado independentemente de não se verificar o evento a que estava subordinado, logo que tenha decorrido um período de tempo razoável para a respetiva verificação. No segundo modelo - que não há, em princípio e em geral, razão para excluir -, as partes consideram claramente a incerteza do evento de referência ao qual subordinam o pagamento do correspetivo¹⁸. Este segundo modelo suscita dúvidas relevantes sobre a qualificação da cláusula e as suas consequências regulatórias - é mesmo de uma condição em sentido técnico rigoroso que se trata e que

¹⁸ Por exemplo, o clausulado contratual que contenha, a par da indicação que o pagamento será feito «se e quando» o financiamento for obtido, a renúncia do credor a quaisquer honorários pela elaboração do projeto.

contributo útil pode ser retirado do regime próprio - e sobre os respetivos limites de admissibilidade, que iremos considerar nos pontos seguintes.

4. A subordinação da contraprestação a um evento incerto. A utilidade do regime da condição

Não havendo, como já dissemos, razão para vedar, em princípio e à partida, o condicionamento do corresponsivo pecuniário a um evento de verificação incerta, suscitam-se algumas dúvidas, conceptuais e de regime, a este propósito. A primeira dificuldade é a de precisar se estamos verdadeiramente em face de uma condição no seu sentido técnico preciso dos arts. 270.º e ss. do Código Civil. Admitindo-se que a condição não tenha necessariamente de abranger todo o negócio jurídico, com efeito suspensivo ou resolutivo de eficácia do contrato integral, a doutrina da especialidade sustenta, recorrentemente, que teria de dizer respeito a uma parte do contrato com autonomia funcional. Assim sendo, não poderia deixar-se em suspenso ou resolver-se apenas a eficácia de uma prestação não podendo, em sentido preciso, identificar-se como condição a cláusula em que a suspensão dos efeitos se refira apenas à contraprestação¹⁹. Referindo-se precisamente às hipóteses de subempreitadas com pagamento condicionado ao cumprimento de terceiro, Maria Costanza recusa que estejamos perante uma condição em sentido próprio posto que o evento condicional (o cumprimento por um terceiro) interfere não com a eficácia do negócio, mas sim com a exigibilidade de uma prestação²⁰.

Não sendo condição (por não caber neste conceito a cláusula que faça depender de evento futuro e incerto apenas os efeitos da contraprestação), poderia o regime jurídico-civil do negócio jurídico condicional ser aplicado analogicamente ao contrato oneroso com contraprestação incerta? Mais precisamente, poder-se-á aplicar a regra da ficção de verificação da condição (art. 275.º, n.º 2, CC) que reconhece ao contraente prejudicado uma espécie de tutela em forma específica da sua

¹⁹ Isto mesmo é notado por SALANITRO (2003), pp. 99-100, que evidencia o desfasamento entre a cláusula em apreço e o conceito de condição consolidado na cultura jurídica italiana (à sombra da obra de referência de Angelo Falzea), e acolhido nos arts. 1353 e ss. do *Codice Civile*.

²⁰ COSTANZA (1994), pp. 95-96.

expectativa, quando a contraparte altere injustificadamente o grau de incerteza assumido ao tempo da assunção do vínculo obrigacional? A aplicação desta regra aos contratos onerosos com prestação incerta permitiria reequilibrar a posição do contraente que, tendo já cumprido a sua prestação, não ficasse inteiramente exposto ao risco dos comportamentos da contraparte que pudessem frustrar ou obviar ao preenchimento do evento condicionante da obtenção do corresponsivo²¹.

Sem dúvida que a parte cuja prestação ficou subordinada à verificação do evento incerto tem de atuar diligentemente para salvaguardar os interesses da contraparte, estando, de um modo geral, adstrita à obrigação de cumprir todos os atos instrumentais necessários à verificação do evento incerto, que lhe sejam remetidos, conforme finalidade do programa contratual. Concretamente, na hipótese de ter sido aposta cláusula «if and when» no contrato de subempreitada, tem-se entendido que o empreiteiro assume um dever de agir com diligência na representação dos interesses do subempreiteiro em confronto com o dono da obra, não podendo, por exemplo, celebrar um acordo de transação com o dono da obra que lhe permita receber apenas parte da prestação, dispensando-se com esse fundamento a satisfazer ao subempreiteiro a parte que lhe seja devida²². Estes deveres do contraente «intermediário» perante o subcontraente ou, em geral, de uma parte no contrato perante a outra resultam natural e necessariamente do programa contratual, podendo fundar-se, se não na melhor interpretação do clausulado contratual (como se nos afigura mais correto, posto tratar-se de deveres instrumentais da prestação principal e não, rigorosamente, de deveres acessórios), na adstrição a proceder segundo os ditames da boa fé,

²¹ Para SALANITRO (2003), pp. 111 e ss., justifica-se até em maior medida a aplicação da regra correspondente do art. 1359 do Código Civil italiano («[l]a condizione si considera avverata qualora sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all'avveramento di essa») aos contratos onerosos com prestação incerta pois permite acautelar de modo eficiente o direito à obtenção do corresponsivo à parte que cumpre antecipadamente. Segundo o Autor, se nos negócios condicionados a falta de verificação da condição tem por efeito a repristinação da situação jurídica originária entre as partes, isso não sucederia nos contratos sob análise. Na Anotação ao Acórdão do Tribunal de Cassação Civil, de 19.09.2005, SALANITRO (2006), pp. 421 e ss., o Autor duvida da qualificação da *factispecies* como condição, mas sustenta a aplicabilidade dos arts. 1358 e 1359 do Código Civil italiano, relativos ao regime da condição.

²² Cfr. SALANITRO (2003), pp. 91 e ss.

conforme consagrado no art. 762.º, n.º 2, CC. Definida a existência da obrigação de diligenciar para salvaguarda dos interesses da contraparte, o acionamento dos mecanismos de reação ao incumprimento, caso a parte vinculada sob condicionamento infrinja a obrigação, permite colocar a contraparte em situação idêntica à que resultaria de se ter por verificada a condição na medida em que a indemnização compensatória a reclamar corresponda ao valor da prestação de *facere* já realizada. Ficcional a verificação da condição constituirá talvez solução normativa mais eficiente para tutela do interesse em receber o pagamento do correspondente, dada a automaticidade da consequência sem necessidade de fazer demonstração dos prejuízos sofridos e do nexa causal com o ilícito cometido (violação dos deveres de diligenciar para obter o pagamento/financiamento/aprovação de terceiro); terá o credor, não obstante, de fazer prova do comportamento adverso à verificação da condição²³. Parece-nos, todavia, que a via ressarcitória do ilícito contratual permite nestas hipóteses salvaguardar identicamente a realização do interesse específico do credor dado que lhe permite receber o valor da contraprestação (colocando-o na situação em que estaria se o evento ilícito não se tivesse verificado, art. 562.º CC). A aplicação do regime da condição não se nos oferece, neste tipo de hipóteses, como solução diferencialmente mais apta a realizar o interesse do credor, cuja satisfação se traduzirá, tipicamente, em receber o pagamento acordado.

A questão de saber se as hipóteses negociais em que é incerto o pagamento do correspondente se reconduzem ou não ao domínio de sentido do instituto da condição não se nos afigura simples, nem destituída de melindre. Ainda que o art. 270.º se refira literalmente à produção ou à resolução dos efeitos do «negócio jurídico», nada obsta a que apenas a eficácia de uma parte e até de uma parte acessória ou não essencial do negócio jurídico fique subordinada a condição. Mais difícil é discernir se deve, com proveito, considerar-se que apenas os efeitos de uma das declarações de um negócio jurídico bilateral – e portanto de uma parte

²³ Conforme melhor esclarecemos em AFONSO (2014), pp. 366-367, o contraente «fiel» deve provar a interferência da contraparte no curso do evento condicionante, que esta interferência configura atuação contrária às regras da boa fé, e que é causalmente apta a perturbar de modo determinante – «impedir» ou «provocar» são as expressões literais empregadas no n.º 2 do art. 275.º CC, que abrangem igualmente comportamentos positivos ou omissivos – o processo de preenchimento da condição.

não autonomizada do negócio - se subordinem a condição (na aceção técnico-jurídica precisa dos arts. 270.º e ss.). A subsecção VII (arts. 270.º a 279.º CC), relativa à condição, até se insere em secção respeitante à declaração negocial (a I do capítulo do negócio jurídico, por sua vez, integrado no subtítulo III - Dos factos jurídicos), mas sabemos que a perspetiva «atomista» escolhida pelo legislador para estruturar o regime do negócio jurídico não deixa de colocar dificuldades ao jurista quando pretende uma consideração unitária do contrato, revelando-se menos adequada. Os elementos literal e sistemático são, pois, a este respeito, insuficientes e inconclusivos.

De um modo geral, parece-nos que as modalidades negociais em que apenas uma de duas prestações corresponsivas fica dependente da verificação de um evento incerto não se reconduzem integralmente à esfera de sentido própria do instituto condicional. Subordinar uma das prestações à verificação de um evento incerto perturba o funcionamento do esquema sinalagmático de modo não consentâneo com a estrutura típica, os interesses e a função útil do instituto da condição.

Considerando a concreta hipótese aventada de contrato de subempreitada com pagamento subordinado ao cumprimento do comitente principal ou dono da obra, parece-nos que não há rigorosamente pendência da regulamentação contratual ou eficácia suspensa com a função de assegurar a atualidade dos interesses individuais ou a superveniente inutilidade das prestações convencionadas. A vontade das partes é a de que os efeitos jurídico-negociais se produzam imediatamente, dando-se início à execução do programa contratual, simplesmente o pagamento da contrapartida fica sujeita a um requisito especial de exigibilidade, com o que se transfere (ou partilha) o risco da falta de pagamento para (com) a contraparte. Não se trata, rigorosamente, de se ajustar as intenções negociais de modo a prevenir o risco de a não ocorrência (ou ocorrência) de um evento esvaziar o interesse na conclusão do contrato. Do que se trata é de dar início à produção dos efeitos jurídico-negociais que incluem a deslocação do risco de cumprimento, com alteração do sinalagma típico da subempreitada. O subempreiteiro realiza imediatamente a prestação material de fazer e o empreiteiro executará igualmente a sua parte do programa contratual, coordenando, dirigindo ou efetuando os trabalhos de construção. O risco da falta de pagamento de terceiro é que não onera (ou não onera integralmente) a esfera jurídica do empreiteiro, posto que

as partes subordinam a exigibilidade do pagamento da contraprestação a esse requisito especial de cumprimento pelo terceiro²⁴.

Na hipótese de prestação de obra intelectual subordinada à aprovação de projeto, entra em liça a necessidade ou o interesse em acautelar a utilidade superveniente da prestação, porquanto, na falta de permissão administrativa (ou seleção em concurso), o projeto não pode ser desenvolvido e a obra intelectual não serve fim útil. Todavia, também aqui, parece-nos que não se tratará de negócio jurídico ou de declaração negocial sob condição. A obra intelectual será mais um dos elementos de uma candidatura à realização de um empreendimento, tendo as partes procurado concertar ou ajustar o exercício das respectivas atividades à consecução de um objetivo comum. O contrato ter-se-ia deslocado da categoria dos negócios comutativos em direção à categoria dos negócios de cooperação, tendo-se deformado o típico sinalagma e constituído uma hipótese atípica.

Pensamos, em suma, que as hipóteses aventadas não se inscrevem na esfera de sentido própria do instituto condicional. É verdade que qualificar a declaração negocial de pagamento de corresponsivo, subordinadamente à ocorrência de evento de verificação incerta, depende da maior ou menor flexibilidade com que se eleja considerar o conceito normativo condição. Da nossa parte, continuamos a sustentar um conceito mais rigoroso e depurado, que melhor nos permite identificar o núcleo central típico do instituto e mais firmemente caminhar para a periferia, e assim melhor apreender as hipóteses marginais e ponderar soluções normativas que não descurem essa especificidade. Parece-nos que o regime da condição não fornece soluções normativas mais justas e adequadas aos contratos onerosos com prestação incerta do que aquelas que compõem o regime do cumprimento e não cumprimento das obrigações.

²⁴ Tal como indicamos em AFONSO (2014), p. 89, na linha da lição oferecida por ALMEIDA (1992), p. 354, ainda que possa parecer mera diversidade semântica há, na verdade, diferença lógica entre dizer-se «A só promete que... se...» e «A promete que... só se...»: no primeiro caso trata-se de condição; no segundo, a promessa é eficaz, mas a sua realização depende da verificação de determinado evento.

5. Os limites à autonomia privada na previsão convencional de prestação incerta

A espécie de cláusula negocial a que temos vindo a referir-nos é, frequentemente, encarada com desconfiança, colocando-se amiúde dúvidas sobre a respetiva validade, na medida em que é potencialmente prejudicial ao interesse económico de uma das partes, introduzindo um fator de desequilíbrio no contrato. Alguns Estados norte-americanos publicaram normas que excluem a admissibilidade de cláusulas «pay-if-paid» nos contratos de subempreitada²⁵. Certa doutrina italiana (secundada pela jurisprudência) considera que a assunção da incerteza resultante da qualificação da cláusula como condição acarretaria a nulidade do contrato por falta de causa²⁶. Podemos admitir o exercício da autonomia privada que transforme um modelo contratual tipicamente dotado de natureza comutativa numa espécie negocial em que o pagamento da contraprestação fica sujeito à incerteza do cumprimento de terceiro? Deve reconhecer-se tutela jurídica a contratos em que a álea tem feição unilateral, recaindo apenas sobre uma das partes, e não sendo reequilibrada por um corresponsivo específico?

²⁵ Esses Estados são atualmente: Califórnia, Nova Iorque, Carolina do Norte, Carolina do Sul e Wisconsin. Nestes Estados entendeu-se que o benefício público de proteger os parceiros contratuais mais débeis («lower-tier») ultrapassa o interesse da preservação da liberdade contratual na deslocação do risco da falta de pagamento para o subcontraente. Cfr. D'ARCY / ROBINSON (2025), pp. 48-53.

²⁶ Cfr. as decisões arbitrais citadas e considerações tecidas em SALANITRO (2003), p. 120. Em contrapartida, em 19.09.2005 (em momento ulterior à publicação da obra de Salanitro), o Tribunal de Cassação Civil italiano proferiu uma decisão em que considera válida a cláusula de um contrato de obra intelectual por cuja via o pagamento dos honorários ao projetista ficava subordinado à obtenção do financiamento necessário para a realização da obra. O Tribunal sustentou, nomeadamente, que a onerosidade constitui um elemento natural, mas não essencial dos contratos de prestação de obra intelectual, podendo as partes, quer excluir o direito ao pagamento, quer subordiná-lo à verificação de uma condição. O profissional não estaria sequer impedido de prestar a sua atividade a título gratuito. No caso *sub iudicio*, as partes não teriam querido, todavia, celebrar um negócio gratuito, mas sim um negócio oneroso, a que fora introduzido um elemento adicional que subordinara o pagamento da contrapartida a um evento futuro e incerto. A validade da cláusula fora questionada, não só por desnaturar a causa da prestação como também por violar os limites imperativos das tarifas profissionais. A sentença está publicada em *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2006, 1.^a parte, pp. 410 e ss., e vai anotada por SALANITRO (2006), pp. 421 e ss.

Embora nos pareça que não há razão para vedar, de um modo geral, e por princípio - já o dissemos - a admissibilidade da cláusula que dota de incerteza o pagamento da contraprestação, nem, tão-pouco, para forçar a qualificação da dita cláusula como termo de cumprimento, importa ponderar que soluções de tutela podem ou devem associar-se à assinalada previsão convencional e quais os limites da sua validade no nosso ordenamento jurídico.

Quando a cláusula de contraprestação incerta seja inserida em contrato de adesão (em que a parte afetada pela incerteza não tenha podido influir na modelação do regime de pagamento da contraprestação)²⁷, o controlo geral do conteúdo do contrato segundo o critério da «boa fé» poderá colocar obstáculo à sua admissibilidade (cfr. arts. 15.º e 16.º LCCG), na medida em que se considere que a transferência do risco da impossibilidade de prestar (por incumprimento de terceiro) ou de inutilidade da prestação (por falta de aprovação de um projeto) introduz um desequilíbrio injusto ou desproporcionado no contrato²⁸. Suporte legal mais específico pode encontrar-se nas alíneas f) e g) do art. 18.º LCCG que proíbem, em absoluto, as cláusulas contratuais gerais que, respetivamente, excluam a exceção de não cumprimento ou excluam ou limitem o direito de retenção²⁹.

²⁷ Cfr. art. 1.º, n.º 1 e n.º 2, do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro (Lei das Cláusulas Contratuais Gerais - LCCG).

²⁸ Encaram com cepticismo este crivo do controlo do conteúdo do contrato, na doutrina portuguesa, Oliveira Ascensão e Ana Prata. Cfr. ASCENSÃO (2000), pp. 585-591, e PRATA (2010), p. 328. A doutrina alemã, no que é seguida pela jurisprudência, sustenta que as cláusulas de pagamento condicionado nos contratos de subempreitada são inválidas à luz do disposto, nomeadamente, no § 307 (2) do BGB, posto que restringe direitos ou deveres fundamentais que resultam da natureza do contrato. Sobre a utilização de cláusulas de pagamento condicionado à luz do regime das cláusulas contratuais gerais na Alemanha, pode consultar-se LANGER (2004), pp. 86-90.

²⁹ Sem querer entrar na discussão sobre se se trata de recurso ao mecanismo da exceção de não cumprimento ou exercício de direito de retenção quando o empreiteiro recusa a entrega da obra como meio de autotutela dos seus direitos contratuais, o que se pretende indicar é que subordinar o pagamento ao cumprimento de terceiro é suscetível de obstar à possibilidade de recurso a tal mecanismo de defesa do credor, posto que tenha de cumprir antes de poder exigir o pagamento. Naturalmente que, ficando salvaguardado o recurso à exceção de não cumprimento ou exercício do direito de retenção, soçobra o indicado suporte legal de proibição da cláusula contratual geral de pagamento incerto. Conforme nota PRATA (2010), p. 397, quando o objeto da convenção não seja exatamente o de afastar a invocação da *exceptio*, mas

Em contrapartida, nos contratos individualmente negociados, não encontramos impedimentos de índole geral à admissibilidade de aposição de cláusula «if and when» posto que não se reconhece ao juiz o poder de sindicância do equilíbrio ou ajustamento do conteúdo das prestações. Existe, sim, limite de índole especial à fixação das consequências da incerteza (e da demora) do cumprimento de terceiro no âmbito do regime de um tipo contratual normativo - o contrato de agência. Conforme atualmente previsto no art. 18.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 178/86 (na redação resultante das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 118/93), não pode ser derogado o direito do agente ao pagamento da comissão quando o terceiro cumpra ou devesse ter cumprido o contrato celebrado com o principal. O risco do incumprimento do terceiro não pode ser transferido para o agente, pelo menos quando o principal tenha cumprido a sua obrigação.

Na falta de limites normativos especiais, nos contratos individualmente negociados, o risco da falta de pagamento de um terceiro ou da utilidade da prestação pode ser deslocado para a esfera da contraparte, sem que ao juiz sejam concedidos poderes para controlar o equilíbrio ou justiça do programa contratual atestando, por exemplo, que a medida da contraprestação tem um valor suficientemente elevado para acomodar o risco ou álea assumido, de modo que se adquira - a par de um risco de perder - uma chance de ganhar³⁰. Não há, quanto a nós, base bastante para se reconhecer uma solução deste tipo como meio para limitar ou controlar a admissibilidade de cláusulas de prestação incerta.

Na verdade, nem se pode dizer que a previsão convencional de pagamento incerto corresponda necessariamente a um abuso ou aproveitamento desleal da posição de vulnerabilidade da contraparte, obtendo-se uma vantagem à custa de um sacrifício desta. Considerando o exemplo padrão de cláusula «if and when» em contrato

possa ter esse efeito, é necessário apreciar a inadmissibilidade do efeito dentro do quadro contratual e à luz da boa fé consagrada no art. 15.º LCCG.

³⁰ Tal como sublinha SALANITRO (2003), p. 180, se o juiz não pode declarar a nulidade de um contrato quando a contraprestação não corresponda ao valor de mercado da prestação também não poderia controlar a medida da contraprestação para garantir que tivesse em conta o valor do risco. A título exemplificativo, cfr., na jurisprudência portuguesa, o Ac. Relação do Porto, de 26.05.2025, proc. 5827/16.9T8PRT.P1, em que se afasta o pedido de revisão do preço com fundamento na desproporcionalidade de valor entre o preço e a obra.

de subempreitada, note-se que ao empobrecimento do subempreiteiro por falta de pagamento da prestação realizada corresponde igualmente uma desvantagem patrimonial do empreiteiro a quem o comitente principal não tenha pagado. Tendo celebrado diretamente o contrato com o dono da obra (possibilidade que poderia nem ser real pela reduzida dimensão e/ou invisibilidade da empresa no mercado), o subempreiteiro estaria colocado na mesma situação de falta de obtenção do pagamento em caso de insolvência, dificuldade ou impossibilidade de obtenção do pagamento junto daquele. Igualmente, o cliente do projetista não se enriquece verdadeiramente na medida em que a falta de financiamento ou obtenção de uma autorização frustra a utilidade e o proveito económico da aplicação do projeto³¹. Além disso, excluída a índole rigorosamente aleatória da prestação, a obra intelectual terá de ser restituída³², não se concretizando, nesta medida, a vantagem patrimonial de uma das partes à custa de um empobrecimento da outra³³.

Cumprе, porém, ponderar se as medidas contra os atrasos no pagamento de transações comerciais definidas, presentemente, no ordenamento jurídico português pelo Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de maio, não constituirão limite à previsão convencional de um tempo de cumprimento incerto, que se possa diferir por um período excessivo,

³¹ Subordinar à obtenção de financiamento ou de alguma autorização o pagamento da contraprestação ao profissional que elaborou o projeto pode até corresponder a adstrição do projetista a uma obrigação de resultado quando o financiamento ou obtenção de autorização dependam das características técnicas do projeto. Nesta hipótese, não tendo o projetista logrado entregar uma obra suscetível de obter aprovação, considerar-se-ia que teria incorrido em incumprimento contratual (por desrespeito das regras legais ou das regras da arte). Não é, porém, esta hipótese que estamos a considerar, mas antes a de se incorporar no programa contratual um elemento de incerteza resultante da subordinação do pagamento do corresponsivo a um juízo de terceiro que inclua aspetos que escapam ao controlo do projetista.

³² O dever de restituir a prestação realizada poderá ser consequência da aplicação do regime da impossibilidade sobrevinda de uma prestação nos contratos bilaterais (art. 795.º, n.º 1), mas não resulta claramente do regime da condição quando se entenda que este pode abarcar apenas uma das prestações visto que a esta se restringe o resultado de reposição da situação originária a que conduz o regime do art. 276.º CC. Naturalmente que o projetista tem direito à restituição do projeto sob pena de ocorrer um indevido enriquecimento da outra parte que o viesse a utilizar ulteriormente (ou para outra finalidade) sem pagar o corresponsivo. A solução diversa pode, eventualmente, conduzir a previsão contratual do pagamento de uma compensação a *forfait* por despesas.

³³ Conforme também nota SALANITRO (2003), pp. 198-200.

ou da própria incerteza do cumprimento. Tendo por objetivo proteger as pequenas e médias empresas contra atrasos no pagamento de transações comerciais suscetíveis de causar iliquidez ou entorpecer a gestão financeira e, conseqüentemente, gerarem uma crise insolvencial, a lei dos atrasos de pagamento procura assegurar a responsabilidade pela dilação por via da cobrança de juros de mora (art. 4.º DL n.º 62/2013) e proibir a definição de soluções negociais abusivas (desequilibradas ou injustas) quanto ao tempo de pagamento e à responsabilidade pela mora (art. 8.º do mesmo diploma). A inserção de cláusula «if and when» em contrato de subempreitada ou em contrato de obra intelectual [os profissionais liberais estão igualmente abrangidos pelo âmbito de aplicação da lei posto serem considerados empresa para este fim, cfr. art. 3.º, *d*)] está sujeita ao crivo deste diploma, e se podemos dizer, quanto à contagem dos juros de mora, que estes se referem ao vencimento da obrigação de pagamento (art. 4.º), não sendo de aplicar tais soluções antes de ocorrer o vencimento da obrigação de pagamento segundo a previsão contratual, os critérios de controlo do conteúdo de cláusulas relativas ao tempo de cumprimento e responsabilidade pela mora são um elemento de avaliação da validade das cláusulas sob análise. Julgamos, contudo, que a lei dos atrasos no pagamento de transações comerciais não constitui necessariamente obstáculo à admissibilidade das cláusulas «pay-if-paid» ou «pay-when-paid». Este entendimento não se baseia tanto no argumento literal e teleológico de que o diploma visa conter os atrasos no pagamento de obrigações vencidas ou obviar à definição de tempos de pagamento excessivos, e nas hipóteses consideradas o problema surge em fase de vida da relação contratual anterior, posto que a incerteza afete o próprio dever de pagamento, sendo indefinido o vencimento da obrigação, mas mais na consideração de que podem existir motivos atendíveis, não desconformes às boas práticas comerciais, que justifiquem a estipulação convencional de partilha do risco do pagamento³⁴.

³⁴ Nas convenções «if and when», o empreiteiro não impõe ao subempreiteiro prazos de pagamento injustificadamente mais longos em relação ao tempo de pagamento que lhe é concedido, não assegura liquidez adicional a expensas do credor [cfr. considerando (28) da Diretiva 2011/7/UE]; diversamente, do que se trata é de partilhar o risco da mora ou do incumprimento do contraente principal.

Em suma, pensamos que não existe no nosso ordenamento jurídico um obstáculo de princípio à admissibilidade da cláusula de subordinação do pagamento de corresponsivo a um evento incerto, no âmbito de contratos individualmente negociados e, sobretudo, tratando-se de empresas de dimensão e poder negocial equivalentes.

Parece-nos, todavia, que existem boas razões para procurarmos reconhecer ao contraente que já tenha realizado a sua prestação (cujo sacrifício económico nunca será integralmente restituído quando lhe seja negado o valor da contraprestação), e que é colocado em posição de vulnerabilidade na execução do programa contratual, instrumentos de tutela eficientes, que lhe permitam atuar com autonomia para salvaguardar o seu interesse patrimonial. A identificação de meios de defesa que permitam ao credor da prestação incerta superar a recusa da sua contraparte no negócio, atuando diretamente contra o contraente principal, permite recuperar o equilíbrio contratual com o que fenecem as justificações apresentadas para negar a validade do contrato com prestação incerta.

No nosso ordenamento jurídico não estão previstos meios especiais de defesa do subempreiteiro em relação ao dono da obra, não se reconhecendo, de forma generalizada, a ação direta do primeiro contra o segundo perante a falta de pagamento³⁵. É, no entanto, admissível o recurso à ação sub-rogatória (art. 606.º CC), por via da qual o subempreiteiro exerce o direito de crédito que a contraparte tenha descurado³⁶. A legitimidade do subcontraente para a ação sub-rogatória não é perturbada pela qualificação condicional do cumprimento de terceiro: o recurso à ação sub-rogatória encontra fundamento, neste contexto, no reconhecimento ao titular da expectativa do poder de adotar medidas

³⁵ Reconhece a possibilidade de o subempreiteiro reagir diretamente contra o dono da obra para obter o pagamento do preço, MARTINEZ (1989), pp. 176-177, e (2001), pp. 418-419. No Ac. Relação do Porto, de 27.10.2022, proc. 68766/20.2YIPRT.P1, convoca-se a lição de Pedro Romano Martinez, mas rejeita-se a admissibilidade de recurso à ação direta pelo subempreiteiro.

³⁶ Sobre os pressupostos da ação sub-rogatória ver, nomeadamente, LEITÃO (2018), pp. 65-66. Tratando-se de um meio de conservação do património do devedor de ordem geral, o credor (subempreiteiro) não terá qualquer preferência no pagamento em relação a outros credores do seu devedor.

conservatórias³⁷. Note-se, porém, que o melhor entendimento é o de que a empreiteira não se pode eximir ao pagamento à subempreiteira, fundando-se apenas no facto de ter apresentado a fatura e não ter sido paga e até haver a possibilidade de não vir a sê-lo; é necessário que a empreiteira atue da forma que seja necessária para obter efetivamente o pagamento – se não o lograr de forma voluntária, então deve recorrer a via coerciva³⁸.

Por outro lado, pensamos que o contraente em benefício do qual é estabelecida a incerteza no pagamento da contraprestação deve, em princípio, ficar adstrito a um dever de informação reforçado sobre a relação contratual condicionante ou sobre o processo que conduza à verificação do elemento dotado de incerteza (obtenção de aprovação ou de financiamento). Assim, por exemplo, o empreiteiro deve dar a conhecer ao subempreiteiro o conteúdo da sua relação obrigacional com o dono da obra ou comitente principal, podendo, eventualmente, o subempreiteiro estar presente nas negociações para a celebração do contrato, em reuniões sobre a execução do projeto, ou para alterações do contrato (nomeadamente para execução de trabalhos a mais ou moratórias de pagamento), na medida em que lhe digam respeito. Caso não esteja presente nestes momentos da vida do contrato base ou principal, devem ser-lhe fornecidas informações suficientemente detalhadas sobre o estado e evolução dessa relação obrigacional.

³⁷ Cfr., com mais desenvolvimento, a nossa *A condição... cit.*, pp. 283 e ss. O credor sob condição terá, no entanto, de demonstrar que tem interesse em não aguardar a verificação da condição (o que, no caso, seria, coincidentemente, demonstrar que tem interesse em não aguardar o pagamento voluntário). Sobre os pressupostos da ação sub-rogatória

³⁸ Cfr. o Ac. Relação de Lisboa, de 19.12.2023, proc. 1034/20.4T8CSC.L1-7, em que o tribunal decidiu que a subempreiteira tinha direito a receber o preço convencionado, pois a empreiteira não demonstrara ter agido contra o dono da obra, por via contenciosa, tendo apenas feito chegar à contraente principal as reclamações de pagamento apresentadas pela subempreiteira. A previsão contratual de que «o empreiteiro compromete-se a pagar ao subempreiteiro todas as faturas, no prazo máximo de cinco dias após ter recebido do cliente» não eximia portanto o contraente intermediário de responsabilidade pelo pagamento do valor contratualmente devido.

6. A partilha do risco entre os contraentes pode indiciar a celebração de um contrato de índole associativa

Subordinar-se o pagamento do corresponsivo à incerteza do cumprimento de terceiro, à obtenção de um financiamento ou à aprovação de um projeto, é suscetível de indiciar um escopo de índole associativa, na medida em que se consiga detetar que há uma partilha do risco ou da incerteza do futuro (e não apenas uma transferência do risco para a contraparte)³⁹. À função económico-social tipicamente comutativa dos contratos de empreitada e de prestação de obra intelectual ter-se-ia introduzido uma distorção no sentido da cooperação ou comunhão de fim. No nosso sistema jurídico, os contratos de cooperação interempresarial encontram suporte jurídico no Decreto-Lei n.º 231/81, de 28 de julho, que define o regime de dois tipos contratuais distintos, o consórcio (arts. 1.º a 20.º) e a associação em participação (arts. 21.º a 31.º). Julgamos, todavia, que não basta uma cláusula de partilha de risco ou de perdas de um negócio para que se possa considerar que estamos perante a celebração de um qualquer destes dois tipos contratuais; seria necessário enxertar no contrato outras cláusulas que denotassem uma específica relação de cooperação interempresarial. Mesmo a celebração de um contrato de associação em participação não se basta, quanto a nós, com a realização de uma contribuição patrimonial contra a participação nos lucros da atividade desenvolvida pelo associante; requer, para que de associação e não de mera cláusula parciária se trate, que se introduzam elementos que denotem a união para um fim comum ou a associação de um à atividade do outro⁴⁰. Além disso, ao associado (subempreiteiro ou profissional liberal) teriam de ser reconhecidos os direitos predispostos no art. 26.º do Decreto-Lei n.º 231/81 como contrapolo dos deveres do associante aí enunciados. Assim, designadamente, o subcontraente teria de beneficiar do poder de informação e de consulta da contabilidade

³⁹ Tal como nota MURPHY (1989), p. 205, a conclusão de que as partes atuaram afinal como *joint-venturers* é tanto mais favorecida quanto maior for a proximidade do compromisso financeiro por elas assumido: se a porção de trabalho e de investimento das partes for próxima ou equivalente, estaremos, mais provavelmente, perante uma parceria no negócio do que perante uma relação de dependência.

⁴⁰ Diversamente, entende que o mútuo parciário não tem autonomia relativamente à associação em participação, DUARTE (2022), p. 46.

e desenvolvimento da atividade do contraente principal no projeto em causa, do direito de participar nas negociações com o terceiro, e também de cogestão dos momentos patológicos da relação contratual com o cliente⁴¹. Adicionalmente, teria de lhe ser reconhecido um direito de participar nos lucros do empreendimento e não apenas de receber um correspondente fixo, previamente determinado. A aproximação ao contrato de consórcio - na modalidade interna, posto que seria o empreiteiro quem estabeleceria as relações com o terceiro e a quem seriam fornecidos os bens pelos subcontraente [cfr. art. 5.º, n.º 1, a), DL n.º 231/81] - conduziria à aplicação da mesma regra do regime da associação em participação de partilha nos lucros (e também nas perdas) do empreendimento (art. 25.º DL n.º 231/81).

Para que se possa qualificar um contrato a que se tenha inserido uma cláusula *if and when* num dos tipos de contratos associativos ou de comunhão de escopo é necessário, portanto, que outras cláusulas do contrato evidenciem essa intencionalidade.

Em contrapartida, parece-nos que não se suscitam, entre nós, as dificuldades apresentadas por Ugo Salanitro à qualificação do contrato de prestação de obra intelectual subordinado a pagamento de preço por terceiro (ou aprovação de financiamento) como associação em participação, na falta de regras gerais sobre a compensação a pagar aos profissionais liberais (art. 2233 *Codice Civile*), ainda que se tenham de respeitar as normas deontológicas no exercício de cada profissão⁴². Além disso, parece-nos que os arts. 21.º e 24.º do Decreto-Lei n.º 231/81 não colocam obstáculo a que a prestação de obra intelectual possa constituir objeto da contribuição na associação em participação. As referências deliberadamente amplas a «associação de uma pessoa a atividade económica exercida por outra» e a «contribuição de natureza patrimonial» que deve «ingressar no património do associante» acolhem a prestação de obra intelectual por profissional liberal⁴³.

⁴¹ Cfr. BONELLI / RELLINI (1997), pp. 287 e ss.

⁴² Cfr. *op. cit.*, pp. 249 e ss.

⁴³ Os direitos morais de autor são dissociáveis dos direitos patrimoniais de autor, podendo a obra «ingressar no património do associante» sem que o autor deixe de ser reconhecido como criador da obra ou perca o direito à sua genuinidade e integridade (arts. 56.º e ss. do Código dos direitos de autor e de outros direitos conexos).

Reconduzir o esquema negocial sob análise neste texto ao âmbito dos contratos de «*joint-venture*», contanto se possa deduzir esta intencionalidade do clausulado negocial, permite subtraí-lo às dúvidas sobre a validade da incerteza de pagamento do correspetivo e, sobretudo, assegurar a remuneração do risco assumido pela participação nos lucros. Salvaguarda ainda o direito à prestação de contas (com recurso, sendo caso disso, ao processo especial de prestação de contas, previsto nos arts. 941.º e ss. do CPC e segundo previsto no n.º 4 do art. 31.º DL n.º 231/81).

Bibliografia

- AFONSO, Ana Isabel da Costa, *A condição - Reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda*, Universidade Católica Editora - Porto, 2014.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1992.
- ALPA, Guido / BESSONE, Mario / ROPPO, Enzo, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Jovene, Nápoles, 1982.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral da Relação Jurídica - vol. II - Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico*, 7.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 1987.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. «Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 60, II, abril de 2000, pp. 573-595.
- BONELLI, F. / RELLINI, S., «Effeti della clausula if and when: una rassegna ragionata della giurisprudenza italiana e internazionale», in *Diritto del Commercio Internazionale*, 1997, pp. 239 e ss.
- CAPALDO, Giuseppina, *Contratto aleatorio e alea*, Giuffrè, Milão, 2004.
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português - II - Parte Geral - Negócio Jurídico*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2014.
- COSTANZA, Maria, «Subappalto e limiti alla responsabilità del debitore», *I Contratti*, n.º 1, 1994, pp. 95-96.
- D'ARCY / ROBINSON, «Sureties and pay-if-paid clauses: balancing subcontractor protection with freedom of contract», *Brief*, vol. 54, 2, 2025, pp. 48-53.
- DUARTE, Rui Pinto, *A Interpretação dos Contratos*, Almedina, Coimbra, 2016.
- DUARTE, Rui Pinto, *Formas Jurídicas de Cooperação entre Empresas*, Almedina, Coimbra, 2022.
- FERNANDES, Luís Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil - II - Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010.

- FITZGERALD, Paul, «Pay-if-paid provisions in construction contracts have always been a problem for subcontractors - A recent Connecticut Superior Court decision has made the problem worse», *Business Credit*, julho de 2021, pp. 28-30.
- GIANDOMENICO, Giovanni, *Il contratto e l'alea*, Cedam, Pádua, 1987.
- HÖRSTER, Heinrich Ewald / SILVA, Eva Sónia Moreira, *A Parte Geral do Código Civil Português*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019.
- LANGER, Holger, *Vergütungsrisiken des Subunternehmers im internationalen Industrieanlagenbau - Eine vergleichende Studie über die Zulässigkeit bedingender Zahlungsklauseln nach deutschem, amerikanischem und englischem Recht*, Juristische Reihe Tenea, vol. 73, 2004, in www.jurawelt.com.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações - I - Introdução. Da Constituição das Obrigações*, 15.ª edição, Almedina, Coimbra, 2018a. (1)
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Garantia das Obrigações*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2018b. (2)
- MARTINEZ, Pedro Romano, *O Subcontrato*, Almedina, Coimbra, 1989.
- MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito das Obrigações (parte especial)*, *Contratos*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2001.
- MENDES, Evaristo / SÁ, Fernando Oliveira, Anotação ao art. 239.º, in *AAVV, Comentário ao Código Civil - Parte Geral*, 2.ª edição, UCP Editora, Lisboa, 2023, pp. 658-659.
- MILHAC, Olivier, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, Paris, LGDJ, 2001.
- MURPHY, Harold J., «“Pay when paid” clauses in construction subcontracts: conditions precedent or terms of payment», *The International Construction Law Review*, vol. 6, jan.-out., 1989, pp. 197-209.
- PINTO, Paulo Mota, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995.
- PRATA, Ana, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais - Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*, Almedina, Coimbra, 2010.
- SALANITRO, Ugo, *Contratti onerosi con prestazione incerta*, Giuffrè Editore, Milão, 2003.
- SALANITRO, Ugo, «Nota di commento: “Contratto d’opera intellettuale e controprestazione incerta: i dubbi sulla validità della clausola subordinativa del compenso, e sull’applicabilità alla stessa della disciplina della condizione, davanti alle sezioni unite», *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2006, Parte Prima, pp. 421-428.
- SILVA, Jorge de Andrade, «A cláusula “back-to-back” na subempreitada de obras públicas», *Lusíada. Direito*, 27/28, 2022, pp. 109-124.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de / VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2019.

Flume, a autonomia privada e o negócio jurídico: elementos para um cânone de Direito Civil*

TIAGO AZEVEDO RAMALHO**

1. Para a cultura de um cânone em Direito Civil

«Flume, a autonomia privada e o negócio jurídico: elementos para um cânone de Direito Civil» - tal é o título da minha comunicação¹. Intitulo-a, portanto, não em primeira linha a partir de um tema, mas desde o nome de um jurista que percorreu a quase totalidade do século xx, e, aliás, o venceu: o centenário Werner Flume, 1908-2009. Mas não por isso se procura tratar menos da obra do que o homem. É mesmo a obra que nos interessa: mas a obra naquilo em que constitui a manifestação singular de um espírito.

Abordagem pouco frequente pelos domínios do Direito? É certo que sim. Pois não se distinguem os juristas pela sua habilidade em ocultar o que nas suas obras há de verdadeiramente próprio? Quando agem - garantem-nos! -, não são eles, com as suas personalidades, com as suas lealdades, com as suas intenções, que decidem, que afirmam, que negam, que absolvem, que condenam. É antes o que, entretanto, dizem ser uma lei impessoal que através deles age, lei impessoal de uma não menos impessoal comunidade política, que por isso se chama a si «Estado», lei só a que eles, os juristas, estão sujeitos, única de que são ministros. Se agem - isto é, se optam por decidir, por afirmar, por negar, por absolver, por condenar -, fazem-no, não *motu proprio*, mas em serena obediência a uma prescrição que implacavelmente se lhes impõe. Savigny - reconhecidamente um dos nossos maiores - via aliás nesta característica do discurso jurídico, a ocultação da singularidade, um dos sinais da

* Por opção do autor, o presente artigo não segue o acordo ortográfico.

** (FDUP/ CIJ).

¹ Atenta a sua origem, o presente artigo, como registo escrito de conferência, conserva intencionalmente certos traços de coloquialidade.

maturidade da *iurisprudencia* romana: em cada jurista, diz, era toda uma cultura jurídica que como que indiferenciadamente tomava a voz².

O que testemunha, é claro, uma arte de bem dissimular. Pois nenhum Direito é impessoal - mas sempre prática, acção humana, pessoal, interpessoal, pluralidade de acções pessoais, realidade política, e, por isso, necessariamente plural. Essa é a sua realidade, a verdade da respectiva índole; a arte do jurista está em saber dissimulá-la, ocultando a dimensão de originalidade do seu juízo decisório, quer dizer, a sua efectiva decisão de, aqui e agora, tomar partido por isto ou por este. Na hora da modernidade, fazendo-o mediante a ocultação do seu acto decisório sob as vestes do que, na aparência, seria um puro e imparcial juízo cognitivo a respeito de um sentido jazendo de modo perene e absoluto em certos textos pré-dados, pré-escritos, prescritos, e que ele, o jurista, se limitaria a haurir com rigorosa neutralidade. Realizar o Direito significaria então: prolongar a impessoalidade de um discurso impessoal, de um discurso sem locutor, um discurso estático, estadual³.

Não se deverá assim a mero acidente o assinalável contraste entre o modo de formação jurídica e aquele de certos domínios que ao Direito, pelo menos de acordo com o modo como os juristas gostam de se estilizar, são próximos. Penso na literatura, penso nas artes plásticas, penso na filosofia - enfim, nas *humaniora*, nas *geistige Wissenschaften*⁴.

² Cf., de modo especial, o clássico de SAVIGNY (1828), com primeira edição de 1814. É ilustrativo do que se afirma em texto a seguinte passagem, retirada do cap. 4: «*Darum eben hat ihr ganzes Verfahren eine Sicherheit, wie sie sich sonst außer der Mathematik nicht findet, und man kann ohne Übertreibung sagen, daß sie mit ihren Begriffen rechnen. Diese Methode aber ist keinesweges das ausschließende Eigentum eines oder weniger großen Schriftsteller, sie ist vielmehr Gemeingut Aller, und obgleich unter sie ein sehr verschiedenes Maaß glücklicher Anwendung verteilt war, so ist doch die Methode überall dieselbe. Selbst wenn wir ihre Schriften vollständig vor uns hätten, würden wir darin weit weniger Individualität finden, als in irgend einer andern Literatur, sie alle arbeiten gewissermaßen an einem und demselben großen Werke, und die Idee, welche der Compilation der Pandekten zum Grunde liegt, ist darum nicht völlig zu verwerfen*», p. 29. É claro que, como posto em evidência pela actual romanística, se está perante um retrato ideado da jurisprudência romana - o que apenas contribuiu para sustentar o que, na sequência, se afirma em texto.

³ O que se concretiza na técnica processual de *despersonalizar* os seus principais intervenientes, atribuindo-lhes papéis pré-dados («Autor», «Réu», «Juiz», ...). Cf., a este respeito, BRAUN (2014), p. 191 (§ 15.I.).

⁴ Se há evidentes proximidades entre o Direito e as «humanidades» ou «ciências do espírito», há também notáveis diferenças de filiação. Conforme é sabido, na tradição universitária das

Formar-se em qualquer um destes domínios não significa somente ser introduzido a um determinado conjunto impessoal de conteúdos temáticos - não se limita a uma aprendizagem de asserções -, mas, em primeira linha, a modelar a própria sensibilidade no diálogo com um certo conjunto fundamental de obras, em ver-se a elas exposto. Tais obras dizem-se, pois, integrantes de um *cânone*: a constelação daquelas vozes, no plural, que constituem exercitações maiores de uma determinada disciplina, tirocínio a observar por todos aqueles que se pretendem dedicar ao seu cultivo⁵. Não a iniciação a um único discurso hegemónico a procura dos seus ventríloquos; mas uma pluralidade de discursos a romper uma tal pretensa universalidade - a universidade do *uno* monolítico, do patente absoluto, do total incontestado. Aliás, o reconhecimento do próprio cânone é resultado desse concurso de vozes, e não de uma qualquer definição prescritiva⁶. Formar-se através de um cânone significa então: debater-se com uma pluralidade de linguagens, para, dizendo-o à maneira de Levinas, surpreender um *existente* pessoal que se subtrai ao *il y a*, isto é, à implacável *existência* impessoal⁷. Cada obra canónica sinaliza a possibilidade de uma tal retracção e de um novo início, uma refundação da linguagem mediante um seu novo exercício caracterizado pela indissociabilidade do discurso e da expressão do *seu* autor. Pode uma concreta composição plástica, ou escultural, ter outra forma que

quatro faculdades fundamentais, a faculdade jurídica constitui um pólo diferente da faculdade filosófica (ou das artes), tendo, aliás, uma diferente filiação e horizonte de exercício de actividade. Para a «luta entre faculdades», cf. o clássico de KANT (1977), com publicação original de 1798, e de que há tradução portuguesa, destacando-se, de modo especial, a sua primeira parte (A 1-43). Para o carácter plural da *Bildung* europeia, cf. FUHRMANN (2002).

⁵ Três exemplos destas exercitações ilustram diferentes modos, mas sempre fecundos, de actividade intelectual no diálogo com um cânone: na literatura, leia-se a estimulante exortação de LISBOA (2021); na história da arte, o caminho proposto pela mão experimentada de GOMBRICH (2023), obra com múltiplas reimpressões; na Filosofia, as inspiradas lições de ZUBIRI (2019). Relembre-se ainda a prática norte-americana de leitura de um cânone de *Great Books*, muito ligada à tradição e função específica dos respectivos *colleges*: cf., a respeito deste modelo formativo, as observações comparatísticas entre França e os EUA feitas por RICOEUR (2009), pp. 71-111.

⁶ Ainda que ela possa vir a surgir. Mesmo o «cânone dos cânones», o cânone bíblico, não contraria o desenvolvido em texto: é certo que foi, passe a redundância, canonicamente definido... mas apenas no Concílio de Trento (1546, ainda no primeiro período). Cf. DENZIGER / HÜNERMANN (2020), pp. 481-483 (1501-1505).

⁷ O tema é recorrente na obra do autor, mas destaque-se LEVINAS (1978), pp. 109 e ss.

não a sua? Pode o seu «conteúdo temático» ser separado do seu «modo de expressão»? A abordagem canónica dirige-se à obra, mas não se reduz à obra; pressupõe a biografia⁸, mas não é biografia, antes debate, interlocução, interpelação.

Ao mesmo tempo, a familiarização com o cânone é exercício de procura de lucidez, terapêutica da ingenuidade, por permitir a tomada de consciência de que, quando cada um entra em campo, o jogo já há muito começou e muitos lances já decorreram⁹. Mais ainda: logo virá a descobrir que mesmo os jogadores que se julgavam fora do campo afinal, quando devidamente provocados, reanimam-se e contra-atacam¹⁰.

2. Flume e o seu *Allgemeiner Teil*

Justamente a leitura das páginas de abertura do volume II do *Allgemeiner Teil* de Flume, especialmente o seu primeiro parágrafo, que, na edição alemã, se prolonga da página 11 à 22, suscita as reflexões que se acabam de desenvolver¹¹. Como nelas não reconhecer a presença de um texto que, a certo ponto em contraste com a própria cultura (jurídica) de que brota, se eleva a este plano maior de «canónico», de «clássico», de inseparabilidade radical entre o respectivo conteúdo temático e o modo de expressão?

⁸ Cf., como exemplo, um título como STOLLEIS (2001).

⁹ Cf. MARION (2023), p. 12: «C'est au contraire dans les grandes parties jouées par les anciens philosophes que l'on peut repérer, dans les interstices entre deux coups, dans leurs choix heureux ou malheureux, les possibilités à peine esquissés ou carrément manquées de nouveaux mouvements gagnants. Nous sommes des héritiers et ne pouvons rien sans examiner et assumer cet héritage.»

¹⁰ Continuando com a lição de um pensamento desenvolvido a partir de um cânone, cf. LEVINAS (2021) - original de 1978 -, p. 38: «La philosophie suscite ainsi un drame entre philosophes et un mouvement intersubjectif qui ne rassemble pas au dialogue des coéquipiers en science, ni même au dialogue platonicien, lequel est réminiscence d'un drame plutôt que ce drame même. Il se dessine selon une structure différente. Empiriquement, il s'ordonne comme histoire de la philosophie où entrent toujours de nouveaux interlocuteurs qui ont à redire, mais où les anciens reprennent la parole pour y répondre dans les interprétations qu'ils suscitent, et où cependant, malgré ce manque de «sûreté en marche» - ou à cause de lui - à personne n'est permis ni un relâchement d'attention, ni une manque de rigueur.»

¹¹ Cf. FLUME (1992). Todas as citações feitas em texto que doravante se fará têm tradução da minha autoria.

Não é apenas uma questão de qualidade. Outros registos literários, como o *Manual* ou o *Tratado*, ou ainda o *Comentário*, também a têm, e são mesmo auxiliares insubstituíveis para uma adequada formação ou para a vida prática - por isso mesmo é que são, como aquele primeiro, «obra de mão», *vademecum*. É mesmo por uma questão de estilo: pela adopção de um discurso não indiferenciado; pela inconfundibilidade da voz que fala; pelo *existente*, um *alguém*, que se subtrai à dureza implacável de uma *existência* impessoal, mas que, ao mesmo tempo, põe em comum o seu percurso de reflexão mediante uma linguagem que é partilhada¹². E, justamente por isso, um discurso fortemente interpelativo: diante de uma palavra conduzida com *parresia*, em que uma voz pessoal rompe com a impessoalidade das cogitações, sem com isso perder em clareza ou segurança, mas testemunhando o poder de uma posição convicta, o respectivo leitor é interpelado para, também ele, se decidir: se vai ou não vai; se acompanha ou não acompanha; se adere ou não adere; se aceita ou recusa. Convergência ou divergência¹³?

Uma cultura de Direito Civil que nele reconheça não uma porção mais ou menos anódina do jurídico - ... simples desdobramento de uma árvore taxonómica, cota entre cotas da catalogação decimária universal... -, mas antes, como afinal realmente é, uma prática que realiza um preciso sentido de convivência interpessoal, não abdicará de propor um cânone formativo no qual, com toda a segurança, se tem de inscrever Werner Flume.

3. Uma leitura de Flume: a autonomia privada em cinco posições

Desde a leitura daquelas primeiras páginas, dedicadas ao tema da autonomia privada, que se manifesta com clareza o vigor do discurso de Flume. Que significado lhe reconhece então Flume, à autonomia privada que, na sua obra, é expressão maior do *ethos* próprio de Direito Civil, e que tem especialmente no negócio jurídico, uma sua concretização excelente? Acompanharemos o texto de Flume na forma como se

¹² Não há, portanto, necessária ruptura entre a pretensão jurídica e a pretensão estética - mostra-o toda a obra canónica. Cf., a respeito deste ponto, RAMALHO (2019).

¹³ Confronte-se, para o demonstrar, o registo de Flume com o de uma qualquer obra corrente de *Allgemeiner Teil*.

lê um texto canônico: deixando-o apresentar-se de modo generoso, para ser surpreendido nas suas declinações particulares. Para ilustrar este pensamento, serão escolhidas cinco proposições fundamentais.

Primeira: «Por autonomia privada designa-se o princípio de autoconformação das relações jurídicas pelo indivíduo de acordo com a sua vontade.»¹⁴ Neste primeiro traço, nada de novo debaixo do sol - a não ser a circunstância de estarmos diante da primeira frase inaugural da obra, destinada a fixar, portanto, o seu sentido, propósito e espírito. Em obra canônica, já se escreveu, o conteúdo temático é inseparável de modo de expressão: que Flume haja escolhido este altissonante princípio diz muito acerca do modo insistente, fiel, radical com que intenta purgar quaisquer significações espúrias que contaminem o que se deva entender por autoconformação de relações jurídicas. Só na luta por conservar uma disciplina no discurso se conversa o rigor das significações. E o que vale pela autonomia privada? Passamos a uma segunda proposição.

Segunda: «A vigência do princípio da autonomia privada significa o reconhecimento do “senhorio pessoal” do indivíduo na conformação criativa das relações jurídicas. Para o domínio da autonomia privada vale a frase: *stat pro ratione voluntas*.»¹⁵ Escrita dura e sem tibiezas; critérios claros para decisões difíceis. A autonomia privada significa então: a ausência, *dentro* do que seja o seu reconhecimento, de um qualquer controlo de razoabilidade do seu exercício. Algumas passagens complementares testemunham até que ponto Flume é radicalmente consequente nesta posição: «Em vista das consequências jurídicas acordadas de um contrato de compra e venda não cabe perguntar se elas são “justas”»¹⁶; «[a] conformação autónoma privada de relações jurídicas,

¹⁴ FLUME (1992), p. 1: «Privatautonomie nennt man das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen.»

¹⁵ FLUME (1992), p. 5: «Die Geltung des Grundsatzes der Privatautonomie bedeutet die Anerkennung der „Selbstherrlichkeit“ des einzelnen in der schöpferischen Gestaltung der Rechtsverhältnisse. Für den Bereich der Privatautonomie gilt der Satz: *stat pro ratione voluntas*.» *Stat pro ratione voluntas*: «está a vontade no lugar da razão».

¹⁶ Cita-se a passagem completa, constante de FLUME (1992), p. 5: «Was z. B. der Käufer und Verkäufer beim Kaufvertrag vereinbart haben, gilt deshalb, weil es vereinbart ist. Abgesehen von den Ausnahmefällen, daB der Kaufvertrag vom Gesetz nicht anerkannt wird (z. B. § 134, § 138), ist bei der rechtlichen Entscheidung hinsichtlich der vereinbarten Rechtsfolgen des Kaufvertrages nicht zu fragen, ob sie „gerechtfertigt“ sind.»

uma vez reconhecida pelo Direito, não precisa de nenhuma outra justificação do que o indivíduo a quis»¹⁷; «cada parte contratual cuida de si. Se e em que medida um particular num contrato - a seu favor ou desfavor - cuida dos seus interesses, é assunto seu, da sua autodeterminação [...]»¹⁸; «porque, na medida em que a autonomia privada vale, não há nenhuma norma jurídica pela qual possa ser medida a conformação autónoma de relações jurídicas. A conformação enquanto exercício de autodeterminação num quadro que, de acordo com a ordem jurídica, está deixado à autonomia individual, está subtraída a um qualquer juízo jurídico sobre se essa conformação é ou não “correta”»¹⁹.

Lemos Flume e vem à lembrança a língua afiada de um certo *Mercador de Veneza*...: «Ireis perguntar-me a razão de preferir uma posta de carne imunda a receber três mil ducados. Não responderei a isso - Digamos: apetece-me. Está respondido?»²⁰ Pensamento frontal, inter-relativo, provocador, que por isso desconcerta e gera perplexidade.

Mas, por isso mesmo, é pensamento que dá a pensar, pedindo aos seus intérpretes que se perfilhem atentos às respectivas dobras, e que, por ele confrontados, se coloquem eles próprios no movimento de reflexão e de clara determinação do que é dito e do que não é. Diz-se que a ordem jurídica, ao reconhecer a autonomia privada, se dispensa do controlo do modo como esta é exercida. Certamente. Mas não é afirmado que a autonomia privada vale por si própria, ou que todo o negócio jurídico a ela se reduz - de outro modo seria o indivíduo um solitário soberano. Aliás, é mesmo de admitir que apenas quem se inteire do real significado da autonomia privada na sua radicalidade estará pronto a exigir que o Direito a ela se não reduza. De onde, portanto, uma terceira proposição.

¹⁷ FLUME (1992), p. 5: «Die privatautonome Gestaltung von Rechtsverhältnissen bedarf, soweit sie vom Recht anerkannt wird, keiner anderen Rechtfertigung, als daß der einzelne sie will.»

¹⁸ FLUME (1992), pp. 7-8: «Jeder der Vertragsschließenden sorgt für sich. Ob und wie der einzelne beim Vertrag - zu seinen Gunsten oder Ungunsten - seine Interessen wahrt, ist jedoch/ seine Sache, Sache seiner Selbstbestimmung, wenn er nur die für den Vertragsschluß wie für jede privatautonome Gestaltung von der Rechtsordnung gesetzten Grenzen einhält.»

¹⁹ FLUME (1992), p. 8: «Denn, soweit die Privatautonomie wirkt, gibt es gerade keine rechtliche Norm, an welcher die privatautonome Gestaltung der Rechtsverhältnisse gemessen werden konnte. Die Gestaltung aus Selbstbestimmung in einem Rahmen, der nach der Rechtsordnung der Selbstbestimmung überlassen ist, ist einem rechtlichen Urteil, ob sie „richtig“ ist, unzugänglich.»

²⁰ SHAKESPEARE (2008), p. 119. A obra é de 1596-1597.

Terceira: «A autonomia privada exige conceptualmente a ordem jurídica como correlato.»²¹ Terceira proposição que poderia ser também: «As consequências jurídicas por força de conformação autonómica privada são sempre consequências jurídicas legais, na medida em que o acto autonómico legal apenas tem vigência jurídica por força da ordem jurídica».²²

Dá-se, portanto, como que uma distinção sem confusão entre a *autonomia* e *heteronomia*. Mas, para que a distinção não redunde em confusão, importa que, depois de discernida a imprescindibilidade do momento heteronómico, não se perca a consciência da singularidade do momento autonómico: «A diferença entre as consequências jurídicas que entram em vigor por conformação autonómica privada e as consequências jurídicas legais nunca pode ser sublinhada de modo suficientemente agudo.»²³ Pensamento de tensão, não de absorção.

Discurso anacrónico? Discurso de um tempo desusado? Regresso a um muitas vezes verberado «individualismo liberal»? Dá-se a palavra a Flume, avançando para nova proposição.

Quarta: «O princípio da autonomia privada e da liberdade contratual nada tem que ver, contra o que entendem interpretações correntes, com o individualismo e liberalismo dos séculos XVIII e XIX.»²⁴ Ou ainda: «Não se deve falar de uma “crise” a respeito do reconhecimento da autonomia privada, como muitas vezes ocorre na literatura mais recente. O entendimento de que há uma crise radica na polémica contra a doutrina do século XIX, cujo sentido fundamental esse entendimento

²¹ Cita-se a passagem completa constante de FLUME (1992), p. 1: «Die Privatautonomie erfordert begrifflich die Rechtsordnung als Korrelat. Es können von dem einzelnen nur Rechtsverhältnisse gestaltet werden, die als Rechtsfiguren der Rechtsordnung eigen sind, und die privatautonome Gestaltung von Rechtsverhältnissen kann nur durch Akte geschehen, welche als Aktstypen rechtsgeschäftlicher Gestaltung von der Rechtsordnung anerkannt sind.»

²² FLUME (1992), p. 3: «Die Rechtsfolgen kraft privatautonomer Gestaltung sind zwar insoweit stets gesetzliche Rechtsfolgen, als der privatautonome Akt nur kraft der Rechtsordnung rechtliche Geltung hat.»

²³ FLUME (1992), p. 4: «Der Unterschied der kraft privatautonomer Gestaltung eintretenden Rechtsfolgen und der gesetzlichen Rechtsfolgen kann gar nicht scharf genug betont werden.»

²⁴ FLUME (1992), p. 15: «Das Prinzip der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit hat entgegen oft gegebenen Deutungen nichts mit dem Individualismus oder Liberalismus des 18. oder 19. Jahrhunderts zu tun.» A mitificação da dogmática jurídica do século XIX encontra-se em clara revisão historiográfica: cf., por todos e com referência, a breve nota de BALDUS (2020), p. 96.

desconhece.»²⁵ Ou finalmente: «Era-lhes igualmente evidente que o “domínio sobre si” [no sentido da autonomia] não tinha lugar sem limites, mas que apenas se poderia desenvolver dentro das limitações por parte da ordem jurídica.»²⁶ Defender um certo *ethos* jurídico-civil significa também, em Flume, munir-se dos instrumentos para se poder debater com as deformações da sua história e de tresleitura do respectivo significado. Reclama uma historiografia advertida que acompanhe a reflexão histórica e um qualquer discurso jurídico que, sem especiais cautelas metodológicas, daquela continuamente se socorre para fundar as suas conclusões dogmáticas.

Pois não é de anacronismo que padece a reflexão de Flume. Antes, pelo contrário, caracteriza-a o seu atrevimento de, na plena consciência do sentido histórico do Direito, se opor frontalmente ao que divisa como perversão da prática jurídico-civil. Séculos volvidos de aparente marcha imparável da modernidade, com a sua sede de totalização, univocidade, redução da ambivalência, uma voz levanta-se para resgatar e defender a possibilidade de espaços subtraídos a uma socialização radical, espaços - para o dizer de novo com Levinas - de *jouissance* privada, única, inabsorvível²⁷, de defesa contra a violência de um discurso público que desconhece qualquer alteridade real, para quem um Direito Civil valerá apenas quando concordante com as intenções de um Direito Económico privado. O que nos permite, enfim, avançar para um último traço.

Quinta: aproximamo-nos agora do não dito, mas todavia entredito, e por isso também expresso. É a clara afirmação de que uma cultura de Direito Civil, ao menos do Direito Civil numa certa tradição, existe e afirma-se somente na medida em que haja quem deseje e se comprometa com este *ethos*, com esta *Gesinnung* fundamentais. Flume, aliás, mostrou-o na sua própria vida: na hora em que avançava a tentativa de perfeita socialização de todas as relações humanas, publicizando-se toda a realidade jurídica, protesta publicamente em 1933, com 25 anos,

²⁵ FLUME (1992), p. 16: «Man sollte nicht von einer „Krise“ hinsichtlich der Anerkennung des Grundsatzes der Privatautonomie sprechen, wie es in der neueren Literatur vielfach geschieht 13. Die Krisenstimmung in der neueren Literatur beruht auf der Polemik gegen die Lehre des 19. Jahrhunderts, die dabei aber in ihrem grundsätzlichen Gehalt verkannt wird.»

²⁶ FLUME (1992), p. 17: «Es war ihr aber ebenso selbstverständlich, daß diese „Selbstherrlichkeit“ sich nicht schrankenlos, sondern nur in der Begrenzung durch die Rechtsordnung entfalten dürfe.»

²⁷ LEVINAS (2003), especialmente pp. 111 e ss. A obra original é de 1971.

contra o afastamento da cátedra do seu Professor Fritz Schulz - que viria a ser autor desses notáveis *Princípios do Direito Romano*, já de si um outro texto que certamente haveria de integrar o cânone de Direito Civil a constituir²⁸. Flume, nesse gesto de solidariedade tomado com apenas 25 anos, sacrifica no imediato a carreira acadêmica que se augurava já bem fecunda. Um existente que se retrai da existência. Se em Flume, pois, a autonomia privada é exaltada de modo radical, é também porque toda ela expressa uma *Gesinnung* que foi assumida, provada, experimentada - é a boca que fala do que o coração está cheio²⁹. Vida que expressa o sentido ético último que o reconhecimento da autonomia pretende facultar: conferir a cada um a possibilidade de poder responder por si, de se subtrair à «sociedade» ou ao possível horror da publicidade, e de assim se perfilar diante de todos os demais como pessoa - o que só ocorre se não absorvido pelo todo da comunidade política.

É sempre assim o Direito Civil, é este o seu único rosto? Sabemos bem que não - aliás, nesses anos 30 foi outra *Gesinnung* que imperou, *Gesinnung* que já existia antes e que bem perdurou para depois. Sem prejuízo, este rosto que Flume nos revela permanece possível, porque é sempre possível um novo início que rompa contra a aparente inexistência de alternativas. Devemos-lhe a clareza com que no-lo manifestou.

Bibliografia

- BALDUS, Christian, «BGB - eine deutsche Zivilrechtskodifikation in Europa», in J. Von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsge-
setz und Nebengesetzen. Eckpfeiler des Zivilrechts*, 7.^a ed., von Carsten Herres-
thal/ Dagmar Magnus/ Markus Stoffels, Otto Schmidt/ De Gruyter, Berlin,
2020, pp. 1-100.
- BRAUN, Johann, *Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. Erkenntnisverfahren*, Mohr Sie-
beck, Tübingen, 2014.
- DENZIGER, Heinrich / HÜNERMANN, Peter (Org.), *El Magisterio de la Iglesia. Enchi-
ridion symbolorum definitionum et declarationum de rebus fidei et morum*, 2.^a
ed. (versão castelhana da 45.^a ed. al.), Herder, Barcelona, 2020.
- FLUME, Werner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, 4.^a
ed., Springer-Verlag, Berlin et. al., 1992.

²⁸ SCHULZ (1934).

²⁹ Cf. os obituários de JAKOBS (2009) e PRANTL (2010), assim como, por ocasião do centenário de Flume, LOBINGER (2008).

- FUHRMANN, Manfred, *Bildung*, Reclam, Stuttgart, 2002.
- GOMBRICH, Ernst, *Die Geschichte der Kunst*, Phaidon, Berlin, 2023.
- JAKOBS, Horst Heinrich, «Zum Tod von Werner Flume», *Juristenzeitung*, vol. 63, n.º 8, 2009, pp. 406-407.
- KANT, Immanuel, «Der Streit der Fakultäten», in *Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie, Politik und Pädagogik 1*, Wilhelm Weischedel (ed.), Suhrkamp: Frankfurt a.M., 1977.
- LEVINAS, Emmanuel, *De l'existence à l'existant*, 2.ª ed., J. Vrin, Paris, 1978.
- LEVINAS, Emmanuel, *Totalité et Infini*, Le Livre de Poche, Paris, 2003.
- LEVINAS, Emmanuel, *Autrement qu'être ou au-delà de l'essence*, Le Livre de Poche, Paris, 2021.
- LISBOA, Eugénio, *Vamos Ler!: um cânone para o leitor relutante*, Guerra & Paz, Lisboa, 2021.
- LOBINGER, Thomas, «Ein Jahrhundertjurist ist hundert: Werner Flume», *Zeitschrift für das Juristische Studium*, n.º 6, 2008, pp. 675-680, in www.zjs-online.com (03.06.2025).
- MARION, Jean-Luc, *La Métaphysique et après. Essais sur l'historicité et sur les époques de la philosophie*, Grasset, Paris, 2023.
- PRANTL, Heribert, «Feuerkopf senior», *Süddeutsche Zeitung*, 17 de Maio, 2010, in www.sueddeutsche.de (03.06.2025).
- RAMALHO, Tiago Azevedo, «Direito e arte ou da arte do Direito - breves considerações em português», in *Recht, Architektur und Kunst*, Stephan Grundmann et al. (Hrsg.), Nomos Verlag, Baden-Baden, 2019, pp. 167-178.
- RICOEUR, Paul, *A Crítica e a Convicção*, António Hall (trad.), Edições 70, Lisboa, 2009.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2.ª ed., Mohr, Heidelberg, 1828.
- SCHULZ, Fritz, *Prinzipien des römischen Rechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1934.
- SHAKESPEARE, William, *O Mercador de Veneza*, Daniel Jonas (trad.), Cotovia, Lisboa, 2008.
- STOLLEIS, Michael (Hrsg.), *Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, C. H. Beck, München, 2001.
- ZUBIRI, Xavier, *Cinco lecciones de filosofía*, Alianza Editorial, Madrid, 2019.

Apoio


CUATRECASAS



CATÓLICA
FACULDADE
DE DIREITO

ESCOLA DE LISBOA



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA



CATÓLICA
RESEARCH CENTRE
FOR THE FUTURE OF LAW

LISBOA



• U C •

INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Colaboradores

Ana Afonso

Ana Taveira da Fonseca

António Pinto Monteiro

Elsa Vaz de Sequeira

Francisco Mendes Correia

João Pinto Monteiro

Mafalda Miranda Barbosa

Manuel Carneiro da Frada

Rita Lobo Xavier

Tiago Azevedo Ramalho