LUÍS A. CARVALHO FERNANDES

TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL

II

FONTES, CONTEÚDO E GARANTIA DA RELAÇÃO JURÍDICA

5.ª edição
revista e actualizada

UNIVERSIDADE CATÓLICA EDITORA

TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL

FERNANDES, Luís Alberto Carvalho

Teoria geral do direito civil / Luís A. Carvalho Fernandes. – 5. ed. – Lisboa : Universidade Católica Editora, 2017. – 776 p. ; 23 cm – (Manuais de direito)

Vol. 2: Fontes, conteúdo e garantia da relação jurídica. – 2017. – 776 p.
ISBN 9789725402740

I, II–Tít. III-Col.

347.1

© Universidade Católica Editora | Lisboa 2017

Edição: Universidade Católica Editora
Revisão: Helena Romão
Impressão e acabamentos: Sersilito-Empresa Gráfica, Lda.
3.ª Edição: 2001
4.ª Edição: 2007
5.ª Edição: 2010
1.ª reimpressão 5.ª edição: 2014
2.ª reimpressão 5.ª edição: 2017
Tiragem: 500 exemplares
Depósito Legal: 317313/10
ISBN: 9789725402740

Universidade Católica Editora
Palma de Cima – 1649-023 Lisboa
tel. (351) 217 214 020 | fax (351) 217 214 029
www.uceditora.ucp.pt | uce@uceditora.ucp.pt

LUÍS A. CARVALHO FERNANDES
Professor Jubilado da Faculdade de Direito
da Universidade Católica Portuguesa

TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL

VOL. II

FONTES, CONTEÚDO E GARANTIA
DA RELAÇÃO JURÍDICA

5.ª edição
revista e actualizada

UNIVERSIDADE CATÓLICA EDITORA
Lisboa 2017

BIBLIOGRAFIA DO AUTOR

- *Cláusula Compromissória e Compromisso Arbitral. Capacidade. Forma. Objecto. Conteúdo*, pol., Lisboa, 1961
- *Da Sucessão dos Parentes Ilegítimos*, dissertação no Curso Complementar de Ciências Jurídicas, Coimbra, 1963
- *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, sep. BMJ, n.º 188, Lisboa, 1963, reimp. c/ Nota de Actualização, QUID JURIS, Lisboa, 2001
- *Teoria Geral do Direito Civil*, lições pol., 4 vols., Lisboa, 1974-1981
- *Teoria Geral do Direito Civil*, 2 vols., AAFDL, 1.ª ed., Lisboa, 1983, vol. I, 2.ª ed., LEX, Lisboa, 1995, vol. II, 2.ª ed., LEX, Lisboa, 1996, UCE, vols. I e II, 3.ª ed., Lisboa, 2001; 4.ª ed., vol. I e II, UCE, Lisboa, 2007, 5.ª ed., vol. I, UCE, Lisboa, 2009
- *Simulação. Direito de Preferência. Abuso do Direito*, sep. RDES, ano XXX, III, 2.ª s., n.º 2, Lisboa, 1988
- *Erro na Declaração*, sep. *O Direito*, ano 120, 1988, I-II
- *Simulação e Tutela de Terceiros*, sep. *Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1989
- *A Prova da Simulação pelos Simuladores*, sep. *O Direito*, ano 124.º, 1992, IV
- *A Conversão dos Negócios Jurídicos Civis*, dissertação de doutoramento, QUID JURIS, Lisboa, 1993
- *Convertibilidade ou Redutibilidade do Contrato-Promessa Bilateral assinado apenas por um dos Contraentes*, sep. RDES, ano XXXV, VIII, 2.ª s., n.os 1-4, 1993
- *LeDroit portugais des associations*, in *Le Droit des Associations*, vol. II, Commission des Communautés Européennes/ Éditions Lamy
- *Imprevisão*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. V, Lisboa, 1993
- *As Pessoas Colectivas em geral e no Direito Privado*, em *Pessoa Colectiva*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VI, Lisboa, 1994
- *Sentido Geral dos Novos Regimes de Recuperação da Empresa e de Falência*, sep. *Direito e Justiça*, vol. IX, T. I, 1995
- *Efeitos Substantivos da Declaração de Falência*, sep. *Direito e Justiça*, vol. IX, T. 2, 1995
- *Lições de Direitos Reais*, QUID JURIS, 1.ª ed., Lisboa, 1996, 2.ª ed. rev. e act., Lisboa, 1997, 2.ª ed., reimp. Lisboa, 1999, 3.ª ed., act. e aum., 1999, 3.ª ed., reimp., Lisboa, 2000, 3.ª ed., 2.ª reimp., Lisboa, 2001, 4.ª ed., rev. e act., Lisboa, 2003, 4.ª ed., reimp., Lisboa, 2004, 4.ª ed., 2.ª reimp., 2005, 4.ª ed, 3.ª reimp., Lisboa, 2006; 5.ª ed.., rev. e remod., Lisboa, 2007; 6.ª ed., act. E rev., Lisboa, 2009
- *O Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência; Balanço e Perspectivas*, sep. RDES, ano XXXIX, XII, 2.ª s., n.os 1-2-3, 1997
- *Natureza do Prazo para o Insolvente Requerer a Falência*, sep. RDES, ano XXXIX, XII, 2.ª s., n.os 1-2-3, 1997
- *Nulidade Atípica do Contrato-Promessa por Vício de Forma*, sep. RDES, ano XXXIX, XII, 2.ª s., n.os 1-2-3, 1997
- *Da Subempreitada*, sep. *Direito e Justiça*, vol. XII-1998, T. 1
- *Terceiros para efeitos de registo predial*, sep. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 57, III - Lisboa, Dezembro 1997
- *A Tutela Judicial da Posse e dos Direitos Reais na Reforma do Código de Processo Civil*, sep. *Direito e Justiça*, vol. XIII, T. 1, 1999
- *Valor do Negócio Jurídico Dissimulado*, sep. *O Direito*, ano 129.º, 1997
- *O novo regime da inibição do falido para o exercício do comércio*, in *Direito e Justiça*, vol. XIII, T. 2, 1999
- *Alcance do regime do art. 32.º-A do Código de Processo Tributário e a simulação fiscal*, in *Direito e Justiça*, vol. XIII, T. 2, 1999

- *Lições de Direito das Sucessões*, QUID JURIS, 1.ª ed., Lisboa, 1999, 2.ª ed., Lisboa, 2001; 2.ª ed., reimp., Lisboa, 2004; 3.ª ed. Rev e act., Lisboa, 2008
- *O regime das empresas em crise no direito Português*, sep. *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciale*, Annata LXXIV^a – Novembre-Dicembre 1999 – N.º 6
- *A posição dos preferentes perante o negócio simulado*, sep. *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor João Lumbrales*, Coimbra Editora, 2000
- *Repercussões da Falência na Cessação do Contrato de Trabalho*, sep. *Estrato da Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, Annata LXXXVI^a – MarzoAprile, 2001, n.º 2, sep. *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, IDT, Almedina, 2001
- *Efeitos do registo da acção de execução específica do contrato-promessa*, sep. *Estudos Dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, UCE, 2002, págs. 933 e segs.
- *O regime registal da impugnação pauliana*, sep. *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, Almedina, 2002
- *A definição de morte ñ transplantes e outras utilizações do cadáver*, sep. *Direito e Justiça*, vol. XVI, T. 2, 2002; «Estudos de Direito da Bioética», Associação Portuguesa de Direito Intelectual, Almedina, 2005, págs. 61 e segs.
- *Legados per vindicationem e per damnationem: que sentido no moderno direito sucessório português?*, sep. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. I, Almedina, 2003
- *Dos recursos em processo arbitral*, sep. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, vol. II, Coimbra Editora, 2003
- *A Nova Disciplina das Invalidades dos Direitos Industriais*, sep. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 63, I/II - Lisboa, Abril 2003; sep. *Direito Industrial* – vol. IV, FDL, «APDI – Associação Portuguesa de Direito Intelectual», Almedina, Coimbra, 2005
- *Estudos sobre a simulação*, QUID JURIS, Lisboa, 2004
- *A Admissibilidade do Negócio Fiduciário no Direito Português*, *in Estudos sobre a simulação*, QUID JURIS, Lisboa, 2004; sep. *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Vol. II, STVDIA IVRIDICA, 91 BFDUC, Coimbra Editora, 2009, págs. 225 e segs.
- *El código de la insolvencia y de la recuperación de empresas en la evolución del régimen de la quiebra en el Derecho portugués, in El Concurso de Sociedades en el Derecho Europeo (una experiencia comparada)*, Monografia n.º 1/2004 (Asociada a la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal da RCP), La Ley
- *Profili generali del nuevo regime dellíinsolvenza nel diritto portoghese*, sep. *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciale*, Annata LXXIX^a - Novembre-Dicembre 2004 – N.º 6
- *Efeitos da declaração de insolvência no contrato de trabalho segundo o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, sep. *in* RDES, Ano XLV (XVIII da 2.ª Série), n.^{os} 1, 2 e 3, págs. 5 e segs.
- *La exoneración del pasivo restante en la insolvencia de las personas naturales en el derecho portugués*, *in Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 3/2005, págs. 379 e segs.
- *O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas na Evolução do regime da falência no Direito Português*, sep. *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, vol. I, Almedina, 2005, págs. 1183 e segs.
- *A Qualificação da Insolvência e a Administração da Massa Insolvente pelo Devedor*, sep. *THEMIS, Revista da Faculdade de Direito da UNL*, ed. especial, *Novo Direito da Insolvência*, 2005, págs. 81 e segs.
- *Da Sub-rogação dos credores do repudiante*, *in Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. I, *Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, 2004, págs. 961 e segs.
- *Da renúncia dos Direitos Reais*, sep. *in O Direito*, Ano 138.º (III), Almedina, 2006, págs. 477 e segs.; e sep. *Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Almedina, 2007, págs. 571 e segs.
- *Da natureza jurídica do direito de propriedade horizontal, in Cadernos de Direito Privado*, n.º 15, Julho/Setembro, 2006, págs. 3 e segs., e *in* Estudos em Honra de Ruy de Abuquerque, vol. I, FDUL, Coimbra Editora, 2006, págs. 269 e segs.
- *A situação jurídica do superficiário-condómino, in* ROA, ano 66, Lisboa, Setembro 2006, págs. 547 e segs.
- *Interpretação do testamento, in Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, 90 anos,* Almedina, 2007, págs. 719 e segs.
- Do direito de sobreelevação, *in Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. III, Coimbra Editora, 2007, págs. 61 e segs.
- *Aquisição do direito de propriedade na acessão industrial imobiliária, in Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. I, Almedina, 2008, págs. 637 e segs.
- *Da determinação da prestação por terceiro, in Estudos dedicados ao Professor Mário Fernando de Campos Pinto, Vol. II, Liberdade de Compromisso*, UCE, Lisboa, 2009, págs. 213 e segs.

Em curso de publicação

- *Aquisição sucessória da posse*
- *A representação dos associados nas assembleias gerais das associações*
- *Repercussões do novo regime dos recursos cíveis no processo arbitral*
- *Notas breves sobre a cláusula de reserva da propriedade*

Em co-autoria com Dr. João Labareda

- *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência Anotado*, QUID JURIS, 1.ª ed., Lisboa, 1994, 2.ª ed., Lisboa, 1995, 3.ª ed., Lisboa, 1999, e 3.ª ed., reimp., Lisboa, 1999, 3.ª ed., 2.ª reimp., Lisboa, 2000
- *Insolvências Transfronteiriças, Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho, Anotado*, QUID JURIS, Lisboa, 2003
- *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, vol. I (Arts. *1.º a 184.º*), QUID JURIS, Lisboa, 2005, reimp., Lisboa, 2006
- *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, vol. II (Arts. *185.º a 304.º*), QUID JURIS, Lisboa, 2005, reimp., Lisboa, 2006
- *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, nova ed., revista e actualizada, QUID JURIS, Lisboa, 2008, reimp., 2009
- *Regime Particular de Insolvência dos Cônjuges, in Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, vol. II, Almedina, 2008, págs. 705 e segs.; in Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, n.º 9, 2008, págs. 353 e segs.
- *Colectânea de Estudos Sobre a Insolvência,* QUID JURIS, Lisboa, 2009

Em curso de publicação

- *A situação dos accionistas perante dívidas da sociedade anónima do Direito português*
- *O Regime Jurídico do direito à reforma dos administradores a cargo das sociedades anónimas*

Em co-autoria com Prof. Doutor Paulo Olavo Pitta e Cunha

- *Assunção de dívida alheia. Capacidade de gozo das sociedades anónimas. Qualificação de negócio jurídico*, sep. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 57, II - Lisboa, Abril 1997

PRINCIPAIS ABREVIATURAS

A. (A.) – autor (es)
AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
ac. – acórdão
act. – actualizado
ampl. – ampliada
anot. – anotação
As. – Assento
aum. – aumentado
ASAE – Autoridade de Segurança Alimentar e Económica

BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra
BGB – Bürgerliches Gesetzbuch = Código Civil alemão
BMJ – Boletim do Ministério da Justiça
BOA – Boletim da Ordem dos Advogados

C.Adm. – Código Administrativo
C.As.Mut. – Código das Associações Mutualistas
C.C.Aut. – Código da Contribuição Autárquica
C.Civ. – Código Civil
C.Civ. esp. – Código Civil espanhol
C.Civ. gre. – Código Civil grego
C.Civ. it. = Codice – Código Civil italiano
C.Civ.67 – Código Civil de 1867
C.Com. – Código Comercial
C.Coop. – Código Cooperativo
C.Not. – Código do Notariado
C.P.Civ. – Código de Processo Civil
C.P.Civ.39 – Código de Processo Civil de 1939
C.P.Civ.61 – Código de Processo Civil de 1961
C.P.Civ.67 – Código de Processo Civil de 1967
C.P.P.Trib.- Código de Procedimento e de Processo Tributário
C.P.Pen. – Código de Processo Penal
C.Pen. – Código Penal
C.R.Civ. – Código do Registo Civil

C.R.Civ.32 – Código do Registo Civil de 1932
C.R.Civ.67 – Código do Registo Civil de 1967
C.R.Com. – Código do Registo Comercial
C.R.Pre. – Código do Registo Predial
C.S.Com. – Código das Sociedades Comerciais
C.Trab. – Código do Trabalho

CDADC – Código dos Direitos de Autor e dos Direitos Conexos
CIMI – Código do Imposto Municipal sobre Imóveis
CIMT – Código do Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas
CIRC – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas
CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
CIS – Código do Imposto do Selo
CJ – Colectânea de Jurisprudência
CMSISD – Código Municipal da Sisa e do Imposto sobre Sucessões e Doações
Code = Code Napoléon – Código Civil francês
col. – colaboração
Const. – Constituição da República
CPEREF – Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência
CTF – Ciência e Técnica Fiscal

DG – Diário do Governo
DJ – Direito e Justiça
DR – Diário da República
Dec. – Decreto
Dec.-Lei – Decreto-Lei
Dec.-Reg. – Decreto Regulamentar

ED – Enciclopedia del Diritto
EIRL – Estabelecimento individual de responsabilidade limitada
est. – estudo (s)
ETAF – Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais

FCG – Fundação Calouste Gulbenkian
FDUL – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

IES – Instituto de Estudos Sociais
INL – Imprensa Nacional de Lisboa
IVA – Imposto sobre o Valor Acrescentado

l.s. – *lato sensu*
LCCG – Lei das Cláusulas Contratuais Gerais
LCT – Novo regime jurídico do contrato individual de trabalho
LGT – Lei Geral Tributária
LPCJP – Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo
LSQ – Lei das Sociedades por Quotas

LTE – Lei Tutelar Educativa
LU – Lei Uniforme sobre Letras e Livranças

N.B.W. – Nieuw Burgerlijk Wetboek – Novo Código Civil holandês
NIPC – Número de identificação de pessoa colectiva
NRAU – Novo Regime do Arrendamento Urbano

O.R. – Obligationen Recht – Código das Obrigações suíço
ob.col. – obra colectiva
OTM – Organização Tutelar de Menores

POR. – Portaria
pol. – policopiado

RAU – Regime do Arrendamento Urbano
RDE – Revista de Direito e da Economia
RDES – Revista de Direito e Estudos Sociais
ref. – refundida reimp. – reimpressão
Rel.Lix. – Tribunal da Relação de Lisboa
RENNDA – Registo Nacional de Não Dadores
renov. – renovada rev. – revista
RFDUL – Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
RFDUNL – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (Themis)
RLJ – Revista de Legislação e de Jurisprudência
RNP – Regulamento da Nacionalidade Portuguesa
RNPC – Registo Nacional de Pessoas Colectivas
ROA – Revista da Ordem dos Advogados Reelab. – Reelaborada

SI – Scientia Iurídica
s.s. – *stricto sensu*
segs. – seguintes
sent. – sentença
sep. – separata
ss. – seguintes
SSUL – Serviços Sociais da Universidade de Lisboa
STJ – Supremo Tribunal de Justiça

tít. – título
trad. – tradução

UCE – Universidade Católica Editora

voc. – vocábulo

PARTE II
Fontes da relação jurídica

TÍTULO I
O FACTO JURÍDICO EM GERAL

367. Noção de facto jurídico

I. A constituição da relação jurídica depende, sempre, da verificação de um evento a que o Direito reconhece relevância como fonte de eficácia jurídica. É o que se designa por *facto jurídico*, tomando esta expressão num sentido amplo.

Os factos jurídicos são, assim, primariamente, eventos da vida social. Mas nem todos estes eventos preenchem aquela categoria. Nela só cabem os que se mostrem adequados a produzir efeitos relevantes para o Direito.

II. Esta primeira noção de facto deve ser complementada com algumas observações.

A primeira, no seguimento imediato das afirmações anteriores, visa deixar bem claro que a delimitação dos factos jurídicos, no conjunto dos eventos sociais, é tarefa própria do Direito. Isto é uma decorrência imediata de uma ideia basilar, a reter desde já: a *criação* dos efeitos jurídicos cabe à norma jurídica. Os factos jurídicos constituem a concretização das situações de que, sob forma hipotética, a norma faz depender a produção dos efeitos de direito, que correspondem à sua estatuição.

Convém reter também, de imediato, a contraposição entre facto jurídico e efeito jurídico. Os factos, tomados neste sentido, são sempre eventos do mundo real (natural ou humano) que o Direito toma como causa[1] de certas

[1] Sobre o problema da causalidade jurídica e o seu alcance, cfr. Kari Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, trad. port. de J. Baptista Machado, FCG, Lisboa, s/d (mas 1965), págs. 45 e segs.

consequências juridicamente atendíveis. Os efeitos jurídicos são consequências desses factos, com correspondência maior ou menor na vida social, que o Direito acolhe sob a sua tutela.

Quando, por exemplo, se celebra um contrato de compra e venda, verifica-se um facto jurídico, que, no plano da vida social, consiste em certo comportamento *(acção)* dos autores do acto. A esse comportamento faz o Direito corresponder determinadas consequências: o comprador, neste caso, torna-se titular do direito de propriedade sobre a coisa vendida, havendo, assim, a transmissão deste direito [art. 879.º, al. *a*), do C.Civ.]. A *transmissão do direito é um efeito jurídico*.

Por outro lado, como a vida social se desenvolve em relações entre os homens, os factos jurídicos hão-de interferir sempre com essas relações, quer seja para as constituir, quer para as modificar, quer mesmo para as extinguir.

Como é evidente, sob a perspectiva por que agora se consideram, enquanto fontes da relação jurídica, é a eficácia constitutiva dos factos a relevante; mas não podem ser ignoradas aquelas outras modalidades de eficácia, que adiante serão estudadas a propósito do conteúdo da relação jurídica, por respeitarem às vicissitudes das situações jurídicas.

Pode, pois, reformular-se a noção acima dada, tornando-a mais rigorosa, e definir facto jurídico como *o evento a que a norma jurídica atribui efeitos de direito*[1/2].

III. Alguns autores pensam que a expressão *facto jurídico* não identifica de modo adequado a realidade que vem sendo referida. Por isso, aparece proposta, para esse efeito, a de *facto jurígena*[3]. Não pode deixar de se reconhecer que, em rigor linguístico e até jurídico, a expressão facto jurígena se adapta melhor ao conceito do que a de facto jurídico. Entretanto, a favor desta milita uma longa tradição de aplicação constante e generalizada e isso tem levado os autores a mantê-la. De igual modo se procederá neste estudo.

---

[1] Em sentido análogo, dizia Dias Marques que «*factos jurídicos* são portanto os factos a que o direito atribui uma relevância jurídica capaz de modificar as situações pré-existentes a eles e configurar novas situações e qualificações jurídicas» (*Teoria Geral*, 1955, pág. 358; o itálico está sublinhado no texto; posição mantida em *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 1959, pág. 5).

[2] A noção dada no texto reporta-se ao *facto jurídico como realidade dinâmica*, como evento ou acontecimento. Mas a expressão *facto* pode também ser entendida num *sentido estático*, sendo então tomada como *situação* ou *circunstância de ser* ou *estar*. Pode ver-se uma aplicação deste sentido no n.º 1 do art. 257.º do C.Civ. Para representar estas duas acepções da palavra parecem sugestivas as designações *facto* (para o sentido dinâmico) e *estado de facto* (para o sentido estático). Cfr. Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 6-7, e E. Betti, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, trad. port. de Fernando Miranda, t. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1969, pág. 28.

[3] Cfr., porém, Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 7, onde se formula uma distinção entre *facto jurídico* (sentido mais amplo, abrangendo todos os factos juridicamente relevantes, ainda que essa relevância, como no acto ferido de *nulidade absoluta* (inexistência), se traduza na não produção de quaisquer efeitos jurídicos), e *facto jurígena* (como evento produtor de efeitos jurídicos).

368. Diversidade dos factos jurídicos

I. A primeira grande dificuldade com que o jurista se depara, ao proceder ao estudo do facto jurídico, é a multiplicidade e a enorme variedade de manifestações desta figura. Na vida de cada dia, a cada momento, ocorrem eventos produtores de efeitos de Direito que se projectam nas esferas jurídicas das pessoas, pondo-as em relação umas com as outras.

É tão apertada essa malha de factos jurídicos envolvente da vida do homem que, muitas vezes, mesmo os juristas só prestam atenção a muitos deles quando se manifesta o seu aspecto patológico. Quem pensará no contrato que celebra quando paga um bilhete de autocarro ou de teatro? E, contudo, estes actos merecem tanto a qualificação de facto jurídico como o contrato de compra e venda do mais valioso prédio. Por outro lado, quem pensará, ao assistir a uma forte chuvada, nas múltiplas e graves consequências jurídicas decorrentes da cheia de um rio por ela provocada?

Se se atentar na circunstância de, para além da diversidade dos factos em que o homem interfere com a sua vontade, também os próprios eventos da natureza desencadearem efeitos juridicamente atendíveis, logo se terá uma ideia da vastidão do instituto que aqui vai ser tratado.

II. Esta multiplicidade e diversidade dos factos jurídicos impõe duas relevantes consequências no plano do seu estudo. Desde logo, é manifesta a conveniência de, tanto quanto possível, reconduzir a categorias bem demarcadas a multiplicidade dos factos jurídicos. Será em função desses tipos que, de seguida, se traçará o regime das múltiplas modalidades de factos jurídicos mais relevantes.

De resto, como adiante melhor se verá, nem todas as categorias de factos jurídicos se prestam à elaboração de uma *Teoria Geral*.

Saliente-se, ainda, que vai ser estudado o facto jurídico, enquanto fonte da relação jurídica. O conceito de facto pode, contudo, ser entendido num sentido mais amplo, abrangendo, nomeadamente, o acto de criação de normas jurídicas – *facto normativo*[1]. A expressão *facto normativo* tem mesmo consagração no texto constitucional (art. 112.º). Estes factos jurídicos interessam ao Direito Público, constituem, sem dúvida, importantes categorias de factos jurídicos, mas estão fora do âmbito deste estudo.

[1] *Vd*. Cabral de Moncada, *Lições*, vol. II, págs. 149 e segs., onde se referem várias categories de actos jurídicos (legislativos, administrativos, jurisdicionais), que não interessam ao conceito de facto como fonte da relação jurídica privada. Importa, contudo, assinalar que um *facto normativo*, em si mesmo, ou seja, a emissão de uma nova norma jurídica – mesmo de Direito Público – pode implicar relevantes consequências em relações jurídicas privadas, por interferir com o cumprimento de um negócio jurídico, gerando, por exemplo, uma impossibilidade de cumprir ou uma alteração das circunstâncias (respectivamente, arts. 790.º, n.º 1, e 437.º, n.º 1, do C.Civ.).

369. Factos jurídicos naturais e factos jurídicos humanos

I. A circunstância de nos factos jurídicos, *lato sensu*, se compreenderem tanto os fenómenos da natureza, como eventos relacionados com a vontade do homem, abre caminho a uma primeira distinção entre *factos naturais* e *factos humanos*.

É corrente estabelecer como seu critério a circunstância de na produção do facto interferir ou não a vontade humana. Por tal razão, é frequente também indicar, como termos desta classificação, os *factos voluntários* e os *factos extravoluntários* (*não-voluntários* ou *involuntários*), identificando os primeiros com os factos humanos e os segundos com os factos naturais[1]. Nesta base, a categoria dos factos naturais é limitada aos fenómenos da natureza, em que o homem não interfere; factos humanos são todos os demais.

Fácil se torna, porém, demonstrar que há factos humanos não voluntários, por a vontade do homem não ser determinante da sua produção ou dos correspondents efeitos. Assim o nascimento e a morte[2] e, como estes, todos os outros factos humanos que não sejam imputáveis à vontade do homem. Tais factos serão, pois, extravoluntários. Nestes termos deve, portanto, ser entendido o critério acima referido.

Importa, por outro lado, assinalar, desde já, que nos factos humanos há sempre um comportamento humano, produto de uma vontade dirigida a um certo fim que o Direito toma em consideração ao fixar a sua eficácia jurídica. Actuações humanas similares podem, assim, ter eficácia jurídica diversa e distinto tratamento jurídico em função do seu fim.

II. Criticando esta classificação, diz E. Betti que ela é equívoca pois «levaria a qualificar como natural e como voluntário o mesmo facto (por exemplo, a sementeira ou plantação de um terreno, ou a morte de uma pessoa), conforme ele, no caso específico, fosse, ou não, determinado pela vontade do homem»[3].

Não parece, porém, acertada tal crítica. Na verdade, consoante as circunstâncias do caso, existem, em rigor, nos exemplos configurados, factos diversos, com regime não coincidente em múltiplos aspectos, embora sejam comuns algumas das suas consequências jurídicas; o certo, porém, é que não se trata do mesmo facto mas de factos distintos.

---

[1] Cfr. C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 355-356 e nota (417).

[2] Entenda-se o que se diz no texto como referido à morte *natural*, isto é, *não provocada* por vontade do homem; se resultar de comportamento voluntário de outra pessoa ou do próprio, há facto voluntário: *homicídio ou suicídio*.

[3] *Teoria Geral*, t. I, pág. 29.

Assim, por exemplo, não se pode confundir o facto humano e voluntário do homicídio com a morte, em si mesma, enquanto facto natural. Embora ambos produzam efeitos comuns, como o termo da personalidade jurídica da pessoa falecida ou a abertura da sua sucessão, logo o carácter ilícito do primeiro desencadeia consequências muito particulares, totalmente alheias ao segundo. Esta natureza do facto projecta-se mesmo no regime de certos efeitos comuns, como acontece, em matéria de sucessão; como exemplo significativo, vejam-se as consequências sucessórias resultantes do facto de o sucessível ter provocado a morte do *de cuius*, no regime da indignidade e da deserdação [arts. 2034.º, al. *a*), e 2166.º, n.º 1, al. *a*), do C.Civ.].

Do mesmo modo, no caso da sementeira, são realidades distintas a dispersão de sementes por facto natural (o vento, *v.g.*) e o acto do semeador, podendo ser bem diverso o respectivo regime. Assim, no primeiro, há acessão natural (art. 1327.º do C.Civ.), pertencendo, por isso, ao dono do terreno as árvores ou arbustos que nele nascerem. No segundo, se o semeador não for o proprietário do terreno, ou se as sementes não lhe pertencerem, ocorre um caso de acessão industrial imobiliária (arts. 1339.º e seguintes do mesmo Código), ficando em aberto a questão da aquisição do direito de propriedade, não só das árvores, mas do próprio terreno onde foi feita a sementeira, consoante vários requisitos que a acompanhem.

III. O estudo subsequente vai incidir, sobretudo, nos factos humanos voluntários. A diversidade dos demais factos e a extrema dificuldade de os reconduzir a tipos impedem que deles se formule uma teoria geral.

O tratamento jurídico dos factos não voluntários faz-se pela análise casuística dos efeitos que a norma lhes atribui. A excepção mais significativa, neste domínio, é a do decurso do tempo (regulado, em termos gerais, nos arts. 296.º e seguintes do C.Civ.). Dele serão considerados certos pontos do seu tratamento jurídico, não como fonte da relação jurídica, mas na perspectiva dos seus efeitos, que relevam sobretudo como vicissitudes das situações jurídicas: direitos e vinculações (*conteúdo da relação jurídica*)[1].

370. Factos jurídicos humanos não voluntários e factos materiais

I. As observações feitas no número anterior poderiam conduzir à conclusão de deverem ser tratados como voluntários todos os factos humanos com que a vontade do homem interfere. Ora, tal não é certo, importando esclarecer este ponto, para fixar com mais rigor o conceito de facto voluntário.

[1] Cfr., *infra*, n.os 696 e segs.

Para tanto, interessa levar um pouco mais longe a investigação do papel da vontade humana nos factos jurídicos, porquanto a análise da realidade jurídica mostra que nem sempre o Direito a valora nos mesmos termos; em certos casos, como que ignora o carácter voluntário do facto, tomando-o apenas em si mesmo, na sua materialidade.

Releva, no esclarecimento deste ponto, a seguinte ordem de considerações, que desenvolvem uma nota já antes sumariamente assinalada.

II. Os factos humanos são sempre *acções*, ou seja, comportamentos ontologicamente caracterizados por serem dirigidos a um fim que o Homem mentalmente antecipa e, neste sentido, *quer* atingir ou realizar[1].

Nem sempre, porém, o Direito atende a esta estrutura finalista da acção. Há, na verdade, factos em relação aos quais o seu carácter humano e voluntário é desconsiderado pelo Direito, não sendo atendido na atribuição de certos efeitos jurídicos; tudo se passa como se de um facto natural se tratasse. Exemplo típico da situação em análise pode verificar-se em alguns dos aspectos relacionados com os efeitos jurídicos de uma greve. Existe aqui, inquestionavelmente, um facto humano voluntário, sendo determinante de múltiplos dos seus efeitos (os laborais, por exemplo) a intenção dos homens que a declararam e ainda a de todos aqueles que a ela aderiram. Contudo, para outros efeitos, uma greve pode comportar-se como se de um facto jurídico *stricto sensu* se tratasse. Assim, por causa de uma greve dos carregadores do porto de Lisboa, um comerciante de Leixões pode receber tardiamente uma mercadoria que, por seu turno, se obrigara a vender, em certo tempo, a outrem; esta greve pode ser atendida como causa de justificação do atraso do cumprimento deste comerciante, mas, neste domínio, a sua natureza finalista é, em princípio, indiferente, não lhe sendo atribuído tratamento substancialmente diferente do aplicável a um atraso do transporte da mercadoria determinado por um temporal, que retardasse a viagem do barco onde ela transitava de Lisboa para Leixões. A greve ou o temporal são, para o aludido efeito, tratados como facto «não imputável ao devedor» (art. 790.º, n.º 1, do C.Civ.), exonerando o comerciante de Leixões, neste exemplo, da responsabilidade pela mora no cumprimento do contrato por ele celebrado (art. 792.º do mesmo Código).

Diferentemente, como é manifesto, se passam as coisas se se tomar a greve na perspectiva das relações laborais estabelecidas entre os trabalhadores grevistas e o respectivo empregador. Agora, já o carácter voluntário do acto *greve* é levado em conta pelo Direito na determinação das consequências que gera.

---

[1] Sobre a estrutura finalista da acção, *vd*. Oliveira Ascensão, *Direito Civil. Teoria Geral*, vol. II, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2003, págs. 20 e segs., e Menezes Cordeito, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 445-446.

Estes exemplos mostram, por outro lado, que a qualificação dos factos jurídicos nem sempre se pode fazer em termos absolutos. Bem pelo contrário, por vezes, só mediante a análise casuística dos seus efeitos (*rectius*, do tratamento jurídico desses efeitos) se alcança a sua adequada qualificação.

III. Há, todavia, casos em que o Direito não vai tão longe na desconsideração da vontade que comanda os factos humanos. Por vezes, toma a acção humana na sua estrutura própria, atende nomeadamente ao seu carácter voluntário, mas desinteressa-se, na fixação das suas consequências jurídicas, do fim que a determinou.

Estas ideias vão estar presentes quando adiante forem analisados o conceito e as modalidades do acto jurídico.

IV. Na fixação do conceito de facto voluntário um outro aspecto merece ainda atenção.

Não se trata agora da irrelevância, para certos efeitos, da estrutura finalista da acção humana, própria dos factos voluntários, mas da irrelevância do facto, em si mesmo, embora voluntário. São os chamados *factos* ou *operações materiais*[1], também designados por *factos simples* ou *neutros*[2], ou seja, factos humanos voluntários em si mesmos, mas juridicamente irrelevantes.

Suponha-se, como exemplo clássico de facto material, para melhor compreensão, o passear na rua, que constitui, sem dúvida, um facto humano e voluntário; na verdade, ele só se compreende como manifestação de um impulso psicológico do espírito do homem, como produto da sua vontade dirigida a certo fim. Mas, *passear na rua*, ou *nesta* ou *naquela rua*, é, em si mesmo, em geral, irrelevante para o Direito, ainda que tal facto traduza o exercício de um direito.

Sem embargo, ainda aqui se manifesta a relatividade da eficácia jurídica dos comportamentos humanos enquanto factos jurídicos: o referido comportamento – passear na rua – ganha relevância jurídica, quando praticado em certas circunstâncias. Pense-se na sua ilicitude, se por qualquer razão estiver vedado ou proibido o trânsito na rua onde a pessoa passeia, ou se ele for proibido para além de certas horas *(recolher obrigatório)*. *Os factos materiais* estão excluídos deste estudo, pela simples razão de, enquanto tais, não serem factos jurídicos.

[1] Para evitar confusões com certas modalidades de *actos jurídicos simples*, é preferível a designação de *factos materiais*.

[2] Cfr. Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 1.

371. Factos jurídicos voluntários e factos jurídicos extravoluntários

O conjunto das observações feitas nos números anteriores permite agora recortar com precisão o conceito de *acto jurídico (voluntário)*. Trata-se de *facto jurídico (humano) em que interfere, de modo relevante na produção de efeitos jurídicos, a vontade humana*.

Todos os demais factos jurídicos (entenda-se, com relevância para o Direito) dizem-se *factos extravoluntários* ou *não voluntários.*

Os factos jurídicos não voluntários constituem, no seu conjunto, uma categoria que se designa também por *facto jurídico stricto sensu*[1]. A ela se contrapõe a de *acto jurídico*, correspondente aos factos jurídicos voluntários.

Os actos jurídicos constituem a categoria de factos mais relevante; nela se abrangem, porém, actos de natureza bem diversa, em função do maior ou menor grau de relevância da vontade humana na fixação do seu regime jurídico.

372. Noção e âmbito da categoria *acto jurídico*

I. As diversas considerações feitas nos números antecedentes permitiram identificar, na mole imensa dos factos jurídicos, a categoria já mais bem delimitada do *acto jurídico*.

Se se atender mais detidamente aos vários elementos carreados nessas investigações, verificar-se que nos factos humanos voluntários juridicamente relevantes existe sempre uma manifestação da vontade humana, como tal atendida pelo Direito[2]. Pronunciando-se neste sentido, dizia Castro Mendes que «só estamos na presença dum acto jurídico quando pensemos num facto voluntário a que a ordem jurídica ligue efeitos de direito *em atenção à sua voluntariedade*»[3].

Por outro lado, o facto relevante para o Direito, o facto jurídico, afinal, é aquele a que a norma jurídica atribui efeitos de direito. A simples conjugação destes elementos permite formular outra noção de acto jurídico, tecnicamente mais perfeita e mais sucinta, como a *manifestação de vontade a que, como tal, a norma atribui efeitos de direito*[4].

---

[1] Por contraposição a *facto jurídico lato sensu*, que cobre a generalidade dos *factos jurídicos*, qualquer que seja a sua modalidade.

[2] Em sentido diferente se expressavam Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 8, e Marcello Caetano, *Manual*, t. I, pág. 404.

[3] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 14 (o itálico é do texto).

[4] Cfr. Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 14, e Cabral de Moncada, *Lições*, vol. II, pág. 157.

II. Muito embora esta noção de acto jurídico identifique já uma categoria muito menos extensa, continua ainda a existir aqui uma assinalável diversidade de situações, a justificar a necessidade de se proceder a algumas distinções e consequentes classificações de actos jurídicos.

Para ter uma ideia da variedade de factos da vida real que cabem na categoria dos actos jurídicos, basta verificar que ela tanto cobre um crime de homicídio, como um contrato de compra e venda, ou a concessão de um serviço público; de igual modo, nesta categoria cabem indistintamente a ocupação de uma *res nullius*, o testamento ou o casamento.

As várias classificações de actos jurídicos[1] obedecem a critérios muito distintos. Assim, quanto à estrutura, cabe distinguir entre *actos jurídicos simples* e *actos jurídicos complexos.* Se se atender à modalidade de efeitos produzidos pelo acto, distingue-se entre *actos positivos* e *actos negativos*, entre *actos principais* e *actos secundários* e entre *actos lícitos* e *actos ilícitos,* sendo que a esta última preside ainda outro critério. Noutro plano, o diferente papel reservado à vontade na conformação dos seus efeitos serve de base à destrinça entre *actos jurídicos simples* (ou não *intencionais*) e *actos jurídicos intencionais* e permite, nesta segunda categoria, distinguir ainda os de *conteúdo determinado* e de *conteúdo indeterminado*.

Vão ser analisadas estas várias classificações nos seus aspectos mais significativos.

373. Actos jurídicos simples e actos jurídicos complexos

I. Na distinção entre *actos jurídicos simples*[2] e *actos jurídicos complexos* o critério é o da sua estrutura. Os primeiros são formados por um só elemento; nos segundos destacam-se vários elementos, que, em si mesmos, podem ser outros actos jurídicos simples ou mesmo factos jurídicos *stricto sensu*[3].

Cumpre começar por fazer dois reparos, prendendo-se um com o carácter jurídico, não naturalístico, do critério, e outro com o seu sentido relativo.

Quanto ao primeiro ponto, fácil se torna compreender que está aqui em causa a circunstância de ter ou não relevância jurídica a consideração autónoma de certos elementos do acto jurídico. A realidade é susceptível, em geral, de se decompor em partes, mas nem sempre cada uma delas apresenta interesse para o Direito. Se assim não fosse, dificilmente se poderiam encontrar

[1] Algumas destas classificações, pelo seu grau de generalidade, podem alargar-se aos factos jurídicos *stricto sensu*, mas ganham no acto jurídico maior expressão; por isso, se estudam neste momento.

[2] Não se devem confundir os actos jurídicos *simples* em função da sua estrutura com os que, sob a mesma designação (estes também ditos *não intencionais*), são identificados em função do papel neles reservado à vontade humana.

[3] *Vd.,* sobre esta distinção, Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 16 e segs.

actos simples: mesmo uma declaração feita por uma só pessoa se poderia dividir em fases, períodos ou planos, como assinalava Castro Mendes[1].

Segundo esta ordem de considerações, uma compra e venda é um acto simples; embora composta de duas declarações, o Direito trata, em geral, esse acto como um todo. Assim, a transmissão da propriedade dá-se, não por apenas o vendedor declarar «eu quero vender», mas por essa vontade se fundir com a do comprador, quando diz «eu quero comprar».

Em actos como este, cada um dos elementos que o constituem – declaração – tem um conteúdo próprio, diferente do outro; mas nem sempre assim acontece, pois as várias declarações que integram um acto simples podem ter um conteúdo homogéneo. Exemplo de tal situação ocorre no negócio jurídico constitutivo de uma fundação, se forem vários os fundadores.

II. A distinção entre actos jurídicos simples e complexos tem, porém, carácter relativo, podendo certo acto, umas vezes, ser tratado como simples e, outras, como complexo. Em certa medida, isto é uma consequência do carácter jurídico do critério, podendo dar-se o caso de, para certos efeitos, o acto merecer ser decomposto e regulado pela norma nos seus elementos, por isso se tornar relevante para o seu tratamento jurídico.

O próprio exemplo do contrato de compra e venda pode servir para ilustrar esta afirmação. Assim, o Direito Comercial *sente necessidade* de *decompor* a compra e venda em dois elementos, quando se trata de a qualificar como acto de comércio. Como se vê do art. 463.º do C.Com., o acto de compra é tomado nos seus dois lados e correspondentes declarações para determinar quando a *venda* ou a *compra*, vistas isoladamente, são actos de comércio objectivos. A relevância desta divisão de um acto jurídico, visto em regra pelo Direito Civil como simples, manifesta-se na circunstância de uma compra e venda ser comercial (em sentido objectivo) para o vendedor, se este se dedicar à revenda de coisas adquiridas para esse fim (n.º 1 daquele preceito), e não o ser para o comprador, se este adquirir a coisa para seu uso pessoal (art. 464.º, n.º 1, do C.Com.).

O Direito Comercial é fértil em exemplos deste tipo, analisando, por vezes, os elementos componentes de actos que, em geral, são tratados como simples.

III. Nos actos jurídicos complexos há ainda a estabelecer uma distinção, consoante o modo como se produzem os seus elementos constitutivos.

Assim, em certos casos, esses elementos ocorrem todos a um tempo ou, pelo menos, é irrelevante, para o Direito, o diferente momento da sua verificação. Estes dizem-se *actos complexos de formação instantânea* ou *simultânea*.

[1] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 12.

Assim, nos exemplos da compra e venda comercial, é evidente que, no plano material, a declaração de venda de um dos contraentes e a declaração de compra do outro não ocorrem ao mesmo tempo. Mas a discriminação do tempo intermédio que as separa não interessa, em geral, ao Direito; na fixação do regime do acto tudo se passa como se as declarações fossem simultâneas.

Noutros casos, os vários elementos de um acto complexo produzem-se em momentos diferentes e o intervalo de tempo intermédio é relevante juridicamente. Então, o acto complexo diz-se de *formação sucessiva* ou *plurissubsistente.* Assim acontece nos chamados actos jurídicos entre ausentes, ou seja, entre pessoas que não estão em presença uma da outra no momento das respectivas declarações[1].

Esta particular modalidade de actos jurídicos releva, por exemplo, na caracterização da expectativa jurídica[2]. Outro importante campo de relevância da distinção é o da perfeição da declaração negocial (arts. 224.º e seguintes do C.Civ.), que adiante será tratada. Por ora, só interessa realçar a circunstância de, neste caso, os elementos do acto complexo – em si mesmos, outros factos jurídicos *lato sensu* – ganharem autonomia, o que levanta problemas quanto à sua relevância, pois o acto de que são elemento não está ainda completo e pode nunca vir a estar (cfr. a este respeito, em particular, os arts. 224.º, n.os 1 e 2, 230.º e 227.º do C.Civ.). Contudo, a relevância dos interesses com que interfere o acto jurídico complexo de produção sucessiva pode justificar a atribuição de uma relevância intermédia e preliminar aos seus elementos já produzidos, como acontece na expectativa jurídica.

374. Actos jurídicos positivos e actos jurídicos negativos

Estabelece-se em termos mais simples a distinção entre *actos jurídicos positivos* e *actos jurídicos negativos*.

O critério da distinção situa-se agora no plano dos efeitos jurídicos do acto e atende ao modo como eles se projectam sobre uma situação jurídica existente no momento da sua prática.

Assim, se o acto alterar essa situação anterior diz-se *positivo*. Os actos positivos consistem, normalmente, em acções[3]. Por exemplo, o pagamento do preço

---

[1] O termo *ausentes* não tem aqui nada que ver com o instituto da ausência. Ao acto entre ausentes contrapõe-se o acto entre presentes. A presença não implica que os declarantes se encontrem no mesmo local. Um contrato feito pelo telefone é entre presentes. Será retomado e desenvolvido este ponto a propósito da formação do negócio jurídico (*infra*, n.º 402).

[2] Cfr., *infra*, n.º 687.

[3] Neste aspecto afasta-se, pois, a posição de Castro Mendes (*Teoria Geral*, vol. II, pág. 18), para quem os actos positivos correspondem sempre a acções. Só haveria esta correspondência se o critério da distinção fosse o da estrutura do acto; não acontece assim, porquanto se atende aos seus efeitos.

extingue a obrigação e o crédito correspondente, alterando a situação jurídica de cada um dos respectivos sujeitos; mas não está excluída a possibilidade de uma omissão se comportar como um facto positivo, *hoc sensu*. Exemplo: o não exigir o cumprimento da obrigação, por parte do credor, durante certo período de tempo, extingue também a obrigação (prescrição)[1].

O *acto negativo*, por seu turno, traduz-se na manutenção de um estado de coisas anteriormente existente. Actos negativos são, em geral, as omissões. Basta, porém, o exemplo acima dado para compreender que esta correspondência não é absoluta. Por outro lado, podem também os actos negativos consistir numa acção: a confissão, como meio de prova, em si mesma, não altera a situação substancial anteriormente existente.

375. Actos jurídicos principais e actos jurídicos secundários

I. A distinção entre *actos jurídicos principais* e *actos jurídicos secundários* prende-se também com a sua eficácia, mas considerando agora a perspectiva da relevância do acto jurídico como fonte de certos efeitos jurídicos.

«Os factos a que a ordem jurídica liga, como *fonte* ou *causa,* efeitos jurídicos são em relação a eles factos principais»[2]. Assim, a compra e venda é acto principal do efeito *transmissão da propriedade* [art. 879.º, al. *a*), do C.Civ.].

Se se atender à modalidade dos efeitos que produzem, os actos principais podem agrupar-se em duas classificações, com base nas quais se distingue:

a) entre actos *constitutivos, modificativos* e *extintivos,* quando se atende aos efeitos jurídicos em si mesmos; e

b) entre actos *aquisitivos, modificativos* e *dispositivos* de direitos e actos *adstritivos* (*vinculativos* ou *assuntivos*), *modificativos* e *liberativos* de vinculações, se se considerarem esses efeitos em relação à esfera jurídica de certa pessoa[3/4].

Estas distinções têm marcada importância, nomeadamente em matéria de prova, uma vez que na repartição do ónus da prova se atende a esta natureza do acto jurídico. Ainda que o legislador utilize terminologia não coincidente com a acima usada, é manifesta a correspondência do art. 342.º do C.Civ. com as que têm vindo a ser expostas.

---

[1] Cfr., ainda, o que adiante se escreve sobre o valor declarativo do silêncio, a respeito das modalidades da declaração (*infra*, n.º 711).

[2] Cfr. Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 8 (os itálicos são do texto). I. Galvão Telles, *Teoria Geral do Fenómeno Sucessório. Noções Fundamentais*, Lisboa, 1944, págs. 5 e segs., formulava a distinção com base noutro critério.

[3] Convém relacionar esta matéria com a da dinâmica objectiva e subjectiva das situações jurídicas, adiante estudada a respeito do conteúdo da relação jurídica (*infra*, n.os 696 e segs.).

[4] A este respeito, cfr. Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 11; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 9-10; e I. Galvão Telles, *Teoria Geral do Fenómeno Sucessório*, págs. 14 e segs.

II. Os *actos secundários* não são, em si mesmos, causa dos efeitos, mas interferem com a eficácia dos principais, impedindo-a, permitindo-a ou confirmando-a: podem, portanto, ser *impeditivos*, *permissivos* ou *confirmativos*.

Assim, o acordo simulatório (em si mesmo um acto jurídico) é impeditivo da produção dos efeitos do negócio simulado. A compra e venda produziria o efeito transmissivo da propriedade se não fosse aquele acordo. No caso de se verificar, o facto condicionante, no regime da condição resolutiva, é impeditivo dos efeitos do negócio a que a condição está aposta. Pelo contrário, se a condição suspensiva se verificar, o acto condicionante é permissivo dos efeitos do negócio (cfr. art. 270.º do C.Civ.).

Também estas distinções têm relevo em matéria de ónus da prova, como se vê do n.º 2 do art. 342.º do C.Civ.

III. O próprio critério classificativo, levando em conta a intervenção do acto na produção de certos efeitos jurídicos, aponta para o marcado carácter relativo destas distinções. Não só por um mesmo tipo de acto poder, consoante os casos, ser principal ou secundário, mas ainda por o mesmo acto *(em concreto)* poder ser tomado num ou noutro sentido.

Facilmente se comprova esta afirmação com um exemplo. Assim, suponha-se que ***A*** deixa, em testamento, um certo prédio ao primeiro filho que ***B*** vier a ter. O nascimento, com vida, de um filho de ***B***, se o legado for aceite, é facto secundário permissivo da aquisição da propriedade do prédio pelo filho de ***B***, mas é facto impeditivo do chamamento de outro sucessível, que herdaria se ***B*** não tivesse filhos. Doutro ponto de vista, porém, o nascimento é facto principal da aquisição da personalidade jurídica pelo nascituro, segundo o entendimento oportunamente perfilhado.

376. Actos jurídicos lícitos e actos jurídicos ilícitos

I. O critério da distinção dos *actos jurídicos* em *lícitos* e *ilícitos* é o da sua conformidade ou contrariedade com o Direito, mas a distinção projecta-se também no regime dos seus efeitos.

Esta distinção é privativa dos actos jurídicos, não fazendo sentido em relação a factos jurídicos *stricto sensu*. A razão de ser desta delimitação da figura reside na circunstância de a ilicitude envolver um elemento de natureza subjectiva, uma *rebeldia* contra a ordem jurídica que só no homem pode existir[1].

Deste modo, o acto ilícito consiste sempre numa acção contrária à norma jurídica, ou seja, na sua violação. Por isso, a atitude da lei é aqui de *repressão*

[1] Neste sentido, Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 24.

e o efeito típico do acto ilícito é o de desencadear sanções, isto é, consequências desfavoráveis para o agente, que se produzem independentemente da sua vontade. As sanções são da mais diversa natureza (civil, penal, disciplinar), podendo mesmo verificar-se a sua aplicação cumulativa a um mesmo ilícito.

Com o problema da *ilicitude* não se deve confundir o da *invalidade* dos actos jurídicos[1], ainda que muitas vezes as duas valorações concorram no mesmo acto[2].

Normalmente, só no acto lícito a manifestação de vontade do seu autor é acompanhada da produção de efeitos favoráveis ao agente ou por ele pretendidos. O acto ilícito não pode ter, em geral, essa eficácia, pela simples razão de ser contrário à lei. Assim, se ***A*** celebra com ***B*** um contrato mediante o qual este se obriga a assaltar certo estabelecimento, é manifesto que a ordem jurídica não pode conferir a sua tutela aos efeitos pretendidos pelas partes. Deste modo, ***B*** não poderá invocar o acto para vir judicialmente exigir o pagamento da remuneração que haja sido acordada. Por outras palavras, os efeitos jurídicos pretendidos por ***A*** e ***B*** não se produzem.

Não é, porém, de afastar a possibilidade de o acto ilícito ser válido, embora sempre acompanhado de sanções, que podem, nomeadamente, projectar-se na sua eficácia. O regime da emancipação ilustra esta afirmação: o casamento de menores com mais de 16 anos celebrado sem autorização dos pais ou sem suprimento dessa autorização; exemplos análogos identificam-se noutros impedimentos do casamento. O casamento é, em si mesmo, válido, mas acompanhado de «sanções especiais», como se diz na epígrafe do Capítulo do Código Civil que abarca os arts. 1649.º e 1650.º Fala-se, então, em *irregularidade* do negócio jurídico.

Por seu turno, a invalidade não acarreta necessariamente a ilicitude. A prática, por um menor, de um acto abrangido na sua incapacidade de exercício não é, por si só, ilícita; mas o acto é inválido, neste caso, em geral, anulável.

II. O acto ilícito não vai ser objecto de estudo, porquanto, interessa especialmente a outras disciplinas jurídicas (Direito das Obrigações, Direito Administrativo, Direito Penal).

Assim, de futuro, sempre que se referir o acto jurídico, e salvo indicação em contrário, é o acto lícito que se tem em mente, abolindo-se o qualificativo para facilitar a exposição.

---

[1] Sobre este ponto cfr., por exemplo, Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 30-33. A invalidade será a seu tempo estudada, a propósito da função do negócio jurídico.

[2] Assim, se o objecto do acto for inidóneo, por contrário à lei, ele será, a um tempo, ilícito e inválido. Por exemplo, se ***A*** convenciona com ***B*** o pagamento de certa quantia para este matar ***C***, o acto é, a um tempo, ilícito e inválido (art. 280.º do C.Civ.).

A encerrar esta matéria impõe-se uma referência final para assinalar que o *acto jurídico ilícito*, podendo até ser válido, não perde, por efeito da sua ilicitude, a sua natureza de acto jurídico. Em bom rigor, a ilicitude acarreta a consequência (adicional) da produção de efeitos negativos para o seu autor, as sanções que daquela decorrem, em relação aos quais a vontade do agente é irrelevante.

377. Actos jurídicos simples ou não intencionais e actos jurídicos intencionais

I. A distinção entre actos voluntários *simples, não intencionais* (ou espontâneos) e *intencionais* (ou calculados) não põe em causa a sua voluntariedade, mas atende à diferente relevância da vontade no regime de efeitos do acto jurídico.

Há, na verdade, actos jurídicos que se bastam com uma vontade do agente dirigida *apenas* ao comportamento adoptado em si mesmo. Este tem, em qualquer caso, de ser querido, tem, pois, de constituir uma *acção humana*; mas isso é suficiente para se produzirem os efeitos jurídicos previstos na norma. Se a vontade do autor se dirige também aos efeitos do acto, ou não, é indiferente para o Direito. Os efeitos produzidos não se alteram, consoante o autor da conduta os tenha ou não querido e produzem-se nos mesmos termos, ainda quando ele ignore a sua existência; *basta a voluntariedade da conduta*.

Designam-se estes actos como *simples* ou *não intencionais* (ou espontâneos) ou *actos jurídicos em sentido estrito*; deles são exemplos a ocupação de uma *resnullius* ou a feitura de um livro. Desde que o seu autor queira apreender a coisa sem dono ou escrever o livro, adquire o direito de propriedade sobre a coisa apreendida ou o direito de autor sobre a criação intelectual materializada no livro.

II. Outros actos jurídicos há, porém, em relação aos quais a vontade do agente tem um papel mais relevante a desempenhar, pois os efeitos jurídicos só se produzem quando se dirija, não só à conduta, mas também, de algum modo – a esclarecer oportunamente –, ao seu resultado jurídico. São estes os *actos intencionais*.

Os actos intencionais são muito frequentes e relevantes na vida jurídica. A doação, a compra e venda, o casamento podem ilustrar a categoria. Nos actos jurídicos intencionais ganha o seu maior relevo a nota finalista já atrás apontada à *acção humana*. Nem por isso se deve entender que os actos jurídicos simples não são também *acções*[1]; acontece apenas que o Direito

[1] Cfr., sobre esta matéria, Oliveira Ascensão quando contrapõe actos jurídicos em sentido estrito e acções (*Teoria Geral*, vol. II, págs. 14 e segs. e 20 e segs.), e Menezes Cordeiro, que tece alguns reparos a esta construção *(*Tratado, vol. I, T. I, pág. 446, retomando posição já exposta em

desconsidera neles a finalidade última visada pelo autor do comportamento para atender, diga-se assim, à sua *finalidade imediata*. Na ocupação (art. 1318.º do C.Civ.), basta que o agente queira apossar-se da coisa, sendo irrelevante se visou também adquirir o direito de propriedade. Ainda neste caso existe uma *acção* em sentido finalista, mas para a lei basta *a finalidade de captar a coisa*. A apreensão tem de ser *voluntária*; se ***A*** deita fora uma coisa sua com a intenção de a abandonar e ***B*** *mecanicamente* a apanha e, de seguida, a deita fora, não se deve entender que ***B*** adquiriu a propriedade dessa coisa (por ocupação) para de imediato a perder (por abandono).

378. Actos jurídicos determinados e actos jurídicos indeterminados

I. Na modalidade dos actos jurídicos intencionais é possível estabelecer ainda uma distinção, repartindo-os em *determinados* (ou de conteúdo determinado) e *indeterminados* (ou de conteúdo indeterminado).

O critério que a ela preside respeita também à relevância da vontade, mas demarca-se do anterior; a compreensão da diferença impõe aqui alguns desenvolvimentos adicionais sobre o papel da vontade nos actos jurídicos em geral.

II. Segundo resulta de elementos já adquiridos na exposição anterior, a vontade humana pode ser atendida pelo Direito apenas para fixar a voluntariedade de certo efeito. Por outras palavras, atende-se então ao facto de se tratar de um comportamento querido pelo homem e neste sentido se fala em *vontade de acção*. Noutros actos, o Direito é mais exigente, pois leva já em conta, para além da voluntariedade do comportamento, a intenção de com ele expressar um certo conteúdo de pensamento; diz-se, neste caso, que existe uma *vontade de declaração*. Nos actos intencionais a relevância da vontade é mais significativa, pois se atende ao carácter finalista da acção humana, produzindo-se determinados efeitos jurídicos por a eles se ter dirigido, de algum modo, a vontade do autor do acto; fala-se, neste caso, em *vontade funcional*.

Teoria Geral, 1.º vol., págs. 472-474). Oliveira Ascensão, alterando, em alguma medida, a sua posição anterior, afirma que, mesmo reconhecendo a estrutura finalista de toda a acção, há grandes espaços «em que a lei poderá atribuir efeitos ou não a uma estutura finalista – pelo menos quando estiverem em causa os aspectos mais profundos da personalidade». Tais efeitos atendem apenas à «voluntariedade dos comportamentos, sem se fundar na finalidade que os terá animado» (ob. e vol. cits., pág. 21). Daí que na distinção entre acto jurídico simples e acções não atende «*à finalidade ontológica, pois esta existe sempre*», mas ao facto de a ordem jurídica lhe dar ou não relevância (pág. 22; em itálico no texto), o que aproxima a sua posição da defendida no texto.

A *vontade funcional* corresponde à diferença específica dos actos intencionais, mas não reveste em todos eles a mesma *extensão*. A distinção processa-se nos seguintes termos.

Em certos actos jurídicos intencionais, a vontade, embora referindo-se aos efeitos, não os *estipula*. Há vontade funcional, como é próprio dos actos intencionais, mas o agente tem de aceitar os efeitos desenhados pela norma. É o que se verifica, como exemplo típico, com os efeitos não patrimoniais do casamento[1], que são estatuídos pela lei, não relevando uma vontade dos nubentes dirigida a efeitos diferentes. Estes actos dizem-se *determinados* ou de *conteúdo determinado*.

Noutros, porém, a vontade do seu autor releva em maior extensão, pois que, respeitando à conduta e aos efeitos desta, estipula-os, mesmo que não previstos pela norma. São estes actos designados como *indeterminados* ou de *conteúdo indeterminado*, porquanto os seus efeitos não são apenas fixados pela norma, mas ainda pela vontade do agente. O testamento fornece exemplo característico do acto indeterminado, uma vez que a vontade do *de cuius* se manifesta nele com ampla liberdade de estipulação dos seus efeitos, tanto de ordem patrimonial como não patrimonial (cfr. art. 2179.º, n.º 2, do C.Civ.), não tendo eles, sequer, de ser sucessórios.

III. Como de seguida se verificará, esta diferente extensão da vontade de estipulação é um elemento relevante na caracterização da mais importante categoria dos actos intencionais – o *negócio jurídico*.

Para melhor se valorar o seu alcance importa, porém, salientar desde já que a distinção estabelecida com base nela não pode ser entendida senão em termos relativos. Na verdade, não há actos intencionais de conteúdo indeterminado ou de conteúdo determinado, *em absoluto*. A análise da realidade mostra algo diverso: assim, o que se encontra são certos actos jurídicos em que a relevância estipuladora da vontade das partes é muito limitada, sendo a generalidade dos seus efeitos (ao menos, dos essenciais) previamente desenhados na norma jurídica, enquanto noutros se passa uma situação oposta, deixando o legislador um muito amplo campo de actuação à vontade individual, limitando-se a desenhar o seu conteúdo fundamental.

Pode mesmo ir-se mais longe e afirmar que a natureza intencional do acto não se coaduna com uma total determinação legal do seu conteúdo; em rigor, os seus efeitos seriam então fixados pela norma atendendo apenas ao seu carácter voluntário: existiria, então, um acto jurídico simples.

---

[1] Quanto aos efeitos patrimoniais, a vontade dos nubentes tem mais relevância, sendo-lhes reconhecida maior liberdade de estipulação, pela via da convenção antenupcial (cfr. arts. 1698.º e segs. do C.Civ.).

Doutro ponto de vista, não são inadmissíveis actos intencionais de conteúdo totalmente indeterminado; contudo, abstendo-se então o legislador, por definição, de conformar minimamente o seu conteúdo, há um *acto atípico,* no pleno domínio da autonomia privada.

IV. As considerações genéricas até aqui expostas abrem caminho para a identificação da mais relevante categoria de acto jurídico: o negócio jurídico, cujo conceito se passa a esclarecer.

TÍTULO II
O NEGÓCIO JURÍDICO

SUBTÍTULO I
PRELIMINARES

CAPÍTULO I
NOÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO

379. A formação da categoria

I. O negócio jurídico, como categoria dogmática, era desconhecido do Código de Seabra, que lhe preferia a de *acto jurídico*, recebida do *Code*. A categoria *acto jurídico* era muito compreensiva, abrangendo a generalidade dos actos voluntários, entre os quais se destacava, como figura central e mais relevante, o *contrato*[1].

Por seu turno, a doutrina nacional manteve-se fiel a esta construção na primeira metade do período de vigência do Código de Seabra. O conceito *negócio jurídico* foi apenas recebido no princípio do século XX, com a pandectística, e, mesmo quando não rejeitado, as primeiras referências da doutrina não são só tímidas como críticas, pois ainda os autores que aderem ao «novo» instituto acabam, como Beleza dos Santos, Marcello Caetano e Taborda Ferreira, por continuar a referir a sua exposição, largamente, ao acto jurídico. Apesar de Cabral de Moncada defender o conceito como um dos «mais sólidos e mais

[1] Na sistematização muito particular do primeiro Código Civil português, o contrato era visto como fonte dos «direitos que se adquirem por facto e vontade própria e de outrem conjuntamente», sendo o seu regime traçado no Livro II da Parte II, a partir do art. 641.º, contendo-se neste preceito a noção legal de contrato.

fecundos que a ciência alemã do século passado engendrou e definiu», e de Ferrer Correia revelar um perfeito conhecimento e domínio do instituto, fica a dever-se aos estudos de Manuel de Andrade a sua difusão[1].

No plano legislativo, segundo informa I. Galvão Telles, ele terá recebido consagração, pelo menos, no Decreto-Lei n.º 34495, de 22 de Março de 1945. Como é sabido, veio a ser plenamente acolhido no novo Código Civil, ocupando, no tratamento geral do regime dos actos jurídicos, a posição antes reservada ao contrato, que passou a ser definido a partir da categoria *negócio jurídico*, mais ampla.

II. Deve dizer-se que o conhecimento tardio da figura do negócio jurídico no sistema jurídico português se explica pela larga influência que desde o século XIX a doutrina francesa exerceu nos juristas portugueses.

Com efeito, a criação do *conceito geral* negócio jurídico tivera lugar, na doutrina alemã do final da primeira metade do século XVIII[2], aparecendo pela primeira vez nos estudos de Harpprecht e de Nettelbladt.

A palavra alemã «Rechstgeschäft», que deu lugar, nas línguas latinas, a expressões equivalentes à portuguesa *negócio jurídico*, surge bem mais tarde e só se consolida no final do século XIX[3]. A sua primeira grande consagração legislativa deu-se no Código Civil alemão[4], que não contém, porém, uma definição legal do instituto. Contudo, do seu regime, em larga medida acolhido nos «Motive» do Primeiro Projecto, é possível deduzir um conceito de negócio jurídico, como declaração de vontade privada, dirigida à produção de um efeito jurídico, que se verifica, segundo a ordem jurídica, por ter sido querido.

380. O negócio jurídico como acto da autonomia privada

I. Ao fixar o alcance da autonomia privada, como um dos princípios fundamentais do Direito Civil, logo ficou dito constituir o negócio jurídico a sua principal, embora não exclusiva, manifestação.

---

[1] *Vd.*, a este respeito, referências na nossa *A Conversão*, pág. 29 e nota (3), a complementar com as notas históricas de Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 449-451; C. Ferreira de Almeida, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1992, págs. 22 e segs.; e Paulo Mota Pinto, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995, págs. 11 e segs.

[2] A expressão não tem, pois, antecedentes no Direito romano, cujos juristas lidavam com tipos concretos de actos jurídicos.

[3] Para a história da formação do conceito de negócio jurídico, *vd*. Flume, *Allgemeiner Teil dês Bürgerlichen Rechts,* zweiter Band, *Das Rechtsgeschäft*, dritte, ergänzte Auflage, Springer-Verlag,Berlin, Heidelberg, New York, 1979, págs. 28-31.

[4] Antes, o conceito fora já acolhido no Código Civil prussiano de 1794, no Código Saxónico de 1863 e no projecto do Código Civil da Baviera (1861-1864).

O Direito Civil rege uma área de ampla liberdade dos particulares na ordenação dos seus interesses, reconhecendo-lhes *autonomia* na sua regulação. Para este sistema de tratamento da vida social ter sentido, necessário se torna reconhecer à vontade individual um amplo campo de actuação, traduzido no atendimento, pelo Direito, não só do carácter voluntário de certos comportamentos humanos, mas também no reconhecimento dos efeitos a que a vontade do seu titular se dirigiu. São estes actos que se dizem *negócios jurídicos*.

II. Deste modo, e reconduzindo-o às distinções anteriormente feitas, o negócio jurídico recorta-se no conjunto dos actos intencionais e caracteriza-se pela *liberdade de estipulação*, segundo um entendimento que, na doutrina portuguesa, radica na Lição de Paulo Cunha, de onde foi recebido, retomada por Menezes Cordeiro[1].

Assim, o negócio jurídico autonomiza-se primariamente pela sua estrutura, como um acto voluntário intencional.

Por assim ser, e não haver, aqui, mais do que a reafirmação de observações já antes feitas, o negócio jurídico é também um acto *finalista*[2]: o Direito atende ao escopo visado pelas partes com a realização do acto e fixa, em função dele, os efeitos que é admitido a produzir.

III. A delimitação do conceito de negócio jurídico pela liberdade de estipulação exige um desenvolvimento complementar, por referência à distinção entre actos intencionais de conteúdo determinado e de conteúdo indeterminado. No fundo, trata-se de saber em que medida a vontade deve interferir com os efeitos jurídicos produzidos pelo acto, para haver negócio jurídico. Podem abranger-se no conceito os actos intencionais de conteúdo determinado? Consoante se adopte uma ou outra destas orientações, assim se formula uma concepção restrita ou ampla de negócio jurídico.

Há, com efeito, autores que perfilham uma concepção ampla de negócio jurídico, por tal forma que nela cabem os actos de conteúdo determinado[3], como o casamento. Argumenta-se, em favor de tal entendimento, que, essencial, ao conceito de negócio jurídico, é «a possibilidade de os interessados disciplinarem por si as suas relações, posto que em inteira harmonia

[1] *Teoria Geral*, vol. I, págs. 485 e 493, e *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 451 e 455-457.

[2] Neste sentido, Oliveira Ascensão define o negócio jurídico como «uma acção em que a intenção é positivamente relevante para a produção de efeitos», *Teoria Geral*, vol. II, pág. 99. Cfr., também, I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 18-19, e Menezes Cordeiro, *Teoria Geral*, vol. I, págs. 494-495.

[3] Cfr. Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 23; Cabral de Moncada, *Lições*, vol. II, págs. 162-163 e 172, onde qualificava o casamento como negócio jurídico; I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 23-24; e Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 97-99.

com um modelo inflexível»[1]. Faz-se ainda notar que nos actos de conteúdo determinado se colocam, em geral, problemas análogos aos de conteúdo indeterminado[2].

A concepção restrita é, sem dúvida, a mais rigorosa, pois só nesse caso a autonomia da vontade, aspecto fulcral para a fixação do regime do negócio, atinge a sua plenitude, uma vez que o seu autor *estipula* os efeitos que com ele pretende atingir[3].

Para além disso, a favor da concepção restrita pode apontar-se o argumento de assim se fixar um conceito mais homogéneo de negócio jurídico. Com efeito, ao excluir do âmbito do negócio jurídico os actos de conteúdo determinado, nele apenas se abrangem aqueles em que, como antes salientado, a vontade humana se desenvolve, no mundo do Direito, na sua plenitude; estabelece-se, por isso, uma categoria de conteúdo menos extenso. Se, pelo contrário, se alargar o conceito aos actos de conteúdo determinado, além de nele se incluíem realidades heterogéneas quanto à relevância da vontade, fixa-se uma categoria de mais reduzido interesse dogmático. Como logo se deixa ver, por esta via, atentando bem, e tendo presentes as classificações de actos jurídicos antes analisadas, só ficam excluídos do negócio jurídico os actos jurídicos não intencionais.

Assim, no plano dogmático deve ser perfilhada a noção restrita de negócio jurídico. Contudo, há razões de vária ordem que levam a tomar, na exposição subsequente, como base de estudo, a noção ampla.

Desde logo, um argumento de Direito positivo. O Código Civil faz nitidamente a repartição dicotómica dos actos voluntários entre negócios jurídicos (cfr. epígrafe do Capítulo que começa no art. 217.º) e actos não negociais, como se lê no art. 295.º[4], correspondendo estes à categoria dos actos jurídicos simples. Ora, a aceitar-se a concepção restrita de negócio jurídico, teria de se situar no domínio do art. 295.º a categoria dos actos de conteúdo determinado ou encontrar para eles um regime específico; e nenhuma destas orientações se amolda, em rigor, à solução legal.

Por outro lado, não se deve também ser insensível ao facto de uma parte importante da doutrina portuguesa se inclinar no sentido de aceitar a concepção ampla de negócio jurídico.

Importa, porém, ter bem presente que, ao adoptar esta concepção ampla de negócio jurídico, nela estão a ser abarcadas realidades heterogéneas quanto

---

[1] I. Galvão Telles, *Manual*, pág. 20, citando, como exemplo, o casamento que o Código Civil qualifica como contrato.

[2] Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 23. A este respeito pode referir-se que, sendo certo levantarem-se, nesses actos, problemas análogos aos de conteúdo indeterminado, o seu regime sofre importantes desvios, como se pode ver justamente no acto de casamento.

[3] Esta era a posição defendida por Paulo Cunha, *Teoria Geral*, vol. III, pág. 15.

[4] Na epígrafe do Capítulo, que se esgota no art. 295.º, consta apenas «actos jurídicos».

a um elemento significativo da sua estrutura – a vontade – e que, por esse facto, alguns aspectos do regime geral do negócio jurídico nem sempre quadram aos actos de conteúdo determinado. Basta pensar no diminuto relevo que neles assume a vontade de estipulação.

IV. A concepção de negócio jurídico como acto voluntário intencional, fixada, por isso, numa vontade de estipulação dos seus efeitos jurídicos, como a exposição anterior deixou perceber, é a largamente dominante na doutrina portuguesa[1]; não constitui, porém, um entendimento pacífico do negócio jurídico. Alguns autores definem-no, a partir da ideia de *interesse*, como um acto de auto-regulamentação de interesses. Esta construção, defendida em Itália por E. Betti[2], teve em Portugal seguimento nos estudos de Dias Marques[3].

A teoria do interesse foca um aspecto importante do regime do negócio jurídico, pondo em realce a *função* que ele exerce no comércio jurídico, chamando nomeadamente a atenção para o facto de a vontade não ser tutelada como um fim em si mesma, mas em atenção a certos escopos a que ela se dirige.

Estas ideias são já, porém, tomadas em conta quando se constrói o negócio jurídico como um acto da autonomia privada, pela liberdade de estipulação, e se assinala o seu carácter finalista.

A autónoma ordenação dos interesses particulares, no negócio jurídico, funda-se no reconhecimento da relevância da vontade individual, sem o que o princípio da autonomia perde o seu sentido. Por outro lado, a caracterização do negócio jurídico pela sua função tem implícita uma concepção preceptiva deste acto, que não se pode aceitar.

É inegável que pela via do negócio jurídico os particulares estabelecem uma regulamentação própria dos seus interesses; mas o negócio jurídico não se deve definir apenas pela sua função económico-social[4].

Também não colhe a crítica, que já se tem formulado contra a teoria da vontade, no sentido de ela ser inadequada para explicar situações em que se produzem efeitos jurídicos apesar de se mostrar que não existe ou está viciada a vontade do seu autor. O exemplo clássico que aqui se aponta é o da reserva mental, em que o acto não é querido por quem emite a declaração e, contudo, em certos casos, é válido, produzindo-se os seus efeitos, como se tivessem sido queridos (art. 244.º do C.Civ.). E tem de se convir que o argumento se poderia repetir para outros casos de vícios relacionados com

---

[1] Para além dos AA. já citados, *vd*. P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, pág. 409-410. Mesmo Manuel de Andrade *(Teoria Geral*, vol. II, págs. 25-26) e C. Mota Pinto *(Teoria Geral*, págs. 379-380), embora partidários de uma concepção declarativista do negócio jurídico, não deixavam de reconhecer a relevância da vontade dirigida à produção dos efeitos jurídicos.

[2] *Teoria Geral*, t. I, págs. 107 e segs.

[3] *Teoria Geral*, 1955, págs. 373-374, e *Teoria Geral*, vol. II, 1959, págs. 27 e segs.

[4] *Vd*., para critíca da teoria de Betti, Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, pág. 454.

a vontade, quando não concorram os requisitos de que a lei faz depender a sua relevância anulatória.

Contudo, o argumento, parecendo aliciante, não tem relevo. Por razões que adiante terão de ser analisadas com mais desenvolvimento e que se prendem com considerações de segurança e certeza no comércio jurídico – impondo a tutela do destinatário da declaração e até de terceiros –, nos casos a que aquela crítica se refere ocorre a relevância de outra causa dos efeitos jurídicos que vêm a produzir-se. É certo que eles não se podem aí fundar na vontade do autor daquele acto, que não existe ou é viciada; mas o simples facto de ele ser o autor da declaração justifica que responda pelas expectativas criadas, pelo seu comportamento, no seu destinatário ou em terceiros, que fundadamente a tomaram como expressão de certa vontade de quem a produziu[1].

381. Papel da vontade no negócio jurídico: preliminares

I. Fixada a noção de negócio jurídico como acto voluntário dirigido à produção de efeitos de direito, ficam ainda por referir muitos aspectos relevantes do papel da vontade nesta categoria de actos jurídicos.

O primeiro ponto a realçar visa esclarecer o papel da norma jurídica e da vontade na produção de efeitos jurídicos. A verdadeira fonte criadora de efeitos de direito é a norma; isso não impede, porém, que, em certos casos, o Direito faça depender a efectiva produção desses efeitos de uma vontade manifestada nesse sentido.

Deste modo, a posição adoptada quanto ao conceito de negócio jurídico não significa que se alinhe com a concepção clássica, segundo a qual a vontade era concebida como fonte de efeitos de direito. Esta concepção, hoje geralmente ultrapassada, assentava numa confusão quanto à verdadeira relevância jurídica da vontade[2]. Fica, por isso, dado como assente que só a norma jurídica tem o poder criador de efeitos de direito.

Este entendimento não determina, como poderia parecer num primeiro exame, a negação de qualquer relevância à vontade. Com efeito, *ao criar* os efeitos jurídicos a norma reserva ao mesmo tempo, à vontade, um campo onde ela se pode manifestar com relevância na *produção* desses efeitos, *estipulando* aqueles que efectivamente o autor do acto pretende ver realizados.

---

[1] Estes argumentos não se afastam, no essencial, dos invocados por Castro Mendes *(Teoria Geral*, vol. II, págs. 23-24).

[2] Cfr., neste sentido, I. Galvão Telles, *Manual*, pág. 18.

II. Por assim ser, no negócio a voluntariedade do acto *é tomada, pela lei, na sua máxima expressão*. Retomando e desenvolvendo ideias já sumariamente expostas, tem de haver nele *vontade de acção*, sob pena de certo *comportamento* humano ser inexistente, enquanto negócio, como acontece na coacção física (art. 246.º do C.Civ.). Deste modo, o seu autor tem de querer um certo comportamento exterior: os gestos, as palavras (ditas ou escritas) que exteriorizem a sua vontade. Este comportamento, através do qual a vontade é tornada perceptível daqueles a quem se dirige – a chamada *declaração* –, constitui um elemento de natureza *objectiva*, e cria, como a seu tempo melhor se definirá, alguns dos problemas mais complexos do regime do negócio jurídico.

Em qualquer caso, para haver negócio, não basta que o comportamento seja querido em si mesmo, mas como meio apto a traduzir um certo conteúdo de pensamento. Neste sentido, no negócio, para além de vontade de acção, tem de haver vontade de declaração. Bem pode dar-se o caso de uma existir sem a outra, como facilmente se ilustra com um exemplo clássico.

Se uma pessoa, ao entrar no local onde decorre um leilão, levantar o braço para saudar um amigo, este gesto é em si mesmo querido – houve vontade de acção. Tomado objectivamente, naquelas circunstâncias de lugar e de tempo, esse gesto significa *licitação* no acto de venda que decorre. Contudo, em exemplos como este, dá-se o caso de a intenção do autor do gesto não ser a de traduzir esse conteúdo de pensamento – licitar –, mas sim outro – o de saudar um amigo. Há, por isso, falta de consciência (ou de vontade) da declaração de licitar (art. 246.º do C.Civ.), ou seja, a pessoa, com o seu comportamento, não quis traduzir *essa vontade*[1].

Contudo, o Direito é ainda mais exigente quanto à vontade que qualifica o negócio jurídico: ela deve também reportar-se a certo resultado, que, assim, se tem como *querido*, e em função do qual se vão produzir *certos efeitos de direito*. Retomando o exemplo do leilão, para haver negócio jurídico a vontade da pessoa em causa, ao levantar o braço, deve dirigir-se a certo resultado: o de, por via da licitação, fazer sua, por certo preço, determinada coisa. Neste sentido se fala em *vontade funcional*, ou seja, vontade dirigida à produção de certos efeitos jurídicos.

Pode também haver vontade de acção e de declaração e faltar a vontade funcional, como acontece na declaração não séria (art. 245.º do C.Civ.). Assim, se, numa representação teatral, ***A*** diz a ***B***, seguindo o texto da peça, que lhe dá uma jóia, havendo vontade de acção e de declaração não há vontade funcional, pois ***A*** não *quer* o resultado de atribuir a ***B*** qualquer direito sobre a jóia.

[1] Não deixa de se verificar uma acção, pois o seu autor visou certo fim – o de saudar um amigo; mas não há negócio jurídico de licitação, pois a sua vontade não se dirigiu aos correspondentes efeitos.

III. No negócio jurídico, qualquer que seja o grau de determinação legal do seu conteúdo, mesmo na sua acepção ampla, a vontade tem sempre de se verificar nos três referidos planos. Nem a este respeito se levantam particulares dificuldades dogmáticas. O mesmo já não acontece, porém, quando se trata de saber o verdadeiro sentido da vontade funcional, ou seja, em que termos ela se deve *dirigir aos efeitos* para se poder falar de negócio jurídico.

Este é o problema do *conteúdo* (ou do *objecto*) da vontade funcional, que pela sua complexidade justifica uma análise autónoma. Tem ela de se dirigir aos *efeitos jurídicos* do acto, em si mesmos, ou, apenas, a efeitos de ordem prática, económico-social? E em que termos?

A doutrina mostra-se largamente dividida na resposta a estas questões, a que, desde a formação do conceito *negócio jurídico*, tem dado diferentes soluções que de seguida passam a ser expostas e apreciadas nas suas linhas essenciais.

382. O conteúdo da vontade funcional: o debate doutrinal[1]

I. A chamada *teoria dos efeitos jurídicos* parte de uma concepção voluntarista do negócio, configurando-o como uma declaração de vontade dirigida à produção de efeitos jurídicos, que são acolhidos pela ordem jurídica por terem sido queridos pelo seu autor, ou autores. Na lógica de tal noção, exige-se que a vontade tenha por objecto os efeitos jurídicos enquanto tais, defendendo-se mesmo, na sua formulação clássica, que os efeitos derivados de normas supletivas se deviam considerar como queridos pelo autor do acto, sendo objecto de uma estipulação tácita.

Entre os defensores desta orientação avultam os nomes de Savigny e Windscheid. No direito posterior ao BGB, os autores que sustentaram a concepção da chamada «Rechtsfolgewille» encontraram para ela apoio na noção de negócio contida nos «Motive» do seu primeiro «Entwurf», de resto influenciada por Windscheid.

Da essência do negócio é, pois, uma vontade dirigida a efeitos jurídicos, sendo em atenção a essa vontade que a construção jurídica assim querida é levada a efeito, no mundo do Direito, pela ordem jurídica.

Esta concepção de negócio jurídico presidia à noção apresentada por Guilherme Moreira: «declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos jurídicos ou a criar, modificar ou extinguir direitos subjectivos»[2]. A mesma

[1] Sobre esta matéria, em geral, *vd*. Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 28 e segs.; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 73 e segs.; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 380-383; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 85-87; P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 411 e segs.; e P. Mota Pinto, *Declaração Tácita*, nota 95 das págs. 45-48.

[2] *Instituições*, vol. I, nota (1) da pág. 387.

ideia informava a posição de Paulo Cunha, para quem o negócio é «uma manifestação da vontade privada, em conformidade com o Direito Objectivo, e tendo em vista a produção de efeitos jurídicos»[1] e influenciava também Cabral de Moncada, que, seguindo Lehmann, definia negócio jurídico como um meio técnico posto pelo Direito à «*disposição dos particulares para estes poderem configurar, ou plasmar, como melhor entenderem as suas relações jurídicas*». No seguimento desta ideia, o negócio jurídico é, para Cabral de Moncada, o «*acto jurídico dentro do qual a vontade prepondera sobre a lei na produção dos seus efeitos jurídicos, determinada pela representação dum fim explícito*». Assim, o negócio «é o acto jurídico *criador* por excelência», produzindo-se os seus efeitos «*porque são queridos*» («*weil sie gewollt sind*»)[2].

Na apreciação da «Rechtsfolgewille» certas opiniões mais radicais – mas menos correctas – negam qualquer relevo à vontade de produção de efeitos jurídicos, afirmando que eles resultam sempre da lei, uma vez verificado certo evento, independentemente de terem sido queridos ou representados mentalmente pelo autor do acto. Orientações deste tipo, defendidas por Lotmar e Kohler[3], acabam por negar verdadeira autonomia ao negócio no conjunto dos actos jurídicos, não se mostrando capazes de explicar o específico tratamento do negócio, nomeadamente no domínio dos vícios da vontade, justificado, afinal, pelo relevo específico que a vontade assume neste tipo de acto.

Sem ir tão longe na crítica da teoria da vontade, não pode deixar de se reconhecer que a teoria dos efeitos jurídicos não dá resposta adequada a certas questões. Assim, a realidade da vida social revela, com efeito, que as pessoas não têm, em geral, consciência do complexo de consequências jurídicas dos seus actos. Deste modo, exigir uma vontade dirigida a esses efeitos ou, pelo menos, à generalidades deles, redundaria em, como já se tem escrito, reservar o mundo dos negócios jurídicos ao sector, de resto muito restrito, dos juristas esclarecidos[4]. Por outro lado, não é necessário, para atribuir sentido à vontade funcional, que ela se dirija aos efeitos jurídicos do acto.

Também não colhe a configuração dada à produção dos efeitos emergentes de normas supletivas, que não se podem ver como objecto de uma

---

[1] *Direito Civil*, t. I, pág. 25 (mas também págs. 22-23), e *Teoria Geral*, vol. III, pág. 15.

[2] *Lições*, vol. II, págs. 163-164 e nota (1) daquela pág. (os itálicos são dos textos citados).

[3] Lotmar, *Ueber causa in römischen Recht*, 1875, págs. 15 e segs., e Kohler, *Nocheinmal über Mentalreservation und Simulation*, in Jehring's J., vol. 16, págs. 332 e segs.

[4] Neste sentido se dirigia a crítica de Manuel de Andrade *(Teoria Geral*, vol. II, pág. 29), posição que veio a ser seguida por C. Mota Pinto *(Teoria Geral*, págs. 380-381). *Vd.*, ainda, Oliveira Ascensão *(Teoria Geral*, vol. II, pág. 85), P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, pág. 414, e Raúl Ventura (*A Conversão dos Actos Jurídicos no Direito Romano*, Lisboa, 1947, pág. 16), que salientava que «ninguém pode afirmar que conhece todos os efeitos que o direito liga a certo acto»; se as partes só podem querer o que conhecem ou podem conhecer, havendo efeitos que se produzem independentemente do seu conhecimento, não se pode entender que se verifiquem por efeito da sua vontade.

estipulação tácita das partes. Parte-se aqui de uma visão incorrecta dessas normas, que apenas traduzem a solução tida pelo legislador como mais adequada à composição dos interesses em jogo, na ausência de estipulação dos autores do acto. Em qualquer caso, é incontroverso haver efeitos jurídicos que se produzem independentemente da vontade dos autores do negócio ou até contra ela, como é próprio dos decorrentes de normas imperativas.

II. Como reacção à teoria exposta, surge um conjunto de posições que é corrente subordinar à designação comum de *teorias dos efeitos práticos*, embora elas assumam formulações nem sempre coincidentes. Assim, a construção de O. Lenel, um dos primeiros autores a opor-se *à tese dos efeitos jurídicos*, deve designar-se, com mais rigor, como *teoria do fim económico*. Segundo este Autor, ao atentar na evolução dos actos hoje conhecidos como negócios jurídicos, verifica-se que eles surgem, em geral, como meios de satisfação de fins económicos, sendo objecto de ordens normativas não jurídicas[1], pelo que só a esses fins a vontade dos seus autores se podia dirigir. Ao ganharem tutela jurídica, mesmo que se crie a convicção generalizada de serem providos dos meios de defesa próprios do Direito, isso não pode significar, segundo Lenel, uma alteração do conteúdo da vontade, no sentido de ela passar a referir-se aos efeitos jurídicos, até por não ser de esperar que os particulares fossem tendo consciência das sucessivas modificações em que a progressiva tutela desses actos pelo Direito se manifestou[2/3].

Nesta base, Lenel definia negócio jurídico como declaração de vontade privada juridicamente relevante, cujos efeitos de direito são determinados (se produzem) para realizar a intenção declarada pelas partes[4].

Bechmann partia das ideias de Lenel, mas afastou-se dele ao assinalar que a intenção negocial não se dirige exclusivamente a um escopo económico, pois assim ficariam fora do conceito, por exemplo, os negócios familiares; mesmo nos negócios patrimoniais, o fim visado pode deixar de ser económico. Para cobrir todas as modalidades da vontade negocial, Bechmann

---

[1] *Parteiabsicht und Rechtserfolg*, in Jhering's J., B. 19 (1881), págs. 155-156.

[2] Ob. e rev. cits., pág. 157.

[3] Partindo dessa base, Lenel procurava demonstrar que, nos negócios reais, como nos obrigacionais, se pode identificar, nos seus autores, um intento meramente, ou, ao menos predominantemente, económico (págs. 173 e segs.). Assim, nos negócios reais, o seu autor pretende certa coisa ou o aproveitamento da sua utilidade ou uma segurança («Sicherheit»), atribuindo-lhe o Direito, por referência a esse intento, o direito de propriedade, um direito real de gozo ou de garantia (pág. 198). Nos negócios obrigacionais, a vinculação do devedor emerge, não do poder jurídico, mas dele próprio, da sua consciência; é imposta por exigências de honra, de moral, ou, até, de conveniência (págs. 199-202). A tutela do Direito quanto ao cumprimento da obrigação vem em segundo lugar. Por seu turno, a pretensão do credor significa apenas que ele está de acordo com o devedor em que se produza um certo resultado, ou que deseja receber um certo bem, sendo justo que o devedor lho assegure.

[4] Ob. e rev. cits., pág. 251.

falava em *intenção empírica*[1/2]. Deste modo, o contributo de Bechmann, em relação ao pensamento de Lenel, foi o de tornar a teoria aplicável à generalidade dos negócios jurídicos, ultrapassando os limites rígidos da ideia do fim económico pela fórmula *intento empírico ou prático*.

A teoria do *fim prático* foi acolhida, na doutrina portuguesa, por Beleza dos Santos, quando identificava, como um dos elementos do negócio jurídico, «uma vontade com um fim prático protegido pelo direito»[3]. No seguimento desta ideia, o negócio é uma declaração «de vontade tendo em vista um fim prático que o Direito protege, reconhecendo ou atribuindo efeitos jurídicos a essa declaração de harmonia com o seu fim e com o presumido interesse social»[4]. Também I. Galvão Telles sustentava que o negócio «supõe a *intenção de produzir efeitos práticos vinculativos*, sujeitos à tutela do direito»[5]. Por seu turno, entendia Castro Mendes que, quanto ao «comum dos negócios», «apenas se exige que as partes tenham a consciência e a intenção do sentido prático geral do negócio»[6], não se tornando necessário que a vontade se dirija, em geral, aos efeitos jurídicos do acto.

As teses de Lenel e de Bechmann exerceram notável influência nas subsequentes doutrinas alemã e italiana, beneficiando da sua adequação à concepção declarativista do negócio jurídico que então ganhava vulto. Contudo, mesmo na formulação mais ampla de Bechmann, elas dão uma visão deformada do negócio jurídico, por não atenderem ao facto de a generalidade das pessoas terem consciência de que a prática de certos actos – os negócios jurídicos – envolve consequências profundamente diversas das inerentes a outros cuja relevância se projecta no domínio das relações de cortesia ou da moral[7].

---

[1] A tese de Bechmann foi exposta em *System des Kaufs,* 2.Teil, 1. *Abteilung*, Erlang, 1884.

[2] Também Bechmann demonstrava a sua teoria identificando a diferente posição da intenção empírica nos negócios obrigacionais (fala aí em *intenção espiritual*) e nos translativos de propriedade, nos quais a intenção de possuir por si *(animus rem sibi habendi)* tem carácter empírico, mas não necessariamente económico, valendo o mesmo tipo de representação mental tanto para os bens materiais como para os bens espirituais.

[3] *A Simulação em Direito Civil*, vol. I, Coimbra, 1921, pág. 3. O segundo elemento do conceito é a manifestação externa da vontade realizada por uma forma juridicamente relevante.

[4] Ob., vol. e pág. cits., nota (4).

[5] *Manual*, pág. 24; os itálicos são do texto.

[6] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 75.

[7] Nem por isso pode deixar de se reconhecer na teoria de Lenel o aspecto aliciante de se ajustar, de algum modo, a certas formas de evolução jurídica, de que a História fornece exemplos, como seja a formação do *ius honorarium*, no Direito romano, ou da *equity*, no Direito inglês, para não falar já na criação jurídica por via consuetudinária. É curioso salientar como parecem escritas em apoio desta tese as observações de Raúl Ventura a respeito da evolução das figuras do depósito e do comodato no Direito romano: «o pretor não inventa os negócios a que concede acção. Encontra-os organizados na vida social e atribui-lhes protecção jurídica, algumas vezes mediante prévias modificações. Por isso pode escrever no seu édito ou nas fórmulas das acções que protegerá os actos que socialmente são conhecidos por comodato ou depósito. *Deponere* ou *commodare* são, pois, designações de intentos práticos. O carácter jurídico está em *dare iudicium*. Se o pretor quisesse e pudesse ser absolutamente rigoroso, diria: *os actos que socialmente são conhecidos*

Para além disso, como já ficou exposto noutro local, «na tese de Lenel subsiste um aspecto indemonstrado, qual seja o da subsistência de um intento dirigido a um escopo económico no momento em que o contrato social ganha juridicidade. Se se pode admitir que, num primeiro momento, os autores dos *novos* actos jurídicos não tenham imediata consciência de que algo mudou, já isso se revela menos compreensível, quando esse *novo* carácter do acto se consolida, se estratifica, e entra na rotina da vida social e jurídica. Parece, na verdade, inadmissível pretender que mesmo um homem desatento e alheio à realidade jurídica não tenha hoje *consciência* de que, ao receber, em "troca" do seu dinheiro, determinada coisa, passa, por tal acto, a ter sobre esse bem certos poderes que não são de ordem meramente moral ou social, e que estes gozam, que mais não seja, da protecção e dos meios de defesa organizados pelo Estado para o garantir, nomeadamente, contra o seu desapossamento»[1].

Fora estes reparos históricos e sociológicos, contra a tese de Lenel, já se tem observado que o Direito põe, as mais das vezes, à disposição dos particulares vários meios técnicos para realizarem certo resultado prático, cabendo-lhes a eles «escolher a via que trilham»[2]. Não deve, porém, considerar-se este reparo como decisivo, por não estar em causa a necessidade de um *querer* dirigido à celebração do negócio *(vontade de celebração)*; daí não resulta, porém, que *tenham de se querer* os efeitos jurídicos, como tais.

Adiante se averiguará até que ponto é válido o argumento[3] fundado na possibilidade de se excluir, por vontade dos seus autores, a vinculação jurídica que normalmente acompanha certos negócios.

III. As críticas dirigidas à teoria dos efeitos jurídicos levaram a doutrina subsequente a evoluir no sentido de limitar os efeitos a que a vontade tem de se dirigir. Assim o admitia Zitelmann, nomeadamente quanto a algumas consequências resultantes de normas supletivas, quando não afastadas pelas partes, e quanto aos efeitos impostos por lei para cada acto jurídico e que os seus autores não podem afastar[4]. Seguia Wach um caminho próximo; sem deixar de afirmar que o *elemento jurídico constitutivo* («der rechtsgestaltende Faktor») do negócio jurídico é uma vontade consciente dirigida aos efeitos,

---

por depósito ou comodato tornam-se, por intermédio da acção que concedo, em actos jurídicos chamados depósito ou comodato. Teoricamente, o acto jurídico correspondente ao acto social "depósito" podia deixar de se chamar "depósito". Mas a cláusula edital traduz suficientemente a ideia do pretor» (*A Conversão*, pág. 40; o itálico é nosso).

[1] *A Conversão*, págs. 85-86.

[2] Assim, no seguimento de Enneccerus, Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 86.

[3] Invocado por Oliveira Ascensão, ob. e vol. cits. na nota ant., pág. 86.

[4] *Die juristische Willenserklärung*, in *Jhering's J.*, B.16 (1870), págs. 396-397.

limita os que têm de ser queridos aos aspectos essenciais de cada tipo de negócio[1].

O mais importante contributo para a evolução da teoria dos efeitos jurídicos foi dado por Regelsberger, quando afirmou que as partes querem também, na sua perspectiva jurídica, o *meio* através do qual aquele efeito pode ser atingido. Assim, ao celebrar o negócio, o seu autor tem a consciência de criar um vínculo de natureza jurídica e não de qualquer outro tipo.

IV. Na moderna doutrina portuguesa, Menezes Cordeiro, numa construção próxima da de Wach, entende que é suficiente «que o declarante faça as opções fundamentais com consciência: o Direito tratará do resto». Logo, «a vontade deve abranger os efeitos – variáveis consoante o tipo de negócio considerado – fundamentais, podendo os demais ficar a cargo de regras supletivas»[2].

Também as teorias dos efeitos práticos evoluíram, sendo aqui de realçar a posição de Danz[3], para quem a vontade das partes, no negócio jurídico, é, sem dúvida, determinada por um fim de ordem económico-social; contudo, existe ainda neles a consciência de que este constitui um certo meio jurídico que assegura a esse fim a tutela do Direito. Este é um aspecto relevante para os autores do negócio, pois contribui para a efectiva realização do fim económico-social por eles visado. Danz ilustrava a sua tese com o seguinte exemplo: se alguém pretender ter um quadro, pode realizar esse objectivo roubando-o ou comprando-o; optando pela segunda via, o comprador tem a consciência de recorrer a um meio juridicamente tutelado, que beneficia da protecção do Estado.

V. Embora por vias diferentes, as teorias dos efeitos jurídicos e as dos efeitos práticos acabam assim por se aproximar, como acontece nas teses de Regelsberger e Danz: substancialmente a vontade negocial dirige-se a um certo fim de ordem económico-social, mas este é querido sob a tutela do Direito.

Esta posição intermédia é uso denominar-se *teoria dos efeitos prático-jurídicos*. Na doutrina portuguesa, acolhe-a decididamente Raúl Ventura, para quem, dada a «impossibilidade de as partes quererem os efeitos jurídicos do acto», deve entender-se que elas se propõem fins empíricos. Contudo, por esta nota os negócios jurídicos não se demarcam de outras condutas humanas «enquadradas por outros sistemas normativos». O que neles há de específico é o facto de às partes interessar também o meio jurídico. Ou seja, as partes

[1] *Das Gestandniss. Ein Beitrag zur Lehre von den processualischen Rechtsgeschäften*, *in* AcP, n.F., B.14, 1881, págs. 14-255.

[2] *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 455-456. Por outro lado, chama a atenção, e bem, para o facto de certos negócios provocarem a aplicação de normas injuntivas, sendo que os correspondentes efeitos não assumem natureza negocial.

[3] Danz, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, 1911, págs. 31 e segs.

«têm em vista fins práticos ou empíricos, que pretendem realizar com a ajuda de certo sistema normativo»[1]. Para Raúl Ventura era decisivo o «poder da vontade para excluir um acto do campo do direito», pois, «se as partes podem não querer que o direito reja os seus actos», «nada impede que por sua vez expressamente manifestem a vontade no sentido da juridicidade»[2]. Resta, porém, em aberto um ponto: como decidir naqueles casos em que as partes não manifestem a sua vontade em nenhum destes sentidos?

Esta posição ecléctica foi também defendida por Manuel de Andrade, para quem a vontade das partes se dirige a certos resultados práticos; contudo, os autores do negócio querem alcançar esses efeitos por via jurídica. Basta, pois, esta vontade «vaga e genérica dos efeitos jurídicos». A «precisa determinação dos efeitos a que o negócio dará lugar, em conformidade com os efeitos práticos prosseguidos pelos declarantes, competirá depois à ordem jurídica»[3].

C. Mota Pinto, aceitando estas ideias, retomou, de perto, a formulação daquele seu Mestre[4].

VI. A teoria dos efeitos prático-jurídicos ultrapassa algumas das dificuldades levantadas pelas posições mitigadas das teorias dos efeitos jurídicos e dos efeitos práticos. Com efeito, não se mostra adequado distinguir os efeitos jurídicos a que a vontade se deve dirigir, como, por vias diversas, fazem Zitelmann, Wach e Menezes Cordeiro. Compreende-se a tendência para limitar a relevância da vontade negocial aos efeitos essenciais ou fundamentais do negócio. A este respeito é significativa a exposição de Menezes Cordeiro quando afirma que esses efeitos *fundamentais* ficam a cargo de normas supletivas[5].

Mas, sendo assim, esses efeitos produzem-se ainda quando não queridos – mais, até quando as partes os pretendam afastar –, solução que, de modo algum, se ajusta à exigência de eles serem o objecto privilegiado da vontade do autor do acto[6/7]. Para não falar já da dificuldade, levantada por Raúl

[1] *A Conversão*, págs. 22 a 25.

[2] Se a vontade das partes for omissa em qualquer desses sentidos, Raúl Ventura entendia que o princípio da irrelevância do desconhecimento da lei impõe o entendimento de que, então, as partes desejaram a juridicidade (págs. 28 e 31).

[3] *Teoria Geral,* vol. II, pág. 30.

[4] *Teoria Geral*, págs. 381-382.

[5] *Tratado*, vol. I, T. I, pág. 456.

[6] Por isso mesmo, Menezes Cordeiro assinala, coerentemente, que aos efeitos decorrentes de normas injuntivas, *provocados* embora pelo negócio, não pode atribuir-se natureza negocial, operando, perante eles, a vontade «como um facto jurídico em sentido estrito, ainda que funcionalmente subordinado a um negócio em sentido próprio».

[7] A tese de Zitelmann é a que mais escapa a esta crítica, quando exige uma vontade dirigida aos efeitos decorrentes do *conteúdo negocial do acto*, distinguindo, a este respeito, entre os efeitos que, por não terem sido objecto de regulamentação das partes, decorrem de normas dispositivas, os que são inderrogavelmente imputados ao negócio pela lei e os que foram objecto da declaração negocial; só a estes últimos se deve dirigir o intento das partes.

Ventura[1], de saber quais são os efeitos principais ou fundamentais, pois aqui pode estar apenas em causa uma questão de critério.

Nesta perspectiva, deve-se a Regelsberger uma aquisição importante ao acentuar ser essencial que as partes tenham *consciência* de que o negócio constitui um meio jurídico, dotado da tutela própria da ordem jurídica, o que envolve a necessidade de as partes quererem o acto e os meios de coacção próprios do Direito.

383. O conteúdo da vontade funcional: posição adoptada

I. Ao tomar posição nesta querela, impõe-se, como primeira tarefa, reequacionar os termos da questão.

A exposição anterior revela ser corrente entre os autores levar em conta a forma como as partes se comportam, *de facto,* no tráfico jurídico. Por isso, invoca-se o desconhecimento generalizado das realidades jurídicas pelo homem comum; ou a consciência, embora difusa, da tutela jurídica e do seu contributo para a realização do fim pretendido; ou, ainda, o cuidado de as partes obterem o apoio de juristas para os seus negócios.

Posto o problema neste plano, a análise da realidade, tal como a prática forense a revela, só pode levar a concluir que o comum das pessoas tem um conhecimento muito impreciso das consequências jurídicas dos seus actos e, por vezes, mesmo da sua qualificação jurídica. Contudo, em contrapartida, como já ficou sustentado noutro local, não deixam de ter a «percepção de que estão a constituir entre elas vínculos com uma *intensidade específica*, que os separa de outras relações da vida social, que são dominadas por normas e por valores distintos. Pode traduzir-se esta ideia afirmando que o comum das pessoas tem consciência do mundo jurídico em que se insere, ao menos enquanto sabe que este legitima certos meios de agir, que, uma vez adoptados, garantem o benefício da tutela organizada pelo Estado, enquanto repudia outros, que, quando seguidos, envolvem sanções para os seus autores. É esta *consciência da juridicidade* dos seus actos que explica a necessidade que as pessoas sentem, ao menos em casos de mais relevo, de se socorrerem da informação dos juristas, não só para melhor conhecerem as consequências dos actos que praticam, como para evitarem incorrer nas sanções da lei, ou, ainda, para definirem o conteúdo negocial que melhor acautele os seus interesses e permita prosseguir o fim por elas visado»[2].

---

[1] *A Conversão*, págs. 19-20.

[2] *A Conversão*, págs. 66-67. Por isso, neste plano, a teoria que traduz o *posicionamento normal* das partes é a dos efeitos prático-jurídicos.

Por assim ser, o problema não está tanto em saber qual *é, normalmente*, a vontade das partes, mas antes qual ela *deve ser*, para o acto merecer a qualificação de negócio jurídico. Precisamente por se tratar de questão de *dever ser* e não *de ser*, na sua resolução tem de se atender às consequências emergentes do facto de a vontade não satisfazer os requisitos que as várias teorias expostas para ela exigem, o que se prende manifestamente com a relevância do erro de direito. Por outro lado, tem de se ter presente o facto de o negócio jurídico não ser a única causa dos efeitos que *em função dele* se desencadeiam.

II. Quanto à relevância do regime do erro-vício, sendo esta uma matéria a estudar em ponto mais avançado da teoria geral do negócio jurídico, apenas lhe são feitas, por ora, algumas referências genéricas, tendo em conta o Direito português e o que mais importa para a investigação em curso.

Interessa aqui o regime do erro de direito, relativo aos efeitos do negócio emergentes de normas jurídicas, cabendo ainda distinguir se se trata de efeitos (essenciais), impostos por normas imperativas, ou de efeitos (não essenciais) impostos por normas dispositivas. Como exemplo do primeiro caso aponta-se o colhido em Castro Mendes[1]: o doador supõe erradamente ser o seu acto livremente revogável (arts. 969.º e seguintes do C.Civ.). A segunda modalidade verifica-se quando, *v.g.*, o comprador de coisa móvel nada estipula sobre a garantia do seu bom funcionamento, por estar erradamente convencido de que essa obrigação incumbe *sempre* ao vendedor.

O Código Civil vigente não distingue entre erro de facto e erro de direito, enquadrando qualquer dos dois exemplos apontados no erro sobre o conteúdo ou o objecto jurídico do negócio, regulado pelo seu art. 251.º Nos termos deste preceito, o negócio só é anulável se o erro for causal (essencial) e se a outra parte conhecer ou não dever ignorar a essencialidade, para o declarante, do motivo sobre que recaiu o erro (art. 247.º, por remissão do art. 251.º). Deste modo, mesmo deixando de lado a questão de saber se o erro deve ou não ser desculpável, ele só tem relevância se os efeitos do negócio sobre que incidiu forem determinantes da vontade, em termos de a parte que caiu em erro não manter o acto se conhecesse os seus verdadeiros efeitos. Para além disso, exige-se que o declaratário conheça ou, pelo menos, não deva ignorar a relevância do erro na determinação da vontade de contratar por parte do errante.

Como é fácil ver, estes requisitos podem verificar-se com maior facilidade no erro sobre os efeitos essenciais, por serem mais relevantes na formação da vontade de contratar e por ser assim exigível da outra parte o dever de não ignorar a sua essencialidade. Contudo, esta modalidade de erro acaba por se mostrar de reduzido interesse para o fim que aqui revela, porquanto

[1] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 111.

se alguém celebrar um contrato de compra, estando em erro sobre os seus efeitos essenciais, o negócio será, com muita probabilidade, anulável, *enquanto compra e venda*. Mas a vontade formulada erradamente não dá vida a um negócio ajustado ao fim (prático) visado. Por outro lado, se o erro for irrelevante, o negócio vale como compra e venda. Logo, a falta de vontade dirigida a efeitos jurídicos não é determinante do regime do negócio, por assim o impor a natureza das normas a que respeita o erro *(injuntivas)*.

Se o erro respeitar a efeitos não essenciais, a sua eficácia anulatória será muito mais remota. Não só, em regra, esses efeitos não serão *motivos determinantes* da vontade do autor do negócio, como será menos exigível da outra parte o conhecimento da essencialidade do erro, se esta existir.

Em qualquer caso, a relevância da vontade não é mais do que *negativa*, permitindo apenas a destruição do negócio. Além disso, o argumento fundado no erro provaria de mais, pois, devendo a vontade, para haver negócio, dirigir-se aos efeitos jurídicos, o erro sobre tais efeitos devia determinar a sua nulidade e não *apenas* a sua anulabilidade[1].

III. Outro aspecto que os tratadistas trazem também à colação, quando se trata de definir o papel da vontade funcional no negócio jurídico, é o da relevância a atribuir à vontade de excluir a juridicidade de certo acto, *primariamente jurídico*, ponto que interessa sobretudo à apreciação das teorias que apenas exigem a vontade de uma tutela jurídica genérica.

O argumento dos defensores da teoria dos efeitos práticos, a este respeito, é o de o Direito se aplicar por si, «independentemente da vontade dos seus destinatários». Por isso, não são de admitir os *simples acordos* – actos primariamente jurídicos, mas que as partes celebraram *sem intento negocial* –, podendo, contudo, aceitar-se, excepcionalmente, a possibilidade de se subordinarem à tutela jurídica actos não regulados, em princípio, pelo Direito: *negócio de pura obsequiosidade*[2]. Neste caso, é necessária uma «intenção especial de sujeitar estes negócios ao império do direito»[3]. Esta, em síntese, a posição defendida por Castro Mendes, e que pode ser aceite, nas suas linhas gerais.

Para Castro Mendes, a inadmissibilidade dos *simples acordos* resulta do facto de a garantia jurídica, e nomeadamente a judicial, só por lei poder ser excluída, princípio de que viu afloramento no art. 2.º do C.P.Civ. Por outro lado, a possibilidade de dar relevo jurídico a um *negócio de pura obsequiosidade*, mediante uma vontade especificamente dirigida a esse fim, só teria como

[1] Cfr. Ferrer Correia, *Erro e Interpretação na Teoria do Negócio Jurídico*, 2.ª ed., Atlântida Editora, Coimbra, 1968, pág. 49.

[2] Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 75-76; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 88-92; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 382-383; e Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 535-538.

[3] Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 76.

limite a exigência de o tratamento jurídico do caso corresponder a um interesse digno de protecção jurídica (art. 398.º, n.º 2)[1].

Na lógica da posição que defendia quanto ao conteúdo da vontade funcional, outro era o entendimento de Manuel de Andrade, ao situar os *negócios de pura obsequiosidade* fora do domínio do Direito, a menos que se prove uma intenção de os sujeitar ao império jurídico. Em contrapartida, admitia a existência de *simples acordos*, ou seja, a relevância de uma vontade dirigida à exclusão, do domínio do Direito, de actos primariamente jurídicos, ficando, porém, a prova dessa vontade a cargo de quem dela se quer valer[2].

Por seu turno, para C. Mota Pinto, a questão salda-se em termos de ónus da prova: se alguém pretende invocar, como negócio jurídico, um negócio de pura obsequiosidade, tem de demonstrar a sua juridicidade; se se trata da descaracterização, em simples acordo, de um negócio jurídico, à parte interessada em demonstrar a inexistência de vontade negocial cabe o respectivo *onus probandi*[3].

Segundo Oliveira Ascensão, os acordos de cavalheiros ou simples acordos, mesmo quando excluam do âmbito jurídico uma relação que nele poderia estar abrangida, são admitidos ao abrigo do princípio da autonomia, se as partes nesse sentido manifestarem a sua vontade. Se tal não ocorrer, ou se não for possível a vontade de exclusão, a juridicidade mantém-se, o que, se bem se entende, impõe a quem invoca o afastamento da tutela jurídica o ónus da correspondente prova[4].

Quanto ao negócio de pura obsequisidade ou de cortesia, afirma Oliveira Ascensão que, quando seja livremente assumido e corresponda a um interesse digno de protecção jurídica (art. 398.º, n.º 2 do C.Civ.), não lhe parece possível contestar a validade da correspondente obrigação, criada ao abrigo do princípio da autonomia privada[5].

IV. Ponto de partida, ao tomar posição neste debate, é, na configuração correcta do problema, o de o Direito não esgotar o tratamento normativo da vida social, sendo assim legítimo questionar a possibilidade de a vontade das partes afastar do seu campo actos *primariamente* jurídicos ou, pelo contrário, sujeitar às normas jurídicas actuações *apenas* reguladas por outras ordens normativas.

Quanto ao primeiro ponto, deve entender-se, em síntese[6], ser de excluir, em geral, a figura dos *simples acordos*, ou seja, a relevância de uma vontade dirigida a afastar a aplicação do Direito a certo comportamento das partes,

[1] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 76; no texto, por manifesta *gralha*, refere-se o art. 397.º

[2] *Teoria Geral*, vol. II, págs. 31-33.

[3] *Teoria Geral*, págs. 382-383.

[4] *Teoria Geral*, vol. I, pág. 92.

[5] *Teoria Geral*, vol. I, pág. 89.

[6] Para maior desenvolvimento, *vd*. o que a este respeito está exposto em *A Conversão*, págs. 75 e segs.

se ele merecer a qualificação de jurídico. A opinião oposta põe em causa a própria razão de ser do Direito. Só em casos muito excepcionais, no domínio de certas categorias de negócios gratuitos – que não irão além do comodato, do depósito e do mútuo[1] –, será de admitir solução diversa. Em tais casos, é de exigir uma vontade efectiva de excluir a juridicidade do negócio e de o configurar como acto de mera cortesia ou de tolerância, afastando a *responsabilidade* por danos porventura causados ao beneficiário, pelo seu *incumprimento*.

Assim, se ***A***, tendo a sua casa livre por algum tempo, admite, a título gratuito, acolher nela ***B***, durante esse período, por *mera cortesia*, é de admitir, verificados os pressupostos acima apontados, uma vontade de não submeter este acto ao regime do comodato[2].

Para fechar o círculo dos problemas ligados à determinação do conteúdo da vontade funcional falta apreciar a relevância jurídica dos chamados *negócios de pura obsequiosidade*, relativos a matérias primariamente a-jurídicas, mas que as partes querem submeter ao império do Direito. Podem valer então como negócios jurídicos?

Por definição, estes actos, em si mesmos, estão fora do domínio do Direito; logo, para merecerem tratamento jurídico devem os seus autores querer, como jurídicas, as suas consequências económico-sociais. Isto envolve, neste caso, a necessidade de uma vontade especificamente dirigida a *esses* efeitos jurídicos. Tal vontade deve ter, quando menos, o conteúdo exigido pela teoria dos efeitos prático-jurídicos.

Sem afastar a posição que tem vindo a ser sustentada, pode admitir-se resposta afirmativa, fundada no princípio da autonomia privada, observados certos limites. Estes negócios não andam longe de certas categorias de negócios inominados e o requisito do seu relevo jurídico traduz-se na exigência de o negócio versar sobre matérias *dignas* da tutela jurídica. Assim, se ***A*** está apenas *vinculado* por imperativos de ordem moral, ou por um dever de caridade, a prestar auxílio a outrem[3], mas quer assumir, como verdadeira obrigação civil – mediante contrato –, uma prestação de alimentos, não se vê razão válida para não poder subordinar essa prestação, para o futuro, ao regime do dever de alimentos, por exemplo, quanto à medida do seu conteúdo

[1] Com algumas reservas, o mesmo se poderá dizer, também quando gratuitos, do mandato e de outros contratos de prestação de serviços.

[2] Merecia um tratamento específico o regime dos negócios inominados; quando adiante for abordado esta modalidade de negócios será feita referência a essa matéria.

[3] Entenda-se: sem correspondência a um dever de justiça, *i. e.*, não se tratando, sequer, de uma obrigação natural (cfr. art. 402.º do C.Civ.), e não podendo também o acto qualificar-se como uma liberalidade. Na falta de uma vontade com o conteúdo referido no texto, o facto de ***A*** se «comprometer», perante ***B*** – a quem não o liga nenhum dos vínculos familiares previstos no n.º 1 do art. 2009.º do C.Civ. –, a facultar-lhe uma refeição diária, não constitui um *acordo de alimentos*, para os efeitos do mesmo Código.

(cfr. art. 2004.º do C.Civ.). Os únicos limites aqui atendíveis são os impostos pelos princípios fundamentais do sistema, pelo que respeita ao conteúdo do negócio.

384. Súmula da posição adoptada: noção de negócio jurídico

I. Em síntese, deve, pois, sustentar-se que, *quanto ao comum dos negócios*, enquanto as partes se moverem no domínio do *jurídico*, a sua juridicidade não depende de uma vontade dirigida aos seus efeitos jurídicos.

Bem vistas as coisas, só são de admitir dois desvios, ao dar relevância, a título muito excepcional, à vontade de exclusão da juridicidade e ao admitir, *enquanto conciliáveis com o sistema*, os negócios de pura obsequiosidade.

A exposição anterior conduz, pois, na pureza das coisas, a um entendimento correspondente ao da teoria dos efeitos práticos, pois torna desnecessária, na qualificação do acto como jurídico, uma vontade dirigida, não só aos efeitos jurídicos, como tais, mas ainda à tutela do Direito.

Contudo, para o negócio poder ser visto como um verdadeiro instrumento da autonomia privada e desempenhar a sua função de ordenador jurídico dos interesses dos particulares, a vontade que nele se manifesta tem de ser, de algum modo, determinante dos efeitos por ele produzidos.

Para tanto, não é de exigir mais do que, por parte dos autores do negócio, *a consciência* de ele envolver uma vinculação jurídica, ou seja, a *consciência da juridicidade*. É o que se chama *vontade funcional* ou *negocial*[1].

Se ela faltar, não se pode dizer que o autor do acto está a *determinar* em termos *voluntários* a composição dos interesses em jogo, ou seja, não há negócio jurídico. Em rigor, o comportamento declarativo emitido por quem não tem consciência de se vincular juridicamente não chega a ser um negócio nulo; é, antes, um não-negócio: há inexistência jurídica.

Esta forma de conceber o elemento distintivo do negócio jurídico encontra, no sistema jurídico português, apoio, *de iure condito*, no regime estatuído na primeira parte do art. 246.º do C.Civ., segundo o qual «a declaração não produz qualquer efeito, se o declarante não tiver a consciência de fazer uma declaração negocial». Mantendo a posição sempre defendida quanto à interpretação do preceito, adiante exposta, pode, assim, sustentar-se, agora com argumentos acrescidos, que a lei consagra um regime de inexistência jurídica.

[1] O que se diz no texto não significa que o autor do negócio não conheça os efeitos jurídicos correspondentes ao seu acto e que não queira a produção desses efeitos específicos. Uma vontade com este conteúdo, sendo *indiferente* para a qualificação do negócio como jurídico, tem relevância na definição do seu regime, em mais de um campo, como o estudo subsequente revelará.

II. Em suma, o negócio jurídico corresponde sempre a um acto de autonomia privada, sendo essa a sua *diferença específica*, pela qual se autonomiza dos demais actos voluntários. Deste modo, só há negócio jurídico quando a vontade seja *determinante* dos efeitos produzidos pelo acto.

Para se falar de *vontade determinante* dos efeitos, basta que o autor do negócio tenha consciência de se vincular juridicamente quanto ao conjunto das consequências económico-sociais por ele queridas ao celebrar *certo acto*[1/2].

Verificados estes requisitos, os efeitos correspondentes produzem-se em atenção à vontade funcional do agente, tal como o Direito os define, e enquanto ajustados ao conteúdo daquele negócio concreto.

III. Deste modo, no negócio jurídico há uma ordenação autónoma de interesses particulares, mediante a emissão de uma vontade dirigida a consequências de ordem económico-social, que são juridicamente atendidas e, como tal, tuteladas, desde que haja consciência da juridicidade do comportamento adoptado.

Numa formulação sintética, negócio jurídico é *o acto voluntário através do qual, com a consciência de vinculação jurídica, se opera a ordenação autónoma de interesses privados*.

385. Importância do negócio jurídico

I. O negócio jurídico é a mais relevante modalidade dos actos voluntários e, por isso, também a mais importante fonte das relações jurídicas, justificando plenamente o lugar central que correntemente a doutrina lhe reserva no conjunto dos factos jurídicos[3].

São de duas ordens as razões determinantes da principal atenção que vários autores também dedicam ao negócio jurídico.

---

[1] A vontade só tem de ter um papel mais qualificado quando, com *uma função negativa*, possa excluir do mundo do Direito actos primariamente jurídicos, ou quando, com *uma função positiva*, possa atribuir valor jurídico a actos primariamente alheios ao Direito. Nesta segunda hipótese, *à consciência da juridicidade* substitui-se a *vontade da tutela jurídica*, numa formulação próxima da da teoria dos efeitos prático-jurídicos.

[2] Oliveira Ascensão considera ser *pouco* a *consciência* de se vincular juridicamente, sendo de exigir a *vontade* do agente de se vincular juridicamente (*Teoria Geral*, vol. II, pág. 87). Faz, porém, uma interpretação demasiado literal do nosso pensamento, mas a *culpa* é, por certo, da nossa exposição. Pensamos, na verdade, que, ao afirmar que o negócio jurídico é, fundamentalmente, um acto de autonomia privada, e estando a referir-nos ao conteúdo da vontade (funcional), a exigência de consciência de vinculação jurídica tem implícita, como também afirmamos, uma «vontade determinante dos efeitos», logo, uma *vontade* de vinculação jurídica.

[3] Sobre a importância do negócio jurídico, cfr. Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 27-28, e C. Ferreira de Almeida, *Texto e Enunciado*, vol. I, págs. 11 e segs.

II. Desde logo, razões de ordem dogmática; como a anterior exposição revela, a própria delimitação da figura gera, desde os seus primórdios, um aturado e longo debate doutrinal, que não pode ser ignorado.

Noutro plano, e qualquer que seja a tese perfilhada quanto ao conteúdo da vontade funcional, o negócio jurídico é, sempre, o acto em que a vontade humana tem o seu campo de acção mais relevante. Compreende-se, por isso, que a lei se preocupe em estabelecer para ele um cuidado regime jurídico orientado no sentido de se assegurar uma correcta formulação e manifestação da vontade que a ele preside. Para além disso, não podendo a vontade ser atendida enquanto de algum modo se não exteriorizar, cria-se uma tensão entre esses dois *momentos, interno* e *externo,* do negócio, fonte de complexas questões, do maior melindre e importância na fixação do seu regime.

Assim, o negócio jurídico apresenta-se como o acto jurídico de estrutura mais complexa. Por isso, como se apurará, a própria sistematização das várias matérias em que o regime do negócio jurídico se desdobra é fonte de debate doutrinal. Exige, assim, naturalmente, da lei e da doutrina, um tratamento muito cuidado.

Independentemente da sua projecção, no plano da ciência jurídica, a importância do negócio jurídico, em sistemas jurídicos como o português, resulta também do reconhecimento genérico da figura pelo Direito positivo, que justifica a sua importância no ensino do Direito.

A tudo isto, acresce uma importância de ordem prática. Trata-se, na verdade, na realidade da vida, de uma das mais frequentes fontes de relações jurídicas, a tal ponto que muitas vezes o comum das pessoas, mesmo os juristas, não se dão conta de a cada momento celebrarem negócios jurídicos na sua vida corrente de relação social. Cumpre reconhecer que para tanto contribui o facto de grande soma dos negócios assim praticados se desenvolverem sem conflitos significativos.

Neste domínio, releva também o facto de o negócio poder revestir modalidades muito diversas e ser fonte de múltiplas relações jurídicas nos vários ramos do Direito Privado, no domínio patrimonial ou não patrimonial.

III. A posição destacada ocupada pelo negócio jurídico, nomeadamente do ponto de vista dogmático, explica, por seu turno, o facto de o seu regime ter um valor paradigmático, como modelo dos demais actos jurídicos. Este é um aspecto facilmente descortinável no Direito positivo. Assim, enquanto o Código Civil português consagra ao negócio jurídico um número apreciável de preceitos, traçando longamente o seu regime geral nos seus múltiplos pontos, dedica aos actos não negociais um único preceito – o art. 295.º[1],

[1] Quanto aos factos jurídicos, o Código Civil, na sua Parte Geral, apenas rege sobre o «tempo e sua repercussão nas relações jurídicas» (arts. 296.º a 333.º), ocupando-se fundamentalmente dos institutos da prescrição e da caducidade.

limitando-se nele a alargar «aos actos jurídicos que não sejam negócios jurídicos» as disposições que regulam este tipo de actos, em tudo quanto a analogia de situações o justificar.

IV. A figura do *negócio jurídico*, como categoria jurídica, está, porém, longe de merecer o reconhecimento de todos os quadrantes. Bem pelo contrário, levantam-se na doutrina jurídica moderna, em particular na italiana[1], várias vozes a anunciar a *crise* ou o *crepúsculo* do negócio jurídico e a clamar pela necessidade de o pôr de lado, como instrumento dogmático[2].

Invocam-se, a este respeito, razões ligadas, umas, à própria construção dogmática da figura e, outras, à sua função ou configuração como instrumento da autonomia privada, de que ela é, sem dúvida, o expoente máximo.

Estão aqui envolvidas questões que ultrapassam o campo destas Lições, pelo que basta afirmar que, pelo menos no sistema jurídico português[3], as razões acima ditas justificam a manutenção do negócio jurídico, e a sua aceitação como instrumento jurídico adequado na construção do regime das relações jurídicas privadas, civis, em particular.

V. Cumpre, todavia, a encerrar a exposição sobre a relevância do negócio jurídico, chamar a atenção para o facto de ele constituir uma categoria abstracta, científica, preenchida por diversas modalidades, a que correspondem vários actos jurídicos típicos e, mesmo atípicos, que as partes podem criar no exercício da sua autonomia.

Assim, sem prejuízo da conveniência de fixar o regime comum da categoria *negócio jurídico*, na vida real aquilo com que o jurista se depara e tem de lidar são negócios concretos: compra e venda, doação, arrendamento, testamento…

[1] Não é de todo alheio a este entendimento a posição do *Codice Civile* quanto ao negócio jurídico.

[2] Sobre este ponto, *vd*. C. Ferreira de Almeida, *Texto e Enunciado*, págs. 11 e segs., e P. Mota Pinto, *Declaração Tácita*, págs. 53 e segs.

[3] De resto, no sistema jurídico alemão, donde a figura é oriunda, a doutrina dominante aceita-a, como instrumento jurídico válido.

CAPÍTULO II
MODALIDADES DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

386. Razão de ordem

I. A conveniência de o estudo das classificações das múltiplas modalidades de negócios jurídicos preceder a análise do seu regime jurídico reside, desde logo, no facto de assim se atingir uma mais completa compreensão do instituto. Mas releva também aqui a circunstância de às diversas concretizações da figura corresponderem, por vezes, relevantes diferenças de regime[1]. Trata-se, assim, de categorias jurídicas com que a exposição subsequente com frequência terá de lidar, impondo-se, por isso, o conhecimento do seu sentido.

II. São muitas e diferentes as classificações de negócios jurídicos formuladas pela doutrina e de que o próprio legislador por vezes se socorre. Sem a preocupação de esgotar a matéria, vai ser feita referência às mais relevantes e às de alcance mais genérico. Quanto a outras, por apresentarem ligação muito particular com certos pontos de regime do negócio jurídico, serão abordadas na sequência das correspondentes matérias.

A grande diversidade dos critérios de classificação dos negócios jurídicos não permite aqui uma arrumação muito significativa. Ainda assim, procurar-se-á ordená-las segundo um encadeamento lógico, atendendo às afinidades ou ligações relevantes entre elas existentes.

Um esclarecimento prévio se impõe. As classificações de negócios jurídicos não constituem compartimentos estanques, isto é, nada impede que um mesmo tipo de negócio, tomado sob perspectivas diferentes – que corres-

[1] Sobre a matéria de todo este Capítulo cfr. Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 37 e segs.; I. Galvão Telles, *Manual*, por referência ao contrato, págs. 463 e segs.; Dias Marques, *Teoria Geral*, 1955, págs. 489 e segs.; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 385 e segs.; Castro Mendes, *Teoria Geral,* vol. II, págs. 319 e segs.; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, págs. 299 e segs.; Menezes Cordeiro, *Teoria Geral*, vol. I, págs. 501 e segs., e *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 459 e segs.; P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 439 e segs.; e Santoro-Passarelli, *Teoria Geral*, págs. 180 e segs.

pondem a outros tantos critérios –, se integre em mais de uma classificação. A própria repetição do mesmo tipo negocial como exemplo de mais de uma qualificação ilustrará esta realidade.

Noutro plano, interessa também salientar que, embora dirigidas ao negócio jurídico, algumas das classificações de seguida analisadas se podem aplicar a outras categorias de actos jurídicos. Este é apenas um dos muitos aspectos em que o regime do negócio jurídico constitui modelo dos actos não negociais.

387. Negócios singulares e negócios plurais

I. Um critério classificativo dos negócios jurídicos a merecer primazia, pela simplicidade dos seus próprios termos, atende ao número de pessoas que neles intervêm. Nesta base, distingue-se entre negócios *singulares* e negócios *plurais*. Diz-se *singular* o acto em que apenas intervém uma pessoa e *plural* aquele em que intervêm duas ou mais pessoas.

A esta distinção não corresponde, em si mesma, grande importância teórica ou prática, a não ser a de fornecer elementos de partida para melhor compreender a repartição, bem mais relevante, dos negócios em unilaterais, bilaterais e plurilaterais.

Na verdade, quando um negócio jurídico possa ser celebrado por uma só pessoa, como seja o caso, já conhecido, do acto de instituição de uma fundação, o facto de nele intervirem mais pessoas não acarreta em geral alterações significativas do seu regime. Importa, contudo, dizer que há negócios necessariamente singulares, como é o caso, na ordem jurídica portuguesa, do testamento, por a lei excluir o chamado *testamento de mão comum* (art. 2181.º do C.Civ.): só uma pessoa pode testar no mesmo acto. Outro exemplo é o do negócio constitutivo de uma sociedade unipessoal [arts. 7.º, n.º 2, e 270.º–A, n.º 1 (sociedade unipessoal por quotas) do C.S.Com.]. Por outro lado, há negócios necessariamente plurais, importando a este respeito fazer desde já algumas distinções.

II. Nalguns casos, como ocorre na classificação de seguida feita, além de ser necessariamente plural, o negócio envolve uma *contraposição* de interesses entre as várias pessoas que o celebram; diz-se, então, *bilateral* ou *plurilateral*, sendo o contrato a figura paradigmática deste tipo de negócios.

Mas a pluralidade de pessoas intervenientes no negócio nem sempre é acompanhada desta contraposição, sem, contudo, deixar de ser uma nota típica do negócio. A pluralidade necessária do negócio pode fundar-se na existência de interesses que só podem ser prosseguidos, em conjunto, por um certo número de pessoas. Neste caso, importa ainda fazer uma distinção.

Por vezes, as pessoas a quem esses interesses se reportam têm, não só de actuar simultaneamente, mas também no mesmo sentido. Exemplo típico é o da alienação da coisa comum na compropriedade. Como resulta da segunda parte do n.º 1 do art. 1408.º do C.Civ., só com o consentimento de todos os comproprietários ela pode ser feita. Há aqui várias manifestações de vontade dirigidas ao mesmo efeito, de conteúdo coincidente, sujeitas ao mesmo regime, sem as quais o negócio não se constitui validamente. Há, então, um *negócio conjunto*[1] .

A exigência da intervenção de várias pessoas no mesmo negócio pode, contudo, não envolver contraposição, nem conjunção. Em certos casos, impõe-se apenas a *simultaneidade* da manifestação das declarações de vontade dos vários participantes no negócio, podendo, porém, o seu conteúdo ser divergente. Sendo assim, o negócio forma-se desde que se verifique vontade coincidente de um certo número de pessoas que nele participam. É o conhecido *fenómeno das maiorias* na formação das deliberações dos órgãos colegiais de pessoas colectivas, que pode, contudo, verificar-se em múltiplos campos, como seja o da propriedade horizontal (cfr., *v.g.,* art. 1425.º, n.º 1, do C.Civ.), ou o da contitularidade de direitos (*vd.*, por exemplo, art. 1407.º, n.º 1, do C.Civ.). Seguindo-se uma terminologia já antes identificada, fala-se em *deliberação*.

Em suma: negócios conjuntos e deliberações são negócios plurais, mas unilaterais.

388. Negócios unilaterais, negócios bilaterais e negócios plurilaterais

I. Diz-se *unilateral* o negócio jurídico em que existe uma só parte, *bilateral* se há duas partes e *plurilateral* se o número de partes exceder duas[2].

Esta terminologia não é de aceitação genérica, contrapondo-se, por vezes, os negócios unilaterais aos *plurilaterais* ou *multilaterais,* identificando estes com os contratos. Está aqui envolvida uma questão já abordada a respeito do acto constitutivo das pessoas colectivas de tipo associativo e cujo desenvolvimento ficou justamente reservado para este local.

Como cada *parte* corresponde a um *lado* do negócio jurídico, daí as designações tradicionalmente aplicadas a esta classificação. Embora sugestivas,

[1] Sobre os negócios conjuntos e as deliberações, *vd.*, em particular, Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 462-463. I. Galvão Telles (*Manual*, pág. 29) identificava estas categorias como negócios *homogéneos* e *heterogéneos*.

[2] Não se deve confundir este qualificativo com outro homónimo, adiante referido, que, segundo uma terminologia corrente, reparte os contratos em unilaterais (não sinalagmáticos) e bilaterais (sinalagmáticos).

elas podem, contudo, induzir em erro; por isso se torna necessário esclarecer o que deve entender-se por *parte* (ou *lado*) do negócio jurídico.

II. Como primeira nota, importa reter que o conceito de *parte* não se identifica com o de *pessoa*. Podem, num certo negócio, intervir várias pessoas e haver uma só parte, sendo o negócio, a um tempo, plural e unilateral. Assim acontece se forem vários os instituidores de uma fundação. Conjugando estes dados com os da classificação anterior, e usando terminologia já esclarecida, pode-se, pois, formular a seguinte síntese: o negócio unilateral pode ser singular ou plural; mas o negócio singular é necessariamente unilateral, como o bilateral é necessariamente plural.

Deste modo, e bem vistas as coisas, o problema da fixação do conceito de parte coloca-se quando se trata de apurar o que faz mudar a configuração do acto, para, intervindo nele várias pessoas, nuns casos se continuar a falar de negócio unilateral e noutros ele ser considerado como bilateral ou plurilateral.

Nem sempre a doutrina recorre para o efeito aos mesmos critérios.

Uma das soluções possíveis é atender às declarações emitidas, não apenas ao seu número, mas também, como fazia C. Mota Pinto[1], ao modo como elas se articulam no negócio.

Na verdade, o simples número de declarações é indiferente, pois tal como no negócio jurídico unilateral podem intervir várias pessoas também nele podem ser identificadas várias declarações, uma por cada um dos seus autores. Na verdade, seria meramente formal dizer que a *pluralidade das pessoas* não é incompatível com a *unidade da declaração*, que seria então atribuída a todas elas.

Assim, para esta construção, relevante é o modo como as declarações dos autores do negócio se *articulam* entre si. Ora, a análise da realidade das coisas mostra que em certos casos as várias declarações são *paralelas*, formam um só grupo – negócio unilateral –, enquanto noutros o conteúdo de uma é oposto ao de outra, embora convergente quanto a um resultado comum unitário, que se pretende atingir – negócio bilateral. Neste sentido, as declarações integradoras do negócio bilateral são *contrapostas*.

Outra orientação segue ideias próximas das expostas, mas vistas da perspectiva dos interesses envolvidos no negócio. Esta posição foi defendida por Cabral de Moncada, quando definia parte como «a pessoa, ou conjunto de pessoas, que representam no acto o mesmo interesse»[2]. Assim, no negócio unilateral, identifica-se um interesse único ou, sendo vários os seus autores, comum e compartilhado por todos, podendo, pois, falar-se de uma posição

[1] *Teoria Geral*, pág. 385.
[2] *Lições*, vol. II, págs. 167-168.

convergente a esse respeito. Pelo contrário, no negócio bilateral ou plurilateral os interesses envolvidos no negócio são divergentes, podendo ser mesmo opostos.

Também P. Pais de Vasconcelos identifica o negócio unilateral pela «unidade pelo interesse prosseguido no negócio e pela unidade de legitimidade no agir negocial»[1].

A crítica movida a esta ideia é a de não levar em conta que no negócio unilateral pode haver interesses objectiva e subjectivamente diversos. É este o reparo de Menezes Cordeiro, que entende dever fundar-se a distinção noutra base: a dos efeitos desencadeados pelo negócio. Assim, no negócio unilateral os efeitos não diferenciam as pessoas nelas envolvidas, ao contrário do que sucede nos bilaterais[2].

Para Oliveira Ascensão, *parte* é definida «pela titularidade dos interesses que se actuam nos negócios»[3].

Importa tomar posição.

III. A observação de Menezes Cordeiro tem razão de ser, mas, em rigor, chama a atenção para o *corolário* de algo mais substancial, onde a distinção efectivamente radica. É por o interesse que comanda o negócio ser *comum* aos seus vários autores que os efeitos do negócio não diferenciam as pessoas.

Quanto ao reparo de a posição dos autores do negócio ser comum e eles poderem ter, quanto ao acto, interesses objectiva e subjectivamente diferentes, cumpre distinguir:

a) ou essa divergência interfere com o regime de efeitos do negócio, justificando, para seguir a linguagem de Menezes Cordeiro, um *tratamento diferenciado* dos seus autores, e então existe um negócio bilateral ou plurilateral, como é o caso, na na primeira modalidade, do contrato de compra e venda;

b) ou não se projecta na substância do negócio, e então ele não deixa, só por isso, de ser unilateral.

Assim, o critério jurídico da distinção entre negócios unilaterais e bilaterais ou plurilaterais reside na diferente posição que perante os interesses regulados no negócio ocupam os seus autores.

O sinal exterior deste aspecto substancial é o número e o modo por que se articulam as declarações dos autores do negócio. A sua consequência é a do tratamento unitário ou diferenciado dos autores do negócio, do ponto de vista dos seus efeitos.

Deste modo, quando várias pessoas manifestam a vontade de instituir uma fundação, as suas vontades e as correspondentes declarações orientam-se num

[1] *Teoria Geral*, pág. 439.
[2] *Teoria Geral*, vol. I, págs. 503-504, e *Tratado*, vol. I, T. I, pág. 460.
[3] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 33.

mesmo sentido e estão entre si ligadas por corresponderem a um mesmo interesse. *Por isso*, não há tratamento diferenciado entre elas. Há negócio unilateral.

Sendo os interesses divergentes, para haver negócio, as declarações dos seus autores, embora manifestando-se em sentido diverso, têm de se encontrar num ponto comum. Assim, se ***A*** declara querer vender certa coisa *X* e ***B*** declara querer comprá-la, há aqui duas vontades orientadas por interesses diferentes e até opostos – a respeito do preço do negócio, nomeadamente – que têm de se conciliar em termos de se formar o que se chama um *acordo de vontades* (ou *mútuo consenso*). Nem por isso, isto é, nem por as vontades se conciliarem, cada uma das declarações deixa de corresponder a interesses diferentes; a articulação entre as duas declarações é, pois, manifestamente diversa da do exemplo anterior e também se verifica tratamento diferenciado dos autores do negócio.

IV. Importa, agora, com base no critério adoprado, dar resposta à questão atrás deixada em aberto quanto à qualificação do acto constitutivo das pessoas colectivas de substrato pessoal.

Como ficou evidenciado, em devido tempo[1], a terminologia legal não é aqui uniforme. Em sede de sociedades, o legislador refere-se ao acto que as constitui como contrato (cfr. art. 980.º, n.º 1, do C.Civ. e art. 7.º, n.º 1, do C.S.Com., além da epígrafe do Capítulo em que este preceito se contém); mas, quanto às associações, o Código Civil usa a expressão «acto de constituição» [n.os 1 dos arts. 167.º e 168.º e 182.º, n.º 1, al. *c*), e n.º 2, al. *b*)].

A resposta não pode ser universal; há que distinguir, entre as associações *stricto sensu* e as sociedades. Por seu turno, nestas, estão fora de causa as sociedades unipessoais, porquanto o seu acto constitutivo é unilateral. Quanto às demais, devem demarcar-se as sociedades civis simples das sociedades comerciais e das civis sob forma comercial.

Nas associações de regime geral, isto é, nas reguladas na Parte Geral do Código Civil (arts. 167.º a 184.º), para além do fim comum dirigido à constituição da associação, o entendimento correcto é o de não se identificarem entre os associados interesses contrapostos significativos.

Assim, em relação ao seu acto constitutivo, e ao estatuto que o complementa, é adequado identificar um negócio unilateral, mas plural, uma vez que a associação pressupõe uma pluralidade de associados. Cabe notar que o Código Civil não qualifica nunca este negócio como contrato, referindo-o, segundo atrás ficou dito, como *acto de constituição da associação*.

Nas sociedades em geral, seguindo o pensamento de Oliveira Ascensão[2], a solução ajustada é a de distinguir entre o acto constitutivo da sociedade, em si mesmo, e o que regula as relações entre os sócios.

[1] Cfr., *supra*, vol. I, n.º 282.

[2] *Teoria Geral*, vol. I, págs. 315-316.

Naquele, identifica-se uma comunhão de interesses dos fundadores, pelo que mais uma vez deve ser qualificado como negócio unilateral[1].

Diferente é a situação quando encarada na perspectiva das relações entre os sócios. Deste ponto de vista, quanto existir uma pluralidade de sócios, como é o caso das sociedades civis simples (art. 980.º do C.Civ.) e da generalidade das sociedades comerciais e civis sob forma comercial (n.º 2 do art. 7.º do C.S.Com.), dificilmente se pode identificar, nas suas relações recíprocas, um mesmo interesse dos sócios, antes se configuram interesses contrapostos. Neste domínio está-se perante um negócio bilateral ou plurilateral, consoante os casos, mas sempre cabe falar em contrato (social).

V. A repartição dos negócios em unilaterais e bilaterais envolve algumas importantes consequências.

A primeira a salientar liga-se à circunstância de a distinção corresponder a uma diferente estrutura do negócio.

Assim, no negócio unilateral, por só haver uma parte, a perfeição do acto depende apenas da declaração da pessoa ou pessoas que a integram. Todas as demais são *terceiros* e, mesmo quando o negócio tenha de ser levado ao seu conhecimento – e ainda quando os seus efeitos dependam da anuência do destinatário –, a declaração deste não se articula com a do autor do negócio, constituindo, antes, um negócio jurídico autónomo. Assim, na sucessão testamentária o testamento e a aceitação do sucessível são dois actos jurídicos distintos e ambos unilaterais.

Bem pelo contrário, no negócio bilateral, por haver, pelo menos, duas partes, a perfeição do acto depende da conjugação das duas ou mais declarações divergentes, não existindo enquanto elas se não ajustarem[2]. O regime da doação fornece, nesta matéria um exemplo elucidativo. Segundo o art. 940.º do C.Civ., a doação é um contrato; por seu turno, o art. 945.º do mesmo diploma permite autonomizar, como seus elementos constitutivos, duas declarações: a do doador, consistindo na proposta de doação, e a do donatário, correspondente à aceitação dessa proposta. Assim, por força do seu regime geral, a doação só existe pela conjugação dessas duas declarações. Contudo, o art. 951.º, n.º 2, do C.Civ. estatui que, tratando-se de doações puras feitas a incapazes, «elas produzem efeitos independentemente de aceitação em tudo o que aproveite aos donatários».

Neste caso, a doação configura-se como um negócio unilateral, pois vale pela simples declaração do doador.

---

[1] Há quem sustente tratar-se de um acto colectivo (cfr. Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. I, pág. 297).

[2] Convém esclarecer que cada uma dessas declarações não constitui, em si mesma, um negócio unilateral, pois vale apenas por força da sua conjugação com a outra. Isto não significa que cada declaração não tenha, desde logo, alguma relevância jurídica, como se verificará com mais desenvolvimento ao expor o regime da formação do negócio jurídico.

VI. O regime contido na parte geral do Código Civil só se aplica, de pleno, aos negócios bilaterais, sendo os unilaterais objecto de regulamentação específica nos arts. 457.º a 463.º do mesmo Código, enquanto fonte das obrigações. Mas o seu campo de aplicação excede largamente esta divisão do Direito Civil; unilaterais são, também, o negócio constitutivo de uma fundação, o testamento, a aceitação e o repúdio da sucessão.

O ponto mais importante do regime dos negócios unilaterais reside no problema de saber até onde vale, quanto a eles, o princípio da liberdade de celebração. Com efeito, o citado art. 457.º estatui que «a promessa unilateral de uma prestação só obriga nos casos previstos na lei», parecendo, assim, este preceito dominado pelo princípio da tipicidade ou do *numerus clausus*, antagónico do da autonomia da vontade[1].

Este entendimento não é, porém, líquido, sendo a tipicidade dos negócios unilaterais posta em causa por Menezes Cordeiro[2], que sustenta, hoje, verificar-se neste domínio uma tipicidade aparente[3].

Para P. Pais de Vasconcelos, que procede a uma larga análise da questão, «só os negócios jurídicos unilaterais que se traduzam em promessas abstractas de uma prestação se devem ter como submetidos a um regime de *numerus clausus*, mas não já os negócios unilaterais causais»[4].

A primeira observação a fazer neste domínio vai para uma chamada de atenção para o facto de, em qualquer caso, a figura do negócio unilateral, no sistema jurídico português, ter um campo de aplicação muito mais vasto do que o configurado nos *tipos* dos arts. 458.º a 463.º Estes preceitos apenas regulam alguns negócios unilaterais, enquanto fonte de obrigações, encontrando-se ao longo do Código Civil múltiplos e muito diversos exemplos de negócios daquela categoria[5]. A alguns deles foi já feita referência, recordando aqui o importante exemplo do testamento, até por nele dominar um regime de ampla indeterminação do seu conteúdo, pouco consentâneo com uma configuração típica dos negócios unilaterais.

VII. Aos negócios bilaterais e plurilaterais corresponde a importante figura do *contrato,* cujo regime se contém no Código Civil, no Livro do Direito das Obrigações (arts. 405.º e seguintes).

O contrato é o mais importante dos negócios jurídicos, justificando, por isso, uma referência autónoma, ainda que limitada às suas linhas gerais, por o seu estudo se fazer tradicionalmente na cadeira de Direito das Obrigações.

---

[1] Neste sentido, C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, pág. 386.

[2] *Teoria Geral*, vol. I, págs. 505-506, e *Direito das Obrigações*, 1.º vol., reimp., AAFDL, 1990, págs. 558 e segs.

[3] *Tratado*, vol. I, T. I, pág. 461.

[4] *Teoria Geral*, págs. 509 e segs.; a citação é da pág. 514.

[5] Ver uma cuidada lista de tais negócios *apud* C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, pág. 386.

389. Noção de contrato

I. O Código Civil vigente não contém uma definição de contrato, não tendo, pois, seguido nesta matéria o exemplo do Código de Seabra que fixava no seu art. 641.º a noção legal de contrato como «o acordo, por que duas ou mais pessoas transferem entre si algum direito, ou se sujeitam a alguma obrigação»[1].

Muito embora esta noção tivesse dado lugar a dúvidas, pode servir de ponto de partida da investigação subsequente e da análise da noção doutrinal fundada nas considerações feitas no número anterior, segundo as quais são coincidentes as noções de contrato e de negócio bilateral ou plurilateral. A primeira ideia sugerida pelo preceito do Código Civil de 1867 é a de o contrato pressupor um acordo de vontades juridicamente relevante («contrato é o acordo…»). Mas, por outro lado, ele identifica também o contrato como acto jurídico bilateral ou plurilateral, ao referir-se ao acto através do qual duas ou mais pessoas «transferem entre si algum direito» ou se sujeitam a obrigações.

Da conjugação destes dois aspectos, e sem perder de vista que o Código de Seabra não usava a técnica do negócio jurídico, resultava, claramente, a contraposição do contrato ao acto (negócio) jurídico unilateral.

II. Poderá este entendimento manter-se no Direito vigente? Se se tiver em conta a questão da incidência, nesta matéria, da polémica antes abordada quanto ao conceito de negócio jurídico e à sua relacionação com os actos de conteúdo determinado, a adoptar-se a concepção mais exigente e restrita de negócio, o contrato havia, logicamente, de se limitar aos negócios bilaterais ou plurilaterais de conteúdo indeterminado sob pena de se estabelecer uma noção de contrato desenhada tanto no conceito dos negócios jurídicos como no dos actos não negociais. Deixando de lado esse aspecto do problema, na falta de uma noção legal de contrato, o caminho a percorrer, à luz do actual Código, é o de procurar extrair essa noção do conjunto dos vários negócios que a lei qualifica como contratos. Ora, se entre eles se encontram diversos actos que são nitidamente negócios jurídicos bilaterais (compra e venda, arrendamento, empreitada), também o Código Civil atribui a mesma

[1] Sobre a noção de contrato, cfr. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, págs. 211 e segs.; I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 35 e segs., e *Direito das Obrigações*, 7.ª ed., rev e act., Coimbra Editora, 1997, págs. 58-59; Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 12. Ed., rev. e act., Almedina, 2009, págs. 215 e segs; e C. Ferreira de Almeida, *Contratos I – Conceito. Fontes. Formação*, 2.ª ed., Almedina, 2003, págs. 25 e segs.

Para a evolução do conceito do contrato, nomeadamente no sistema jurídico português, *vd*. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, vol. II, *Direito das Obrigações*, T. II, Almedina, 2010, págs. 61 e segs.

qualificação a negócios de estrutura plurilateral, como o contrato constitutivo de uma sociedade. Noutro plano, é ainda como contratos que a lei configura actos de conteúdo determinado, como sintomaticamente acontece com o casamento (art. 1577.º do C.Civ.).

Finalmente, se dúvidas pudessem restar nesta matéria, sempre se poderia invocar o facto de o Código Civil, quando se ocupa das relações jurídicas de que os contratos são a fonte privilegiada – as obrigações –, contrapor claramente os contratos aos negócios unilaterais.

Deste modo, fora do conceito só ficam os negócios jurídicos unilaterais, sendo, portanto, correcto definir contrato como *o negócio jurídico bilateral ou plurilateral*. Este é, de resto, o entendimento comum da doutrina portuguesa.

III. Aos contratos podem aplicar-se, na sua generalidade, as classificações do negócio de seguida analisadas, havendo mesmo algumas que ganham naquele tipo de negócios a sua maior significação ou projecção.

Há, porém, uma classificação privativa dos contratos que pela sua significativa relevância doutrinal e prática aqui importa referir, esclarecendo os termos da distinção entre *contratos sinalagmáticos* ou bilaterais e *contratos não sinalagmáticos* ou unilaterais.

A primeira nota a salientar visa afastar uma possível confusão emergente dos qualificativos *unilateral* e *bilateral*, pela sua identidade com os que demarcam certas categorias de negócios jurídicos, em geral. Importa ter bem presente que o contrato – mesmo o contrato unilateral – é sempre um negócio jurídico bilateral.

De resto, isso mesmo fica claro quando se apura o critério que preside à distinção entre contratos unilaterais e contratos bilaterais, pois se atende nela às obrigações emergentes do contrato. De qualquer modo, convém evitar aquela terminologia, embora ela seja corrente na doutrina e até usada na lei (arts. 410.º, n.º 2, e 795.º do C.Civ.).

IV. Se as obrigações emergentes do contrato vinculam apenas uma das partes, o contrato diz-se *não sinalagmático*; se do acto nascem obrigações recíprocas para ambas as partes, o contrato diz-se *sinalagmático*[1].

Convém deixar claro, desenvolvendo a noção dada, que não basta, porém, para o contrato ser sinalagmático, que existam obrigações para ambas as partes; é necessário que, como acima se diz, elas sejam *recíprocas*. Por isso, nos contratos sinalagmáticos há a particularidade, muito relevante, de as obrigações deles decorrentes serem *interdependentes*, existindo entre elas, a uni-las, um laço de correspectividade. Neste sentido, cada uma é causa da outra. As-

[1] Sobre esta distinção, *vd.*, por todos, Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, págs. 395 e segs.

sim, o vendedor fica obrigado a entregar a coisa vendida, como contrapartida – *por causa* – de o comprador ficar obrigado a pagar o preço. Da existência deste vínculo, dito *sinalagma*, se retira o qualificativo *sinalagmático*.

Assim, a doação e o mútuo (enquanto negócio real quanto à constituição) são contratos não sinalagmáticos, pois só o doador fica obrigado à entrega da coisa doada e só o mutuário fica obrigado à restituição da coisa mutuada. Já a compra e venda ou a empreitada são contratos sinalagmáticos, pois delas nascem obrigações recíprocas, para ambas as partes: para o comprador a de pagar o preço, para o vendedor a de entregar a coisa; para o dono da obra a de pagar o preço, para o empreiteiro a de fazer a obra.

Tomando um dos exemplos mais significativos, a compra e venda é um contrato sinalagmático porque cada um dos contraentes assume uma obrigação que *só se justifica juridicamente* em função da outra. Neste sentido, pode dizer-se que a obrigação de cada um é a *causa* da outra: o vendedor fica vinculado a entregar a coisa vendida, *porque* o comprador fica obrigado a pagar o correspondente preço. Há, assim, entre as obrigações em presença o referido nexo particular que as une.

V. Da distinção entre contratos sinalagmáticos e não sinalagmáticos deve aproximar-se outra estabelecida por Menezes Cordeiro, que os reparte em *univinculantes* e *bivinculantes*. Atende-se aqui ao facto de o contrato gerar obrigações recíprocas, mas, nos primeiros, só uma das partes ficar vinculada a cumprir. O exemplo apontado é o do contrato-promessa unilateral (art. 411.º do C.Civ.), pois só um dos promitentes fica desde logo obrigado a contratar; o outro só contrata se quiser[1]. Os termos desta classificação não coincidem, na verdade, necessariamente, com a atrás estabelecida, mas é esta que tem verdadeiro sentido.

VI. O sinalagma existente entre as obrigações constitui-se, por vezes, no momento da formação do próprio negócio. Fala-se então em *sinalagma genético*.

Mas nem sempre é assim. Certos contratos, inicialmente, só geram obrigações para uma das partes. Contudo, no desenvolvimento da sua execução podem surgir obrigações para a outra. Designam-se estes contratos como *bilaterais imperfeitos*, porquanto entre as prestações das partes não existe o nexo que qualifica o sinalagma[2]. Exemplos desta categoria são, quando gratuitos, o mandato (arts. 1165.º e 1167.º) e o depósito [arts. 1187.º e 1199.º, als. *b*) e *c*)].

---

[1] *Teoria Geral,* vol. I, págs. 507-508, e *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 461-462, e vol. II., T. II págs. 199-200.

[2] Cfr. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, pág. 398.

VII. A importância prática da distinção entre contratos sinalagmáticos e não sinalagmáticos reside no facto de os primeiros seguirem um regime particular. Uma das suas notas mais significativas consiste na chamada *excepção de não cumprimento (exceptio non adimpleti contractus)*, específica dos contratos sinalagmáticos.

Segundo esta excepção, a falta de cumprimento de uma das obrigações, sendo comum o tempo de cumprimento de ambas, ou perdendo o contraente relapso o benefício do prazo, justifica o não cumprimento pela parte contrária (art. 428.º do C.Civ.). A razão de ser deste regime reside claramente no nexo existente entre as duas obrigações; ele não fazia sentido nos contratos não sinalagmáticos[1].

Um outro instituto mantém com os contratos sinalagmáticos uma relação privilegiada, embora se não possa dizer específico deles. Trata-se agora da chamada *condição resolutiva tácita* (cfr. arts. 801.º, n.º 2, e 808.º do C.Civ.), a qual dá a uma das partes a faculdade de resolver o negócio com fundamento na falta de cumprimento da parte contrária. Se este regime se amolda bem, como se compreende, aos contratos sinalagmáticos, não é, contudo, privativo deles, podendo aplicar-se também aos não sinalagmáticos.

390. Negócios solenes e negócios não solenes

I. O critério da distinção entre negócios jurídicos *solenes* (ou *formais*) e *não solenes* (ou *não formais* ou *consensuais*) é o do modo que a exteriorização de vontades *deve*[2] revestir. Está aqui em causa a forma do negócio.

A fórmula *negócio consensual* é menos aconselhável, não só por estar ligada à ideia de consenso, acordo de vontades, sugerindo a ideia de contrato, sendo, portanto, limitativa, mas sobretudo por ser usada, noutra classificação, para identificar os negócios contrapostos aos reais *quoad constitutionem*. Ora, como então se verá, estes negócios *reais* podem, por seu turno, ser formais ou não formais.

II. Para bem situar o critério desta classificação importa referir, de imediato, que todo o negócio depende de forma, mas esta pode revestir modalidades diversas, sendo em função destas que se demarcam as duas categorias em análise.

---

[1] A este respeito convém chamar a atenção para a diferença entre a *exceptio* e o direito de retenção, aplicável aos contratos unilaterais (arts. 754.º e segs. do C.Civ.). Cfr., por todos, Antunes Varela, *Direito das Obrigações*, vol. I, págs. 398 e segs.

[2] Usa-se intencionalmente a palavra *deve* para salientar que se atende à exigência de *forma legal* e não à forma voluntariamente adoptada (cfr. art. 222.º do C.Civ.). Cabe, contudo, deixar bem claro que à necessidade de observar a forma legal não corresponde um dever em sentido técnico-jurídico, mas um ónus (cfr., infra, n.º 695).

Neste domínio vigora, nos sistemas jurídicos modernos e também no Direito português, como resultado final de uma longa evolução histórica iniciada no Direito romano, um *princípio de liberdade de forma*, também dito *consensualista*. Segundo ele, a validade do negócio jurídico só depende da observância de forma específica quando a lei o exija, sendo nos demais casos as partes livres de adoptar a forma que entenderem. A forma vinculada diz-se *legal*, por depender de estatuição de uma norma jurídica, e, em geral, traduz-se na redução do negócio a escrito (arts. 219.º e 221.º do C.Civ.).

A limitação dos negócios formais àqueles cuja forma é imposta por norma legal tem uma consequência relevante, que deve ser desde já assinalada, ficando embora dependente de esclarecimentos ulteriores. Não se dizem formais, nem estão sujeitos ao seu regime, os negócios que devam observar a forma imposta por vontade das partes *(forma voluntária)*.

Como bem se compreende, os negócios não formais definem-se por exclusão de partes. Mas pode também usar-se uma formulação positiva, dizendo que são aqueles que (não dependendo de forma especial) valem pela simples manifestação de vontade das partes.

A forma (escrita) mais solene no Direito português é a escritura pública[1]; mas também esta tem carácter excepcional, pois, não só, hoje[2], a lei admite, com frequência, como forma alternativa, o documento particular autenticado, como, na falta de disposição legal, a forma escrita pode consistir em escrito particular.

III. Sem prejuízo do que fica dito na alínea anterior quanto ao princípio dominante nesta matéria – e até contra o que num primeiro momento se poderia supor –, numerosas categorias de negócios jurídicos estão ainda sujeitas, no sistema jurídico português, a forma legal, como requisito da sua validade. Trata-se, por outro lado, de importantes categorias de negócios o que dá mais relevo à realidade atrás referida.

---

[1] Cfr. art. 80.º do C.Not.

[2] Por força de alterações introduzidas, em vários preceitos do Código Civil e de outros diplomas legais, pelo Dec.-Lei n.º 116/2008, de 4/Jul.

Esta atenuação da exigência da escritura pública vem na sequência da alteração de múltiplos diplomas legais, operada pelo Dec.-Lei n.º 76-A/2006, de 29/Mar. No plano que à matéria exposta no texto interesa, em termos genéricos, relativamente a actos de constituição de pessoas colectivas e entidades não personificadas, então, passou a ser exigida apenas a redução do negocio a escrito, salvo se, nesse acto, se verificar a transmissão de bens que exija prova mais solene [cfr., a título de exemplo, o citado diploma legal, o art.º 2º, na parte que altera o n.º 1 do artº 7º do C.S.Com., e o artº 14º, quanto à alteração do artº 2º do Dec.-Lei nº 248/86, de 25 Ago., que estabelece o regime do EIRL]. Como resulta do que de seguida se diz no texto, os negócios em causa não deixaram de ser formais, mas ocorreu, em certos casos, uma *atenuação* da forma legal antes exigida.

Por força das alterações introduzidas pelos citados diplomas legais de 2006 e 2008, foi profundamente modificada a redação do artº 80º do C. Not.

Contudo, nem por isso podem deixar de se retirar do princípio consensualista dominante importantes consequências quando se trata de fixar o regime dos negócios formais quanto ao alcance da exigência de forma e do vício que os afecta, se esta não for observada. Será retomada esta questão a respeito da forma da declaração negocial.

IV. A relevância prática da distinção entre negócios formais e não formais é intuitiva, pela sua estreita ligação com o critério que a ela preside. Sendo a forma específica, nos negócios formais, *condição* da sua validade, a não observância da forma legal implica invalidade do acto. Em geral, eles são nulos (art. 220.º do C.Civ.).

Por outro lado, a exigência de forma específica projecta-se no conteúdo do negócio e, correspondentemente, na sua eficácia. Daí decorrem relevantes particularidades do regime do negócio jurídico, nomeadamente pelo que respeita à sua interpretação, a certos vícios (erro na declaração, simulação) ou, até, ao seu aproveitamento quando inválido, por razões de forma ou outras (conversão).

391. Negócios reais e negócios não reais (consensuais)

I. A expressão *negócio real* é usada na classificação dos negócios jurídicos em mais de um sentido, tornando-se, pois, necessário começar por esclarecer a que lhe é atribuída em cada caso. Para facilitar esta tarefa, o esclarecimento pode fazer-se pela simples contraposição dos termos de cada classificação ou pela aposição de um qualificativo aos mesmos.

Usa-se a primeira via na epígrafe deste número, ao significar que vão ser referidos os negócios reais por oposição a negócios não reais ou consensuais, enquanto, noutro sentido, os primeiros se opõem aos obrigacionais[1]. Mas podiam ter sido qualificados os termos da distinção, segundo uma terminologia clássica, que traduz a essência dos correspondentes critérios classificativos, designando os negócios reais, na primeira acepção, como *reais quoad constitutionem* (quanto à constituição) e, na segunda, como *reais quoad effectum* (quanto aos efeitos).

Os negócios reais *quoad constitutionem* entroncam na categoria romana do *contractus re, qui re perficiuntur*, constituindo um dos termos da classificação tetrapartida dos contratos – *reais, verbais, literais* e *consensuais* –, correspondente a quatro modos de contrair obrigações: *re, verbis, litteris, consensu*. Os negócios

[1] Está então a ser considerada uma classificação, recortada sobre a sistematização germânica das relações jurídicas civis, a qual engloba, além dos negócios reais e obrigacionais, os familiares e os sucessórios; que será tratada no número seguinte.

reais celebravam-se mediante a entrega de certa coisa, os *verbais* obedeciam a uma forma oral solene, os *literais* deviam constar de documento e os *consensuais* dependiam de simples manifestação da vontade.

Segundo a classificação de Justiniano, os contratos reais eram o *mutuum*, o *comodatum*, o *depositum* e o *pignus*.

II. Os negócios reais *quoad constitutionem*, na sua construção moderna, caracterizam-se pela circunstância de a sua perfeição depender, para além de uma manifestação de vontade, formal ou não, da prática de um acto de entrega da coisa que têm por objecto. Essa entrega pode ser real, simbólica ou mesmo fictícia, mas sem ela o negócio não se constitui validamente, pelo que sempre é, portanto, elemento da estrutura do acto.

A entrega da coisa diz-se *tradição (traditio)*. Pode, portanto, definir-se negócio real, neste sentido, *como aquele cuja perfeição depende, além da declaração, da tradição da coisa que tem por objecto*.

Neste mesmo sentido, outra definição de negócio real é a que o identifica como aquele «para cuja formação se exige, além dos requisitos comuns a todos os contratos, outro que consiste na *transferência da posse*, ou seja, como diziam os Romanos, na *datio rei*. Sem essa transferência o contrato não está constituído: não é válido e, portanto, não produz efeitos»[1].

O acto material de entrega da coisa pode ser anterior mas deve, pelo menos, ser contemporâneo do negócio.

No Direito Civil[2] e no domínio do Código vigente[3], a doutrina aponta, em geral, como contratos reais *quoad constitutionem*, o penhor[4], a doação

---

[1] I. Galvão Telles, *Manual*, pág. 464 (os itálicos são do texto).

[2] É frequente também incluir-se na enumeração, no Direito Comercial, o contrato de reporte. Neste sentido, cfr., I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 465-466, e Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, pág. 285, nota (2). Sobre a integração deste contrato na categoria aqui referida é muito nítido o § único do art. 477.º do C.Com.: «é condição essencial à validade do reporte a entrega real dos títulos».

[3] No domínio do Código de Seabra, *vd.*, Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 50-51. Tinham então essa natureza os contratos de penhor (arts. 855.º e 858.º), o empréstimo, de que o comodato e o mútuo eram espécies (arts. 1506.º, 1510.º e 1524.º), a usura, que era uma espécie de mútuo retribuído (art. 1636.º), e o depósito (art. 1431.º).

[4] Nos termos do art. 669.º, n.º 1, do C.Civ., o penhor de coisas «só produz os seus efeitos pela entrega da coisa empenhada, ou do documento que confira a exclusiva disponibilidade dela, ao credor ou a terceiros»; segundo o n.º 2 desse preceito, a entrega pode consistir na constituição de uma situação de composse se ela «privar o autor do penhor da possibilidade de dispor materialmente da coisa». A qualificação do contrato de penhor como negócio real é genericamente aceite pela doutrina posterior ao novo Código: Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, pág. 285; Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil*, vol. I, pág. 689; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 320; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, pág. 396; e Menezes Cordeiro, *Teoria Geral*, vol. I, pág. 517, e *Tratado*, vol. I, T. I, pág. 465, e vol.II. T. II, págs. 187 e segs. Contudo, como referiam Pires de Lima e Antunes Varela, a regra do art. 669.º admite múltiplas excepções, sendo mais rigoroso dizer, com Castro Mendes, que só o penhor de regime geral é negócio real.

de coisa móvel não reduzida a escrito[1], a parceria pecuária[2], o comodato[3], o mútuo[4] e o depósito[5/6].

Em nenhum desses actos há obrigação de entregar a coisa, uma vez que, o contrato só se torna perfeito com essa entrega. Tal resulta, quer da sua noção[7], quer do facto de a lei não configurar, entre as obrigações do comodante, do mutuante, do depositante, ou do doador, a de entregar a coisa[8].

III. A manutenção da categoria dos negócios *reais*, nesta acepção, um tanto *por inércia jurídica*, levanta algumas dúvidas à moderna dogmática civilista, nomeadamente a parte significativa da doutrina portuguesa, por ela ter deixado, em geral, de corresponder a exigências socioeconómicas atendíveis e de exercer uma função útil.

Tem vindo assim a desenvolver-se uma forte corrente doutrinal no sentido de admitir, ao lado dos contratos reais tipificados na lei, a válida constituição

---

[1] Segundo o art. 947.º, n.º 2, 1.ª parte, do C.Civ., a doação de coisas móveis não depende de formalidade alguma externa, quando acompanhada de tradição da coisa doada. A identificação desta modalidade de doação como negócio real é também feita por Castro Mendes e Almeida Costa (obs. e vols. cits.).

[2] Identificam o contrato de parceria pecuária como real, Almeida Costa, ob. e vol. cits., e Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil*, vol. II, pág. 756.

[3] A qualificação, *de iure condito*, do comodato como contrato real não levanta dificuldades. Além dos AA. cits. na ant. nota (1), *vd.*, ainda, Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, pág. 301, nota (3), e Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil*, vol. II, pág. 741.

[4] Quanto ao mútuo, Castro Mendes, afastando-se do entendimento corrente, que o qualifica como contrato real [*vd*. AA. cits. na ant. nota (1) e Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil*, vol. II, págs. 761-762], manifestava algumas dúvidas fundadas no facto de o art. 1142.º do C.Civ. não se referir à entrega da coisa e usar a palavra «empresta», à qual se pode atribuir o sentido de o mutuante pôr «à disposição de, entregando ou permitindo que o mutuário tome ou vinculando-se a entregar». Chamava ainda à colação o facto de já no domínio do Código de Seabra não serem muito fortes os argumentos da doutrina que dava o mútuo como contrato real; além da tradição jurídica, invocava-se então que ao mutuante não cabia a obrigação de entregar, ou argumentava-se com o sentido da palavra «cedência», usada no art. 1506.º desse Código. Não são procedentes as dúvidas de Castro Mendes. Mesmo quando se adopte uma posição contrária à subsistência da categoria dos *negócios reais*, é manifesto que o legislador a manteve para a generalidade dos contratos que, na formulação romanística, a ela pertenciam, alargando-a mesmo. Assim, na falta de argumentos de texto indiscutíveis, orientados no sentido de a ideia do Código ser a de construir o negócio como *consensual*, há ainda outro, fundado na não previsão da obrigação de o mutuante entregar a coisa, elemento fundamental na distinção destas duas categorias de negócios.

[5] Não levanta dúvidas a qualificação do depósito como contrato real, conforme se vê dos AA. citados em notas anteriores.

[6] Sobre a qualificação, como real, do negócio de constituição do sinal (art. 442.º do C.Civ.), *vd*. Antunes Varela, *Sobre o Contrato-promessa*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 1989, págs. 68 e 80; J. Calvão da Silva, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, Coimbra, 1987, pág. 301; e Ana Coimbra, O *Sinal: Contributo para o Estudo do seu Conceito e Regime*, *in O Direito,* ano 122, III-IV, págs. 642 e segs.

[7] O regime do penhor é, porventura, o mais nítido, dado o teor do n.º 1 do art. 669.º: «penhor só produz os seus efeitos pela entrega da coisa empenhada, ou de documento que confira a exclusiva disponibilidade dela, ao credor ou a terceiro».

[8] A este respeito é significativo o confronto com o regime da compra e venda [art. 879.º, al. *b*), do C.Civ.].

de categorias paralelas meramente consensuais e, portanto, obrigacionais quanto à entrega da coisa. Reconhece-se, assim, às partes, em alternativa, a possibilidade de optar entre uma modalidade *real* (típica) e uma modalidade *consensual* (atípica) destes contratos, qualquer delas válida.

Esta posição foi sustentada por Vaz Serra, em estudo especificamente dedicado ao contrato de mútuo, ainda no domínio do Código de 1867[1]. A mesma orientação foi mais tarde seguida por C. Mota Pinto[2], numa perspectiva mais genérica, sendo hoje perfilhada por Almeida Costa[3], e Menezes Cordeiro[4]. É esta a solução correcta sustentada de há muito, que se aqui mantém com algumas notas complementares.

Em rigor, o problema não se coloca em termos análogos para todos os contratos reais *quoad constitutionem*. Assim, ele não se põe quanto à doação de coisa móvel não reduzida a escrito, pois o próprio legislador configura duas modalidades do negócio – real e consensual –, e deve ser resolvido no sentido de se entender justificada a sua natureza *real*, sem margem para dúvidas, quanto ao reporte[5], e, embora de modo menos evidente, no caso do penhor[6] e da parceria pecuária[7/8] . Quanto aos demais, a sua configuração real apresenta-se hoje como obsoleta, simples resquício do formalismo do Direito romano, que, para além do mais, não se molda ao moderno princípio do consensualismo. Não se vê, com efeito, que interesse pode justificar, no comodato, no mútuo ou no depósito, que a entrega da coisa constitua elemento integrativo da sua estrutura, necessária à sua perfeição.

---

[1] *Notas acerca do contrato de mútuo*, *in* RLJ, ano 93.º, págs. 65 e segs.

[2] *Cessão da posição contratual*, reimp., Almedina, Coimbra, 1982, nota (1), págs. 11-15, *Direito das Obrigações*, 1973, pág. 287, e *Teoria Geral*, págs. 396-397.

[3] *Direito das Obrigações*, págs. 256-258.

[4] *Teoria Geral*, vol. I, págs. 519-521, e *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 466-468.

[5] A este respeito assinala Almeida Costa que a exigência da *traditio* se compreende como meio de «evitar que se disfarcem, sob aquela designação, contratos diversos, em que se prescinda dessa entrega» [*Direito das Obrigações*, pág. 286, nota (2)].

[6] Quanto ao penhor de regime geral, como escrevia Vaz Serra *(Penhor*, in BMJ, n.º 58, págs. 17 e segs., em particular, pág. 38), a necessidade da *traditio* justifica-se por a posse assim constituída servir «para dar publicidade ao penhor, sem a qual terceiros podem ser injustamente prejudicados». Esta ideia de publicidade constitutiva da *traditio* como justificação da natureza real do penhor é acolhida por Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, pág. 286, e Menezes Cordeiro, *Teoria Geral*, vol. I, págs. 521-522, e *Tratado*, vol. I, T. I, pág. 467.

[7] No contrato de parceria pecuária, a *traditio*, como elemento constitutivo do negócio, justifica-se pela sua natureza não-formal e pelo facto de a execução do negócio exigir a detenção dos animais por parte do parceiro-pensador.

[8] Ana Coimbra atribui ao negócio constitutivo de sinal o valor de mera promessa, quando a sua celebração não seja acompanhada de tradição. Recorre para tanto, no que se afigura ser o seu pensamento, à figura da conversão (est. e rev. cits., pág. 643), mas não exclui a hipótese de se estar perante um negócio (consensual) atípico [*idem*, *ibidem*, nota (1)]. Tendo em conta as funções reservadas ao sinal, deve entender-se a tradição como um elemento *substancial* do negócio, pelo que não se admite a possibilidade de se constituir, a *título definitivo*, como meramente consensual, perfilhando pois, a primeira das alternativas postas por Ana Coimbra.

Sendo assim, e com base no princípio da autonomia privada, esses contratos podem ser celebrados como negócios atípicos consensuais (e contratos bilaterais), ficando uma das partes obrigada a entregar a coisa e a outra restituí-la mais tarde.

Como é manifesto, à luz desta doutrina, perante um negócio deste tipo sem tradição da coisa, coloca-se um problema de interpretação da vontade das partes. Se dela resultar que, ao abrigo do princípio da autonomia privada, os autores do contrato o quiseram como consensual, nada se opõe, nesta tese, à sua validade com tal natureza. Se se verificar, porém, que as partes o quiseram como real, então o negócio é nulo.

IV. A posição exposta não recebe, porém, o sufrágio unânime da doutrina portuguesa.

Já no domínio do Código de Seabra, manifestavam-se no sentido de não admitir formas consensuais dos contratos reais Antunes Varela[1] e I. Galvão Telles[2]. Na vigência do actual Código, a mesma orientação foi sustentada por Pires de Lima e Antunes Varela[3]. Também I. Galvão Telles continuava a manter a sua posição sobre o valor dos negócios reais quanto à constituição, quando celebrados sem a *datio rei*[4].

Para estes Autores, celebrado um negócio *real quoad constitutionem* como consensual, sem *traditio*, ele é necessariamente nulo, ainda que admitam a sua conversão (comum, segundo o art. 293.º) em contrato-promessa[5].

Note-se que o problema da conversão se coloca mesmo na tese anterior, quando a interpretação conduza ao sentido, por certo menos plausível e frequente, de as partes quererem como real um contrato celebrado sem *traditio rei*.

Quando, no âmbito de qualquer das construções, o negócio seja nulo, o entendimento correcto é o de admitir a sua conversão comum, logo, nos termos do art. 293.º, verificados os correspondentes requisitos, mediante a atribuição, ao negócio, de uma eficácia sucedânea própria de um negócio preliminar[6].

---

[1] *Ensaio sobre o conceito do modo*, Atlântida, 1955, págs. 125 e segs.

[2] *Manual*, 3.ª ed., pág. 384.

[3] *Código Civil*, vol. II, págs. 740 (quanto ao comodato), 761-762 (quanto ao mútuo) e 834 (quanto ao depósito).

[4] *Manual*, 4.ª ed., pág. 467.

[5] Cfr. Pessoa Jorge, *Direito das Obrigações*, vol. I, pág. 157. Era este o entendimento comum no domínio do Código Civil de 1867, segundo informam I. Galvão Telles *(Manual*, 3.ª ed., pág. 384) e Vaz Serra *(Notas*, *in* RLJ, ano 93.º, págs. 66-68).

[6] Sobre este ponto, cfr. o nosso est. *A Conversão*, págs. 811-812.

392. Negócios reais, obrigacionais, familiares e sucessórios

I. A distinção entre negócios *reais, obrigacionais*, *familiares* e *sucessórios* atende aos seus efeitos, pelo que os primeiros se dizem, nesta acepção, *reais quoad effectum*[1].

Atendendo aqui aos efeitos do negócio, e não à sua estrutura como acontecia na classificação anterior, o negócio é real, obrigacional, familiar ou sucessório consoante dele resulte a constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica real, obrigacional, familiar ou sucessória.

Alguns exemplos de cada um destes tipos de negócios ilustram o sentido da distinção entre eles estabelecida.

Os contratos são frequentemente fonte de relações obrigacionais, ficando assim explicada a opção sistemática do legislador do Código Civil ao ocupar-se desta categoria de negócio nessa qualidade e ao incluir no respectivo Livro o regime de um número significativo de contratos em especial. Não deve, porém, esquecer-se que os contratos podem ser fonte da generalidade das relações jurídicas civis, só lhes estando reservado um papel mais limitado no Direito das Sucessões. Dada esta sua múltipla eficácia, o Livro do Direito das Obrigações não esgota, de maneira nenhuma, a categoria dos contratos nominados.

O mais relevante dos contratos obrigacionais, a compra e venda, para além dos seus efeitos obrigacionais essenciais – obrigação de entregar a coisa vendida e de pagar o preço [als. *b*) e *c*) do art. 879.º do C.Civ.] –, produz o efeito real de transmissão do direito de propriedade [al. *a*) do citado artigo]. A generalidade dos direitos reais menores podem constituir-se por contrato; para dar um só exemplo cita-se o caso do usufruto (art. 1440.º do C.Civ.).

Também os negócios unilaterais são fonte, tanto de obrigações (arts. 457.º e seguintes do C.Civ.), como de direitos reais, como acontece no usufruto, que pode ser constituído por testamento – citado art. 1440.º

As relações familiares também podem provir de negócios jurídicos, como é o caso do casamento e da convenção antenupcial. Os exemplos de negócios jurídicos sucessórios são mais limitados; os mais significativos, para além do testamento, são a aceitação, o repúdio (arts. 2050.º e seguintes e 2062.º e seguintes, do C.Civ., respectivamente) e os pactos sucessórios (art. 1698.º do C.Civ.).

II. A exposição anterior, nomeadamente os exemplos dados, deixa perceber que esta classificação não pode ser entendida em termos absolutos, porquanto o mesmo tipo negocial pode produzir efeitos jurídicos diversificados.

---

[1] Sobre os contratos obrigacionais e reais, *quoad effectum*, vd. Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. II. T, II. pág. 193.

Ilustrando esta afirmação com outros exemplos, também a doação gera, além de relações obrigacionais, relações reais, porquanto determina a transmissão do direito de propriedade sobre a coisa doada (art. 954.º do C.Civ.). A convenção antenupcial interfere com a relação jurídica familiar no seu plano patrimonial, mas tem também efeitos reais, ao criar alterações na titularidade e no regime de direitos reais dos nubentes, para além de produzir efeitos sucessórios, quando nela se contenha um pacto sucessório (arts. 1698.º e 1700.º do C.Civ.). Quanto ao testamento, é o exemplo mais significativo neste campo, por a já conhecida indeterminação do seu conteúdo (art. 2179.º, n.os 1 e 2, do C.Civ.) permitir que ele seja fonte da generalidade das relações jurídicas civis, podendo através dele constituir-se relações reais (já acima exemplificadas), familiares [perfilhação – art. 1853.º, al. *b*)], ou mesmo obrigacionais (instituição de legado, por dela decorrerem obrigações para o herdeiro – art. 2265.º, n.º 1, do C.Civ.).

III. É manifesta a interdependência entre esta classificação e a sistematização germânica das relações jurídicas civis, participando, por isso, ela das suas vantagens e inconvenientes. Sem necessidade de mais desenvolvimentos neste domínio, importa apenas destacar o diferente alcance do princípio da autonomia privada nestas várias categorias de negócios.

É nos negócios obrigacionais que ele atinge a sua máxima extensão, comportando tanto a liberdade de celebração, como a de estipulação, sem prejuízo de algumas restrições já assinaladas quanto aos negócios unilaterais, o que explica a inserção do regime contido no art. 405.º no correspondente Livro do Código Civil.

Os direitos reais são dominados pelo princípio da tipicidade e do *numerus clausus*. Este regime extrai-se do art. 1306.º do C.Civ., quando nele se estatui que «não é permitida a constituição, com carácter real de restrições, ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei». Sem entrar em desenvolvimentos, próprios da disciplina dos Direitos Reais, e circunscrevendo a exposição ao ponto relevante no campo agora em análise, importa esclarecer o verdadeiro sentido do princípio da tipicidade por referência aos negócios jurídicos reais, quanto aos efeitos.

Muito embora o princípio da tipicidade dos direitos reais não se projecte, em geral, nas suas vicissitudes e nas suas fontes, não deixa de acarretar alguma limitação do princípio da liberdade de estipulação, mas não já do de selecção do tipo negocial. Assim, por força da sua tipicidade, as partes não podem, por negócio jurídico, criar figuras reais distintas das previstas na lei. Não há, porém, uma tipificação de negócios reais *quoad effectum*, sendo perfeitamente admissível – salvo restrição específica da lei – constituir, modificar ou extinguir direitos reais mediante negócios jurídicos das mais diversas categorias e até inominados.

Nas relações familiares, a relevância do princípio da autonomia privada só pode ser entendido ao distinguir, nelas, as de natureza pessoal e as de natureza patrimonial. No plano pessoal das relações familiares o princípio da autonomia da vontade sofre significativas limitações, como se compreende. Mais uma vez as partes estão limitadas, não só por serem tipificados os actos que podem gerar essas relações, mas ainda por eles serem de conteúdo determinado. Já no plano patrimonial se manifesta mais plenamente a liberdade de conformar o conteúdo do negócio jurídico, como se vê do art. 1698.º do C.Civ., relativo à convenção antenupcial.

Nas relações sucessórias as diferenças de regime em matéria de autonomia privada são agora determinadas em função da natureza do acto jurídico; nesta medida, elas ultrapassam a classificação em análise e respeitam antes à que reparte os negócios em *inter vivos* e *mortis causa*, sendo nesta última categoria que se integram os mais relevantes negócios sucessórios. Quanto a eles, se é muito amplo o campo de aplicação do princípio da autonomia em matéria de testamento, em contrapartida é muito restritivo pelo que respeita aos contratos sucessórios (art. 2028.º do C.Civ.). Contudo, mesmo quanto ao testamento devem ter-se presentes as já conhecidas e importantes limitações à liberdade do testador decorrentes da tutela dos sucessores legitimários.

393. Negócios recipiendos e negócios não recipiendos

I. A classificação dos negócios em *recipiendos* (ou *receptícios*) e *não recipiendos* (ou *não receptícios)* atende às diferentes modalidades por que o negócio jurídico ganha eficácia.

Há, na verdade, negócios cujos efeitos se produzem por mero efeito da correspondente *acção*, sem que esta tenha de ser dirigida ou levada ao conhecimento de outrem: são os *negócios não recipiendos* (também ditos *negócios isolados*). Pelo contrário, outros há cuja eficácia fica dependente da circunstância de a declaração negocial ser dirigida ou levada ao conhecimento de certa pessoa: são os *negócios recipiendos* (também ditos *negócios dirigidos a outrem*).

Encontra-se uma afloração desta ideia no art. 224.º, n.º 1, do C.Civ., *in fine*, embora neste preceito esteja formulada sob a perspectiva da declaração negocial. Segundo ele, a declaração de vontade que não tem um destinatário torna-se eficaz «logo que a vontade do declarante se manifeste na forma adequada».

II. A classificação em análise tem o seu campo de aplicação, por excelência, no domínio dos negócios jurídicos unilaterais, mas não está excluída a possibilidade de se aplicar, embora com um alcance específico, aos negócios bilaterais.

Nos negócios unilaterais encontram-se com facilidade manifestações das duas categorias em análise. São exemplos de negócios unilaterais não recipiendos o testamento, a aceitação e o repúdio da herança, a instituição de uma fundação. Cabem na outra modalidade a ratificação dos negócios ineficazes, a revogação do mandato, a denúncia do arrendamento ou a resolução do contrato.

Há também casos de fronteira, em relação aos quais a qualificação numa ou noutra categoria é discutida, como acontece com a renúncia de direitos reais menores ou com a confirmação do negócio anulável. Sem deixar de tomar em consideração as significativas dúvidas levantadas por Manuel de Andrade[1], foi adaptada, na 1.ª edição destas lições[2] a tese desendida por C. Mota Pinto[3] e Rui de Alarcão[4], na sua qualificação como negócios recipiendos, posição revista na 2ª edição; desde então, passou a ser perfilhada a de dever ser levada em conta a modalidade que a renúncia reveste e o seu regime concreto; mas na generalidade dos casos é um negócio recipiendo[5].

Importa não confundir os negócios unilaterais dirigidos a outrem com o contrato, mesmo quando a eficácia daqueles dependa, não apenas da sua comunicação, mas também da aceitação do destinatário. Com efeito, não há, mesmo neste último caso, acordo de vontades, constituindo a aceitação, como mera condição de eficácia do negócio, em si mesma, um negócio jurídico autónomo.

Não se passam assim as coisas no contrato; como salientava Manuel de Andrade, ele não se compõe de dois negócios unilaterais, correspondentes a cada uma das declarações, porquanto «cada uma das partes não quer provocar de modo autónomo, isto é, por meio só da sua declaração, o efeito visado, mas unicamente através do consenso da outra. O proponente *espera a aceitação*; o aceitante *emite a sua declaração tendo em vista a precedente oferta*»[6].

III. É corrente a doutrina situar a classificação em estudo no campo dos negócios unilaterais, desde logo, pela sua natural ligação com tais negócios. Mas a favor deste entendimento, dir-se-ia militar ainda o facto de os contratos – negócios bilaterais – valerem pelo encontro das vontades das partes e, portanto, caírem fora do âmbito desta distinção. Mas não é necessariamente assim, fazendo ainda sentido aplicá-la nesse domínio, com as adequações inerentes à natureza dessa categoria.

---

[1] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 423.
[2] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 211 e nota (50).
[3] *Teoria Geral*, pág. 387.
[4] A *confirmação dos negócios anuláveis*, vol. I, Atlântida, Coimbra, 1971, pág. 180.
[5] Cfr. Lições de Direitos Reais, 6.ª ed., rev. e act., *Quid Iuris*, Lisboa, 2009, págs. 256 e segs.
[6] *Teoria Geral*, vol. II, págs. 42-43 (os itálicos são do texto).

Continua, no fundo, em causa o problema de saber se o negócio, em si mesmo, e não cada uma das declarações que o integram, é plenamente eficaz sem mais requisitos ou depende da sua comunicação a terceiros ou do consentimento deles. Posta assim a questão, é possível identificar, nos contratos, negócios recipiendos, embora em geral eles integrem a outra categoria. Recipienda, *hoc sensu*, é, por exemplo, a cessão do crédito. Como claramente o seu regime revela, embora não dependa do consentimento do devedor, só produz efeitos, quanto a este, se lhe for notificada (art. 577.º e 583.º do C.Civ.). Neste caso, naturalmente, ao qualificar-se o negócio como recipiendo isso significa, ainda mais sugestivamente que nos negócios unilaterais, ser ele dirigido a outrem, neste caso um terceiro[1].

394. Negócios *inter vivos* e negócios *mortis causa*

I. As expressões latinas que qualificam as modalidades de contratos referidas na epígrafe deste número são de uso corrente, mas não podem ser traduzidas (nem entendidas) à letra. Mesmo para além da evidência de todos os negócios só poderem ser celebrados em vida dos seus autores, não se trata também de os seus efeitos se produzirem durante esse período de tempo ou só depois da morte de quem os pratica ou neles intervém.

O verdadeiro critério da distinção é o da *causa* dos efeitos jurídicos produzidos pelo negócio. Assim, ele é *inter vivos* se constituir a causa dos seus efeitos e, por isso mesmo, estes se produzirem (ou poderem produzir), em regra, de imediato, em vida do seu autor. Há, porém, negócio *mortis causa* quando a causa jurídica dos efeitos a que se dirige o negócio é a morte do declarante.

Como realçava I. Galvão Telles, «devem pois distinguir-se os casos em que a morte está na *origem* da transmissão e os casos em que é *mera circunstância extrínseca*. Aqueles em que é *facto principal* e aqueles em que é facto *secundário* de natureza permissiva. Respectivamente *causa* e *termo suspensivo*. Só na primeira categoria de hipóteses se pode falar de transmissão *mortis causa*. Na segunda a transmissão é *inter vivos*, conquanto subordinada a um termo suspensivo que por coincidência será a morte do transmitente»[2/3]. Numa fórmula que se afigura menos adequada, Castro

---

[1] Cfr., neste sentido, Paulo Cunha, *Teoria Geral*, vol. III, pág. 26.

[2] *Direito das Sucessões*, pág. 31 (os itálicos são do texto). Cfr., ainda, no sentido defendido no texto, Dias Marques, *Teoria* Geral, 1955, pág. 539; E. Betti, *Teoria Geral*, t. II, Coimbra Editora, 1969, págs. 210 a 214, *maxime*, 210; e Santoro-Passarelli, *Teoria Geral*, págs. 184-185.

[3] Em sentido contrário, dizia Cabral de Moncada que, no negócio *mortis causa*, o facto de o exercício dos direitos constituídos pelo acto ser diferido para depois da morte do agente não influi sobre a eficácia do mesmo acto, constituindo se desde logo a respectiva relação jurídica (*Lições*, vol. II, pág. 69).

Mendes concebia o negócio *mortis causa* como o que se destina a produzir efeitos depois da morte do declarante, funcionando a morte como termo plenamente suspensivo[1].

Sem dúvida, o normal – *id quod plerumque fit* –, nos negócios *inter vivos*, é os seus efeitos produzirem-se também em vida do seu autor. Contudo, é perfeitamente possível ficar a produção dos efeitos diferida para o momento da morte do declarante, como acontece nos negócios *inter vivos* a termo, sendo o evento previsto a morte do declarante. Em tal caso, sem deixar o negócio de ser em si mesmo válido, os seus efeitos estão dependentes da morte de uma das partes. Mas nem por isso a compra e venda sujeita a termo, tal como acima exposto, passa a ser considerada um acto *mortis causa*, pois a causa da transmissão não deixa de ser a compra e venda, enquanto nos actos *mortis causa* essa causa é a morte do autor do negócio.

Esta maneira de ser dos negócios *mortis causa* vem a traduzir-se numa particularidade muito significativa do seu regime: a livre revogabilidade pelo seu autor (cfr. arts. 2179.º, n.º 1, e 2311.º do C.Civ.). Essa característica dos actos *por morte* compreende-se, se se tiver presente que esse negócio, por si mesmo, não é constitutivo de efeitos, ao contrário do que sucede nos negócios *inter vivos*, que logo ficam subtraídos à livre revogação unilateral pelo seu autor.

II. A grande massa dos negócios jurídicos pertence à modalidade dos actos entre vivos, podendo eles ser onerosos ou gratuitos, distinção adiante abordada. São mais limitados os negócios *mortis causa*, que, por outro lado, têm necessariamente carácter de gratuitidade.

No sistema jurídico português, *negócio por morte* típico é o testamento; nele concorre justamente a significativa característica da livre revogabilidade acima referida (art. 2179.º, n.º 1, do C.Civ.), não sendo válida qualquer cláusula pela qual o autor da sucessão renuncie à faculdade de o revogar (art. 2311.º, n.ºs 1 e 2, do mesmo Código). Por outro lado, só após a morte do testador se produz o efeito transmissivo do acto, como abundantemente resulta do regime estatuído no Código Civil (cfr., *v.g.,* arts. 2031.º e 2179.º).

Para além do testamento, que é um negócio unilateral, o princípio dominante no Direito português é o da proibição dos negócios *mortis causa* bilaterais, consignada no n.º 2 do art. 2028.º do C.Civ. Com efeito, este preceito proíbe, em geral, os pactos ou contratos sucessórios, que só são válidos nos casos especialmente previstos na lei.

[1] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 322.

O n.º 1 do art. 2028.º estabelece uma noção ampla (e imprópria) do pacto sucessório[1], mas para o ponto agora em análise interessa sobretudo salientar que são nulos, por exemplo:

a) o contrato através do qual uma pessoa disponha da sua própria herança, mediante um certo preço;

b) o contrato pelo qual alguém renuncie à herança de pessoa viva;

c) o contrato pelo qual alguém disponha da herança de pessoa viva.

III. Na fixação do regime dos negócios *mortis causa* bilaterais, no sistema jurídico português, são as doações por morte que fundamentalmente importa estudar. O princípio geral, nesta matéria, contém-se no n.º 1 do art. 946.º do C.Civ., segundo o qual essas doações só são válidas nos casos admitidos na lei; fora disso, são nulas, segundo o entendimento dominante da doutrina, imposto, de resto, pelo regime geral do art. 294.º do C.Civ.

O princípio estabelecido no art. 946.º, na sequência da proibição contida no n.º 2 do art. 2028.º, sofre dois desvios diferentes. Como é manifesto, importa desde logo determinar os casos especiais de válida celebração de doações *mortis causa*, que adiante são expostos. Para além disso, o referido regime sofre uma importante atenuação por força do n.º 2 do mesmo preceito. Se a doação por morte satisfazer os requisitos formais do testamento, ela vale como disposição testamentária. Segundo o entendimento corrente na doutrina, opera-se aqui uma conversão legal da doação[2].

O mesmo regime vale para as doações *mortis causa*, para casamento quando não se contenham em convenção antenupcial, por força da segunda parte do n.º 2 do art. 1756.º

IV. No sistema jurídico português, os casos de validade de doações *mortis causa* reduzem-se aos pactos sucessórios contidos em convenção antenupcial e às doações para casamento[3], desde que insertas, também, em convenção antenupcial, sendo então havidas como pactos sucessórios e sujeitas ao seu regime (respectivamente, arts. 1700.º e seguintes e 1755.º e seguintes).

---

[1] Cfr. I. Galvão Telles, *Direito das Sucessões*, págs. 121 e segs., e as nossas *Lições de Direito das Sucessões*, págs. 557 e segs.

[2] Para maiores desenvolvimentos, *vd*. o nosso estudo *A Conversão*, págs. 591 e segs. Quanto ao problema relativo aos requisitos formais exigidos pelo art. 946.º, n.º 2, o novo Código do Notariado não alterou, no essencial, o regime exposto naquele estudo, havendo apenas que actualizar a numeração dos preceitos aí citados [quanto aos indicados nas várias alíneas da pág. 594, regem hoje, pela ordem, aí indicada, os arts. 7.º, n.º 1, al. *a*), 11.º, 36.º, 38.º, n.os 1 e 2, 47.º, n.º 4, 61.º, 67.º, n.os 1, al. *a*), e 2, 140.º, 187.º, n.º 1, al. *a)*, e 188.º, n.º 1, al. *a)* do C.Not.]. Sobre os pontos essenciais à apreciação do problema, antes contidos nos arts. 84.º e 87.º, *vd.*, hoje, os arts. 67.º e 70.º

[3] Como se vê do n.º 1 do art. 1753.º do C.Civ., diz-se *doação para casamento* a que é feita a um dos esposados ou a ambos, em vista do casamento, podendo «ser feita por um dos esposados ao outro, pelos dois reciprocamente, ou por terceiro a um ou a ambos os esposados» (art. 1754.º).

Em suma, a validade dos negócios relativos à sucessão contratual, no Direito português, está limitada aos chamados pactos sucessórios insertos em convenção antenupcial.

Se, no plano formal, as restrições legais à celebração de pactos sucessórios são significativas, ao restringi-las a disposições contidas em convenção antenupcial, já no plano do seu conteúdo a lei portuguesa abre um importante campo de aplicação aos pactos sucessórios.

A liberdade de estipulação manifesta-se, desde logo, em relação ao objecto da sucessão, porquanto, uma vez feitas através de pacto sucessório em convenção antenupcial, podem nelas ser instituídos herdeiros ou ser nomeados legatários. Por outro lado, são diversas as modalidades de pacto sucessório admitidas, quer quanto à herança a que respeitam, quer quanto aos beneficiários da liberalidade. Da conjugação das várias alíneas do n.º 1 do art. 1700.º do C.Civ. resulta serem válidas as seguintes modalidades de pacto sucessório:

a) de cada um dos esposados a favor do outro;
b) dos esposados entre si;
c) de cada um dos esposados a favor de terceiro;
d) de terceiro a favor de qualquer dos esposados ou de ambos.

V. Para melhor caracterizar estes negócios jurídicos importa analisar o seu regime nas suas linhas gerais[1].

A disposição a favor de qualquer dos esposados, feita por terceiro ou pelo outro esposado, não é revogável unilateralmente pelo autor da sucessão, não podendo também este afectá-la por actos de disposição (art. 1701.º do C.Civ.).

Assim, ainda que a transmissão dos bens só se dê por morte do instituidor, como é próprio dos negócios *mortis causa*, o pacto não é revogável e tem, desde logo, alguma relevância jurídica em vida daquele. Por isso, a doutrina corrente afirma que, neste caso, o sucessível pactício beneficia de uma expectativa jurídica.

Nas disposições de esposados a favor de terceiros, o seu regime varia consoante o terceiro intervenha ou não no acto, aceitando a instituição. Se não intervier como aceitante, a disposição pactícia tem valor testamentário (art. 1704.º do C.Civ.); se o beneficiário aceitar a instituição, intervindo no pacto, segue-se o regime acima descrito para as instituições a favor de esposados, como se vê do art. 1705.º do C.Civ.

Em suma, em certos casos a instituição pactícia não é revogável e tem desde logo alguma eficácia em vida do autor da sucessão. Atento este regi-

[1] Esta matéria foi tratada, com mais desenvolvimento, em *Lições de Direito das Sucessões*, págs. 569 e segs.

me, estes pactos assumem a natureza de negócios híbidros, como ensinava C. Mota Pinto[1]. O mesmo vale para as doações por morte para casamento, a que se refere o art. 1755.º, n.º 2, do C.Civ., porquanto estas, como antes se disse, seguem o regime dos pactos sucessórios a favor dos esposados.

395. Negócios patrimoniais e negócios não patrimoniais

I. A distinção entre negócios *patrimoniais* e negócios *não patrimoniais* – ou *pessoais*, na linguagem corrente – assenta no critério da patrimonialidade a que tantas vezes tem sido feito recurso, sendo, por isso, dispensáveis aqui mais desenvolvimentos. Exemplos de negócio patrimonial são a compra e venda, a doação, o arrendamento, a empreitada; por seu turno, negócio não patrimonial é o casamento, entre outros.

Sendo esta uma classificação que não levanta questões particulares e se funda num critério conhecido, poderia dispensar uma referência autónoma, se três razões particulares não justificassem esta menção destacada.

II. A primeira reside no facto de ela ser ponto de partida para outras classificações de maior relevo, desenhadas no conjunto dos negócios patrimoniais. Uma delas reparte-os em onerosos e gratuitos; outra distingue, naquele primeiro termo, os negócios comutativos dos aleatórios. Para além disso, entre os negócios onerosos podem ainda destacar-se os chamados negócios parciários.

A segunda razão justificadora do destaque dado à distinção entre negócios patrimoniais e não patrimoniais prende-se com a diferente configuração que o princípio da autonomia da vontade assume nestes dois tipos de actos, manifestando-se com mais relevo nos negócios patrimoniais.

Finalmente, como decorrência da especial maneira de ser de cada um deste tipo de negócios, um importante ponto de regime os diferencia. Como assinalava C. Mota Pinto, «os negócios pessoais são «negócios fora do comércio jurídico», isto é, cuja disciplina, quanto a problemas como o da interpretação do negócio jurídico e o da falta ou dos vícios da vontade, não têm que atender às expectativas dos declaratários e aos interesses gerais da contratação – do tráfico jurídico –, mas apenas à vontade real, psicológica do declarante. Esta prevalência da vontade real sobre a sua manifestação exterior exprime-se, por vezes, quanto aos negócios pessoais (casamento, perfilhação, legitimação, adopção), em textos especiais que se afastam da doutrina geral dos negócios jurídicos; na ausência de textos

[1] *Teoria Geral*, pág. 391.

directos é um princípio, inferido da natureza dos interesses em jogo, que se impõe ao intérprete.

Na disciplina dos negócios patrimoniais (dos «negócios do comércio jurídico»), por exigência de tutela da confiança do declaratário e dos interesses do tráfico, a vontade manifestada ou declarada triunfa sobre a vontade real, assim se reconhecendo «o valor social da aparência» (na expressão de Emílio BETTI)»[1].

396. Negócios onerosos e negócios gratuitos

I. Os negócios patrimoniais repartem-se em *gratuitos* e *onerosos*[2]. O critério que preside a esta distinção é o de haver, por efeito do negócio, atribuições patrimoniais só para uma das partes e um sacrifício patrimonial para a outra ou de tais atribuições e sacrifícios serem recíprocos. No primeiro caso, o negócio é gratuito e no segundo oneroso.

Os negócios gratuitos designam-se genericamente por *liberalidades*, por neles haver a intenção de proporcionar gratuitamente um enriquecimento a outrem; o Código Civil acolhe esta terminologia em várias normas (cfr., *v.g.*, arts. 941.º, 1705.º, n.º 4, 2168.º e 2169.º).

Facilmente se atinge que são negócios gratuitos o testamento e a doação e onerosos a compra e venda, a troca, a empreitada.

II. Feita a caracterização sumária dos negócios onerosos, alguns desenvolvimentos se impõem.

Respeita o primeiro ao apuramento do sentido a atribuir ao requisito da reciprocidade das atribuições patrimoniais. A sua forma mais corrente envolve a transferência recíproca de direitos, com a consequente adstrição a vinculações; assim acontece nos exemplos típicos dos contratos de troca e de compra e venda. Contudo, a onerosidade do negócio pode traduzir-se na constituição ou transferência de um direito real, a favor de uma das partes, contra uma prestação de outra natureza.

Por outro lado, importa não confundir a reciprocidade de atribuições patrimoniais com a equivalência das mesmas. As atribuições patrimoniais podem ser recíprocas e haver ou não equivalência entre elas; na mesma ordem de considerações, nada impede a possibilidade de essa equivalência, quando exista, ser meramente subjectiva e não objectiva.

Em geral, a validade do negócio oneroso não é afectada por essa falta de equivalência e, muito menos, pelo facto de ela ser meramente subjectiva.

---

[1] *Teoria Geral*, págs. 398-399.

[2] Sobre esta clarificação, por referencia aos contratos, vol. Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. II. T. II., págs. 201-203.

O Direito deixa às partes a liberdade de ajuizarem sobre o valor que para cada uma reveste a atribuição que lhe é feita e o correspondente sacrifício que lhe é imposto, ao celebrar o negócio. São múltiplas as razões, relevantes no plano jurídico, que podem levar alguém a suportar um custo desproporcionado pela obtenção de certo bem: especial apetência por esse bem, urgência em o obter, valor estimativo do mesmo, esperança de vantagens futuras resultantes da posse desse bem, ou, mesmo, a mera intenção de afastar um concorrente. Só resta assinalar que, naturalmente, se pressupõe que a vontade do contraente se formou livre e esclarecidamente; se assim não for, o negócio pode ser atacado em sede de erro, coacção, ou usura, vícios a estudar oportunamente. Note-se, porém, desde já, que, nestes casos, a falta de correspondência, ou é em si mesma irrelevante para atacar o negócio (caso do erro e da coacção), ou só releva em conjunto com outros requisitos, como sejam a situação de inferioridade do contraente lesado e o consciente aproveitamento dessa situação por outrem, para conseguir uma vantagem excessiva ou injustificada (usura).

III. Um segundo esclarecimento relativo à onerosidade do negócio respeita ao campo de aplicação da figura.

A circunstância de se exigir, nos negócios onerosos, a existência de prestações recíprocas poderia fazer nascer a ideia de os reconduzir aos *contratos bilaterais*. Se se atentar, porém, um pouco mais detidamente no critério de classificação, logo se torna claro que a exigência de reciprocidade nas atribuições patrimoniais não exclui a possibilidade de haver *contratos unilaterais* onerosos. O próprio Código o admite, quando se refere ao mútuo oneroso e este, na sua configuração legal típica, é um contrato unilateral.

O carácter oneroso do mútuo, ligado ao facto de o mutuário ficar obrigado a pagar uma compensação (juros) pela utilização do capital mutuado, resulta precisamente do facto de o sacrifício inicial do mutuante – ao facultar a outrem o uso da coisa mutuada – ter uma contrapartida na obrigação de pagar os juros, imposta ao mutuário.

Este ponto leva a chamar a atenção para uma das particulares modalidades que pode revestir o contrato oneroso. Ao atentar no modo como se configura a reciprocidade de atribuições patrimoniais, facilmente se compreende que, em certos casos, ela se traduz no facto de haver para as partes obrigações recíprocas de tal modo que ambas têm, simultaneamente, na relação jurídica emergente do acto, a posição de credor e de devedor. Sempre que tal situação se verificar, existe um contrato oneroso e sinalagmático. Mas estas duas qualidades nem sempre concorrem nos negócios onerosos.

IV. Em certos negócios onerosos a vantagem patrimonial atribuída a uma das partes assume uma feição especial, ficando dependente dos ganhos ou

proventos realizados pela outra, à custa da prestação por aquela feita. São os chamados negócios *parciários*, de que é exemplo típico a parceria pecuária.

Na parceria pecuária, como resulta do art. 1121.º do C.Civ., certa pessoa – o *parceiro proprietário* – entrega a outro – o *parceiro pensador* – um ou mais animais para este os criar, pensar e vigiar, sendo os lucros advenientes desta actividade repartidos entre as partes.

Assim, o parceiro proprietário tem como sacrifício patrimonial a perda da disponibilidade dos animais, mediante a sua entrega, sendo a sua contrapartida a decorrente da participação nos lucros futuros da parceria.

V. A distinção entre negócios onerosos e gratuitos corresponde, no plano económico-social, a duas importantes modalidades de circulação dos bens. Daí emergem importantes consequências, quando se passa a considerar o regime jurídico destes dois tipos de negócios.

Facilmente se compreende que a protecção da contraparte assume muito mais relevância quando o negócio é oneroso, pois também ela suporta um sacrifício patrimonial. Esta razão já não prevalece nos negócios gratuitos, pela compreensível razão de só uma das partes obter vantagens patrimoniais. A generalidade das diferenças de regime entre os actos onerosos e gratuitos explica-se por esta ideia dominante.

Assim, por exemplo, na impugnação pauliana, a procedência do ataque dos credores é facilitada quando o acto é gratuito e agravada quando ele é oneroso (art. 612.º do C.Civ.), pois, neste segundo caso, o património do devedor recebe uma contrapartida do bem por ele alienado. A mesma ideia preside ao regime da oponibilidade da invalidade dos actos jurídicos aos terceiros adquirentes de boa fé. O interesse destes só é tutelado, em geral, se, para além de outros requisitos, o seu acto aquisitivo for oneroso (cfr., por exemplo, art. 291.º do C.Civ.). É que, neste caso, ele vê-se privado do bem adquirido e corre ainda o risco de não recuperar o sacrifício patrimonial que suportou para o obter.

A relevância do facto de a prestação de uma das partes ter como contrapartida uma prestação da outra explica também que, em caso de dúvida, na interpretação dos negócios jurídicos deva prevalecer o sentido que conduza «ao maior equilíbrio das prestações», se o acto for oneroso, ou o que envolva consequências menos gravosas para o disponente, se for gratuito (art. 237.º do C.Civ.).

A diferente maneira de ser dos negócios onerosos e gratuitos prevalece ainda na caracterização destes como actos de disposição, como a seu tempo se demonstrará[1].

[1] Cfr., *infra*, n.º 672.

397. Negócios comutativos e negócios aleatórios

I. Na categoria dos negócios onerosos pode estabelecer-se uma importante distinção, repartindo-os entre *comutativos* e *aleatórios*.

Em certos negócios onerosos, independentemente da correspondência entre as prestações, as atribuições das partes são desde logo determinadas (ou determináveis), em termos de não ficar qualquer delas dependente, quanto ao seu valor, ou quanto à sua verificação, de qualquer facto futuro e incerto.

Estes contratos dizem-se *comutativos*. Fácil é configurar um exemplo de contrato de compra e venda comutativo: basta que o preço e a coisa sejam desde logo determinados, como acontece se ***A*** vende *certo* prédio a ***B*** por *determinado* preço.

Mas nem sempre assim acontece, sendo concebíveis negócios onerosos que envolvem um risco *(álea)* para uma das partes ou para ambas, ficando as prestações (ou uma delas) na dependência de certo facto futuro, em termos de só uma ser realizada ou de não se verificar qualquer correspondência entre elas.

Na prática, há aqui, pois, o risco de, no plano patrimonial, um dos contraentes ganhar ou perder. Estes contratos onerosos dizem-se *aleatórios*. O exemplo típico é o do contrato de seguro.

O Código Civil prevê e regula vários contratos aleatórios: venda de coisa futura (art. 880.º, n.º 2), venda de bens de existência ou titularidade incerta (art. 881.º)[1], contrato de jogo e aposta (art. 1245.º)[2], contrato de renda vitalícia (art. 1238.º)[3].

II. A natureza aleatória do negócio pode apresentar-se sob mais de uma modalidade. Assim há a considerar:

a) casos de incerteza quanto à prestação a realizar;

b) casos de incerteza quanto à realização de uma só das prestações;

---

[1] Esses dois tipos de contratos de compra e venda podem ter ou não natureza aleatória, como se vê dos próprios preceitos citados no texto.

[2] O regime do contrato de jogo e aposta é bastante complexo, havendo a distinguir entre *jogo ilícito*, *jogo lícito* e *jogo regulamentado*. Embora apenas nas suas linhas gerais, importa referir como se estabelece a diferença, pois alguns dos aspectos do correspondente regime prendem-se com a matéria da *Teoria Geral*. Quando o jogo é ilícito, os respectivos contratos são inválidos, por vício do objecto (art. 280.º do C.Civ.); por isso, deles não nascem obrigações entre os contraentes, para além de estes poderem incorrer em sanções (art. 1245.º, primeira parte, do C.Civ.). Se o jogo é lícito, o contrato respectivo é fonte de obrigações naturais, como estatui a segunda parte do art. 1245.º Se o jogo é objecto de regulamentação (como acontece com o jogo em casinos, as apostas mútuas desportivas, o totoloto, as apostas em corridas de cavalos e provas de obstáculos, o bingo, as rifas, sorteios ou outros jogos especialmente autorizados – objecto de múltipla legislação especial), do correspondente contrato nascem obrigações civis, isto é, em sentido próprio. O mesmo vale, nos termos do art. 1246.º do C.Civ., para «as competições desportivas, com relação às pessoas que nelas tomarem parte».

[3] No Código Comercial contemplam-se, como aleatórios, o contrato de seguro (arts. 425.º e segs.), hoje regulado também por múltipla legislação avulsa, e o de risco (art. 626.º).

c) casos de incerteza quanto ao valor de uma das prestações;

d) casos de incerteza quanto à realização e quanto ao valor de uma das prestações.

A primeira modalidade de álea ocorre no vulgar contrato de aposta. Se ***A*** e ***B*** fazem uma aposta sobre o resultado de certa competição desportiva, não se sabe quem realizará a prestação, objecto da aposta, mas só uma será devida.

Na hipótese da al. *b*) cabe o contrato de venda de bens de existência ou de titularidade incerta, quando revista natureza aleatória. Sendo assim, a prestação do preço é sempre devida, ainda que venha a verificar-se que os bens não existem ou não pertencem ao vendedor, como estatui o art. 881.º do C.Civ.

O terceiro caso ilustra-se com o contrato de seguro de vida. Ambas as prestações são devidas: o segurado tem de pagar o prémio do seguro e a entidade seguradora tem de pagar o capital seguro ao beneficiário do contrato. A primeira prestação é ainda certa quanto ao seu montante; já o grau de correspondência entre esta prestação e a da seguradora depende da data da morte do segurado. Algo de semelhante se passa no contrato de compra e venda de coisa futura *(emptio spei)*, como seja a venda de frutos pendentes, se nela se estabelecer um preço fixo, independente da quantidade dos frutos efectivamente colhidos.

Finalmente, pode a incerteza de uma das prestações referir-se tanto à sua realização como ao seu montante, sendo certa a outra prestação. É o caso do contrato de seguro contra incêndio. Assim, neste contrato, a prestação da seguradora não é certa quanto à sua verificação (pode nunca ocorrer esse sinistro), nem quanto ao seu montante (porquanto depende do valor dos danos a reparar, se houver incêndio). Mas é certa a prestação do segurado, quer quanto à sua realização, quer quanto ao seu valor. A haver sinistro, também o grau de correspondência entre as prestações está dependente do tempo de vigência do contrato e do montante dos danos, no momento da sua ocorrência.

398. Negócios a título universal e negócios a título singular

I. Ao estabelecer a distinção entre *negócios jurídicos a título universal* e *a título singular* é de toda a utilidade ter presente o conceito de universalidade de direito.

Na verdade, o negócio é a título universal quando respeita a uma universalidade de direito ou a uma fracção aritmética dela[1]. Os actos a título singular definem-se por exclusão de partes; são todos os demais.

[1] Traduz-se frequentemente esta ideia com a expressão *parte alíquota*. É, porém, preferível usar a fórmula *fracção aritmética,* pois aquela significa, em rigor, parte que cabe um número certo de vezes no todo, e isso pode não se verificar, sem o negócio deixar de ser a título universal.

Esta classificação tem uma importante manifestação no direito sucessório, pois com base nela se estabelece fundamentalmente a distinção entre os institutos da herança e do legado (art. 2030.º do C.Civ.)[1]. Não é, porém, exclusiva desse ramo de Direito, sendo aplicável a negócios *inter vivos*, ainda que estes revistam mais frequentemente a modalidade de negócios a título singular.

II. O interesse desta classificação reside no facto de no negócio a título universal se abranger o activo e o passivo de um certo conjunto patrimonial, enquanto no negócio a título singular o acto respeita a bens especificamente considerados. Isso explica, por exemplo, e ainda no campo do direito sucessório, que o herdeiro responda pelas dívidas do *de cuius* pelas *forças* da herança (arts. 2068.º a 2071.º do C.Civ.), enquanto tal se não verifica, em geral, quanto ao legatário (art. 2276.º do mesmo Código)[2].

Desta mesma maneira de ser das modalidades de negócios em apreço outra importante consequência se extrai. Por o negócio a título singular respeitar a bens especialmente considerados *(uti singuli)*, o correspondente direito (a que o negócio respeita) incide, em princípio, imediatamente sobre esse bem. Pelo contrário, no acto a título universal o direito respeita à universalidade ou a parte dela e torna-se, em geral, necessário um acto complementar – *a partilha* (*vd*. arts. 2101.º e seguintes do C.Civ.) –, para o direito passar a incidir sobre coisas singulares, compreendidas na universalidade. Exemplificando: na compra e venda de certo prédio, o comprador adquire, em geral imediatamente (art. 408.º, n.º 1, do C.Civ.), o direito de propriedade desse prédio. Mas na cessão da herança, ou da quota de um dos herdeiros, o direito tem por objecto o conjunto dos bens da herança e não directa e imediatamente cada um deles. Só mediante a partilha se vai atribuir, a cada um dos co-herdeiros, direito sobre bens determinados.

399. Referência a outras classificações

I. As classificações atrás analisadas são as mais importantes ou relevantes para o estudo subsequente. Não esgotam, porém, a matéria e várias outras se poderiam citar; a algumas delas é de seguida feita referência sumária.

---

[1] Sobre esta classificação e os conceitos de direito sucessório aqui invocados, cfr. I. Galvão Telles, *Direito das Sucessões*, págs. 186-187 e 193-194; e Espinosa Gomes da Silva, *Direito das Sucessões*, págs. 23 e 53 e segs.

[2] Os encargos referidos no n.º 1 do art. 2276.º são cláusulas modais e não dívidas da herança. Os legatários só respondem pelas dívidas da herança no caso especial do art. 2277.º do C.Civ. – distribuição de toda a herança em legados –, ou quando o testador assim haja estabelecido especialmente.

Torna-se, desde logo, possível alargar aos negócios jurídicos alguns critérios usados na classificação dos actos jurídicos. Nesta base, cabe distinguir entre negócios jurídicos simples e complexos; ou entre negócios lícitos e ilícitos. De mais interesse se reveste a aplicação, ao negócio jurídico, da distinção entre actos jurídicos principais e actos jurídicos secundários e das várias subdivisões feitas em cada uma dessas categorias.

A este respeito cabe notar, porém, que também se usa contrapor *negócios principais* a *negócios acessórios*. Diz-se negócio acessório aquele que pressupõe a prévia realização de outro. Este, por seu turno, é o negócio principal. Negócio jurídico acessório, neste sentido, é o acto de constituição de uma hipoteca (art. 686.º, n.º 2, do C.Civ.). Na verdade, a hipoteca, enquanto direito real de garantia, não constitui um fim em si mesma; não faz sentido constituir uma hipoteca sem ela se referir a outro facto jurídico, como garantia do cumprimento das vinculações a que, por efeito deste, uma das partes fique adstrita.

A principal relevância desta classificação manifesta-se no princípio segundo o qual o regime dos negócios acessórios depende do dos principais a que estão ligados.

II. Num plano diferente do da alínea anterior, situam-se outras classificações de menor relevo.

Assim, atendendo aos efeitos do negócio sobre um direito preexistente, pode falar-se em negócios *declarativos*, que envolvem o reconhecimento de um direito eventualmente controvertido, e em negócios *confirmativos*, que se traduzem na supressão dos efeitos de um vício que afectava um negócio anterior.

Em especial, no plano dos negócios patrimoniais, distinguem-se os *aquisitivos* dos *dispositivos*, segundo deles resulta a aquisição ou disposição de um direito real, e os *vinculativos* dos *liberativos,* consoante sejam actos de adstrição a uma vinculação ou de liberação da mesma[1].

Maior significado têm outras classificações, como as que repartem os negócios em *nominados* e *inominados* ou *típicos* e *atípicos* e em *causais* e *abstractos*, que serão referidas noutros pontos deste estudo, com os quais mantêm importante conexão[2].

[1] Convém relacionar esta matéria com a das vicissitudes dos direitos e das vinculações (*infra*, n.os 696 e segs.).

[2] Cfr., *infra*, respectivamente, n.os 553 e 545.

CAPÍTULO III
A FORMAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO[1]

SECÇÃO I
GENERALIDADES

400. Razão de ordem

I. A formação do negócio jurídico não segue sempre o mesmo modelo, sendo múltiplas as razões que estão na origem dessa diversidade de soluções legalmente consagradas.

Desde logo, releva nesta matéria a categoria negocial, em particular, a distinção entre negócios unilaterais e bilaterais ou plurilaterais; mas, em relação a cada uma delas, as múltiplas circunstâncias da vida que acompanham a sua celebração interferem também com o modo que ela reveste. Assim, são manifestamente diferentes os termos em que, na prática diária, se forma um corrente contrato de compra e venda de bens de consumo e os de um negócio da mesma categoria, mas de aquisição de equipamentos para instalação de uma unidade fabril.

Noutro plano, há a considerar que prevalece na formação do negócio o princípio da autonomia privada, segundo o qual as partes podem, na sua celebração, optar pelo regime que tenham por mais adequado.

Estas considerações conduzem a um quadro de *atipicidade* do regime de formação do negócio jurídico. Todavia, essa *atipicidade* não significa que os

---

[1] Sobre a matéria deste Capítulo, além dos AA. adiante cits., *vd.*, em geral, para o Direito vigente, I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 203 e segs.; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 201 e segs. e 453 e segs.; Menezes Cordeiro, *Teoria Geral*, vol. I, págs. 593 e segs., e *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 489 e segs.; C. Ferreira de Almeida, *Contrato*, vol. I, págs. 81 e segs.; P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 458 e segs.; e Heinrich E. Hörster, *A Parte Geral*, págs. 454 e segs., e, em especial, *Sobre a formação do contrato segundo os art.os 217.º e 218.º, 224.º a 226.º e 228.º a 235.º do Código Civil*, *in* RDE, ano IX (1983), págs. 121 e segs.

termos em que a formação do negócio decorre não sejam redutíveis a certos modelos, e que o Direito não tenha para o efeito estabelecido uma série de regras, que constituem *sistemas* diversos de formação do negócio jurídico.

O assinalado princípio de autonomia aponta ainda no sentido da supletividade das normas desses sistemas. O Direito não pode, porém, deixar de atender, em particular nos contratos, à posição das partes no negócio e aos interesses que elas nele representam, ponderação que impõe, por vezes, o recurso a normas injuntivas, nomeadamente proibitivas.

II. O Código Civil dispõe sobre a formação do negócio jurídico nos arts. 224.º e seguintes, por referência à «perfeição da declaração negocial», como revela a epígrafe da Subsecção onde esses preceitos se integram.

Embora estas normas estabeleçam o regime comum do negócio jurídico, elas interessam, na sua maior parte (arts. 227.º a 235.º), à formação dos negócios bilaterais ou plurilaterais, dos contratos, em suma.

Compreende-se que assim seja por razões que decorrem directamente do critério que preside à distinção entre estas duas categorias de negócios. Em verdade, no negócio unilateral, havendo uma só declaração, o que fundamentalmente releva é apurar em que termos ela se torna juridicamente vinculante – *perfeita* na terminologia do Código –, logo, o momento a partir do qual o negócio existe. Diferentemente, nos bilaterais, à multiplicidade de declarações que o integram acresce a necessidade de as partes harmonizarem os interesses em presença, no sentido de os conciliar e de para eles fixar uma regulamentação que a ambas convenha.

Por esta mesma razão, a exposição subsequente, sem deixar de ter em conta pontos do regime da perfeição da declaração negocial que interessam ao negócio unilateral, é fundamentalmente dominada pela figura do contrato.

O sistema de formação do negócio jurídico consagrado no Código Civil – que se pode considerar clássico – assenta no pressuposto da igualdade das partes, no exercício da sua autonomia negocial.

Cabe, porém, reconhecer que este sistema não representava já uma solução inteiramente acertada ao fenómeno da contratação, tal como ele se revelava na época da sua entrada em vigor. Esse desajustamento agravou-se ao longo da sua vigência, o que determinou a necessidade de consagrar novas soluções, ajustadas a outros modelos de circulação dos bens e da prestação de serviços. Embora com certo atraso, em relação a outros sistemas jurídicos, o Direito português consagrou, em diploma avulso (Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro), o sistema de celebração de negócios jurídicos mediante o recurso a cláusulas contratuais gerais.

A evolução tecnológica que desde há algum tempo se verificou, deu, porém, lugar a novas formas de celebração de negócios jurídicos, que têm

também de ser atendidas, para se desenhar um quadro completo dos vários modelos.

Finalmente, à acima assinalada nota de atipicidade que domina nesta matéria corresponde uma larga margem de autonomia na selecção de modos de celebração de negócios jurídicos, para além dos legalmente regulados.

III. Neste conjunto de sistemas, os mais importantes são o do Código Civil e o das cláusulas contratuais gerais. Este pelo seu significativo campo de aplicação; aquele, pelos elementos que fornece para o estudo dos demais. Por assim ser, além de lhes ser dada primazia, pela ordem por que ficam referidos, dos restantes sistemas será feita exposição mais sucinta.

Em qualquer dos domínios da investigação subsequente, será dada atenção mais desenvolvida à formação do contrato.

SECÇÃO II
O Sistema do Código Civil

401. Formação do negócio unilateral

A circunstância de no negócio unilateral haver uma só declaração acarreta uma manifesta simplicidade na sua formação. Em verdade, tudo se resume a saber quando a declaração do autor do negócio se torna eficaz.

Ainda assim, o regime de formação do negócio não é uniforme, pois se projecta nele a já conhecida distinção entre negócios recipiendos e não recipiendos, por razões que o critério que a ele preside só por si justifica.

Se a declaração é não recipienda, resulta da segunda parte do n.º 1 do art. 224.º do C.Civ. que a proposta é eficaz «logo que a vontade do declarante se manifesta na forma adequada».

Se a declaração é recipienda (ou seja, tem um destinatário), a sua eficácia verifica-se quando chega ao poder do destinatário ou dele é conhecida (primeira parte daquele preceito).

Toma, assim, o legislador português posição numa velha polémica doutrinal sobre o momento em que ganha relevância a declaração negocial. Como melhor se justificará, quando, de seguida, for tratada a formação do contrato, pois aí ganha essa polémica particular relevância, optou o Código Civil, nos negócios unilaterais, pela doutrina da recepção (art. 224.º).

402. Formação do contrato: negócios entre presentes e entre ausentes

I. O sistema do Código Civil reporta a formação do negócio jurídico em geral à declaração negocial. No que respeita ao contrato, havendo, pelo menos, duas declarações, uma emitida por cada uma das partes – a *proposta* e a *aceitação* –, importa estabelecer o modo por que elas se articulam para o negócio se considerar *perfeito*.

Ora, deste ponto de vista, duas situações se podem verificar, em função do modo como a declaração de cada uma das partes atinge a esfera jurídica do seu destinatário. Nesta base estabelece-se a distinção que demarca os negócios *entre presentes* dos negócios *entre ausentes*. Acontece que, como adiante se demonstrará, apenas quanto à segunda destas categorias o sistema do Código Civil faz sentido, não só quanto aos contratos mas quanto aos negócios unilaterais recipiendos.

Por assim ser, importa fixar, desde já, os termos em que esta destrinça se estabelece.

II. O Código Civil português vigente não a contempla expressamente[1], embora esteja implícita em muitos aspectos do regime da formação do negócio jurídico.

O critério da destrinça não é, como as designações poderiam sugerir, meramente *físico*. Não se exige, para o negócio ser entre *presentes*, que as partes estejam na presença física, material, uma da outra; basta a presença ideal, de que era exemplo clássico a oferta telefónica, em que a formação do negócio ocorre sem que entre as declarações das partes haja um intervalo juridicamente relevante[2/3].

A questão ganhou novos contornos com o evoluir dos meios técnicos de telecomunicação, primeiramente em relação aos negócios feitos por telex e, mais recentemente, por *fax*, correio electrónico e outros meios equivalentes, que, de igual modo, permitem um contacto *ideal* imediato entre as partes. Na verdade, é possível ao destinatário de uma proposta negocial, por qualquer destes meios, emitir sobre ela, acto contínuo, a sua vontade, usando, até, por vezes, o documento de que ela consta. Será o caso de, numa proposta com transmissão facsimilada, o seu destinatário escrever no próprio documento da proposta recebida a sua aceitação (*v.g.*: «bem recebido; aceito»), retransmitindo-o de imediato; ou de, numa proposta feita por correio electrónico, o destinatário manifestar a sua aceitação pela mesma via e em termos de ela ser recebida pelo proponente num documento que contém o texto das duas declarações, por exemplo, reencaminhando a mensagem recebida para o remetente.

Contrato entre presentes é também o celebrado com recurso a um sistema de videoconferência.

---

[1] O Código de 1867 referia-a nos arts. 650.º (respeitante à proposta dirigida a *presentes*) e 651.º a 653.º (relativos à proposta feita a *ausentes*).

[2] Cfr. sobre o critério da distinção, Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 551-552.

[3] Cfr. as observações feitas a respeito da distinção entre actos simples e complexos.

403. Formação do contrato: a proposta; noção, modalidades, requisitos e natureza jurídica

I. Diz-se *proposta*[1] a declaração pela qual uma pessoa manifesta a outrem a sua intenção de celebrar determinado negócio, destinada a integrar o correspondente conteúdo, se ele vier a concretizar-se.

Desta noção resulta de modo inequívoco que a proposta é uma declaração recipienda. O autor da proposta é designado por *proponente* e aquele a quem é dirigida por *destinatário*.

Por outras palavras, o *proponente*, ao emitir a sua declaração, toma a iniciativa do negócio, afirmando não só pretender celebrá-lo, mas dando a conhecer também a correspondente vontade negocial.

Nesta base, é fácil distinguir a proposta negocial, verdadeira e própria, da declaração destinada a provocar uma proposta de outrem. O autor desta declaração manifesta apenas a sua disponibilidade para receber propostas em vista da celebração de certo negócio, convidando ou incitando terceiros a formulá-las. Verifica-se, aqui, na expressiva fórmula de I. Galvão Telles, um *convite a contratar*[2].

II. Em regra, tomando uma das partes a iniciativa negocial, a *proposta* é dirigida a uma pessoa determinada com quem ela intenta vir a celebrar o negócio. Pode, porém, a proposta ser dirigida a uma generalidade de pessoas; existe então uma *oferta ao público*.

É esta uma modalidade de proposta adequada a sistemas decorrentes de negociação massificada, em que não se torna, pelo menos, prático formular propostas individualmente dirigidas.

Os meios de formulação de propostas mediante oferta ao público são muito diversificados, podendo indicar-se, como os mais correntes, a emissão de impressos dirigidos a uma multiplicidade de interessados, a afixação de tabuletas ou outros meios equivalentes e até a simples exposição de mercadorias em estabelecimentos abertos ao público.

O Código Civil não estabelece um regime especial para esta modalidade de proposta, salvo no que respeita à sua revogação (art. 230.º, n.º 3); deste modo, a oferta ao público segue, no mais, o regime geral da proposta negocial.

III. A validade da proposta depende também do seu conteúdo. Como já ensinava I. Galvão Telles, no domínio do antigo Direito, a proposta «quanto

---

[1] É esta a designação adoptada na doutrina como na lei. Cfr., por todos, no domínio do velho Código, I. Galvão Telles (*Manual*, 3.ª ed., pág. 194) e, no actual, Menezes Cordeiro (*Tratado*, vol. I, T. I, págs. 552-553). No Código Civil, *vd.*, por exemplo, arts. 230.º, 233.º e 234.º

[2] *Manual*, pág. 247 e nota (243).

ao *conteúdo* tem de ser *completa*, no sentido de definir e abranger todos os elementos específicos do futuro contrato […] de sorte que para a formação do acordo bastará um «sim», um «aceito» do destinatário, a mera adesão à proposta, que em si já contém a substância do contrato, dependente apenas da aceitação»[1].

Nenhum preceito do Código Civil consigna expressamente este regime. Ele corresponde, porém, à boa doutrina[2] e está implícito nos seus arts. 232.º e 233.º

Finalmente, a proposta deve revestir a forma exigida para o negócio jurídico correspondente.

IV. A natureza jurídica da proposta negocial está longe de ser pacífica na doutrina. A polémica consiste em saber se ela é, em si mesma, um negócio jurídico unilateral.

Embora lhe seja atribuída, por alguma doutrina[3], esta qualificação, não é este o entendimento correcto. A proposta não é, só por si, um negócio jurídico[4], ainda que tenha, em si mesma, relevância jurídica.

Tal não significa, porém, que, por se destinar a integrar um acto negocial, não lhe seja aplicável o regime do negócio jurídico, em matérias como as relativas à capacidade, à legitimidade, ao objecto, à vontade, etc. Esta solução justifica-se até por a lei não se ocupar, a respeito da proposta, de tais matérias, pois apenas rege sobre a sua eficácia.

404. Formação do contrato: a proposta; eficácia

I. Em sede de eficácia da proposta negocial, cumpre distinguir duas questões; respeita uma a saber os termos em que a proposta se torna eficaz e outra a definir os efeitos que ela produz. Quanto ao primeiro ponto, para seu completo esclarecimento, importa ainda identificar qual a sua duração e, por referência a esta, quais as causas da cessação da sua eficácia.

II. A proposta torna-se eficaz nos termos do art. 224.º do C.Civ., cujo regime resulta mais claro se na sua interpretação se tiverem em conta as

[1] *Manual*, 3.ª ed., págs. 194 e 195; os itálicos são do texto original.

[2] Assim o afirmava C. Mota Pinto, quando realçava que uma proposta contratual só existe «se for suficientemente *precisa*, dela resultar a vontade de o seu autor se *vincular* e houver *consciência* de se estar a emitir uma verdadeira declaração negocial» *(Teoria Geral*, pág. 651; os itálicos são do texto).

[3] Neste sentido, *vd*. Menezes Cordeiro, *Teoria Geral*, vol. I, págs. 625 e segs., e *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 562-563.

[4] Era esta a posição de I. Galvão Telles (*Manual*, pág. 246).

várias posições que, em abstracto, poderiam ser adoptadas, em função dos momentos que na correspondente declaração negocial se podem distinguir; segundo a análise feita por I. Galvão Telles, são os seguintes: formulação, expedição, recepção e conhecimento (pelo destinatário)[1]. Por referência a estes momentos, qual deles releva para eficácia da proposta?

De acordo com o n.º 1 do art. 224.º, atende-se, primariamente, ao momento da recepção da proposta. Todavia, este cede, por mais de uma via, ao seu conhecimento.

Na verdade, o conhecimento da proposta pode preceder a sua recepção, e torna-se então relevante, pois só com esta interpretação a primeira parte do n.º 1 do art. 224.º faz sentido.

Em contrapartida, por assim dizer, a relevância do conhecimento resulta ainda do n.º 3 do preceito em análise. Se a recepção ocorrer em termos tais, que, sem culpa do destinatário, a proposta não puder dele ser conhecida, ela não é eficaz.

Por outro lado, se a recepção não se verificar só por culpa do destinatário, a proposta é eficaz (n.º 2 do art. 224.º), o que significa que neste caso tudo se passa como se dele fosse conhecida[2].

III. A duração da proposta negocial é regida pelo art. 228.º do C.Civ., em termos que permitem afirmar que o período pelo qual a sua eficácia se mantém pode ter fonte voluntária ou legal.

A vontade relevante na fixação do prazo de duração da eficácia da proposta pode ser a do próprio proponente ou a das partes. No primeiro caso, essa relevância pode ser directa ou indirecta. É o que se apura do disposto nas als. *a*) e *b*) do n.º 1 do art. 228.º, como se passa a expor.

Resulta da al. *a*) do n.º 1 do art. 228.º do C.Civ. que o proponente ou as partes, por acordo, podem estipular o prazo de duração da proposta. Na falta de estipulação, as als. *b*) e *c*) desse mesmo preceito estabelecem certos prazos que têm, assim, fonte legal e natureza supletiva.

Não sendo fixado prazo, há que distinguir, consoante o proponente peça resposta imediata ou nada estabeleça.

No primeiro caso, a al. *b*) do n.º 1 do art. 228.º estatui que a proposta se manterá pelo tempo necessário para que ela e a aceitação, em condições normais, cheguem ao seu destino. Não fixando a lei qualquer regime especial para esta matéria, não pode deixar de se atender ao meio de comunicação usado e solicitado pelo proponente. As *condições normais* de recepção da proposta e de emissão da aceitação não são as mesmas quando se utilize um telegrama, um *fax*, o correio electrónico ou o correio normal. Neste último

[1] *Manual*, pág. 251.

[2] Importa ter aqui presente o ónus de ligação da pessoa com o seu domicílio.

caso, cabe ainda distinguir o tipo de correio – comum, expresso, *azul*, *verde*, aéreo – e a distância que separa as partes.

Nos meios de comunicação mais expeditos, a resposta imediata deverá entender-se como a que se verifica no próprio dia ou no seguinte, conforme as circunstâncias temporais de expedição da proposta (de manhã, de tarde). Para as propostas formuladas pelo correio normal, na falta de outro critério, é razoável recorrer, subsidiariamente, ao regime fixado no n.º 3 do art. 254.º do C.P.Civ., para as notificações judiciais. Assim, sendo o prazo presumido de recepção aí fixado em 3 dias, a proposta manter-se-á por 6 dias, o que significa que a aceitação deverá ser recebida dentro deste prazo.

Se não for pedida resposta imediata, a al. *c*) do n.º 1 do citado art. 228.º fixa um prazo adicional de 5 dias. Desta norma resulta que, no caso de expedição pelo correio normal, a duração da proposta é de 11 dias[1].

IV. A eficácia da proposta pode cessar por várias causas, a saber: caducidade, revogação, morte ou incapacidade do proponente, ilegitimidade do proponente e aceitação ou rejeição.

A caducidade ocorre pelo decurso do prazo da respectiva duração, nos termos esclarecidos na alínea anterior, pelo que não exige qualquer nota complementar. Só as restantes exigem, pois, notas adicionais.

V. Em princípio, a declaração negocial que seja eficaz é irrevogável (n.º 1 do art. 230.º). Este regime é, porém, afastado em dois casos.

Assim, o n.º 1 do citado preceito admite a possibilidade de o próprio proponente estipular de modo diferente. Por outro lado, o seu n.º 3 permite a revogação da proposta dirigida ao público, quando tenha lugar na forma da oferta ou em forma equivalente.

Para além destes casos, há a considerar uma hipótese particular, que se verifica quando o autor da proposta emite uma declaração revogatória em termos de ela ser recebida pelo seu destinatário, ou deste conhecida, ao mesmo tempo, ou antes da recepção da proposta. Será o caso de ***A*** remeter a ***B*** uma proposta negocial por correio normal; tendo, entretanto, verificado que lhe não convém mantê-la, envia um telegrama ou um *fax*, revogando-a. Sendo estes meios de comunicação mais expeditos do que o primeiro, é possível que a revogação chegue ao seu destinatário antes ou ao mesmo tempo da proposta.

Se assim acontecer, como se vê do art. 230.º, n.º 2, do C.Civ., a revogação prevalece e a eficácia da proposta cessa.

[1] Neste sentido, Menezes Cordeiro, *Teoria Geral*, vol. I, págs. 602-603.

VI. A relevância da morte, como é manifesto, mas também a da incapacidade do proponente, como causas de cessação da eficácia da proposta, só se verificam se tais factos ocorrerem após a sua emissão.

O n.º 1 do art. 226.º do C.Civ. determina que, não sendo estabelecido outro regime na própria declaração, aqueles factos não afectam a proposta. E, no desenvolvimento lógico deste entendimento, o n.º 1 do art. 231.º do mesmo Código estatui que a morte ou incapacidade do proponente não impede a conclusão do negócio, «excepto se houver fundamento para presumir que outra teria sido a sua vontade».

Diferente é o regime quanto à legitimidade do proponente. A ilegitimidade superveniente, ocorrida até o momento em que a proposta se torna eficaz, retira-lhe relevância (n.º 2 do art. 226.º).

VII. A cessação da eficácia da proposta verifica-se ainda se o proponente a aceitar ou a rejeitar, com o significado que será exposto a propósito das respectivas declarações.

VIII. Na determinação dos efeitos jurídicos da proposta, pressupõe-se que ela adquiriu eficácia.

A proposta eficaz projecta os seus efeitos na esfera jurídica do proponente e na do destinatário, em termos diversos, já se vê.

No que respeita ao proponente, o efeito relevante é o de, pelo período em que a eficácia da proposta subsista, nos termos acima expostos, se encontrar na situação de sujeição a seguir demonstrada.

Quanto ao destinatário, fica ele investido numa situação jurídica complexa, que se analisa em faculdades diversas. Assim, ele pode, independentemente da vontade do proponente, aceitar ou rejeitar a proposta. Nesta medida, fica investido num direito potestativo e o proponente constituído na correspondente sujeição. Mas, para além disso, o destinatário pode adoptar uma terceira via e emitir uma declaração que correntemente se designa como *contraproposta*. Neste domínio não existe já sujeição, como adiante se verá mais detidamente.

405. Formação do contrato: aceitação, rejeição e contraproposta

I. *Aceitação* é a declaração pela qual o destinatário de uma proposta negocial, ou qualquer interessado na oferta ao público, manifesta a sua concordância com o seu conteúdo.

A aceitação, tal como a proposta, e por razões equivalentes, é uma declaração recipienda.

O Código Civil não estabelece regime específico para a aceitação, salvo no que respeita à sua revogação (art. 235.º, n.º 2). É, portanto, legítimo aplicar-lhe, no mais, *mutatis mutandis*, o regime da proposta.

Assim, valem para a aceitação, desde logo, os requisitos de que depende a validade da proposta.

Pelo que respeita à sua eficácia, há apenas que atender ao regime contido no n.º 2 do art. 235.º Todavia, deste resulta não ser, afinal, o respectivo regime diferente do da proposta. Na verdade, dele se extrai, *a contrario sensu*, que a aceitação é irrevogável, uma vez que tenha sido recebida pelo proponente.

É, porém, admitida a revogação – e ainda aqui à semelhança da proposta – se ao mesmo tempo da sua recepção pelo proponente, ou antes dela, chegar ao poder deste, ou dele for conhecida, a declaração de revogação.

II. *Rejeição* é a declaração pela qual o destinatário de uma proposta negocial manifesta a sua recusa da proposta.

Mais uma vez esta é uma declaração recipienda, a que, na falta de regime especificamente para ela definido, se aplica analogicamente o da proposta.

A rejeição representa o exercício de uma faculdade potestativa contrária à aceitação. Enquanto esta, desde que satisfaça os requisitos de que a sua validade depende, acarreta a celebração do contrato, a rejeição, além do seu efeito natural de recusar a sua celebração, tem o de implicar a renúncia ao direito de aceitar. Cabe apenas ressalvar, quanto a este aspecto, a possibilidade de, uma vez emitida a correspondente declaração, o destinatário da proposta revogar a rejeição segundo o disposto no art. 230.º, n.º 2, do C.Civ., correspondentemente aplicado.

III. A declaração que não preencha os requisitos de conteúdo oportunamente identificados não vale como aceitação, porquanto não se opera a sua articulação com a proposta em termos de se formar o negócio jurídico.

Assim acontece na hipótese prevista na primeira parte do n.º 1 do art. 233.º do C.Civ., ou seja, quando na aceitação se contêm aditamentos, limitações ou outras modificações em relação à proposta. Segundo a letra expressa desse preceito, uma declaração com tal conteúdo é considerada rejeição, não aceitação.

Todavia, a lei não podia levar esta qualificação às últimas consequências, porquanto ela vedaria o passo a situações da vida que não podem ser desconsideradas. O destinatário pode estar interessado na celebração do contrato, não com o conteúdo da proposta, mas com outro diferente, ou seja, se nela forem introduzidas certas alterações. Atenta a esta realidade, a segunda parte do art. 233.º introduz uma ressalva ao regime acima exposto, nos seguintes

termos: se a modificação contida na declaração do destinatário for «suficientemente precisa, equivale a nova proposta e não vale como rejeição pura e simples».

A partir desta norma, fácil se torna definir a *contraproposta* como a declaração recipienda, da autoria do destinatário de uma proposta, pela qual este se declara disposto a aceitá-la com certas modificações, que têm de ser *suficientemente precisas*.

No fundo, a contraproposta é uma *proposta do destinatário*, sendo com base nesta qualificação que se obtém o esclarecimento da exigência de a modificação ser «suficientemente precisa». Enquanto *proposta*, a contraproposta tem de preencher os requisitos para aquela oportunamente definidos, em termos de, invertendo-se a posição das partes, o negócio se poder fechar mediante a simples declaração, pelo autor da proposta inicial, que aceita a contraproposta.

Em face do que se expõe, não deve confundir-se, com a situação que tem vindo a ser examinada, a *aceitação parcial*. Por definição, neste caso, o destinatário da proposta apenas aceita parte do seu conteúdo, não se pronunciando quanto ao mais. Ora, neste caso, nem o negócio se pode ter como formado, nem o destinatário da aceitação dispõe de *proposta* que, por seu turno, possa aceitar. Em suma, não há nem aceitação, nem contraproposta; há rejeição.

406. Formação do contrato: o consenso

I. Como resulta da exposição anterior, o sistema clássico de formação do contrato assenta num diferente posicionamento das partes, tomando uma delas a iniciativa do negócio, mediante a proposta, e manifestando a outra a sua conformidade com a mesma: aceitação.

Com frequência, porém, na vida prática, a necessidade de as partes harmonizarem os interesses em conflito num negócio que intentam celebrar, no sentido de os conciliar, determina a necessidade de, precedendo o esquema descrito, começarem por desenvolver conversações onde manifestam as suas intenções e posições negociais. Desenrola-se, assim, uma fase prévia ou preliminar[1], correntemente designada como fase *pré-negocial* (ou *pré-contratual*, na linguagem clássica).

Muitas vezes, só após se ter esgotado esta fase surge uma verdadeira e própria proposta, isto é, uma declaração que preenche os requisitos de que essa qualificação depende.

[1] O legislador usa a expressão *preliminares do contrato* no n.º 1 do art. 227.º do C.Civ.

II. Esta fase preliminar tem uma relevância significativa na formação do negócio jurídico, quer em si mesma, quer por referência ao negócio, caso este venha efectivamente a celebrar-se.

Assim, não se produzindo ainda os efeitos que acompanham a proposta, certo é, contudo, que as partes estão desde logo sob a alçada do Direito que lhes impõe deveres para pautarem o seu comportamento negocial. Deste modo, a não observância dessas regras implica já, para elas, consequências desfavoráveis, como dentro em breve será exposto, ao fazer sucinta referência ao problema da responsabilidade pré-contratual.

Por outro lado, se o negócio vier a concluir-se, as conversações e contactos entre as partes, na fase das negociações preliminares, constituem, na normalidade das coisas, elemento relevante na determinação do sentido das vinculações que as partes em definitivo assumiram (interpretação do negócio jurídico).

III. Pelo que respeita ao processo de formação do contrato, a sua maior complexidade resulta de, nele, além da proposta, intervir, pelo menos, uma segunda declaração, destinada *a fundir-se* com a primeira.

Emergem daqui duas importantes particularidades em relação aos negócios unilaterais. Por um lado, tem de se produzir o encontro de vontades das partes – *mútuo consenso* –, sem o qual não há negócio. Por outro, a formação do negócio desloca-se do momento da emissão da proposta, como acontece nos negócios unilaterais, mesmo nos recipiendos, para o da declaração que encerre o seu processo formativo, e esta é sempre uma aceitação, seja dirigida a uma proposta ou a uma contraproposta.

IV. Num contrato, quando o destinatário da proposta emita uma declaração negocial que vale como *nova proposta* ou *contraproposta* (art. 233.º, segunda parte, do C.Civ.), o processo negocial entra num novo ciclo, pois o destinatário da contraproposta pode, por seu turno, tomar quanto a ela qualquer das atitudes ao dispor do destinatário da proposta. Em casos como este, de que a prática jurídica dá exemplos, se o proponente original não aceitar nem repudiar a contraproposta, mas formular, por seu turno, contraproposta, o negócio vem a formar-se, em fases sucessivas, mediante aproximação das posições das partes, que atinge o seu termo quando se der a aceitação da última *contraproposta*. A este respeito importa ter presente, como, aliás, expressamente estatui o art. 232.º do C.Civ., que o negócio só se tem por concluído quando se forma consenso quanto a «todas as cláusulas sobre as quais qualquer das partes tenha julgado necessário o acordo».

V. Sem prejuízo do que fica dito, para facilidade da exposição, na determinação do momento da formação do negócio, parte-se, de seguida,

da hipótese em que o consenso se obtém com a aceitação da proposta inicial.

Ainda assim, a determinação do regime que preside à formação do contrato exige esclarecimentos adicionais e o desenvolvimento do que ficou enunciado quanto à eficácia da proposta – mas válidos quanto à aceitação.

Com base nos momentos oportunamente enumerados, por referência à aceitação, podem identificar-se quatro sistemas na fixação do momento de obtenção do mútuo consenso: da aceitação, da expedição, da recepção e da percepção.

VI. Segundo o *sistema da aceitação*, o negócio fica perfeito quando o destinatário da proposta *formula* a sua declaração de aceitação. Toma-se, pois, aqui em conta o primeiro dos momentos acima indicados.

Para o *sistema da expedição*, o negócio só se forma quando o aceitante faz seguir a sua declaração para o proponente, por qualquer meio.

Uma terceira solução, dita da *recepção*, aponta como momento relevante o da recepção da declaração de aceitação pelo autor da proposta.

Finalmente, no sistema da *percepção* o negócio só se forma, quando o proponente toma conhecimento da declaração de aceitação.

De iure condendo, a opção correcta há-de tomar por referência as duas últimas soluções, porquanto as restantes não curam do relevo a atribuir, na formação do negócio, ao interesse do proponente em conhecer a resposta da pessoa a quem dirigiu a sua declaração. Sendo assim, só quando esse conhecimento exista, ou, ao menos, seja possível, se pode dizer que, no plano jurídico, se deu o encontro de vontades.

Com efeito, se o aceitante formulou a sua declaração, mas nem sequer a expediu, como se pode razoavelmente exigir que o proponente se considere vinculado pelo negócio e aja em conformidade com as obrigações por ele assumidas? Deste ponto de vista, nem a expedição da declaração de aceitação é suficiente, pois não há a garantia de ela chegar ao âmbito da esfera jurídica do proponente e muito menos de dele vir a ser efectivamente conhecida.

Afastadas estas soluções, na opção entre a doutrina da recepção e da percepção parece dever ser dada preferência à primeira, pois no momento que para ela é relevante o destinatário da aceitação está em condições de tomar conhecimento dela. Se tal não acontecer, *sibi imputet*, não devendo poder prevalecer-se da sua inércia ou da sua incúria. Além destas considerações, não é irrelevante o argumento de esta orientação se fundar num critério objectivo, dando relevância a um facto de mais fácil prova, logo a uma relevante exigência de segurança. Basta pensar, em contrapartida, na dificuldade de determinação do momento em que o proponente tomou conhecimento efectivo da proposta, ou seja, leu a carta ou o telegrama que lhe foi entregue.

VII. A lei civil actual orienta-se pelo critério que preside à teoria da recepção[1], como resulta, desde logo, da primeira parte do n.º 1 do art. 224.º do C.Civ.[2] Esta orientação vem a ser confirmada pelo regime fixado nos arts. 230.º, n.os 1 e 2, e 235.º, n.os 1 e 2. Sofre, porém, alguns desvios e atenuações.

Assim, como se vê dos próprios preceitos acima citados, o conhecimento efectivo da proposta prevalece sobre o momento da sua recepção, como facilmente se compreende. Além disso, o legislador faz às teorias da percepção e da expedição as concessões que se passam a expor.

Nos termos do n.º 3 do art. 224.º, a declaração não se torna eficaz se for recebida pelo destinatário em condições de não poder ser dele conhecida, sem culpa sua[3].

Por outro lado, o regime estatuído no art. 229.º do C.Civ., em particular no seu n.º 1[4], dá algum relevo ao momento da expedição. A hipótese que aí se previne desenha-se nos seguintes termos. O proponente recebe a declaração de aceitação num momento em que a proposta já caducou, por força do regime, acima exposto, do art. 228.º Não se forma, pois, o contrato. Contudo, se, como dispõe o n.º 1 do art. 229.º, o proponente «não tiver razões para admitir que ela foi expedida fora de tempo[5], deve avisar imediatamente o aceitante de que o contrato não foi concluído, sob pena de responder pelo prejuízo havido». A esta responsabilidade do proponente aplica-se o regime do art. 227.º do C.Civ. *(culpa in contrahendo)*.

VIII. O momento de formação do contrato não é uma questão de mero interesse doutrinal; tem, pelo contrário, importantes consequências de ordem prática em múltiplos aspectos do seu regime.

Para não falar já dos problemas ligados à própria eficácia do negócio, que, em geral, só então se verifica, aquele momento interfere com a competência dos tribunais que hão-de julgar diferendos emergentes do negócio e com a lei aplicável ao seu regime (em sede de Direito Internacional Privado).

Mas, como também se compreende, estas questões só ganham acuidade quando as duas partes não estejam em condições de tomarem imediato conhecimento das respectivas declarações. Por outras palavras, só nos chamados negócios entre ausentes se levantam aqui dificuldades significativas.

---

[1] Não assim no Código de Seabra, pois este acolhia a solução clássica da doutrina da aceitação (art. 649.º).

[2] Cfr., ainda, n.º 2 desse art. 224.º

[3] *Vd*. exemplos desta hipótese *apud* Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil*, vol. I, pág. 214.

[4] Também o n.º 2 deste preceito atende ao momento da expedição, mas o caso é menos significativo por aí a formação do contrato estar na dependência da vontade do proponente.

[5] Essa verificação pode ser feita, no caso de envio postal ou telegráfico, pelas datas e horas apostas no respectivo envelope ou documento.

407. O princípio da boa fé na formação do negócio e a noção de *culpa in contrahendo*

As observações feitas nos números anteriores mostram que a formação do negócio jurídico, em particular do contrato, segundo o sistema clássico desenhado no Código Civil, envolve sempre um *iter* mais ou menos complexo. Esse caminho começa nas negociações preliminares e prossegue com todo o processo de formação, propriamente dito.

Ora, se o desenvolvimento desse processo ocorre muitas vezes sem percalços, tudo se passando normalmente até o momento do nascimento do negócio e, com ele, da vinculação das partes, podem também surgir perturbações, decorrentes, por exemplo, da circunstância de uma das partes resolver suspender as negociações ou se *arrepender*, recusando-se a conduzir as negociações a bom termo e a celebrar o negócio.

O legislador, seguindo uma corrente que constitui já hoje uma tradição jurídica, entendeu sancionar esses comportamentos quando se revistam de condicionalismos que não devam ser tolerados.

Assim, no art. 227.º, n.º 1, do C.Civ. começa por se definir um importante princípio, ao impor às partes que, tanto na fase preliminar, como na formação do negócio, ajam, no seu comportamento, segundo os ditames da boa fé. Quando esses princípios sejam violados, o autor desse comportamento incorre em responsabilidade que, por ser anterior ao momento da formação do acto, se diz pré-contratual ou pré-negocial[1]. Verifica-se aqui um caso de *culpa in contrahendo* ou na formação dos contratos (cfr. epígrafe do art. 227.º do C.Civ.). Constitui-se, assim, o contraente faltoso no dever de indemnizar os danos que culposamente causou.

A particularidade mais significativa deste tipo de responsabilidade respeita ao tipo de danos que por ela são cobertos. Segundo a doutrina clássica, na responsabilidade pré-contratual há apenas lugar à reparação do chamado *interesse negocial negativo*, ou seja, dos prejuízos que o contraente lesado não teria sofrido se não tivesse confiado na celebração daquele negócio. Neste entendimento, não fica coberto o *interesse negocial positivo*, pelo que, contrariamente ao que acontece na responsabilidade contratual, o dever de indemnizar não abrange os prejuízos emergentes da falta de cumprimento do negócio.

Podem expressar-se as mesmas ideias dizendo que, no primeiro caso, tem de se repor a situação que existiria se a outra parte não tivesse confiado na

[1] Sobre esta matéria *vd.*, Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 391 e segs., C. Mota Pinto, *A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos*, e Francesco Benatti, *A responsabilidade pré-contratual*, trad. portuguesa de A. Vera Jardim e Miguel Caeiro, Almedina, Coimbra, 1970. Sobre a natureza desta modalidade de responsabilidade e, em particular, sobre o seu regime, cfr. o estudo de Almeida Costa, *Responsabilidade civil por ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra Editora, 1984.

celebração do negócio; no segundo caso, deve ser reposta a situação que existiria se ele tivesse sido pontualmente cumprido.

O entendimento clássico do sentido da responsabilidade pré-contratual não é, porém, na doutrina moderna, pacífico, não faltando quem sustente não ser de excluir, em definitivo, a possibilidade de a culpa na formação do contrato gerar também o dever de indemnizar o interesse negocial positivo[1].

[1] Cfr., Menezes Cordeiro, *Teoria Geral*, vol. I, pág. 723, citando Rui de Albuquerque, *Da Culpa in Contrahendo no Direito Luso-Brasileiro*, dact. 1961.

SECÇÃO III

O Sistema das Cláusulas Contratuais Gerais

408. Colocação do problema

I. O processo negocial desenhado no Código Civil não corresponde hoje, na prática social, em múltiplos sectores relevantes da vida económica, ao modo de formação dos negócios jurídicos.

Bem vistas as coisas, o regime do Código Civil assenta no pressuposto de existir, entre as partes, uma situação de paridade, que, no uso da sua liberdade de celebração e de estipulação, por aproximações sucessivas, lhes permite conformar o conteúdo do negócio a celebrar, sem risco de detrimento de qualquer delas.

Este esquema foi posto em causa desde que, a partir da revolução industrial, se foi acentuando uma maior intensidade da circulação de bens e serviços, acompanhada de dois importantes elementos que alteraram o quadro tradicional da formação do negócio jurídico: aumento do número de negócios e da celeridade da sua celebração.

Esta evolução, correspondente a necessidades socioeconómicas antes desconhecidas, deu-se não só quanto a sectores menos significativos do ponto de vista jurídico, por respeitarem a actos da vida corrente, mas também quanto a domínios de grande relevância económica e jurídica.

Traduz-se, correntemente, esta nova realidade através da ideia de *tráfico negocial de massas*, que impressivamente significa, para além de um aumento da intensidade na celebração de negócios jurídicos, o seu alargamento subjectivo, quanto ao potencial número de pessoas a quem a sua celebração interessa.

Ocorreu, na verdade, na vida social moderna, uma evolução por via da qual a satisfação de determinadas necessidades passou a interessar à generalidade das pessoas. Por outro lado, a maior intensidade das relações sociais impôs a celebração de negócios para assegurar, por exemplo, a cobertura de riscos em sectores até há pouco tempo deixados à iniciativa de cada um.

Basta pensar, quanto ao primeiro aspecto, no fornecimento de bens essenciais de consumo, hoje imprescindíveis – água, electricidade, gás –, e, quanto ao segundo, no regime do seguro obrigatório vigente em relação a vários riscos – acidentes de automóveis e de trabalho.

Acontece que, em muitos casos, o fornecimento desses bens ou serviços é, nos tempos actuais, assegurado por entidades que, para além de disporem de uma posição económica de mais ou menos controlo do mercado – monopólio, oligopólio –, são *dominantes*, porquanto a sua posição e o seu poder negociais, confrontados com os da generalidade das pessoas que com elas se apresentam a contratar, se revelam, em regra, claramente superiores.

II. O quadro sinteticamente assim desenhado torna fácil compreender que, por um lado, o esquema clássico de formação do negócio jurídico dificilmente se podia adaptar às exigências de celeridade e intensidade acima identificadas, e, por outro, não assegurava, pelo menos em termos adequados e expeditos, a tutela da posição da *parte mais fraca*.

Para além da sua morosidade e complexidade, são sobretudo os princípios que dominam o sistema do Código Civil a serem postos em causa. Desde logo, em múltiplos casos, a liberdade de celebração só se mantém em teoria: por certo, ninguém é obrigado a consumir água ou energia eléctrica, a utilizar transportes colectivos ou a adquirir um veículo automóvel. Contudo, as exigências da vida social, no primeiro caso, os condicionalismos da sua organização, no segundo, ou do exercício adequado de algumas actividades, no terceiro, tornam remota a possibilidade de opção pela não celebração dos correspondentes negócios. Ora, por assim ser, a generalidade das pessoas está *condicionada*, nas duas primeiras hipóteses, a recorrer às entidades que possuem e fornecem esses bens e serviços, e, na terceira, a celebrar um contrato de seguro, ainda que possa, em geral, seleccionar o outro contraente.

Por outro lado, as entidades fornecedoras de certos bens ou serviços, estando em contacto com um número muito significativo de *clientes* – potenciais e efectivos –, não podem, sem comprometer gravemente o êxito da sua própria actividade, dispor-se a percorrer com cada um deles o *iter* negocial descrito na Secção anterior ou a aceitar estipulações diferentes para os múltiplos contratos por elas celebrados. Por razões de operacionalidade, facilitadas, na sua prossecução, pela posição dominante que ocupam, tendem a impor modelos negociais preestabelecidos.

III. A resposta do Direito a estas novas exigências da vida social deu-se por mais de uma via, conduzindo a novos modelos de celebração de negócios

jurídicos[1]; uma das mais significativas e complexas é a das chamadas *cláusulas contratuais gerais*[2/3].

409. O problema no sistema jurídico português

I. A problemática subjacente ao regime das cláusulas contratuais gerais não era desconhecida da doutrina portuguesa no momento da elaboração do novo Código Civil; contudo, ela não mereceu, então, a atenção do legislador, porventura por razões de duas ordens.

Desde logo, sendo, nesse momento, escassa a elaboração doutrinal nacional da matéria, a pouca frequência de casos jurisprudenciais em seu redor desenvolvidos não colocava ainda uma necessidade premente de tratamento legislativo. Acrescia, neste mesmo sentido, a circunstância de o seu enquadramento doutrinal ser muitas vezes feito, segundo o modelo francês, através da figura do *contrato de adesão*, mediante aplicações específicas de instrumentos técnico-jurídicos gerais, como a boa fé.

Não pode, por isso, estranhar-se que só em tempo relativamente recente o legislador nacional tenha entendido necessário seguir modelos já adoptados, muito antes, por outros sistemas jurídicos europeus e recomendados mesmo por instâncias internacionais.

---

[1] *Vd.*, a este respeito, Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 594 e segs. Na doutrina portuguesa, o problema foi primeiramente referenciado por recurso à figura *do contrato de adesão*. Cfr., em particular, C. Mota Pinto, *Contratos de adesão*, *in* RDES, ano XX (1973), págs. 119 e segs.

[2] Usa também identificar-se este regime, mediante uma tradução directa da fórmula acolhida no sistema jurídico alemão – *allgemeine Geschäftsbedingungen* –, como *condições contratuais gerais*; contudo, por à palavra *condição* corresponder um sentido técnico-jurídico bem rigoroso, esta fórmula é de evitar.

[3] Sobre a matéria das cláusulas contratuais gerais, *vd*. Antunes Varela, *Das Obrigações em* Geral, vol. I, págs. 251 e segs.; Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, págs. 243 e segs.; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 593 e segs.; Oliveira Ascensão, *Direito Civil. Teoria Geral*, vol. III, *Relações e Situações Jurídicas*, págs. 213 e segs., e *Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa Fé*, sep. da ROA, ano 60, II, Lisboa, Abril, 2000; C. Ferreira de Almeida, *Contratos*, págs. 143 e segs.; e Heinrich E. Hörster, *A Parte Geral*, págs. 468-470. Para maiores desenvolvimento, cfr. Almeida Costa e Menezes Cordeiro, *Cláusulas Contratuais Gerais*, Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, Almedina, Coimbra, 1986; Almeida Costa, *Nótula sobre o regime das cláusulas contratuais gerais após a revisão do diploma que instituiu a sua disciplina*, UCE, Lisboa, 1977, e *Síntese do regime jurídico vigente das cláusulas contratuais gerais*, 2.ª ed., rev e act., UCE, 1999; I. Galvão Telles, *Das condições gerais dos contratos e da Directiva europeia sobre as cláusulas abusivas*, sep. de *O Direito*, ano 127.º (1995), III-IV; Pinto Monteiro, *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, *in* ROA, ano 46 (1986), III, págs. 733 e segs.; Sousa Ribeiro, *Cláusulas Contratuais Gerais e o Paradigma do Contrato*, Coimbra, 1990, e *Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais*, Coimbra, 1992; M. Pedrosa Machado, *Sobre Cláusulas Contratuais Gerais e o conceito de risco*, sep. da RFDUL, Lisboa, 1988; e Almeno de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, Almedina, Coimbra, 1999.

II. O modelo das *cláusulas contratuais gerais* foi introduzido no sistema jurídico português pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto (correntemente citado como Lei das Cláusulas Contratuais Gerais – LCCG), que nele fez modificações pontuais, algumas de sistematização, dando aplicação às orientações comunitárias, decorrentes da Directiva n.º 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de Abril. Entretanto, o Decreto-Lei n.º 220/95 determinou uma republicação integral da nova versão do diploma de 1985. Posteriormente, e para plena aplicação daquela Directiva, foram introduzidas novas alterações pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho, e pelo Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro.

O regime jurídico das cláusulas contratuais gerais ultrapassa em muito o problema da formação do negócio jurídico. Colocam-se quanto ao acto celebrado segundo este sistema muitas outras questões próprias do regime geral do negócio jurídico, que, contudo, neste domínio exigem tratamento específico. Respeitam elas, fundamentalmente, à interpretação, à integração e ao valor dos negócios celebrados com recurso a cláusulas contratuais gerais.

Do conteúdo normativo do citado diploma legal, vão apenas ser considerados, de imediato, os pontos mais directamente ligados à matéria da formação do contrato: noção e características das cláusulas contratuais gerais, campo de aplicação e tutela do aderente. Os demais serão abordados a propósito do regime geral das matérias do negócio jurídico com as quais mantêm conexão.

410. Noção e características

I. A noção de cláusulas contratuais gerais extrai-se do n.º 1 do art. 1.º da LCCG.

Segundo a versão do Decreto-Lei n.º 220/95, dizem-se *cláusulas contratuais gerais* conjuntos de disposições negociais pré-elaboradas, sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários se limitam a propor ou a aceitar. Todavia, por força do seu n.º 2, aditado pelo Decreto-Lei n.º 249/99[1], o regime deste diploma legal «aplica-se igualmente às cláusulas incluídas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar».

Esses conjuntos de disposições negociais podem abranger a generalidade do conteúdo do negócio ou respeitar apenas a parte dele e são aplicáveis a tipos negociais muito diferenciados. Essencial ao conceito é a sua elaboração

[1] O anterior n.º 2 do art. 1.º passou, então, a ser o n.º 3.

prévia à celebração do negócio – logo, sem negociação individualizada entre as partes –, independentemente de ela ter sido feita pelo proponente, pelo destinatário ou até por terceiros.

II. A partir da noção fixada na alínea anterior, nas cláusulas contratuais gerais podem identificar-se algumas características *essenciais* e outras *naturais*, que contribuem para o esclarecimento da figura e a situam por referência às exigências de celeridade e de normalização da formação dos negócios jurídicos, acima apontadas.

Seguindo a análise feita por Menezes Cordeiro – que merece acolhimento –, são características identificadoras das cláusulas contratuais gerais e, portanto, essenciais, a *generalidade* e a *rigidez*; por outro lado, são características naturais a *desigualdade entre as partes*, a *complexidade* e a *natureza formulária*[1].

Importa fixar, ainda que sumariamente, o alcance destas características.

III. A nota de *generalidade* anda intimamente ligada à pré-elaboração das cláusulas contratuais gerais. Independentemente da sua origem, são sempre conjuntos de estipulações negociais postas ao dispor de uma generalidade de pessoas, sejam estas proponentes ou destinatários, para serem utilizadas na formação de contratos de certa modalidade.

Daqui resulta uma indeterminação dos proponentes ou dos destinatários, que tem de se verificar sempre quanto a qualquer das referidas categorias de contraentes, embora possa também ocorrer simultaneamente quanto a ambas. E fácil compreender estar esta última hipótese ligada à pré-elaboração das cláusulas por terceiros, que as recomendam ou põem à disposição de uma generalidade de proponentes ou destinatários.

IV. Outra nota característica das cláusulas contratuais gerais é a da sua *rigidez*, mais uma vez relacionada com a sua pré-elaboração. Estas cláusulas destinam-se a ser incluídas, no negócio jurídico, no seu conjunto, *em bloco*, preencham ou não inteiramente o seu conteúdo, e não a ser, por seu turno, negociadas entre as partes.

Cabe, porém, esclarecer que esta nota não exclui, em absoluto, a possibilidade de, no negócio celebrado com recurso a cláusulas contratuais gerais, se conterem *cláusulas particulares*, que sejam objecto de negociação específica entre as partes. Nesta base, um dos pontos relevantes quanto ao conteúdo de negócios celebrados segundo o sistema de cláusulas contratuais gerais é o de saber como se estabelecem, em tal caso, as relações entre as *cláusulas gerais* e as *particulares*, matéria que adiante será analisada.

[1] *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 595 e segs.

V. A *desigualdade entre as partes,* como nota *normal* dos negócios celebrados segundo o modelo em análise, decorre das considerações oportunamente feitas sobre o enquadramento sócio-jurídico das cláusulas contratuais gerais; a parte que a elas recorre ocupa, em regra, uma posição dominante no negócio. Mas nem sempre é assim, podendo entre elas verificar-se uma situação de *paridade*.

O legislador esteve atento às diversas modalidades que as relações existentes entre as partes podem revestir, tomando-as como um dos factores determinantes do regime da celebração de negócios mediante cláusulas contratuais gerais.

VI. Por outro lado, é também corrente verificar-se o recurso a cláusulas contratuais gerais em negócios de grande extensão e complexidade. Se a esta circunstância se juntar a de os conjuntos de cláusulas cobrirem, com frequência, com algum pormenor, todo o conteúdo do contrato, logo se compreende ser a *complexidade* uma das suas características naturais. Contudo, da própria lei resulta que o regime nela consagrado não depende da extensão do *conjunto* (art. 2.º da LCCG), pelo que não deixam de valer como cláusulas contratuais gerais disposições relativas apenas a certos pontos do negócio, logo, revestidas de menos extensão e complexidade.

VII. A última característica natural das cláusulas contratuais gerais – a *natureza formulária* – configura-se como um corolário lógico, mas não necessário, da *rigidez*.

Segundo *id quod plerumque accidit*, as cláusulas contratuais gerais, para além de não se destinarem a ser negociadas entre as partes, tendem a cobrir todo o conteúdo do contrato. Por isso, não só está previamente fixado o seu conteúdo como estão reduzidas a escrito. Fica, assim, facilitada a sua utilização, porquanto se destinam a ser aceites em bloco, sem necessidade de elementos individualizadores próprios de cada negócio em que vão ser usadas.

É este o significado da característica em análise.

411. Âmbito de aplicação

I. O âmbito de aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais é, no sistema jurídico português, muito amplo. Desde logo, em geral, qualquer conjunto de disposições negociais que satisfaça o modelo desenhado no número anterior está sujeito ao regime das cláusulas contratuais gerais. Esta nota decorre do art. 2.º da LCCG, quando consagra a irrelevância da forma, extensão, conteúdo e autoria das cláusulas contratuais gerais.

Contudo, o princípio acima enunciado sofre algumas limitações e nem todos os conjuntos de disposições negociais pré-elaborados e abertos a proponentes ou destinatários indeterminados ficam sujeitos ao regime das cláusulas contratuais gerais.

O art. 3.º da LCCG, na sua actual redacção, consigna expressamente várias excepções que de seguida se identificam nos seus aspectos mais significativos. Cabe, de resto, referir que se projecta neste domínio uma das mais relevantes alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 220/95, alargando o âmbito antes fixado por esse preceito[1].

II. A excepção da al. *a*) do art. 3.º, na sua versão actual, exclui do regime das cláusulas contratuais gerais «as cláusulas típicas aprovadas pelo legislador».

Prevalecem aqui razões ligadas ao âmbito de aplicação das cláusulas contratuais gerais, decorrentes da sua razão de ser. Elas visam relações privadas patrimoniais e, com as limitações acima expostas, não deixa de valer no seu domínio o princípio da autonomia privada. As cláusulas típicas aprovadas pelo legislador movem-se noutro plano; neste caso há um *regulamento* que se impõe a ambos os contraentes, mesmo àquele que no negócio detenha a posição mais forte. A pré-elaboração não é aqui autónoma, mas heterónoma.

Razões de ordem semelhante explicam a excepção da al. *c*), relativa «a contratos submetidos a normas de direito público».

A exclusão da al. *b*), relativa a «cláusulas que resultem de tratados ou convenções internacionais vigentes em Portugal», explica-se por si mesma, se se atentar no valor legislativo de tais diplomas impondo-se a subordinação de tais cláusulas a regime especial.

No próprio campo das relações privadas, as cláusulas contratuais gerais interessam sobretudo aos negócios de conteúdo patrimonial, ou seja, à prestação de bens e serviços. Também isto ressalta das notas acima expostas. Por isso, situam-se fora do seu âmbito os actos próprios das relações jurídicas familiares e sucessórias [al. *d*)].

A não subordinação das cláusulas de instrumentos de regulamentação colectiva do trabalho ao regime das cláusulas contratuais gerais, estatuída na al. *e*) do art. 3.º, funda-se em razões de outra ordem. Desde logo, não é estranha a este regime a autonomia do Direito do Trabalho e a particular natureza dos referidos instrumentos de regulamentação colectiva como fontes deste

[1] Da versão inicial do citado art. 3.º, que então comportava dois números, foi eliminada, em 1995, a al. *c*) do n.º 1, que excluía «as cláusulas impostas ou expressamente aprovadas por entidades públicas com competência para limitar a autonomia privada». O legislador atendeu aqui aos reparos da doutrina que tinha já assinalado a necessidade de esta excepção ser entendida com moderação, sob pena de se lhe atribuir um alcance excessivo, para além do que razoavelmente podia caber na intenção da norma (cfr. Menezes Cordeiro, *Teoria Geral*, vol. I, págs. 41-42).

ramo de Direito, quer *autónomos* – convenções colectivas de trabalho –, quer *heterónomos* – portarias de regulamentação e de extensão. Por outro lado, estes *instrumentos* constituem, em si mesmos, conjuntos de cláusulas contratuais gerais, destinados a ser integrados em contratos individuais de trabalho, segundo regras próprias, que o legislador entendeu – e bem – respeitar. Elas obedecem também a regras especiais de elaboração, contidas nos arts. 485.º e seguintes do C.Trab.[1], impostas pela natureza da relação laboral, a justificar tratamento diferenciado.

Estas razões determinam, porém, um entendimento restritivo da excepção da al. *e*), não sendo de admitir, *de pleno*, o afastamento do regime das cláusulas contratuais gerais, no Direito do Trabalho[2]. Assim, no domínio das relações individuais de trabalho, onde os instrumentos de regulamentação colectiva não prevaleçam, é de admitir a formulação de cláusulas contratuais gerais sujeitas ao regime do Decreto-Lei n.º 220/95. É este entendimento que deve prevalecer quanto aos chamados *regulamentos da empresa*, previstos no art. 99.º do C.Trab.

Ora, no seguimento da posição já antes sustentada[3], o art. 104.º deste diploma legal submete ao regime das cláusulas contratuais gerais o contrato de trabalho celebrado ao abrigo de um regulamento de empresa, em que não tenha havido prévia negociação individual.

412. Formação do contrato singular

I. As cláusulas contratuais gerais, enquanto conjuntos predispostos, não têm, por si, valor negocial, ou seja, não constituem efectivos negócios jurídicos. A sua estrutura é próxima da de uma norma jurídica supletiva, apta a integrar o conteúdo de um concreto negócio jurídico.

Deste modo, a celebração de um negócio jurídico, segundo o esquema das cláusulas contratuais gerais, não dispensa a vontade negocial das pessoas que nele vão tomar a posição de partes. Significa isto, afinal, que não deixa de haver *liberdade de celebração*, embora esta sofra, na prática, em frequentes casos, limitações significativas. Estas decorrem, porém, em rigor, não do sistema das cláusulas contratuais gerais, mas de condições da vida económico-social

[1] Aprovado pela Lei n.º 7/2009, 12/Fev..

[2] No mesmo sentido, embora não por razões inteiramente coincidentes com as expostas no texto, *vd.*, Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1991, pág. 570.

[3] Na 2ª ed. deste livro, págs. 269-270. Nesta base e por referência ao anterior Código do Trabalho, não era aceitável a posição de A. Monteiro Fernandes, que via no seu artº 96º uma inflexão do disposto na al. *e*) do n.º 1 do art. 3.º da LCCG (*Direito do Trabalho*, pág. 299) e de P. Romano Martinez, que atribui àquele preceito o efeito de derrogar parcialmente esta norma (P. Romano Martinez e Outros, *Código do Trabalho Anotado*, nota V ao art. 96.º, pág. 254).

moderna, que *condicionam* a liberdade de contratar, relativamente a certos bens ou serviços, de *imperiosa necessidade*.

Daí, continuam a colocar-se, no domínio das cláusulas contratuais gerais, relativamente ao negócio jurídico singular, questões clássicas relativas ao papel da vontade, na sua celebração.

A verdadeira particularidade do seu regime situa-se, fundamentalmente, no plano da formação do negócio, com as já assinaladas restrições verificadas quanto à liberdade de estipulação, decorrentes, nomeadamente, da ausência de um processo negocial correspondente ao atrás desenvolvido, segundo o sistema clássico consagrado no Código Civil.

No sentido de limitar, quanto possível, os inconvenientes que decorrem da falta de liberdade de estipulação, fixa a lei uma significativa série de deveres específicos impostos a quem recorre, na celebração do contrato, ao sistema das cláusulas contratuais gerais. Em última análise, tais deveres constituem um meio de tutela adicional do aderente.

II. No regime das cláusulas contratuais gerais, a formação do contrato dá-se, no essencial, mediante a aceitação de *propostas* que as incluem.

Suponha-se, por exemplo, que a sociedade ***A*** predispôs um conjunto de cláusulas contratuais gerais ***X*** e dirige a um consumidor final, ***B***, uma proposta de contrato de fornecimento dos seus serviços, segundo esse conjunto. O contrato celebra-se quando ***B*** aceita a proposta, passando o conjunto de cláusulas ***X*** a integrar o conteúdo do contrato.

Este regime resulta, com suficiente nitidez, do art. 4.º da LCCG.

III. A grande regra, nas cláusulas contratuais gerais, é a da sua aceitação em bloco, sem negociações e sem regras particulares, específicas de cada contrato singular efectivamente celebrado. Contudo, nem sempre assim acontece, sendo perfeitamente de admitir a possibilidade de, para além das cláusulas predispostas, haver negociação de cláusulas específicas, nomeadamente para permitir um melhor ajustamento do negócio às particularidades do caso. Na prática corrente designam-se tais cláusulas como *particulares*. Não é mesmo de excluir a hipótese de estas *cláusulas* incidirem sobre pontos constantes de cláusulas contratuais gerais, *derrogando-as*.

Coloca-se, assim, o problema de saber, em tais casos, quais as cláusulas que devem prevalecer, se as *gerais* se as *particulares*.

Vem esta matéria regulada no art. 7.º da LCCG, onde se consagra uma solução que representa a aplicação do princípio da prevalência do especial sobre o geral. Assim, se, num contrato singular, forem estipuladas *cláusulas particulares*, estas prevalecem sobre as gerais, mesmo que estas constem de formulários assinados pelas partes.

IV. Como é manifesto, o regime comum de celebração de negócios jurídicos com recurso a cláusulas contratuais gerais envolve para o aderente o risco acrescido de celebrar contratos cujo conteúdo domina mal. Para o atenuar, a lei impõe ao proponente a observância de uma série de regras, o que se traduz em outros tantos deveres e no afastamento de certas práticas negociais, que ele poderia ser tentado a adoptar.

V. No primeiro campo, cumpre assinalar, desde logo, o *dever de comunicação*, consignado no art. 5.º da LCCG. Melhor se falaria aqui em dever *de comunicação integral*, uma vez que ao aderente devem ser comunicadas as cláusulas, na íntegra (n.º 1).

Importa, sobretudo, destacar que o legislador não se satisfaz, quanto a este dever, com o seu mero cumprimento formal. Bem pelo contrário, o n.º 2 do art. 5.º exige que a comunicação seja feita de molde a possibilitar, ao aderente que use de normal diligência, um conhecimento completo e efectivo das cláusulas contratuais gerais que vão integrar contratos por ele celebrados. Significa isto, como o próprio preceito acentua, que o conteúdo do dever de informação deve ser aferido em função do conteúdo específico das cláusulas contratuais gerais comunicadas, levando em conta a sua extensão e complexidade.

O cumprimento do dever de comunicação não se presume, cabendo a prova de que foi observado ao contraente que tome a iniciativa do recurso a cláusulas contratuais gerais.

VI. Em complemento do dever de comunicação, a lei impõe a este mesmo contraente o de *informar* o outro sobre o alcance das cláusulas propostas (art. 6.º). Também aqui este dever tem de ser compreendido em concreto, pois, visando sempre o esclarecimento das estipulações que justifiquem aclaração, em termos de possibilitar o seu conhecimento efectivo, há-de levar em conta as circunstâncias do caso. Embora a lei não o diga explicitamente, também no cumprimento deste dever interfere a maior ou menor extensão ou complexidade das cláusulas propostas.

Em geral, é de admitir que o dever de informação seja cumprido em função de um aderente normal, de comum diligência. Dado, porém, o melindre da matéria envolvida, o legislador impôs ainda ao proponente o *dever de fornecer todos os esclarecimentos solicitados* por um aderente menos esclarecido, desde que razoáveis.

Este regime do dever de informação decorre do art. 6.º da LCCG.

VII. Para além da imposição de deveres particulares, a lei ocupa-se ainda da regulamentação de certas práticas habituais, que podem pôr em causa

um efectivo conhecimento, pelo aderente, do conteúdo do contrato que vai celebrar, para as proibir.

Está aqui em causa a proibição das chamadas *cláusulas de surpresa*. É geralmente conhecido o facto de, com alguma frequência, serem formuladas propostas negociais referidas a cláusulas contratuais gerais incluídas em *formulários* que *desencorajam* a sua leitura. Isso acontece, quer por ser muito pequeno o tipo de letra usado, quer, ainda, por os *formulários* serem muito extensos, compactos, impressos em cores pouco perceptíveis.

Outro meio de dificultar o conhecimento efectivo do conteúdo do contrato a celebrar consiste numa arrumação menos adequada das matérias, incluindo disposições relevantes em pontos do formulário onde se esperaria encontrar apenas regras contratuais de outra natureza ou inócuas.

VIII. Todas estas práticas, mas também as que envolvem violação dos deveres analisados nas als. V. e VI., são condenadas, mediante a exclusão, do conteúdo do contrato particular, das cláusulas correspondentes [al. *d*) do art. 8.º da LCCG].

Cumpre, ainda, na perfeita avaliação destas medidas de tutela do aderente, assinalar que para condenação destas práticas o legislador recorre a um critério objectivo na aferição das cláusulas a excluir, pois manda atender ao que passaria *despercebido* a um contraente normal, na posição do contraente real no contrato singular em causa.

São também excluídas do contrato as cláusulas inseridas em formulários, depois da assinatura de alguns dos contraentes. No fundo, presume-se, neste caso, não ter a aceitação incidido sobre tais cláusulas.

413. A tutela do aderente: cláusulas proibidas

I. O sistema das cláusulas contratuais gerais, sendo, sem dúvida, acompanhado de vantagens que o tornam particularmente adequado nos modernos sistemas de circulação de bens e serviços, não deixa, em contrapartida, de ser acompanhado de alguns *riscos*. Pode mesmo afirmar-se que estes são inerentes ao próprio sistema, como meros *corolários* das suas características.

Desde logo, sendo corrente verificar-se, no seu campo de aplicação, uma desigualdade entre as partes, há que prevenir o risco de a mais forte se aproveitar dessa situação para impor à outra soluções injustas ou excessivas.

Por outro lado, a rigidez e a complexidade dos conjuntos de cláusulas contratuais gerais, constando em regra de formulários muito extensos e pormenorizados, podem constituir perturbantes factores de dificuldade no

seu conhecimento e na compreensão do regime contratual a que as partes efectivamente se vinculam.

II. Por certo, estes problemas também se colocam na celebração de negócios jurídicos fora do sistema das cláusulas contratuais gerais, tendo, para eles, o Direito aparelhados meios gerais de tutela, como a boa fé, a usura ou o erro. De resto, já ficou referido que, na ausência de regimes legais específicos, a figura do contrato de adesão se socorria desses meios comuns.

Todavia, as questões acima enunciadas agudizam-se quando o contrato é celebrado com recurso a cláusulas contratuais gerais. Ora, uma das vantagens da consagração legislativa do seu regime é o de dotar este esquema negocial de meios específicos de tutela do aderente, mais adequados e eficazes.

Esses meios de tutela funcionam, por regra, no plano da formação de cada contrato particular, pelo que foram já expostos. Contudo, outros há que actuam preventivamente e em termos genéricos, proibindo a inclusão de cláusulas com conteúdo típico inadequado: *cláusulas contratuais gerais proibidas*.

III. A proibição de cláusulas contratuais gerais toma em atenção a diferente maneira de ser das relações estabelecidas entre o proponente e o aderente, vindo, nesta medida, no seguimento das preocupações acima expostas a respeito da característica da *desigualdade*, que nem sempre se verifica entre as partes; o regime da proibição tem, pois, de atender, *em concreto*, à situação que entre elas ocorre. Nesta base deve ser entendido o disposto nas Secções II e III do Capítulo V da LCCG, regendo uma para as relações entre empresários e entidades equiparadas e outra para as relações com consumidores finais.

Há, porém, cláusulas que são *proibidas em geral*, *i.e.,* qualquer que seja a relação entre as partes existente. Esta categoria de proibição está justificada por o seu conteúdo, objectivamente considerado, não poder ser *nunca* admitido, sendo irrelevante se entre as partes há uma situação de igualdade ou de desigualdade.

O carácter geral da proibição manifesta-se ainda por ela acrescer às que nos arts. 17.º e seguintes da LCCG são estabelecidas em função dessas diferentes relações, distinguindo consoante o negócio se forma entre empresários ou entidades equiparadas – situações de potencial igualdade – ou entre aqueles e consumidores finais – situações de potencial desigualdade.

Por oposição àquela proibição geral, podem estes últimos casos identificar-se sob a designação genérica de *proibições particulares*.

No domínio das proibições particulares, nova distinção se impõe: em função da relevância da proibição, há cláusulas proibidas em absoluto e

cláusulas relativamente proibidas, tanto nas relações entre empresários e entidades equiparadas (arts. 18.º e 19.º), como nas relações com consumidores finais (arts. 21.º e 22.º).

O critério de distinção estabelece-se mais facilmente a partir da segunda categoria. Segundo o *corpo* do art. 19.º e o n.º 1 do art. 22.º, na proibição relativa atende-se ao «quadro negocial padronizado».

IV. São proibidas, *em geral*, as cláusulas contrárias à boa fé (art. 15.º da LCCG). O preceito seguinte estabelece critérios particulares a observar no apuramento da contrariedade à boa fé, nesta sua aplicação.

Assim, devem levar-se em conta os *valores fundamentais do direito*, atendíveis no plano da situação individual. Há, portanto, um apuramento em concreto da boa fé, ideia esta reforçada por elementos adicionais constantes das alíneas do art. 16.º Segundo este preceito, há que atender, em especial, na determinação de existência de violação da boa fé, para além de outros elementos relevantes:

a) à confiança criada, entre as partes, relativamente ao sentido global daquelas cláusulas contratuais gerais, *em concreto*;

b) à confiança criada, entre as partes, pelo processo de formação do correspondente contrato particular;

c) à confiança criada, entre as partes, em função do teor do contrato particular;

d) ao fim negocial visado, tendo em conta a sua realização, segundo o tipo contratual a que as partes recorreram.

V. No domínio das proibições particulares, casos há em que os proponentes e aderentes que recorrem a cláusulas contratuais gerais, na formação de certo contrato particular, se encontram numa situação de potencial igualdade.

Como claramente resulta do art. 17.º da LCCG, na aferição dessa igualdade relevam dois factores: a qualidade da pessoa e as circunstâncias que acompanham a celebração dos contratos particulares.

No primeiro, está em causa o tipo de actividade exercida, pois a lei se refere a *empresários* e a *pessoas que exerçam profissões liberais*, nas suas relações recíprocas.

Não basta, porém, que o contrato particular seja celebrado entre empresários ou entre membros de uma profissão liberal, ou entre uns e outros, para se aplicar o regime dos arts. 18.º e 19.º da LCCG. Tem de se levar ainda em conta se as partes, tendo alguma dessas qualidades, é em função delas e no âmbito da sua actividade específica que intervêm no negócio.

Assim, por exemplo, nas relações entre um empresário e o membro de uma profissão liberal, o regime da proibição em causa aplica-se quando, com

recurso a cláusulas contratuais gerais, é celebrado contrato de fornecimento de equipamento médico entre uma empresa da especialidade e um médico ou uma sociedade dona de um hospital.

Neste tipo de relações, as cláusulas proibidas, em absoluto, constam do art. 18.º da LCCG. Quanto àquelas que só são relativamente proibidas, rege o art. 19.º

VI. A categoria dos *consumidores finais*, para dar sentido à remissão que o art. 20.º da LCCG faz para o art. 17.º do mesmo diploma legal, define-se por exclusão de partes.

São consumidores finais, desde logo, as pessoas que não sejam empresários ou profissionais liberais. Todavia, estes entram também naquela categoria, quando, nos contratos, não intervêm nessa qualidade ou em função dela. É o caso do advogado que celebra um contrato de fornecimento de electricidade para a sua casa de habitação.

A necessidade de protecção dos consumidores finais, nas suas relações recíprocas, bem como nas por eles estabelecidas com empresários ou entidades equiparadas, faz com que o leque de proibições seja aqui mais aberto.

Por isso, são proibidas, para além das que violem a boa fé, todas as cláusulas proibidas, em absoluto ou relativamente, nas relações entre empresários e entidades equiparadas. Mas há cláusulas especificamente proibidas, em número significativo, nas relações com consumidores finais, identificadas no art. 21.º (proibição absoluta) e no art. 22.º (proibição relativa).

VII. As cláusulas contratuais gerais proibidas, qualquer que seja a sua modalidade, são nulas, como se estatui no art. 12.º da LCCG. A nulidade destas cláusulas não importa necessariamente a nulidade dos contratos particulares em que são incluídas, segundo um regime que será mais detidamente exposto a respeito da nulidade, em geral, no Subtítulo dedicado à função do negócio jurídico.

414. A tutela do aderente: a acção inibitória

A tutela do aderente, mediante a proibição de cláusulas, só funciona *repressivamente*, pois pressupõe a efectiva formação do contrato singular com inclusão de cláusulas contratuais proibidas. A sua eficácia depende, por outro lado, da invocação da nulidade, podendo, por isso, na prática ter lugar a aplicação de cláusulas proibidas.

Entendeu, porém, o legislador instituir um meio de *tutela preventiva*, para dotar de maior eficácia a proibição e a consequente protecção do aderente.

Este meio preventivo actua independentemente da inclusão efectiva de cláusulas proibidas em contratos singulares, como se diz na parte final do art. 25.º da LCCG, mediante uma acção judicial, dita *acção inibitória*. Este meio judicial é dirigido à condenação, em abstracto, do uso ou da recomendação de cláusulas contratuais gerais proibidas, qualquer que seja a modalidade da proibição.

A acção inibitória só pode ser intentada pelas entidades referidas no art. 26.º da LCCG, a quem se reconhece, pois, *legitimidade activa*, a saber:

a) associações de defesa do consumidor;

b) associações sindicais, profissionais ou de interesses económicos, no âmbito das suas atribuições;

c) o Ministério Público.

O Ministério Público pode actuar por sua própria iniciativa, por indicação do Provedor da Justiça ou a solicitação de qualquer interessado. Por esta última via, ainda que indirectamente, abre-se o recurso à acção inibitória a entidades interessadas em fazer valer a proibição, não abrangidas em qualquer das alíneas do art. 26.º

A posição de réu, na acção inibitória, pode ser ocupada por várias entidades, que mantenham relação significativa com o conjunto de cláusulas contratuais gerais em causa. Por força do art. 27.º da LCCG, têm *legitimidade passiva* na acção:

a) entidades que, predispondo cláusulas contratuais gerais, proponham contratos que as incluam ou aceitem propostas feitas nos seus termos;

b) entidades que as recomendem a terceiros, ainda que não as predisponham ou utilizem em concreto.

Sendo proferida sentença de condenação que proíba o uso ou a recomendação de cláusulas contratuais gerais, a lei prevê ainda medidas tendentes a tornar efectiva a decisão, reforçando, por esta via, a eficácia deste meio de tutela.

Assim, num *plano preventivo*, o autor pode pedir ao tribunal que seja dada publicidade à sentença (n.º 2 do art. 30.º da LCCG). Para além disso, as decisões de condenação proferidas em acção inibitória devem ser registadas em serviço próprio (arts. 34.º e 35.º da LCCG).

Complementando o conjunto de meios orientados para a efectivação, quanto possível, das proibições legais reconhecidas judicialmente, a lei estabelece ainda, a *título repressivo*, uma sanção pecuniária compulsória para quem, sendo réu na acção inibitória, infringir a obrigação de se abster de usar ou recomendar cláusulas contratuais gerais proibidas (art. 33.º).

SECÇÃO IV

OUTROS SISTEMAS[1/2]

415. Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial

I. A designação que constitui a epígrafe deste número abrange duas modalidades de formação de contratos: ao domicílio e equiparados; vendas especiais esporádicas. Ambas são regidas pelo Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril[3], nos arts. 13.º a 20.º e 24.º e 25.º, respectivamente.

Este diploma legal acolheu os princípios estabelecidos na Directiva n.º 577/ /CEE/1985, do Conselho, de 20 de Dezembro, e transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Directiva n.º 7/CEE/1997, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio, que estabelece a protecção do consumidor em contratos celebrados à distância.

II. Segundo o art. 13.º, n.º 1, do citado Decreto-Lei, a noção de *contrato ao domicílio*, que tenha por objecto o fornecimento de bens ou serviços, estabelece-se com base nos seguintes elementos, de verificação simultânea:

a) proposta do contrato pelo fornecedor ou seu representante no domicílio do consumidor;

b) ausência de prévio pedido expresso pelo consumidor;

c) conclusão do contrato no domicílio do consumidor.

A conjugação do n.º 1 com o n.º 3 do citado preceito ajuda a compreender o alcance do elemento da al. *a*). Com efeito, o n.º 3 manda aplicar

---

[1] Sobre a matéria desta Secção, *vd.*, como primeira referência, Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 472 e segs.; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 581 e segs.; C. Ferreira de Almeida, *Contratos*, vol. I, págs. 137-138; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 478-485.

[2] Os diplomas legais que estabelecem o regime exposto nesta Secção são complementados pelo Dec.-Lei n.º 57/2008, que regula as práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores, que transpôs a Directiva n.º 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11/Mai.

[3] Alterado e republicado pelo Dec.-Lei n.º 82/2008, de 20/Mai. e alterado pelo Dec.-Lei n.º 317/2009, de 30/Out.

o regime do contrato ao domicílio, ainda quando o fornecedor ou o seu representante aí se encontre a pedido do consumidor, para o fornecimento de certo bem ou serviço, mas seja proposto ou concluído um contrato de fornecimento de bens ou serviços diferentes daquele que originou o pedido, desde que o consumidor, ao solicitar a visita do fornecedor, não tivesse conhecimento ou não pudesse razoavelmente saber que o fornecimento dos bens ou serviços que foram objecto da proposta fazia parte da actividade comercial do fornecedor ou do seu representante.

Em suma, o que o diploma em causa quer prevenir são os efeitos da *surpresa* que a presença não solicitada do fornecedor constitui na correcta formação da vontade do consumidor.

III. Verificados, *mutatis mutandis*, os elementos atrás indicados, o n.º 2 do art. 13.º equipara aos contratos celebrados ao domicílio, os celebrados no local de trabalho do consumidor [al. *a)*] e noutros locais, que não o estabelecimento do fornecedor, em que aquele se encontre no seguimento de iniciativas promovidas pelo fornecedor ou pelos seus representantes [als. *b*) a *d*)].

O art. 14.º exclui, do regime dos contratos ao domicílio, os de:

a) construção, venda ou locação de bens imóveis e os que tenham por objecto direitos sobre esses bens;

b) fornecimento de bens de consumo doméstico, mediante entregas domiciliárias frequentes e regulares;

c) seguros e de valores imobiliários.

IV. O contrato ao domicílio é celebrado entre presentes e a sua formação dá-se segundo o sistema proposta-aceitação, sendo, por norma, aquela da iniciativa do fornecedor e esta do consumidor. Todavia, do n.º 5 do citado art. 13.º resulta que o regime deste contrato é igualmente aplicável quando, verificando-se as situações descritas nos seus n.os 1 ou 2, a proposta contratual seja feita pelo consumidor.

Por força dos n.os 1 e 4 do art. 16.º do Decreto-Lei n.º 143/2001, o contrato ao domicílio, é um negócio jurídico formal, porquanto, quando de valor igual ou superior a € 60, tem de ser reduzido a escrito, sob pena de nulidade; se o seu valor for inferior àquela quantia, é suficiente uma nota de encomenda ou documento equivalente assinado pelo consumidor. Embora tal não resulte com suficiente clareza da lei, deve entender-se que este documento tem de conter os elementos elencados no n.º 1 do preceito, de seguida sumariados.

As várias alíneas do n.º 1 do art. 16.º enumeram os elementos necessários do conteúdo do contrato ao domicílio. Respeitam eles:

a) à identificação, domicílio ou sede das partes e, quanto ao fornecedor, ao número do registo no RNPC;

b) à caracterização, no que seja essencial, do bem ou serviço fornecido;

c) ao preço total e regime de pagamento; se for em prestações, deve ser indicado o valor destas e o mais que seja legalmente exigido em relação ao crédito ao consumo;

d) à forma, ao lugar e ao prazo de entrega do bem ou prestação do serviço;

e) se for o caso, ao regime da garantia e assistência pós-venda, com indicação do local onde a assistência é feita e para onde o consumidor pode dirigir reclamações;

f) à informação sobre o direito de resolução do contrato.

O contrato pode conter outras estipulações, desde que elas não imponham ao consumidor obrigações além das que resultam da lei geral. As correspondentes cláusulas devem ser expressas em termos claros e inequívocos (n.º 2 do art. 16.º).

O documento contratual deve ser datado e assinado pelo consumidor, ficando em seu poder uma cópia também assinada pelo fornecedor ou representante (n.º 3 do mesmo preceito).

V. O carácter injuntivo da norma que rege a forma e o conteúdo do contrato ao domicílio é claramente determinado pela tutela do consumidor.

Outros meios de tutela são ainda estabelecidos pela lei.

Ocorre, por vezes, na prática socioeconómica, que a celebração do contrato ao domicílio é acompanhada ou precedida de meios audiovisuais (catálogos, revistas, etc.), relativos aos bens ou serviços que têm por objecto. Em tais casos, esses meios devem conter os elementos indicados nas als. *b*), *c*), *e*), *f*) e *g*) do n.º 1 do art. 16.º e ainda o respectivo preço total, a forma e as condições de pagamento, salvo se se tratar de uma mensagem publicitária genérica que não envolva uma proposta negocial concreta (art. 17.º).

Noutro plano, o n.º 1 do art. 20.º do mesmo diploma legal proíbe a exigência de qualquer pagamento antes da entrega do bem ou da prestação do serviço. Por força do seu n.º 2, se, antes do fim do prazo de resolução, o consumidor entregar qualquer quantia, ela é tida como prova do contrato e, se este se concluir, vale por conta do preço.

A mais relevante garantia do consumidor, nesta modalidade de contrato, é, todavia, o direito de resolução, conferido pelo art. 18.º, que estabelece para o efeito um prazo mínimo que pode ser alargado por acordo das partes (n.os 1 e 3). O prazo legal de resolução é de 14 dias, contados da sua assinatura ou do início da prestação de serviços ou da entrega do bem, se estas datas forem posteriores àquele.

A resolução pode ser feita por carta registada com aviso de recepção, expedida dentro do prazo, e dirigida ao fornecedor ou a quem, para o efeito,

esteja indicado no contrato. Assim dispõe o n.º 5 do art. 18.º, que admite, porém, outras formas de notificação, mais *solenes*, entenda-se.

Da resolução resultam os seguintes efeitos (art. 19.º):

a) para o fornecedor, a obrigação de, no prazo máximo de 30 dias, reembolsar o consumidor do que lhe tiver sido pago, sem qualquer despesa a cargo deste;

b) se não for cumprido o prazo de reembolso, o fornecedor é obrigado a, no prazo de 15 dias úteis, devolver em dobro os montantes pagos pelo consumidor, que tem direito à indemnização dos danos patrimoniais e não patrimoniais;

c) para o consumidor, a obrigação de, no prazo máximo de 30 dias a contar da sua recepção, restituir o que tiver adquirido;

d) se houver crédito concedido pelo fornecedor ou por terceiro, por referência ao contrato ao domicílio, o respectivo contrato fica automática e simultaneamente resolvido, sem direito a indemnização.

O direito de resolução é irrenunciável. As cláusulas que estipulem a renúncia ou qualquer indemnização ou penalização a cargo do consumidor, se este exercer o direito de resolução, têm-se por não escritas (n.º 4 do art. 18.º). Está aqui implícita a nulidade dessas cláusulas, verificando-se um fenómeno de redução legal[1] do contrato.

VI. Outra modalidade do contrato celebrado fora do estabelecimento comercial é o das *vendas especiais esporádicas*, segundo a designação que constitui a epígrafe do Capítulo V do Decreto-Lei n.º 143/2001.

Estão aqui em causa contratos realizados, *de forma ocasional*, em espaços privados que foram especialmente contratados ou disponibilizados para o efeito (art. 24.º, n.º 1).

A realização destas vendas fica dependente de comunicação prévia à Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE). A comunicação deve ser feita com a antecedência de 15 dias da data prevista para a sua realização, mediante escrito que contenha a identificação completa do promotor, o seu endereço e número de inscrição no RNPC, a identificação dos bens e serviços que tenham por objecto, do lugar onde vão ser feitas e da sua duração (data de início e termo). É este o regime fixado no art. 25.º A estes contratos é aplicável, correspondentemente, o regime do direito de resolução e seus efeitos dos contratos ao domicílio, por remissão expressa do n.º 2 do art. 24.º Nesta base, deve entender-se que, no mais, seguem o regime geral das vendas em estabelecimento comercial.

[1] Cfr., *infra*, sobre a redução legal, n.º 634.

416. Contratos celebrados por autómatos

I. A evolução científica e tecnológica veio permitir, há já bastante tempo, a utilização de *autómatos* na celebração de contratos, sendo viável, através do seu funcionamento, obter bens ou a prestação de serviços[1]. São as denominadas *vendas automáticas*, designação não muito feliz[2] adoptada nos arts. 21.º a 23.º, que integram o Capítulo IV do citado Decreto-Lei n.º 143/2001.

Segundo o n.º 1 da primeira destas normas, «a venda automática consiste na colocação de um bem ou serviço à disposição do consumidor para que este o adquira mediante a utilização de qualquer tipo de mecanismo e pagamento antecipado do preço».

Daqui decorre que o mecanismo *(autómato)* em causa deve estar programado para, mediante a prática de certo acto pelo consumidor e a introdução das espécies monetárias correspondentes ao respectivo preço, lhe entregar o bem ou prestar o serviço em causa; ou, se o autómato estiver programado para mais de um bem ou serviço, o que for seleccionado pelo consumidor.

II. O carácter *automático* desses contratos envolve a não presença física de uma das partes no momento da sua celebração, e impõe, por isso, a observância de uma série de requisitos para suprir essa ausência. Constam eles das várias alíneas do n.º 2 do art. 22.º

Em primeiro lugar, coloca-se, como é fácil de compreender, a necessidade de identificar a *parte ausente*, sendo certo que o fornecedor dos bens ou serviços pode não coincidir com o proprietário do autómato. Por isso, as als. *a*) e *b*) do n.º 2 do art. 22.º exigem que no *equipamento* conste a identificação de ambos, quando a referida dualidade ocorra.

Noutro plano, situa-se a necessidade de serem patentes ao consumidor elementos relativos à celebração do contrato e ao seu objecto.

Assim, além da necessária identificação do bem ou serviço que é objecto do contrato, e do seu preço por unidade [als. *d*) e *e*) do n.º 2 do art. 22.º], no autómato devem existir as instruções necessárias para o seu manuseamento e para a recuperação das espécies monetárias usadas pelo consumidor, quando não seja fornecido o bem ou prestado o serviço por ele solicitado.

A *intermediação* do autómato na celebração do contrato suscita problemas decorrentes do seu mau funcionamento, que pode chegar ao extremo de não ser fornecido o bem ou o serviço que o consumidor já pagou. Compre-

---

[1] *Vd*. Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 383-384, e Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 357-359.

[2] Está em causa, como é manifesto, a utilização do substantivo *venda*, a que corresponde um sentido técnico-jurídico rigoroso, para identificar um contrato que pode ter objecto a prestação de serviços.

ende-se, assim, a exigência de no autómato estarem também afixados o endereço da pessoa a quem o consumidor possa dirigir reclamações e os meios expeditos de contacto (número de telefone ou outros), a que pode recorrer para elas serem eficazmente atendidas [als. *c*) do n.º 2 do art. 22.º].

III. Os autómatos podem estar colocados em locais pertencentes a quem os programa ou disponibiliza os bens ou serviços postos à disposição do consumidor, ou em locais pertencentes a outras entidades, públicas ou privadas.

Se for este o caso, o art. 23.º do Decreto-Lei n.º 143/2001 estabelece um regime de responsabilidade solidária dos proprietários do equipamento e do local onde está instalado, relativamente ao cumprimento das obrigações impostas quanto às informações que devem constar do autómato e à restituição ao consumidor das quantias introduzidas na máquina, se não for fornecido o bem ou prestado o serviço solicitado, ou se houver deficiência no seu funcionamento.

IV. Para além dos pontos especificamente regulados, os contratos celebrados com recurso a autómato devem obedecer aos regimes próprios da venda a retalho[1] ou da prestação do serviço solicitado (art. 21.º, n.º 2).

Não restam hoje dúvidas quanto à natureza das vendas automáticas como verdadeiros negócios jurídicos, em que a vontade de uma das partes se expressa através da *programação* do autómato e a da outra mediante o accionar deste equipamento. Assim, a questão que nesta matéria fundamentalmente se coloca é a de saber a qual das partes se deve atribuir a iniciativa negocial, ou seja, a formulação da *proposta* e a qual cabe a *aceitação*: quem *dispôs* o autómato e determinou a sua programação, ou o consumidor?

Qualquer destas soluções foi já sustentada com argumentos atendíveis.

A multiplicidade de situações possíveis, dependentes das cada vez mais vastas possibilidades de programação, nomeadamente dirigidas no sentido de o autómato responder a solicitações diversas, podem justificar a não tomada de posição definitiva nesta matéria, ou seja, a possibilidade de a resposta não ser unitária.

Parece, porém, que, em esquema geral, é de aproximar esta modalidade de formação do negócio jurídico da *oferta ao público*[2], em que o proponente é, pois, quem dispõe o autómato.

---

[1] Nomeadamente, quanto à indicação do preço, rotulagem, embalagem, características e condições higiénicas e sanitárias.

[2] Cfr. Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, pág. 369.

417. Contratos à distância

I. São *contratos à distância* os celebrados entre um fornecedor e um consumidor, quando integrados num sistema de venda de bens ou de prestação de serviços *à distância* organizado pelo fornecedor, com utilização, até a efectiva celebração do contrato, de meios que possibilitem a formação do negócio sem a presença física e simultânea das partes [als. *a*) e *b*) do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 143/2001].

São excluídos do âmbito destes contratos, por determinação expressa do n.º 1 do art. 3.º deste diploma legal, os contratos relativos a serviços financeiros, os celebrados através de autómatos ou em estabelecimentos automatizados, com utilização de cabinas telefónicas públicas, e em leilões. São também excluídos os contratos de construção e venda de imóveis e os relativos a outros direitos sobre estes bens, salvo o contrato de arrendamento.

Cumpre assinalar que os contratos à distância relativos a serviços financeiros foram, posteriormente, objecto de regulamentação própria, pelo Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de Maio[1], que transpôs para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2002/65/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro. Dela não será aqui feita análise, por exceder claramente a matéria da *Teoria Geral*; todavia, estabelecendo este diploma legal um regime especial para os serviços de que se ocupa, em alguns aspectos mais desenvolvido do que o do Decreto-Lei n.º 143/2001, dele podem recolher-se dados para integrar, com as devidas cautelas, o regime comum contido neste diploma legal.

O Decreto-Lei n.º 143/2001, quanto aos contratos à distância, é dirigido à tutela do consumidor na celebração do contrato, à definição dos meios para tanto utilizados e à resolução e execução do contrato.

II. Como decorre da noção acima estabelecida, na celebração dos contratos à distância recorre-se a meios que podem ser utilizados sem a presença física e simultânea das partes, quaisquer que eles sejam [al. *b*) do art. 2.º]. Contudo, o art. 11.º deste diploma legal impõe restrições quanto ao uso de algumas das correspondentes técnicas.

Assim, do n.º 1 desta norma resulta que só com consentimento do consumidor o fornecedor pode utilizar o *telefax* e sistemas automatizadas de chamada sem utilização humana, automática.

Por outro lado, o uso de técnicas diferentes das acima enumeradas e que permitam comunicação individual só é permitido se não houver oposição específica do consumidor (n.º 2).

[1] Alterado pelo Dec.-Lei n.º 317/2009, de 30 Out., que transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Directiva n.º 2007/64/CE, do Parlamento Europeu e o Conselho de 13/Nov..

III. Pelo que respeita à celebração do contrato, o Decreto-Lei n.º 143/2001 impõe ao fornecedor a obrigação de prestar uma série de informações que vêm fixadas no n.º 1 do art. 4.º e n.º 4 do art. 5.º Tais informações são relativas à identidade do fornecedor, dos bens fornecidos ou dos serviços prestados e respectivos preços, aos custos inerentes, aos meios utilizados, ao prazo de validade da oferta ou da proposta contratual e, sendo caso disso, à duração mínima do contrato.

Estas informações devem ser dadas antes da celebração do negócio jurídico, em tempo útil para esclarecimento do consumidor quanto ao negócio que vai celebrar, e por forma clara e compreensível, tendo, nomeadamente, em conta o meio utilizado, segundo os princípios da boa fé e da lealdade nas transacções comerciais, e, ainda, atendendo à tutela particular de pessoas com incapacidade de exercício, menores, em especial (n.º 2 do art. 4.º).

Para além do que as informações em causa especificamente revelam, quanto ao conteúdo do contrato a celebrar, o n.º 2 impõe ainda, em geral, a obrigação de ser explicitado, em termos inequívocos, o fim comercial que a elas preside.

Estas informações prévias devem, em regra, ser confirmadas, o mais tardar, no momento da entrega dos bens, na execução do contrato, «por escrito ou através de outro suporte durável».

O Decreto-Lei n.º 143/2001 não esclarece o que deve entender-se por *suporte durável*; é legítimo recorrer, para o efeito, ao que o n.º 2 do art. 11.º do Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de Maio, considera *suporte duradouro*: meio que permita armazenar a informação prestada e possibilite, no futuro, pelo período de tempo adequado ao fim a que se destina, acesso fácil à mesma e a sua reprodução inalterada. Nesta base, e recorrendo ao que consta do Relatório deste diploma legal, são de admitir, como suporte durável ou duradouro, disquetes informáticas, CD-ROM, DVD e o disco rígido do computador que armazena o correio electrónico.

IV. Nos contratos à distância, um dos relevantes meios de tutela do consumidor é o direito de resolução *ad nutum* e sem pagamento de indemnização, pelo prazo mínimo de 14 dias.

O regime de resolução e os seus efeitos contêm-se nos arts. 6.º a 8.º e correspondem, no essencial, ao antes exposto a respeito dos contratos ao domicílio.

418. Contratos do comércio electrónico

I. O regime da *contratação electrónica* está estatuído no Capítulo V do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro[1], relativo também a vários aspectos

[1] Alterado pelo Dec.-Lei n.º 62/2009, de 10/Mai.

legais dos serviços da sociedade de comunicação, salvo quanto à matéria fiscal, à disciplina da concorrência, ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade, ao patrocínio judiciário, aos jogos de fortuna e, em geral, à actividade notarial ou equiparadas (pelo que respeita à fé pública) e a outras manifestações de poderes públicos (arts. 1.º e 2.º).

Este diploma legal transpôs para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho, e, ainda, o art. 13.º da Directiva n.º 2002/58/CE, de 12 de Julho. A primeira respeita ao comércio electrónico e a segunda à privacidade e às comunicações electrónicas.

II. Em princípio, como se apura dos arts. 24.º e 25.º, n.º 1, daquele Decreto-Lei, quaisquer contratos, comerciais ou não comerciais, podem ser celebrados por via electrónica ou informática, não interferindo o recurso a este meio com a sua validade e eficácia. Daqui decorre, segundo as citadas normas, a liberdade do uso de tais meios na celebração de contratos.

Este princípio tem, porém, um alcance muito mais restrito do que a sua enunciação sugere. De um lado, há tipos negociais em relação aos quais a contratação electrónica não é admitida; de outro, a liberdade de usar este meio também não é plena.

Quanto ao primeiro ponto, por força do n.º 1 do art. 25.º, são excluídos da contratação electrónica os negócios jurídicos:

a) familiares e sucessórios;

b) que exijam intervenção de:

i) tribunais;

ii) entes públicos;

iii) entes públicos que exerçam poderes públicos, quando essa intervenção condicione a produção de efeitos em relação a terceiros;

c) sujeitos, por lei, a reconhecimento ou autenticação notariais;

d) reais imobiliários, salvo o arrendamento[1];

e) de caução e de garantia, a menos que se integrem na actividade profissional de quem as presta.

No outro plano acima referido, o recurso à via electrónica depende de vinculação antecipada do consumidor, sendo proibida a sua imposição por cláusulas contratuais gerais (n.os 3 e 4 do art. 25.º)[2].

[1] Segue-se aqui a terminologia legal, mas com expressa menção de não se qualificar a situação jurídica do arrendatário como real (cfr. *Lições de Direitos Reais*, págs. 177 e segs.).

[2] Esta proibição envolve a nulidade de tais cláusulas, nos termos dos arts. 12.º a 14.º da LCCG.

III. Ao definir o regime de celebração de contratos por via electrónica, três notas prévias se impõem para mais perfeita compreensão.

Desde logo, há que distinguir a contratação electrónica, *proprio sensu*, do *simples uso* do correio electrónico ou de outro meio equivalente na formulação das declarações negociais que integram o negócio jurídico.

Assim, se alguém, na apresentação de uma proposta, não recorre ao correio normal e a formula por correio electrónico (vulgo, *e-mail*), ainda que na aceitação a contraparte recorra à mesma via, não há contratação electrónica, como claramente dispõe o art. 30.º do Decreto-Lei n.º 7/2004.

Num domínio paralelo a este, há a distinguir na contratação electrónica a modalidade em que ela ocorre sem intervenção humana, ou seja, exclusivamente entre computadores (art. 33.º), que será adiante referida autonomamente.

Num plano diferente, ainda que a distinção só indirectamente resulte da lei, em vários pontos do seu regime são estabelecidas diferenças consoante a outra parte seja *consumidor* ou não. Por isso, no tratamento jurídico dos negócios celebrados por via electrónica serão oportunamente assinaladas diferenças que decorrem dessas duas qualidades.

O Decreto-Lei n.º 7/2004 não define a quem é atribuída a qualidade de consumidor. Tendo em conta que, como oportunamente ficará claro, essas diferenças de regime se traduzem num regime de maior tutela dos consumidores, deve entender-se ser legítimo o recurso, para a sua identificação, à noção legalmente estabelecida no Decreto-Lei n.º 143/2001 [al. *c*) do n.º 3 do art. 3.º], que, de resto, não se afasta sensivelmente da contida no Decreto-Lei n.º 95/2006 [al. *c*) do art. 2.º], nem conduz a resultados desfasados da distinção estabelecida, em sede de cláusulas contratuais gerais, entre empresários ou entidades equiparadas e consumidores finais (arts. 17.º e 20.º da LCCG).

Nesta base, consumidores são pessoas singulares que na contratação actuem de acordo com objectivos que não se integrem no âmbito da sua actividade comercial ou profissional[1].

IV. A conjugação dos arts. 28.º, 29.º, 31.º e 32.º do diploma legal em análise conduz ao seguinte sistema de celebração de contratos, por referência a uma situação que tem, como base comum, a oferta, por um *prestador*, de produtos ou serviços em linha.

Desde logo, importa assinalar que essa oferta assume duas modalidades diferentes, estabelecidas em função da terminologia clássica nesta matéria, no sistema de contratação proposta-aceitação.

[1] Assenta esta noção na formulação adoptada pelo Decreto-Lei n.º 95/2006, que se considera mais perfeita.

Assim, essa oferta há-de conter todos os elementos necessários para, segundo o regime comum do Código Civil, o contrato que tenha por objecto esses produtos ou serviços poder ser celebrado com a simples aceitação do destinatário. Neste caso, essa oferta constitui uma *proposta negocial*. Se não contiver tais elementos, há um *convite a contratar* (n.º 1 do art. 32.º).

Como é manifesto, perante esta distinção, é diferente, em termos negociais, o alcance da emissão de uma ordem de encomenda dirigida ao prestador de serviços. Há, contudo, pontos comuns quanto à formação do contrato que permitem abordar os aspectos significativos do respectivo sistema negocial, abstraindo da referida distinção.

Desde logo, ressaltam as obrigações de informação prévia impostas ao *prestador* de serviços. Tais informações repartem-se por duas categorias, sendo umas relativas ao próprio meio utilizado e outras ao negócio que por via dele venha a ser celebrado.

No primeiro caso está em causa a possibilidade de se verificarem erros na introdução de elementos relativos aos serviços a prestar. O art. 27.º impõe ao *prestador* a obrigação de informar o destinatário sobre os meios técnicos que sejam eficazes na identificação e correcção desses erros [cfr., também, al. *d*) do n.º 1 do art. 28.º]. Esta obrigação pode ser dispensada por acordo das partes, mas apenas no caso de o destinatário ser um não consumidor.

Quanto às informações prévias relativas ao contrato e à sua celebração, pormenorizadamente enumeradas nas diversas alíneas do n.º 1 do art. 28.º, elas respeitam, desde logo, aos seus termos e cláusulas contratuais gerais e à língua ou línguas em que pode ser celebrado [als. *e*) e *c*)]. Cabe ainda assinalar que, quanto ao primeiro aspecto, a informação deve ser prestada em termos de o destinatário poder armazenar e reproduzir esses termos e cláusulas (n.º 1 do art. 31.º).

As informações relativas à formação do contrato respeitam:

a) ao processo da sua celebração;

b) aos códigos de conduta subscritos pelo prestador e à forma por que podem ser consultados por meio electrónico;

c) ao arquivamento, ou não, do contrato pelo prestador e, no primeiro caso, ao acesso que a ele tenha o destinatário.

Também a obrigação de informações prévias pode ser afastada por acordo, mas apenas quando as partes sejam não consumidores (n.º 2 do art. 30.º).

V. O processo de formação de contrato por via exclusivamente electrónica desenvolve-se nos seguintes termos.

Quando o *prestador* receber uma nota de encomenda por essa via, deve acusar a sua recepção pela mesma via *(aviso de recepção)*, salvo se estiver

dispensado de o fazer por acordo celebrado com a parte, caso esta seja não consumidora. O aviso é ainda dispensado quando o produto ou o serviço seja de imediato prestado em linha (n.os 1 e 2 do art. 29.º).

Quando exigido, o *aviso* deve obedecer aos seguintes requisitos (n.os 3 e 4):

a) conter a identificação fundamental do contrato a celebrar;

b) ser enviado para o endereço electrónico utilizado pelo destinatário ou por este indicado.

Por força do n.º 2 do art. 32.º, o simples *aviso de recepção* não envolve a celebração do contrato, nem releva para a determinação do momento em que ele se tem por concluído.

A celebração do contrato só se dá quando o destinatário, após o *aviso de recepção*, confirma a ordem de encomenda por ele emitida. É este o significado do n.º 5 do art. 29.º, ao dispor que a encomenda se torna definitiva com essa *confirmação*, «reiterando a ordem de encomenda».

Para completo esclarecimento do regime desta modalidade de formação do contrato, importa, porém, ter em conta os termos em que as várias declarações nele envolvidas – ordem de encomenda, aviso de recepção, confirmação da encomenda – se tornam eficazes.

Do n.º 2 do art. 31.º resulta que o legislador perfilhou aqui a teoria do conhecimento, ao determinar que essas declarações se «consideram recebidas logo que os destinatários têm a possibilidade de aceder a elas».

VI. A evolução da ciência e da técnica, ao nível da computação e da programação, tornou possível a celebração de contratos por *via exclusivamente electrónica*, isto é, por meio apenas de computadores, sem intervenção humana. São, no fundo, casos em que os computadores estão programados para, verificadas certas situações, *funcionarem* em termos de emitir *declarações* equivalentes às acima referidas.

A um primeiro exame, poderia ser posta em causa a existência, neste modelo, de um verdadeiro contrato, atenta a sua configuração, enquanto negócio jurídico, como uma *acção* em que existe uma vontade dirigida, nos termos oportunamente expostos, à produção de efeitos jurídicos – como um acto (finalista) de autonomia privada, em suma.

A resposta, embora sem deixar de reconhecer que esta modalidade de celebração de contratos se situa nos *limites do instituto* em causa, deve, porém, ser negativa: há contrato. A vontade negocial e a correspondente acção verifica-se aqui no comportamento de quem predispôs os computadores e os programou, pressupostas, como é evidente, a correcção dos programas e a do funcionamento dos aparelhos.

É, de resto, este o sentido do n.º 2 do art. 33.º do Decreto-Lei n.º 7/2004 quando manda aplicar, a tais *contratos*, o regime comum e quando só exclui

este meio de contratação se o seu regime «pressupuser», na linguagem legal, uma actuação humana.

As particularidades significativas desta forma de contratação colocam-se ao nível da qualificação dos vícios – e respectivo regime – que se podem verificar por *causas imputáveis* aos meios electrónicos usados.

Quanto a este ponto, o n.º 2 do art. 33.º distingue três tipos de vício. Se ele ocorrer no programa, manda aplicar o regime do erro na formação da vontade. Se o vício se referir ao funcionamento da máquina, segue-se o regime do erro na declaração; finalmente, se do vício resultar deformação da mensagem, ao chegar ao destinatário, há erro na transmissão[1].

A relevância destes vícios, independentemente da sua qualificação, afere-se nos termos comuns dispostos no n.º 2 do art. 33.º A parte contrária – o destinatário – não pode opor-se à impugnação do negócio com fundamento no erro, se dele se devesse aperceber, em particular mediante o uso de meios adequados à detecção de erros de introdução.

419. Modalidades de contratações proibidas

I. Algumas das modalidades de celebração do contrato analisadas nos números anteriores conduziram a práticas negociais que, além de representarem abusos dos meios por elas disponibilizados, se revelaram atentatórias dos interesses de uma das partes, em geral o *consumidor*.

Tais práticas desencadearam a intervenção do legislador, dirigida à tutela do contraente lesado, o *consumidor*, com recurso a meios de ordem diversa, de que, aliás, a exposição anterior já foi dando nota.

Em certos casos, impunham-se, porém, soluções mais radicais, traduzidas na proibição de certas modalidades de contratos.

Assim acontece com as denominadas *vendas em cadeia*, *em pirâmide*, ou *de bola de neve*, as vendas *forçadas* e *ligadas* e com os *contratos de fornecimento de bens ou de prestação de serviços não encomendados ou solicitados*, regulados, respectivamente, nos arts. 27.º, 28.º, 30.º e 29.º do citado Decreto-Lei n.º 143/2001.

Da noção destes negócios e do regime da sua proibição será, de seguida, dada nota sumária.

Como ponto comum a todas estas modalidades de contratos, a sua celebração constitui contra-ordenação [art. 32.º, n.º 1, al. *c*) e n.º 2, al. *c*)].

[1] Sobre estas modalidades de erro, cfr., *infra*, respectivamente, n.os 454, 533 e 536.

II. O n.º 1 do art. 27.º proíbe a organização e a participação na promoção de *vendas* com recurso ao procedimento denominado *em cadeia*, *em pirâmide* ou *de bola de neve*.

Do n.º 2 do mesmo preceito resulta que estas vendas se caracterizam por quem as organiza, ou participa na sua promoção, «oferecer ao consumidor determinados bens ou serviços fazendo depender o valor de uma prometida redução do seu preço ou a sua gratuitidade do número de clientes ou do volume de vendas que, por sua vez, aquele consiga obter, directa ou indirectamente, para o fornecedor, vendedor, organizador ou terceiro.»

Neste sistema de *vendas* o adquirente dos bens ou serviços, para alcançar o benefício que lhe é oferecido, tem de desenvolver uma actividade que, em termos substanciais, se traduz na obtenção de outros clientes (efectivos) para os mesmos bens ou serviços.

Em suma, o consumidor, em termos de *obrigação* ou de *ónus jurídico*[1], consoante os termos do negócio por ele celebrado, presta um serviço a determinadas pessoas – vendedor, fornecedor, organizador ou terceiro – com retribuição indirecta mas limitada, pois, no máximo, coincide com o preço dos bens ou serviços por ele adquiridos.

III. Sob a designação *vendas forçadas* são proibidas, no art. 28.º, duas modalidades de práticas negociais de natureza comercial distinta. Domina, porém, em qualquer delas a preocupação de afastar a possibilidade de a aquisição do bem ou serviço não corresponder efectivamente à vontade do consumidor.

O n.º 1 do art. 28.º proíbe que seja considerada como aceitação a falta de resposta do consumidor a quem tenha sido dirigida uma oferta ou proposta, com o fim de promover a venda a retalho de bens ou a prestação de serviços. Esta proibição verifica-se ainda que na oferta ou proposta conste expressamente a menção de o decurso de certo prazo, sem qualquer reacção do destinatário, valer como aceitação.

Por outras palavras, este regime significa que o autor da oferta ou da proposta não pode atribuir valor declarativo ao *silêncio*[2] do consumidor.

A proibição do n.º 2 do art. 28.º situa-se em plano diferente, pois se relaciona com situações relativas ao consumidor que podem caracterizar a incapacidade acidental[3] ou um elemento subjectivo da usura[4].

Proíbe-se, nesta norma, que o autor de uma oferta ou proposta se aproveite da situação de *especial debilidade* do consumidor para obter deste a assunção de vínculos contratuais, qualquer que seja a forma por que os assume.

---

[1] Cfr., *infra*, n.º 695, sobre a distinção entre obrigação e ónus.
[2] Cfr., quanto ao *silêncio*, *infra*, n.º 500.
[3] Cfr., *supra*, n.º 175.
[4] Cfr., *infra*, n.º 480.

A proibição existe, quer a especial debilidade seja inerente ao consumidor, quer tenha sido intencionalmente provocada pelo autor da oferta ou da proposta.

Segundo o n.º 3 da norma em análise, há «situação de especial debilidade do consumidor quando as circunstâncias de facto mostrem que este, no momento da celebração do contrato, não se encontrava em condições de apreciar devidamente o alcance e significado das obrigações assumidas ou de descortinar ou reagir aos meios utilizados para o convencer a assumi-las».

Os negócios celebrados com recurso às práticas proibidas pelo art. 28.º são inválidos, não ficando o consumidor vinculado ao cumprimento de qualquer obrigação deles decorrente (n.º 4).

IV. O n.º 1 do art. 30.º proíbe a *venda* de um bem ou a prestação de um serviço que sejam subordinadas à aquisição, pelo consumidor, de um outro bem ou serviço ao mesmo vendedor ou fornecedor ou a outra pessoa por aqueles designada.

Como se apura do n.º 2, visa esta proibição evitar práticas comerciais de que resulta para o consumidor a aquisição de bens ou serviços em que não esteja interessado ou que não lhe sejam necessários. Em verdade, desse preceito apura-se que não há *vendas ligadas* se os bens ou serviços em causa, pelas suas características, se encontrarem entre si numa relação de complementaridade que justifique o seu fornecimento em conjunto.

V. O n.º 1 do art. 29.º proíbe o fornecimento de bens ou a prestação de serviços que incluam um pedido de pagamento, sem prévia encomenda do consumidor, quando não constituam o cumprimento de qualquer contrato válido (n.º 2)[1].

No sentido de dissuadir o recurso a estas práticas comerciais proibidas, o n.º 2 do mesmo artigo dispõe que o destinatário dos bens ou de serviços recebidos, mas não encomendados ou solicitados, não fica obrigado à sua devolução ou ao seu pagamento, podendo conservá-los a título gratuito.

A devolução é, pois, facultativa. Por assim ser, se o destinatário a efectuar, tem direito a ser reembolsado das correspondentes despesas, no prazo de 30 dias a contar da data em que a tenha efectuado.

Da poibição assim definida resulta, como mero corolário, que a falta de resposta do destinatário do fornecimento ou da prestação não vale como

[1] A proibição estabelecida no art. 29.º, segundo dispõe o seu n.º 5, «não se aplica às amostras gratuitas ou ofertas comerciais, bem como às remessas efectuadas com finalidade altruística por instituições de solidariedade social, desde que, neste último caso, se limitem a bens por elas produzidos».

Neste caso, o destinatário não está obrigado, nem à devolução nem ao pagamento dos bens que lhe são enviados, e pode conservá-los a título gratuito.

consentimento (n.º 3). Também neste caso se não admite a atribuição de valor declarativo ao silêncio do consumidor.

420. Referência sumária a processos de contratação legalmente atípicos

I. Ao abrigo do princípio da autonomia, que, como já ficou dito, preside a esta matéria, as partes podem recorrer a meios de negociação diferentes dos sistemas legalmente regulados, estabelecendo regras específicas para a conclusão de certo negócio ou para a celebração de um conjunto de negócios que entre elas visam celebrar no futuro [*contrato-quadro*[1]]. Podem, nomeadamente, para o efeito, recorrer a processos negociais primariamente definidos para a celebração de contratos próprios de outros ramos de Direito.

Desde que respeitadas as limitações impostas à autonomia privada, estas *modalidades* de formação do contrato são válidas; mas, por dependerem da vontade das partes, relevam menos em sede de *Teoria Geral* do negócio jurídico; seguem, em verdade, em tudo o que não estiver especialmente regulado pelas partes, o regime ajustado à espécie com que mantenham analogia.

Por isso, delas será dada, de seguida, nota sumária.

II. A celebração do contrato mediante *declarações conjuntas* constitui uma solução *sucedânea* do sistema proposta-aceitação consagrado no Código Civil, o que explica o facto de nele se suscitarem questões paralelas às daqueles; por assim ser, justificam regime equivalente e a aplicação correspondente de algumas das suas normas[2].

A nota particular da contratação mediante declarações conjuntas manifesta-se em as declarações das partes terem conteúdo idêntico e constarem de um documento único por elas subscrito, de que é exemplo típico a escritura notarial.

O processo que conduz à subscrição do documento único compreende, em termos esquemáticos, actos preliminares das partes para formação de consenso ou acordo sobre um texto final comum que tem de satisfazer as características próprias de uma proposta, nomeadamente quanto à sua completude. Esse texto comum, em si mesmo, não tem ainda, pelo menos necessariamente, de preencher os requisitos formais impostos pela categoria

---

[1] Sobre o *contrato-quadro*, ou contrato-tipo, *vd*. I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 242-244; para maiores desenvolvimentos, M.ª Raquel Rei, *Do Contrato-Quadro*, pol., dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, s/d (mas 1997).

[2] Sobre esta modalidade de contratação, *vd*. C. Ferreira de Almeida, *Contratos*, vol. I, págs. 107 e segs.; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 480.

negocial em causa. A forma legal só tem, pois, de ser observada, para o negócio se formar validamente, no documento único que as partes venham a subscrever, porquanto o processo formativo do contrato apenas se encerra com a subscrição.

III. Um modo de contratação que tem vindo a ganhar, progressivamente, significativa relevância é o denominado *auto-servico*[1].

A sua caracterização assenta em duas notas relativas ao comportamento de cada uma das partes entre as quais o negócio é celebrado. Do lado do vendedor, os bens que constituem o respectivo objecto são *expostos* ou *disponibilizados* em locais para tanto apropriados, com o fim de serem vendidos a quem os quiser comprar pelos preços neles afixados. Do lado do comprador, a selecção do bem que pretende adquirir e a sua *apropriação* dependem de acto seu, praticado simplesmente pelos seus próprios meios físicos, ou com recurso a mecanismos para tanto também dispostos pelo vendedor.

O pagamento do bem faz-se em locais para tanto organizados pelo vendedor *(caixa)*.

Exemplos de contratos celebrados em *auto-serviço* ocorrem em supermercados ou estabelecimentos similares e em postos de abastecimento de combustíveis.

As questões mais relevantes que este modo de contratar suscita respeitam à qualificação dos *comportamentos declarativos* das partes e ao momento da conclusão do contrato.

No que respeita ao vendedor, há uma *oferta ao público*; quanto ao comprador, verifica-se *aceitação* quando o acto que ele pratica, para *fazer seu o bem* que quer adquirir, não admite *protesto* que afecte essa interpretação, segundo o brocardo *protestatio facto contraria nihil relevat*. Assim, e exemplificando, na aquisição feita em supermercado ou estabelecimento similar, vale, em regra, como aceitação o pagamento dos bens na caixa; mas se o comprador consumir, antes disso, no todo ou em parte, o bem, o consumo vale aceitação.

Num posto de abastecimento de combustível, a aceitação verifica-se com a colocação deste bem no depósito do veículo. Mas, sendo o depósito portátil, só com o pagamento na caixa se dá a aceitação; assim, se o comprador pode, antes disso, desistir da aquisição e devolvê-lo com todo o combustível nele colocado, não houve aceitação.

No caso do consumo prévio, no exemplo do supermercado, como no da colocação de combustível no depósito do veículo, o pagamento na caixa constitui cumprimento do contrato já celebrado.

[1] Cfr. P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 484-485.

IV. A formação do contrato mediante *concurso* significa a transposição, para o Direito Privado, de um sistema negocial próprio do Direito Administrativo, regulado pelo Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de Janeiro – que procedeu à transposição das Directivas nºs 2004/17/CE e 2004/18/CE, da Comissão, de 7 de Setembro, e nº 2005/75/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Novembro –, alterado pelo Decreto-Lei nº 223/2009, de 11 de Setembro, e pelo Decreto-Lei nº 278/2009, de 2 de Outubro, que o republicou[1].

Em termos gerais, neste modo de contratação, a pessoa que se dispõe a celebrar certo contrato dirige a uma pluralidade de pessoas (indeterminadas ou determinadas) um *convite* ou uma *proposta* para assumirem a posição de contraparte nesse negócio: mediante, respectivamente, a apresentação de propostas ou a aceitação da proposta que lhes é dirigida.

Por esta via, o contraente que toma a iniciativa de contratar, *abre um concurso* e manifesta a intenção de celebrar o contrato com o concorrente que, segundo critérios definidos no anúncio do concurso, for por ele seleccionado, por ser o autor da proposta ou da aceitação mais favorável.

Para tanto, e em esquema, o contraente que abra o concurso tem de proceder à *análise* das declarações dos concorrentes e de *adjudicar* o *contrato* ao que for seleccionado. Só após este acto ocorre a *celebração* do contrato, mediante a elaboração e assinatura do correspondente documento.

[1] Sobre o concurso na formação de negócios jurídicos no Direito Privado, *vd*. Menezes Cordeiro, *Da Abertura de Concurso para a Celebração de um Contrato no Direito Privado*, sep. De BMJ, n.º 369 (1989).

Sobre o Código dos Contratos Públicos, vd., I para uma primeira aproximação, Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. II, T. II, págs. 164-166.

CAPÍTULO IV
SISTEMATIZAÇÃO DA MATÉRIA

421. Sistematização adoptada

I. A complexidade do negócio jurídico, como o mais elaborado dos actos voluntários, projecta-se no seu próprio regime; dela decorrem também consequências, quando se trata de fixar o método que há-de presidir ao seu tratamento científico e ao seu ensino.

É clássica a sistematização que arruma a matéria do negócio jurídico com base na repartição dos seus elementos por três categorias: essenciais, naturais e acidentais, de que se pode ver um exemplo significativo em Coelho da Rocha: elementos essenciais «são aqueles cuja falta faz que o acto seja nulo, ou degenere em outra espécie»; «todos os efeitos e consequências que as leis atribuem a um acto legal, desde que está perfeito, e que se subentendem, ainda que não sejam declarados, constituem os elementos naturaes do acto»; «accidentaes são aquelas cláusulas accessórias dos actos, que se não deduzem da sua natureza, mas que as partes podem determinar, como quizerem»[1].

A dificuldade de ordenar toda a matéria do negócio jurídico segundo estas três categorias levou a doutrina a adoptar outras[2] ou a estabelecer nelas múltiplas distinções ou subdistinções[3].

Todavia, mesmo as construções mais elaboradas, como a de Paulo Cunha, não fornecem um critério adequado ao tratamento e exposição do regime do negócio jurídico. Por isso, desde há muito que, em edições anteriores a este estudo, não é seguida na arrumação da matéria, feita a partir da análise do negócio jurídico em si mesmo.

---

[1] *Instituições de Direito Civil Portuguez*, 8.ª ed., t. I, págs. 57 e 60.

[2] Cfr. E. Betti, *Teoria Geral*, t. 1, pág. 244, e Dias Marques, *Teoria Geral*, vol. II (1959), págs. 34 e 37 e segs.

[3] *Vd*. Paulo Cunha, *Teoria Geral*, vol. III, págs. 51 e segs.; Cabral de Moncada, *Lições*, vol. II, págs. 184 e segs.; e Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 35.

II. Deste ponto de vista, há que distinguir, num primeiro momento, entre as realidades que são lógica e ontologicamente anteriores ao negócio, que sempre devem existir para ele existir como tal *(pressupostos)* e aquelas que o formam, que lhe dão o ser *(estrutura)*.

Por outro lado, o negócio jurídico é um instrumento de regulamentação de interesses. Essa regulamentação obtêm-se através das estipulações das partes ou das estatuições da lei que integram o seu *conteúdo*.

Finalmente, a regulamentação de interesses visada pelas partes alcança-se através da produção dos efeitos que o negócio se mostre apto a desencadear. A produção desses efeitos constitui, assim, a *função* do negócio e está em correspondência com o seu valor na vida jurídica, compreendendo tanto a sua validade como a sua eficácia.

São, pois, quatro os grandes temas a que deve ser subordinado o estudo do negócio jurídico: *pressupostos, estrutura, conteúdo* e *função* (valor do acto). Este esquema tem alguma afinidade com o apresentado, na doutrina portuguesa, por Dias Marques[1], que confessadamente influenciou Castro Mendes[2], mas é dominado pela preocupação de tomar o negócio jurídico tal como ele se apresenta no comércio jurídico e na lei, nas diversas manifestações do seu regime[3], procurando assim, nomeadamente, reconduzir o seu tratamento a uma arrumação da matéria que, obedecendo a um esquema harmónico, retrate a realidade desta categoria jurídica e facilite a sua compreensão e estudo.

422. Sistematização e sede legal da matéria

I. Afastando-se do Código de Seabra, que indicava os elementos do contrato no art. 643.º[4], o Código actual não se refere expressamente a esta matéria. Na falta de qualquer disposição correspondente, é da arrumação dada ao regime legal do negócio que se deve partir para apurar o sistema adoptado pelo Código vigente, neste domínio.

II. O Código Civil vigente – já ficou exposto – ocupa-se especificamente do negócio jurídico, no desenvolvimento do regime da relação jurídica,

[1] *Teoria Geral*, vol. II (1959), págs. 34 e 37 e segs.

[2] *Teoria Geral*, vol. II, págs. 33 e 43.

[3] Por esta preocupação, a sistematização adoptada aproxima-se da via usada por I. Galvão Telles (*Manual*, pág. 71), muito embora concretizada em termos diversos.

[4] Na enumeração desse art. 643.º, esses elementos (*condições*, na linguagem do Código), eram a capacidade dos contraentes, o mútuo consenso e o objecto possível. Como se deixa ver, o preceito não esgotava o elenco dos elementos da estrutura do contrato (desde logo, dele não consta a legitimidade, referida noutras disposições, art. 1555.º), mas abarcava, sem dúvida, os fundamentais. Por outro lado, o Código de Seabra não falava em vontade, mas em *mútuo consenso*, o que se compreende por o preceito estar elaborado em função do contrato.

e fá-lo por forma a mostrar que estava atento ao relevo deste instituto. Com efeito, de todo o Subtítulo III do Título II («Das Relações Jurídicas»), que se estende do art. 217.º ao 333.º, sob a epígrafe «dos factos jurídicos», o Código dedica quase 80 artigos ao negócio jurídico.

Como bem se compreende, é neste sector do Código que se encontra o fundamento jurídico-positivo do regime do negócio jurídico adiante exposto. Há, porém, que ter em conta o facto de as disposições legais abrangidas por este Subtítulo não esgotarem o regime do negócio jurídico, podendo mesmo dizer-se que ficam longe de o fazer.

Assim, e por virtude do sistema geral do Código, assente na conhecida *classificação* germânica das relações jurídicas civis, o legislador incluiu no Livro «Das Obrigações» importantes disposições sobre algumas modalidades do negócio jurídico. É o que se verifica fundamentalmente quanto aos contratos (arts. 405.º a 456.º), mas também quanto aos negócios unilaterais (arts. 457.º 463.º), de que o Código Civil se ocupa ao regular as fontes das obrigações. Para não falar já das normas que regem as várias categorias de contratos, fixadas especificamente, neste mesmo Livro, nos arts. 874.º a 1250.º

Não ficam, porém, por aqui, as disposições de outros Livros do Código com interesse para o estudo do negócio jurídico. Se em matéria de Direito da Família importam sobretudo as particularidades dos negócios não patrimoniais, de que é paradigma o contrato de casamento, já a teorização da categoria dos negócios jurídicos *mortis causa* não pode ser feita sem ter presente o regime do testamento, localizado no Livro V «Das Sucessões»; em especial relevam aqui os arts. 2179.º a 2248.º Mas há, ainda, que contar com as normas relativas aos pactos sucessórios, regulados, estes, no Livro do Direito da Família, a respeito da convenção antenupcial, nos arts. 1700.º e seguintes.

Não vale a pena retomar aqui as críticas à sistematização geral do Código, mas importa ter presente que não se pode traçar o regime jurídico do negócio sem atender a todas estas disposições legais, em particular as relativas às fontes negociais das obrigações.

III. Sem prejuízo do que fica dito na alínea anterior, quando se trata de descortinar a arrumação da matéria legal relativa ao negócio jurídico relevam sobretudo as disposições da Parte Geral, interessando, pois, atender à sua sistematização.

O Capítulo que se ocupa do negócio está dividido em três Secções: «Declaração negocial» (arts. 217.º a 279.º); «Objecto negocial. Negócios usurários» (arts. 280.º a 284.º); e «Nulidade e anulabilidade do negócio jurídico» (arts. 285.º a 294.º).

Destas Secções, a última ocupa-se do quarto dos temas autonomizado na sistematização acima adoptada: função (valor) do negócio. Das restantes duas, a segunda rege matéria a enquadrar nos pressupostos do negócio, pelo que respeita ao seu objecto, embora o respectivo regime interesse também ao seu conteúdo. A primeira, cuja sistematização é extremamente discutível[1], contém matéria de estrutura e de conteúdo do negócio, como se passa a demonstrar. Respeitam à estrutura do negócio as Subsecções I, II, III, V e VI (com as suas Divisões) da Secção I. O Código subordina as normas que dispõem sobre a estrutura do negócio à epígrafe «Declaração negocial», mas alguns dos seus preceitos respeitam claramente à vontade. Contudo, já se referem ao conteúdo, nessa mesma Secção I, a Subsecção IV, que trata da interpretação e da integração do negócio jurídico, e a Subsecção VII, que se ocupa de algumas modalidades dos chamados elementos acidentais (a condição e o termo)[2].

Para além de outros aspectos relativos à estrutura, é significativa a falta de referência, em sede de negócio jurídico, à capacidade, e à legitimidade, a primeira por o seu regime ser fixado a respeito das pessoas e a segunda pela já assinalada diversidade das suas manifestações.

423. Plano de estudo

I. O plano de estudo vai, como é natural, desenvolver-se em consonância com a sistematização defendida. Importa, porém, explicitá-lo um pouco mais.

Nos *pressupostos* são analisadas as realidades sem as quais o negócio jurídico não existe e que, como tais, são logicamente anteriores ao acto. Essas realidades são uma ou mais pessoas, cujos interesses o negócio regula, e um bem sobre que recai a regulamentação desses interesses. As pessoas portadoras dos interesses ocupam, no negócio, a posição de *partes*; a função do negócio pode projectar ainda os seus efeitos sobre a esfera jurídica de outras pessoas, além das partes, genericamente designados por *terceiros*. O bem sobre que o negócio incide é o seu *objecto* (material).

A perfeição do negócio não se satisfaz, porém, com a existência de uma ou mais partes e de um objecto; necessário se torna a verificação de certos *requisitos*, inerentes às pessoas e aos bens, cujo estudo podia ser feito em conjunto com os pressupostos a que respeitam. Esses requisitos são, quanto às

[1] A este respeito, assinalava Castro Mendes que «o critério de distribuição de matérias é discutível e um tanto obscuro» (*Teoria Geral*, vol. II, pág. 28). Muito mais perfeita se mostra a sistematização da matéria, quando o Código fixa o regime do testamento (arts. 2188.º a 2248.º do C.Civ.).

[2] Para além destas, o Código traça o regime geral da pena convencional (arts. 810.º a 812.º), e regula o modo, a propósito da doação (arts. 963.º a 967.º) e do testamento (arts. 2244.º a 2248.º), fazendo-lhe ainda algumas referências dispersas. Outros elementos integráveis nesta categoria aparecem em vários pontos ao longo do Código.

pessoas, a capacidade e a legitimidade e, quanto ao objecto, a sua idoneidade. Sendo assim, a exposição destes pressupostos, em relação às pessoas, está neste momento feito. O mesmo se passa quanto aos bens, em si mesmos. Deste modo, é na idoneidade do objecto que a exposição tem de se concentrar, neste primeiro momento.

II. A *estrutura* do negócio jurídico analisa-se fundamentalmente em dois elementos: a *vontade* e a *declaração*, embora não se esgote neles. Segundo a doutrina dominante, há ainda que referir a *causa*.

A fixação da relevância da vontade e da declaração na perfeição do negócio jurídico é, por certo, um dos problemas mais controversos do seu regime, repartindo a doutrina clássica em duas correntes fundamentais – a voluntarista e a declarativista – na sua construção do negócio jurídico. Sem prejuízo de a seu tempo se dever tomar partido nesse diferendo, nomeadamente quando se trata de fixar a relevância de cada um, na formação do negócio jurídico concorrem sempre esses dois elementos, pelo que o estudo da sua estrutura deve fazer-se em função de ambos.

Mas, por assim ser, fica aberta a possibilidade de ocorrerem divergências entre a vontade e a declaração. Na fixação do seu regime vai pesar a posição tomada sobre o papel de cada um destes elementos do negócio.

III. O *conteúdo* do negócio jurídico é o domínio em que se projectam de modo relevante as particularidades de cada tipo de acto. Nem se torna difícil compreendê-lo, se se tiver presente que, como assinala a doutrina corrente, os elementos do conteúdo do negócio se prendem com os seus efeitos. Assim, o regime do conteúdo do negócio é em larga medida dependente de cada uma das suas modalidades, e coloca-se, em muitos dos seus aspectos, para além do âmbito de investigação próprio de uma *Teoria Geral*. Por isso, a matéria do conteúdo tem de se circunscrever, em princípio, a aspectos comuns à generalidade dos negócios jurídicos.

Cabem aqui referências à formação do conteúdo e ao papel nela reservado à lei e à vontade das partes. Será esta uma oportunidade de concretização do significado do princípio da autonomia privada no negócio jurídico.

Para além disso, justificam ainda referências genéricas problemas ligados a certos elementos acidentais do conteúdo, pela frequência com que na prática interferem com o seu valor e eficácia. Mas inserem-se também no âmbito da matéria do conteúdo as questões ligadas à sua determinação: interpretação e integração.

IV. O último ponto do plano de estudos em análise respeita à *função* do negócio.

A função está ligada à produção das consequências de Direito – *efeitos jurídicos* – em vista das quais as partes o celebraram; por outras palavras, a função do negócio anda ligada à sua *eficácia*.

Em geral, a *eficácia* do negócio depende da sua *validade*, embora não se possa estabelecer uma plena correspondência entre estas duas manifestações do seu valor jurídico. Por isso, ao fixá-lo, devem ser estudados em separado os problemas relativos à validade e à eficácia.

SUBTÍTULO II
PRESSUPOSTOS DO NEGÓCIO JURÍDICO

424. Generalidades

I. À semelhança da posição adoptada quanto à relação jurídica – e, por razões manifestas, se se atentar na circunstância de estar em estudo uma das suas fontes –, *pressupostos* do negócio jurídico são as *pessoas* e os *bens*. O negócio jurídico, enquanto acto humano e voluntário, implica necessariamente a intervenção de pelo menos uma pessoa na sua feitura. Cada um dos autores do negócio representa uma vontade consubstanciada numa declaração; sem eles não há negócio jurídico.

Contudo, os efeitos do negócio jurídico não se referem apenas – e necessariamente – aos interesses das pessoas que nele intervêm; podem interferir, directamente ou indirectamente, com os interesses de outras pessoas, alheias à feitura do negócio.

É corrente traçar a distinção entre as posições ocupadas por essas pessoas em relação ao negócio, designando as primeiras como *partes* [ou sujeitos[1]] e as outras como *terceiros*. Cumpre, porém, não perder de vista que *parte* não é mais do que a *posição* ocupada por certa pessoa, enquanto autora de um negócio determinado.

---

[1] A primeira designação tem a vantagem, sobretudo quando se siga a sistematização clássica da relação jurídica, de evitar a confusão entre a noção de *parte* e de *sujeito*. Convém, na verdade, ter presente que não coincidem as posições de parte num negócio e as de sujeito da relação jurídica dele emergente. Desde logo, não faria sentido transportar para o negócio jurídico (e só nos bilaterais isso seria pensável) a distinção entre lado activo e lado passivo, aplicada aos sujeitos da relação jurídica. Basta ter presente o exemplo de um contrato de compra e venda, para se alcançar a justeza desta observação: nem o comprador é parte passiva, nem o vendedor é parte activa. Por outro lado, sobretudo se se tomar em conta a natureza complexa que é própria das relações jurídicas da vida real, logo se vê que cada uma das partes do negócio jurídico pode ocupar tanto uma posição activa como passiva nas relações que dele emergem. Por outro lado, não está ainda excluída a possibilidade de o negócio gerar uma relação de que uma das partes nem sequer seja sujeito específico, como acontece na *relação jurídica real* emergente da compra e venda.

Por seu turno, os efeitos do negócio respeitam sempre a bens, criando, modificando ou extinguindo situações jurídicas que envolvem a afectação dos mesmos à realização de interesses de determinadas pessoas.

II. O regime jurídico das pessoas e dos bens está já estudado; deste modo, a respeito do negócio jurídico importa apenas fixar o conceito de *parte* – e, correspondentemente, o de terceiro – e de *objecto negocial* e apurar os requisitos que neles se devem verificar para o negócio se constituir validamente.

Acontece, porém, que, em relação às *partes*, esses requisitos – a capacidade e a legitimidade – foram já estudados ao fixar o regime jurídico das pessoas.

CAPÍTULO I
AS PARTES

425. Noção de *parte*

I. Está já adquirida a noção de *parte*, fixada a propósito da distinção entre negócios unilaterais, bilaterais e plurilaterais. Nela assentam algumas notas complementares, específicas da posição de parte no negócio jurídico.

II. No negócio jurídico, como também já ficou esclarecido, pode haver uma, duas ou mais partes.

Se se proceder a uma análise esquemática do negócio bilateral ou plurilateral, fácil se torna distinguir nele entre a pessoa que emite uma declaração e aquela ou aquelas a quem ela é dirigida. Posto o problema do ponto de vista de cada uma das declarações, a primeira diz-se *declarante* (expressão consagrada pelo legislador português e pela doutrina dominante), *autor da declaração* ou *agente;* a segunda é o *declaratário* (expressão corrente) ou *destinatário da declaração*. Neste tipo de negócios, precisamente por nele haver duas ou mais partes, o acto só se torna perfeito pelo cruzar de duas ou mais declarações, ainda que uma delas se limite a uma simples aceitação da emitida pela contraparte. Por isso, nestes negócios, cada uma das partes é, a um tempo, declarante e declaratário. Convém ter presente esta ideia; sem deixar de ser intuitiva, ela ajuda à compreensão do esquema adoptado pelo Código Civil na fixação do regime do negócio jurídico, assente na declaração negocial. Deste modo, a contraposição nele estabelecida entre declarante e declaratário tem de ser entendida em função de cada um dos autores das declarações em si mesmas, relevando, em geral, aquela em que se verifica um vício que afecta o negócio. O seu autor é o declarante e a parte contrária o declaratário (por exemplo, arts. 244.º, n.º 1, 248.º, 254.º, n.º 1, do C.Civ.).

O esquema exposto vale plenamente para os negócios bilaterais. Nos unilaterais, continua a fazer sentido a contraposição entre declarante e declaratário,

com a particularidade de este não ser parte no negócio. Por isso mesmo, o negócio vale pela simples manifestação de vontade da pessoa que nele é parte. Daí que, neste caso, é mais sugestiva a designação de *destinatário da declaração* do que a de *declaratário*.

III. Esta observação suscita a questão de saber se pode haver declaração sem declaratário. Já tem sido defendido que uma declaração tem de ser sempre dirigida a outrem. Como escreve Santoro-Passarelli, «uma declaração de vontade é sempre dirigida a outros sujeitos»[1].

De iure condito, este entendimento não se harmoniza com a solução do ordenamento jurídico português. Na verdade, no art. 224.º, n.º 1, do C.Civ. faz-se uma nítida contraposição entre *declarações com destinatário* e *declarações sem destinatário*, estabelecendo mesmo, para cada uma delas, um regime significativamente diferente, no plano da sua eficácia.

Importa, agora, averiguar se no plano dogmático faz sentido falar em declarações sem destinatário. O problema esclarece-se quando analisado de uma perspectiva correcta, como se passa a expor. A declaração, enquanto comportamento que exterioriza uma vontade, para ter efectiva relevância prática, há-de sempre chegar ao conhecimento da pessoa com cujos interesses interfere. Neste sentido, esta afirmação é válida mesmo para o negócio unilateral não recipiendo; se a declaração não vier de todo a ser *conhecida*, é manifesto que, ao menos no plano prático, a sua eficácia fica afectada. Se alguém faz testamento cerrado e, no momento da sua morte, ele não é conhecido de nenhum dos seus beneficiários e não é encontrado, é evidente que, na prática, tudo se passa como se não houvesse testamento: para se dar cumprimento ao testamento é preciso conhecê-lo.

Contudo, o *desconhecimento* do testamento não afecta o seu *valor jurídico*, pelo que o problema acima enunciado não pode colocar-se nos termos expostos. O que interessa saber é se há declarações cuja relevância jurídica não depende de elas serem dirigidas ou, sequer, levadas ao conhecimento de alguém, seja uma ou mais pessoas determinadas, seja uma ou mais pessoas indeterminadas[2]; enquanto outras pressupõem, consoante os casos, uma contradeclaração, a sua comunicação a certa ou certas pessoas ou, ao menos, o conhecimento por parte destas. Ora, há razões válidas para se estabelecer essa destrinça. Ela pode, por exemplo, fundar-se no tipo de interesses em causa, cuja regulação pode ser deixada na pura dependência da vontade de *certa* pessoa, sem qualquer intervenção de outrem.

---

[1] *Teoria Geral*, pág. 110.

[2] Isto significa que não seja aceitável o critério proposto por Santoro-Passarelli para distinguir as declarações em recipiendas e não recipiendas, consoante elas se dirigem, respectivamente, a pessoas determinadas ou a pessoas indeterminadas (*Teoria Geral*, pág. 110).

IV. A posição de parte é sempre ocupada, no negócio, pela pessoa portadora do interesse nele regulado. Na normalidade das coisas, a autoria material da declaração que consubstancia a vontade cabe a essa mesma pessoa. Mas nem sempre essa coincidência se verifica; nem tem de se verificar.

Desde logo, há que ter aqui presente os casos de substituição de vontade, *maxime*, por representação[1]. Por outro lado, tem também de se considerar o fenómeno, de natureza orgânica, que ocorre no comportamento jurídico das pessoas colectivas, pelo que respeita aos seus órgãos ou, se se quiser atender à realidade das coisas, aos titulares dos mesmos.

Nestes casos, a falta de coincidência é, por assim dizer, originária. Mas pode resultar da transmissão, quando possível, da posição de parte num negócio jurídico, quer *inter vivos* quer *mortis causa*.

Há uma diferença fundamental entre os dois quadros acima desenhados. No primeiro, o autor material da declaração não é parte no negócio; quem ocupa essa posição é o portador do interesse em nome de quem o representante, por exemplo, age. No segundo, o transmissário, não sendo *parte inicial* no negócio, vem mais tarde, por efeito de um novo acto jurídico, a ocupar nele essa posição.

426. Noção de *terceiros*

I. A regulação de interesses contida no negócio jurídico situa-se, em geral, na esfera jurídica das partes e não atinge, portanto, quem a estas é alheio, não os beneficiando, nem prejudicando. Usando uma fórmula latina, expressa-se esta ideia dizendo que o negócio, para quem nele não é parte, é algo que lhe é estranho por ser celebrado por outrem: *res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest*. Mas esta afirmação não pode ser entendida em termos absolutos. Muitas vezes os efeitos do negócio repercutem-se – em termos favoráveis ou desfavoráveis – em pessoas estranhas ao círculo das que no acto ocupam a posição de partes. Todas as demais pessoas, que não são partes no negócio, quando consideradas em função da sua eficácia, dizem-se *terceiros*. O que importa apurar é em que termos, e com que relevância jurídica, certo negócio pode atingir terceiros.

A primeira nota que salta ao espírito, ao analisar a multiplicidade de pessoas que, estando para além do círculo das partes, podem ser *atingidas* pelos efeitos de um negócio jurídico, é a variedade de posições por elas ocupadas.

[1] Mas já assim não acontece na assistência, pois aí o autor da declaração é o titular da vontade; só que com a vontade do autor do negócio tem de se conjugar outra, acessória ou complementar, para ele ser válido.

Por tal razão, nem todos os terceiros podem ser tratados do mesmo modo. Seria caso para dizer, usando um lugar-comum, que *há terceiros e terceiros*.

Importa, por isso, estabelecer aqui algumas distinções, que se prendem com a velha polémica da eficácia do negócio jurídico em relação a quem nele não é parte, e interessam ao seu esclarecimento. Adiante terão se ser levadas em conta, mais de uma vez, as distinções de seguida estabelecidas.

II. Segundo a doutrina clássica, os contratos apenas vinculam quem neles é parte, não produzindo, em princípio, efeitos em relação a terceiros, pois estes são alheios ao acto jurídico, não podendo por ele ser beneficiados ou afectados. Domina neste princípio, no fundo, a ideia, acima referenciada, segundo a qual, para terceiros, o negócio é algo estranho, que se passa entre *outras pessoas (alii)* e só a estas pode interessar. A doutrina clássica vê consagração deste princípio no n.º 2 do art. 406.º do C.Civ., quando estatui que, «em relação a terceiros, o contrato só produz efeitos nos casos e termos especialmente previstos na lei»[1].

A posição clássica tem vindo a ser progressivamente posta em causa por um número cada vez mais significativo de excepções, por força das quais um negócio jurídico pode ter eficácia quanto a interesses de quem nele não é parte.

Mas, ao lado destes casos, que sempre poderiam ser vistos como excepções àquele princípio, vai sendo também posto em causa o pretenso carácter relativo do vínculo obrigacional e salientada a validade universal do chamado *dever geral de respeito*, mesmo perante relações de estrutura obrigacional. Neste sentido, afirma-se que nenhum acto jurídico é, de todo, indiferente para terceiros, já que cada pessoa tem, ao menos, o dever de não interferir com o regular desenvolvimento das relações jurídicas dele emergentes, ainda quando elas sejam obrigacionais.

O sentido desta relevância dos negócios jurídicos já antes foi abordado, a respeito da noção de relações jurídicas absolutas, e terá ainda de ser retomado quando for estabelecida a distinção entre direitos absolutos e direitos relativos. De qualquer modo, elementos entretanto adquiridos permitem afirmar que a eficácia externa do negócio não retira às pessoas, entre as quais ele não foi celebrado, a qualidade de terceiros. No máximo, atribui a alguns terceiros uma posição mais significativa, abrindo assim, de novo, a necessidade de nesta ampla categoria estabelecer certas distinções.

III. Limitando, por ora, a exposição a notas genéricas, próprias de uma teoria geral do negócio jurídico, podem os terceiros ocupar perante ele quatro posições

[1] Sobre a matéria sumariamente referida no texto, *vd*. Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, págs. 313-314 e 349 e segs.

fundamentais: *terceiros imediatamente interessados, terceiros mediatamente interessados, terceiros auxiliares* e *terceiros indiferentes*[1].

IV. Os *terceiros imediatamente interessados* são pessoas directamente atingidas pelos efeitos de certo acto jurídico. Situam-se, desde logo, nesta categoria aquelas a quem um negócio unilateral é dirigido ou a quem o seu conhecimento interessa. Outro exemplo flagrante de tal posição é a do beneficiário de um contrato a favor de terceiro (art. 443.º do C.Civ.).

V. Os *terceiros mediatamente interessados* são pessoas que de modo indirecto, ou eventual, podem ser afectadas pelo negócio jurídico de outrem. Estão neste grupo terceiros cujos interesses sejam atingidos pelos efeitos do negócio, ou que com fundamento nele adquiram algum direito, que depende, por isso, da sua subsistência na *vida* jurídica.

Ao tomar estes terceiros em conjunto, com base no facto de, em relação a eles, o negócio assumir sempre alguma relevância, não deve, todavia, deixar de se formular, desde já, algumas notas complementares, essenciais à compreensão da sua posição perante o negócio, sobretudo sendo inválido.

Em geral, os terceiros, cujos interesses são atingidos pelo negócio – por exemplo, os credores do vendedor, perante a alienação da coisa objecto do contrato de compra e venda –, teriam interesse em atacar o acto que afecte a sua garantia patrimonial. Sendo, porém, esse negócio válido ou meramente anulável, tal interesse não é, em regra, atendido; mas com base em conhecimentos já adquiridos, é possível afirmar que esta regra admite excepções, como acontece na impugnação pauliana (art. 610.º do C.Civ.). Se, porém, o negócio for nulo, estes terceiros cabem na ampla categoria dos *interessados*, a quem os arts. 286.º e 605.º do C.Civ. atribuem legitimidade para requerer a declaração de nulidade.

Bem diversa é a posição dos terceiros em relação aos quais certo negócio constitui o *fundamento jurídico* de algum direito. Para facilidade de exposição, designa-se esse acto por *negócio-fundamento*. Será o caso de um credor do comprador perante um contrato de compra e venda por ele celebrado ou de um subadquirente, isto é, na segunda hipótese, de um *terceiro*, a quem o comprador haja, por seu turno, alienado a coisa por ele comprada. O *interesse* destes terceiros é, manifestamente, o da manutenção do *negócio-fundamento*. Em geral, esse interesse está assegurado se este negócio for válido, mas ficará já afectado se for inválido ou, em geral, ineficaz. No primeiro exemplo acima dado, verificando-se a invalidade ou ineficácia, o credor deixará de poder

[1] Baseia-se este esquema no proposto por Castro Mendes *(Teoria Geral*, vol. II, pág. 283). Sobre a protecção de terceiros, em face de um contrato, vd. Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. II, T. II, pág.- 650 e segs., *maxime*, 656-657.

exercer o seu direito sobre o bem adquirido pelo seu devedor; no segundo, o subadquirente será afectado por a sua aquisição passar a ser tratada como *a non domino*.

A tutela destes terceiros alcança-se, porém, havendo *inoponibilidade*, perante eles, da invalidade ou ineficácia do *negócio-fundamento* (arts. 243.º e 291.º do C.Civ.). Se tal se verificar, ficam, pois, paralisados os efeitos da invalidade em relação a esses terceiros.

VI. Num plano diverso do de qualquer das anteriores coloca-se a posição das pessoas que, sem emitirem declarações de vontade ou delas serem destinatárias, cooperam, de algum modo, na feitura do acto. São os *terceiros auxiliares*. Nesta categoria cabem várias hipóteses que não é fácil reconduzir a um esquema; podem, contudo, destacar-se, como mais relevantes:

a) os *intervenientes acidentais*, a que se referem os arts. 65.º e seguintes do C.Not., como sejam os intérpretes, peritos, tradutores, testemunhas, abonadores, que de uma forma ou de outra intervêm na feitura do negócio;

b) os *cooperantes*, ou seja, pessoas chamadas pelas partes para praticarem actos relacionados com o negócio, como acontece com o terceiro a quem é cometida a faculdade de especificação, na obrigação genérica (art. 542.º, n.º 1, do C.Civ.), de escolha, na obrigação alternativa (art. 549.º do C.Civ.), ou de determinação do preço, na compra e venda (art. 883.º, n.º 1, do mesmo diploma);

c) os *colaboradores*, como sejam, por exemplo, «os *empregados* a quem o autor da declaração manda escrevê-la. Auxiliares são ainda os *peritos técnicos*, que aconselham os estipulantes na aproximação dos seus interesses, bem como os *jurisconsultos*, que também prestam esses conselhos e dão *formulação jurídica* aos contratos ajustados»[1];

d) o *núncio*, pessoa encarregada de transmitir a vontade do autor da declaração[2].

VII. Todas as demais pessoas alheias ao acto, que não caibam em alguma das categorias de terceiros acima referenciadas, são *terceiros indiferentes*.

VIII. A distinção entre parte e terceiro no negócio jurídico assume particular importância no seu regime. Ela prende-se com o aspecto fundamental da sua eficácia, como facilmente se depreende de tudo quanto antes ficou dito.

---

[1] I. Galvão Telles, *Manual*, pág. 427 (os itálicos são do texto), designava-os como *auxiliares*, tratando, de resto, de problema diferente do que se ocupa o texto.

[2] Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 291-292. O conceito de núncio será analisado a respeito da representação no negócio jurídico (cfr., *infra*, n.º 487.III).

Bem se compreende que, quando os efeitos de um negócio interfiram também com terceiros, os requisitos da sua eficácia perante eles, em certos casos, fiquem dependentes de formalidades especiais. Assim, se, em geral, os negócios validamente concluídos estão, por si só, aptos a produzir os seus efeitos entre as partes, muitos são os casos em que, para com terceiros, eles só podem valer quando de algum modo sejam levados ao seu conhecimento ou deles possam ou devam ser conhecidos. Uma manifestação muito importante desta matéria encontra-se no instituto do registo, de que, de resto, já atrás ficaram indicadas manifestações significativas, em mais de uma matéria. Releva aqui, fundamentalmente, o regime dos negócios com eficácia real que tenham por objecto coisas, quando sujeitas a registo; enquanto eles não forem registados, são, em geral, ineficazes em relação a terceiros (art. 5.º, n.º 1, do C.R.Pre.).

Mas, se os actos podem ser invocados perante terceiros, interferindo os seus efeitos, imediata ou mediatamente, com os interesses destes, também se compreende que a lei lhes faculte meios de se acautelarem quando esse resultado de algum modo lhes seja desfavorável. Esta matéria releva sobretudo quanto aos terceiros interessados, conforme já antes foi assinalado.

427. Requisitos relativos às partes; remissão

Não basta à válida constituição do negócio a existência de uma ou mais pessoas que nele ocupem a posição de partes; necessário se torna que nelas concorram certos requisitos: a capacidade e a legitimidade.

Tendo estas matérias sido estudadas nos pressupostos da relação jurídica, a respeito das pessoas, apenas merecem referência, nesta sede, duas questões que se prendem em particular com a matéria do negócio jurídico. A respeito da capacidade, trata-se da autonomia da chamada *capacidade negocial*; quanto à legitimidade, serão desenvolvidas as consequências da sua falta.

428. Autonomia do conceito de capacidade negocial

I. No domínio dos requisitos relativos às partes, no negócio jurídico, exige alguma doutrina a existência de *capacidade negocial*, como figura autónoma.

Segundo C. Mota Pinto, que adoptava este esquema, a capacidade negocial importa duas modalidades: capacidade negocial de gozo e capacidade negocial de exercício. Do seu ponto de vista, «estas noções traduzem-se na referência das noções, mais genéricas, de *capacidade jurídica* e de *capacidade para o exercício de direitos* ao domínio dos negócios jurídicos», sendo, de resto,

nesta matéria que as noções de capacidade e incapacidade assumem maior importância[1].

Castro Mendes, pelo contrário, não atribuía «grande utilidade» à figura, considerando-a mais fonte de confusões do que de esclarecimentos. Não deixava, contudo, de a analisar com base na distinção entre capacidade negocial de gozo e capacidade negocial de exercício, assinalando, desde logo, não ser completo o seu paralelo com a distinção entre capacidade de gozo e capacidade de exercício. Segue-se aqui de perto o seu ensinamento[2].

II. A *capacidade negocial de exercício é* uma zona da capacidade de exercício, mas não pode ser vista como uma capacidade específica, por não se delimitar em função de um conjunto de direitos e obrigações atribuídos à pessoa, mas por referência ao modo por que ela os actua, através de negócios jurídicos. Enquanto zona da capacidade jurídica de exercício, é suprível e, como tal, mesmo na perspectiva de pressuposto do negócio, admite, em alternativa, a existência de capacidade negocial de exercício da parte ou o seu suprimento legal, mediante representação ou assistência. Se nenhuma destas alternativas se verificar, o acto praticado pelo incapaz, como oportunamente exposto, é, em regra, anulável.

Por seu turno, a *capacidade negocial de gozo* significa a possibilidade jurídica de certa pessoa celebrar determinado negócio, seja por si seja por representante. Se tal não acontecer, isto é, se se verificar a impossibilidade jurídica, absoluta, de celebrar *esse negócio*, há incapacidade negocial de gozo. Assim, o menor com menos de 16 anos não pode casar, logo sofre, neste domínio, de incapacidade negocial de gozo; em contrapartida, o menor de 16 anos não pode casar por si, pessoal e livremente, sem autorização dos pais ou sem suprimento; por isso, sofre, quanto ao casamento, de incapacidade negocial de exercício.

A incapacidade negocial de gozo é insuprível e gera, em geral[3], nulidade do correspondente negócio.

III. Continuando a seguir a Lição de Castro Mendes, importa distinguir a capacidade negocial de gozo da falta do direito de celebrar o negócio e da falta de capacidade de gozo de direitos e vinculações quanto a direitos emergentes do negócio.

Relativamente à falta do direito de celebrar o negócio, aqueles que estão feridos desta incapacidade, como é manifesto, não podem praticar esse acto.

---

[1] *Teoria Geral*, págs. 221-222 (os itálicos são do texto).

[2] *Teoria Geral*, vol. II, págs. 36-38.

[3] No exemplo dado no texto, o casamento é anulável [art. 1631.º, al. *a*)], sendo este um dos pontos em que se manifesta o regime especial desse acto, quanto ao seu valor.

Mas a inversa não é verdadeira, pois uma pessoa pode ter capacidade negocial de gozo e não ter o direito de celebrar o correspondente negócio, por razões, não decorrentes de uma situação de incapacidade, mas de outra ordem. Por exemplo, se alguém se comprometer a não vender certo prédio, se o vender comete um acto ilícito (contratual), mas nem por isso o negócio jurídico de compra e venda deixa de ser válido; o vendedor fica, porém, sujeito ao pagamento de uma indemnização àquele perante quem se vinculou a não vender.

Como assinalava Castro Mendes, tal consequência decorre do facto de a capacidade negocial de gozo ser vista como uma possibilidade ou potencialidade de, bem ou mal, lícita ou ilicitamente, desencadear efeitos negociais, isto é, de ser tomada como capacidade e não como direito de agir.

Também a incapacidade negocial de gozo deve ser mantida distinta da capacidade de gozo das situações jurídicas emergentes do negócio para a esfera jurídica do seu autor. Assim, quando a lei proíbe a um estrangeiro a titularidade de determinado direito, se ele celebrar um negócio jurídico aquisitivo de tal direito, o negócio é absolutamente nulo por falta de capacidade de gozo [particular[1]] do estrangeiro.

Neste ponto não merece acolhimento a posição de Castro Mendes, que via no caso um vício do objecto (impossibilidade legal). Diversamente, na verdade, este vício não se coloca no plano objectivo do tipo negocial, em função de certos efeitos jurídicos, mas no plano subjectivo da capacidade de gozo da parte. O negócio, em si mesmo considerado, pode gerar aqueles efeitos; a pessoa concreta que o celebrou não tem, porém, capacidade (de gozo) para adquirir *aquele direito*, por via *daquele negócio ou de qualquer outro*. Por outro lado, a pessoa em causa pode celebrar um *negócio do mesmo tipo para adquirir um direito para o qual tenha capacidade* (de gozo).

429. Consequências da falta de legitimidade

I. O negócio jurídico praticado por pessoa não legitimidada para interferir com os interesses por ele regulados sofre de um vício que vai afectar o seu valor jurídico: a ilegitimidade.

O Código Civil não se ocupa especificamente da legitimidade, nem estabelece para este instituto um regime unitário, solução que é correcta, em vista do carácter *fragmentário* do instituto e da diversidade de situações por ele abrangidas.

[1] Castro Mendes falava em *incapacidade específica*, mas como a validade do negócio é aferida em função de cada direito, em si mesmo considerado, o problema acaba por se colocar no plano da capacidade particular.

A análise dos múltiplos casos de ilegitimidade tratados no Direito positivo dá a conhecer serem diferentes os valores negativos do correspondente negócio: nulidade, anulabilidade e ineficácia, conforme os casos.

Perante este quadro, coloca-se a questão de saber se alguns destes valores do negócio pode ser considerado prototípico da falta de legitimidade. É corrente, a este respeito, apontar o regime da nulidade, como o mais adequado aos negócios relativos a um direito de que se não tem a titularidade[1]. Serve aqui de paradigma o regime da venda de coisa alheia como própria (art. 892.º do C.Civ.)[2], nomeadamente por o regime deste contrato se aplicar a outros contratos onerosos (art. 939.º do C.Civ.). Em tal caso o acto é nulo, nas relações entre quem nele é parte – o vendedor e o comprador; pelo que respeita ao verdadeiro titular do direito, o acto é ineficaz, não lhe podendo ser oposto pelo vendedor. Este entendimento tem aflorações, no Código Civil, no regime dos negócios celebrados por representante sem poderes ou com abuso de representação (arts. 268.º e 269.º).

II. Para além dos casos contemplados na alínea anterior, podem considerar-se unitariamente os exemplos de ilegitimidade decorrentes do facto de o autor do negócio exceder poderes que lhe haviam sido conferidos ou os de agir sem autorizações exigidas por lei, como requisito de legitimação. O valor negativo do negócio é aqui, com frequência, a anulabilidade.

Corroborando esta afirmação com exemplos já conhecidos doutras matérias, recorde-se o regime da falta de legitimidade quanto a actos praticados pelos progenitores como representantes de filhos menores. Em particular, quanto a negócios praticados para além do âmbito de poderes representativos ou sem a necessária autorização, a anulabilidade é estatuída nos arts. 1893.º e 1940.º do C.Civ. Regime equivalente é estatuído, para as ilegitimidades conjugais, no art. 1678.º do mesmo Código. Adiante se verificará que, em certas circunstâncias, o mesmo valor negativo é atribuído ao negócio consigo mesmo (art. 261.º do C.Civ.).

Contudo, por razões decorrentes da particular posição do representante, estando a celebração de certos negócios definitivamente vedada ao seu autor, se este os praticar, eles são nulos por força do art. 1939.º do C.Civ., embora seguindo um regime que, em certos aspectos particulares, se afasta do da nulidade típica.

III. As consequências negativas da falta de legitimidade no valor do negócio afectado por tal vício não são irremediáveis.

---

[1] Cfr., por todos, I. Galvão Telles, *Manual*, pág. 400.

[2] Mas não é já assim, se se vender coisa alheia como alheia, pois o acto vale como venda de coisa futura (cfr. art. 893.º do C.Civ.).

O Código Civil atende e dá relevância à *legitimidade superveniente*, ou seja, à que se verifica posteriormente à celebração do negócio[1]. Assim, na compra e venda, celebrada por quem não tem legitimidade para vender, tem lugar a convalidação do negócio se o alienante adquirir o objecto do negócio (art. 895.º)[2]. A mesma ordem de ideias prevalece no regime especial de confirmação dos negócios praticados por representantes legais, para além do âmbito dos poderes que lhes estão conferidos (arts. 1894.º e 1941.º do C.Civ.), mesmo quando sejam nulos (art. 1939.º do mesmo Código).

Mas, bem vistas as coisas, a mesma ideia preside ao regime da venda de coisa alheia, como alheia, ou seja, como coisa futura. A validade deste negócio, nos termos do art. 893.º do C.Civ., assenta no pressuposto da aquisição da coisa futura pelo vendedor, a quem é imposta, de resto, a obrigação de fazer as diligências necessárias para o comprador vir a adquirir os bens vendidos (n.º 1 do art. 880.º do mesmo Código).

[1] Sobre a legitimidade superveniente, *vd*. Isabel M.ª de Magalhães Collaço, *Da Legitimidade*, *in* BMJ, n.º 10, págs. 83 e segs., e I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 404-406.

[2] É de interesse confrontar as excepções do art. 896.º do C.Civ. com o regime do preceito citado no texto.

CAPÍTULO II
O OBJECTO NEGOCIAL

430. Noção e requisitos do objecto negocial

I. A palavra *objecto* tem no campo do negócio jurídico um sentido próprio, podendo ser entendida, quer como sinónimo de *conteúdo*, ou seja, como o conjunto dos efeitos que o negócio visa produzir, quer como a realidade sobre que recaem os seus efeitos *(objecto stricto sensu)*[1]. No primeiro caso, fala-se em *objecto em sentido jurídico* e no segundo em *objecto em sentido material*. Também se usa dizer, respectivamente, *objecto imediato* e *objecto mediato* do negócio[2].

O Código Civil ocupa-se da matéria do objecto negocial nos arts. 280.º e seguintes, usando aí a palavra em sentido amplo. Neste momento vai ser tratado o *objecto em sentido material*, sem deixar de fazer algumas menções ao objecto jurídico, quando tal contribua para a boa compreensão da matéria.

II. O negócio jurídico pressupõe a existência de um bem sobre que incidam os efeitos por ele produzidos. Contudo, para se constituir validamente um negócio jurídico, essa existência não basta; torna-se necessário que o seu objecto participe de certos atributos, estabelecidos pela lei como condições de validade do acto. Sempre que tais requisitos se verifiquem, o objecto diz-se *idóneo*; e é *inidóneo* no caso oposto.

O Código Civil não se ocupa directamente dos requisitos de idoneidade do objecto. Embora o art. 280.º tenha por epígrafe «requisitos do objecto negocial», o preceito estatui, na verdade, as consequências da falta de idoneidade. Deste modo, só *a contrario sensu* dele se podem deduzir os requisitos legais de idoneidade do objecto.

---

[1] Sobre a matéria do objecto negocial e seus requisitos, além dos AA. adiante cits., *vd.*, por todos, Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 677 e segs.

[2] É a terminologia proposta por C. Mota Pinto (*Teoria Geral*, pág. 553). Merece preferência a indicada em primeiro lugar, para evitar confusões com o objecto da relação jurídica, mesmo não adoptando hoje o sistema expositivo dos seus elementos. Também Oliveira Ascensão entende ser de evitar a referência a objecto imediato e mediato (*Teoria Geral*, vol. II, pág. 105).

Tais requisitos, segundo se deduz do aludido preceito, são a *licitude*, a *possibilidade* e a *determinabilidade*. C. Mota Pinto[1] autonomizava outro, identificado como *«não contrariedade à ordem pública e ausência de ofensa dos bons costumes»*, mas ele pode integrar-se numa noção ampla de licitude.

431. A licitude

I. A *licitude*, em geral, consiste na conformidade do acto jurídico com a lei e a ilicitude na situação oposta. No plano do objecto negocial, a ilicitude existe quando a lei não permite que sobre certa realidade possam incidir os efeitos de determinado negócio jurídico (ilicitude do objecto jurídico) ou quando, por disposição legal, certo *quid* não pode comportar-se como seu objecto (ilicitude do objecto material).

Como exemplo do primeiro caso pode citar-se um negócio celebrado num domínio em que vigore o princípio da tipicidade, como seja o das relações familiares ou dos direitos reais.

Os casos de ilicitude do objecto material ocorrem quando a lei proíbe que sobre certa realidade (coisa ou prestação) incidam os efeitos de certo negócio ou mesmo de qualquer tipo de negócio. No chamado contrato de jogo e aposta ilícito (art. 1245.º do C.Civ.), há uma ilicitude da prestação a que as partes pretendem vincular-se; do mesmo modo, há ilicitude do objecto se num contrato de trabalho ou de prestação de serviços uma das partes se obriga a realizar certa conduta (prestação) proibida por lei; há também ilicitude do objecto (prestação) no contrato de mútuo usurário (art. 1146.º do C.Civ.), uma vez que sejam estipulados juros superiores a certo valor máximo fixado por lei.

II. O n.º 2 do art. 280.º do C.Civ. considera também inidóneo o objecto do negócio quando ele seja «contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes».

Já antes ficou referido o tratamento autónomo que alguma doutrina dá a esta modalidade da inidoneidade do objecto negocial, que, todavia, deve ser reconduzida à ilicitude. Trata-se, fundamentalmente, de um problema de construção jurídica, de qualificação.

A autonomização do requisito em análise implicaria a adopção de uma noção restrita de licitude, limitada aos casos em que o negócio é contrário à lei. Bem pelo contrário, ao abranger-se na ilicitude o vício do negócio que contraria a ordem pública ou ofende os bons costumes, perfilha-se uma

[1] *Teoria Geral*, págs. 557-559.

concepção ampla de ilicitude. Como assinalava Castro Mendes, cabe então «distinguir num conceito geral de ilicitude a *ilicitude imediata* (característica do acto directamente contrário a um preceito legal, art. 280.º, n.º 1)[1] da *ilicitude mediata* (característica do acto contrário a uma ordem normativa em si extrajurídica, mas recebida pelo Direito). Quanto ao objecto negocial, é ilicitude mediata a *contrariedade à ordem pública* e a *ofensividade dos bons costumes* (art. 280.º, n.º 2). Ilicitude imediata (ou "stricto sensu") e mediata fundem-se na ilicitude "lato sensu"»[2].

É de perfilhar a concepção ampla da ilicitude, o que permite abarcar nela conjuntamente realidades congéneres. Sem prejuízo desta posição, cabe assinalar que, ainda assim, a ilicitude mediata se verifica fundamentalmente (se não de modo exclusivo) quando o objecto do negócio seja uma prestação, sendo difícil configurar uma hipótese de ilicitude mediata quando o objecto do negócio seja uma coisa.

Os bons costumes, tendo presente que o Código Civil os demarca da ordem pública, integram regras de comportamento no domínio de relações familiares e sexuais e regras deontológicas. As primeiras ligadas à *moral social*, e as segundas contidas em *códigos* deontológicos oriundos das respectivas Ordens ou outras entidades profissionais. Seguindo um exemplo de Menezes Cordeiro, ofende os bens costumes um negócio jurídico «destinado a pagar favores íntimos»[3].

A ordem pública define-se por referência a princípios fundamentais do sistema[4] que informam normas injuntivas. É contrário à ordem pública o contrato constitutivo de garantias por tempo ou valor indeterminado.

III. Num plano diferente do da alínea anterior, importa distinguir a *ilicitude directa* da *indirecta*. Tratando-se, em rigor, de duas modalidades distintas de ilicitude, merecem contudo o mesmo tratamento. Em certos casos, o objecto do negócio ofende frontal ou directamente uma norma legal proibitiva: há então *ilicitude directa* e o negócio diz-se *contra legem*. Mas pode também acontecer que, perante uma proibição legal, as partes procurem obviar a esse obstáculo, contornando-o, ou seja, celebrando um negócio que permita alcançar, por via indirecta, o resultado normativamente proibido. Existe aqui um *negócio em fraude à lei*; trata-se, ainda, de uma situaçãode ilicitude, que se designa por *indirecta*[5].

---

[1] No texto, por manifesta *gralha,* está art. 208.º

[2] *Teoria Geral*, vol. II, págs. 277-278 (os itálicos estão no texto).

[3] *Tratado*, vol. I, T. I., pág. 709.

[4] Se os princípios em causa traduzirem valores tão relevantes que não podem ser afastados, sequer, por uma norma de um sistema jurídico, normalmente aplicável segundo as regras do Direito Internacional Privado está em causa a ordem pública internacional.

[5] A redução da fraude à lei à ilicitude, corresponde à posição da doutrina portuguesa dominante, como assinala Menezes Cordeiro (*Tratado*, vol. I, T. I, pág. 695).

IV. A delimitação do conceito de ilicitude do objecto negocial não fica completa se não se der resposta à questão que reparte a doutrina quanto a saber se se deve autonomizar este vício do da *impossibilidade legal*.

Contrariamente à solução adoptada pelo n.º 1 do art. 280.º, a correcta é a de defender que na ilicitude do objecto se devem ainda abranger, além dos vícios referidos nas alíneas anteriores, o da impossibilidade legal. Não se justifica, na verdade, a autonomia desta segunda categoria, como bem sustentava C. Mota Pinto[1]. Em sentido contrário pronunciava-se Castro Mendes, afirmando que tal integração dos dois vícios não é exacta nem rigorosa, embora reconheça que é normalmente seguida[2]. Por seu turno, Menezes Cordeiro, embora admita que «o negócio jurídico juridicamente impossível é, latamente, contrário à lei», pronuncia-se no sentido da distinção das duas figuras, por a impossibilidade «pressupor um objecto jurídico que, *independentemente de quaisquer regras*, sempre seria inviável»[3].

Sem prejuízo da posição defendida, seguindo a arrumação legal da matéria, reserva-se a análise do requisito da possibilidade legal para o número seguinte.

432. A possibilidade

I. O objecto negocial tem de ser *possível*, sem o que será inidóneo. O requisito da possibilidade, quando referido ao objecto material, respeita a coisas ou prestações.

A impossibilidade do objecto pode verificar-se no momento da celebração do negócio ou no do seu cumprimento, dizendo-se *originária* no primeiro caso e *superveniente* no segundo. Como é manifesto, pode dar-se a hipótese de o objecto negocial ser possível no momento da sua celebração e vir a tomar-se impossível mais tarde; e a inversa também é verdadeira. Sem prejuízo da relevância da impossibilidade superveniente (arts. 790.º e seguintes do C.Civ.), no domínio da idoneidade do objecto interessa apenas a impossibilidade originária.

II. A impossibilidade do objecto negocial pode revestir diversas modalidades, que importa distinguir para melhor compreensão deste requisito. Seguindo o esquema adoptado pelo legislador, demarca-se a *impossibilidade física* da *impossibilidade legal* (art. 280.º, n.º 1, do C.Civ.). Em qualquer destas modalidades, cabe distinguir, consoante o objecto do negócio consista em coisas ou em prestações.

---

[1] *Teoria Geral*, págs. 549 e 550.
[2] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 273.
[3] *Tratado*, vol. I, T. I, nota (1813), pág. 686.

Noutro plano, e segundo critérios diversos, a impossibilidade pode ser *objectiva* ou *subjectiva*, *temporária* ou *definitiva* e *absoluta* ou *relativa*.

A impossibilidade diz-se *objectiva* quando existe em relação à generalidade das pessoas e não apenas quanto à pessoa do devedor, caso em que é *subjectiva*. Deste modo, a prestação de coisa fungível (o dinheiro em particular) nunca é impossível, neste sentido, porquanto, mesmo que o devedor não tenha a soma devida, a prestação sempre poderia ser realizada por outra pessoa. Em geral[1], só a impossibilidade objectiva gera inidoneidade do objecto.

A distinção entre *impossibilidade absoluta* e *relativa* assenta na seguinte ordem de considerações. Em certos casos, o objecto não é, de todo, impossível; contudo, a sua realização, tal como consta do negócio, envolve para o devedor uma dificuldade ou onerosidade excessiva. Fala-se então em *impossibilidade relativa* ou em *mera dificuldade*. Em princípio, a *mera dificuldade* não é atendível[2].

A impossibilidade é *definitiva* quando o obstáculo que inviabiliza o objecto do negócio não pode vir a ser removido, no futuro; caso contrário, é *temporária*[3]. Exemplo de impossibilidade (legal) temporária será o da proibição de venda de animais de certa raça enquanto grassar uma doença que os afecta.

III. A *impossibilidade física* do objecto negocial, quando seja uma coisa, pode assumir mais de uma configuração.

Assim, há impossibilidade física se o negócio incidir sobre uma realidade que não é coisa em sentido jurídico, como seja o caso de um contrato de compra e venda de um talhão de terreno na Lua (art. 202.º, n.º 1, do C.Civ.).

Mas há também impossibilidade quando seja caso de inexistência material da coisa. Releva aqui a distinção, já estudada, entre coisas presentes e futuras. Um negócio jurídico sobre uma coisa futura, quanto à existência ou quanto à titularidade, é válido, salvo se a coisa for absolutamente inexistente. Nesta última hipótese, mesmo que no negócio essa coisa seja tratada como coisa futura – e salva a hipótese de o contrato ter natureza aleatória (artº 880º, n.º 2, do C. Civ.) –, existe uma situação de impossibilidade física do objecto. Assim, se alguém vender um poço de petróleo que ainda não está aberto, o acto será válido, como venda de coisa futura, caso no local exista petróleo a explorar; mas se não existir, a coisa é absolutamente inexistente e o objecto do negócio é impossível.

---

[1] Diz-se, *em geral*, pois a afirmação comporta excepções e atenuações. Assim, é relevante a impossibilidade subjectiva se respeitar a prestação de facto infungível, pois esta só pode ser feita pelo devedor e não por outrem (cfr. arts. 767.º, n.º 2, e 791.º do C.Civ.).

[2] Recorde-se que se está a considerar a impossibilidade originária; a mera dificuldade ou onerosidade releva, em certos casos, se for superveniente (cfr. arts. 437.º a 439.º do C.Civ.).

[3] Cumpre, porém, levar aqui em conta o n.º 2 do art. 401.º do C.Civ.

Pelo que respeita à impossibilidade física da prestação, enquanto objecto negocial, ela verifica-se quando o acto se refira a uma conduta que, pela natureza das coisas, não pode ser realizada. O mesmo vale se a prestação é de tal modo difícil, para a generalidade das pessoas, que ela se apresenta como praticamente irrealizável. Assim se alcança o sentido do velho brocardo, segundo o qual *ad impossibilia nemo tenetur, impossibilium nulla est obligatio*.

Quanto à impossibilidade da prestação, como se deduz do art. 401.º do C.Civ., só a objectiva e absoluta gera inidoneidade do objecto negocial. Mas a doutrina[1] aponta ainda outro requisito: o da essencialidade. Finalmente, releva o facto de a impossibilidade ser temporária ou definitiva.

IV. Em matéria de *impossibilidade legal* a doutrina divide-se quanto ao seu âmbito de aplicação. Assim, enquanto Castro Mendes, embora de modo sucinto, não via dificuldade em configurar casos de impossibilidade legal referentes a coisa e prestações[2], já C. Mota Pinto adoptava uma posição mais restritiva[3]. Segundo este Autor, «será *impossível legalmente* o objecto de um negócio, quando a lei ergue a esse objecto um obstáculo tão insuperável como o que as leis da natureza põem aos fenómenos fisicamente impossíveis. Ora um impedimento legal deste tipo só pode existir em relação a realidades de carácter jurídico, p. ex. negócios jurídicos e direitos»[4]. Dentro desta ordem de considerações se situam os exemplos configurados por C. Mota Pinto, como seja o da promessa de venda de herança de pessoa viva e (aqui dubitativamente) o da cessão de créditos ou de posições contratuais emergentes de contratos inválidos.

Parece não haver razão para esta limitação[5], podendo configurar-se casos de impossibilidade legal relativa a uma coisa. Sirva de exemplo o negócio sobre uma coisa fora do comércio privado ou fora do comércio em geral, por mera determinação de lei. Só nesse caso; se se tratar de realidade que, por sua natureza, não possa ser objecto de direitos, haverá ainda uma situação de impossibilidade, mas física.

Na venda de um bem do domínio público o vício do negócio é o da impossibilidade legal do objecto. Mas verifica-se ainda este tipo de impossibilidade nos negócios relativos a coisas que não possam ser objecto deles. Assim, a hipoteca de coisa móvel não registável [art. 688.º, n.º 1, al. *f*), do

[1] Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 275.

[2] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 276; são discutíveis os exemplos apresentados.

[3] *Teoria Geral*, pág. 556 (os itálicos são do texto).

[4] Idem, *ibidem*.

[5] Daqui não decorre que os exemplos apresentados por C. Mota Pinto não sejam de impossibilidade legal do objecto. Discorda-se apenas da limitação da impossibilidade legal a tal tipo de casos.

C.Civ.] ou o acto de constituição de propriedade horizontal sem os requisitos estatuídos no art. 1415.º do C.Civ. são exemplos de negócios feridos de impossibilidade legal do objecto.

433. A determinabilidade

O terceiro requisito de idoneidade do objecto traduz-se na exigência de ele ser *determinado* ou, pelo menos, *determinável*. Se o objecto do negócio não for ao menos determinável, ele *é inidóneo*.

A indeterminabilidade pode reportar-se tanto ao objecto material – coisa ou prestação – como ao objecto jurídico[1].

No primeiro caso, o objecto é determinado se se mostrar devidamente individualizado no negócio jurídico. Por exemplo, num contrato de compra e venda, identifica-se o prédio rústico vendido por todos os elementos correntes usados para o efeito, como sejam a sua localização, identificação fiscal e registal, etc. Será indeterminado se apenas se fizer ao objecto uma referência vaga, ou genérica – um prédio, um anel, etc. –, sem aduzir elementos ou critérios que permitam, pelo menos, a sua futura determinação.

Como resulta da exposição anterior, o objecto pode não ser determinado, desde que, pela aplicação das regras legais supletivas, ou das regras contratuais, a sua determinação seja possível. A este respeito interessa ter presente o disposto no art. 400.º do C.Civ., que estabelece os meios através dos quais se pode obter a determinação da prestação, quando não seja logo determinada no negócio: a determinação pode ser deixada a uma das partes ou a terceiros ou ser feita por via judicial[2]. Deve, de resto, entender-se que estas regras são aplicáveis, por analogia, na falta de regime específico, a outras hipóteses de objecto não determinado, mas determinável.

434. Efeitos da falta de requisitos do objecto negocial

A falta de qualquer dos requisitos de idoneidade do objecto torna o negócio nulo. Assim se dispõe nos dois números do art. 280.º do C.Civ., sendo de salientar que a cominação desta sanção é independente de as partes, ou alguma delas, conhecer o vício do objecto.

Este regime resulta confirmado, quanto à impossibilidade da prestação, pelo n.º 1 do art. 401.º e, quanto à ilicitude, pelo art. 294.º, ambos do C.Civ.

---

[1] Como adiante será demonstrado, a indeterminação do conteúdo pode resultar de não ser viável apurar o sentido das declarações das partes, segundo as regras da interpretação do negócio.

[2] Sobre a determinação judicial da prestação, rege. o art. 1429.º do C.P.Civ.

O regime exposto sofre alguns desvios. Assim, na venda de bens futuros ou de existência ou titularidade incertos, quando tenha carácter aleatório, o negócio é válido, ainda que a transmissão não chegue a efectuar-se ou as coisas não existam ou não pertençam ao vendedor, tendo o comprador de pagar o preço. Este regime, contido nos arts. 880.º e 881.º do C.Civ., é aplicável a outros negócios onerosos, por força do art. 939.º do mesmo Código.

SUBTÍTULO III
ESTRUTURA DO NEGÓCIO JURÍDICO

CAPÍTULO I
PRELIMINARES

435. Os elementos da estrutura do negócio jurídico

Os elementos fundamentais da estrutura do negócio jurídico são a *vontade* e a *declaração.* Para além deles, e colocando problemas específicos que a seu tempo serão analisados, há ainda a referir a *causa*.

Cada um destes elementos, pela complexidade e multiplicidade das questões que em seu redor se levantam, exige tratamento separado. Contudo, deixando por ora de lado a causa, que surge num plano diferente, está longe de ser pacífica a relevância a atribuir à vontade e à declaração na conformação do negócio jurídico. Sem necessidade de entrar, desde já, em grandes desenvolvimentos, é manifesto revestirem-se estes dois elementos de uma diferente natureza, com significativas projecções no regime do acto: a vontade, elemento psicológico, *interno*, e, neste sentido, *subjectivo*, a declaração, elemento *externo* e, neste sentido, *objectivo*.

Logo se deixa ver que a atribuição da primazia, no regime do negócio, à vontade ou à declaração envolve uma diferente relevância dos interesses nele envolvidos – autor da declaração, por um lado, destinatário da mesma e terceiros, por outro. O problema agudiza-se quando, por múltiplas razões a analisar oportunamente, a vontade do autor do negócio não encontra tradução adequada na sua declaração.

Por assim ser, é corrente debater este problema a respeito das chamadas *divergências entre a vontade e a declaração*. Contudo, ele projecta-se sobre a generalidade das matérias relativas a estes dois elementos da estrutura do negócio. Por isso, é adequado tratar essa matéria como ponto preliminar da estrutura do negócio jurídico. Em boa verdade, ele interfere com a própria noção desta figura.

436. Papel da vontade e da declaração: colocação do problema

I. As considerações tecidas a respeito da noção de negócio jurídico dão o ponto de partida para a análise da questão sumariamente colocada no número anterior.

A caracterização do negócio jurídico como instrumento privilegiado da autonomia privada, na ordenação de interesses dos particulares, impõe, por si só, um papel relevante da vontade no seu tratamento jurídico. Para haver negócio jurídico, e segundo o esquema oportunamente exposto, para além de o acto ser *querido*, a vontade do seu autor tem de se *dirigir* aos seus efeitos jurídicos e estes *só por isso mesmo* se produzem.

Deste modo, para a *diferença específica* desta categoria de actos voluntários ter conteúdo substancial, não pode deixar de se reconhecer à vontade um papel relevante no regime do negócio, nomeadamente quanto à necessidade de atender às representações e à intenção das partes na fixação do alcance das regras por elas *estipuladas* para a regulação dos seus interesses[1]. Se assim não fosse, como salienta Menezes Cordeiro, «não haveria verdadeira autonomia: tudo não passaria de um logro linguístico»[2].

II. Por assim ser, o negócio jurídico tem de ser entendido, primordialmente, como um acto de vontade, através do qual os particulares auto-ordenam os seus interesses.

Contudo, não pode deixar de se ter presente a inelutável necessidade de, em qualquer negócio, a vontade ser de algum modo exteriorizada, não podendo valer por si mesma. Assim o impõe, bem vistas as coisas, a própria maneira de ser do acto negocial; por ele se dirigir a uma auto-ordenação de interesses, tem sempre de se projectar, de algum modo, na esfera jurídica de outrem, implicando, assim, a necessidade de a vontade do seu autor ser apreendida pelo destinatário do acto.

A exteriorização da vontade – através da declaração – constitui, portanto, uma condicionante objectiva da estrutura do negócio e cria uma tensão entre esses dois elementos, que está na origem da polémica acima esquematizada. No fundo, tudo resulta do facto de a declaração, tomada em si mesma, na sua objectividade, poder ter um significado não correspondente ao que o seu autor pretendia através dela traduzir ou pensava ter traduzido.

III. Esquematicamente, as posições dogmáticas, nesta matéria, repartem-se por dois campos: um *voluntarista* ou *subjectivista*, que dá primazia à vontade, na estrutura do negócio jurídico, outro *declarativista* ou *objectivista*, segundo o qual o papel preponderante deve ser reservado à declaração.

---

[1] Cfr. Pawlowsky, *Allgemeiner Teil*, págs. 174-175.

[2] *Teoria Geral*, vol. I, págs. 494-495; cfr., também, *Tratado*, vol. I, T. I, pág. 455.

Dentro destas grandes linhas, a doutrina formulou, porém, orientações diversas, que importa analisar, antes de sobre elas tomar posição. Por outro lado, para além deste plano *de iure condendo*, importa averiguar os termos do tratamento dado à matéria pelo Direito positivo.

437. Papel da vontade e da declaração: o debate doutrinal

I. São múltiplas as posições doutrinais formuladas a respeito da relevância da vontade e da declaração na conformação do negócio jurídico. Para facilidade da exposição subsequente, vão ser reconduzidas a formulações típicas: *teoria da vontade, teoria da declaração, teoria da culpa in contrahendo, teoria da responsabilidade* e *teoria da confiança* e *teoria do valor* ou *validade* («Geltungstheorie»). Destas, como a exposição subsequente revela, as duas primeiras constituem posições extremas, sendo as restantes soluções intermédias ou eclécticas; a última procura superar a dualidade vontade-declaração na conformação do negócio jurídico[1]. Será ainda feita referência a algumas teorias objectivistas, que procuram prescindir da vontade na construção do negócio jurídico, ou, pelo menos, limitar o seu papel.

II. Formulada por Savigny e Windscheid, a *teoria da vontade* parte da concepção voluntarista do negócio jurídico, levando-a às suas extremas consequências. Na verdade, se o negócio jurídico vale enquanto manifestação de uma vontade, que se pretende tutelar, só à vontade real é lícito atender na fixação do valor do acto.

A declaração não tem valor em si mesma, mas apenas como manifestação da vontade. Logo, se à declaração não corresponde efectivamente qualquer vontade, aquela não pode deixar de ser considerada nula.

A teoria da vontade não chegou a ser aplicada na pureza dos seus princípios, nem mesmo pelos seus seguidores, por conduzir a resultados manifestamente desajustados, do ponto de vista dos interesses do declaratário e de terceiros. O exemplo de escola é aqui o do negócio feito sob reserva mental, não querido pelo seu autor, que visa enganar o declaratário (cfr. art. 244.º do C.Civ.). A teoria da vontade conduziria à sua nulidade, solução claramente injusta do ponto de vista do declaratário. No reconhecimento desta inadequação reside a melhor crítica que se pode dirigir à teoria da vontade, ao esquecer que a declaração emitida representa, de qualquer modo, uma

[1] Sobre esta matéria, *vd*. Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 152 e segs.; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 460 e segs.; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 173 e segs.; I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 157 e segs.; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 116-118; e C. Ferreira de Almeida, *Texto e Enunciado*, vol. I, págs. 53 e segs.

realidade objectiva, no plano social como no jurídico, que não pode, pura e simplesmente, ser ignorada.

III. A *teoria da declaração* parte de um pólo oposto, ao afirmar que, sendo o Direito a disciplina das relações sociais, o que há-de interessar para ele é a declaração[1]. Esta representa a única realidade objectiva posta a circular na vida de relação, em termos de ser apreensível pelos outros, aqueles a quem, afinal, a manifestação de vontade se dirige.

O mais, a vontade psicológica em particular, é algo do foro íntimo de cada um, de que os demais não têm de se aperceber, até por não o poderem fazer em termos adequados. Não seria, em qualquer caso, exigível que dessa vontade se apercebessem a não ser através da declaração.

Assim, o que tem valor jurídico é sempre a declaração, independentemente de haver correspondência ou falta de correspondência com a vontade psicológica.

A teoria da declaração, aplicada na pureza da sua formulação, é também inadequada por conduzir a resultados injustos. Esquece, desde logo, a hipótese de o declaratário conhecer a vontade real do declarante e, consequentemente, a desconformidade da declaração com essa vontade. Fazer prevalecer a declaração em tal caso seria contrário à boa fé.

IV. A partir da teoria da vontade, Jhering formulou uma tese que introduz um factor de correcção nos excessos a que aquela conduz. A posição de Jhering ficou conhecida como *teoria da culpa in contrahendo*, designação dada pelo seu autor a um estudo dedicado ao problema.

Para Jhering, o regime de nulidade do negócio, inerente à teoria da vontade, havendo divergência, não pode, em certas hipóteses, ser acolhido. Há que verificar se essa divergência não é imputável ao próprio declarante, tendo ele agido com dolo ou culpa. Em tais casos, a invalidade do acto (por falta de vontade) não deve afastar a responsabilidade do declarante pelos danos causados ao declaratário. Contudo, segundo a tese de Jhering, o declarante apenas se encontra vinculado a indemnizar os danos relativos à confiança depositada pelo declaratário na validade do negócio, ou seja, o chamado *interesse negocial negativo*.

A teoria da *culpa in contrahendo* representa, sem dúvida, uma relevante atenuação de algumas das consequências indesejáveis da teoria da vontade. Mantém, contudo, os seus pontos fulcrais, pois, mesmo havendo o dever de indemnizar, o regime do negócio assenta no pressuposto da sua invalidade; neste ponto se manifesta a sua raiz voluntarista. Ora, a tutela dos interesses

[1] Entre os seguidores desta teoria podem apontar-se Messina, Kohler, Bulow e E. Betti.

do declaratário e de terceiros – em suma, dos interesses do tráfico jurídico – impõe a necessidade de, em certos casos, ir mais longe, admitindo a própria validade do negócio segundo a declaração.

V. A *teoria da boa fé* ou *da confiança* representa uma derivação da teoria da declaração. É, porém, tão ligeiro o seu afastamento que acontece até haver autores que se dizem seguidores da teoria mãe, quando afinal perfilham a teoria agora em análise. Foi seguida na doutrina portuguesa por Manuel de Andrade, embora o ilustre Professor revelasse na fase final do seu ensino hesitação entre esta teoria e a da responsabilidade[1]. É também a teoria da confiança – na formulação dita *teoria da aparência eficaz* – a considerada por C. Mota Pinto como mais justificada, sem prejuízo de entender não ser possível uma opção rígida nesta matéria[2].

Para a teoria da confiança, a declaração continua a ser o elemento fundamental da estrutura do negócio, devendo prevalecer no caso de divergência, o que acarreta a sua validade. Reconhecem, porém, os seus defensores que a validade do negócio só se impõe quando filiada, afinal, na boa fé do destinatário, que deu a sua *confiança* à declaração, tal como ela lhe é patenteada pelo comportamento do declarante. Sendo assim, se tal confiança se não justificar, por não existir boa fé do destinatário, deixa de ser atendível a declaração e prevalece a invalidade do negócio.

A teoria da confiança ou da boa fé tem em seu desfavor o ponto de partida: a prevalência da declaração sobre a vontade. Por isso, continua a dominar o princípio da validade do negócio com fundamento na declaração. Esse valor só é afastado quando haja má fé do declaratário, isto é, quando, por exemplo, em sede de divergência entre a vontade e a declaração, este conhecia ou devia conhecer a divergência. Como bem assinalava Manuel de Andrade, também na teoria da confiança, à semelhança do que acontece na da responsabilidade, interfere uma ideia de responsabilidade, mas *objectiva*[3]. Há, assim, uma excessiva protecção dos interesses do declaratário, em detrimento do declarante, impondo-se, na lógica da teoria, a validade do negócio mesmo quando falte, de todo, a vontade (quer de acção, quer de declaração).

Uma formulação mais moderna das teorias declarativistas introduz uma atenuação na teoria da confiança, distinguindo na posição do declaratário os casos em que ele compreende o sentido objectivo da declaração, daqueles em que entende um outro sentido, diferente do correspondente à vontade real e, mesmo, do sentido objectivo. Se o declaratário entendeu o sentido

[1] Cfr. *Teoria Geral*, vol. II, pág. 161.
[2] *Teoria Geral*, págs. 464-465.
[3] Cfr. *Teoria Geral*, vol. II, pág. 159.

objectivo, o negócio deve ser válido; caso contrário, deve prevalecer a invalidade. É a *doutrina da aparência eficaz*.

VI. Outra construção que afasta os excessos da teoria da vontade é a *teoria da responsabilidade*; ela vai, todavia, mais longe do que a posição de Jhering, quanto ao valor do acto. Formulada pelo tratadista italiano Vittorio Scialoja, esta teoria é dominante em Itália e também defendida na doutrina portuguesa. No domínio do Código de Seabra, a ela aderiram I. Galvão Telles[1], Beleza dos Santos[2], e Paulo Cunha[3]; para ela se inclinava também Cabral de Moncada[4], afirmando, contudo, que o Código então vigente não consagrava uma solução geral para o problema. Seguem-na, na vigência do novo Código, Castro Mendes[5], I. Galvão Telles[6]; esta parece ser também a posição de Oliveira Ascensão[7].

Não deixa, contudo, de ter como ponto de partida a concepção voluntarista do negócio, pelo que afirmam os seus defensores o princípio da sua invalidade sempre que exista divergência entre a declaração e a vontade real. Admitem, porém, o afastamento deste regime, não o aplicando em todos os casos, com base numa ideia de *responsabilidade* do declarante.

A força motriz do negócio jurídico – assinalam os seus defensores – radica, sem dúvida, na vontade do seu autor. Mas esta, para se tornar relevante, carece de ser exteriorizada, por via da declaração; ora, ao manifestar a sua vontade, o autor da declaração está a lançar na vida jurídica algo de objectivo. Se, ao fazê-lo, intencionalmente se afastou da sua vontade real, ou se foi tão pouco diligente que fez uma declaração que não constitui a expressão correcta dessa mesma vontade, impõe a ideia geral de responsabilidade que o declarante se sujeite à validade do acto com base na declaração: *responde* por esta.

A ideia de responsabilidade apresenta-se aqui como a necessidade de o seu autor se conformar com a validade do negócio, tal como resulta da declaração. Esta teoria pressupõe, pois, a aceitação da existência, por parte do declarante, de um *ónus de adequada manifestação da vontade*[8]. Assim, quando haja divergência intencional ou violação do dever de diligência, o princípio geral da invalidade do acto cede, valendo o negócio com base na declaração.

---

[1] *Manual*, 3.ª ed., págs. 149-150.
[2] *A Simulação*, vol. II, pág. 44.
[3] *Teoria Geral*, vol. III, págs. 144 e segs.
[4] *Lições*, vol. II, págs. 258 e 259.
[5] *Teoria Geral*, vol. II, págs. 183-184.
[6] *Manual*, 4.ª ed., págs. 160-161.
[7] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 238, quando afirma que «o centro de gravidade» do negócio está na autonomia e não na declaração, sendo, porém, a vontade indissociável da responsabilidade.
[8] *Vd*. Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 185; E. Betti, *Teoria Geral*, t. I., pág. 253.

Uma limitação se impõe, porém, na lógica desta teoria, traduzida num regresso à regra geral da invalidade, quando o declaratário conhece ou deva conhecer a existência da divergência entre a declaração e a vontade real do declarante. Não estando, portanto, o declaratário de boa fé, a sua responsabilidade anula a do declarante e o acto é inválido. Com efeito, em tal caso nenhuma razão justifica a prevalência da declaração.

VII. A «Geltungstheorie»[1] foi estabelecida por Larenz e assenta na ideia de que a declaração de vontade não pode ser vista, ao estilo da doutrina voluntarista[2], como um simples meio de comunicação («Mitteilung») da vontade, como realidade psicológica dela independente[3], mas como «Geltungserklärung », ou seja, como *declaração de valor* ou de *validade*, ou, nas palavras de Pawlowsky, «como declaração que quer ser direito» [«als Erklärung, die Recht sein will»[4]]. Tal como uma simples vontade interna, não manifestada, não pode ser relevante, também uma pura *comunicação* de uma vontade não o é, pois nada impede o seu autor de, em seguida, querer coisa diversa. Mas, se alguém diz que se *obriga* a fazer qualquer coisa, essa declaração tem um sentido definitivo e o declarante renuncia, salvo reserva, a valer-se de uma alteração da sua vontade, ficando preso, vinculado, pela sua declaração. Essa declaração significa, assim, que os correspondentes efeitos jurídicos devem valer («gelten sollen»), ou seja, traduzem, dentro dos limites da autonomia privada, um valor jurídico. A declaração deixa, assim, de ser vista como uma simples emissão de sinais reveladores de uma vontade interior e tem ela mesma um conteúdo preceptivo.

Assim entendida, a declaração de vontade desempenha, segundo Larenz, duas funções: enquanto *acto dispositivo*, tal como a lei ou a sentença definitiva, a declaração de vontade, sendo uma declaração de valor, constitui o fundamento imediato dos efeitos jurídicos e é o meio de o declarante executar a sua vontade negocial; por isso se diz que os efeitos jurídicos se produzem por terem sido queridos pelo declarante; enquanto *acto exterior*, a declaração destina-se a ser conhecida por outros, a quem é dirigida, e constitui um acto

[1] A respeito desta teoria, *vd*. C. Ferreira de Almeida, *Texto e Enunciado*, vol. I, págs. 231 e segs.; P. Mota Pinto, *Declaração Tácita*, págs. 35 e segs.; e o nosso est. *A Conversão*, págs. 36 e segs.

[2] Segue-se a exposição feita em *Allgemeiner Teil*, págs. 332-336. A teoria de Larenz foi pela primeira vez exposta no seu estudo, de 1930, *"Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts"*.

[3] Larenz parte do pensamento de Savigny (*System*, III, 258), quando afirma que, verdadeiramente, a vontade, em si mesma, deve ser pensada como o único (elemento) importante e eficaz e só por ser uma realidade interna e inatingível carece de um sinal através do qual se torne conhecida, como o de von Thur (*Der Allgemeiner Teil*, II, 1, pág. 400), ao definir declaração de vontade como um acto que é praticado com o fim de trazer ao conhecimento do mundo exterior acontecimentos da vida da alma («Seelenlebens»).

[4] *Allgemeiner Teil*, pág. 173.

de *comunicação social*. Por isso, segundo Larenz, o valor declarativo («Aussagegehalt») da declaração tem significado autónomo[1].

Do ponto de vista que aqui interessa, a «Geltungstheorie» não ultrapassa o problema das relações entre a vontade e a declaração no negócio jurídico, como o próprio Larenz afinal reconhece[2]. Sempre que a declaração tenha, para o declaratário, um sentido diferente do que o declarante queria expressar, ou julgava ter expressado, coloca-se o problema de saber qual dos sentidos deve prevalecer. Importaria, então, tomar em conta a dupla função da declaração de vontade: enquanto *acto dispositivo*, ela leva a atribuir à vontade o papel decisivo; enquanto *acto de comunicação social*, ela assume valor declarativo próprio, em cujo conteúdo o destinatário, em geral, confia. Tudo está em saber até onde esta confiança do destinatário merece ser protegida à custa do declarante, quando este, através da sua declaração, quis significar algo diverso daquilo que o declaratário entendeu ou devia entender.

A resposta a esta questão obtêm-se por outra via, através da ideia de *responsabilidade do declarante* pelo sentido, que lhe seja *imputável*, da sua declaração. Tal como em qualquer acto social, a declaração implica responsabilidade, ou seja, o declarante tem de responder pelo meio de tradução da sua vontade por ele escolhido. *Incumbe-lhe* («ihm obliget es») escolher um meio declarativo adequado, de tal modo que o destinatário, se usar da atenção conveniente, compreenda o sentido comum desse meio. Por isso, *é imputável ao declarante* um sentido diferente do que ele pretendia exteriorizar, se escolher um meio inadequado para o fazer.

A declaração de vontade é, assim, vista apenas pelo seu *lado externo* e não deixa de ser uma actuação querida com valor jurídico, mesmo que seja adoptada com erro. Neste sentido afirma Pawlowsky[3], muito claramente, que um contrato celebrado com erro não deixa, por tal motivo, de ter plena eficácia jurídica. E isso é assim por, nos termos da teoria da «Geltungserklärung», que explicitamente invoca, o acordo contratual se constituir através de uma troca de declarações, que não devem ser vistas como manifestações do «querer» (ou das representações ou intenções) dos contraentes, mas antes como a proposição de uma regra jurídica. Nesta perspectiva, compreende-se que a faculdade de impugnar o negócio por erro seja vista como um «contra-direito» («Gegenrecht») do contraente em erro. A *demonstração* está muito claramente exposta em Pawlowsky. O erro de um dos declarantes só pode ser judicialmente atendível quando das circunstâncias do contrato resultar,

[1] Cfr. Baptista Machado, *Cláusula do Razoável*, *in* RLJ, ano 120.º (1987-88), págs. 10-11.

[2] Talvez por isso mesmo, a teoria foi acolhida, na doutrina alemã, por autores de diferentes quadrantes, quanto à concepção do negócio jurídico, bem como o seu autor foi acusado, tanto de ter seguido uma teoria voluntarista, como de não se afastar dos resultados das teorias declarativistas.

[3] *Allgemeiner Teil*, pág. 226.

de modo claro e inteligível, que um dos contraentes se reservou o direito de resolver (anular) a eficácia jurídica do contrato mediante uma declaração unilateral[1]. Ou seja, o erro só é relevante, quando, nas circunstâncias expostas, ao contraente seja reconhecido um *contra-direito* em relação ao contrato. Acrescenta Pawlowsky que, segundo este entendimento, o fundamento da anulação não é, «como quer a "doutrina dominante", a falta de vontade» («das Fehlen des Willens»), mas o *erro*.

VIII. As teorias expostas, bem vistas as coisas, colocam o problema da essência do negócio jurídico numa contraposição entre dois elementos de natureza diferente, vontade e declaração.

Diversa é a perspectiva de outras orientações que procuram construir o negócio jurídico, limitando o papel da vontade na sua construção ou mesmo sem a ela fazer apelo.

Desde logo, entronca nesta orientação a concepção *objectivista* ou preceptivista de Betti, já antes referenciada, para quem o negócio se caracteriza como um acto de conteúdo preceptivo, um *preceito individual*, que por esta nota se distingue da norma (preceito geral)[2]. Seguindo esta orientação, definia Dias Marques o negócio jurídico como «um preceito de autonomia privada, consciente e voluntariamente exteriorizada em ordem à prossecução de uma função social juridicamente relevante»[3].

IX. Mais recentemente, foi sustentada na doutrina portuguesa uma orientação que parte da negação da concepção clássica do negócio como declaração de *vontade* e sustenta uma visão objectivista, dita *performativa da declaração* (teoria da *performatividade*, inspirada nos estudos da linguagem).

Através da declaração, o autor do negócio não manifesta ou exterioriza uma vontade, não quer algo, mas *faz algo (enunciado)*. Nesta concepção de C. Ferreira de Almeida[4], a vontade, na construção do negócio jurídico, cede o seu lugar à *compreensão*[5], constituindo esta o núcleo da declaração negocial. Nesta concepção, um acto de linguagem seria *performativo* para o Direito, e valeria como negócio jurídico, quando, segundo determinadas regras sociais, a um seu significado correspondem certos efeitos jurídicos.

Assim, o negócio jurídico, em sentido restrito, segundo esta concepção, é o «*acto de direito privado que tem efeitos jurídicos conformes ao seu significado,*

---

[1] Tenha-se presente que, nos termos do § 143.1 do BGB, a anulação («Anfechtung») pode resultar de declaração dirigida à outra parte.

[2] *Teoria Geral*, vol. I, págs. 85 e segs.

[3] *Teoria Geral*, vol. II (1959), pág. 29.

[4] *Texto e Enunciado*, vol. I, págs. 127 e segs. Cfr., sobre esta teoria, Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 116-118.

[5] Faz-se aqui recurso a contributos da teoria da linguagem.

criando, modificando substancialmente ou extinguindo por meio imprevisto situações jurídicas das quais pelo menos um dos seus agentes é titular»[1].

A análise desta orientação exigiria desenvolvimentos que aqui não cabem. Mas, parece, como primeira nota, que ela deixa em aberto a seguinte interrogação: quais os requisitos para um acto de linguagem ser *performativo* para o Direito, isto é, para, segundo determinadas regras, ao seu significado corresponder um efeito jurídico? Será a sua *correspondência* ou *imputabilidade* à vontade do seu autor, ou a *confiança* que na declaração deste deposita o seu destinatário?

Por outras palavras, qual a razão justificativa do facto de, perante certas regras, um enunciado ser performativo para o Direito, isto é, acompanhado de efeitos jurídicos, e outro não, ou seja, segundo a linguagem jurídica, eficaz (enquanto válido) ou ineficaz (por inválido)[2]?

438. Papel da vontade e da declaração: posição adoptada

I. Os elementos recolhidos na exposição anterior deixam já perceber que a construção correcta é a de o negócio jurídico ser primordialmente um acto de vontade e que este aspecto não pode deixar de determinar o seu regime jurídico.

Contudo, a vontade não pode valer por si só. Como também decorre de pontos já antes assinalados, a mera vontade não pode ser atendida enquanto não for de algum modo dada a conhecer, através de um acto (exterior) – *a declaração.* Por assim ser, a declaração não pode ser vista como um simples instrumento de *manifestação* ou *exteriorização* da vontade. Esta *corporiza-se* na declaração, formando com ela um todo incindível que é o negócio jurídico. Por isso, a declaração é um elemento *inelutável* do negócio, que sem ela não existe.

Daí, a complexidade da questão, porquanto, se a causa dos efeitos jurídicos não pode deixar de ser a vontade – sob pena de a categoria negócio jurídico estar posta em causa –, por outro lado, não se pode prescindir da declaração.

Em primeira mão, no rigor dos conceitos, verificada a inadequação de determinado comportamento declarativo para traduzir certa vontade negocial, ao negócio falta o seu verdadeiro suporte jurídico, pelo que, não podendo

[1] *Texto e Enunciado*, pág. 258 (o itálico é do texto). Numa formulação sintética, segundo este A., negócio jurídico é «o acto de direito privado dotado de performatividade, reflexibilidade e auto-suficiência estrutural».

[2] No mesmo sentido, *vd*. P. Mota Pinto, *Declaração Tácita*, pág. 42. Estas observações críticas foram acolhidas por Oliveira Ascensão, que acentua também que a teoria conduz a resultados não conformes à problemática do negócio jurídico, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 118.

impor-se a outrem uma vontade não manifestada, o acto não deveria valer. Aplicada em todo o seu rigor, uma concepção voluntarista do negócio conduz, porém, como já ficou dito, a resultados que atentam gravemente contra a justiça e a segurança do tráfico jurídico. Por assim ser, mesmo no plano conceitual, ela não atende ao verdadeiro sentido da declaração na estrutura do negócio jurídico. Se a vontade *tem de ser* a causa jurídica dos efeitos produzidos pelo negócio, a declaração é uma condicionante absoluta da relevância da vontade.

Para esta afirmação não passar de uma expressão linguística, vazia de conteúdo, tem de se atribuir relevância própria à declaração.

O problema está em saber até onde essa relevância deve ir. A resposta tem de ser encontrada em função da seguinte ordem de considerações.

II. A selecção do comportamento declarativo está na exclusiva dependência do autor do negócio, cabendo-lhe a ele adoptar o meio que, do seu ponto de vista, melhor represente certa vontade. Daí, como já sustentado de há muito, o autor do negócio suporta o *ónus*, em sentido jurídico, de expressar a sua vontade de modo adequado. Esta é, de resto, a orientação que corresponde à feição moderna da teoria da vontade, impondo ao declarante a *responsabilidade* pelo sentido atribuível ao seu comportamento negocial. Se ele traduz um sentido não correspondente à real intenção do seu autor, este não pode obstar a que ele lhe seja oposto, sob pena de se tornar letra morta o ónus acima referido. O valor do negócio, segundo a declaração emitida, é afinal algo com que o autor da declaração não pode deixar de contar.

Visto o problema do lado do destinatário da declaração, este entendimento envolve ainda a consequência de ele poder razoavelmente *confiar* em que o declarante escolheu o meio mais adequado para comunicar a sua vontade e, por isso, ter como bom o *sentido objectivo* do respectivo comportamento.

Contudo, a *confiança* do declaratário tem também os seus limites. *Incumbe-lhe* igualmente um *ónus de diligência* no entendimento da declaração[1], que lhe impõe a necessidade de usar de razoável cuidado e atenção no apuramento da intenção do declarante, segundo as circunstâncias relevantes da declaração.

Não seria conforme à boa fé fazer prevalecer sempre o sentido favorável ao declaratário ou por ele entendido. Quando muito, poderia valer o *sentido objectivo* da declaração; mas este não pode ser o *percebido* pelo destinatário,

[1] Este dever de diligência do declaratário é reconhecido por Vaz Serra, *in* RLJ, ano 107.º, pág. 187 (anot. ac. do STJ, de 18/MAI/73).

Em sentido equivalente, embora com a preocupação específica de estabelecer as fronteiras entre *a questão de facto e a questão de direito* em matéria de interpretação, *vd*. Antunes Varela, anot. ac. do STJ, de 17/JAN/85, *in* RLJ, ano 122.º, pág. 309.

mas o *perceptível* por uma pessoa média, usando da atenção e dos cuidados exigíveis a quem recebe uma declaração negocial. Tal como o declarante tem de responder pela inadequação do seu comportamento declarativo, o declaratário não pode pretender impor um entendimento *inadequado* da declaração. Seria, na verdade, insustentável tornar o declarante *responsável* por um sentido atribuído à declaração por um declaratário obtuso, distraído ou descuidado. Tal como o declarante tem a *disponibilidade* dos meios declarativos, o declaratário tem a *possibilidade* de se informar sobre a intenção do declarante quando o comportamento deste seja ambíguo, equívoco, plurissignificativo ou se revele *extravagante*, dadas as circunstâncias ou o conteúdo da declaração.

Em geral, na diligência exigível ao declarante não se deve ser mais rigoroso do que na esperada do declaratário.

III. Em suma, para se manterem os limites impostos pelo *ónus de adequada declaração, o sentido perceptível* só pode ser atendido se for *imputável* ao declarante. Isto significa que a declaração tem de ser considerada tanto do ponto de vista de quem a emite como de quem a recebe. Esta orientação não envolve, ao contrário do que poderia supor-se, o risco significativo de conduzir a soluções de insanável oposição de sentidos do negócio jurídico; corresponde, por outro lado, à composição mais equilibrada dos interesses em presença.

Quanto ao primeiro destes aspectos, a sua demonstração faz-se a partir da circunstância de o sentido *imputável* e o sentido *perceptível* serem ambos *sentidos objectivos* e de serem equivalentes os critérios que definem o conteúdo dos *ónus de adequada declaração* e de *adequado entendimento.* Assim, se, seguindo a Lição de C. Mota Pinto, o sentido atendível, para um declaratário normal, é o que «seria considerado por uma pessoa normalmente diligente, sagaz e experiente em face dos termos da declaração e de todas as circunstâncias situadas dentro do horizonte concreto do declaratário, isto é, em face daquilo que o concreto destinatário da declaração conhecia e daquilo até onde ele podia conhecer»[1], o sentido imputável ao declarante deve apurar-se segundo igual critério de diligência, mas tendo agora em conta as «circunstâncias situadas dentro do horizonte concreto» do declarante, logo, tendo em conta aquilo que *esse* declarante conhecia ou podia conhecer.

Não é, por certo, de excluir, em absoluto, a possibilidade de ocorrerem sentidos não ajustáveis entre si. Assim, sem prejuízo de serem equivalentes os critérios de fixação do conteúdo dos ónus de adequada declaração e de adequado entendimento, pode acontecer que conduzam a resultados incon-

[1] *Teoria Geral*, pág. 444.

ciliáveis por efeito de os sentidos *imputável e perceptível* do negócio terem de ser, respectivamente, aferidos do ponto de vista do declarante e do declaratário. Neste caso, se o desajustamento for insanável – entenda-se, não resolúvel pelos critérios que presidam ao afastamento das dúvidas na interpretação –, tem de se sustentar que o negócio é nulo por ser indeterminável o seu conteúdo.

A solução defendida é, por outro lado, a mais equilibrada e a mais justa. Fazer prevalecer, em absoluto, o sentido *imputável* ou o sentido *perceptível*, quando inconciliáveis, envolveria um sacrifício insustentável para o outro interessado no negócio que, por definição, não queria esse sentido ou não contava com ele, não lhe sendo *exigível* que o admitisse.

IV. A construção exposta conduz, em determinadas circunstâncias, à atribuição, ao negócio, de um sentido objectivo, segundo a declaração, diferente do que o seu autor queria declarar ou pensava ter declarado. O negócio vale então, em princípio[1], segundo esse sentido. Tal só acontece, porém, quando se verifiquem circunstâncias muito exigentes, fundadas na necessidade de adequada ponderação dos interesses em presença.

Em qualquer caso, quando esse resultado em definitivo se produza, o mesmo não pode ser questionado por envolver desvio ou desvirtuamento do princípio da autonomia. Como já se salientou, além de a autonomia implicar responsabilidade, na base deste princípio está uma certa opção do Direito na ordenação da vida jurídica dos particulares. Deste modo, cabe ao Direito estabelecer e fixar os condicionalismos da actuação desse princípio e os seus limites. Assim, a vontade relevante na ordenação autónoma dos interesses privados é aquela que a ordem jurídica considera atendível. É, neste sentido, uma *vontade normativa* que pode não coincidir, no seu conteúdo, com a intenção real do autor do negócio. Pode mesmo ir-se mais longe e afirmar que, ainda quando o valor do negócio corresponda ao conteúdo dessa vontade real, isso é assim por o Direito, atentos os condicionalismos da sua emissão, a considerar como a *vontade* (juridicamente) *relevante*.

439. O problema no Código Civil

I. Fixada a orientação que, nos termos expostos, *de iure constituendo*, melhor soluciona as tensões criadas, no seio do negócio jurídico, pela existência de dois elementos de sinal primariamente divergente, e o consequente conflito de interesses das partes quanto ao destino do acto, caberia averiguar

[1] Diz-se *em princípio* para salvaguardar o recurso, que se deva ter como legítimo, à invalidação do acto por erro na declaração.

qual o tratamento reservado pelo Direito positivo a esta matéria. Como bem se compreende, uma tal tomada de posição pressupõe o conhecimento do regime de matérias ainda não examinadas neste momento. Em rigor, e correspondendo ao alcance geral da questão, a investigação a levar a cabo tem de respeitar, não apenas ao regime das divergências entre a vontade e a declaração, mas a outros pontos, de que ressaltam a interpretação do negócio e o erro na declaração.

A benefício de demonstração ulterior, vão, por isso, ser apenas assinalados os aspectos mais relevantes.

II. Relativamente às divergências entre a vontade e a declaração, verifica-se que o Código Civil contém uma regulamentação casuística das suas várias modalidades, precedida de uma noção, mais ou menos explícita, de cada uma delas. Como seria de esperar, pois não é essa a sua missão, o legislador não tomou posição na polémica a que tem vindo a ser feita referência, sendo através do regime fixado para cada uma das modalidades de divergência que se pode (e deve) tentar descortinar a qual das doutrinas expostas o Código Civil deu a sua preferência, se é que aderiu a alguma.

A este respeito está longe de ser unânime a posição da doutrina portuguesa. Enquanto C. Mota Pinto entendia «estar subjacente ao Código uma solução declarativista»[1], Castro Mendes manifestava-se em sentido contrário, ilustrando a sua afirmação com alguns exemplos de regime claramente opostos a essa orientação (art. 245.º, n.º 2, e 236.º, n.º 2), expressando a ideia de que a tendência a extrair do regime legal é conforme à teoria da responsabilidade[2]. Por seu turno, Oliveira Ascensão sustenta que a posição da lei portuguesa é intermédia «entre a tutela da autonomia privada e a tutela do tráfico»[3].

A análise subsequente permitirá ilustrar, como se demonstrará, a afirmação de o legislador, dominado por uma concepção de jurisprudência dos interesses, ter estatuído, para cada caso, a solução tida por mais adequada, sem seguir rigorosamente qualquer orientação doutrinal. Revela-se, na verdade, difícil conciliar com uma única concepção o regime estatuído para a reserva mental, para a *graça pesada* ou para o erro obstativo.

III. Em sede de interpretação do negócio jurídico – e em termos, por ora, sucintos –, a prevalência do sentido correspondente à vontade real do declarante vem consagrada no n.º 2 do art. 236.º do C.Civ. Contudo, essa prevalência sofre importantes limites, pois resulta do n.º 1 do mesmo pre-

[1] *Teoria Geral*, pág. 466. Em sentido equivalente, Heinrich E. Hörster, *A Parte Geral*, pág. 535.
[2] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 185.
[3] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 238.

ceito a possibilidade de ao negócio ser atribuído o sentido perceptível pelo declaratário, valendo então a declaração negocial «com o sentido que um declaratário normal, colocado na posição do real declaratário, possa deduzir do comportamento do declarante». Deste modo, quando esse sentido *valha*, ao declarante é *oposto* um sentido do negócio que pode ser diferente daquele que ele queria ou julgava emitir com a sua declaração. Contudo, esse mesmo preceito consagra o ónus de adequado entendimento acima referido, porquanto o declaratário real pode, por seu turno, vir a ser confrontado com um sentido diferente do por ele *efectivamente* entendido, se for outro o que um «declaratário normal», de normal inteligência e diligência, nas circunstâncias do caso, atribuiria ao negócio.

Para além disso, segundo a parte final do n.º 1 do art. 236.º, o *sentido perceptível* não vale se o declarante «não puder razoavelmente contar com ele». Ou seja, limita-se a atendibilidade do sentido objectivo – do ponto de vista do declaratário – se ele não for *imputável* ao declarante. Logo, só se o sentido perceptível for também imputável, o negócio vale de acordo com ele[1]. Se assim não for, e os dois sentidos em causa se revelarem inconciliáveis, entende a doutrina corrente que a aplicação do art. 236.º, n.º 1, conduzirá à nulidade do negócio, por indeterminação do sentido, com fundamento no art. 280.º, n.º 1, do C.Civ.

IV. O regime da interpretação do negócio jurídico tem, contudo, de ser conciliado com o do erro na declaração; na verdade, o Direito positivo introduz aqui uma atenuação, quando conduz a atribuir, ao negócio, um sentido objectivo, não querido pelo declarante. Essa atenuação é a favor do declarante e põe à sua disposição um meio de se desvincular do negócio, quando a sua declaração não satisfaça o ónus que lhe incumbe – anulabilidade por erro na declaração –, que não tem correspondência directa ou equivalente por parte do declaratário – erro no entendimento[2]. Em verdade, quando, segundo o art. 247.º do C.Civ., o erro for essencial e a essencialidade conhecida do declaratário ou dele cognoscível, o declarante pode destruir o negócio, fazendo valer o direito potestativo à anulação que em tal caso lhe cabe. É certo que, deste modo, ele não pode *directamente* fazer valer a sua vontade real[3], mas impede que lhe sejam opostos efeitos negociais com que não contava. Este é ainda um tributo pago à vontade no regime do negócio.

---

[1] Salvas as limitações emergentes das exigências da forma legal, como está exposto em *Erro na declaração*, anot. ac. STJ, de 13/FEV/86 (publicado no BMJ, n.º 354, págs. 514-519), *in O Direito*, ano 120.º, pág. 257 e nota (23).

[2] O erro no entendimento é em si mesmo irrelevante, salvo se ele estiver, por seu turno, na origem de erro verificado em contradeclaração do declaratário.

[3] *Indirectamente*, isso pode resultar de o declaratário se valer da excepção material definida no art. 248.º do C.Civ.

V. Consideradas no seu conjunto, as soluções do Direito positivo reconhecem, pois, à vontade um papel relevante no regime do negócio jurídico. Neste sentido se poderia ainda invocar a circunstância de a existência de factores que perturbam a sua adequada formação – *vícios* –, constituir fundamento de anulação do negócio.

Contudo, a necessidade de tutela do destinatário, em particular, e do tráfico jurídico, em geral, leva o legislador a admitir a produção de efeitos negociais a que a vontade do autor do acto se não dirigiu.

CAPÍTULO II
A VONTADE

SECÇÃO I
Noção e Requisitos

440. O negócio jurídico como acto voluntário

I. A caracterização do negócio jurídico e a sua delimitação no conjunto dos actos jurídicos conduziram à identificação da vontade funcional como diferença específica da categoria. Assim, ao iniciar o estudo da vontade, podem ser dados como adquiridos os conhecimentos então obtidos.

Contudo, importa ter presente que o negócio é um acto voluntário, não só por os seus efeitos dependerem, no sentido exposto, da vontade do seu ou seus autores *(vontade funcional)*, mas por eles terem querido um certo comportamento *(vontade de acção)* e expressar, através dele, um certo conteúdo de pensamento *(vontade de declaração)*.

O estudo da vontade, como elemento da estrutura do negócio, tem de atender a todos estes aspectos, pois a sua falta ou viciação, em qualquer das suas manifestações, compromete a validade do negócio, como resultará da exposição subsequente.

II. A relevância reconhecida à vontade no regime do negócio jurídico justifica a primazia atribuída a este elemento na exposição do seu regime. Importa, porém, ter presente o facto de não ser essa a solução adoptada pelo legislador.

No Código Civil, o regime da vontade é estabelecido em função da declaração, como o deixa perceber a epígrafe da secção que começa no art. 217.º, sem que daí se possam extrair conclusões decisivas sobre o papel da vontade e da declaração na conformação da estrutura do negócio.

Não foram, por certo, indiferentes as orientações perfilhadas pelos autores do Anteprojecto na opção feita na arrumação desta matéria; contudo, do ponto de vista do Direito legislado, sempre seria compreensível que se pusesse o acento tónico na declaração. Cabendo à lei fixar o regime do negócio, não causa estranheza que ela não atenda, primariamente, à vontade, mas à sua exteriorização formal e externa que é a declaração. Sem esta não há negócio e o Direito não se pode ocupar da vontade enquanto realidade meramente psicológica. Para além disso, do ponto de vista do tratamento jurídico-positivo do negócio, os problemas da vontade a considerar são os emergentes da sua falta ou viciação.

III. A regulamentação legal da matéria, não sendo, pois, significativa pelo que respeita ao enquadramento dogmático do negócio jurídico, justifica uma chamada de atenção, necessária à boa compreensão do sistema do Código, no regime da vontade.

Partindo da declaração, o legislador, ao referir-se às partes, como já ficou assinalado, identifica-as como *declarante* e *declaratário* ou *destinatário da declaração*. Ora, nos negócios bilaterais, havendo duas declarações, cada uma das partes ocupa, neles, aquelas duas posições, consoante se atenda à sua declaração ou à da contraparte.

Por assim ser, em matéria de vontade, ao falar em declarante, o legislador pretende identificar o autor da declaração em relação ao qual releva o problema da falta ou da viciação da vontade que se regula. Assim, por exemplo, em matéria de erro na formação da vontade, o *declarante* é a parte em que ocorre a falsa representação da realidade que o caracteriza; a outra parte é o *declaratário*.

441. A noção de vontade normativa

I. Os elementos já adquiridos neste momento permitem, sem necessidade de mais observações, esclarecer o verdadeiro alcance da caracterização do negócio jurídico como acto voluntário.

A relevância atribuída à vontade, neste domínio, para além dos limites do princípio da autonomia privada, que a enquadram, fixados pelo Direito, suporta os decorrentes da necessidade de tutela dos interesses de que são portadores pessoas em cuja esfera jurídica se projectam os efeitos negociais: contraparte e mesmo terceiros.

O primeiro aspecto pode justificar a produção de efeitos não cobertos, em rigor, pela vontade funcional do autor ou autores do negócio, mas ligados *objectivamente* pela lei ao acto: *efeitos legais* por contraposição aos *efeitos voluntários*.

O segundo explica que se tenham como cobertos pela vontade funcional *efeitos efectivamente não queridos*. Já no seguimento de observações feitas a respeito das relações entre a vontade e a declaração, ficou indicado, como caso exemplar, neste domínio, o regime do negócio celebrado sob reserva mental, que, não sendo querido, nem por isso deixa, em princípio, de produzir os seus efeitos. No Direito português é este o regime quando a reserva não é conhecida do declaratário (C.Civ., art. 244.º, n.º 2, *in limine*).

A tal respeito escreveu esclarecedoramente Cabral de Moncada: «se prometo pagar a alguém uma certa soma e, desde esse momento, tenho bem firme na minha intenção não cumprir e não pagar, que é o que representa aqui o *conteúdo* da minha vontade *psicológica*? Evidentemente, duas coisas: a *declaração* de querer pagar e a *reserva mental* de não querer pagar. Ora à primeira não corresponde vontade alguma real. E contudo a ordem jurídica, ao determinar os efeitos da minha vontade, abandona a vontade real e o seu conteúdo de não querer pagar (a *vontade psicológica*) e atém-se apenas à declaração simulacro duma vontade que não existe mas que é aqui a *vontade jurídica*»[1] .

Em boa verdade, este é apenas um exemplo de imputação, a um negócio, de efeitos *não efectivamente queridos*. Algo semelhante acontece, em geral, nos casos de inoponibilidade da invalidade a certos terceiros (cfr. arts. 243.º e 291.º do C.Civ.), ou de irrelevância de vícios da vontade (arts. 247.º e 250.º do mesmo Código para, respectivamente, o erro na declaração e o erro na transmissão).

Nem se pense que este fenómeno é próprio dos negócios viciados, pois ocorre também quanto a negócios válidos, por força das regras de interpretação (quando o negócio não valha segundo a vontade real do declarante, art. 236.º, n.º 1, do C.Civ.) ou da integração (segundo a vontade conjectural, não coincidente com a vontade real, art. 239.º do mesmo Código).

Finalmente, a vontade juridicamente relevante pode – sem coincidir necessariamente com a vontade real – ser a fixada pela norma, em determinadas condições, como acontece na declaração presumida ou na declaração ficta.

Há ainda a considerar os casos de efeitos queridos pelo autor da declaração, mas segundo uma vontade funcional viciada na sua formação, como ocorre em todos os casos de vício na formação da vontade (erro, medo, etc.) não relevante[2].

---

[1] *Lições,* vol. II, pág. 201 e nota (1) (os itálicos são do texto).

[2] Como salientava Castro Mendes, aceite a teoria dos efeitos práticos, pode a coincidência entre a vontade psicológica e a vontade juridicamente atendível *(vontade normativa)* não ser senão tendencial, por aquela só ter de se referir aos efeitos práticos, enquanto esta se dirige aos efeitos jurídicos (*Teoria Geral*, vol. II, págs. 186-187).

II. Assim, a *vontade negocial* é uma vontade em sentido jurídico e não em sentido psicológico; por isso se fala em *vontade normativa*, tal como o Direito a valora.

São esclarecedoras a este respeito, as considerações de Cabral de Moncada, que aqui transcrevemos com a devida vénia.

«A *vontade* de que aqui se trata, não é, com efeito, a vontade pura manifestação da actividade psíquica e consciente do homem individual, tal como é tomada em consideração pela psicologia. Aliás não se compreenderia a possibilidade dos negócios jurídicos celebrados pelos incapazes, sem vontade própria, mas representados por uma vontade alheia; assim como não se compreenderia o conceito duma vontade do Estado, ou da lei, ou ainda o da vontade das pessoas colectivas. Se de facto, psicologicamente, só o indivíduo humano consciente e normal tem uma verdadeira vontade, parece que todas as outras "vontades", de que se fala na terminologia jurídica, não serão mais do que puras metáforas sem a mínima parcela de realidade objectiva. Ora não é assim. O conceito de uma vontade atribuída a essas ou outras entidades não é uma pura metáfora. Corresponde também a uma verdadeira realidade, embora só de uma *realidade jurídica* se trate; e isto nada nos deve admirar, se tomarmos em conta, uma vez mais, que para nós, juristas, "a vontade" é também, *além dum facto psicológico*, uma *construção lógica* – "uma construção normativa" – toda ela assente, como muitos outros conceitos que temos visto até aqui, num conjunto de legítimas *abstracções*, *ficções* e *presunções*»[1].

O que se deixa dito não significa que a vontade normativa não coincida muitas vezes – será a regra – com a vontade psicológica; mas a vontade juridicamente atendível, relevante como vontade negocial, mesmo se ajustada à vontade psicológica, vale enquanto reconhecida e valorizada pela ordem jurídica[2].

442. Declarações de vontade e declarações de ciência

O negócio jurídico, visto objectivamente, consta de declarações, isto é, de comportamentos que significam um certo conteúdo de pensamento, uma certa vontade.

Tome-se o exemplo da compra e venda, seguindo a velha fórmula tabeleónica da escritura pública. Quando o notário, reportando-se a cada um dos outorgantes, faz constar de instrumento notarial que por um *deles foi dito que vende* e pelo outro *foi dito que compra* certa coisa, significa-se, por esta fórmula, que o primeiro manifestou a *vontade de vender* e o segundo a *vontade de comprar*.

[1] *Lições*, vol. II, págs. 198-199 (os itálicos são do texto).

[2] Cfr., também, Cabral de Moncada, ob. e vol. cits., pág. 205.

Tudo se passa como se, em discurso directo, um dissesse «*quero vender*» e o outro «*quero comprar*».

Neste sentido, afirma-se que as declarações negociais são *declarações de vontade*. Mas nem todos os comportamentos negociais têm este alcance. Por vezes, as partes limitam-se a afirmar ou a reconhecer a existência de uma *situação de facto*. Por isso se fala então em *declaração de ciência*.

Exemplo de uma declaração de ciência com valor negocial encontra-se no regime do erro vício sobre os motivos, no art. 252.º, n.º 1, do C.Civ., quando esse preceito, que a seu tempo será estudado, exige, para o erro ser relevante, o *reconhecimento*, por acordo, da essencialidade, para o declarante, do motivo sobre que recaiu o erro. Não se trata aqui de declarações de vontade, pois não faz sentido pensar esse acordo como significando a vontade das partes, quanto ao motivo, como querendo este por ser essencial; isto é, elas não *querem* que o motivo seja essencial. Do que se trata é de duas declarações de ciência. Esquematizando: no exemplo em análise, o declarante *afirma ser*, para ele, o motivo essencial, e o declaratário *reconhece* essa essencialidade.

Com alcance diverso do das declarações de vontade, as declarações de ciência relevam também para o regime do negócio. Assim, voltando ainda ao exemplo do erro sobre os motivos, verificada a desconformidade entre o motivo, *reconhecido* como essencial, e a *realidade* mentalmente representada pelo autor da declaração, a vontade negocial formou-se inadequadamente, ou seja, houve um *vício na formação da vontade* que, naquelas circunstâncias, é relevante, podendo, por isso, o negócio ser invalidado.

A relevância jurídica da declaração de ciência não assenta, como bem se compreende, no princípio da autonomia da vontade, mas na «credibilidade particular daquele que assume com a sua afirmação uma situação que comporta deveres»[1].

Por assim ser, a declaração de ciência não é, em si mesma, uma declaração negocial, embora possa ter efeitos em relação ao negócio jurídico em cujo conteúdo se integra[2], como bem evidencia o exemplo do erro acima formulado.

443. Requisitos da vontade negocial

I. O papel relevante atribuído à vontade na conformação do negócio jurídico explica que a lei condicione, em princípio[3], a sua atendibilidade

[1] Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 77.

[2] Cfr., neste sentido, I. Galvão Telles, *Manual*, nota (144), pág. 126, e Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 44. Em sentido diverso, C. Ferreira de Almeida, na sua concepção performativa do negócio jurídico, distingue entre enunciados assertivos e performativos, atribuindo ainda àqueles natureza negocial (*Texto e Enunciado*, vol. I, págs. 286-290).

[3] Diz-se *em princípio* por, como antes se referiu, a tutela do declaratário ou do tráfico jurídico poderem fazer valer, como vontade normativa, uma vontade não correctamente declarada.

à verificação de certos requisitos. Não basta que o acto tenha sido querido; é necessário que a correspondente vontade se tenha formado sem qualquer vício que a afecte. Podem, com efeito, interferir na formação da vontade elementos perturbadores, que devem ser valorados negativamente pela ordem jurídica, do ponto de vista da relevância da vontade no negócio. Dizer que os efeitos do negócio se produzem enquanto queridos não pode deixar de significar enquanto *queridos correctamente*, segundo o Direito.

Os requisitos de relevância da vontade são a *maturidade*, a *liberdade*, o *esclarecimento* e a *licitude* (da motivação). A falta de qualquer destes requisitos importa, como logo se compreende, um vício do negócio: incapacidade para o primeiro caso, vício na formação da vontade, para os segundo e terceiro, ilicitude da motivação, para o último.

II. O regime jurídico da vontade no negócio jurídico centra-se nos seus requisitos e, em particular ainda, na análise das consequências derivadas da sua falta. Enquanto fenómeno meramente psicológico, a vontade, em si, escapa ao Direito, que só a considera através da declaração. Assim, se a vontade é manifestada por quem tem capacidade, de forma livre, esclarecidamente e para um fim lícito, os efeitos do negócio vão desencadear-se, em princípio, tal como foram queridos e a lei os tutela.

Deste modo, desde que exista vontade negocial – sem a qual não há negócio –, o que importa apurar é o valor do negócio quando não se verifique algum dos seus requisitos. São, pois, as situações de falta de vontade e os *vícios na formação da vontade* – e as respectivas consequências – que aqui constituem objecto de estudo.

Cabe, quanto a esta arrumação da matéria, uma nota adicional, justificativa do diferente tratamento que agora lhe é dado.

Está em causa a localização da coacção física, da falta de consciência da declaração e das declarações não sérias, que são estudadas como modalidades das divergências entre a vontade e a declaração por alguma doutrina na vigência do Código Civil – Castro Mendes, C. Mota Pinto; mas há também Autores que enquadram as aludidas figuras jurídicas como falta de vontade – I. Galvão Telles, Oliveira Ascensão, Menezes Cordeiro, P. Pais de Vasconcelos.

A integração sistemática da matéria no Código Civil conduziu, em edições anteriores deste livro, a estudá-las em sede de divergência. O reexame da questão, suscitado pela revisão operada na 4ª edição, levou a alterar essa arrumação da matéria no sentido de perfilhar aquela segunda corrente, atendendo sobretudo ao valor negativo desses vícios do negócio, solução que aqui se mantém.

III. Além das acima referidas, outras questões cabem ainda no estudo da vontade.

O Direito admite, por circunstâncias de vária ordem, que o *autor material* da declaração não seja a pessoa sobre cuja esfera jurídica se projectem os efeitos do negócio. Dá-se então um fenómeno de *substituição de vontades*.

Noutros casos, como também já ficou referido, a vontade do autor do negócio só é atendida quando se manifeste em articulação com a de outra pessoa. Dá-se então uma *conjugação de vontades*.

A referência a estes fenómenos completa a análise da vontade no negócio jurídico.

444. Regime da vontade no Código Civil

As observações contidas no número anterior, conjugadas com a já conhecida primazia dada à declaração no Código Civil, ajudam a compreender o tratamento jurídico da vontade negocial, neste diploma.

A Secção I do Capítulo dedicado ao negócio jurídico tem por epígrafe «Declaração negocial». Nesta secção interessam à matéria da vontade, desde logo, os arts. 251.º a 257.º, integrados na Subsecção V que tem por epígrafe «Falta e vícios da vontade»; os preceitos referidos ocupam-se dos vícios na formação da vontade[1].

Os arts. 240.º a 250.º desta Secção regem sobre as divergências entre a vontade e a declaração, que, por se situar na área em que estes dois elementos da estruturação do negócio jurídico podem conflituar, merecem ser tratados em sede própria, autónoma em relação a cada um desses elementos e no seguimento dos mesmos.

Respeitam também à vontade, na Subsecção VI, os arts. 258.º a 269.º, que traçam o regime geral da representação.

Nota-se, assim, a ausência de preceitos relativos à conjugação de vontades, situação que se justifica pelo carácter disperso da matéria, não susceptível de se reduzir a um tratamento genérico.

[1] Por razões adiante expostas, será tratado, juntamente com os vícios da vontade, o regime do negócio usurário, fixado nos arts. 282.º a 284.º da Secção II.

SECÇÃO II
FALTA DE VONTADE

445. Coacção física: noção

I. A *coacção física* e a falta de consciência da declaração são, no sistema do Código Civil, dois tipos de divergências não intencionais que, para além das suas diferenças, seguem um regime próximo, o qual, por sua vez, se demarca claramente do do erro na declaração.

Há coacção física (*vis absoluta*, em contraposição à coacção psicológica, que se diz *vis relativa*) quando *uma força exterior ao agente o leva a assumir um comportamento declarativo independentemente da sua vontade, totalmente excluída por essa força*[1].

Na coacção física não existe, pois, por parte do agente, nem a vontade de declaração, nem a vontade de acção, ou seja, ele não quer o comportamento adoptado, nem quer a declaração negocial que ele objectivamente traduz. Por maioria de razão, já se vê, não há também vontade funcional.

A coacção física vem regulada no art. 246.º do C.Civ., sendo aí tratada juntamente com a falta de consciência da declaração.

II. Muito embora este preceito legal identifique só como *física* a força coactora, nem por isso deve ter-se como excluída a possibilidade de ela ter origens diversas.

Sem dúvida, numa das suas manifestações mais significativas, a coacção física decorre de uma força física ou natural. Assim, se alguém, por virtude de um acidente, se encontra momentaneamente em estado de coma, impedido de remeter uma carta ou um telegrama[2], tendo convencionado valer

---

[1] Sobre a coacção física, *vd*. Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 137-138; C. Mota Pinto, *Teoria Geral,* págs. 491-492; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 121-123; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, 655-656.

[2] Note-se que situações deste tipo podem surgir, com relevância, noutros campos, como o do cumprimento das obrigações, sob a modalidade de caso fortuito ou de força maior. Trata-se, porém, de problemas distintos e que como tal devem ser entendidos.

o silêncio como aceitação de certa proposta de contrato[1], a abstenção do interessado valerá como declaração de aceitação, e o negócio tem-se por celebrado. Contudo, não havendo qualquer vontade psicológica dirigida a tal comportamento, o caso é de coacção física – pois a abstenção de comportamento não foi querida – e não de mera incapacidade acidental[2].

Mas também uma força humana pode constituir fonte de coacção física. Para além do exemplo clássico, e académico, de alguém forçar outrem a, mecanicamente, assinar o seu nome, pode este tipo de força ocorrer em circunstâncias mais plausíveis, como a de alguém, numa votação, ser agarrado por outras pessoas, para se manter sentado ou para não levantar o braço, significando tais comportamentos um voto contra determinada proposta[3].

Finalmente, e como referia Castro Mendes, também «o acto celebrado em hipnose é viciado de coacção física»[4].

446. Coacção física: efeitos

Estatui o art. 246.º que a declaração emitida sob coacção física «não produz qualquer efeito». Por razões análogas às expostas a respeito de problema homólogo na declaração não séria, deve sustentar-se que o valor negativo em causa é a inexistência jurídica e não a nulidade, como defende alguma doutrina[5].

Levantava Castro Mendes o problema de saber se no caso de coacção física pode, em alguma circunstância, o coagido ser obrigado a indemnizar o declaratário. Concluía pela exclusão de tal dever no caso de culpa, solução que extraía do art. 246.º, *a contrario sensu*; inclinava-se, porém, para a existência da obrigação de indemnização no caso de dolo[6], verificados, como é evidente, os demais pressupostos da responsabilidade.

Não é muito fácil conceber um exemplo de coacção física acompanhada de dolo do próprio coagido, mas já é mais plausível o dolo de terceiro. O exemplo a que recorre Castro Mendes para ilustrar o regime proposto é o de embriaguez dolosa. Esta teria de ir ao ponto de conduzir, por exemplo,

---

[1] O problema põe-se naturalmente sempre que o silêncio tiver valor declarativo, qualquer que seja a sua fonte. Cfr. um exemplo equivalente em Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 122.

[2] Cfr., neste sentido, Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 138.

[3] Serve este exemplo para, de modo impressivo, demarcar o vício da coacção física do da coacção moral. Assim, se o votante se mantiver sentado, por os seus vizinhos da assembleia o ameaçarem de agressão, se ele se levantar, há coacção moral.

[4] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 137.

[5] Cfr., sobre este ponto, autores cits. na nota 1 da pág. 190.

[6] Cfr. *Teoria Geral*, vol. II, pág. 137 e nota (288).

a uma situação de coma, e ser querida pelo coagido para o efeito de gerar um comportamento que, tomado objectivamente, valha como declaração negocial.

Independentemente da pouca relevância do caso, havendo na coacção física uma ausência da própria vontade de acção, por causa estranha ao declarante, é mais razoável a posição de C. Mota Pinto[1] e Oliveira Ascensão[2], no sentido de não gerar a coacção física o dever de indemnizar.

447. Falta de consciência da declaração: noção

I. Juntamente com a coacção física, traça o art. 246.º do C.Civ. o regime da *falta de consciência da declaração*[3/4]. São, porém, figuras distintas e que como tal devem ser tratadas, como se passa a expor.

Neste tipo de vício o declarante adopta *um comportamento que vale objectivamente como manifestação de uma vontade, que efectivamente não tem*. Por outras palavras, o declarante emite uma declaração sem ter consciência (ou a intenção) de o estar a fazer.

Confrontando esta figura com a de coacção física, logo resulta que existe agora vontade de acção, mas não vontade de declaração, entenda-se, referida ao negócio que se tem por celebrado. O agente quer o comportamento adoptado, mas não quer a declaração que a esse comportamento é objectivamente atribuída. Isto não significa que a esse comportamento não corresponda um sentido declarativo diverso, que, em geral, não terá valor de negócio jurídico, mas também lhe pode corresponder um negócio de tipo diferente.

Para concretizar a situação que ocorre neste vício, considere-se o exemplo clássico de alguém, num leilão, vendo entrar na sala um amigo, levantar o braço para o saudar. Este gesto, tomado em si mesmo, nas circunstâncias de lugar e de tempo em que foi feito, vale como licitação. É evidente que a pessoa em questão quer o comportamento (levantar o braço), mas não a declaração negocial que lhe é imputada (licitar).

Considere-se ainda outro exemplo. Num espectáculo público com fins de benemerência a favor da associação ***X***, alguém entrega o seu sobretudo

---

[1] *Teoria Geral*, pág. 491.

[2] *Teoria Geral*, vol. III, págs. 86-87.

[3] No Anteprojecto de Rui de Alarcão a falta de consciência da declaração era tratada como um caso de erro na declaração (*Breve Motivação*, *in* BMJ, n.º 138, págs. 71, 86, 88 e 89), mas a proposta não veio a ter seguimento no texto da lei.

[4] Sobre a falta de consciência da declaração, *vd*. Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 135-139; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 493-494; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 126-127; e Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 656-657.

no local habitualmente destinado, naquela sala, à guarda de objectos dos espectadores, sem se dar conta de que, naquele dia, aquele local é destinado à recolha de dádivas para a referida associação[1]. A intenção do espectador foi a de celebrar um contrato de depósito, mas o seu comportamento, nas circunstânciasobjectivas em que foi adoptado, vale como doação.

II. A falta de consciência da declaração, sobretudo em casos como o do segundo exemplo acima formulado, aproxima-se do erro na declaração, pois, quando há um erro verdadeiro e próprio, o comportamento declarativo tem um sentido objectivo não querido pelo declarante. Nesta base, a declaração emitida não é querida tanto num vício como no outro.

Compreende-se, por isso, que alguma doutrina sustente ser a falta de consciência da declaração ainda um caso – embora um caso extremo – de erro na declaração. Era esse o tratamento dado à matéria, por Rui de Alarcão, no seu Anteprojecto para o Código Civil, ao incluir as duas figuras num único preceito, relativo ao erro, embora previsse para elas regime diferente, quanto ao valor negativo do respectivo negócio jurídico[2].

A análise do regime do erro na declaração vai ajudar a compreender que os dois institutos se devem manter distintos. Contudo, os elementos já disponíveis permitem adiantar a seguinte afirmação: na falta de consciência da declaração, o autor do comportamento declarativo não tem vontade (*rectius*, consciência) da declaração que a esse comportamento, objectivamente, corresponde. No erro, o declarante quer certo comportamento para o efeito de manifestar certa vontade negocial. Somente, por razões de diversa ordem, que agora não interessam, a declaração emitida não corresponde à sua vontade psicológica. Por outras palavras, o erro respeita ao conteúdo da declaração, que o declarante pensa ter emitido ou a que atribui um sentido diferente do que objectivamente tem.

Em rigor, só neste caso se pode mesmo falar em divergência entre a vontade real e a vontade declarada; na falta de consciência da declaração não há sequer vontade de declaração; muito menos, se assim se pode dizer, vontade funcional[3].

---

[1] Exemplo inspirado em Oliveira Ascensão (*Teoria Geral*, vol. II, pág. 126).

[2] O preceito em causa, que era o 1.º desse Anteprojecto, pode ver-se no estudo já citado (*Breve motivação*, *in* BMJ, n.º 138, pág. 71).

[3] No sentido da autonomização da falta de consciência da declaração, pronunciava-se Castro Mendes (*Teoria Geral*, vol. II, pág. 139).

448. Falta de consciência da declaração: efeitos

Tal como para o negócio celebrado sob coacção física, a lei diz que não produz qualquer efeito o negócio quando o declarante não tenha consciência da declaração. De igual modo, portanto, se reconduz a situação a um caso de inexistência jurídica[1]. Mas o preceito é agora expresso em afirmar que, se houver culpa do declarante, ao não tomar consciência de emitir uma declaração negocial, deve indemnizar o declaratário.

Em vista dos termos da lei, este dever de indemnizar, tal como afirmam C. Mota Pinto e Rui de Alarcão, configura um caso de *culpa in contrahendo*.

449. Declarações não sérias: noção e modalidades

I. As *declarações não sérias*[2] são regidas pelo art. 245.º do C.Civ.

Há uma declaração não séria quando o *declarante manifesta uma vontade que efectivamente não tem, na convicção de o declaratário se aperceber da falta de seriedade da declaração*.

Neste vício, existe assim uma declaração sem a correspondente vontade negocial, situação esta querida pelo declarante, mas sem o intuito de enganar. Com base neste elemento se estabelece a diferença entre a declaração não séria e a reserva mental. Na reserva mental, o declarante visa enganar o declaratário, enquanto na declaração não séria, pelo contrário, o declarante está convicto de que o declaratário não deixará de se aperceber da não seriedade da declaração e, diga-se, espera e deseja que assim aconteça.

Em geral, a distinção não é fácil de estabelecer, pela simples razão de estar em causa o apuramento da intenção do declarante. As dificuldades agravam-se, porém, quando estejam em confronto uma reserva não conhecida do declaratário e uma declaração não séria identificada na doutrina como *graça pesada*. Como este ponto se prende com o regime de efeitos da declaração não séria, nesse momento será retomada a questão.

---

[1] Cfr. AA. cits. nas notas 2 e 3 da pág. 192 com as ressalvas de Castro Mendes, para este caso, apenas falar – expressamente – de nulidade, e Rui de Alarcão só admitir aqui a inexistência jurídica em casos especiais, quando não tenha havido sequer vontade de acção (hipótese de o gesto resultar de um tique nervoso). Note-se que suscita dúvidas a qualificação deste caso, sendo, porém, a relevância prática deste problema muito reduzida. Também C. Mota Pinto (*Teoria Geral*, pág. 493) falava em nulidade, salvo em situações como as apontadas por Rui de Alarcão.

[2] Sobre as declarações não sérias, cfr. Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 149-151; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 490-491; P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, pág. 657; e Rui de Alarcão, *Reserva Mental e Declarações não sérias*, *in* BMJ, n.º 86, págs. 225 e segs.

As assinaladas dificuldades de destrinça decorrem, por certo, de contingências da prova e, por assim ser, não afectam a diferente natureza dos dois institutos. Mas nem por isso deixam de ser reais, no plano prático das coisas, como não deixam de ter relevância por a elas estarem ligadas significativas diferenças de regime.

II. São diversas as circunstâncias de ocorrência de declarações não correspondentes à vontade real do declarante, feitas em termos de este poder razoavelmente acreditar que o declaratário se aperceberá da falta de seriedade do negócio.

Em certos casos, a falta de seriedade da declaração revela-se de forma evidente, como acontece nas que são feitas com intuitos docentes *(docendi ou demonstrationis causa)* ou com fins cénicos *(ludendi causa)*. Quando um professor, tomando como interlocutor um aluno, e para efeitos de ensino, declara vender-lhe o seu automóvel, é manifesto não haver da parte do docente qualquer intenção de fazer um contrato de compra e venda; idêntica é a situação quando, em representação cénica, um actor faz a outro uma declaração do mesmo tipo. Declaração não séria é ainda a que alguém dirige a outrem, por graça ou por troça *(iocandi causa)*, sem a mesma corresponder à vontade efectiva de celebrar o negócio objecto da brincadeira.

A identificação destas modalidades de declarações não sérias tem sobretudo o fim de esclarecer a figura em análise, já que na generalidade dos casos elas não têm influência no regime do acto, como se passa a expor.

Contudo, as próprias circunstâncias da emissão da declaração não séria podem dar lugar a um caso particular, com implicações de algum relevo no regime do negócio. Na modalidade de declaração *iocandi causa*, o declarante pode fazer acompanhar a sua declaração de *ingredientes* tais que, sem pôr em causa a falta de seriedade da sua declaração, levem o declaratário a atribuir um razoável crédito de seriedade ao negócio. Fala-se então em *graça pesada*. Põe-se por esta forma em destaque o facto de aqui, vistas as circunstâncias da declaração, a *brincadeira* do declarante não ter objectivamente esse sentido.

450. Declarações não sérias: efeitos

I. Estabelece o n.º 1 do art. 245.º do C.Civ. que a declaração não séria, nos termos atrás definidos, «carece de qualquer efeito». Em presença deste preceito e da expressão que dele se destaca, reparte-se a doutrina quanto ao valor negativo do correspondente negócio jurídico.

É indiscutível que, pelo menos, o acto é nulo. Mas há quem veja no regime do art. 245.º, n.º 1, uma aplicação da figura da inexistência jurídica[1].

Como é evidente, questão prévia, neste debate, é a da admissibilidade do valor negativo da inexistência jurídica. Só quem sustentar a sua autonomia, como é a solução correcta, poderá colocar a questão de saber se este instituto tem aplicação no negócio viciado por falta de seriedade da declaração. No caso vertente, para além do argumento fundado no elemento literal da interpretação, pois a carência de qualquer efeito jurídico é o regime típico do valor negativo *inexistência jurídica*, uma razão substancial impõe este entendimento. Na verdade, não tendo o acto qualquer correspondência com a vontade e sendo a declaração feita em termos tais que o declarante espera que o declaratário não desconheça a falta de seriedade, verifica-se uma falta de aparência do negócio jurídico.

II. O regime exposto sofre um desvio quando se trata da já referenciada *graça pesada*. Nesta modalidade, a declaração não séria é emitida em termos tais que induzem «o declaratário a aceitar justificadamente a sua seriedade», como se diz no n.º 2 do art. 245.º

Para melhor se compreender o sentido do regime de seguida exposto, importa recordar aqui as dificuldades da destrinça entre esta figura e a reserva mental, em particular quando esta é desconhecida do declaratário. Anote-se o seguinte aspecto: se a reserva é desconhecida do declaratário, ele tem razões para acreditar na *veracidade* do negócio; se há *graça pesada*, por seu turno, o declaratário tem razões para acreditar na seriedade do negócio. Assim, do ponto de vista do declaratário estas duas situações são equivalentes.

Deste modo, tudo se resume, afinal, em o declarante, na reserva mental, ter a intenção de enganar o declaratário e faltar esse intuito na declaração não séria. Com Castro Mendes, deve reconhecer-se que «não é muito»![2] Em qualquer caso, não deve haver intenção de enganar, pois se o declarante actua na expectativa de o declaratário se deixar iludir, aceitando a declaração como séria *(graça malévola)*, ocorre já num caso de reserva mental.

Contudo, reduzindo-se a diferença a *tão pouco*, no plano dos efeitos ela é acentuada.

Assim, como ficou exposto, na reserva não conhecida o negócio reservado é válido, enquanto na graça pesada ele continua a não valer, limitando-se

[1] Neste sentido, *vd*. Rui de Alarcão, *A Confirmação dos negócios anuláveis*, vol. I, Atlântida Editora, Coimbra, 1971, págs. 38 e 39; e Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 123. Castro Mendes (*Teoria Geral*, vol. II, pág. 150), dava também notícia de ser esta a opinião de Isabel Maria de Magalhães Collaço. Por seu turno, C. Mota Pinto declarava: «parece nem chegar a haver uma verdadeira declaração negocial» (*Teoria Geral*, pág. 491).

[2] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 151.

o n.º 2 do art. 245.º, onde se contempla esta hipótese, a impor ao declarante a obrigação de indemnizar o declaratário do prejuízo que sofrer[1]. Para além deste dever de indemnizar[2], impõe-se, porém, assinalar outra diferença em relação ao regime geral da declaração não séria. Partindo da ideia de à declaração não séria corresponder o valor negativo da inexistência jurídica, na verdade, deve, entender-se que há já, na hipótese de *graça pesada*, uma aparência de negócio jurídico, que impõe a adopção do regime da nulidade[3].

[1] A solução dada a esta modalidade de declaração não séria corresponde à defendida por Jhering, na sua doutrina da culpa *in contrahendo*.

[2] É um caso de responsabilidade pré-negocial.

[3] Neste sentido, Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 150. Parece ser também esta a posição de Rui de Alarcão [*A Confirmação*, nota (1) da pág. 181].

SECÇÃO III
Vícios na Formação da Vontade

DIVISÃO I
GENERALIDADES

451. Modalidades de vícios na formação da vontade

I. Os vícios na formação da vontade podem revestir várias modalidades. A análise das disposições legais que se ocupam da matéria (arts. 251.º a 257.º do C.Civ.) permite identificar os seguintes três elementos perturbadores da esclarecida e livre formação da vontade: o *erro*, o *medo* e a *incapacidade acidental*. Não é esta, porém, a forma tradicional e mais corrente de designar os vícios da vontade; usa-se antes dizer que são o *erro*, o *dolo* e a *coacção (moral)*[1].

Esta enumeração não é, em rigor, correcta, a dois títulos. Por um lado é insuficiente; por outro, coloca no mesmo plano realidades fundamentalmente distintas. Assim, a fórmula clássica é insuficiente, ao menos hoje, perante o Código Civil vigente, pois deixa de lado a incapacidade acidental que trata, como vício na formação da vontade, no seguimento do erro e do medo. Por outro lado, é imperfeita por não distinguir entre os vícios, em si mesmos, e as suas causas. A correcta formação da vontade é afectada por erro ou por medo. O dolo é uma das causas do erro, quando este surge, não espontaneamente, mas determinado por uma conduta de outrem, dirigida justamente a fazer cair o declarante em erro. Algo semelhante se pode dizer quanto à coacção, pois esta é uma das causas do medo do declarante; mas, ao menos em teoria, não é de excluir a possibilidade de esse vício resultar de outras causas[2].

---

[1] Sobre esta maneira de identificar estes vícios, *vd.*, por todos, C. Mota Pinto, que inclui a incapacidade acidental, *Teoria Geral*, pág. 499, e, mais claramente ainda, Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 228.

[2] Eram estes os reparos dirigidos por Castro Mendes à formulação clássica *(Teoria Geral*, vol. II, pág. 80).

São todas estas razões que levam a adoptar o esquema acima definido[1].

II. Mais controversa se apresenta outra questão, ainda relacionada com a delimitação do conjunto dos vícios na formação da vontade, qual seja a de saber se aos acima enumerados há a acrescentar a usura, tal como a definem os arts. 282.º a 284.º do C.Civ. O problema reside aqui no facto de nesse vício do negócio concorrerem, a um tempo, elementos de ordem subjectiva – que o relacionam com a matéria agora estudada – e de ordem objectiva – que se prendem com o objecto negocial[2]. O legislador foi sensível a esta última caracterização do vício, pois o incluiu, não na matéria dos vícios da vontade, mas na do objecto negocial[3].

Por razões que melhor se compreenderão no seguimento da exposição relativa à usura, deve entender-se que nela dominam os elementos de ordem subjectiva. Por ora, salienta-se apenas que, relativamente ao aspecto significativo do valor do acto, isso se manifesta no facto de o negócio usurário ser meramente anulável, enquanto é nulo o negócio quando sofre de um vício do objecto (cfr. arts. 282.º, n.º 1, e 280.º e 281.º do C.Civ.).

Adita-se, assim, a usura aos vícios na formação da vontade acima referidos, sendo a sua análise feita em separado, pela ordem por que ficaram enumerados.

452. Breve referência à lesão e aos vícios redibitórios[4]

I. A propósito da matéria dos vícios do negócio importa fazer uma referência, embora breve, a dois institutos que com ela têm manifesta afinidade – a *lesão* e os *vícios redibitórios*.

A *lesão* consiste numa grave desproporção entre a prestação de uma das partes e a contraprestação da outra, num negócio oneroso comutativo. Em que medida pode tal facto ser causa autónoma de invalidade do negócio?

Na doutrina tradicional, a lesão só era causa de invalidade, em si mesma, quando atingisse proporções graves, de grosseira, injustificada ou escandalosa

---

[1] Oliveira Ascensão identifica, como vícios na formação da vontade, o erro e o medo, situando a incapacidade acidental na matéria da incapacidade (*Teoria Geral*, vol. II, pág. 135); Menezes Cordeiro adopta outra *ordenação dogmática* da matéria (*Tratado*, vol. I, T. I, págs. 783-784).

[2] As observações do texto explicam a epígrafe da secção onde se integram as disposições relativas à usura: «Objecto negocial. Negócio usurário».

[3] Embora reconheça este carácter híbrido do instituto, o que, de certo, o levava a estudá-lo no plano da vontade no negócio jurídico, Castro Mendes autonomizava-o, porém, dos vícios na formação da vontade (*Teoria Geral*, vol. II, págs. 125 e segs.).

[4] Sobre esta matéria, *vd*. I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 124-125; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 499-502; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 154-155; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 658 e segs. Para maior desenvolvimento, nomeadamente no plano histórico, Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 641 e segs., em particular, págs. 646-649.

falta de equivalência entre as prestações. Era a chamada *lesão enorme (laesio enormis)*, em geral traduzida no facto de uma das prestações ser inferior a metade do valor da outra; daí também se dizer *laesio ultra dimidium*.

No Código de Seabra, a lesão perdera já valor anulatório autónomo, uma vez que, como se vê do seu art. 1582.º (relativo à compra e venda), só era atendível se na espécie concorressem os requisitos do erro relevante.

O Código Civil vigente continua a não dar, *em sede de regime geral*, valor anulatório à lesão, sendo ela apenas um dos elementos caracterizadores do vício da usura (art. 282.º), e ainda atendida, noutro plano, como elemento de alteração das circunstâncias (arts. 437.º a 439.º do C.Civ.).

II. Os *vícios redibitórios*[1] são os vícios ocultos de uma coisa, que prejudicam o seu uso, tornando-a menos própria para a realização do fim a que se destina.

Também aqui se está perante uma *falha* do negócio manifestamente afim de um dos vícios na formação da vontade, o erro. Não revestem, porém, estes vícios, no sistema jurídico português actual, valor autónomo como causa geral de anulação do negócio. Ainda neste caso o legislador de 1966 se não afastou da tradição do velho Código Civil. Com efeito, o Código de Seabra também só se ocupava desta matéria na compra e venda e o art. 1582.º, acima citado; tal como na lesão, só considerava atendíveis os vícios redibitórios se no caso se verificassem os requisitos do erro relevante.

No domínio de certos contratos especiais, o Código Civil vigente dá, contudo, tratamento específico a este vício, como sejam a compra e venda (arts. 905.º e seguintes e 913.º e seguintes), regime aplicável aos demais negócios onerosos (art. 939.º), e a locação (art. 1035.º).

453. Consequências dos vícios na formação da vontade

I. Os diversos vícios na formação da vontade, para serem causa de invalidação do negócio, devem revestir certos requisitos, que, compreensivelmente, variam de caso para caso. Mas, satisfeitas essas particularidades, verifica-se uma certa identidade de regime, quanto ao valor negativo do negócio por eles afectado. Justifica-se, assim, o tratamento deste ponto sob uma perspectiva geral, evitando, deste modo, repetições em relação a cada um desses institutos. Só dois casos se afastam desse regime comum: o erro sobre a base do negócio e a usura; por isso mesmo, aqui se deixa de lado o valor do negócio

[1] Sobre os vícios redibitórios, constitui um clássico da doutrina civilista portuguesa a monografia de Emídio Pires da Cruz, *Dos vícios redibitórios no direito português*, Livraria Portugália, Lisboa, s/d.

jurídico afectado por esses vícios, que será objecto de referência específica, a propósito do seu regime.

Resulta dos arts. 251.º, 252.º, n.º 1, 254.º, 256.º e 257.º do C.Civ. que os vícios na formação da vontade, quando relevantes, geram, em geral, anulabilidade do respectivo negócio. Comum a estes vícios, mantendo, pois, uma fundamental identidade de valor negativo do negócio, é o facto de o Código Civil não estatuir, no caso, regime específico da anulabilidade. Por isso, se impõe o recurso ao seu regime geral, estatuído nos arts. 287.º e 288.º do mesmo Código; dele interessa aqui destacar os seguintes pontos: legitimidade, prazo para invocar a anulabilidade e possibilidade de sanação do vício.

II. Sobre a legitimidade para arguir a anulabilidade importa fazer aplicação da regra geral constante do n.º 1 do art. 287.º Segundo este preceito, a legitimidade para arguir a anulabilidade é atribuída às pessoas no interesse de quem a lei estabelece a anulabilidade. Torna-se, pois, necessário averiguar quais são as pessoas portadoras dos interesses que o legislador quis acautelar ao estatuir a anulabilidade do negócio afectado por cada vício na formação da vontade. Estas não podem deixar de ser os autores da declaração correspondente à vontade incorrectamente formada, ou seja, consoante os casos, o errante, o enganado, o coagido, o incapaz.

Quanto ao prazo de anulação, importa distinguir se o negócio está ou não cumprido: enquanto não estiver cumprido, a anulabilidade pode ser invocada a todo o tempo (art. 287.º, n.º 2); se já estiver cumprido, a lei estabelece, para arguição da anulabilidade, o prazo de um ano a contar da «cessação do vício».

Também aqui importa apurar o alcance desta fórmula, para a ajustar à maneira de ser desta categoria de vícios do negócio. Do que se trata é de verificar o momento a partir do qual a pessoa cujo interesse se pretende acautelar, ao estabelecer a anulabilidade, está em condições de exercer o correspondente direito de anulação (cfr. art. 329.º do C.Civ.). Ora, esse momento só ocorre, consoante os casos, quando o errante ou o enganado, por exemplo, tome conhecimento do erro ou do dolo, ou quando cesse o medo provocado pela coacção.

A invalidade emergente dos vícios na formação da vontade é sanável, segundo o regime geral da anulabilidade, convalidando-se o negócio, em dois casos: caducidade do direito potestativo de anulação e confirmação (art. 288.º do C.Civ.).

DIVISÃO II
MODALIDADES DE VÍCIOS NA FORMAÇÃO DA VONTADE

SUBDIVISÃO I
O Erro

§ 1.º
Regime comum

454. Noção e modalidades do erro

I. Enquanto vício na formação da vontade [1/2], o *erro* consiste no desconhecimento ou na falsa representação da realidade que determinou ou podia ter determinado a celebração do negócio. Essa realidade pode consistir numa circunstância de facto ou de direito.

Deste modo, o erro, em Direito, e neste campo, abrange a própria ignorância da realidade. Assim, há erro na formação da vontade, tanto quando alguém compra um quadro por pensar que, por exemplo, ele é da autoria de um pintor célebre, sendo apenas uma cópia, como quando certa pessoa dá de arrendamento o seu andar por tempo indeterminado, convencido de que o pode fazer cessar a todo o tempo, por ignorar o correspondente regime de denúncia (art. 1101.º do C.Civ.).

Para melhor se compreender o alcance desta noção, convém atender um pouco ao desenvolvimento do fenómeno psíquico que conduz à declaração

---

[1] Adiante será estudada outra modalidade de erro, enquanto divergência entre a vontade e a declaração. Para fazer a contraposição, identifica-se o instituto agora em análise como *erro vício*, *erro motivo* ou *erro na formação da vontade*, enquanto aquele se diz *erro na declaração*, *erro obstáculo* ou *erro obstativo*.

[2] Sobre a matéria do erro, além dos AA. adiante cits., *vd.*, em particular, Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 136 e segs.

negocial. Para haver vontade, tem de existir, no foro íntimo da pessoa, na sua mente, a formação de uma decisão para a qual concorrem vários factores. Quando alguém declara querer comprar certa coisa, isto significa que, no campo psicológico, ponderou previamente as vantagens e desvantagens do negócio, os fins que ele permite alcançar, a existência de certas qualidades da coisa que lhe asseguram a realização desses fins, etc. Se, neste fenómeno deliberativo, psicológico, se dá como verificado certo elemento, que não existe, ou existe de modo diferente do que foi mentalmente representado, ou se não se toma em conta outro, por se desconhecer a sua existência, a vontade formou-se erradamente.

O elemento não considerado ou falsamente representado no curso de formação da vontade tem de respeitar a uma *realidade passada* ou *presente* em relação ao momento da declaração. Quanto a factos futuros não pode haver erro; se, no momento da celebração do negócio, o declarante admite a sua verificação e esta se dá em sentido diferente, quando ocorrerem, ou se não atende à sua verificação e eles ocorrem, então dá-se uma *previsão deficiente* ou uma *imprevisão*[1]. Fala-se a este respeito em *error in futurum*, mas a expressão é de evitar por ser inexacta e enganadora: em rigor, não há erro. Isto não significa que essa *imprevisão* não possa ser relevante, mas noutra sede, que não a do erro, regulada no Código Civil nos arts. 437.º a 439.º[2]

II. O erro vício pode revestir várias modalidades, sendo, de resto, a determinação delas um ponto sobre que divergem a lei[3] e a doutrina. Vai aqui ser tomado em conta, fundamentalmente, o regime fixado no Código Civil. A partir dele há a distinguir modalidades de erro, atendendo a duas ordens de considerações.

Por um lado, a falsa representação da realidade ou a ignorância dela podem ter na sua origem factores que respeitam apenas à pessoa do declarante. Este formou uma vontade errada, por não ser diligente, não se informando devidamente sobre circunstâncias relevantes para a sua decisão de contratar, ou por apreender mal factos ou circunstâncias que lhe foram transmitidas, por ter entendido mal uma declaração que lhe foi feita, etc. O erro diz-se, então, *simples* ou *espontâneo.* Casos há, porém, em que o autor do negócio é

[1] Fala-se, em regra, em *imprevisão* abrangendo os dois tipos de situações descritas no texto. Elas, porém, são distintas e só na segunda se aplicará com rigor aquela palavra, no sentido de falta de previsão da realidade. No primeiro caso citado no texto, a realidade foi prevista, mas de modo diferente, logo houve uma *previsão deficiente.*

[2] Cfr., *infra*, n.º 607.

[3] O Código Civil de 1867 tratava a matéria nos arts. 657.º e segs. e com base nesses preceitos se distinguia entre erro sobre a causa – de facto ou de direito –, erro sobre o objecto e sobre a pessoa com quem se contrata ou em consideração da qual se contrata.

induzido em erro pela actuação de outrem orientada no sentido de criar ou manter o erro. Há, neste caso, *erro qualificado por dolo*, ou *erro provocado*.

Atende-se, pois, aqui à causa do erro, esclarecendo-se desde já que o comportamento enganatório de outrem só relevará se for determinante do erro. Pode, deste modo, haver dolo e este ser irrelevante, não afectando o valor do negócio, enquanto viciado por erro.

O segundo aspecto a considerar leva em conta o elemento do negócio a que o erro se reporta. Com base na análise dos arts. 251.º e 252.º do C.Civ., a repartição do erro far-se-á, então, nas seguintes quatro modalidades[1]: *erro quanto ao objecto, erro quanto à pessoa do declaratário, erro quanto à base do negócio* e *erro sobre os motivos*.

Três esclarecimentos aqui se impõem para boa ordenação da exposição subsequente.

Estas modalidades de erro interessam apenas ao regime do erro simples, sendo irrelevantes quanto ao erro qualificado por dolo (cfr. arts. 253.º e 254.º do C.Civ.). Às duas primeiras dá a lei civil o mesmo tratamento, pelo que serão consideradas em conjunto na exposição do seu regime. Finalmente, a quarta categoria aparece referida, na epígrafe do art. 252.º do C.Civ., como «erro sobre os motivos». Ora, o certo é que todas as restantes modalidades são também de erro sobre os motivos; do que se trata é de um erro não abrangido por qualquer das outras.

Conjugando as distinções assim estabelecidas, para além dos aspectos comuns agora em análise, cumpre estudar, em separado, o erro simples, nas suas várias manifestações e, de seguida, o erro qualificado por dolo.

III. A doutrina clássica distinguia ainda entre *erro de direito* e *erro de facto*, sendo esta distinção atendida na fixação do seu regime no antigo Código Civil. Interessa averiguar se ela merece ainda acolhimento, perante o Direito vigente[2].

O erro de direito (*error iuris* ou *ignorantia iuris*) recai sobre o conteúdo de normas jurídicas; o erro diz-se de facto (*error facti* ou *ignorantia facti*) quando respeita a circunstâncias de facto[3].

A distinção não tem, porém, hoje relevância, no Direito positivo português, sendo comum, em geral, o regime do erro, seja ele de facto ou de

---

[1] Fazem a repartição nestes termos I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 91 e segs.; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 100; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 144-145; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 824 e segs.; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 658 e segs.; já C. Mota Pinto apenas considerava três modalidades, não autonomizando a identificada no texto em terceiro lugar (*Teoria Geral*, págs. 505-506).

[2] Sobre estas modalidades de erro, *vd.*, por todos, I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 103-106.

[3] Castro Mendes construía a distinção em termos diversos, embora ele próprio reconhecesse não ser essa a posição comum da doutrina [*Teoria Geral*, vol. II, págs. 110-111, e nota (229)].

direito. Não deixa, contudo, o legislador de lhe fazer referência esporádica, no Código Civil, em matéria de testamento (art. 2202.º), não lhe atribuindo, porém, um tratamento diferenciado. Por isso, não tem de se levar em conta na exposição do regime do erro.

455. Requisitos comuns de relevância do erro: generalidades[1]

I. A relevância anulatória do erro vício não pode depender da sua simples existência. Se, em primeira mão, o papel da vontade, na conformação do negócio jurídico, podia apontar nesse sentido, a tal solução logo se opõe a necessidade de acautelar os interesses do declaratário, que confiou na correcção da vontade traduzida na declaração, e, ainda, num plano mais geral, a certeza e a segurança do tráfico jurídico.

A consideração destes interesses e valores exige a verificação de certos *requisitos*, sem os quais o erro do declarante, embora existente, não pode ser atendido, é *irrelevante*.

Os requisitos de relevância do erro na formação da vontade são de dois tipos, pois se alguns se devem verificar qualquer que seja a modalidade ou causa do erro, outros dependem destes factores. Nesta base, se estabelece a distinção entre requisitos *comuns* e *específicos* do erro. Os segundos acabam por interferir, decisivamente, com a distinção entre as várias modalidades de erro, sendo, por isso, o seu estudo relegado para esse momento. Por ora, cumpre verificar os requisitos comuns, sem que isso deva fazer esquecer que, quanto a cada caso particular de erro, a sua relevância depende da verificação conjunta dos requisitos comuns e específicos da sua modalidade.

II. A identificação dos *requisitos comuns* do erro não merece o acordo unânime da doutrina, sendo controvertida a relevância de alguns dos que como tal são, por vezes, apontados. De resto, a questão coloca-se tanto *de iure constituendo* como *de iure constituto*.

No plano do Direito vigente, o erro, para ser relevante, deve ser *causal*. Não constituem já condições de relevância, ao menos como tal admitidas com a mesma generalidade, a *propriedade*, a *desculpabilidade*, a *individualidade* e a *tipicidade* do erro. Importa demonstrar a validade desta afirmação, em relação a cada um desses requisitos, dando embora mais atenção à causalidade, pela sua maior projecção no regime do erro.

---

[1] Sobre a matéria dos requisitos do erro, *vd.*, além de obras adiante citadas, I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 81 e segs.; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 137 e segs.; e C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 507 e segs.

456. Requisitos comuns de relevância do erro: a causalidade[1]

I. O erro vício só gera anulabilidade do negócio se for *causal*. Diz-se causal o erro quando, a não haver ignorância ou falsa representação de certo motivo que interferiu no fenómeno volitivo, o declarante não quereria celebrar qualquer negócio, ou quereria celebrar negócio diferente, quer quanto ao seu tipo, quer quanto a algum ou alguns dos seus elementos essenciais ou acidentais. Por outras palavras, verificado algum destes casos, o *erro é causal*[2] do negócio, nos termos exactos em que foi celebrado – é *error causam dans*.

Assim, o erro será causal em exemplos como os seguintes: ***A*** arrendou certa casa em Sesimbra, por estar convencido de que havia sido colocado a prestar serviço nessa localidade; se soubesse que tal não era exacto, não teria celebrado qualquer negócio. Outro exemplo: ***A*** comprou, por certo preço, um cavalo, por pensar que ele ganhara determinado prémio; se soubesse que tinha ficado em segundo lugar, só o compraria por outro preço[3].

Se, apesar do erro, o declarante sempre quereria o negócio, o erro não é causal mas *indiferente* ou *acidental* e o negócio é válido. Será o caso da seguinte hipótese: ***A*** comprou um automóvel de luxo por julgar ser o único totalista de certo concurso do totobola; se soubesse que havia dois totalistas, ainda assim compraria o mesmo veículo.

II. A análise destes exemplos simples logo mostra que o apuramento da verificação do requisito da causalidade se faz pelo confronto entre o conteúdo de duas *vontades*: o correspondente à vontade efectiva do declarante[4] – *vontade real, vontade negocial* – e o correspondente à que ele formaria, se tivesse conhecido a realidade que ignorou ou falsamente representou no seu espírito – *vontade conjectural* ou *hipotética*, por vezes também dita *presumida*.

Logo se deixa ver que só no primeiro caso cabe falar, com rigor, em vontade, no sentido psicológico, ou seja, em vontade efectivamente formada pelo declarante; a vontade hipotética, como a sua própria designação indica,

---

[1] A terminologia não é aqui unívoca. Na doutrina portuguesa, C. Mota Pinto usava falar em *essencialidade* (*Teoria Geral*, pág. 507), seguindo a designação proposta por Manuel de Andrade (*Teoria Geral*, vol. II, pág. 237). Também I. Galvão Telles (*Manual*, págs. 83 e segs.) e Oliveira Ascensão adoptam esta terminologia (*Teoria Geral*, vol. II, págs. 143-144).

[2] Manuel de Andrade tinha este requisito por tão relevante que o incluía no próprio conceito de erro (*Teoria Geral*, vol. II, pág. 233).

[3] Nestes, como nos demais exemplos apresentados, dão-se como verificados os restantes requisitos do erro; só está aqui a ser considerada a causalidade.

[4] A este respeito importa deixar bem esclarecido o seguinte ponto: contra o entendimento recebido dos juristas romanos, o erro vício não exclui a vontade; no erro (como, de resto, nos outros casos de vícios na formação da vontade), o declarante quer efectivamente a declaração que emite; o vício reside no facto de essa vontade se formar mal, por no respectivo fenómeno volitivo interferir o erro.

não existe, enquanto tal: é meramente *conjectural*, uma *vontade construída*, uma pura abstracção, corresponde à vontade *que se formaria*, não fora o erro.

Tanto a vontade real como a vontade conjectural se reportam ao momento da celebração do negócio: tem-se em conta o que o declarante quis e o que ele quereria nesse momento, sendo indiferente o que ele quer ou quereria no momento em que o problema do erro se suscita e se pode designar por *vontade presente* (ou *actual*)[1]. Estas vontades não relevam para o problema agora analisado[2].

Segundo Castro Mendes, no confronto entre a vontade real e a vontade conjectural podem identificar-se diversas hipóteses, que permitem distinguir entre *erro essencial absoluto*, quando não teria sido querido qualquer outro negócio; *erro essencial relativo*, quando teria sido querido outro negócio substancialmente diferente do celebrado; *erro essencial parcial*, quando teria sido querido o *mesmo* negócio, embora com amputação, substituição ou aditamento de partes respeitantes a pontos essenciais; *erro incidental*, quando a vontade conjectural se dirija ao negócio com amputação, substituição ou aditamento de partes acessórias; e *erro acidental* ou *indiferente*, quando teria sido querido o mesmo negócio tal qual foi celebrado[3].

No erro essencial parcial e no de erro incidental, segundo Castro Mendes, não é possível proceder a qualquer substituição do negócio querido ou aditamento ao mesmo, salvo no caso de erro sobre a base do negócio.

III. Não se põe em causa a justeza da análise de Castro Mendes, nem o seu contributo para a compreensão do fenómeno do erro vício, a partir das várias formas de conjugação da vontade real com a vontade conjectural.

Importa, porém, realçar que essa análise não deve descurar o ponto fulcral em estudo, que é o da delimitação do requisito da causalidade. Ora, se bem se virem as coisas, nas primeiras quatro hipóteses identificadas por Castro Mendes o erro tem relevância anulatória. Deste modo, podem elas contrapor-se, em bloco, à última, pois aí o erro é irrelevante e o negócio válido. Em suma, isto revela que nos primeiros quatro casos se verifica o requisito da causalidade, enquanto no último não.

Sendo o erro causal, duas hipóteses diferentes podem ocorrer, com relevância na determinação do regime da anulabilidade: o vício pode inquinar todo o acto (*erro essencial absoluto* e *erro essencial relativo*, modalidades que,

[1] Esta vontade poderia ainda ser considerada numa perspectiva real ou conjectural, embora fizesse mais sentido – se ela fosse relevante – atender então à vontade presente real.

[2] Está também aqui fora de causa a possibilidade de as partes ajustarem o negócio ao conteúdo da vontade conjectural, pois não se está já, aí, no domínio do negócio viciado, mas de *outro negócio*.

[3] *Teoria Geral*, vol. II, págs. 88-89. Castro Mendes pressupunha, como é evidente, verificados os restantes requisitos do erro.

como Castro Mendes reconhecia, seguem o mesmo regime), ou apenas parte dele (*erro essencial parcial* e *erro incidental*, modalidades que, como este Autor salientava, seguem o mesmo regime). Por outras palavras, o *erro relevante* (causal) gera sempre anulabilidade, podendo esta ser total ou parcial; neste último caso suscita-se um problema de redução do negócio jurídico, a analisar nos termos gerais do art. 292.º do C.Civ. Se isto é certo, não se justifica um empolamento do esquema, não devendo perder-se de vista que, no fundo, não se trata de questão específica do erro, mas de um problema geral do regime da anulabilidade, quanto aos seus efeitos sobre o valor do negócio.

IV. Deste modo, em resumo, no entendimento correcto, o verdadeiro requisito de relevância do erro é a causalidade. A existência deste requisito apura-se através da investigação da vontade que o declarante teria formado se não tivesse interferido na sua formação o desconhecimento ou a falsa representação de certa realidade: vontade conjectural ou hipotética.

Consoante o conteúdo da vontade conjectural se afasta mais ou menos do conteúdo da vontade negocial *(vontade real viciada)*, assim a invalidade do negócio será total ou parcial, com a já referida influência no regime desse vício e no destino do negócio.

Por assim ser, se certa pessoa compra uma casa, em certa localidade, por pensar que nela foi colocada em serviço a título definitivo, quando afinal só para lá foi deslocada temporariamente (para fazer uma inspecção, por exemplo), a sua vontade conjectural, se conhecesse esta realidade, poderia ser a de não comprar a casa, nem fazer qualquer outro negócio. Sendo assim, o erro é causal e afecta todo o negócio. Ao mesmo resultado se chega, se a vontade conjectural for antes a de celebrar um contrato de arrendamento. Em qualquer dos casos o negócio celebrado é anulável no seu todo.

Mas se um comerciante de gado compra 100 sacos de aveia, convencido de que cada um tem 50 quilos daquele produto, quando afinal tem 100, a sua vontade conjectural seria a de comprar só 50 sacos. Aqui o erro é ainda causal, mas só afecta parte do negócio. O mesmo se dirá no caso de o erro se referir a uma cláusula acessória. Em qualquer destas hipóteses, o negócio é anulável, mas poderá ser reduzido, se ocorrerem os requisitos do art. 292.º do C.Civ.

V. Resta fazer um último esclarecimento sobre o sentido do requisito da causalidade. Quando se diz que o erro tem de ser causa do negócio isso não significa que tenha de ser a *única causa*.

O motivo relevante no processo volitivo sobre que incidiu o erro *pode não ser exclusivo; mas tem de ser necessário*. Assim, suponha-se, nos exemplos dados, que para além dos pontos acima assinalados, o declarante comprou *aquela* casa, por ser um belo edifício ou por estar bem situada; ou que comprou

aquela quantidade de aveia, por o preço ser baixo ou o produto de boa qualidade. Ainda em tais casos o erro continuaria a ser causal, pois a causalidade não é excluída por haver *concausalidade*[1].

457. Requisitos comuns de relevância do erro: a propriedade

I. Outro dos requisitos do erro acima indicados é a *propriedade*. O erro diz-se *próprio* quando não incida sobre requisito legal de validade do negócio; se incidir sobre um requisito desse tipo é *impróprio*. Se a propriedade devesse ser considerada requisito comum do erro, o erro impróprio não seria relevante.

A relevância da propriedade do erro é negada por Manuel de Andrade[2] e, em geral, por C. Mota Pinto[3]. Este Autor afastava-se, porém, desta posição no caso de o erro do declarante se referir à incapacidade do declaratário (hipótese de erro sobre a pessoa do declaratário, art. 251.º do C.Civ.), com o fundamento de, neste caso, o errante não poder anular o negócio com fundamento nessa incapacidade[4].

Assim, se alguém pratica certo acto pensando que ele é válido, quando afinal é nulo ou anulável, por, nomeada e respectivamente, o seu objecto ser inidóneo ou o outro contraente incapaz, o erro não seria relevante, pois a invalidade do negócio resulta já da existência de outro vício (inidoneidade do objecto, incapacidade). Os seguidores desta orientação dizem que não faz sentido anular um negócio por erro quando ele é nulo por o objecto não ser idóneo; e se o negócio é anulável por incapacidade de exercício, o vício resultante do erro não tem autonomia.

II. Esta questão clarifica-se se se distinguir entre a relevância do erro e a invocabilidade dos seus efeitos.

Assim, se o negócio é nulo por vício relativo a outro elemento (por vício de forma, *v.g.*) e anulável por erro, o erro é relevante, mas não invocável, pois a anulabilidade é absorvida pelo valor negativo mais forte – a nulidade[5].

Mas se se trata de duas causas de anulabilidade, não se vê razão para não serem ambas invocáveis. Assim, se ***A***, convencido da maioridade de ***B***, quando

---

[1] É este o entendimento corrente da doutrina, como se pode ver *apud* I. Galvão Telles, *Manual*, pág. 84; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 90; e C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 509-510.

[2] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 239.

[3] *Teoria Geral*, págs. 509-510 e nota (690) daquela pág.

[4] *Teoria Geral*, pág. 510 e nota (3).

[5] Ainda assim, fica a ressalva de a nulidade não ser invocável (por tal envolver abuso do direito, *v.g.*), hipótese em que a possibilidade de arguir a anulabilidade por erro é de considerar.

este é menor, celebra com ele determinado negócio, este é anulável, por ***B***, com fundamento na sua incapacidade de exercício, e por ***A***, com fundamento em erro, pressupondo-se, em qualquer dos casos, a verificação dos demais requisitos necessários para o efeito. Tal solução parece ser mesmo a mais justa, pois são também distintos os interesses dos contraentes na subsistência ou não subsistência do contrato.

Mas não deve ser diferente a solução quando se trata de erro do declarante sobre a sua própria capacidade[1]. Pode até acontecer que a anulabilidade por incapacidade já não seja invocável, por o acto ter sido confirmado pelo representante legal do menor, nos termos do art. 125.º, n.º 2, do C.Civ., mas seja ainda possível obter a anulação com fundamento em erro. Não se descortina razão relevante para impedir esta solução[2].

Em suma, o erro impróprio não deixa de ser relevante, embora, em certos casos, a correspondente anulabilidade não seja invocável.

458. Requisitos comuns de relevância do erro: a desculpabilidade

I. A exigência do requisito da *desculpabilidade* ou *escusabilidade* funda-se na ideia de não dever ser considerado relevante o *erro grosseiro*, isto é, em que o declarante caiu por manifesta falta de conhecimento ou de diligência. Se tais circunstâncias levam alguém a formar erradamente a sua vontade, *sibi imputet*, não sendo justo fazer recair sobre o outro contraente o risco de ver anulado o negócio com esse fundamento.

A doutrina anterior ao actual Código Civil dividia-se quanto à exigibilidade deste requisito[3], em face de um preceito legal pouco claro (art. 695.º do Código de Seabra, *in fine*)[4].

---

[1] Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 93, defendia conclusão coincidente com a do texto. Neste sentido se pronuncia também Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 139. Sobre este problema e a questão dos chamados «*efeitos duplos*», *vd*. ainda Rui de Alarcão, *A Confirmação*, vol. I, nota 45 da pág. 50, e Karl Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, FCG, Lisboa, s/d, mas 1965, pág. 55.

[2] Note-se que a situação apresenta manifesta analogia com a configurada por C. Mota Pinto como excepção à sua teoria.

[3] Exigiam o requisito da desculpabilidade Paulo Cunha, *Teoria Geral*, vol. III, págs. 105-106, I. Galvão Telles, *Manual*, pág. 80; Cabral de Moncada, *Lições*, vol. II, págs. 291 e segs.; e Beleza dos Santos, *A Simulação*, vol. I, págs. 55-56. Vê-se das suas Lições posteriores ao novo Código (cit. vol. II, pág. 95), que era esse também o pensamento de Castro Mendes. Era esta a melhor interpretação do art. 695.º do C.Civ.67.

Em sentido contrário, pronunciavam-se José Tavares, *Os Princípios*, vol. II, pág. 501; Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 1931, pág. 304; Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 239-240; e Ferrer Correia, *Erro e Interpretação*, págs. 300 e segs.

[4] O art. 695.º do C.Civ.67 estabelecia o seguinte: «Nenhum contraente pode socorrer-se à anulabilidade, resultante da incapacidade do outro contraente, nem alegar erro ou coacção para que haja contribuído».

O novo Código não contempla em norma alguma, no regime geral do erro, o requisito da desculpabilidade o que, não constitui a solução mais acertada nesta matéria[1].

II. *De iure condito*, e quanto ao regime geral do erro, não se afigura possível defender outra solução senão a da irrelevância do requisito da escusabilidade, tanto mais que o Código Civil exige, especialmente, esse requisito em certos casos (cfr. arts. 338.º, em matéria de acção directa e legítima defesa, 476.º, n.º 3, e 477.º, n.º 1, no pagamento indevido, e 1636.º, no casamento)[2/3].

Esta solução admite, porém, mesmo no plano do Direito positivo, algumas atenuações que corrigem os excessos a que conduz.

Assim, a anulabilidade do negócio por erro indesculpável não é incompatível com a imputação, ao errante, do dever de indemnizar a contraparte, com fundamento em *culpa in contrahendo*. Esta é uma posição defendida por Castro Mendes, C. Mota Pinto e P. Mota Pinto[4].

Para além disso, não é também de excluir a possibilidade de se ir mais longe, excluindo mesmo a anulação do negócio quando ela lese danosamente os interesses do declaratário. Neste sentido se pronunciava, e bem, C. Mota Pinto[5], por força da cláusula geral do abuso do direito (art. 334.º).

No plano do Direito a constituir, o regime mais justo seria o da irrelevância do erro culposo. Em particular, no Direito actual, a favor de tal entendimento pode invocar-se o facto de o contraente inexperiente ter ainda a seu favor o regime da usura, fixado no art. 282.º do C.Civ., quando o declaratário tirar partido da situação, por ser este o caso a exigir a tutela do declarante.

459. Requisitos comuns de relevância do erro: a individualidade

I. A *individualidade* (ou *singularidade*) do erro consiste em ele existir apenas no declarante e não no comum ou geral das pessoas. O erro não *individual* ou *singular* diz-se *comum* ou *geral*. A admitir-se este requisito como condição

---

[1] Neste sentido, Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 95. No sentido oposto, defendendo a solução legal como a mais acertada, se pronunciava C. Mota Pinto (*Teoria Geral*, págs. 511-512).

[2] Este é o entendimento corrente. Além de Castro Mendes e C. Mota Pinto (locs. cits.), ver Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 141-142, que, todavia, distingue consoante o erro tenha na sua origem uma situação de debilidade mental ou de ligeireza do declarante.

[3] De resto, o autor do Anteprojecto do Código, Rui de Alarcão, expressamente declara que «não exige a desculpabilidade ou escusabilidade do erro» (*Breve motivação do Anteprojecto sobre o negócio jurídico na parte relativa ao erro, dolo, coacção, representação, condição e objecto negocial*, *in* BMJ, n.º 138, pág. 89), baseando-se, para tanto, nas citadas posições de Manuel de Andrade e de Ferrer Correia.

[4] *Declaração Tácita*, págs. 406-410.

[5] *Teoria Geral*, pág. 512 e nota (696).

de relevância do erro, não seria, por exemplo, anulável o contrato de compra e venda de um quadro geralmente atribuído a um pintor célebre, se o comprador vier, depois, a descobrir não ser obra daquele autor.

A questão da relevância a atribuir a este requisito, era debatida no anterior regime, dado o conteúdo do art. 664.º do Código de Seabra[1], ao estabelecer que o «erro, comum e geral, não produz nulidade».

II. Contra o entendimento de que este preceito consagrava a relevância do requisito da individualidade do erro, dizia Manuel de Andrade que essa solução conduzia a um absurdo. Segundo ele, «precisamente quando comum e geral é que o erro se torna mais desculpável, sendo portanto mais digno de protecção o errante, e mais justificado que ele possa invalidar o negócio»[2]. Esta opinião veio a ser acolhida por C. Mota Pinto[3].

A tal respeito observava Castro Mendes que o argumento não impressiona. «É certo que o erro é desculpável, mas a lei entende deverem ser válidos os negócios celebrados com base na convicção comum, impondo ao adquirente – não ao alienante – o risco de uma alteração futura da convicção comum sobre o objecto da aquisição. Assim como *res perit suo domino*, se o quadro adquirido arder, assim também se vier a ser provado falso»[4].

Se a solução defendida por Castro Mendes se afigura a mais justa, *de iure condendo*, ela não pode, contudo, ser acolhida *de iure condito*, pois no domínio da teoria geral do erro em parte alguma o Código Civil impõe a exigência de tal requisito.

460. Requisitos comuns de relevância do erro: a tipicidade

O requisito da tipicidade reduz a relevância do erro aos tipos previstos na lei. Deste modo, não é possível tomar posição sobre a exigência deste requisito sem saber se as modalidades de erro reguladas pelo Código Civil esgotam a matéria ou se não são mais que algumas figuras específicas de erro na formação da vontade.

Seguindo a opinião de Castro Mendes, que é a ajustada, em vista das modalidades de erro previstas na lei portuguesa, não existe aqui um verdadeiro fenómeno de tipificação, mas de classificação. Com efeito, «as figuras de erro que encontramos no Código Civil de 1867 e que encontramos no de 1966

[1] Sobre as soluções no domínio do Código de Seabra, em face do preceito citado no texto, *vd*. Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 253 e segs.

[2] *Teoria Geral*, vol. II, págs. 253 e 254.

[3] *Teoria Geral*, pág. 512.

[4] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 96.

[…] cobrem todo o campo do erro na formação do negócio jurídico»[1]. No mesmo sentido se pronuncia Oliveira Ascensão[2].

Na verdade, as várias modalidades do erro, de seguida referidas, constituem os termos de uma classificação e esgotam as situações de erro na formação da vontade. A favor deste entendimento milita o carácter residual da categoria do erro sobre os motivos do art. 252.º, n.º 1, que abarca todas as situações não abrangidas em qualquer das outras modalidades.

Não sendo, portanto, possível admitir outras hipóteses de erro relevante além das contempladas na lei, não cabe falar no requisito da tipicidade do erro.

461. Requisitos relativos ao declaratário

I. A análise das várias modalidades de erro vai revelar que, para além dos requisitos analisados nos números anteriores, se deve referir um outro ponto comum do regime das várias situações de erro simples.

Sob uma ou outra forma, exige-se sempre, para o erro ser relevante, que o declaratário *assuma* a essencialidade do motivo, porque a conhecia ou devia conhecer (cfr. art. 251.º) ou porque a reconheceu por acordo (art. 252.º, n.º 1).

O regime do erro vício aparece assim sempre construído no pressuposto de a declaração ter um declaratário ou, quando menos, um destinatário, usando, de resto, o legislador as duas fórmulas (cfr. arts. 251.º, 252.º e 254.º, n.º 2), ainda que mais correntemente a primeira.

II. A caracterização deste requisito não levanta dificuldades especiais na generalidade dos contratos. O mesmo não se passa, porém, nos negócios jurídicos em que há só uma parte (negócios unilaterais), ou em que nem sequer há um destinatário (negócios unilaterais não recipiendos).

Quid iuris, quanto à relevância do requisito relativo ao destinatário da declaração, se este não existir? Por outras palavras, em que termos tem, nesses casos, o erro relevância anulatória?

Esta questão foi levantada por Castro Mendes, que manifestava dúvidas sobre a sua solução, sempre que o legislador não se ocupe directamente do problema, como, de resto, acontece em certos casos: testamento [arts. 2201.º a 2203.º do C. Civ.[3]], aceitação e repúdio da herança [arts. 2060.º e 2065.º, respectivamente, do mesmo Código[4]].

---

[1] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 98.

[2] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 139; em sentido contrário, I. Galvão Telles, *Manual*, pág. 90.

[3] Suscita dúvidas a justeza da referência ao art. 2203.º, que rege sobre o erro na declaração (cfr. as nossas *Lições de Direito das Sucessões*, pág. 488).

[4] *Teoria Geral*, vol. II, págs. 109-110. Castro Mendes refere ainda o caso da procuração, mas aí o problema não tem importância prática, dado que nele domina o princípio da livre revogabilidade (art. 265.º, n.º 2).

Se se atentar detidamente, a dificuldade tem a sua origem, como referia Castro Mendes, na circunstância de o legislador ter ainda, no Código vigente, pensado «na figura do erro em negócios envolvendo duas partes, necessariamente, do modelo do contrato a que se referia o Código de SEABRA»[1]. Como de seguida se verá, o problema não se coloca, por isso, só no caso do erro.

III. As dúvidas de Castro Mendes, pelo seu habitual cuidado na análise dos problemas de hermenêutica jurídica, impressionam; ainda assim, e sem ignorar as dificuldades da matéria, é relevante a seguinte ordem de considerações.

Os requisitos do erro relativos ao destinatário da declaração, seja qual for a modalidade que eles assumam, têm como pano de fundo comum a intenção de acautelar o interesse do declaratário na subsistência do negócio. Na verdade, eles traduzem-se numa limitação da relevância invalidante do erro, protegendo a confiança que ao declaratário razoavelmente podia merecer a declaração.

Poder-se-á daqui inferir que, valendo a declaração por si mesma, sem ter de ser dirigida ou sequer levada ao conhecimento de alguém, a razão de ser daqueles requisitos não se põe nos negócios unilaterais não recipiendos? A favor deste entendimento pode invocar-se o regime consagrado no art. 2202.º do C.Civ., relativo ao erro sobre os motivos no testamento, o que lhe dá a força resultante da sua consagração *de iure condito*. Segundo esse preceito, apenas se exige que a essencialidade do motivo resulte do próprio testamento: «o erro […] só é causa de anulação quando resultar do próprio testamento que o testador não teria feito a disposição se conhecesse a falsidade do motivo».

Desenvolvendo esta ideia, ela significa que, em negócios não recipiendos, de que o testamento é exemplo paradigmático, aos requisitos relativos ao declaratário se substitui outro, qual seja, o de *a essencialidade do motivo resultar patentemente das estipulações negociais*.

IV. Não podem, contudo, deixar de se antecipar duas observações relativas a reparos que poderiam ser opostos a esta construção, dando-lhes resposta.

A primeira – *de iure constituendo* – no sentido de os requisitos de relevância do erro relativos ao destinatário, para além de visarem o fim acima realçado, envolverem, do mesmo passo, a tutela da certeza e da segurança do tráfico jurídico, enquanto o negócio jurídico se projecta sobre terceiros.

[1] Castro Mendes, *idem*, pág. 110.

Não é difícil responder a esta observação, porquanto essa tutela não é posta em causa pela solução apontada. Para além de os casos mais significativos, em tais situações, poderem encontrar protecção no regime da inoponibilidade da anulabilidade (art. 291.º do C.Civ.), há na formulação da ideia exposta um requisito que visa excluir a relevância de qualquer erro causal. Na verdade, a essencialidade do motivo há-de resultar patentemente do negócio, *i.e.*, encontrar no seu conteúdo uma explicitação que não escaparia ao homem de normal diligência. Por outras palavras, a essencialidade do motivo tem aqui de ser aferida objectivamente, o que, nos negócios formais, impõe, como regra, a necessidade de ela encontrar no documento um mínimo de correspondência verbal.

O segundo reparo a prevenir é o do risco envolvido na transposição, para o regime geral dos negócios unilaterais não recipiendos, de disposições relativas a um acto que se reveste de particularidades significativas, como acontece no testamento. A este respeito apenas importa realçar que a argumentação atrás exposta, em rigor, não parte do art. 2202.º; limita-se a verificar a compatibilidade da solução defendida com o regime aí consagrado.

Deste modo, sem dar a questão por encerrada, mantém-se o entendimento que sustenta a razoabilidade da formulação acima apresentada para os requisitos de relevância específica do erro vício, relativos ao destinatário, nos negócios unilaterais não recipiendos, com natural ressalva de casos a que o próprio legislador haja entendido dar solução diversa.

§ 2.º
O erro simples

462. Erro sobre a pessoa do declaratário e erro sobre o objecto negocial

I. As modalidades de *erro sobre a pessoa do declaratário* e de *erro sobre o objecto* vêm reguladas no art. 251.º do C.Civ. Embora o regime estatuído no art. 251.º seja comum a ambas as figuras, há algumas particularidades que justificam referências autónomas sobre o campo de aplicação do preceito.

Quanto ao erro sobre a pessoa do declaratário, o primeiro aspecto a destacar, como resulta expressamente do texto legal, respeita ao facto de estar aqui apenas em causa *a pessoa do declaratário*. Se o erro se referir a outras pessoas, nomeadamente ao declarante, passa a ser aplicável o art. 252.º, n.º 1.

Relativamente à pessoa do declaratário, o erro pode referir-se à sua identidade, a qualquer qualidade (jurídica ou não) que nela concorra, ou até a

outras circunstâncias. São, pois, exemplos desta modalidade de erro, o caso de ***A*** contratar com ***B*** pensando que este é ***C***, ou que ele é maior ou solteiro, ou que o declaratário sofre de determinada doença, etc.

II. Quanto à modalidade de erro referida ao objecto negocial, deve aceitar-se que ele abrange tanto o *objecto material* como o *jurídico (conteúdo)*[1]. Assim, há erro quanto ao objecto, se ***A*** declara querer comprar o prédio n.º 20 de certa rua, por pensar que este é o prédio **z**, quando afinal esse prédio **z** tem o n.º 22 da mesma rua[2]. Como há erro sobre o objecto quando ***A*** toma de arrendamento o prédio **x** ao seu usufrutuário, por estar convencido de que esse contrato subsiste, *sempre*, para além do termo do usufruto [cfr. arts. 1051.º, al. *c*), e 1052.º, als. *a*) e *b*), do C.Civ.].

Esclarece-se, porém, que o erro aqui relevante, quando relativo ao objecto material, se reporta à sua identidade ou às suas qualidades objectivas[3]. Assim, não cabe no âmbito do art. 251.º, mas sim no do art. 252.º, n.º 1, o erro de ***A***, quando este declara querer comprar certo prédio por pensar ter sido nele que, por exemplo, nasceu certa pessoa célebre, ou o próprio declarante.

Neste sentido era mais claro o regime fixado no art. 661.º do Código de Seabra, ao definir erro sobre o objecto como aquele que recai sobre «o objecto do contrato ou sobre as qualidades do mesmo objecto»; mas, embora o texto do preceito actual seja menos explícito, não se vê que outra tese se possa razoavelmente defender[4].

III. Por disposição expressa do art. 251.º, o erro nele abrangido, em qualquer das suas duas modalidades, é relevante nos termos do art. 247.º do C.Civ., preceito relativo ao regime do erro na declaração. Deste modo, é relevante o erro vício sobre o objecto ou a pessoa do declaratário, quando este conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade, para o declarante, do motivo sobre que incidiu o erro[5].

Assim, além da essencialidade, requisito geral de relevância do erro, quando este se refere à pessoa do declaratário ou ao objecto, tem de, em alternativa, para o negócio ser anulável:

---

[1] Cfr., neste sentido, Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 146-147, e Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T, I, pág. 825; em sentido diferente, I Galvão Telles, *Manual*, págs. 91-92.

[2] Demarca-se este caso do que ocorre quando o declarante, sabendo que o prédio **z** tem o n.º 22, declara, por lapso, querer comprar o prédio n.º 20. Aqui há *erro obstáculo* ou *erro na declaração*.

[3] No sentido de se impor uma delimitação das qualidades do objecto a que se refira o erro, para ser abrangido no art. 251.º, se pronunciava C. Mota Pinto (*Teoria Geral*, pág. 517).

[4] É também o entendimento de Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 105 e nota (210), de Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 146, e de Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, pág. 825; cfr., ainda, Heinrich E. Hörster, *A Parte Geral*, pág. 574.

[5] Quando se estudar o erro na declaração será tratado com mais desenvolvimento este ponto.

a) o declaratário conhecer a essencialidade, para o declarante, do motivo sobre que recaiu o erro;

b) o declaratário, não conhecendo essa essencialidade, não a dever, contudo, ignorar.

Assinale-se que este conhecimento ou cognoscibilidade respeita à essencialidade e não ao erro. Este regime resulta inequivocamente da lei, e é o mais adequado para esta modalidade de erro. Esta não é, porém, a opinião unânime da doutrina portuguesa, pois há quem defenda que outra devia ser a solução, *de iure condendo*[1].

463. Erro sobre a base do negócio

I. O erro sobre a base do negócio vem previsto e regulado no n.º 2 do art. 252.º do C.Civ. Abrange este preceito o erro que incida sobre as circunstâncias que constituem a *base do negócio*. Que deve entender-se por base do negócio?[2]/[3].

A base do negócio é um conceito complexo que pode esclarecer-se nos seguintes termos. Ao celebrar certo negócio jurídico existem, como bem se compreende, várias circunstâncias, de facto ou de direito, que mais ou menos profundamente determinam as partes a praticar ou não praticar aquele acto e a fazê-lo com certo conteúdo. Ora, a base do negócio é constituída por aquelas circunstâncias que, sendo conhecidas de ambas as partes, foram tomadas em consideração por elas na celebração do acto e determinaram os termos concretos do conteúdo do negócio. Como referia Castro Mendes, a ideia central no erro sobre a base do negócio é «*a de um erro bilateral sobre*

---

[1] No sentido de o requisito referido no texto se dever reportar ao erro se pronunciou C. Mota Pinto, em escritos sucessivos (cfr. *Observações ao regime do Projecto de Código Civil sobre o erro nos negócios jurídicos*, *in* RDES, ano XIII, págs. 3 e segs., e nas suas várias edições de *Teoria Geral*; cfr., na última, pág. 517).

[2] A formulação da teoria da base do negócio deve-se ao jurista alemão, Paul Oertmann (*Die Geschaftsgrundlage*, obra de 1921) e teve na sua origem os problemas resultantes da grande desvalorização monetária que, na Alemanha, se seguiu à guerra de 1914-18. Sobre esta matéria é também hoje clássica a obra de Larenz, *Base del negócio jurídico y cumplimento do contrato*, trad. esp. Na doutrina portuguesa podem ver-se, além dos manuais de Direito Civil, os estudos de Antunes Varela, *Ineficácia do testamento e vontade conjectural do testador*, pág. 286, de Vaz Serra, *Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias*, *in* BMJ, n.º 68, págs. 293 e segs., e de Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé*, vol. II, págs. 1032 e segs., e *Da Alteração das Circunstâncias*, sep., págs. 27 e segs. Cfr., ainda, o nosso estudo *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, págs. 67 e segs.

[3] Quanto ao erro sobre a base do negócio, além dos AA. adiante cits., *vd*., I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 95 e segs.; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 148-149, e *Direito Civil. Teoria Geral*, vol. III – *Relações e Situações Jurídicas*, Coimbra Editora, 2002, pág. 194, e Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 830 e segs.

condições patentemente fundamentais do negócio jurídico»[1]. Tal significa que se trata de circunstâncias que, ou determinaram ambas as partes, ou que, sendo relativas a uma delas, a outra não poderia deixar de aceitar como condicionamento do negócio, sem violação dos princípios da boa fé[2]. São, pois, nas palavras do legislador, «as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar» (art. 437.º, n.º 1, do C. Civ.).

II. Se as partes, ao celebrarem determinado negócio, dão como verificadas certas circunstâncias, que não existem ou são diferentes das que elas tomaram como certas, há erro. Realce-se (embora isso resulte do próprio conceito de erro) que essas circunstâncias devem ser contemporâneas do negócio ou passadas. Assim, se ***A***, dono de uma casa de espectáculos, e ***B***, agente musical, celebram um contrato para utilização da respectiva sala, para ***B*** nela dar um espectáculo, mediante um preço determinado com base numa percentagem a aplicar à receita apurada, por estarem convencidos de que nele vai actuar, entre outros, o célebre cantor ***C***, que, de facto, está (já nesse momento) impedido de o fazer, por ter tido um acidente, há erro sobre a base do negócio. Base do negócio era, aqui, a participação do cantor ***C*** no espectáculo[3].

Este requisito do erro sobre a base do negócio, como modalidade de erro vício – a necessidade de se referir a circunstâncias passadas ou presentes, relativamente ao momento da celebração do negócio –, demarca-o da figura da *pressuposição*. Com efeito, na pressuposição não se verificam, no futuro, circunstâncias que determinaram as partes a contratar. Assim, o exemplo acima dado estaria fora do campo do erro sobre a base do negócio, se o impedimento do artista viesse o ocorrer entre o momento da celebração do contrato e o dia da realização do espectáculo[4].

---

[1] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 107 (em itálico, no texto); cfr., Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 195-196; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 833-834; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 662-663.

[2] Cfr. C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs 515-516.

[3] Assim, se ***A*** conhecesse a doença e o impedimento de ***C*** não aceitaria, por exemplo, fixar o preço numa percentagem sobre a receita, ou ***B*** não estaria interessado em realizar o espectáculo.

[4] O que fica dito no texto não significa, naturalmente, que tal alteração de circunstâncias não seja relevante, mas noutra sede, regulada nos arts. 437.º a 439.º do C.Civ. São casos do tipo dos célebres «coronation cases», do Direito inglês, ocorridos por altura da coroação do rei Eduardo VII. Várias pessoas haviam contratado o uso de janelas para ver passar o cortejo da coroação, que veio a ser adiado por doença do rei. Se uma hipótese destas se verificasse no Direito português actual seriam aplicáveis os preceitos acima citados, divergindo da do erro, por, naquele caso, as circunstâncias que fundaram a celebração do negócio existirem no momento da celebração, mas se modificarem no decurso da vida do acto, como resulta do acima exposto. Será um caso do impropriamente designado *error in futurum*.

III. O erro sobre a base do negócio pode referir-se a quaisquer circunstâncias determinantes da celebração do acto, desde que revistam as características acima expostas. Não é, pois, de excluir que o erro se projecte sobre qualquer elemento do negócio, nomeadamente o seu objecto, ou a pessoa do declaratário[1], se ocorrerem, naturalmente, os elementos que qualificam a base do negócio.

O n.º 2 do art. 252.º não estabelece directamente o regime deste erro, remetendo para os artigos que regem sobre a resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias vigentes no momento da sua conclusão. Os preceitos em causa são os já citados arts. 437.º a 439.º do C.Civ.

O sentido desta remissão carece de ser devidamente ponderado. Ela não pode significar, pura e simplesmente, a aplicação directa do regime fixado nestes preceitos, pois não faria sentido falar, no campo do erro, em resolução do contrato, como estabelece o art. 437.º, n.º 1. O n.º 2 do art. 252.º pretende dizer que o erro sobre a base do negócio é relevante nos termos em que o seja a alteração de circunstâncias que fundaram a decisão de contratar, salvo as diferenças específicas de cada uma destas figuras.

Assim, no seu entendimento correcto, da remissão contida no n.º 2 do art. 252.º resulta que o erro sobre a base do negócio é relevante, desde que:

a) incida sobre circunstâncias «patentemente fundamentais» em que as partes fundaram a decisão de contratar;

b) essas circunstâncias sejam comuns a ambas as partes, ou que a outra não poderia deixar de aceitar como *condicionante* do negócio, segundo a boa fé;

c) a manutenção do negócio, tal como foi celebrado, seja contrária à boa fé.

IV. Sendo o erro sobre a base relevante, qual o valor do negócio? Esta é outra das questões em que se projectam os problemas de interpretação levantados pela remissão genérica do n.º 2 do art. 252.º Não pode, na verdade, sustentar-se, nesta matéria, a aplicação directa do regime dos arts. 437.º a 439.º, ao erro sobre a base do negócio, por ela implicar a resolubilidade do negócio. Duas ordens de razões o impedem.

Por um lado, a hipótese contemplada no n.º 2 do art. 252.º, como já salientado, é de verdadeiro erro, ou seja, de vício contemporâneo da formação do acto. Ora, a resolução é um instituto adequado à regulamentação de problemas resultantes de vicissitudes verificadas na vida do acto, logo supervenientes em relação ao momento da sua celebração. No erro sobre a base do negócio está em causa o valor do acto no momento da sua celebração,

[1] Neste sentido se pronuncia Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, págs. 197-198. Castro Mendes levantava dúvidas quanto a este ponto, mas não desenvolvia a sua ideia (*Teoria Geral*, vol. II, pág. 108).

ou seja, um vício genético do negócio, que, como é próprio de tais vícios, deve gerar invalidade.

Por outro lado, sem prejuízo das suas especialidades, o erro sobre a base do negócio é um vício na formação da vontade. Assim, na falta de razões justificativas de desvios de regime, que, quanto a este ponto, não se descortinam, é razoável admitir uma solução ajustada ao tratamento comum deste tipo de vícios, ou seja, a anulabilidade do negócio. Este entendimento é hoje o dominante na doutrina[1].

As razões expostas excluem a aplicação, ao negócio viciado por erro sobre a base, do regime de resolubilidade, mas deixam em aberto o mais que a remissão para o regime dos arts. 437.º a 439.º implica, quanto ao destino do acto. Na verdade, esses preceitos prevêem, para além da resolução, a possibilidade da modificação do negócio. Não se vê entrave em, nessa parte, seguir a remissão do n.º 2 do art. 252.º Tal significa que, havendo erro relevante sobre a base do negócio, este é anulável ou modificável. A modificação pode ser pedida por qualquer das partes do negócio, nos precisos termos estatuídos nos n.os 1 e 2 do art. 437.º e opera, segundo os aludidos preceitos, ou seja, deve ser feita «segundo juízos de equidade»[2].

464. Erro sobre os motivos

I. Se o erro vício não estiver abrangido por qualquer dos casos previstos nos números anteriores, é regulado pelo n.º 1 do art. 252.º e constitui o que correntemente se designa como *erro sobre os motivos*.

Esta modalidade de erro corresponde fundamentalmente ao erro acerca da causa, previsto nos arts. 659.º e 660.º do C.Civ.67, cuja leitura se reveste do máximo interesse. Abrange, porém, ainda o erro sobre a pessoa do declarante ou de terceiro, como resulta, *a contrario*, do art. 251.º do C.Civ.

É este o sentido daquele preceito, quando se refere ao erro «que recaia sobre os motivos determinantes da vontade, mas não se refira à pessoa do declaratário nem ao objecto do negócio». A esta enumeração deve acrescentar-se o erro sobre a base do negócio, pois este, como ficou exposto, segue também regime próprio.

---

[1] Cfr. I. Galvão Telles, *Manual*, pág. 100; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 107; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, pág. 514 e nota (702); Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, págs. 198-199; Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé*, vol. II, pág. 1091, e *Tratado*, vol. I, T. I, pág. 835; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 666-667. Em sentido dubitativo se manifestava Rui de Alarcão, *Breve motivação*, *in* BMJ, n.º 138, pág. 94, aquando da elaboração do Anteprojecto do Código vigente.

[2] Contra, P. Nunes de Carvalho, *Considerações acerca do erro em sede de patologia da declaração negocial*, *in* ROA, ano 52 (1992), I, pág. 175.

II. Cabem nesta modalidade de erro hipóteses múltiplas, mas entre todas se pode encontrar, como elemento comum, o facto de respeitarem a fins ou móbeis de natureza subjectiva do declarante. O próprio regime do erro o denuncia.

Com efeito, para além da essencialidade do motivo, comum a todas as modalidades de erro vício, torna-se agora necessário que as partes hajam reconhecido, por *acordo*, essa essencialidade.

São razões de segurança do tráfico, determinadas pela necessidade da tutela do declaratário e de terceiros, a impor este regime, traduzindo assim uma maior irrelevância de motivos não patentes, isto é, sem correlação com aspectos objectivos do negócio, e a que a contraparte só muito excepcionalmente aceitaria subordinar a subsistência ou a validade do negócio.

Como escreveu C. Mota Pinto, «seria irrazoável permitir a anulação, uma vez provado, simplesmente, o conhecimento pela contraparte da essencialidade do motivo que levou o errante ao negócio, pois a contraparte normalmente não daria o seu acordo ao contrato, se este ficasse na dependência da circunstância cuja suposição levou o enganado a contratar»[1].

Este requisito, limitando assim fortemente a relevância deste tipo de erro, constitui o meio de que o legislador português se socorreu para evitar os inconvenientes decorrentes, para a segurança do tráfico jurídico, do reconhecimento desta modalidade de erro. Esses inconvenientes justificam, noutras legislações, um regime, ainda mais restritivo do que o adoptado pelo legislador português, traduzido na irrelevância, em geral, do erro sobre os motivos[2].

Não basta, pois, aqui, como acontece nos casos do art. 251.º, que o declaratário conheça ou não deva ignorar a essencialidade do motivo. Necessário se torna que, como diz a parte final do n.º 1 do art. 252.º, hajam as partes «reconhecido, por acordo, a essencialidade do motivo» a que o erro respeita.

III. O esclarecimento do alcance deste requisito justifica algumas considerações complementares.

A primeira observação respeita à natureza do acordo referido no preceito. Já antes este regime serviu para ilustrar o conceito de declaração de ciência. Só tem, pois, que se recordar este entendimento do preceito. Estão em presença duas declarações de ciência, parecendo razoável entender que só a do declaratário tem natureza negocial[3].

---

[1] *Teoria Geral*, pág. 513.

[2] É a solução consagrada nos Direitos francês e alemão. Pode ver-se uma sucinta exposição do regime do erro vício, nesses sistemas, no estudo *Les vices du consentement dans le contrat*, Editions A. Pedone, Paris, s/d, obra colectiva, publicada sob a direcção de René Rodière e subordinada ao tema «Harmonisation du droit des affairs dans les pays du Marché Commun».

[3] Assim se pronunciava Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 102; a sua posição é também acolhida por Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 147.

Para completo esclarecimento do regime deste acordo interessa também apurar se ele integra ou não o conteúdo do negócio. A resposta deve ser de sentido negativo, não se estando, sequer, perante uma cláusula acessória do negócio. A importância deste entendimento reside no facto de ele implicar a consequência de o acordo referido no n.º 1 do art. 252.º não estar sujeito às formalidades do próprio negócio, quando este seja formal. Nada impede, pois, que as respectivas declarações sejam meramente verbais, sem prejuízo da sua validade[1]. Assim, se, na fase pré-contratual, o declarante informar a outra parte de que só se dispõe a comprar certa casa pelo convencimento de nela ter nascido um seu familiar ilustre, e o declaratário reconhecer esse motivo como essencial, estabelece-se o acordo exigido pelo art. 252.º, n.º 1. Não se torna necessário que estas declarações venham a constar do documento do contrato definitivo.

Interessa ainda realçar que, segundo o entendimento dominante na doutrina[2], o mesmo acordo pode resultar de declarações tácitas, satisfeitos os requisitos de relevância dessa modalidade da declaração, nos termos gerais do art. 217.º, n.º 1, do C.Civ. Deste modo, por força do disposto no citado preceito, deve entender-se que o simples facto de o declaratário aceitar a celebração do negócio, após o declarante ter afirmado a essencialidade que para ele reveste certo motivo, não vale como acordo tácito, pois aquele comportamento do declaratário não revela, «com toda a probabilidade», a intenção de aceitar essa essencialidade. Também este entendimento é corrente na doutrina[3].

Uma breve nota final para realçar que, tal como, no erro do art. 251.º, o conhecimento ou a cognoscibilidade se referem à essencialidade do motivo, também aqui o *acordo* tem este objecto.

§ 3.º
O erro qualificado por dolo

465. Noção e modalidades do dolo

I. O *erro é qualificado* quando seja provocado por dolo relevante[4]. Assim, se houver dolo mas este não for juridicamente atendível, continua a existir

[1] Segue-se aqui a Lição de Castro Mendes (ob., vol. e loc. cits). C. Mota Pinto, sem se pronunciar directamente sobre este ponto, parecia sugerir solução diversa, quando acentuava que a relevância desta modalidade de erro pressupõe a existência de uma cláusula ou estipulação efectiva embora expressa ou tácita (*Teoria Geral*, págs. 513-514).

[2] *Vd.*, por todos, I. Galvão Telles, *Manual*, pág. 94, com referências na nota (104).

[3] *Vd.*, por todos, Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, pág. 828.

[4] Sobre o erro provocado por dolo, para além de obras adiante citadas, *vd.*, em geral, I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 107 e segs.; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 155 e segs.; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 521 e segs.; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 835 e segs.; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 574 e segs.

erro, mas apenas erro simples. Adiante será considerado em particular o regime do dolo irrelevante.

Importa, por agora, definir o dolo.

II. Nos termos do n.º 1 do art. 253.º do C.Civ., neste domínio do erro, o dolo consiste em qualquer sugestão ou artifício, sob a forma de acção ou de omissão, que intencional ou conscientemente tenda a induzir ou manter outrem em erro ou a dissimular o erro em que este haja caído.

A primeira nota a salientar é a de a conduta dolosa poder provir do declaratário ou de terceiro (art. 253.º, n.º 1, *in fine*), ainda que ao regime do dolo não seja indiferente a pessoa do seu autor, como a seu tempo será exposto.

O autor do dolo diz-se também *deceptor* e o contraente enganado *decepto*.

A noção de dolo contida no art. 253.º é muito ampla, pelo que, embora a formulação legal seja suficientemente clara, tem interesse destacar sob que diferentes vestes se pode apresentar o dolo. Ele compreende[1]:

a) *condutas positivas intencionais* que, sob qualquer forma de artifício ou sugestão, visem um dos seguintes três fins:

i) fazer cair alguém em erro;

ii) manter o erro em que alguém se encontre;

iii) encobrir o erro em que alguém se encontre;

b) *condutas positivas não intencionais*, com as características e os fins mencionados na alínea anterior, desde que o deceptor tenha a *consciência* de, através delas, estar a prosseguir esses fins;

c) *condutas omissivas* que consistam em não esclarecer o declarante do seu erro.

Se o dolo consistir numa conduta positiva diz-se *positivo* ou *comissivo*; se estiver em causa uma conduta negativa, há dolo *negativo, omissivo*, de *consciência*, de *reticência* ou *má fé*[2].

III. Importa alinhar alguns exemplos destas várias modalidades de dolo, partindo sempre do mesmo esquema básico, para maior facilidade de exposição e de confronto dos vários casos. Suponha-se, assim, que ***A*** entra em negociação com ***B*** para lhe comprar uma mobília de quarto.

Será caso de dolo positivo da subal. *i*) da al. *a*), se ***B*** disser a ***A*** que a mobília é de mogno, quando é de pinho. Na hipótese da subal. *ii*), a conduta dolosa de ***B*** consistirá em ele, perante a afirmação de ***A***, de que aquela mo-

[1] Castro Mendes apresentava outro esquema, mas a diferença respeita apenas à arrumação da matéria (*Teoria Geral*, vol. II, pág. 115); cfr., também, Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 156-157.

[2] A expressão *má fé* era usada pelo Código de Seabra (art. 663.º, § único), tendo caído em desuso, neste domínio.

bília é de mogno, confirmar essa afirmação. Na hipótese da subal. *iii*), cairá o caso de ***B***, apercebendo-se do erro de ***A*** sobre a qualidade da madeira, fazer sugestões, que de algum modo contribuam para manter essa convicção, como seja afirmando, por exemplo, que ele, ***B***, se dedica ao comércio de mobílias de mogno.

As condutas positivas da al. *b*) caracterizam-se por o deceptor, com o seu comportamento, não visar o erro, mas ter consciência do seu efeito enganatório quanto ao declarante, criando, mantendo ou encobrindo o erro deste.

Assim, por exemplo, ao falar nas suas relações com comerciantes de madeiras exóticas, ***B*** tem consciência de ***A*** se convencer de que ele só vende mobílias fabricadas com essas madeiras. Fácil se torna compreender que este comportamento tanto pode induzir ***A*** em erro, como contribuir para manter ou encobrir uma errada convicção de ***A*** quanto à qualidade da madeira de que é feita a mobília.

O dolo omissivo traduz-se no não cumprimento, pelo deceptor, do dever de elucidar o declarante, fazendo cessar o erro em que ele se encontra.

Assim, há dolo de ***B*** se este, perante a afirmação de ***A*** de que a mobília que se propõe comprar é de mogno, quando é de facto de pinho, nada disser ou fizer para esclarecer ***A*** e destruir o erro em que ele caiu, quando a lei, uma estipulação negocial ou as concepções dominantes no comércio jurídico lhe impuserem o dever de elucidar (n.º 2, *in fine*, do art. 253.º do C.Civ.).

IV. O grande âmbito do conceito de dolo, tal como a lei o define, sofre, porém, uma ampla e *perigosa* restrição por efeito do disposto no n.º 2 do art. 253.º, ao consagrar a distinção entre *dolus malus* e *dolus bonus*, só ao primeiro dando relevância. Importa esclarecer o sentido e alcance desta norma no actual sistema jurídico português.

Diz-se que há *dolus bonus* ou *dolo irrelevante*, nos termos deste preceito, quando o deceptor recorre a artifícios ou sugestões usuais, considerados legítimas, segundo as concepções dominantes no comércio jurídico. Trata-se de uma fórmula demasiado vaga e ampla, para se poder considerar razoável a sua adopção em matéria tão delicada[1]. A manter-se a distinção seria preferível a redacção do art. 667.º do C.Civ.67, que dispunha o seguinte: «as considerações vagas e gerais que os contraentes fazem entre si sobre proveitos ou prejuízos, que naturalmente possam resultar da celebração, ou não celebração do contrato, não são tomadas em consideração na qualificação do dolo ou da coacção». A diferente formulação da lei actual não parece, contudo, excluir a necessidade de, na qualificação do *dolus bonus*, se ter em conta esta redacção mais prudente e restrita da lei antiga.

[1] Cfr., neste sentido, Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 116, e Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 157.

A distinção entre *dolo bom* e *dolo mau* estabelecida no n.º 2 do art. 253.º deixa à jurisprudência uma *pesada tarefa*. Na verdade, a fixação dos limites para além dos quais as sugestões ou artifícios dolosos são relevantes, quando não seja feita com moderação, pode trazer para o campo do Direito a consagração da má fé, do arbítrio e da ganância dos mais habilidosos, sobre a boa fé, a justeza e a moderação das pessoas de bem e honestas. E, sendo certo que o preceito se tornará mais relevante em épocas de crise dos valores morais, sempre se poderá dizer que a melhor posição do legislador não pode ser a de pactuar ou transigir com esse abrandamento dos costumes, antes a de contra ele reagir.

Todavia, a verdade é que o art. 253.º, n.º 2, e a distinção nele contida perderam em larga medida a relevância que lhes poderia ser atribuída no momento da elaboração do Código Civil, embora se deva considerar excessivo o entendimento de C. Ferreira de Almeida, segundo o qual o *dolus bonus* está hoje prejudicado por um dever de informar que resulta da lei[1].

É certo que, mesmo quando o Código entrou em vigor, sempre se devia atender a outras normas do próprio Código na fixação do conceito de *dolus bonus*. Assim, quanto ao caso específico da dissimulação do erro, o dolo é relevante se o dever de elucidar o decepto (no sentido de o fazer sair do erro) for imposto pela lei, convenção ou pelas concepções dominantes no comércio jurídico – *uso negocial*. Sobre o dever legal de informação, para além de outras disposições específicas da lei, havia, então, como hoje, que ter em conta o princípio contido no art. 573.º do C.Civ. (cfr., também, art. 485.º).

A verdade, porém, é que a evolução jurídica posterior veio alargar sensivelmente os casos em que a protecção do declaratário se impõe, nomeadamente por efeito de normas dirigidas à responsabilidade do produtor e à tutela do consumidor[2] e de disposições particulares próprias de vários modelos de celebração dos negócios jurídicos, como oportunamente apurado.

Os deveres de informação aí estabelecidos, resultantes de uma abundante legislação avulsa, restringem significativamente o campo de aplicação do art. 253.º, n.º 2. Só em matérias não cobertas por eles, o preceito pode ainda ter aplicação. Mas, mesmo aí, a sua nova integração sistemática aponta para um entendimento muito restritivo do *dolo bom*, o qual encontrava tradução muito mais adequada no atrás citado preceito do Código de Seabra do que no actual[3].

---

[1] *Direito dos Consumidores*, 1982, pág. 182.

[2] Nestas matérias são fundamentais os estudos de J. Calvão da Silva, *Responsabilidade Civil do Produtor*, e de J. Sinde Monteiro, *Responsabilidade por Conselhos Recomendações ou Informações*, Almedina, Coimbra, 1989.

Cfr., também, *v.g.*, art. 8.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho (Lei de Defesa do Consumidor), e artºs 7º a 9º do Dec-Lei nº 57/2008, de 26 de Mar., que estabelece o regime das práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores.

[3] *Vd.*, neste sentido, Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 158-159.

466. Relevância do dolo

I. O requisito específico de relevância do dolo é a *dupla causalidade*. Castro Mendes referia outro – *a pessoalidade* –, com o fundamento de o regime do dolo ser «diferente consoante as relações do seu autor ou agente (do dolo) com o negócio jurídico»[1]. Como melhor se verá na sequência da exposição, o problema deve colocar-se noutros termos; se o dolo não provier do declarante, a lei faz depender o seu efeito anulatório de certa posição do beneficiário do dolo perante o negócio. Por isso, este segundo requisito não pode situar-se, em rigor, no mesmo plano do da dupla causalidade[2].

Também não é hoje requisito de relevância do dolo a *unilateralidade*, no sentido de só o poder invocar a parte que agisse sem dolo. A lei expressamente admite a relevância do *dolo bilateral* (art. 254.º, n.º 1, *in fine*).

II. A dupla causalidade do dolo verifica-se quando o dolo seja causa do erro e este, por seu turno, seja determinante do negócio. Assim, só há dolo relevante quando o declarante tenha caído em erro por efeito da conduta artificiosa de outrem. Mas, por seu lado, o motivo a que o erro se reporta há-de ser causal, nos termos gerais antes analisados.

A exigência da dupla causalidade tem consagração legal, deduzindo-se do n.º 1 do art. 254.º do C.Civ., quando nele se exige, para o dolo ser anulatório, que a vontade do declarante «tenha sido determinada por dolo».

Se o requisito da dupla causalidade é genericamente exigido para todos os casos de dolo, independentemente da pessoa do deceptor, isto não significa, porém, que a posição do autor do dolo em relação ao negócio seja indiferente. Bem pelo contrário, o regime do erro qualificado por dolo varia consoante ele provenha do declaratário ou de terceiro[3], como se passa a expor, pressupondo sempre haver *dolus malus*.

---

[1] *Teoria Geral*, vol. II, págs. 116-117.

[2] Castro Mendes não deixava de, em certa medida, reconhecer que se trata de requisitos situados em planos distintos, quando afirmava «que o regime básico do art. 254.º é o seguinte: «*só releva* o dolo *da contraparte no negócio jurídico*. Porque a actuação, não da contraparte, mas de um *terceiro* só releva se a contraparte actuou com má fé (conhecendo, ou não devendo ignorar, a actuação dolosa do terceiro, aceitou o negócio e não informou o declarante)»» (*idem*, pág. 117, os itálicos são do original; no início do texto citado, por manifesta *gralha* está *revela* e não *releva*).

[3] Castro Mendes pretendia que, em rigor, no art. 254.º não se deve opor dolo do declaratário a dolo de terceiro, mas sim dolo de terceiro (*i.e.*, não beneficiário do acto) a dolo do beneficiário directo do negócio. Mas, com a devida vénia, deve entender-se haver aqui um equívoco (*Teoria Geral*, vol. II, pág. 117). É que, como o ilustre e saudoso Mestre logo a seguir reconhecia, se o dolo provém de quem seja parte no negócio gera anulabilidade, desde que se verifique a dupla causalidade, sem necessidade de mais requisitos, ainda que o autor do dolo não seja o beneficiário. A distinção deverá fazer-se apenas – em termos próximos dos indicados por Castro Mendes – no dolo de terceiro, como de seguida está exposto no texto.

III. Quando o deceptor é o declaratário, o negócio é anulável, desde que se verifique a situação de dupla causalidade, sem se tornar necessário que o declaratário conheça ou não deva ignorar a essencialidade do erro (n.º 1 do art. 254.º e n.º 2, *a contrario*, do C.Civ.)[1].

A razão de ser deste regime é manifesta. O dolo, em si mesmo, é um acto ilícito da autoria, neste caso, do declaratário. Não merece, portanto, este a tutela que o requisito acima dispensado se destina a assegurar-lhe.

Importa ainda assinalar que, segundo se estatui na parte final do n.º 1 do art. 254.º, a anulabilidade se mantém, sendo o *dolo bilateral*, ou seja, havendo dolo de cada uma das partes. Significa este preceito o seguinte: cada uma das partes, enquanto autor do dolo, é tratada, segundo o já conhecido esquema do Código Civil, como declaratário, cabendo, assim, a ambas, enquanto declarantes, prevalecer-se do dolo da outra, sendo-lhe, pois, atribuído o direito de anular o negócio com fundamento em erro qualificado por dolo do declaratário.

IV. No caso de o dolo provir de terceiro, há que fazer uma primeira distinção. *Se o declaratário conhecia*[2] *ou não devia ignorar o dolo*, havendo o requisito da dupla causalidade, o negócio é também anulável (primeira parte do n.º 2 do art. 254.º), seja o declaratário o beneficiário ou não do acto.

Se o declaratário não conhecia ou não devia conhecer o dolo de terceiro, o dolo é irrelevante, a menos que haja algum beneficiário do negócio; neste caso, rege a segunda parte do n.º 2 do art. 254.º Estabelece-se aí que, «se alguém tiver adquirido algum direito por virtude da declaração, esta é anulável em relação ao beneficiário, se tiver sido ele o autor do dolo ou se o conhecia ou devia ter conhecido». Há que desenvolver este ponto.

Neste caso, o negócio não é, em princípio, anulável, ao menos no seu todo. Contudo, o dolo de terceiro, não conhecido ou cognoscível (em relação ao declaratário), pode ainda ser relevante, quando alguém [que não o declaratário[3]] tire benefício do acto[4], do que é *exemplo de escola* o contrato

---

[1] Pelas razões ditas no texto não são também aqui exigíveis outros requisitos do erro, relativos ao declaratário.

[2] Em geral, neste caso, se o declaratário conhece o dolo, deve entender-se que há também dolo (omissivo) por parte dele, pois dificilmente ele desconhecerá o erro; cfr., porém, Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 161-162. Em qualquer caso, a distinção feita pelo legislador sempre se justifica por relevar também a mera cognoscibilidade do dolo.

[3] Nunca pode estar em causa o declaratário, como facilmente se verifica pelo confronto dos requisitos de relevância do dolo: o beneficiário tem de ser o autor do dolo (por definição o autor do dolo é aqui um terceiro e não o declaratário), ou conhecer ou não dever ignorar o dolo (se tal acontecer, quanto ao declaratário, o regime é o da primeira parte do n.º 2 do art. 254.º, como já fica dito no texto).

[4] A letra do preceito diz que o beneficiário deve ter adquirido algum direito. Mas não se identifica razão – bem pelo contrário – para se fazer aqui uma interpretação literal. Há, na verdade, casos em que o benefício pode consistir, não na aquisição de direitos, mas noutras vantagens

em benefício de terceiros. Impõe-se, porém, fazer nova distinção em atenção à pessoa do beneficiário, consoante este seja ou não o deceptor.

Se o beneficiário é o terceiro autor do dolo, nos termos da segunda parte do n.º 2 do art. 254.º, o negócio é anulável em relação a ele, sem mais requisitos, além do da dupla causalidade.

Se o beneficiário é *outro* terceiro (não o autor do dolo), o negócio só é anulável em relação a ele, se conhecia ou não devia ignorar a existência do dolo.

É muito pouco claro o regime deste preceito, ficando-se sem saber rigorosamente o que se pretendeu com este sistema de anulabilidade, ou seja, se o acto pode ser anulado quanto ao beneficiário e não quanto ao declaratário ou a outros[1]. Deve, todavia, entender-se que, em rigor, se estabelece aqui um regime de anulabilidade parcial e relativa, traduzida numa impossibilidade de o beneficiário invocar o negócio quanto à aquisição do benefício dele directamente emergente.

Resta um esclarecimento dirigido ainda ao alcance desta anulabilidade, quanto ao benefício adquirido. Segundo a letra da lei, trata-se de benefício *adquirido directamente* por virtude da declaração emitida com erro, isto é, de um benefício que seja efeito desse mesmo negócio.

V. Importa acrescentar, embora isso resulte já da exposição anterior, que não é requisito geral de relevância do dolo a existência de prejuízo para o declarante, derivado do negócio. O que caracteriza o dolo é a *intenção de enganar (animus decipiendi)* e não a *intenção de prejudicar (animus nocendi)*; nem por isso deixa de se reconhecer que, normalmente, haverá prejuízo.

Assim, se ***B*** convence ***A*** de que certa mobília é de mogno, quando é de pinho, e ***A*** só faz a compra nesse convencimento, o negócio é anulável por ***A***, ainda que haja feito a compra por um *preço justo*, correspondente ao valor da mobília.

467. Efeitos do dolo; regime do dolo irrelevante

I. O dolo relevante determina a anulabilidade do negócio, nos termos, em geral, já expressos. Deste modo, só por duas razões especiais se justifica abrir aqui este número: por um lado, o dolo pode implicar outras conse-

patrimoniais, como seja a liberação de uma dívida. Cfr., neste sentido, ainda que em contexto diferente, Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 117. Também Oliveira Ascensão faz reparos à formulação «demasiado restritiva do *benefício*» (*Teoria Geral*, vol. II, pág. 162; o itálico é do texto).

[1] Também Oliveira Ascensão manifesta dúvidas quanto ao alcance do preceito, pronunciando-se no sentido de a «extensão da invalidade» se medir pelo erro do declarante e não pelo âmbito do benefício atribuído (*Teoria Geral*, vol. II, pág. 162).

quências jurídicas além da invalidade do negócio; por outro lado, convém esclarecer o destino do negócio, se o dolo for irrelevante.

Quanto aos efeitos do dolo, importa salientar que ele pode gerar responsabilidade civil para o deceptor. Como se vê do art. 253.º, n.º 2, do C.Civ., o dolo é um acto ilícito. E, embora não seja requisito da relevância anulatória do dolo a existência de prejuízo para o enganado, o mais certo é dele resultarem danos. Quando assim aconteça, o autor do dolo fica constituído na obrigação de indemnizar, cabendo a situação, sem margem para grandes dúvidas, no âmbito dos arts. 483.º e seguintes do C.Civ.

Note-se que a existência de responsabilidade civil é independente de o negócio ser anulável ou de vir ou não a ser anulado.

C. Mota Pinto configurava a situação como de responsabilidade pré-negocial, nos termos do art. 227.º do C.Civ.[1] No mesmo sentido se pronunciavam Pires de Lima e Antunes Varela[2] e Vaz Serra[3]. Menezes Cordeiro admite a possibilidade de se recorrer, em simultâneo, às regras da *culpa in contrahendo*[4]. A dúvida está em saber se cabe ainda falar em responsabilidade pré-negocial quando o negócio chegou a ser celebrado e se apenas deve haver lugar à indemnização do chamado interesse negativo.

No sentido de se aplicar o regime geral da responsabilidade civil se pronunciava Castro Mendes[5]; e, segundo parece, é também este o pensamento de Oliveira Ascensão[6]; e era o de Rui de Alarcão[7], autor do Anteprojecto, quando nele justificou a desnecessidade de preceito específico nesta matéria (ao contrário do que sucedia no Código de Seabra – art. 697.º, § 2.º), com o fundamento de essa ser «a solução que facilmente se deduz dos princípios gerais».

Por outro lado, o dolo pode constituir o seu autor em responsabilidade penal, se a sua conduta preencher um *tipo penal*.

II. Finalmente, importa referir o regime do negócio, se o dolo for irrelevante.

A irrelevância do dolo pode ocorrer, quer por ser um caso de *dolus bonus*, quer por faltar algum dos requisitos acima expostos e que o qualificam como causa de anulabilidade.

Em qualquer destes casos, como é manifesto, não se pode falar em erro qualificado por dolo, mas não deixa de haver erro do autor da declaração.

---

[1] *Teoria Geral*, págs. 525-526.
[2] *Código Civil*, vol. I, pág. 216.
[3] *Culpa do devedor ou do agente*, *in* BMJ, n.º 68, págs. 125 e 126.
[4] *Tratado*, vol. I, T. I, pág. 838.
[5] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 118.
[6] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 162.
[7] *Breve motivação*, *in* BMJ, n.º 138, págs. 97 e 98.

Ora, seria inadmissível não atender a esse erro, pelo simples facto da irrelevância do dolo.

A solução não é aqui difícil de encontrar, nem é de crer que se possam suscitar dúvidas a seu respeito. Seja qual for a causa da irrelevância do dolo, se houver erro, este deverá ser apreciado em si mesmo – como *erro simples* –, consoante a modalidade que revista, valendo, como causa de anulação do negócio, se se verificarem os respectivos requisitos de relevância.

468. Confronto com o regime do erro simples

I. Se se traçar um quadro comparativo dos requisitos de invalidação do negócio no caso de erro simples e de erro qualificado por dolo, verifica-se que ele se salda pela maior facilidade de anulação do negócio neste segundo caso. Dita esta mesma ideia por outras palavras, ela significa que são menos exigentes os requisitos de relevância do erro qualificado por dolo.

Qual a razão de ser desta diferença?

II. Para bem se compreender esta matéria, há primeiramente que descobrir qual o fundamento da invalidação do negócio no caso de dolo.

Esse fundamento consiste na viciação da vontade do autor do negócio pela conduta ilícita do deceptor. No fundo, como já antes salientado, o vício do negócio continua a ser o erro[1]; só que o legislador não pode ficar indiferente ao facto de este vício resultar de um comportamento reprovável de outrem.

Tal facto explica que a primeira consequência do dolo seja ainda a invalidade do acto, vindo a responsabilidade civil como acréscimo, quando haja prejuízo do decepto, pois este não é sequer elemento do conceito de dolo. Ora, sendo assim, e tendo presente que, no erro simples, os requisitos específicos de atendibilidade visam primeiramente a tutela do declaratário, logo se vê que a lei os há-de dispensar quando há dolo do declaratário. A conduta ilícita deste afasta a justificação da maior relevância do seu interesse na subsistência do negócio, passando a sobrelevar o interesse do enganado na sua destruição. Por isso, se houver dolo do declaratário, o único requisito exigível é o da dupla causalidade, sendo dispensados os relativos ao declaratário, em qualquer das modalidades de erro simples.

A contraprova deste fundamento faz-se pelo confronto do regime do dolo do declaratário com o que provém de terceiro. A exigência de o dolo de terceiro ser conhecido ou cognoscível do declaratário constitui justa-

[1] Encontra-se aqui mais um argumento contra a sistematização correntemente adoptada na ordenação dos vícios na formação da vontade.

mente um requisito de tutela deste, correspondente aos contidos nos arts. 252.º e 253.º[1]

De acordo com esta ideia geral, de tratamento mais favorável do errante no caso de erro provocado por dolo, enquadrava C. Mota Pinto a possibilidade de subsistir a anulabilidade por dolo, tendo-se sanado o vício relativo ao erro simples [por caducidade do direito de anular ou por confirmação[2]], por só mais tarde o enganado ter conhecido a existência do dolo[3].

É correcta esta posição e ao aceitá-la não se cai em contradição com o pensamento de o dolo apenas qualificar o vício – que é o erro –, pois os diferentes requisitos da sua relevância interferem com o regime da anulabilidade, sem que tal envolva a existência de um vício autónomo.

[1] Esta mesma ordem de considerações justifica que, no regime específico de certos actos (aceitação e repúdio da herança, arts. 2060.º e 2065.º, respectivamente, do C.Civ.), seja relevante o erro qualificado por dolo e não o erro simples.

[2] Poderia parecer injustificado incluir aqui a confirmação, uma vez que ela revela a vontade de manter o negócio apesar do erro. Mas o art. 288.º, n.º 2, do C.Civ. condiciona a eficácia da confirmação ao «conhecimento do vício e do direito à anulação». Desde logo, pode dizer-se não haver aqui esse conhecimento. Para além disso, poderia o errante ter confirmado o negócio na convicção de se tratar de erro simples e não o fazer se conhecesse o dolo. Basta pensar no facto de ser mais difícil provar os requisitos, mais exigentes, de anulação por erro simples, bem podendo ser essa a causa que levou o declarante a *desistir* da sua invocação, o que não faria se soubesse da existência de dolo e da inerente maior facilidade de atacar o acto.

[3] *Teoria Geral*, pág. 528.

SUBDIVISÃO II
O Medo

§ 1.º
Noção e causas do medo

469. Noção de medo

I. O *medo* é o segundo dos vícios na formação da vontade. Enquanto o erro perturba a vontade, por determinar a sua formação sem discernimento, no medo é a liberdade de deliberação do declarante que resulta afectada[1].

O medo consiste, na verdade, na intervenção, no processo de formação da vontade, de um factor – *previsão de certo mal* – que determina o declarante a querer algo que de outro modo não quereria. Não há, assim, exclusão da vontade, mas a sua formação viciada. Quem age por medo (no sentido jurídico do termo) quer a conduta adoptada (por isso, há vontade de acção), mas não a quereria se não fosse o receio de se concretizar o mal dirigido ao declarante.

Daí a tradicional fórmula *coactus tamen voluit*, expressando a ideia de o declarante coagido, todavia, querer o negócio. Esta construção jurídica do medo é, porém, menos nítida do que no erro. Em certos casos não parece, na verdade, de excluir a possibilidade de com a situação de medo concorrer a de reserva mental. Mas esta hipótese só faz sentido se o medo resultar de coacção moral e consistirá em o declarante fingir querer o negócio para fazer cessar a violência ou impedir a concretização da ameaça, declarando assim algo que realmente não quer. A questão, que no plano dogmático tem alguma complexidade, de pouco interesse se reveste no plano prático, dado

[1] Sobre o medo, além dos AA. adiante cits., *vd*., I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 116 e segs.; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 165 e segs.; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 129 e segs.; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 801 e segs.; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 672 e segs.

o regime da reserva mental. Como a seu tempo mais detidamente será exposto, este vício não afecta o valor do negócio, a menos que seja conhecido do declaratário e esta hipótese não faria aqui sentido. Assim, o declarante não se poderia prevalecer nem da sua reserva, nem do medo. Considera-se, porém, excessiva esta conclusão, não só por o negócio ter sido determinado por medo, mas ainda por a coacção moral, tal como o dolo, envolver uma ilicitude, de que, afinal, o coactor tiraria partido.

De qualquer modo, em Direito, o medo consiste na previsão de um dano que para o declarante pode advir como consequência de um mal que o ameaça.

II. Essa previsão leva o autor da declaração a emiti-la, no sentido de evitar que o dano se concretize ou se mantenha. Em suma, o agente prefere celebrar um negócio, que, de outro modo, não quereria, a correr o risco de concretização ou de manutenção do mal que o ameaça. Por isso, a sua vontade é viciada, pois ele não agiu livremente, mas dominado por aquela previsão.

A circunstância de se tratar, justamente, da previsão de um mal, atribui ao medo, em Direito, um sentido diferente do da linguagem corrente. Não envolve necessariamente a ideia de emoção psicológica que neste sentido se lhe atribui; mesmo que o declarante não tenha sentido essa emoção, haverá medo mesmo quando ele pondere *friamente* o risco envolvido em certa ameaça de mal e, considerando *prós* e *contras*, escolha celebrar o negócio.

Em resumo, o medo consiste na previsão de danos emergentes de um mal que impende sobre o declarante, por virtude da qual ele emite certa declaração negocial, que noutras circunstâncias não quereria.

470. Causas do medo

I. O medo, tal como ficou definido no número anterior, pode ter mais de uma causa[1].

Assim, o mal que o declarante representa mentalmente pode advir de uma situação criada por acto humano. É o caso de uma pessoa ameaçar outra de graves sevícias se não emitir certa declaração negocial. Mas haverá ainda *medo* se o autor do negócio se encontrar em risco de sofrer danos por causa de um incêndio que outrem ateou ou até de que ele foi causador, por inadvertência.

Para além das causas humanas, há aquelas que têm na sua origem uma força da natureza. Se alguém corre risco de morrer, por um rio ter inundado

[1] Em rigor trata-se da causa da situação que leva alguém a prever um mal.

a sua habitação, ou por o seu prédio se ter incendiado durante uma violenta trovoada, e por força de tais ocorrências celebrar certo negócio, este é determinado por medo.

II. Poderia, assim, pensar-se que o regime do negócio determinado por medo se fixaria em função das suas causas e com base na distinção entre as humanas e as naturais. Mas se se ponderar detidamente os exemplos dados, logo se percebe que, quanto às causas humanas, se está perante duas situações fundamentalmente distintas, consoante o autor do comportamento causador do mal visava ou não a obter a declaração emitida. Há uma diferença fundamental entre provocar o receio do mal, para obter a declaração, e estar na origem de um mal que coloca alguém na necessidade de fazer certo negócio, sem ter a intenção de, por esse meio, obter a sua celebração. No fundo, no segundo caso, embora a origem do mal seja um acto humano, a situação tem muito mais afinidade com a emergente de causas naturais[1].

Daí, na análise das causas do medo devem ser contrapostos os casos que têm na sua origem um acto dirigido à celebração de um negócio sob a ameaça de um mal – *coacção moral* – àqueles em que o medo tem outra qualquer causa – *estado de necessidade*.

§ 2.º
A coacção moral

471. Noção

I. A *coacção,* enquanto causa do medo, diz-se *moral* (também *coacção relativa* ou *compulsiva* ou *psicológica*), para a distinguir da *coacção física (vis absoluta)*, que exclui a própria vontade e se manifesta numa divergência entre a vontade e a declaração. A coacção moral vem regulada nos arts. 255.º e 256.º do C.Civ.

O seu autor diz-se *coactor* e aquele a quem ela se dirige *coacto* ou *coagido*.

II. O Código Civil não estabelece uma noção de coacção moral. Contudo, a partir do regime fixado nos arts. 255.º e 256.º e, em particular, no n.º 1 do primeiro destes preceitos, é possível apurar a seguinte ideia: a coacção moral consiste numa violência ou numa ameaça ilícita de um mal com o fim de obter uma declaração.

[1] Valem aqui algumas das considerações feitas a respeito da contraposição entre factos humanos e factos naturais.

Há, assim, coacção moral se alguém agride outrem para o levar à celebração de certo negócio (*v. g.,* a venda ou a doação de certa coisa); mas há ainda coacção quando o coactor apenas ameaça o coagido de o agredir se não fizer certa declaração.

Se se analisar o conceito de coacção moral acima estabelecido, podem nele ser autonomizados os seguintes elementos: a *ameaça de um mal*, a *ilicitude da ameaça* e a *intencionalidade da ameaça*.

O esclarecimento da noção de coacção moral obtém-se pela fixação do alcance de cada um destes elementos.

Importa, porém, deixar desde já claro que a coacção moral não se distingue da física pela natureza dos meios usados. Estes podem ser *físicos* (bater, torturar), desde que perturbem a livre formação da vontade do coagido, em termos de o levar à celebração de um negócio que, se não fosse o *medo*, não quereria.

472. Elementos da coacção moral: a ameaça de um mal

I. Como resulta do próprio conceito de coacção moral, por ameaça de um mal deve entender-se tanto a conduta do coactor que consiste em desencadear o mal («agrido-te se não fizeres a declaração»), como a que consiste em manter o mal já iniciado («continuo a bater-te até fazeres a declaração»).

O mal a que se refere a ameaça pode respeitar quer à pessoa do coagido, quer à sua honra ou ao património (*fazenda*, como diz a lei). Mas há ainda ameaça relevante se o mal respeitar à pessoa, honra ou fazenda de um terceiro. Assim resulta do n.º 2.º do art. 255.º

O Código Civil, no caso de a ameaça se dirigir a um terceiro, não faz depender o seu regime da existência de um vínculo entre o coagido e o terceiro, vítima da ameaça. Cabe apurar o alcance desta solução legislativa, que o Direito Comparado mostra não ser universal[1].

Segundo C. Mota Pinto, é correcta a solução do legislador português, porquanto se deve considerar «arbitrária qualquer especificação»[2].

Não se pode aceitar este entendimento, pelo menos em todas as suas implicações. O preceito do Código Civil, ao não estabelecer qualquer distinção quanto à pessoa do terceiro, a que se dirige a ameaça, tem de ser entendido em termos hábeis e adequados à sua *ratio*. Ora, é manifesto que se a vítima da ameaça for de todo indiferente ao coagido, a ameaça não surtirá, em geral,grande efeito. Por assim ser (ou poder ser), por muito censurável

[1] Pode ver-se notícia de outras soluções legislativas no estudo já citado *Les vices du consentement*.

[2] *Teoria Geral*, pág. 530.

que seja a indiferença do coagido perante os interesses do terceiro, no plano moral, coloca-se a questão de saber se o legislador não se deveria ter preocupado com a delimitação de categorias do tipo de terceiros em relação aos quais a ameaça é relevante. Neste plano, teria sido melhor adoptar um regime próximo do art. 1436 do C.Civ.it., que, neste caso, estabelece distinções no regime da coacção em atenção à pessoa do terceiro, vítima da ameaça[1].

Perante o silêncio da lei, cumpre, pois, levar em atenção os aspectos acima destacados. Ora, nesta base, eles conduzem no sentido de não poder ser indiferente a pessoa do terceiro a que a ameaça se dirige. Contudo, como a lei não distingue, a qualidade do terceiro não interfere com a existência da coacção, como tal, enquanto categoria jurídica, mas apenas com o seu regime. Pretende-se assim significar que a qualidade do terceiro a que se dirige a ameaça só pode ser tomada em conta na determinação do requisito geral de relevância da coacção que é a causalidade[2].

II. Por outro lado, a ameaça do mal tanto pode vir do declaratário como de terceiro.

Em relação a este ponto, colocam-se duas questões: a de saber se a ameaça de terceiro deve ser tida por relevante e, em caso afirmativo, qual o seu regime.

A primeira pergunta tem resposta explícita no n.º 2 do art. 256.º do C.Civ., que atribui relevância à ameaça proveniente de terceiro.

Não é, porém, indiferente a pessoa do coactor no regime da coacção moral. Bem pelo contrário, ela tem importante influência nos efeitos da ameaça, ponto que adiante será desenvolvido ao apurar os requisitos de relevância da coacção moral.

473. Elementos da coacção moral: a ilicitude da ameaça

I. Como segundo elemento do conceito de coacção identifica-se a *ilicitude da ameaça*.

---

[1] Dispõe esse preceito: «A coacção é causa de anulação do contrato, ainda quando a ameaça respeita à pessoa ou aos bens do cônjuge do contraente ou de um dos seus descendentes ou ascendentes.

Se a ameaça respeitar a outras pessoas, a anulação do contrato é deixada à apreciação das circunstâncias por parte do Juiz.»

[2] No Direito francês, perante um preceito (art. 1113 do *Code*) que limita a relevância da coacção moral, referida a terceiros, às pessoas do cônjuge, descendentes e ascendentes do coagido, a doutrina tem entendido que aqui se estabelece uma presunção de relevância da ameaça, e que quando ela seja dirigida a outros terceiros caberá ao contraente coagido provar que tal ameaça foi determinante para ele (*Les vices du consentement*, págs. 58 e 59). A solução do texto não se afasta sensivelmente deste esquema, porquanto, nos termos gerais de repartição do ónus da prova, cabe ao declarante a prova dos factos qualificativos da causalidade da ameaça. (art.º 342, nº 1, do C.Civ.)

A exigência deste elemento, segundo o seu entendimento correcto, vem duplamente estatuída na lei, quer quando o n.º 1 do art. 255.º exige que o coagido haja sido ilicitamente ameaçado, quer quando no n.º 3 do mesmo preceito se estabelece que não constitui coacção a ameaça de exercício normal de um direito.

Este n.º 3 do art. 255.º, que seria desnecessário em face da referência já contida no n.º 1 à ilicitude da ameaça, tem, porém, a vantagem de fornecer um precioso elemento de interpretação, no esclarecimento do sentido do elemento em análise.

Assim, se a ameaça se traduzir na prática de um acto ilícito (civil ou penal) ela constitui, indubitavelmente, coacção. É o caso flagrante das ameaças que se reportem à prática de certos actos que constituam ilícitos penais (matar, agredir, etc.). Mas o referido n.º 3, ao excluir a coacção quando há exercício normal do direito, revela que constitui coacção a ameaça do exercício *anormal* do direito, ou seja, o *abuso do direito* (cfr. art. 334.º do C.Civ.).

Não há, portanto, coacção moral se ***A*** ameaça ***B***, seu devedor, de mover contra ele execução judicial, se não pagar a dívida, já que este é o meio normal de actuar o seu direito, quando não voluntariamente satisfeito. Existe, porém, coacção se o credor, para obter o pagamento, ameaça o devedor de denunciar um crime por ele cometido, pois aqui não há normal uso dessa faculdade de denúncia. Por maioria de razão, há também coacção quando o credor ameaça o devedor de denúncia criminal para obter dele juros superiores aos convencionados ou para este lhe dar em pagamento objecto de valor muito superior à dívida, como ocorre nos casos de *chantagem*.

II. O esclarecimento deste requisito exige alguns desenvolvimentos, pois a ilicitude da ameaça tanto pode respeitar aos meios usados pelo coactor como aos fins por ele tidos em vista.

Deve entender-se que há ilicitude em qualquer dos casos, devendo seguir-se, neste ponto, a tese de C. Mota Pinto, quando sustentava que a ilicitude pode consistir quer na «ilegitimidade dos *meios* empregues (p. ex., ameaça de agressão, de morte, etc., mesmo que o autor da ameaça não pretenda senão a satisfação do seu direito)», quer na «ilegitimidade do fim, ou, melhor, ilegitimidade da *prossecução daquele fim com aquele meio*: p. ex., ameaça de recurso às vias de direito (participação criminal, penhora, declaração de falência) para conseguir uma vantagem indevida»[1].

Como bem salienta Oliveira Ascensão, está aqui envolvida uma valoração, pois se torna necessário apreciar se do uso daquele meio para o fim visado

[1] *Teoria Geral,* pág. 532 (os itálicos são do texto). C. Mota Pinto incluía no segundo caso o exercício abusivo do direito já referido.

resulta «a sua condenação à face da ordem jurídica, ainda que nenhum concreto perceito da lei suporte essa condenação»[1].

474. Elementos da coacção moral: a intencionalidade da ameaça

A *intencionalidade da ameaça* consiste em o coactor, com a ameaça, ter em vista obter do coagido a declaração negocial. Tal requisito vem previsto na parte final do n.º 1 do art. 255.º, quando nele se estabelece que a ameaça ilícita dirigida ao declarante há-de ter como fim «obter dele a declaração».

Traduz-se esta mesma ideia dizendo que a ameaça deve ser *cominatória*.

Assim, falta este elemento se o coagido emitir outra declaração que não aquela a que a ameaça se dirigia. Deste modo, se ***A*** ameaça ***B*** de morte, se este não lhe vender certo prédio por preço muito favorável, e ***A***, tomado de grande receio, lhe doa o prédio para afastar a ameaça, o acto não será atacável com fundamento em coacção moral[2]. Cumpre, porém, assinalar que este entendimento não conduz à validade do negócio, que pode ser atacado com fundamento em usura.

475. Requisitos de relevância da coacção moral

I. Para haver coacção moral relevante, isto é, anulatória do negócio, não basta a verificação dos elementos acima analisados. Necessário é ainda que se verifiquem certos requisitos.

À semelhança do erro, também aqui é necessário o requisito da *causalidade* ou *essencialidade*. Por outro lado, como o vício da vontade é o medo, provocado por coacção moral, a causalidade, tal como no erro qualificado por dolo, apresenta-se num duplo plano – *dupla causalidade*.

Para haver *dupla causalidade*, é necessário que o medo resulte da ameaça do mal. Por outro lado, o medo causado pela ameaça há-de ser a causa da declaração, no sentido de determinar, no agente, a formação de uma vontade negocial que não teria existido se não fosse a previsão da consumação do mal de que é ameaçado.

Por outras palavras, a declaração negocial há-de ser determinada, por parte do declarante, pela intenção de evitar a consumação do mal de que foi ameaçado.

Quando se verifique esta dupla causalidade da coacção, a declaração negocial do coagido é anulável. Tal como acontece no regime do erro, não é

[1] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 168.

[2] Em sentido próximo, Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 166.

requisito de relevância da coacção a existência de prejuízo para o coagido, embora tal situação correntemente ocorra. Assim, se ***A*** ameaça ***B*** de morte para o levar a vender-lhe certa coisa que ***A*** não quereria vender, o acto é atacável por a coacção mesmo que a venda seja feita por preço justo.

O Código Civil traduz esta ideia quando diz que o negócio é anulável se a declaração negocial for «extorquida por coacção» (art. 256.º).

II. Na aferição do requisito da dupla causalidade valem, *mutatis mutandis*, os esclarecimentos feitos a respeito do erro e do dolo.

A dupla causalidade é, assim, o requisito geral de relevância da coacção. Contudo, à semelhança do dolo, no regime de relevância deste vício tem que se distinguir consoante a coacção provém do declaratário ou de terceiro.

Se o coactor é a contraparte ou o destinatário da declaração, basta a verificação do requisito da dupla causalidade (cfr. art. 256.º do C. Civ., *a contrario sensu*).

Se o coactor é um terceiro – logo, alguém que não é declaratário ou destinatário da declaração, consoante o negócio seja bilateral ou unilateral[1] –, o art. 256.º exige, como requisitos especiais, que o mal seja grave e justificado o receio da sua consumação.

A apreciação destes requisitos deve fazer-se segundo um critério objectivo, mas tendo em conta, para a gravidade do mal, os vários tipos de indivíduos, e, para a justificação do receio, o «tipo médio de indivíduo com as condições pessoais (sexo, idade, cultura, etc.) do declarante»[2].

Qual a razão de ser da não exigência destes requisitos, quando a coacção provenha do declaratário ou do destinatário da declaração, admitindo-se então a sua relevância, mesmo que o mal não seja grave nem justificado o receio da sua concretização?

Duas razões justificam este regime, nomeadamente no seu confronto com o do dolo.

Por um lado, releva a maior gravidade de que a coacção em si mesma se reveste, pois em geral envolve actos de natureza criminal. Por outro, e um pouco como corolário disso, o declaratário não merece então qualquer protecção, ganhando assim plena relevância o interesse do declarante, desde que a declaração negocial seja, de facto, determinada pela coacção[3].

Não é, porém, de admitir a relevância de qualquer mal, ainda que irrisório; como não poderá atender-se à ameaça se a probabilidade da sua

[1] Neste sentido, I. Galvão Telles, *Manual*, pág. 120; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 169-170; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, pág. 679. Segundo parece, Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. I, nota 2 ao art. 256.º, pág. 232, seguem o mesmo entendimento.

[2] C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, pág. 533.

[3] Estas razões explicam também que a lei, ao contrário do dolo de terceiro, não exija, na coacção de terceiro, o requisito do seu conhecimento ou cognoscibilidade pelo declaratário.

concretização for de todo remota. Estes aspectos hão-de ser ponderados na perspectiva do requisito da casualidade.

III. Quando a coacção revista os requisitos legalmente exigidos, ela é causa de anulabilidade do negócio celebrado por medo, nos termos gerais oportunamente expostos.

Para além disso, a coacção constitui um acto ilícito, gerando, tal como o dolo, responsabilidade civil. No caso de coacção de terceiro a obrigação de indemnizar refere-se tanto aos danos sofridos pelo declarante, como pelo declaratário, que não seja cúmplice na coacção.

Finalmente, a lei penal qualifica a coacção moral como *crime de extorsão* – vulgo *chantagem* – previsto e punido no art. 223.º do C.Pen.

476. Temor reverencial

I. O n.º 3 do art. 255.º do C.Civ. determina que não constitui coacção moral o *simples temor reverencial*. Importa, por isso, analisar aqui o conceito *de temor reverencial*.

O temor reverencial consiste no receio de desagradar a certa pessoa de quem se é psicológica, social ou economicamente dependente, como sejam os pais, o patrão, o professor, o superior hierárquico.

II. O alcance do n.º 3 do art. 255.º, ao excluir o temor reverencial do conceito de coacção moral, é o de o afastar como causa relevante do medo. Assim, primariamente, o acto praticado por temor reverencial é válido.

Na sua correcta interpretação, este preceito tem, porém, de ser entendido *cum grano salis*.

O temor reverencial só não constitui coacção quando seja a mera expressão do dever de obediência, de respeito ou de subordinação para com a pessoa a quem o receio de desagradar se refere. Neste sentido, o temor reverencial tem por fonte um dever que é a contrapartida do poder (em geral, poder funcional) atribuído a essas pessoas. No fundo, a irrelevância do temor reverencial resultaria, desde logo, de não haver ameaça ilícita, por a conduta do pretenso coactor consistir no exercício normal daquele poder.

Deste modo, deixa de haver *simples temor reverencial*, como sugestivamente diz a lei, se a pessoa a quem ele se dirige se exceder no exercício do poder que lhe é atribuído. Cai-se, então, no regime geral da coacção.

Para além do que fica exposto, importa ainda referir que o n.º 3 do art. 255.º só retira relevância ao temor reverencial como causa autónoma do medo, enquanto vício invalidante do negócio jurídico. Adiante se verificará

que a relação de dependência, existente no temor reverencial, no sistema jurídico português, releva, em matéria da vontade do negócio jurídico, quanto a outro vício, a usura (art. 282.º, n.º 1, do C.Civ.).

§ 3.º
O estado de necessidade

477. Noção

O medo pode também resultar de *estado de necessidade*.

Importa começar pelo seguinte esclarecimento: releva, neste domínio, o estado de necessidade como causa de um vício na formação da vontade e não enquanto causa de justificação de certa conduta, em si mesma ilícita (art. 339.º do C.Civ.).

No sentido aqui relevante, estado de necessidade é *uma situação de grave perigo em que se encontra o declarante, gerando nele o receio de consumação de um mal*. É esse receio que leva o *necessitado* (pessoa que se encontra em estado de necessidade) a fazer certa declaração negocial para evitar a consumação do mal receado.

Como antes ficou dito, na origem do estado de necessidade pode encontrar-se um facto natural (inundação, tremor de terra) ou um acto humano (incêndio provocado), que neste caso se comporta como *facto*, pois o mal que ameaça o necessitado não foi criado em vista de obter dele uma declaração; não é *cominatório*. Por este traço se distingue a situação exposta no texto da coacção: não ocorre aqui o elemento da intencionalidade da ameaça[1] .

O receio causado pelo estado de necessidade pode viciar a vontade da pessoa por ele afectado. Assim, se, numa inundação, alguém corre o risco de afogamento e promete uma recompensa a quem o auxiliar a salvar-se, a vontade de compensar existe, mas foi afectada na sua formação pelo medo de morrer afogado. Se não fosse esse receio, o necessitado não faria a correspondente prestação ou fá-la-ia em quantia mais pequena.

O grave perigo em que o declarante se encontra, à semelhança da coacção moral, pode respeitar ao património, à pessoa ou à honra do declarante ou de terceiro.

[1] Cfr. Rui de Alarcão, *Breve motivação*, *in* BMJ, n.º 138, pág. 100.

478. Relevância do estado de necessidade

I. Ao enumerar os vícios da vontade, o Código Civil não contém qualquer referência ao medo resultante de estado de necessidade.

Encontra-se, porém, essa situação como um dos elementos do vício da usura, adiante analisado (art. 282.º, n.º 1, do C.Civ.). Saliente-se, porém, desde já, que em tal caso o estado de necessidade não releva por si só, mas apenas quando se verifiquem cumulativamente outros elementos que caracterizam esse vício.

II. A relevância do estado de necessidade, no plano dos vícios relativos à formação da vontade[1], não é ponto pacífico na doutrina portuguesa. A sua configuração como um dos elementos do vício da usura não está em causa, mas já se questiona se a este domínio se deve limitar a sua relevância. No sentido afirmativo parece manifestar-se Castro Mendes[2], enquanto outra era a posição de C. Mota Pinto, que atribuía relevância à posição jurídica de quem auxilia o necessitado. Quando àquele esteja imposto «o *dever jurídico* (*legal* ou *contratual*), *ou*, mesmo, *apenas um imperativo dever moral de auxílio*» e ele «não presta o auxílio a que estava obrigado, a não ser depois de exigir uma retribuição a que não tinha direito» e a que o necessitado acede, o negócio deve ter-se por nulo, com fundamento no art. 280.º do C.Civ. Na verdade, concluía C. Mota Pinto, «a exigência de remuneração viola a norma que impunha a prestação daquele auxílio noutras condições ou, pelo menos, deve ter-se como ofensiva dos bons costumes»[3].

A questão não é líquida e deixou durante algum tempo as dúvidas expressas na 1.ª edição destas lições[4]; reexaminado, posteriormente, o problema (na 2.ª edição), passou sobre ela a ser sustentado, desde então, o entendimento de seguida exposto.

III. Em geral, o estado de necessidade só releva enquanto elemento da usura e segundo o regime deste vício. Pode, contudo, dar-se o caso de alguém se aproveitar da situação de necessidade de certa pessoa, quando, como dizia C. Mota Pinto, por dever jurídico ou por imperativo dever moral, lhe devia prestar auxílio, nas condições concretas da situação de necessidade em que ele se encontra.

---

[1] Saliente-se, mais uma vez, que, no texto, se encara o problema apenas no campo dos vícios da vontade. Diferente é o regime jurídico do estado de necessidade, noutro plano (art. 339.º do C.Civ.), como causa de justificação do acto ilícito.

[2] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 122.

[3] *Teoria Geral*, pág. 533 (em itálico, no texto).

[4] Vol. II, págs. 307-308.

Bem vistas as coisas, cabem aqui duas hipóteses: a de a situação ser criada por quem dela se venha a aproveitar injustamente, quando havia de prestar auxílio, e a de ela ter uma causa natural, no sentido acima exposto.

O primeiro caso é enquadrável como coacção moral; de resto, C. Mota Pinto não deixava de o admitir, ao menos implicitamente, no que parece ser o melhor entendimento do seu pensamento. Sobreleva, porém, sobre a coacção moral, um vício do objecto, nos termos por ele apontados. Repugna, na verdade, ao mais elementar sentimento de justiça, que um bombeiro, aproveitando-se do grave risco em que ***A*** se encontra, por causa de um incêndio, a que aquele devia acudir, e que ele mesmo tenha provocado, obtenha de ***A***, *para cumprir o seu dever*, qualquer vantagem patrimonial, mediante declaração negocial. A subordinação deste negócio a um regime de anulabilidade não se mostra adequada.

As maiores dúvidas colocam-se quando seja natural a causa donde emerge a situação de necessidade. O aproveitamento do estado de necessidade por quem presta auxílio é aqui menos reprovável. Mas, pelo menos, o seu comportamento não pode ter-se como ajustado aos bons costumes. Por isso, sem deixar de realçar o possível enquadramento da hipótese no vício da usura, deve entender-se haver também ilicitude (mediata) do objecto.

Assim, em qualquer dos casos, havendo vício na formação da vontade e vício do objecto, o regime jurídico deste, por mais grave, absorve aquele.

SUBDIVISÃO III
A USURA

479. Noção

I. A palavra *usura* é utilizada em Direito em mais de um sentido, nem sempre próximo do correspondente ao instituto regulado nos arts. 282.º a 284.º do C.Civ.

Assim, no domínio do Código Civil de Seabra, denominava-se *usura* o mútuo oneroso ou remunerado, ou seja, aquele em que o mutuário fica obrigado a pagar juros ao mutuante (art. 1508.º desse Código). No Código vigente continua a usar-se a palavra *usura* no domínio do mútuo, logo num sentido próximo do velho Código, mas agora para identificar o mútuo quando o juro excede a taxa legal (*vd.*, *maxime*, art. 1146.º). Voltou-se, pois, neste campo, ao sentido que à expressão correntemente se atribui na linguagem comum.

Para além disso, o legislador de 1966 usou a palavra *usura* para identificar um vício do negócio, que partilha elementos relativos à vontade e ao objecto. Neste sentido, os arts. 282.º a 284.º constituem uma inovação no Direito português[1].

II. Foram já expostas as razões determinantes da opção de tratar a usura em conjunto com os vícios na formação da vontade.

Nem por isso deixa de se reconhecer o carácter híbrido do instituto e de assinalar os elementos de ordem subjectiva e objectiva que o integram. A delimitação desses elementos alcança-se facilmente a partir do n.º 1 do art. 282.º, segundo o qual o negócio se diz *usurário* «quando alguém, explorando a situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental

[1] Sobre o regime da usura, *vd.* Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 641 e segs., em particular, 649-652, Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 336 e segs, e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 625 e segs. Para maiores desenvolvimentos, Pedro Eiró, *Do Negócio Usurário*, Almedina, Coimbra, 1990.

ou fraqueza de carácter de outrem, obtiver deste, para si ou para terceiro, a promessa ou a concessão de benefícios excessivos ou injustificados».

Com base nesta norma facilmente se identificam os seguintes três elementos da usura: *situação de inferioridade do declarante, obtenção de benefícios excessivos ou injustificados e intenção ou consciência do usurário de explorar aquela situação de inferioridade*. Como de seguida se dirá com mais desenvolvimento, o primeiro e o terceiro elementos são de cariz subjectivo e o segundo tem natureza objectiva.

480. Elementos da usura: a situação de inferioridade do declarante

I. A *situação de inferioridade* do declarante pode resultar de várias causas, mas reveste sempre a natureza de elemento subjectivo do conceito; por ele mantém a usura conexões com os vícios que perturbam a formação da vontade.

A actual redacção do n.º 1 do art. 282.º, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de Junho[1], ampliou as causas da situação de inferioridade invocáveis pelo declarante e alterou a formulação de uma delas. Assim, além das situações de necessidade, inexperiência e dependência, passou o preceito a referir a ligeireza. Por outro lado, em lugar de *situação de deficiência psíquica* passou a falar-se em *estado mental ou fraqueza de carácter*.

Como se vê do Relatório do Decreto-Lei n.º 262/83, que introduziu estas alterações na lei civil, elas foram determinadas pelas preocupações de alargar o âmbito do conceito de usura para com ele cobrir «variadas situações carecidas de tutela jurídica com que a vida real nos confronta» e para ajustar o artigo à redacção então dada a preceitos correspondentes do Código Penal, que alargaram o conceito de usura nos termos que passaram a constar da lei civil[2]. Vê-se também da mesma justificação ter sido esta segunda razão a que principalmente motivou o legislador.

Deve reconhecer-se que é discutível a vantagem (ou a necessidade) de identificar a usura civil e penal – tão contigente, nos tempos actuais, em que o legislador facilmente se esquece *hoje* das boas razões de *ontem*[3]; o certo,

---

[1] A anterior redacção era a seguinte:

«É anulável, por usura, o negócio jurídico, quando alguém, aproveitando conscientemente a situação de necessidade, inexperiência, dependência ou deficiência psíquica de outrem, obteve deste, para si ou para terceiro, a promessa ou a concessão de benefícios manifestamente excessivos ou injustificados.»

[2] Tratava-se, então, dos arts. 320.º, n.º 1, 321.º n.º 1, e 322.º do C.Pen. O crime de usura vem hoje previsto e punido no art. 226.º do C.Pen., que identifica a situação de inferioridade do lesado em termos diferentes dos da lei civil, pois nela inclui: a situação de necessidade, anomalia psíquica, incapacidade, inépcia, inexperiência ou fraqueza de carácter.

[3] A nota anterior bem ilustra esta afirmação: em subsequente alteração do Código Penal, o legislador quebrou a identidade referida no texto, sem a menor hesitação!

mesmo é que o instituto não ganhou com esta alteração, perdendo antes em rigor técnico, porquanto passou a abarcar situações demasiado amplas, ao menos do ponto de vista civilístico, que podem ser fonte de conflitos injustificados, quando não de incerteza no tráfico jurídico[1].

Mas isso melhor resultará da análise breve das várias causas geradoras da situação de inferioridade do lesado.

II. Começa o n.º 1 do art. 282.º por referir *a situação de necessidade* do declarante, que abrange o estado de necessidade, já antes analisado, pelo que não se tornam necessários esclarecimentos complementares. Será o caso de ***A*** só se dispor a prestar socorro a ***B***, que corre o risco de morrer afogado por causa de uma inundação, após este lhe prometer uma compensação excessiva.

O segundo caso contemplado no preceito é o de *inexperiência do lesado*. Abarca esta situação, tanto a inexperiência, em geral, das coisas da vida prática, como a relativa à actividade ou tipo de negócio a que respeita a declaração[2]. Trata-se, pois, de situações em que o declarante tem um imperfeito conhecimento das circunstâncias (que podem ser de diversa ordem – científica, técnica, legais, relativas a usos ou práticas de certa profissão, etc.) que interessam à perfeita valoração dos interesses envolvidos no negócio.

A actual redacção do Código Civil inclui, entre as causas de inferioridade, a *ligeireza do declarante*. Trata-se de um conceito muito amplo e vago, cujos contornos a jurisprudência terá de ajustar com um julgamento rigoroso e restritivo, de acordo com as circunstâncias de cada caso, sob pena de se enveredar por um caminho que facilmente se converterá em fonte de instabilidade no tráfico jurídico.

Para demarcar a ligeireza do declarante de outras situações de inferioridade também cobertas pelo preceito, tem de se sustentar que nela se devem abranger os casos de exploração, pelo usurário, do facto de o declarante ter propensão para agir sem a adequada ponderação, precipitadamente, isto é, sem um correcto ajuizamento das circunstâncias ou dos termos do negócio. *Ligeireza* deve entender-se como ligeireza de ânimo ou de espírito[3].

Não deixará de se verificar esta causa de inferioridade do declarante se, embora sendo ele, em regra, uma pessoa ponderada, agiu, no caso concreto, com ligeireza. Estão aqui em causa, como é manifesto, as circunstâncias contemporâneas da celebração do negócio, não sendo de excluir a possibili-

[1] Crítica é também a avaliação de Menezes Cordeiro, quanto às alterações de 1983 (*Tratado*, vol. I, T. I, pág. 650).

[2] Neste sentido se pronunciava Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 128, nota (276).

[3] Parece traduzir melhor esta ideia a expressão usada pelo legislador alemão: *leviandade* (§138.2 do BGB).

dade de o próprio usurário para isso contribuir com o seu comportamento, criando condições propícias a uma conclusão imponderada ou precipitada do negócio.

É ainda abrangido na situação de inferioridade do declarante o seu estado de *dependência*. Dá-se aqui relevo, como já antecipado noutro ponto, ao temor reverencial. Não se justifica, pois, mais desenvolvimento.

O Decreto-Lei n.º 262/83 suprimiu a fórmula *deficiência psíquica* e passou a falar em *estado mental ou fraqueza de carácter*. Por seu turno, o art. 226.º, do n.º 1, do C.Pen. identifica esta causa de inferioridade como *anomalia psíquica*. Não parece, porém, que se cubram, com qualquer destas expressões, situações fundamentalmente diversas das já tuteladas pela redacção anterior do art. 282.º, n.º 1. São por esta forma abrangidos casos de debilidade mental, seja de pessoas capazes, seja de incapazes (menores ou, sobretudo, interditos ou inabilitados)[1].

481. Elementos da usura: a excessividade ou injustificação do benefício

I. Conforme atrás salientado, a situação de dependência só vale, para efeitos de usura, se a partir dela alguém obtiver «benefícios excessivos ou injustificados».

Por esta forma se dá relevância genérica, no Direito português actual, ao instituto da lesão, sob a modalidade de lesão *enorme*[2] . Diferentemente, porém, de um critério matemático, usou o Código uma orientação, também objectiva, mas que deixa ao juiz um mais amplo campo de actuação[3].

Para se verificar este requisito torna-se necessário que entre a prestação do lesado e a contraprestação do beneficiário da declaração haja um desequilíbrio objectivo que traduza uma desproporção excessiva, não justificada pelas circunstâncias particulares do negócio. Assim, não há negócio usurário, apesar de alguém exigir salários elevados por uma operação de salvamento, se, por exemplo, for muito grande o risco corrido pelo salvador ou muito elevado o valor dos bens em perigo.

---

[1] Esta observação vale, de resto, genericamente, para as demais situações de inferioridade contempladas no preceito. Como atrás referido, a lei penal vigente autonomiza a referência ao aproveitamento da incapacidade do lesado.

[2] «Diz-se que há lesão, em geral, se num contrato oneroso as prestações ou sacrifícios das partes se mostram desproporcionados, dando uma mais do que recebe» (I. Galvão Telles, *Manual de Direito das Obrigações*, T. 1, Coimbra Editora, 1957, pág. 206). É o critério tradicional de aferição da lesão; assim, por exemplo, dizia-se *enorme* a lesão *ultra dimidium*, ou seja, aquela em que uma das prestações vale o dobro da outra (cfr., do mesmo Autor, *Manual*, pág. 124).

[3] Cfr. Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 338.

O requisito da excessividade ou injustificação do benefício refere-se ao objecto material do negócio; assim se explica o enquadramento sistemático dado pelo legislador ao instituto da usura.

II. O benefício excessivo ou injustificado não tem de reverter em favor do declaratário, nem sequer do autor do vício.

A plena compreensão deste aspecto do regime da usura assenta no facto de, à semelhança do erro vício provocado por dolo, o aproveitamento da situação de inferioridade poder provir do declaratário ou de terceiro. Para além disso, este ponto deve ser conjugado com a possibilidade de o beneficiário do aproveitamento não ser também o autor da usura, mas outrem.

Assim, pode o declaratário explorar a situação de inferioridade do declarante em seu benefício ou em favor de terceiro; como pode ser um terceiro a fazê-lo para seu benefício próprio, do declaratário ou até de outra pessoa. Este entendimento tem correspondência directa no n.º 1 do art. 282.º do C.Civ., onde não são usadas, sequer, as palavras declaratário e terceiro, mas as fórmulas mais genéricas «alguém» e «outrem».

482. Elementos da usura: a intenção ou consciência de explorar a situação de inferioridade

Para a usura ser relevante tem de haver da parte de *alguém*, como estatui a lei e ficou realçado no número anterior, a exploração da situação de inferioridade do declarante. Na redacção primitiva do Código Civil exigia-se que houvesse *aproveitamento consciente* dessa situação, mas o alcance prático do preceito não se alterou fundamentalmente, com o seu texto actual.

Está aqui em causa, por parte do usurário, a «representação mental da situação de inferioridade» do declarante, para a explorar mediante a obtenção de benefícios excessivos ou injustificados. Este é um importante elemento da usura, sendo de natureza subjectiva; por ele se aproxima dos vícios na formação da vontade.

Assim, a ideia de exploração da situação de inferioridade do declarante, expressamente consagrada na lei, mostra que o autor do vício deve ter, tanto consciência de o declarante se encontrar inferiorizado, como, ainda, do benefício excessivo ou injustificado que vai obter, para ele ou para outrem.

Por outro lado, satisfazendo-se a lei com a consciência, por parte do usurário, de explorar a situação de inferioridade, isso significa não ser necessário, para haver usura, que caiba ao usurário a iniciativa do negócio ou da desproporção entre as prestações. Pode ela pertencer ao lesado, desde que o beneficiário tenha consciência de o negócio só ser proposto naqueles

termos por força da situação da inferioridade do declarante e de, assim, dela estar a tirar partido[1].

Mas, se basta a consciência de explorar a situação de inferioridade do declarante, por maioria de razão, não pode deixar de se considerar também usurário o negócio quando o lesante tenha a intenção de dela se aproveitar.

Finalmente, não se exige que essa consciência ou intenção exista no declaratário; pode verificar-se em relação a pessoas estranhas ao negócio («alguém», diz a lei), que dele beneficiem.

483. Autonomia do vício da usura

I. A exposição anterior faculta conhecimentos mais completos sobre os elementos caracterizadores da usura, relevantes para a análise da questão de saber se ela se autonomiza em relação a outros vícios da vontade.

Se se examinarem bem as várias manifestações da situação de inferioridade do declarante, é fácil apurar que nenhuma delas tem total autonomia, quando confrontadas com qualquer dos outros vícios na formação da vontade. São, na verdade, claras as relações entre o estado de necessidade e a dependência e o medo; a inexperiência e o erro; e a ligeireza, o estado mental ou a fraqueza de carácter e a incapacidade acidental.

Qual, pois, o verdadeiro alcance do vício da usura?

II. Para o entendimento que se afigura correcto, torna-se necessário ponderar aqui o facto de, primariamente, qualquer das situações de inferioridade acima enumeradas, no vício da usura, não valer por si só, mas apenas quando alguém dela se *aproveita* para obter um benefício excessivo ou injusto. Se estes requisitos não ocorrerem, o acto é válido, muito embora exista uma dessas situações de inferioridade do declarante, a menos que se verifiquem os requisitos de qualquer dos (outros) vícios da vontade acima enumerados.

Ora, o confronto deste ponto do regime da usura com o dos vícios na formação da vontade revela que estes valem autonomamente, isto é, independentemente de afectarem ou não o equilíbrio da composição de interesses consubstanciada no negócio. A seu tempo houve oportunidade de realçar que o prejuízo do declarante não é elemento de nenhum desses vícios na formação da vontade.

Deste modo, as relações entre a usura e os outros vícios na formação da vontade só podem compreender-se nos seguintes termos. Se existe erro, medo ou incapacidade acidental relevante, o negócio é anulável pela simples

[1] Cfr., neste sentido, C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, pág. 537, nota (738).

verificação dos requisitos de qualquer desses vícios. Se, como tais, eles não forem relevantes, não deixa de se verificar, contudo, uma situação de inferioridade do declarante, para os efeitos do art. 282.º; contudo, esta só será atendível se tiver havido o aproveitamento da inferioridade do declarante para alguém obter um benefício injusto ou excessivo.

Por outras palavras, o vício da usura vem dar relevância a vícios da vontade que não são, por si só, invalidantes, o que facilmente se demonstra com um exemplo significativo.

Como atrás exposto, o temor reverencial, *qua tale*, não constitui coacção e, portanto, é válido o negócio jurídico celebrado por alguém que seja determinado só pelo receio de desagradar a seu pai. Contudo, se o pai ou outra pessoa («alguém») se aproveitar desse *estado de dependência* do declarante para conseguir um benefício injusto, nos termos do art. 282.º, o negócio é usurário.

Igual raciocínio e tipo de demonstração se podem fazer quanto às demais situações de inferioridade contidas no art. 282.º, n.º 1.

III. Questão diferente é a de concorrerem, a um tempo, quanto a certo negócio, em concreto, os requisitos da usura e de outro vício na formação da vontade. Por exemplo, numa compra e venda, há erro relevante sobre o objecto e o declaratário explora conscientemente esse vício para obter um exorbitante preço pela coisa vendida.

A solução, em tal caso tida por ajustada[1], vai no sentido de haver aqui dois vícios relevantes, podendo o declarante valer-se de qualquer deles. Na verdade, não sendo comuns os requisitos de invalidação, nem os efeitos dos vícios, daí pode até advir vantagem para o declarante. Assim, este pode só conhecer a situação de usura posteriormente à de erro e, como tal, estar ainda em tempo para invocar aquele vício quando este já se sanou, por caducidade do direito potestativo à anulação. E pode também ter mais interesse em manter o negócio, modificando-o, do que em o invalidar. Ora, como se dirá no número seguinte, a usura faculta-lhe sempre esta possibilidade, sem subordinação aos requisitos de redução do negócio jurídico[2].

484. Regime do negócio usurário

I. O negócio usurário é *anulável*, como se diz expressamente no n.º 1 do art. 282.º Há, pois, neste aspecto, uma manifesta situação de paridade com a

[1] Esta solução era defendida por Castro Mendes para a hipótese de concorrência entre a usura e uma situação de falta de capacidade de exercício (*Teoria Geral*, vol. II, págs. 128-129).

[2] A posição aqui sustentada harmoniza-se com a anteriormente defendida em matéria de dolo.

dos vícios na formação da vontade. O regime do negócio usurário, quanto ao seu valor, é, contudo, mais complexo, revestindo-se de especialidades em função das quais se afasta do regime geral dos efeitos daqueles vícios.

Desde logo, em lugar da anulação, pode verificar-se a *modificação do negócio*. Por outro lado, mesmo quanto ao regime da anulação há particularidades a fixar.

II. Cabe examinar, num primeiro momento, como se apresenta a alternativa entre a anulação e a modificação do negócio.

O regime do art. 283.º do C.Civ. podia ter uma formulação mais clara, pois o seu n.º 1 parece reservar a faculdade de modificação para a parte lesada; contudo, o n.º 2 do preceito concede-a genericamente a qualquer interessado, podendo este usá-la como meio de defesa na acção em que seja pedida a anulação.

Há aqui manifesta proximidade do regime, já conhecido, do erro sobre a base do negócio, convindo, por isso, confrontar este preceito com o regime análogo do art. 437.º, n.os 1 e 2.

A interpretação correcta dos preceitos em causa afigura-se ser a de o lesado poder optar entre a anulação e a modificação do negócio. Mas, se pedir a anulação, a parte contrária tem a faculdade de se opor, declarando aceitar a modificação do negócio. A lei não reconhece, porém, ao usurário ou ao beneficiário da usura a faculdade de pedir autonomamente a modificação, tal como não pode pedir a sua anulação[1/2]. Deste ponto de vista, a modificação constitui uma excepção material em relação ao poder de anulação concedido à vítima da usura.

A modificação, diz o n.º 1 do art. 283.º, qualquer que seja a parte que a invoca, deve ser feita segundo juízos de equidade. Por isso mesmo, a modificação faz-se mediante a redução do benefício excessivo ou injustificado a valores justos, segundo as circunstâncias concretas do negócio.

III. Qual o regime da anulabilidade? Não se contemplando aqui regime especial, recorre-se ao geral, contido no art. 287.º Dele interessa analisar o prazo de anulação, pois quanto ao mais não há desvios a assinalar.

Se o negócio já estiver cumprido – hipótese relevante para o fim agora em análise –, o prazo de anulação de um ano conta-se, diz o n.º 1 do art. 287.º, desde o momento da cessação do vício. A dificuldade reside, neste

[1] Cfr., Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 339-340.

[2] Deste regime resulta a seguinte consequência de ordem prática. A anulação respeita, primaria e exclusivamente, à prestação do lesado, mantendo-se a do usurário, normalmente já realizada. O usurário, perante o pedido de anulação, pode, quando possível e adequado em termos de equidade, obter apenas a manutenção do negócio, mas com a prestação do lesado modificada.

caso, no facto de se tratar de um vício complexo, que envolve a verificação de vários elementos. Bastará, assim, que ocorra o «termo da influência da situação de inferioridade»[1] para se iniciar a contagem daquele prazo, ou será necessário ainda que o lesado tome conhecimento da exploração de que foi vítima?

Em anteriores edições deste livro[2], foi sustentado que na contagem do prazo de anulação bastava o primeiro requisito, por o termo da influência da situação de inferioridade colocar a vítima da usura em condições de exercício do correspondente direito, segundo o regime geral da caducidade (artº 329º do C.Civ.). Reexaminada a questão, considera-se, hoje, mais acertado, dada a relevância do elemento objectivo da usura, que, cessada aquela situação, haja conhecimento do benefício excessivo ou injustificado de outrem.

IV. Este regime geral sofre alguns desvios.

Um deles, e bem importante, verifica-se quando a usura seja crime. Em tais casos, por força do art. 284.º do C.Civ., o prazo de anulação é o de prescrição do correspondente crime, sem prejuízo do disposto no art. 287.º, n.º 1. No caso de se extinguir a responsabilidade penal, sem ser por prescrição, o art. 284.º manda contar o prazo de anulação da data da extinção dessa responsabilidade, sem prejuízo, porém, do regime mais favorável ao declarante que, eventualmente, resulte da aplicação do art. 287.º, n.º 1.

Outras particularidades constam do n.º 2 do art. 282.º[3], ao ressalvar o disposto nos arts. 559.º-A e 1146.º do C.Civ. O art. 1146.º refere-se à usura no negócio de mútuo. O mútuo é usurário quando os juros estipulados pelas partes excedam, para além de certos limites, os juros legais[4]. O art. 559.º-A, introduzido no Código Civil aquando da revisão operada pelo citado Decreto-Lei n.º 262/83, manda aplicar o regime do art. 1146.º «a toda a estipulação de juros ou quaisquer outras vantagens em negócios ou actos de concessão, outorga, renovação, desconto ou prorrogação do prazo de pagamento de um crédito e em outros análogos»[5].

A usura regulada no art. 1146.º segue um regime especial, contido no seu n.º 3, pois, havendo juros ou montante de indemnização excessivos, o seu valor «considera-se reduzido» aos máximos admitidos por lei, «ainda

---

[1] A expressão é de Castro Mendes (*Teoria Geral*, vol. II, pág. 130).

[2] Cfr., na 4ª ed., pág. 248.

[3] A redacção deste preceito foi também alterada pelo Dec.-Lei n.º 262/83, de 16/JUN., por mera consequência de ele ter introduzido no Código Civil o art. 559.º-A; antes só se referia o art. 1146.º

[4] Também a redacção do art. 1146.º foi alterada pelo Decreto-Lei referido na nota ant.

[5] Pires de Lima e Antunes Varela entendiam já, antes desta alteração, poder haver juros usurários noutros contratos, além do mútuo (*Código Civil Anotado*, vol. I, pág. 260, nota 2 relativa à versão primitiva do art. 282.º).

que seja outra a vontade dos contraentes». Ocorre aqui uma situação de eficácia mediata das normas injuntivas, adiante caracterizada[1].

Todavia, o n.º 4 do art. 1146.º dispõe que, havendo estipulação de juros não usurários, ainda assim pode verificar-se a aplicação do regime da usura. Daqui resulta que, no caso de estipulação de juros superiores aos legais (art. 559.º do C.Civ.) e se ocorrerem uma situação de inferioridade e os requisitos do art. 282.º, o negócio é usurário e, como tal, anulável ou modificável, segundo o disposto neste preceito[2].

V. A usura constitui um acto ilícito, que pode ser civil e penal; gera, por isso, o dever de indemnizar em termos equivalentes aos antes indicados para o dolo e a coacção, além de sujeitar o usurário às correspondentes sanções criminais.

[1] Cfr., *infra*, n.os 557 e 630.

[2] Cfr. Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 340.

SECÇÃO IV

A Substituição e a Conjugação de Vontades

485. Generalidades

I. A situação corrente, nas relações sociais, é a de se verificar uma coincidência entre a *autoria moral* e a *autoria material* dos negócios jurídicos. Dito por outras palavras, o autor da vontade que a eles preside é, comummente, a mesma pessoa que formula a declaração negocial.

Mas nem sempre assim acontece, sendo já conhecidas, neste momento, por exigências da exposição de várias matérias, múltiplas hipóteses de intervenção no negócio de pessoas diferentes do autor da correspondente vontade.

Nalguns casos, como é sabido, são as limitações da capacidade de agir das pessoas a impor a intervenção de outras, quer actuando em lugar dos incapazes, quer em conjunto com eles. Daí, os conhecidos fenómenos de *substituição de vontades* e de *conjugação de vontades*.

Nos casos agora recordados, a substituição de vontade assume a forma de *representação legal*, por ter a sua fonte na lei. Contudo, e também aqui se retomam referências já antes feitas, o fenómeno de substituição de vontades é muito mais vasto. Assim, a representação pode ter fonte negocial, e diz-se então *voluntária*. Para além disso, outros casos há de intervenção de pessoas em interesses de que não são titulares, gerando-se assim fenómenos de substituição de vontades sem haver representação *proprio sensu*.

II. Toda esta matéria da substituição e da conjugação de vontades, sem prejuízo de se projectar também no *momento declarativo* do negócio, poderia ser estudada a propósito da vontade, pelas claras relações que com ela mantém. Algumas razões válidas justificam, porém, a limitação do estudo subsequente à representação.

Quanto à conjugação de vontades, a sua manifestação significativa encontra-se na figura da *assistência* e esta, por seu turno, tem o seu principal

campo de actuação como uma das formas de suprimento das incapacidades, embora fenómenos equivalentes ou similares se possam identificar em situações de ilegitimidade. Também aqui houve oportunidade de ilustrar a figura a respeito das chamadas *incapacidades conjugais*.

O fenómeno da substituição de vontades é muito mais vasto, apontando, assim, num primeiro exame, para um tratamento mais desenvolvido. Contudo, a representação, enquanto figura genérica, ocupa aqui, ainda assim, o lugar mais proeminente; para além disso, é a representação, em particular a voluntária, que assume relevância geral, no conjunto do Direito Civil. Vários outros casos de substituição de vontades situam-se em campos específicos deste ramo de Direito, nomeadamente no Direito das Obrigações, onde tradicionalmente se faz o seu estudo.

Como argumento adjuvante da colocação da representação no centro do estudo subsequente, há ainda o facto de a completa caracterização daquele instituto impor algumas referências, embora breves, às mais relevantes modalidades de substituição de vontades não representativas.

DIVISÃO I
A REPRESENTAÇÃO EM GERAL

486. Noção de representação e suas modalidades[1]

I. Há representação, em geral, quando «uma pessoa pode fundadamente agir em nome e no interesse de outra»[2]. Realce-se, desde já, que ao exigir-se fundamento jurídico para a actuação de quem age por outrem se está a fixar o requisito, já conhecido, da legitimidade indirecta.

Aquele que age em nome de outrem diz-se *representante* (ou *procurador*, na representação voluntária); e aquele cujo interesse se realiza diz-se *representado*.

II. Um primeiro desenvolvimento da noção exposta permite identificar vários elementos, sem os quais não há verdadeira representação.

Desde logo, o representante, ao intervir em negócio alheio, deve revelar a qualidade da sua actuação, isto é, que não actua em nome próprio, mas sim em *nome alheio*, do representado.

Quando alguém, em Direito, age em nome de outra pessoa pode ainda fazê-lo em duas qualidades fundamentalmente distintas, em função dos interesses visados. Na verdade, estes podem ser do próprio agente ou da pessoa em nome de quem se age. Só neste segundo caso há representação; traduz-se esta ideia ao exigir que o representante aja no *interesse* do representado.

O terceiro elemento do conceito respeita à necessidade de a actuação do representante ser *fundada*, juridicamente, já se vê. Por outras palavras, o representante tem de estar legitimado para interferir numa esfera jurídica alheia, por lhe ter sido para tanto atribuído poder jurídico.

---

[1] Sobre a matéria da representação, para além das referências específicas subsequentes, cfr. Rui de Alarcão, *Erro, dolo e coacção. Representação. Objecto negocial Negócios usurários. Condição. Anteprojectos para o novo Código Civil*, *in* BMJ, n.º 102, págs. 167 e segs., e *Breve motivação*, *in* BMJ, n.º 138, págs. 71 e segs.; I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 419 e segs.; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 539 e segs.; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 240 e segs.; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. IV, Almedina, 2005, págs. 51 e segs.; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 319 e segs.

[2] Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 284.

Em suma, são três os elementos do conceito de representação: *actuação em nome de outrem, actuação no interesse de outrem e poder representativo*.

III. Estes três elementos são decisivos, não só na caracterização da figura da representação, como, compreensivelmente, na sua delimitação de outras figuras afins. Assim, uma forma impressiva de proceder à sua análise é através do confronto da representação com essas figuras.

Para evitar repetições, e ainda por a exposição ganhar assim maior realce, na identificação dos elementos diferenciadores do instituto, vão de imediato ser analisadas as figuras afins da representação. A intenção que domina esta arrumação da matéria é, pois, a de, através do confronto da representação com essas figuras, aferir o relevo dos vários elementos do conceito de representação e esclarecer algumas dúvidas levantadas a respeito deles. Complementarmente, sendo essas várias figuras afins também manifestações do fenómeno de substituição de vontades, deste modo se alarga o âmbito da investigação neste domínio.

487. Figuras afins da representação

I. Por força do primeiro elemento do conceito de representação, o representante *actua em nome de outrem*, o representado. Deste modo, o representante fica como que colocado no lugar do representado e age como se fosse este a agir. Contudo, o acto é do representante e só os seus efeitos jurídicos vão incidir na esfera jurídica do representado, como expressamente estatui o art. 258.º do C.Civ.

Como resulta das considerações anteriores, certa pessoa pode actuar, a um tempo, no nome e no interesse de outrem. Contudo, pode dar-se o caso de só actuar no interesse de outrem, mas em nome do próprio agente. Não há aqui representação, mas outras modalidades de substituição de vontades, afins da representação. De entre elas se realça a posição do mandatário, se o contrato de mandato for celebrado sem poderes de representação (art. 1157.º do C.Civ.), a do comissário (art. 266.º do C.Com.) e a correspondente a casos de interposição real de pessoas[1].

II. O segundo elemento do conceito de representação impõe ao representante uma actuação *no interesse de outrem*[2], ou, como também usa dizer-se, uma actuação por *conta de outrem*. O representante deve, pois, prosseguir interesses

[1] A figura da *interposição real* demarca-se da *interposição fictícia* de pessoas; será retomado adiante este ponto a propósito da simulação (*infra*, n.º 527).

[2] É o que se designa por *contemplatio domini*.

alheios (os do representado) e não próprios. Quando alguém actue no lugar de outra pessoa, mas visando interesses próprios deixa de haver representação para se cair noutras modalidades de substituição da vontade. O exemplo mais característico de tal tipo de substituição é a acção sub-rogatória; já houve oportunidade de referir, a propósito das funções do património, que neste caso uma pessoa se substitui a outra, mas tendo em vista realizar um interesse próprio (art. 606.º do C.Civ.).

Levando em conta que o representante age por conta de outrem, afirma-se que ele está investido de poderes-funcionais e não de verdadeiros direitos subjectivos[1].

O alcance deste elemento da representação não é incontroverso na doutrina, pelo que respeita ao interesse em função do qual o representante age[2].

Não se suscitam dúvidas quanto à possibilidade de os poderes representativos serem conferidos *também* no interesse do representante ou até de terceiros, pois isso resulta expressamente da lei (arts. 265.º, n.º 3, e 1170.º, n.º 2, do C.Civ.).

Será, porém, admissível a representação quando os poderes representativos são conferidos no *interesse exclusivo* do representante ou de terceiro, ou só no interesse do representante e de terceiro?

No sentido de dever sempre verificar-se o interesse do representado se pronunciava, embora em termos sucintos, Castro Mendes[3]. Parece também I. Galvão Telles tender para este entendimento, dados os termos em que estabelecia a distinção entre representação e substituição propriamente dita[4].

Quanto à admissibilidade da representação *in rem suam* pronunciava-se, favoravelmente, C. Mota Pinto[5] e, com dúvidas, J. Dias Marques[6]. Esta orientação é hoje a adoptada por Oliveira Ascensão[7] e P. Leitão Pais de Vasconcelos[8].

A exigência do interesse do representado, pelo menos, em cumulação com o do representante ou o de terceiro, para além de resultar da letra dos preceitos do Código Civil acima citados, pode ainda invocar, no mesmo plano, a circunstância de o art. 116.º, n.º 2, do C.Not. apenas regular a forma da procuração conferida *também* no interesse do procurador ou de terceiro.

---

[1] Cfr. I. Galvão Telles, *Manual*, pág. 424, e Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 284 e nota (691).

[2] Cfr., sobre esta questão, com desenvolvimento, P. Leitão Pais de Vasconcelos, *A procuração irrevogável*, Almedina, 2002, págs. 94 e segs. e 111 e segs.

[3] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 284 e nota (691).

[4] *Manual*, pág. 424.

[5] *Teoria Geral*, pág. 540.

[6] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 316.

[7] *Teoria Geral*, vol. II, págs. 274-275.

[8] Ob. e locs. cits.

Assim a solução a acolher é a de excluir, na representação, a atribuição de poderes *exclusivamente* no interesse do representante ou de terceiros. Deste modo, tem de haver sempre interesse do representado, sendo dominante, no instituto, a exigência de o representante agir no interesse alheio.

Como é manifesto, a concorrência do interesse do representante com o do representado ou de terceiros interfere no regime da representação, limitando, como resulta dos preceitos citados no texto, o princípio da livre revogabilidade da representação.

III. O terceiro elemento do conceito implica a necessidade de ao representante serem atribuídos *poderes representativos*; neles se funda a *legitimidade* da intervenção do representante em esfera alheia.

A intervenção em interesse alheio, ou seja, no interesse do representado e em nome dele, pode verificar-se sem haver poderes representativos. Em princípio, tal actuação não devia ser tolerada pelo Direito, por falta de legitimidade do agente, mas esta posição simplista é demasiado radical, podendo até conduzir a resultados desfavoráveis ao titular do interesse. Podem, por isso, identificar-se figuras próximas da representação, que dela se demarcam por faltarem os poderes representativos. Assim, quando alguém actua em nome e no interesse de outrem, mas sem poderes de representação, verifica-se um caso *de gestão de negócios* (art. 464.º do C.Civ.). Também aqui há uma substituição de vontades, pois o gestor vai agir em nome do dono do negócio e no interesse deste, mas não há poder de representação.

Havendo poderes representativos, a sua extensão pode, na realidade prática da vida social, ser muito variada. Passam apenas a colocar-se os casos extremos, que importam ao esclarecimento subsequente da figura da representação. Assim, os poderes atribuídos ao representante podem desenhar todo o conteúdo do negócio a celebrar; por exemplo, numa compra e venda, os poderes atribuídos ao representante do comprador identificam a coisa a adquirir e fixam, sem flutuação, o preço, o prazo de pagamento e de entrega da coisa e as demais cláusulas do contrato. Mas pode também dar-se o caso de o representado deixar ao representante ampla liberdade de fixação do conteúdo do negócio, limitando-se a balizar os seus aspectos essenciais.

Importa apurar se, em qualquer destes casos, há verdadeira representação, ou seja, por outras palavras, se esta exige o reconhecimento, ao representado, de liberdade de actuação no exercício dos poderes representativos.

O problema não é fácil, nem líquido, na doutrina como na lei, estando aqui em causa saber se, ao lado do representante, se deve colocar a figura do *núncio*, simples transmitente de uma vontade alheia. A questão merece referência tanto no plano doutrinal como no legal.

Segundo o melhor entendimento, *de iure condendo*, a figura da representação exige a atribuição, ao representante, de um mínimo de poder de decisão, ainda que este coexista com instruções do representado a que ele tenha de obedecer escrupulosamente. Quando esse poder mínimo de decisão não exista, excede-se o campo da representação e quem se limita a *transmitir* a vontade de outrem actua como *núncio*[1]. É o que ocorre, por exemplo, na procuração para casamento, da qual devem constar, por exigência da lei (n.º 2 do art. 1620.º do C.Civ.), além de poderes especiais para o acto, «a designação expressa do outro nubente e a indicação da modalidade do casamento».

A delimitação entre as figuras do representante e do núncio merece o acolhimento do legislador, sendo consagrada na base da extensão dos poderes atribuídos ao autor material do acto. Funda-se este entendimento no confronto dos arts. 250.º e 259.º, que regem sobre o erro na declaração, quando esta é emitida por outrem, que não o titular do interesse regulado no negócio. No primeiro caso, havendo mero transmitente sem poderes de decisão – *núncio*[2] –, aplica-se o regime geral do erro do declarante, pois tudo se passa como se fosse ele o autor material da declaração. No segundo, havendo verdadeira representação, logo, cabendo ao autor material do negócio poderes de conformação do conteúdo da declaração, releva a vontade do representante, no apuramento da existência de vícios da vontade. Significativamente (e para além do caso especial do n.º 2 do art. 259.º, que não interessa para o ponto agora em análise), a única limitação a tal regime verifica-se quanto aos «elementos em que tenha sido decisiva a vontade do representado» (n.º 1 do art. 259.º, *in* proémio), pois nessa medida o representante actua como núncio.

C. Mota Pinto, por seu turno, considerava relevantes, para efeito da distinção, os diferentes regimes legais relativos à capacidade do representante e do núncio (art. 263.º do C.Civ.), e ao excesso no exercício dos poderes (arts. 250.º e 268.º do C. Civ.)[3]. Sem pôr em causa a justeza da observação e o seu interesse para a matéria, são, porém, mais significativas as diferenças de regime acima expostas.

---

[1] Em sentido idêntico ao do texto, *vd*. I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 427-428; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 286-287; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 543-544; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 243-245; e Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 291 e segs.

Para maior desenvolvimento, na distinção entre representante e núncio, *vd*. R. Guichard Alves, *Sobre a distinção entre núncio e representante*, *in* SI, T. 44, n.os 256-258, 1995, págs. 317-329.

[2] Cfr. Rui de Alarcão, *Breve Motivação*, *in* BMJ, n.º 138, págs. 90-91.

[3] *Teoria Geral*, pág. 544.

488. Efeitos da representação

I. A representação tem como primeiro efeito a *legitimação* do acto praticado por uma pessoa diferente daquela em cuja esfera jurídica os seus efeitos jurídicos se projectam.

Este é um aspecto que não necessita aqui de desenvolvimento específico, por vir na mera sequência de considerações já feitas em sede de legitimidade. Como então ficou exposto, ocorre aqui um fenómeno de *legitimidade indirecta*, por não ser acompanhada da titularidade das situações jurídicas ou dos interesses em que incidem os efeitos do negócio praticado pelo agente.

II. Outro efeito da representação prende-se com a maneira de ser do instituto e mereceu expressa consagração no art. 258.º do C.Civ. Está aqui em causa um aspecto fundamental da técnica representativa.

Na representação há uma dissociação subjectiva entre o autor material do acto e a pessoa em cuja esfera jurídica se projectam os seus efeitos. Em abstracto, a intervenção dos efeitos nessa esfera jurídica poderia depender de outro acto do representante. Assim acontece na comissão ou na *interposição real de pessoas*. Em tais casos, os efeitos produzem-se, por exemplo, na esfera jurídica da pessoa interposta e só posteriormente, por acto desta, passam para a daquela pessoa em função da qual se produziram.

Não assim na representação, pois, como se diz *expressis verbis* no art. 258.º, o negócio realizado pelo representante produz os seus efeitos na esfera jurídica do representado. E, pode ainda acrescentar-se, essa produção de efeitos é imediata ou directa, não depende de qualquer outro negócio.

A explicação e a razão de ser desta técnica representativa apura-se também, sem dificuldade, do art. 258.º Ela funda-se no facto de o representante agir, não só em nome do representado, mas com poderes atribuídos para o efeito. Este segundo aspecto não é o menos relevante, como se vê do facto de essa imputação directa dos efeitos na esfera do representado se verificar apenas, na letra da lei, «nos limites dos poderes» de representação.

III. Um terceiro efeito da representação prende-se com a circunstância de, nos negócios jurídicos celebrados por representante, se verificar a acima referida dissociação subjectiva, acompanhada de um mínimo de autonomia de intervenção do representante na configuração do correspondente negócio jurídico.

Esta dissociação não podia deixar de se projectar no regime da vontade e da declaração no negócio jurídico, como facilmente se demonstra. Se ***A*** pretende comprar um prédio rústico para fazer determinado aproveitamento urbanístico do terreno, e ele próprio materializa o acto, todos os problemas

relacionados com factos determinantes na formação da sua vontade ou com a sua manifestação se referem à pessoa de ***A***. As coisas ganham, porém, uma complexidade diversa quando o negócio é celebrado com intervenção de um representante, ***B***. Há circunstâncias relativas ao negócio que podem ser conhecidas de ***A*** e não de ***B*** e a inversa também é verdadeira. Por outro lado, a declaração emitida pelo representante pode não corresponder à sua verdadeira vontade, por circunstâncias a ele relativas, que não se verificariam no representado; por exemplo, aquele, ao contrário deste, não domina a língua estrangeira em que a declaração é feita e, por isso, emite uma declaração de sentido não correspondente ao por ele querido.

O n.º 1 do art. 259.º, já conhecido, estabelece aqui uma regra geral: enquanto a questão se mantiver no domínio da representação – por isso, em tudo quanto não tenha papel decisivo a vontade do representado –, os elementos atendíveis para fixar a relevância de vícios ou de falta de vontade, e a consequente nulidade ou anulabilidade do negócio, são apurados em função da pessoa do representante[1].

Assim, se, ao fixar os poderes representativos, o representado identificar o bem para cuja aquisição eles são conferidos, como sendo o prédio ***X***, por estar convencido de nele ter nascido um dos seus progenitores, o que não é correcto, este erro do representado releva.

Em coerência com este regime encontra-se o que respeita à boa fé na celebração do negócio. Se o representado estiver de má fé, uma vez que, por exemplo, conhece os vícios da coisa, não aproveita a boa fé do representante, nesse domínio. É este o regime do n.º 2 do art. 259.º do C.Civ.

489. Modalidades da representação

I. É corrente a doutrina identificar algumas modalidades da representação, sendo a mais relevante a que distingue entre *representação legal* e *representação voluntária*.

A distinção entre estas duas modalidades fundamentais da representação estabelece-se com base na *fonte* ou na origem do poder representativo conferido ao representante. Como é corrente nas distinções estabelecidas nesta base, na representação voluntária os poderes representativos resultam de um acto (unilateral ou bilateral) do titular do interesse; no segundo, esses poderes resultam da lei.

[1] Cfr., sobre a definição dos *estados* ou *elementos subjectivos relevantes*, I. Galvão Telles, *Manual*, pág. 430; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 283-285; e Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. IV., págs. 84-85. Para maior desenvolvimento, M.ª de Lurdes Pereira, *Os estados subjectivos relevantes na representação, em especial, o conhecimento ou desconhecimento juridicamente relevante*, *in* RFDUL, XXXIX – 1 (1998), págs. 135 e segs.

Foram já tratados largamente os casos mais significativos de representação legal, a respeito das limitações à capacidade de exercício das pessoas singulares; para aí se remete, sem necessidade de quaisquer considerações complementares, pelo que a sequência do estudo vai limitar-se, especificamente, à representação voluntária.

Num plano diferente, em sede de personalidade colectiva, fala-se em *representação orgânica*. Também aqui se torna apenas necessário ter presentes as razões oportunamente expostas nessa sede, a partir das quais se afastou essa figura da verdadeira representação.

II. Tendo em conta o tipo de poderes atribuídos ao representante, a doutrina contrapõe *representação activa* a *representação passiva*[1]. A primeira modalidade é a mais importante e a mais corrente na prática; caracteriza-se por o representante actuar em nome de outrem mediante a emissão de declarações de vontade. No segundo caso, os poderes conferidos ao representante habilitam-no a receber uma declaração de outrem, produzindo esta os seus efeitos, como se fosse dirigida ao representado. Por assim ser, isto é, por o representante,neste caso, não praticar qualquer acto, sustenta Oliveira Ascensão que não há verdadeira representação, mas, em sentido amplo, *delegação*[2].

Também é corrente contrapor *representação própria* a *representação imprópria*, ocorrendo esta quando certa pessoa age no interesse de outra, mas não em nome dela. Em bom rigor, porém, no segundo caso não existe uma verdadeira representação, porquanto os efeitos do negócio projectam-se então na esfera jurídica do representante e não na do representado, como acontece na verdadeira representação. Falta, pois, neste caso, um dos elementos do conceito atrás destacados.

490. Contrato consigo mesmo

I. O representante intervém no negócio em nome e no interesse de outrem, no âmbito de poderes representativos que lhe foram conferidos pela lei ou pelo titular do respectivo interesse. Havendo duas partes no negócio, ele será celebrado, na normalidade das coisas, com pessoa diferente do representante, muito embora este possa actuar por si ou, também, através de representante. Assim ***A***, representante de ***B***, celebra um contrato de compra e venda com ***C***, que actua por si, ou representado, por seu turno, por ***D***.

---

[1] Cfr. Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 286; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, pág. 543; e Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 285.

[2] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 248.

Poderá, porém, o representante (seja legal ou voluntário) intervir no contrato em representação de outrem e, a um tempo, em nome próprio? Ou pode uma mesma pessoa intervir no acto como representante de ambas as partes? Dois exemplos ilustram estas situações: ***A***, representante de ***B*** e com poderes para vender o prédio ***X***, celebra o contrato de compra e venda com ele mesmo, ***A***, intervindo no contrato em nome próprio, como comprador, e representando ***B***, como vendedor; ou, então, ***A*** representa, no negócio, tanto ***B***, vendedor, como ***C***, comprador.

Em qualquer destas duas hipóteses existe um *contrato consigo mesmo* ou *autocontrato*[1]. O problema aqui em causa é o de saber se, em ambos dos casos enunciados, este negócio é válido.

II. A questão levantou muitas dúvidas no Direito anterior ao Código vigente. Pois, se, por um lado, sob o ponto de vista formal, nada parece impedir a actuação do representante naquelas duas qualidades, já no campo dos interesses envolvidos no negócio ela se pode mostrar inconveniente. Ainda que ***A***, nos exemplos dados, deva actuar no interesse de ***B***, se for admitido a fazer a venda a ele mesmo, ***A***, ou a um terceiro, também por ele representado, não há *garantias* de realizar efectivamente os interesses de ***B***, havendo o risco de os sacrificar aos seus próprios interesses; o mesmo se diga em relação a um dos seus representados, quando represente as duas partes.

Foi, pelo menos, nesse plano que o legislador português situou o problema, ao estabelecer o regime do contrato consigo mesmo no art. 261.º do C.Civ. Com efeito, fixando, em geral, a anulabilidade do negócio consigo mesmo, afasta, porém, este regime quando o representado haja consentido na celebração do negócio ou quando não haja, pela natureza deste, o risco de qualquer dos conflitos de interesses acima identificados.

No primeiro caso, o representado assume o risco e o negócio prevalece em atenção ao princípio da autonomia da vontade.

No segundo, por definição, o risco de conflito de interesses está eliminado.

A completa satisfação da *ratio legis* exige, por outro lado, que o mesmo regime se aplique quando o representante se faça substituir por alguém *(substabelecimento)*, a quem passe os poderes que lhe foram atribuídos. Fica, deste modo, explicado e justificado o conteúdo do n.º 2 do citado art. 261.º

Os fundamentos expostos explicam também a razão por que o problema não se põe, naturalmente, quanto ao núncio[2]: uma vez que ele não tem poderes de decisão, o risco de conflito de interesses está afastado.

---

[1] Cfr., sobre este ponto, I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 430 e segs.; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 551-552; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 277 e segs.; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. IV., págs.86-88; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 334-335.

[2] Cfr. Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 288, nota (288), citando Dias Marques.

III. O art. 261.º limita-se a estabelecer a anulabilidade do negócio consigo mesmo, sem fixar o seu regime.

Mais uma vez se torna necessário recorrer ao regime geral do art. 287.º do C.Civ. As questões que aqui merecem ser consideradas são as relativas à legitimidade para requerer a anulação e ao respectivo prazo.

Quanto à primeira, o critério do n.º 1 do art. 287.º reserva claramente ao representado a legitimidade para invocar a anulabilidade, pois esta é fixada no interesse dele, como acima se demonstrou.

O prazo de anulação – não estando o negócio cumprido – conta-se do momento em que o representado tem conhecimento da celebração do negócio, pois só nesse momento ele se apercebe do vício.

DIVISÃO II
A REPRESENTAÇÃO VOLUNTÁRIA

491. Noção e fontes da representação voluntária

I. A representação voluntária tem sempre na sua origem um acto do titular dos interesses que vão ser prosseguidos através do negócio jurídico praticado pelo representante. Aquele acto é a fonte dos poderes atribuídos ao representante.

Deste modo, na sequência desta noção, colocam-se de imediato duas questões, respeitando uma à delimitação do campo de aplicação do instituto e outra à determinação dos negócios através dos quais podem ser conferidos poderes representativos.

II. Quanto ao primeiro ponto, a grande regra, no Direito Civil, é a de os poderes jurídicos admitirem exercício representativo. Ela comporta, porém, excepções, não sendo então admissível uma substituição de vontades na celebração de negócios a eles relativos.

Ao contrário do que se verificava no Código de Seabra, que dedicava à matéria um preceito próprio (o art. 1332.º), o campo de aplicação da representação não é especificamente regulado no Código vigente. Em rigor, o problema só se coloca quanto à representação voluntária, pois a legal tem o seu âmbito naturalmente fixado pelas normas específicas que a prevêem.

O art. 1332.º do C.Civ.67 só afastava a admissibilidade da representação quanto aos *actos meramente pessoais*. Já se deixa ver que a questão residia, então, em saber quais eram os actos meramente pessoais, pois determiná-los como os que não admitem exercício representativo envolve petição de princípio.

Meramente pessoais, *hoc sensu*, são, por certo, aqueles em relação aos quais a lei exclua exercício representativo; mas também os que, pela sua natureza, devam seguir regime análogo. Está aqui em causa, em geral, uma particular ligação com o seu autor, pela índole dos interesses envolvidos, que exigem uma avaliação pessoal, não se compadecendo com a interferência de terceiros.

O exemplo de escola é o direito de testar, sendo o testamento um acto pessoal *hoc sensu* (cfr. n.º 1 do art. 2182.º do C.Civ.).

Mas não é de excluir a hipótese de poder ser celebrado por núncio um negócio que não admite representação (casamento – arts. 1616.º, 1620.º e 1621.º do C.Civ.).

III. Relativamente às fontes da representação voluntária, o negócio através do qual se conferem poderes representativos é a *procuração*, como claramente consta do art. 262.º do C.Civ. Por isso, é deste acto que a exposição subsequente se vai ocupar um pouco mais.

A representação voluntária pode, porém, dimanar de outras fontes; nalguns casos, trata-se de negócios que são, em regra, acompanhados de poderes representativos para uma das partes; noutros, esses poderes são inerentes ao negócio e reconhecidos também a uma delas.

Caso flagrante desta segunda modalidade é o do contrato de trabalho. Neste, o trabalhador possui, automaticamente, em determinadas situações, poderes representativos da entidade patronal. Por força do art. 115.º, n.º 3, do C.Trab., isso verifica-se «quando a natureza da actividade envolver a prática de negócios jurídicos»; nesse caso, «considera-se que o contrato de trabalho concede ao trabalhador os necessários poderes, salvo se a lei exigir instrumento especial».

Exemplo paradigmático da primeira hipótese verifica-se no contrato de *mandato*.

O mandato «é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais actos jurídicos por conta de outra» (art. 1157.º do C.Civ.)[1]. Este contrato é frequentemente acompanhado da atribuição de poderes representativos ao mandatário; designa-se então como *mandato com representação* (ou representativo). Todavia, nem sempre assim acontece, sendo admissível o mandato não acompanhado de representação; se assim for, o mandatário age em nome próprio[2]/[3]. A primeira modalidade vem regulada nos arts. 1178.º e seguintes e a segunda nos artigos 1180.º e seguintes.

492. Noção de procuração

I. A palavra *procuração* é usada, em Direito, em três acepções diferentes, todas elas girando, porém, em redor do mesmo instituto.

---

[1] O mandato é uma espécie da categoria mais ampla do *contrato de prestação de serviço* (art. 1154.º do C.Civ.). O mandato é, porém, a mais importante categoria desses negócios, como se vê do art. 1156.º do C.Civ. que estende aos demais as normas que o regulam.

[2] No Direito Comercial há uma figura paralela deste negócio: o *contrato de comissão* (arts. 266.º e segs. do C.Com.).

[3] Do que antes ficou dito, logo resulta que pode haver também representação sem mandato.

Assim, fala-se em *procuração* para identificar o instrumento jurídico onde se consubstanciam poderes para agir em nome e no interesse de outrem. Num sentido próximo deste, a palavra *procuração* designa o próprio documento onde se materializa o acto jurídico mediante o qual se atribuem poderes de representação.

São, porém, estes sentidos menos correctos do ponto de vista dogmático, até por, como resulta da exposição anterior, os poderes representativos poderem não se conter, sequer, em instrumento autónomo.

Em sentido próprio, procuração é o negócio jurídico (autónomo) através do qual se concedem poderes ao representante. É este o usado no n.º 1 do art. 262.º e, em geral, na Divisão do Código Civil que nesse preceito se inicia.

II. A procuração, enquanto negócio, é unilateral não recipiendo. Esta última qualidade não exclui, porém, no plano prático, a necessidade de materialmente o documento em que se consubstancia esse acto ter de chegar ao poder do procurador. Sem ele, este não está em condições de agir sempre que a procuração seja um negócio formal e, portanto, se torne necessário exibir o correspondente documento para fazer a sua prova.

Enquanto negócio, colocam-se em geral, quanto à procuração, os problemas de regime próprios da sua categoria, estando, assim, sujeito ao regime comum do negócio jurídico em tudo quanto não seja objecto de regulamentação especial.

São as particularidades do regime da procuração que passam a ser expostas; delas se destacam, pela sua particular importância, os pontos relativos a actos praticados por representante sem poderes e por representante que abusa dos seus poderes representativos.

493. Regime da procuração

I. A primeira nota relevante no regime da procuração, enquanto acto jurídico, respeita à capacidade do procurador e contém-se no art. 263.º do C.Civ. A particularidade do tratamento jurídico da procuração manifesta-se, neste domínio, no facto de ser apenas necessária «a capacidade de entender e querer exigida pela natureza do negócio que haja de efectuar». Deste modo, resulta do preceito, *a contrario*, que quanto ao autor da procuração se segue o regime geral da capacidade de exercício.

O art. 263.º, ao exigir, no procurador, apenas a capacidade de entender e querer adequada à «natureza do negócio» para cuja celebração lhe são conferidos os poderes representativos, significa que uma pessoa pode praticar, na

qualidade de procurador, actos jurídicos que lhe estariam vedados, por falta de capacidade, se neles interviesse em nome próprio.

A importância deste preceito – que releva na compreensão do papel da vontade do representado no negócio celebrado representativamente – é tanto maior quanto é certo que, na sua falta, o regime genérico do art. 259.º poderia apontar em sentido contrário.

De qualquer modo, e levando em conta, nomeadamente, o facto de o Código Civil regular a incapacidade acidental no capítulo relativo à falta e vícios da vontade, o art. 263.º não exclui plenamente, *em matéria de capacidade*[1], a aplicação do art. 259.º Assim, tendo embora o procurador a *capacidade natural* exigida pelo art. 263.º se, no momento de praticar o acto, sofrer de incapacidade acidental e se verificarem os requisitos de relevância deste instituto, o negócio jurídico por ele celebrado será anulável por força do art. 257.º

II. O segundo ponto a referir no regime particular da procuração respeita à sua forma. Rege aqui o n.º 2 do art. 262.º do C.Civ., que deve ser integrado pelo disposto nos arts. 116.º e seguintes do C.Not.

A regra geral contida no n.º 2 do art. 262.º manda adoptar, quanto à procuração, a forma exigida para o negócio que o procurador deva realizar. O preceito ressalva os regimes estatuídos em normas especiais, que tanto podem estabelecer formalidades menos exigentes, como mais exigentes, do que as necessárias à validade formal do acto a praticar. Como logo se vê, a procuração pode, pois, configurar-se como negócio não formal ou formal e, neste segundo caso, constar de documento mais ou menos solene.

No caso de se tornar necessária a intervenção notarial, o art. 116.º, n.º 1, do C.Not. prevê várias modalidades de forma: instrumento público avulso, documento escrito e assinado pelo representado com reconhecimento presencial da letra e assinatura ou documento autenticado.

Nalguns casos, porém, a forma é vinculada; assim, se os poderes representativos forem também conferidos no interesse do representante ou de terceiro, a procuração deve constar de instrumento público cujo original fica arquivado no notário (n.º 2 do art. 116.º).

As procurações que sigam as formalidades exigidas por lei podem ser transmitidas por via telegráfica ou por telecópia, com observância das formalidades legalmente impostas para essa forma de transmissão. Assim se dispõe no art. 118.º do C.Not.

A modificação da procuração está, naturalmente, sujeita às formalidades da sua constituição; devem, contudo, para além disso, ser respeitadas as

[1] Como é manifesto, o regime do art. 259.º prevalece nas demais matérias nele reguladas.

previstas para a sua revogação, pelo que se reserva a sua análise para a alínea seguinte.

III. O terceiro aspecto do regime geral da procuração respeita à extinção dos poderes representativos.

A lei regula várias causas de extinção da procuração: renúncia do procurador, revogação pelo representado e cessação da relação jurídica que lhe serve de base (n.º 1 do art. 265.º do C.Civ.).

Do art. 265.º extrai-se que a procuração não se extingue por morte do representado ou do procurador. A morte pode, porém, por via indirecta, determinar a extinção da procuração, se provocar a cessação da relação da qual ela depende *(relação subjacente)*, como ocorre na morte do mandante ou do mandatário [art. 1174.º, al. *a*), do C.Civ.]. Todavia, a morte do mandante não produz este efeito se o contrato tiver sido celebrado também no interesse do mandatário ou de terceiro; e nos outros casos a caducidade do contrato só se dá a partir do conhecimento da morte pelo mandatário, ou quando daquela não possam resultar prejuízos para o mandante ou para os seus herdeiros (art. 1175.º do C.Civ.).

Assim, é admissível que a procuração produza efeitos após a morte do mandante – procuração *post mortem*[1].

A renúncia é, em princípio, livre, sem que, contudo, seja de afastar liminarmente a hipótese de gerar responsabilidade do procurador por danos dela emergentes para o representado.

A revogação dos poderes representativos pelo representado também é, em princípio, livre (primeira parte do n.º 2 do art. 265.º). Esta regra só admite uma excepção, pois o mesmo preceito proíbe convenção em contrário e a renúncia à revogação. A excepção legalmente prevista verifica-se quando a procuração é *também* conferida no interesse do procurador ou de terceiro: neste caso, a revogação só é possível ocorrendo justa causa.

A extinção da procuração determina, naturalmente, a cessação dos poderes representativos e a ilegitimidade do procurador para a prática dos actos correspondentes. Daí, a obrigação, imposta ao procurador, de imediata restituição do documento em que constam os poderes correspondentes, sem que ele possa invocar direito de retenção do documento, com fundamento em qualquer crédito emergente do exercício dos poderes representativos (art. 267º, nº 2, do C.Civ.)[2].

---

[1] Cfr. Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. IV, págs. 107-108.

[2] A lei só exclui o direito de retenção quanto ao *documento*, sendo, por isso, de seguir o regime geral quanto a outras coisas, em poder do procurador, relacionadas com o exercício dos poderes representativos.

Este regime resulta claramente do art. 267.º do C.Civ. e é determinado pela necessidade de tutela do representado, mas também de terceiros, quanto ao exercício indevido de poderes representativos extintos. Já se deixa ver, porém, que ele não é eficaz se o procurador não cumprir a obrigação de restituição. Daí a necessidade de se estabelecerem normas *especiais* de protecção dos interesses de terceiros[1], consagradas no art. 266.º do C.Civ.

IV. A tutela do terceiro obtém-se, em geral, mediante a inoponibilidade da extinção da procuração; somente, os termos em que esta inoponibilidade opera variam em função da causa da extinção.

Assim, *quando não se trate de revogação*, mas de qualquer outra causa, a extinção da procuração é inoponível ao terceiro com quem posteriormente o procurador tenha praticado acto abrangido pelos poderes representativos, se aquele ignorar, sem culpa, a causa da extinção (n.º 2 do art. 266.º do C.Civ.). Significa isto que a inoponibilidade é afastada pela simples cognoscibilidade da causa da extinção.

Sendo a *extinção dos poderes representativos devida a revogação*[2], o representado deve levá-la ao conhecimento de terceiros por meio idóneo. Se não o fizer, a revogação é inoponível ao terceiro, a menos que este tenha dela conhecimento no momento da celebração do negócio. Assim, na falta de comunicação idónea, só releva o *conhecimento efectivo* do terceiro e não a mera cognoscibilidade, mesmo se houver culpa do terceiro.

A lei não especifica quais os meios de comunicação tidos por idóneos, o que se compreende por eles poderem depender das circunstâncias do caso. Se a procuração respeitar a acto a celebrar com pessoa determinada, a comunicação da revogação tem de lhe ser dirigida específica e atempadamente. Assim dispõe o art. 263.º do C.P.Civ., se se recorrer a notificação judicial avulsa. Não sendo esse o caso, o n.º 2 do citado preceito manda anunciar a revogação em jornal da localidade da residência do procurador. Se aí não houver jornal, o anúncio será feito num dos jornais mais lidos na localidade.

494. Representação sem poderes

I. O poder representativo é, sem dúvida, um dos elementos mais relevantes na qualificação jurídica do instituto da representação. Esta afirmação demonstra-se através do regime dos negócios praticados por quem, arrogando-se a qualidade de representante, não se encontra, de facto, munido de

[1] Quanto ao representado funcionam os meios gerais de responsabilidade do procurador pelos danos causados, além do regime especial do exercício de representação sem poderes.

[2] Recorda-se que este regime vale para a modificação da procuração.

poderes representativos ou por quem, ao exercê-los, não se conforma com o fim para que lhe foram conferidos.

Mantendo, embora, afinidades entre si, estão aqui em causa dois institutos diferentes que a lei civil identifica como *representação sem poderes* e *abuso da representação*, o que justifica o seu estudo em separado.

II. A *representação sem poderes*[1] abrange tanto o caso de ao representante não terem sido atribuídos poderes para o acto que praticou ou de estes terem cessado[2] *(falta de poderes)*, como o de ele ultrapassar os que efectivamente lhe tinham sido fixados *(excesso de representação)*.

III. Na delimitação do regime da representação sem poderes, importa ter presente que é de admitir a modalidade de representação tácita, nos termos gerais do art. 217.º do C.Civ.[3], não constituindo impedimento desta modalidade de declaração o carácter formal da procuração (n.º 2 do citado preceito).

Necessário, apenas, se torna que, no caso, se verifique um *facto concludente* e que quanto a este sejam observadas as formalidades legalmente exigidas.

Mais complexa é a questão de saber se ocorre ou não falta de poderes de representação, nas chamadas situações de *procuração tolerada* ou de *procuração aparente*, isto é, quando, respectivamente, alguém se arroga repetidamente ser representante de outrem, situação que o *representado* conhece e admite, ou quando alguém assim age sem conhecimento do interessado, que, contudo, não usou da diligência adequada para prevenir essa actuação.

Em termos gerais, a resposta é negativa, no sistema jurídico português[4/5].

Há, porém, que fazer duas ressalvas.

Verifica-se uma, de carácter mais genérico, quando o terceiro, de boa fé, contrata com alguém que actua em nome de uma organização em que o *procurador* se integra, mas sem poderes para o negócio concreto que foi celebrado. É a situação que Menezes Cordeiro designa *representação institucional*[6].

Num plano diferente, se colocam possíveis regimes especiais, como ocorre, quanto ao contrato de agência, por força do n.º 1 do art. 23.º do

---

[1] Sobre esta matéria, *vd*. I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 435-436; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, pág. 549; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 288 e segs.; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. IV, págs. 109-111; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 335-341.

[2] Com ressalva, como é evidente, neste caso, da inoponibilidade da causa da extinção a terceiros.

[3] Cfr., *infra*, n.º 499.

[4] Cfr., neste sentido, Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 269-270; e Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. IV., págs. 104-107.

[5] Note-se, porém, que não fica excluída a possibilidade de, atentas as circunstâncias do caso, o *representado* estar obrigado a indemnizar o terceiro.

[6] *Tratado*, vol. I, T. IV, págs. 106-107.

Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho[1]. Neste caso[2], verificados os respectivos pressupostos, há vinculação do representado e não apenas dever de indemnização.

IV. Quando o representante aja sem poderes, o negócio por ele celebrado é, nos termos do art. 268.º, n.º 1, do C.Civ., ineficaz em relação ao representado, a menos que este o ratifique.

A ratificação do representado constitui, assim, uma legitimação superveniente do representante. Como tal, é um negócio jurídico autónomo, de cujo regime importa traçar as linhas mais relevantes.

Como facilmente se compreende, a ratificação opera efeitos equivalentes aos da existência de poderes representativos e deve, por isso, seguir a forma exigida para a representação, como expressamente estatui a primeira parte do n.º 2 do art. 268.º

É razoável admitir que a ratificação assegure ao negócio celebrado pelo representante sem poderes uma eficácia equivalente à que ele produziria se não se verificasse aquele vício[3]. A lei atinge este objectivo atribuindo efeitos retroactivos à ratificação (n.º 2 do art. 268.º, segunda parte), com a única ressalva de direitos de terceiros, entretanto adquiridos.

A ineficácia do negócio celebrado pelo representante sem poderes assegura uma tutela eficaz do pretenso representado, pois este pode, pura e simplesmente, ignorar os efeitos do negócio, não tendo, em geral, necessidade de recorrer a quaisquer meios jurídicos para assegurar o seu interesse. Nesta medida, a situação do representado aproxima-se, como de seguida melhor se verá, da que se verificaria no regime da inexistência jurídica, sendo mais eficaz do que asseguraria o regime de nulidade do negócio do representante.

Se esta tutela se compreende, sem esforço, do ponto de vista do titular dos interesses atingidos pelo negócio, nem por isso devem ser totalmente desprotegidos os interesses de quem celebrou o negócio com o *falso representante (terceiro)*, em tudo quanto não conflitue com os do pretenso representado.

---

[1] Este preceito dispõe o seguinte: «O negócio celebrado por um agente sem poderes de representação é eficaz perante o principal se tiverem existido razões ponderosas, objectivamente apreciadas, tendo em conta as circunstâncias do caso, que justifiquem a confiança do terceiro de boa fé na legitimidade do agente, desde que o principal tenha igualmente contribuído para fundar a confiança do terceiro.»

Sobre a interpretação deste artigo, *vd*. A. Pinto Monteiro, *Contrato de Agência*, Anotação, 6.ª ed. act., Almedina, Coimbra, 2007, págs. 111 e segs.

[2] A. Pinto Monteiro (ob. cit., págs. 113-114) sustenta, com referências doutrinais e jurisprudenciais, o alargamento do regime desta norma aos contratos de cooperação ou de colaboração.

[3] Mas não uma verdadeira correspondência, o que se apura, desde logo, por ficarem ressalvados os direitos de terceiros (art. 268.º, n.º 2, *in fine*, do C.Civ.).

Assim, podendo este, em geral, adoptar uma atitude meramente passiva, mas tendo, por outro lado, a faculdade de ratificação do negócio, para a qual a lei não estabelece prazo, razoável, é admitir, ao terceiro, meios adequados a fazer cessar a situação de incerteza, que este regime possibilita, quanto ao destino do negócio. Esse meio resulta do n.º 3 do art. 268.º e traduz-se na faculdade de o terceiro fixar, ao representado, um prazo cominatório para ratificar ou não ratificar. A lei atribui aqui ao silêncio do *representado* o efeito mais favorável aos seus interesses, tendo-se o negócio por não ratificado, se a ratificação não for feita no prazo fixado. O silêncio do representante, que tem valor negocial, nos termos do art. 218.º do C.Civ., vale como declaração da vontade de não ratificação[1].

Por outro lado, se é razoável fazer depender a eficácia do negócio da vontade do *representado*, também não se justifica manter a vinculação do terceiro, que confiou na bondade dos poderes do representante. O n.º 4 do art. 268.º dá seguimento a este tipo de considerações, atribuindo ao terceiro, *quando no momento da celebração do negócio não conhecia a falta de poderes*, e enquanto não houver ratificação, a faculdade de revogar ou rejeitar o negócio celebrado.

495. Abuso de representação

No *abuso da representação*[2] o representante age, formalmente, no âmbito dos poderes que lhe foram conferidos; mas utiliza-os para um fim não ajustado àquele em função do qual eles se constituíram.

A distinção entre a representação sem poderes e o abuso da representação nem sempre se mostra fácil de estabelecer. A distinção pode, contudo, envolver implicações relevantes, pois, embora o art. 269.º do C.Civ. mande aplicar ao abuso da representação o regime estabelecido no preceito anterior para a representação sem poderes, não deixa de se verificar uma significativa diferença de regime.

Assim, enquanto na representação sem poderes o negócio celebrado pelo pretenso representante é ineficaz, sem mais, no abuso de representação a lei subordina a ineficácia do negócio celebrado com terceiro ao facto de este conhecer ou dever conhecer o abuso.

Esta diversidade de regime, traduzida numa maior tutela de quem celebra o negócio com o representante, que abusou dos seus poderes, encontra a

[1] Sobre o valor declarativo do silêncio, *vd.*, *infra*, n.º 500.

[2] Sobre o abuso de representação, *vd*. Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 291-294; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. IV, págs. 111.113; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 335-341. Para maior desenvolvimento, Helena Mota, *Do Abuso de Representação. Uma Análise da Problemática Subjacente ao Art.º 269.º do Código Civil de 1966*, Coimbra Editora, 2001, em especial, págs. 135 e segs.

sua justificação em duas ordens de considerações de algum modo conexas. Desde logo, pela sua própria natureza, por estar em causa o fim visado com a atribuição dos poderes representativos, o abuso da representação escapa mais facilmente à percepção do outro contraente do que a falta de poderes. Por outro lado, o desconhecimento da falta de poderes de representação é mais facilmente imputável ao outro contraente. Com efeito, a lei coloca ao seu alcance meios que lhe permitem apurar a existência desses poderes, ao atribuir-lhe a faculdade de exigir ao representante a justificação dos poderes de representação (art. 260.º do C.Civ.). No abuso, a simples demonstração da existência de poderes não assegura que os mesmos não estejam a ser exercidos abusivamente, não tendo, em regra, o outro contraente meios expeditos ao seu alcance para se pôr a coberto desse risco.

CAPÍTULO III
A DECLARAÇÃO

SECÇÃO I
Noção e Modalidades da Declaração

496. Noção de declaração

I. Os elementos adquiridos neste momento são suficientes para afirmar, sem mais desenvolvimentos, que o negócio jurídico não se basta com a existência da simples vontade negocial. Esta tem de ser sempre, de algum modo, exteriorizada, pelo que o negócio jurídico não existe sem uma *manifestação de vontade*, ou, num sentido amplo, sem *declaração*.

A primeira ideia de declaração, que se extrai directamente das considerações oportunamente feitas sobre as relações entre a vontade e a declaração, como elementos estruturais do negócio jurídico, é a de que ela se traduz num comportamento apto a exteriorizar a vontade.

A declaração, ou comportamento declarativo, implica sempre, portanto, um *acto exterior* adequado a comunicar e a dar a conhecer a outrem – declaratário ou destinatário – uma certa intenção ou conteúdo de pensamento do seu autor, uma vontade dirigida à regulamentação autónoma de interesses.

II. O modo comum de o homem exteriorizar a sua vontade é a *palavra*, sob forma oral ou escrita; mas há outros comportamentos humanos que, de acordo com certos usos, práticas ou praxes sociais, convenções das partes ou até por mera disposição da lei valem como declaração, como sejam a mímica, outros sinais e até o silêncio, enquanto abstenção. Assim, quando alguém, interpelado por outrem sobre se, por exemplo, dá a sua anuência a certa actuação, movimenta a cabeça para baixo e para cima, este comportamento é, em certos meios sociais, entendido como assentimento. O Direito atende e

valora também tais comportamentos, pelo que têm de ser levados em conta quando se estuda a declaração.

O comportamento declarativo é, assim, tomado por aquilo que, segundo certos usos, praxes, convenções ou disposições normativas ele significa, isto é, é avaliado objectivamente. Deste modo, quando, na sua materialidade, certo comportamento tem a aparência de revelar a outrem certo conteúdo de pensamento, há declaração. Se a esse comportamento corresponde ou não, efectivamente, certa vontade, é já questão diversa, que envolve problemas de possível divergência entre a declaração e a vontade e de interpretação negocial.

Levando em conta estas considerações, pode ser formulada, agora, uma noção mais perfeita de declaração como o *comportamento de uma pessoa que, objectivamente considerado, vale, em Direito, como exteriorização do conteúdo de certa vontade negocial*[1].

III. A identificação de qualquer comportamento declarativo como *declaração* corresponde a um entendimento amplo, contra o qual se pode formular o reparo de enquadrar, sob uma mesma designação, realidades distintas, até do ponto de vista jurídico.

Em sentido próprio, a declaração é o comportamento através do qual *se dá a conhecer* a outrem uma certa vontade; tem, pois, um fim de notificação ou comunicação de um certo conteúdo de pensamento. Em geral, os negócios jurídicos fazem-se através de comportamentos declarativos *proprio sensu*.

Contudo, nem sempre é assim. Desde os estudos de Manigk, vem-se divulgando na doutrina a distinção entre negócios celebrados mediante uma *declaração de vontade* («Willenserklärung») e os que se fundam numa *actuação de vontade* («Willensbetätigung»). Nestes não há uma verdadeira declaração, mas um simples acto de execução, que não se destina a ser comunicado ou dirigido a ninguém, valendo pela sua materialidade.

O exemplo clássico é o do acto de abandono de uma coisa móvel. Quando alguém se desfaz da coisa, com o intuito de se demitir do correspondente direito, não há qualquer declaração em sentido próprio, pois esse acto não se dirige a ninguém. Vale por si, pela sua materialidade.

A distinção foi recebida na doutrina portuguesa, sob a feição acima exposta, desde os estudos de Ferrer Correia[2] e Manuel de Andrade[3]; I. Galvão

[1] Cfr. Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 122; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 43-44; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 413-414; e Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 540-543.

[2] *Erro e Interpretação*, págs. 59 e segs.

[3] *Teoria Geral*, vol. II, págs. 123-124.

Telles acolheu a ideia que lhe preside ao fazer a contraposição entre *declarações* e *operações*. Nestas, que ilustrava com o exemplo do abandono de coisas móveis, existe uma vontade que o autor do negócio *actua*, mas não declara, «pois o meio de que se serve (a não utilização da coisa em certas circunstâncias) *não se dirige a patenteá-la a terceiros*»[1].

A distinção assim estabelecida ajuda, por certo, a compreender a figura do negócio jurídico e a enquadrar alguma das suas manifestações. Contudo, na grande maioria dos negócios jurídicos existe uma verdadeira declaração de vontade, pelo que a esta vai, de seguida, ser dirigida a exposição.

497. Modalidades da declaração

A noção de declaração, tal como atrás definida, num sentido amplo acolhido pelo Código Civil – referindo-a a qualquer comportamento humano através do qual se exterioriza certo conteúdo de pensamento –, aponta logo para a circunstância de ser grande a variedade de situações que o conceito pode abranger.

O mais corrente é a vontade das pessoas – em Direito, como na vida social – manifestar-se através da *linguagem*, falada ou escrita. Mas os usos e as convenções sociais dão relevância a muitos outros comportamentos como meios de declaração; não está mesmo excluída a possibilidade de as partes convencionarem entre elas a atribuição desse mesmo valor a comportamentos que noutras circunstâncias o não teriam. O fundamento último deste entendimento encontra-se no princípio da autonomia privada, dominante nesta matéria.

Num plano diferente do anterior, a variedade dos comportamentos declarativos manifesta-se no facto de ele tanto poder consistir numa *acção* como numa *omissão* – silêncio. Esta é, de resto, uma destrinça básica a ter em conta.

Quando o comportamento declarativo é positivo, ou seja, consiste numa acção, pode valer tanto pelo que directamente traduz como pelo que, indirectamente, dele se pode deduzir. Nesta realidade assenta a distinção entre *declaração expressa* e *declaração tácita*[2].

---

[1] *Manual*, pág. 127 (os itálicos são do texto).

[2] A fórmula *declaração tácita* é a usada pelo Código Civil e noutros diplomas legais e também na doutrina; só por isso se mantém, embora contra o seu uso se possam invocar duas razões. Desde logo, o contraponto de *expresso* é *implícito* e esta é também a expressão mais adequada à maneira de ser desta modalidade de declaração. Por outro lado, na linguagem corrente, ao qualificativo tácito liga-se a ideia de *silêncio*, o que pode dar lugar a confusões, pelo menos em Direito, onde o silêncio corresponde a outra modalidade de declaração.

498. Declaração expressa e declaração tácita

I. A delimitação entre as modalidades de declaração *expressa* e de declaração *tácita*[1] faz-se, no plano do Direito positivo, a partir do critério contido no n.º 1 do art. 217.º do C.Civ.

A análise cuidada do texto deste preceito revela que presidem a esta distinção as seguintes considerações. Há comportamentos humanos que, segundo certas convenções sociais, traduzem de *modo directo* ou *imediato* determinado conteúdo de pensamento. Por outras palavras, pode dizer-se que entre esse comportamento e essa vontade existe um nexo directo ou imediato, uma vez que eles se destinam primariamente a traduzir esse conteúdo de pensamento. Em tais casos, em que a certo comportamento corresponde a uma *manifestação directa de vontade*, a declaração diz-se *expressa*.

Esta ideia contém-se no n.º 1 do art. 217.º, quando nele se diz que na declaração expressa certo comportamento constitui *um meio directo* de manifestação da vontade.

Embora o preceito não deixe margem para dúvidas a esse respeito, convém acentuar que a declaração expressa não é necessariamente feita por palavras, orais ou escritas. Relevante é a circunstância de certo comportamento traduzir directamente certa vontade, ainda que constitua em si mesmo uma mera actuação – fazer certos gestos, agir ou não agir de certo modo.

II. Quanto ao valor declarativo da linguagem, não se tornam necessárias explicações complementares, pois o sentido corrente da fórmula que a exprime é por de mais conhecida. Interessa só recordar que o facto de a linguagem oral ser atendida como manifestação de vontade mantém inteira correlação com o princípio da liberdade de forma, no negócio jurídico.

Algo mais exige a análise do segundo tipo de comportamentos que valem como declaração expressa. Reporta-se aqui o Código Civil àqueles meios objectivos que, segundo o uso social, são tidos como manifestação de vontade. Trata-se, assim, de dar relevância aos gestos, à mímica, em geral, segundo o valor e o significado atribuído a tais comportamentos humanos no grupo social considerado.

A necessidade de atender aqui ao sentido corrente ou dominante em determinado grupo social prende-se, como é natural, com o facto, geralmente conhecido, de nem sempre ao mesmo comportamento humano ser

[1] Sobre esta matéria, cfr. I. Galvão Telles, *Manual*, *págs.* 127 e segs.; Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 129 e segs.; Cabral de Moncada, *Lições*, vol. II, págs. 215 e segs.; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 57 e segs.; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 421 e segs.; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 51 e segs.; e Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 543-545. Para maiores desenvolvimentos, *vd*. P. Mota Pinto, *Declaração Tácita*, págs. 438 e segs.

atribuído o mesmo sentido; por exemplo, determinado gesto – o movimento da cabeça –, que para certo grupo vale como aceitação, pode noutro ser considerado como rejeição.

O legislador usou no art. 217.º, n.º 1, uma fórmula suficientemente ampla para abranger todos esses tipos de comportamentos sociais, com a única limitação de eles deverem constituir um «meio directo» de manifestação de vontade.

Desde que assim aconteça, a correspondente declaração é tida como expressa.

III. Quando deve entender-se que há um «meio directo» de manifestação da vontade?

Como se referiu, reside aqui a chave da distinção entre a declaração expressa e tácita. São possíveis várias orientações que podem resumir-se fundamentalmente a duas[1].

Numa *concepção subjectiva*, releva a intenção do declarante, sendo expressa a declaração que vise exteriorizar exclusivamente certa vontade negocial. É a teoria clássica, defendida por Savigny, Windscheid e Enneccerus, por exemplo.

Segundo uma *orientação objectiva*, na versão que se afigura mais aceitável, torna-se necessário apurar o entendimento geralmente atribuído à conduta no grupo social; atende-se, em suma, ao significado típico, objectivo daquele comportamento.

A favor da validade da orientação objectiva é de invocar o argumento de a subjectiva fazer depender a distinção entre declaração expressa e tácita da intenção do declarante, introduzindo-se, assim, em matéria de algum melindre e relevo prático, um factor de insegurança indesejável[2].

IV. Segundo o critério legal, a declaração diz-se tácita «quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam», como refere a parte final do n.º 1 do art. 217.º

Há todo o interesse em confrontar esta noção com a do art. 648.º do Código de Seabra, pois a diferença de critério entre os dois preceitos ajuda a compreender o alcance da disposição vigente. Na parte que aqui interessa, dizia esse preceito que «a manifestação do consentimento pode ser feita… por factos donde ele necessariamente se deduz»[3].

---

[1] Para maior desenvolvimento, *vd*. P. Mota Pinto, *Declaração Tácita*, págs. 463 e segs.

[2] Neste sentido, Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 59-60; em sentido contrário parece orientar-se Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 131-132.

[3] É mais correcta a fórmula da lei *actual*, pois a manifestação não é feita por factos; o que se verifica é a dedução de certa vontade negocial a partir de determinados factos, segundo um critério lógico-jurídico, por dedução; cfr. Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 61.

Como se vê, enquanto o Código de 1867 exigia um *nexo de causalidade* entre certo comportamento e a vontade que dele se há-de deduzir («necessariamente se deduza»), o Código vigente refere apenas um *nexo de probabilidade*, embora *plena* («com toda a probabilidade a revelam»).

É, pois, um critério menos exigente o do novo Código. Assim, para haver declaração tácita basta que o declarante haja praticado factos dos quais se possa deduzir, *com segurança*, a vontade *provável* de ele emitir certa declaração. Os factos de que a vontade se deduz, na declaração tácita, chamam-se *factos concludentes (facta concludentia)* ou significativos. O legislador por vezes desqualifica certos factos potencialmente concludentes (arts. 2056.º, n.º 3, e 2057.º, n.º 1), mas também qualifica outros em relação aos quais se poderiam suscitar dúvidas quanto ao seu valor significativo (art. 2057.º, n.º 2, do mesmo Código).

O verdadeiro sentido do n.º 1 do art. 217.º, na fixação do conceito de declaração tácita, é o de os factos concludentes deverem revelar, com probabilidade plena, a vontade do declarante. Que assim é, via-se perfeitamente do art. 648.º do Código velho, já que o pronome «ele», contido no preceito, só podia concordar com o substantivo «consentimento». De igual modo, se deve entender a expressão – «*a revelam*» – usada no n.º 1 do art. 217.º Ela refere-se ao substantivo «vontade», usado pelo preceito na locução «manifestação de vontade»[1].

E nem doutro modo deveria ser, já que a declaração é a expressão objectiva da vontade do autor do acto.

V. Para a compreensão da distinção entre estas duas modalidades de declaração importa ter presente que está aqui em causa o significado atribuível aos comportamentos humanos, enquanto meios de manifestação da vontade. Ora, a este respeito, verifica-se que esses comportamentos podem ser atendidos tanto pelo que directamente significam (declaração expressa), como pelo que neles implicitamente se contém e deles se pode deduzir (declaração tácita). Por assim ser, é perfeitamente admissível a hipótese de um mesmo comportamento valer como manifestação expressa e como manifestação tácita de duas vontades distintas.

Suponha-se que um sucessível chamado à herança inscreve, num documento particular, as seguintes palavras: «vendo a ***A*** todos os móveis da casa ***X*** que fazem parte da herança de meu pai».

Estas palavras são manifestação directa da vontade de vender, havendo, nesta medida, uma declaração expressa. Mas delas também se deduz, com

[1] É significativa a este respeito a parte final do art. 234.º do C.Civ., quando, regulando a dispensa da declaração de aceitação, estatui que, em tais casos, o contrato se tem «por concluído logo que a conduta da outra parte mostre a intenção de aceitar a proposta».

toda a probabilidade, a vontade de aceitar a herança; e aí há uma declaração tácita.

VI. A respeito da declaração tácita interessa realçar ainda o importante regime contido no n.º 2 do citado art. 217.º, respeitante à admissibilidade desta modalidade de exteriorização da vontade nos negócios formais.

Poderia pensar-se, na verdade, que não seria admissível a celebração desta categoria de negócios mediante declaração tácita, por razões decorrentes da exigência de forma legal. Não é, porém, assim, no Direito positivo português. Nos termos do citado preceito, o negócio formal pode ser celebrado por declaração tácita. Não está aqui envolvida qualquer excepção à exigência da forma legal, mas apenas a sua *transferência* para o plano dos factos concludentes: as formalidades que o negócio deve revestir têm-se como observadas desde que o tenham sido em relação aos factos de que a manifestação de vontade se deduz[1].

VII. A relevância jurídica atribuída à declaração tácita tem a maior importância na vida social, pois facilita em muitos aspectos o comércio jurídico, eliminando duplicações de comportamentos que de outro modo o entravariam. De resto, tal relevância não é mais do que a tradução jurídica do significado que, na vida prática, correntemente se atribui aos actos das pessoas. Na verdade, estes valem, não só pelo seu conteúdo próprio, mas também por aquilo que com segurança e razoabilidade deles se pode extrair.

Por outro lado, a relevância reconhecida ao sentido implícito dos comportamentos humanos não constitui qualquer violência para o autor da declaração que contra ele se pode prevenir, excluindo-o expressamente mediante declaração de sentido oposto (*protesto* ou *reserva*). Esse protesto deve, em geral, ser admitido, salvo se o comportamento de que se deduz a declaração implícita excluir plenamente o sentido a que o protesto se refere *(protestatio facto contraria nihil relevat)*[2].

O reconhecimento da modalidade tácita da declaração funda-se, de resto, no princípio da autonomia privada. Por isso, em geral, é deixada na disponibilidade das partes a possibilidade de elas traduzirem a sua vontade por declaração expressa ou tácita. Como já ficou dito, a esta liberdade de opção não se opõe sequer o carácter formal do negócio. Contudo, à semelhança do que acontece noutros domínios em que prevalece o princípio da autonomia, a lei impõe, por vezes, limites a esta liberdade, traduzidos na exclusão da pos-

[1] Esta orientação era já defendida pela doutrina na vigência do anterior Código, como pode ver-se em Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 134.

[2] Neste sentido, C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 427-428. Algo diferente era a opinião de Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 63-64.

sibilidade de adopção da modalidade tácita da declaração na celebração de certos negócios. Assim acontece, a título de exemplo, na fiança, na renúncia à hipoteca, na novação e na assunção, pelo doador, da responsabilidade pelos ónus ou limitações do direito ou pelos vícios da coisa (cfr., respectivamente, arts. 628.º, n.º 1, 731.º, 859.º e 957.º, n.º 1, do C.Civ.).

499. Declaração tácita, declaração presumida e declaração ficta

I. Segundo resulta da exposição anterior, na declaração tácita, a partir de *facta concludentia* deduz-se uma vontade e dá-se como verificada uma declaração imputável a certa pessoa. Por assim ser, «na declaração tácita, entre os factos concludentes e a declaração há um nexo de *presunção*, juridicamente lógico-dedutivo. A declaração não é formada pelos factos concludentes, deduz-se deles. A vontade funcional ou negocial é necessariamente, pelo menos logicamente, anterior aos *facta concludentia*, que não têm no plano jurídico ontologicamente nada a ver com ela»[1].

Essa dedução, na declaração tácita *proprio sensu*, é judicial. Em última análise, cabe ao juiz apurar se de certo comportamento se pode deduzir, de modo indirecto, mas «com toda a probabilidade», certa vontade negocial.

II. Pode, porém, dar-se o caso de ser o legislador a estabelecer, ele próprio, ou seja, *ex lege*, essa ligação entre certo comportamento e determinada vontade. Por outras palavras, o legislador considera determinada conduta como reveladora dessa vontade, sendo certo que aquela não a traduz de modo directo[2].

Tomada a expressão num sentido amplo, ainda aqui existe uma *declaração tácita*; como se vê de exemplos subsequentes, o próprio legislador recorre a essa expressão com este alcance. Contudo, para se usar de mais rigor, cabe fazer distinções e aplicar, consoante os casos, expressões diferentes, reservando a fórmula declaração tácita para o caso identificado no número anterior, em que há uma presunção *judicial* ou *de facto (hominis)*.

Bem vistas as coisas, na atribuição, *ex lege*, de um sentido *implícito* a determinado comportamento humano há uma presunção *legal (iuris),* podendo esta ser, segundo o regime geral, ilidível *(tantum iuris)* ou inilidível *(iuris et de iure)*. Como regra, e perante o regime fixado no art. 350.º, n.º 2, do C.Civ., essa presunção deve entender-se como ilidível, admitindo-se, consequentemente, prova contrária ao sentido atribuído pela norma a determinado

[1] Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 61 (o itálico é do texto).

[2] Sobre esta matéria, pondo em causa o recurso à técnica das presunções, *vd*. I. Galvão Telles, *Manual*, pág. 132, e Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T.I, págs. 547-548.

comportamento. Feita esta prova, deixa de ter-se como verdadeira a ilação (lógico-dedutiva) estabelecida pelo legislador. Não admitem tal prova as presunções inilidíveis, cabendo, neste caso, falar em *ficção jurídica*.

Aplicado este regime à matéria em análise, ele permite distinguir, ao lado das *declarações tácitas stricto sensu*, as *declarações presumidas* e as *declarações fictas*.

Na *declaração presumida* a lei atribui a certa conduta o valor de expressar uma determinada vontade; mas admite que este *nexo* seja afastado, pelo que está em causa uma norma dispositiva.

Na *declaração ficta* a lei não admite prova em contrário da vontade atribuída ao comportamento, pelo que lhe corresponde necessariamente certa vontade: *aquela conduta* vale inelutavelmente como declaração *daquela vontade*; está em causa uma norma injuntiva.

III. São fáceis de compreender as razões pelas quais o legislador recorre com maior frequência à declaração presumida do que à declaração ficta. Nesta, a certo comportamento do agente é imputado um significado que pode ser não querido por ele, sem qualquer possibilidade de o afastar e demonstrar o seu desajustamento da verdadeira vontade. De algum modo, na declaração ficta está envolvida uma relevante limitação do princípio da autonomia. Deve, pois, o legislador fazer um uso parcimonioso do instituto.

Como exemplos de declaração presumida admitidos pela doutrina corrente podem citar-se os regimes contidos nos arts. 926.º, 2225.º, 2315.º, n.os 1 e 2, e 2316.º do C.Civ.[1]

São menos líquidos os exemplos de declaração ficta por vezes apresentados na doutrina, pois alguns deles correspondem, verdadeiramente, a manifestações de valor declarativo legal do silêncio. Assim, para C. Mota Pinto, há declaração ficta nos casos dos arts. 923.º, n.º 2, e 1054.º do C.Civ.[2] Deve, contudo, entender-se, seguindo a construção de Castro Mendes[3], conterem-se nestes preceitos exemplos de valor declarativo legal do silêncio.

A delimitação entre a declaração ficta e o silêncio com valor declarativo legal estabelece-se com base no critério acima liminarmente estabelecido e adiante desenvolvido: o silêncio consiste sempre numa omissão e é esse o caso dos arts. 923.º, n.º 2, e 1054.º

Partindo da ideia acima firmada, exemplos de declaração ficta encontram-se no regime do n.º 2 do art. 2057.º do C.Civ., quanto à aceitação da herança, e no do art. 314.º, relativo à confissão, ainda que, em qualquer dos casos, a lei identifique expressamente (na epígrafe dos preceitos) uma

[1] Neste sentido, C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, pág. 426.

[2] *Idem*, *ibidem*.

[3] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 62 e nota (113). No mesmo sentido se pronuncia Heinrich E. Hörster quanto ao art. 953.º, n.º 2 (*A Parte Geral*, pág. 435).

declaração tácita. Outro exemplo, ainda, é o do art. 2165.º, n.º 2, do mesmo Código, se, na solução tida como correcta, se interpretar o preceito no sentido de, consoante os casos, haver necessariamente repúdio da legítima ou do legado[1]. Assim, *v.g.,* a aceitação do legado em substituição da legítima envolve repúdio da legítima, sem se poder provar vontade do sucessor em sentido contrário.

500. Valor declarativo do silêncio

I. Resta agora analisar a modalidade de declaração por omissão, o que corresponde a determinar se, e quando, o silêncio tem no domínio jurídico, valor declarativo.

O primeiro ponto a esclarecer, para boa compreensão da exposição subsequente, respeita à determinação do que se entende, em Direito, por *silêncio*.

Desde logo, não é o sentido corrente da palavra, como falta de som, ou abstenção de falar, que ao Direito interessa. Silêncio, enquanto modalidade de declaração, significa toda a *omissão de conduta*.

Deste modo, importa agora apurar se a omissão de conduta pode valer, juridicamente, como manifestação de vontade[2].

II. Nesta matéria duas soluções de sinal contrário estão primariamente abertas à opção do legislador.

Segundo uma delas, entende-se que a abstenção de qualquer comportamento não pode ter valor jurídico, pois não exprime qualquer vontade. Assim, se alguém omite pura e simplesmente uma conduta perante o comportamento de outrem, tal não significa concordância com esse comportamento ou discordância dele. Era a posição romanista, expressa no brocardo *qui tacet neque negat neque utique facetur*.

Na solução oposta, traduzido no conhecido aforismo popular *quem cala consente*, ou, na fórmula latina *qui tacet, consentire videtur* recebida do Direito Canónico, o silêncio vale como manifestação de vontade positiva, em relação a um comportamento de outrem.

---

[1] Retoma-se, aqui, o entendimento sustentado em *Lições de Direito das Sucessões*, pág. 435.

[2] É essencial tomar consciência de que o problema em análise é apenas o do valor do silêncio como declaração negocial. A omissão de conduta pode ter relevância noutros campos que aqui não estão em análise (cfr. Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 65-66). Sobre esta matéria, *vd.*, ainda, I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 128 e segs.; Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 134 e segs.; Cabral de Moncada, *Lições*, vol. II, págs. 223 e segs.; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 423 e segs.; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 37 e segs.; Menezes Cordeiro, *Teoria Geral*, vol. I, págs. 579 e segs., e *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 545-547; e E. Betti, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 273 e segs.

Entre estes dois entendimentos, encontrou a dogmática jurídica uma terceira via, segundo a qual o silêncio, a omissão de conduta, não vale necessariamente como manifestação de vontade, tendo apenas valor jurídico quando exista a possibilidade e o dever de adoptar certo comportamento e este seja omitido. Assim se exprime o significado do silêncio no conhecido brocardo latino *qui tacet, cum loqui potest et debet, consentire videtur*.

A correcta compreensão do valor declarativo do silêncio depende do apuramento do verdadeiro alcance da fórmula acima exposta.

É corrente, de certo por inércia fundada num entendimento literal da fórmula latina, ligar o valor do silêncio à possibilidade e à *obrigação* de falar[1]. Esta forma de conceber o valor declarativo do silêncio levanta algumas dificuldades de construção, como se pode ver em Manuel de Andrade e Cabral de Moncada. Na verdade, quando haja obrigação de adoptar uma conduta positiva, o problema que se põe, se a parte vinculada adoptar uma atitude omissiva, é o de responsabilidade civil pela omissão do comportamento *devido* e não o do valor declarativo do silêncio.

Num sentido técnico-jurídico rigoroso, a colocação correcta do problema é a seguinte: o silêncio tem valor declarativo quando exista o ónus[2] de adoptar certo comportamento e este for omitido[3].

III. O problema do valor do silêncio foi largamente debatido pela doutrina portuguesa no domínio do Código velho em virtude de nele nada se estatuir a tal respeito. Hoje, a questão encontra-se em grande medida ultrapassada, porquanto o novo Código Civil se ocupou dela directamente no seu art. 218.º A solução do Código vigente consagra a fórmula intermédia acima indicada, embora sob configuração linguística diferente. O silêncio vale, para o Código, como declaração de vontade, quando a lei, os usos ou a convenção das partes lhe dêem significado de declaração negocial. Bem vistas as coisas, estatuiu-se aqui, sob outra forma de dizer, que o silêncio vale como manifestação de vontade quando haja o ónus (legal, usual ou convencional) de adoptar certo comportamento.

IV. Podem alinhar-se alguns exemplos para ilustrar estas três hipóteses de valor declarativo do silêncio[4].

Uma manifestação do valor declarativo do silêncio por determinação legal encontra-se no regime do n.º 1 do art. 1054.º do C.Civ. Segundo este

[1] Cfr. Cabral de Moncada, *Lições*, vol. II, pág. 224 e nota (2); Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 136; e Santoro-Passarelli, *Teoria Geral*, pág. 112.

[2] A seu tempo, a respeito do conteúdo da relação jurídica, será abordada a distinção entre dever e ónus (*infra*, n.º 695).

[3] Neste sentido, *vd*., por todos, I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 129-131.

[4] Além do analisado no texto, *vd*. outros exemplos nos arts. 1163.º e 1218.º, n.º 5, do C.Civ.

preceito, o contrato de arrendamento considera-se renovado, findo o prazo, se nenhuma se tiver oposto à sua renovação, nos termos previstos na lei. À omissão de oposição dá, pois, a lei o valor de manifestação da vontade de renovação, funcionando o ónus de conduta positiva no sentido de a parte, quando pretenda opor-se à renovação do contrato, ter de o declarar no prazo e na forma fixados na lei.

Os usos a que o art. 217.º se refere são os regionais, profissionais ou de certa actividade[1].

Finalmente, o silêncio pode valer como declaração se as próprias partes lhe atribuírem esse significado. Assim, se, num contrato de fornecimento, se estabelecer que ele se renova quando no final de cada período do prazo não houver denúncia por alguma das partes, verifica-se uma hipótese equivalente à do n.º 1 do art. 1054.º, acima citado, mas agora resultante de convenção das partes.

Há que entender, porém, em termos adequados o alcance do valor convencional declarativo do silêncio. Ele pressupõe uma *convenção*, isto é, um acordo das partes sobre o sentido atribuído à falta de comportamento de uma delas.

Assim, se alguém remete a outra pessoa uma proposta negocial e dela faz constar uma cláusula segundo a qual a proposta se terá como aceite na falta de resposta, dentro de certo prazo, o silêncio do destinatário não vale aceitação, pois nenhuma convenção houve com tal conteúdo.

V. Ressalta agora melhor a diferença entre a declaração tácita, presumida ou ficta, em particular das duas últimas, e a declaração por silêncio. É que, naqueles casos, tem de haver uma conduta, uma *acção*, sendo esta que constitui o facto concludente. Na declaração por silêncio, como resulta do atrás exposto, há uma omissão total de conduta, à qual a lei, em determinadas circunstâncias, atribui valor declarativo.

Deste modo, deve entender-se que não faz sentido alargar ao silêncio a distinção entre declaração expressa e tácita. Mas, se houvesse de qualificar-se em algum desses termos, no caso do silêncio a declaração seria expressa, pois à omissão de conduta é atribuído *objectivamente* o sentido declarativo decorrente do uso, da lei ou da convenção – e só esse.

[1] Para os *riscos* decorrentes do valor declarativo do silêncio segundo os usos, alerta – e bem – Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I., pág. 546. Segundo Oliveira Ascensão, para o valor do silêncio por força da lei e dos usos (*Teoria Geral*, vol. II, pág. 41), e P. Mota Pinto, para o primeiro caso (*Declaração Tácita*, págs. 690 e 699), não há aqui negócio jurídico, mas a atribuição de efeitos negociais ao silêncio.

SECÇÃO II

Forma da Declaração

501. Noção de forma

Num plano diferente do dos meios por que opera a manifestação de vontade se coloca o da forma que a declaração deve revestir. Embora haja entre eles clara conexão, são problemas distintos e como tal devem ser vistos e analisados. No primeiro caso, trata-se dos *meios* juridicamente relevantes de que o homem se pode servir para exteriorizar a sua vontade: palavras, gestos, a própria omissão de conduta; no segundo, do *modo concreto* (exterior) que deve revestir a manifestação de vontade, para ser juridicamente atendível.

Assim, a declaração feita por palavras pode ser oral ou escrita. As palavras são o meio da declaração e respeitam à modalidade que ela reveste. O facto de as palavras terem de ser reduzidas a escrito ou poderem, sem prejuízo do valor do negócio, ser ditas oralmente, é já problema de forma[1].

A partir destas considerações, define-se forma como *o modo por que se exterioriza a vontade*, ou, como dizia Castro Mendes, «o aspecto exterior que a declaração assume, o modo por que a vontade se revela»[2/3].

Esse modo de revelação da vontade pode ser mais ou menos exigente, pode depender de formalidades mais ou menos complexas, mas tem de ser

---

[1] Sobre a matéria da forma, cfr., em particular, I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 137 e segs.; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 58 e segs.; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 565 e segs.; Rui de Alarcão, *Forma dos negócios jurídicos*, *in* BMJ, n.º 86, págs. 177 e segs; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 703 e segs.

[2] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 49.

[3] A doutrina clássica distinguia *a forma interna* da *forma externa* do acto, como se pode ver em Coelho da Rocha: A forma «ou é *interna,* quando se refere ao objecto, e conteúdo no acto; ou quanto às solenidades, que se devem praticar no momento da sua celebração, como a escriptura, as testemunhas» (cfr. *Instituições*, t. I, pág. 56). Só da *forma externa* aqui se trata. Sobre a distinção entre forma interna e externa, na moderna doutrina portuguesa, *vd*. P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 705-706, e Oliveira Ascensão e P. Pais de Vasconcelos, *Forma da Livrança e Formalidade*, comentário ao ac. da Rel.Lx., de 27/JAN./98, *in* ROA, ano 60 (2000), I, págs. 310 e segs.

sempre algum. Neste sentido, *não há negócio sem forma*; e aqui o Direito não faz mais do que consagrar um imperativo lógico.

502. Distinção entre forma e formalidades

I. A manifestação da vontade pode ser despida de formalidades, como acontece quando é oral, ou ter de ser feita com respeito de solenidades mais ou menos complexas: constar de documento elaborado com observância de certos requisitos, como sejam a intervenção de testemunhas, o reconhecimento da assinatura, a intervenção do notário, etc.

Essas várias solenidades, a observar aquando da manifestação da vontade, são as *formalidades da declaração*.

Para mais fácil compreensão, considere-se o exemplo de um contrato sujeito a escritura pública. Aqui a forma do acto é escrita. Mas esta forma, neste caso, impõe a elaboração de um documento pelo próprio notário, perante quem as partes têm de comparecer para fazer as suas declarações. O notário tem de identificar as partes, ler o acto, etc. Tudo isto constitui *formalidades* do negócio.

II. Interessa esclarecer que nem sempre as formalidades respeitam à forma do acto, ao modo da sua celebração. Neste domínio, identificam-se, além das formalidades relativas à forma, as *formalidades preparatórias* ou *anteriores* ao negócio e as *formalidades posteriores* ao *negócio.*

As chamadas *formalidades preparatórias*, como a sua designação indica, precedem o acto. Assim, por exemplo, na deliberação de um conselho de família, torna-se necessário começar por convocar a reunião do conselho. A convocação do conselho é uma formalidade, mas não respeita à forma do acto; é uma formalidade preparatória, anterior a ele (cfr. arts. 1442.º e 1443.º do C.P.Civ.). Outro exemplo é o das formalidades que integram o chamado *processo preliminar*, no acto de casamento (cfr. arts. 1597.º e 1615.º e seguintes do C.Civ. e arts. 134.º e segs. do C.R.Civ.).

As formalidades também podem ser *posteriores ao acto*; de igual modo neste caso elas não respeitam à forma. Retomando o exemplo do contrato de casamento, a sua eficácia e oponibilidade dependem da inscrição no registo civil. Esta é uma formalidade posterior.

Considerando justamente o casamento civil, cabe agora verificar como nele se identificam, com facilidade, os três tipos de formalidades acima indicados. Surgem, em primeiro lugar, as formalidades relativas ao processo preliminar, que são formalidades preparatórias; formalidades relativas à forma são as inerentes à celebração do acto, descritas no art. 155.º do C.R.Civ.;

finalmente, o registo é uma formalidade posterior (arts. 180.º e seguintes do mesmo Código), em geral destinada a assegurar aos actos a ele sujeitos plena eficácia (contra terceiros).

503. Formalidades *ad substantiam* e formalidades *ad probationem*

I. No domínio das formalidades relativas à forma do negócio jurídico há uma importante distinção a estabelecer entre *formalidades ad substantiam* e *formalidades ad probationem*.

As primeiras são impostas como condição de validade do negócio a que respeitam e, como tais, insubstituíveis por quaisquer outras. Só com elas o negócio se constitui validamente, só por meio delas o acto se pode formar.

As segundas são exigidas apenas como meio de prova do negócio, não estando, assim, inteiramente excluída a possibilidade de serem substituídas por outros meios de prova[1].

II. Importa ver o acolhimento dado pelo Direito positivo português a esta distinção.

A formulação do art. 220.º do C.Civ. sugere que a forma legal é em regra estabelecida *ad substantiam*. Contudo, o art. 364.º do mesmo Código dá acolhimento à distinção acima feita, nos seguintes termos.

Por força do n.º 1 deste preceito, quando a lei exige documento autêntico, autenticado ou particular, a formalidade é substancial uma vez que só se admite a sua substituição por meio de prova (nomeadamente documento) «de força probatória superior». Assim, se é exigido documento autêntico, a substituição é, em regra, de todo, impossível (art. 377.º do C.Civ.).

Contudo, o n.º 2 do art. 364.º admite o afastamento excepcional deste regime quando «resultar claramente da lei» que o documento é apenas exigido como prova da declaração. Trata-se, então, de formalidade probatória, podendo o documento ser substituído por confissão expressa[2]. Fica, porém, excluída, no caso de formalidades *ad probationem*, traduzidas na exigência de documento, a possibilidade de recurso aos meios de prova por testemunhas e por presunções judiciais (arts. 393.º, n.os 1 e 2, e 351.º, respectivamente).

---

[1] Se fosse plenamente insubstituível, uma formalidade *ad probationem* não se distinguiria das substanciais.

[2] Esta confissão pode ser judicial ou extrajudicial, «contanto que, neste último caso, a confissão conste de documento de igual ou superior valor probatório» (n.º 2 do art. 364).

504. O princípio da liberdade de forma

I. Ao estabelecer a distinção entre negócios formais e consensuais, foram antecipados alguns pontos de interesse para a matéria do regime jurídico da forma do negócio; deles se vai partir na exposição subsequente.

O princípio geral dominante no Direito Civil português, como na generalidade dos sistemas jurídicos modernos, é o da liberdade de forma ou, na sua designação corrente, o *principio consensualista* (art. 219.º do C.Civ.)[1].

Como resulta de afirmações anteriores relativas à própria noção de forma, o princípio consensualista não pode significar a dispensa, pela lei, da forma do negócio. O seu alcance é outro; dele resulta, quando bem entendido, que a validade da declaração não depende, em princípio, da observância de formalidades determinadas. Por outras palavras, o negócio pode revestir qualquer forma, nomeadamente a oral, e ser, como regra, válido. Daqui decorre que a necessidade de observar certo tipo de forma, como condição de validade do negócio, só existe quando a lei expressamente o determine – *forma legal*.

A necessidade de se observarem certas formalidades, na celebração de determinado negócio, pode decorrer também da vontade das partes, havendo então *forma convencional* ou *voluntária;* como se vê dos arts. 222.º e 223.º do C.Civ., adiante analisados, é diferente o regime destas modalidades de forma. Em qualquer caso, a violação da forma voluntária não põe em causa, como se verá, a validade do negócio.

A averiguação das excepções ao princípio consensualista coloca-se no plano do regime específico do negócio jurídico e em relação a cada um, em concreto. Com efeito, só perante o regime de cada negócio se pode apurar se ele deve ou não revestir uma forma determinada, isto é, quais as formalidades a observar na emissão da declaração para ser válido. A resposta a esta questão nem sequer pode ser dada por categorias de negócios jurídicos, pois é corrente um mesmo tipo negocial estar sujeito a diferentes regimes de forma, em função, nomeadamente, da natureza dos bens que tem por objecto.

Para dar apenas alguns exemplos elucidativos, veja-se primeiramente o regime de forma do contrato de doação. Se tiver por objecto coisas móveis e for acompanhado da sua tradição, assumindo a modalidade de negócio real *quoad constitutionem*, este negócio jurídico não fica dependente de formalidade alguma (primeira parte do n.º 2 do art. 947.º do C.Civ.); se não houver tradição, a doação só é válida se for feita por escrito (segunda parte do mesmo preceito). Por seu turno, a doação de coisas imóveis, para ser válida, tem de ser celebrada por escritura pública ou por documento particular autenticado (n.º 1 do art. 947; na redacção do Decreto-Lei n.º 116/2008, já citado). Também o contrato

[1] Esta designação é restritiva e vem dos tempos em que o contrato era a figura central do acto voluntário.

de sociedade, como já exposto, só está sujeito a forma especial, quando os sócios entrem para a sociedade com coisas imóveis (art. 981, n.º 1, do C.Civ.); como oportunamente assinalado, este tipo de solução foi adoptado, após o Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, para vários outros negócios. O mesmo regime seguia a compra e venda até a alteração legislativa operada pelo Decreto-Lei n.º 255/93, de 15 de Julho. Por força deste diploma legal, a compra e venda com mútuo, com ou sem hipoteca, que tenha por objecto prédio urbano ou fracção autónoma destinado a habitação, desde que o mutuante seja uma instituição de crédito autorizada a conceder crédito à habitação, pode ser celebrado por documento particular[1] com as assinaturas reconhecidas por notário (arts. 1.º e 2.º).

Noutros casos, como acontece com o testamento (arts. 2204.º e seguintes) e os actos de instituição de uma fundação (art. 185.º, n.os 1 e 3) e de uma associação (art. 168.º, n.º 1), os negócios dependem sempre da observância da forma exigida por lei, embora no testamento e no acto de instituição de uma fundação ela não seja sempre a mesma[2].

II. No plano dos princípios é, pois, o regime consensualista que domina, sem embargo de se chamar a atenção para a relevância da vontade das partes nesta matéria.

A opção do legislador por este princípio da liberdade de forma revela que ele entendeu deverem aqui prevalecer razões ligadas à facilitação do tráfico jurídico, que justificam os inconvenientes da perda da maior ponderação na celebração do acto, da mais fácil prova dos seus termos e da certeza nas relações jurídicas[3].

A análise do Direito positivo revela, porém, que o princípio consensualista tem um campo de aplicação menos vasto do que a formulação genérica da lei poderia levar a supor. São, na verdade, relativamente numerosas as excepções estabelecidas pelo legislador, impondo, para negócios de tipos muito diferentes, a necessidade de observância de formalidades mínimas, sob pena da sua invalidade, apesar de, recentemente, se ter verificado uma evolução no sentido de *facilitar* a celebração de um número significativo de negócios, para os quais, sem deixar de os sujeitar a forma legal, esta foi *aligeirada* (cfr. Decreto-Lei n.º 64-A/2000, de 22 de Abril, e, mais recentemente, Decretos-Leis n.º 76-A/2006 e n.º 116/2008).

---

[1] Este documento obedece a modelo próprio, que foi aprovado pela Portaria n.º 669-A/93, de 16/JUL.

[2] Pode também a forma de um acto depender da de outro, com o qual mantém conexão (cfr. art. 262.º, n.º 2, do C.Civ., relativo à procuração).

[3] C. Mota Pinto fazia uma larga análise e uma impressiva listagem das vantagens e dos inconvenientes da exigência de forma (*Teoria Geral*, págs. 429-431). Cfr., também, Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 64-65, e Menezes Cordeiro, *Teoria Geral*, vol. I, págs. 653 e segs., e *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 567-569.

Contudo, nem por isso o princípio perde relevância. Na verdade, o sistema, neste domínio, é consensualista, a esta luz se devendo, nomeadamente, apurar o sentido da forma legal e fixar o seu regime. Como bem assinala Menezes Cordeiro, a base consensualista do sistema impõe que as normas que estatuem a forma legal «devem ser interpretadas sem extensões nem analogias, nos precisos termos impostos» por elas[1]. Não admitem, pois, dado o seu carácter excepcional, aplicação analógica (art. 11.º do C.Civ.).

505. Forma legal, forma convencional e forma voluntária

O afastamento do princípio da liberdade de forma pode resultar da lei e da vontade das partes.

Quando a lei exige certas formalidades como requisito da validade do negócio, há *forma legal*. Segundo se apura dos arts. 219.º e 220.º do C.Civ., só cabe falar, com rigor, em forma legal quando as formalidades exigidas sejam *ad substantiam*.

Mas, para além da forma legal, e como manifestação específica da autonomia privada, a lei expressamente atribui relevância à vontade das partes na fixação da forma do negócio. Tomando a expressão num sentido amplo, pode então falar-se de *forma voluntária*.

Contudo, por razões adiante desenvolvidas, há que distinguir, neste domínio, entre *forma voluntária* (art. 222.º do C.Civ.) e *forma convencional* (art. 223.º do C.Civ.). A forma convencional pressupõe uma convenção ou acordo por força do qual as partes se vinculam a adoptar certas formalidades para determinado ou determinados negócios que intentam celebrar. Quando a forma é adoptada livremente pelas partes (entenda-se, sem que tal resulte da lei ou de convenção passada entre elas), diz-se *voluntária*.

A distinção entre forma convencional e forma voluntária nem sempre é feita pela doutrina. Assim, se I. Galvão Telles[2], C. Mota Pinto[3], Oliveira Ascensão[4] e Menezes Cordeiro[5] a acolhem, já Castro Mendes considerava estar-se perante designações equivalentes[6]. O entendimento correcto é o de não haver, entre estas duas modalidades de forma dependente da vontade das partes, uma simples distinção conceitual, que sempre seria importante; a demarcação daquelas modalidades de forma impõe-se por relevantes diferenças de regime. Em qualquer caso, não pode deixar de se reconhecer que

[1] *Teoria Geral*, vol. I, págs. 662-663, e *Tratado*, vol. I, T. I, pág. 571.
[2] *Manual*, págs. 147-149.
[3] *Teoria Geral*, pág. 432 e nota (540).
[4] *Teoria Geral*, vol. II, págs. 62-64.
[5] *Teoria Geral*, vol. I, págs. 671-672, posição mantida em *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 575-577.
[6] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 52.

não primam pela clareza os arts. 222.º e 223.º do C.Civ., onde a distinção se filia.

506. Regime da forma legal

I. A exposição do regime da forma legal devia desdobrar-se em vários momentos: negócios a ela sujeitos, modalidades de formalidades a observar e âmbito de aplicação.

Razões já atrás alinhadas excluem o tratamento genérico do primeiro ponto. Há, pois, que abordar agora o segundo, reservando para o último, pela sua maior importância, um número autónomo.

II. A circunstância de a lei, em determinados casos, impor a adopção de formalidades específicas na realização de certo negócio pode advir de vários factores. Antes do mais, prevalecem razões de segurança e certeza na vida jurídica. A adopção da forma escrita permite não só apurar com mais facilidade se certo negócio foi ou não praticado, mas ainda qual o seu conteúdo. Também razões de ponderação podem justificar uma maior exigência de formalidades. Na verdade, e tomando o que se passa, por exemplo, na outorga de uma escritura pública, a necessidade de preparar o acto, de comparecer perante o notário, de ouvir ler e explicar o seu conteúdo, para só no final de todas estas formalidades o assinar (art. 50.º, n.os 1 e 2, do C.Not.) leva decerto as partes a pensar bem no acto que vão praticar ou, pelo menos, dão-lhes tempo e condições para o fazerem. Razões similiares prevalecem, quanto à ponderação do conteúdo do acto, à sua certeza e correspondência à vontade dos seus autores, nos documentos particulares autenticados [artºs 50º e 51º, nº 1, al. a), do C. Not.] Nos casos em que a forma do acto exige a intervenção de funcionário há ainda a vantagem da fiscalização da sua legalidade (cfr. arts. 173.º, n.º 1, e 174.º do C. Not.). É esta uma razão de ordem pública, traduzida na necessidade de assegurar o prestígio da lei, e também de ordem particular, tendo aqui em vista evitar às partes a desvantagem de praticarem actos que mais tarde não podem produzir os efeitos por elas pretendidos.

III. De um modo geral, nos negócios formais, as formalidades impostas pela lei consistem na sua redução a escrito, devendo a declaração das partes constar de documento, que pode revestir diversa natureza. O próprio legislador relaciona a ideia de negócio formal com a de negócio que deve constar de documento, como se vê, de modo flagrante, do art. 238.º do C.Civ., quando realça o papel que na interpretação dos negócios formais tem o «texto do respectivo documento». O mesmo se diga do art. 221.º

Em certos negócios, porém, a lei impõe outras formalidades, como seja a intervenção de testemunhas, como acontece no casamento (art. 154.º, n.º 2, do C.R.Civ.); a exigência de certo tipo de reconhecimento notarial das assinaturas ou a exibição de certas licenças ou autorizações, como se impõe no contrato-promessa de compra e venda, em certos casos (art. 410.º, n.º 3); ou, ainda, segundo alguma doutrina[1], a entrega da coisa no negócio real *quoad constitutionem*. Uma coisa, porém, é certa, no Direito moderno: essas formalidades não impõem, em regra, a necessidade de observar certos ritos ou fórmulas rígidas, como acontecia em certa fase do Direito Romano. Só em casos muito contados se podem hoje assinalar excepções, sendo o casamento, por certo, no Direito Civil[2], o exemplo mais significativo. Assim, para além de outras solenidades, enumeradas, com significativo pormenor, nas várias alíneas do n.º 1 do art. 155.º do C.R.Civ., a sua al. *e*) impõe que cada um dos nubentes pronuncie certas palavras, taxativamente indicadas na lei, o mesmo se passando com o conservador, por força do n.º 2 do mesmo preceito[3].

IV. Os documentos de que deve constar um negócio jurídico, para ser válido, numa distinção clássica, podem ser *autênticos*, *autenticados* e *particulares.* Embora o n.º 1 do art. 362.º do C.Civ. só refira a primeira e a última modalidade, resulta do seu art. 377.º a necessidade de fazer menção autónoma dos documentos autenticados, como modalidade muito especial dos documentos particulares[4].

Num sentido amplo, consignado na segunda parte do art. 362.º do C.Civ., *documento* é qualquer objecto elaborado pelo homem tendo em vista «reproduzir ou representar uma pessoa, coisa ou facto». Assim, tanto é documento a acta da sessão da assembleia geral de uma associação, como uma lápide funerária, a planta de um edifício, um quadro que reproduz a cena de assinatura de uma convenção internacional, ou um registo fotográfico, fonográfico ou magnético.

Contudo, à matéria da forma legal interessam fundamentalmente os documentos escritos e é a estes que quadra a distinção acima referida. Todavia, às modalidades clássicas há hoje que aditar, por efeito das mais recentes evoluções técnicas, os *documentos electrónicos* e a *assinatura digital*, que, à semelhança de outros,

---

[1] Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 52.

[2] No Direito Público podem citar-se vários casos de actos sujeitos a fórmulas consagradas na lei, como sejam, em alguma medida, os actos legislativos ou as fórmulas de juramento na aceitação e posse de funcionários ou de membros de órgão de soberania (cfr. art. 127.º da Const. e Port. nº 62/2009, de 22/Jan.).

[3] Cfr. também o que atrás se diz quanto ao regime particular da compra e venda.

[4] Como adiante se dirá, nestes há ainda a referir os que, em certos casos, exigem o reconhecimento notarial e que se podem denominar *reconhecidos* (cfr. Menezes Cordeiro, *Teoria Geral*, vol. I, pág. 682).

o sistema jurídico português acolheu pelo Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto[1] .

Os documentos *autênticos*, que com mais rigor se diriam *públicos*, segundo a noção contida na primeira parte do n.º 2 do art. 363.º, são os elaborados com observância das formalidades legais, nos limites da sua competência, por autoridades públicas ou funcionários públicos providos de fé pública, dentro do círculo de actividade que lhes é atribuída.

Os documentos *particulares* podem definir-se, por exclusão de partes (cfr. art. 363.º, n.º 2, *in fine*), como sendo todos os documentos não autênticos. Numa formulação pela positiva, são documentos elaborados pelas partes, sem intervenção de agentes públicos.

Essencial, no documento particular, é a sua assinatura pelo autor ou autores[2] (n.º 1 do art. 373.º do C.Civ.), embora a lei exija formalidades particulares se o autor não souber ou não o puder ler (n.º 2 do mesmo preceito), e admita a assinatura por outrem – *a rogo* –, se o autor não souber ou não puder assinar (n.os 1 e 3 do citado artigo).

Os documentos particulares ganham maior relevância se houver reconhecimento notarial da letra e da assinatura ou só da assinatura, dependendo essa mais valia da modalidade do reconhecimento, como resulta dos arts. 374.º e 375.º do C.Civ. Na verdade, o reconhecimento pode ser *simples* ou *presencial,* para além de poder ser ainda acompanhado de menções especiais feitas pelo notário. O reconhecimento simples ou por semelhança vale apenas como juízo pericial quanto à veracidade da letra ou da assinatura. Já o reconhecimento presencial, por o documento ser elaborado e assinado ou só assinado perante o notário, tem mais valor, pois neste caso a letra e a assinatura, ou só esta, têm-se por verdadeiras.

A importância destas distinções quanto ao regime dos documentos particulares, em matéria de forma do negócio jurídico, decorre do facto de, por vezes, a lei se contentar com um documento particular, mas exigir estas formalidades adicionais (cfr. art. 410.º, n.º 3, do C.Civ.).

Os documentos autenticados são primariamente documentos particulares (n.º 3 do art. 363.º), que ganham um valor particular por serem confirmados pelas partes, perante notário, também aqui com observância das normas notariais, ou perante outras entidades para tanto competentes: advogados,

[1] Alterado pelos Decs.-Leis nºs 62/2003, de 3/Abr., 165/2004, de 7/Jun., 116-A/2006, de 26/Jun., 88/2009, de 9/Abr., tendo este último republicado o Dec.-Lei nº 290-D/99, de 2/Ago.

O Dec.-Lei nº 88/2009 alterou também e republicou o Dec.-Lei mº 116-A/2006, que criou o Sistema de Certificação Electrónica do Estado – Infra-Estrutura de Chaves Publicas (SCEE).

Vd., também, a Portaria nº 597/2009. De 4/Jun., que estabelece «os termos a que obedece o resgisto das entidades certificadoras que emitem certificados qualificados».

[2] A lei atribui, porém, algum valor a *registos*, *escritos* ou *notas,* habitualmente não assinados (arts. 370.º e 385.º do C.Civ.).

câmaras de comercio e indústria, serviços de registo e solicitadores (artº 24º do Decreto-Lei nº 116/2008).

Esta intervenção do notário dá um valor especial ao documento particular autenticado, pois lhe atribui a mesma força probatória dos documentos autênticos. Contudo, há uma importante restrição no campo da forma, que aqui mais interessa, porquanto, sendo exigido documento autêntico como requisito da forma legal do negócio, o documento autenticado não o substitui. É este o regime do art. 377.º do C.Civ.

Os *documentos electrónicos* caracterizam-se por, em si mesmos, não terem suporte físico, mas electrónico (electromagnético ou óptico). São documentos elaborados mediante o processamento electrónico de dados [art. 2.º, al. *a*), do Decreto-Lei n.º 290-D/99]. Estes documentos, observadas determinadas formalidades, satisfazem o requisito legal de forma escrita, valendo como documento particular, se lhe for aposta assinatura digital (arts. 3.º e 4.º do mesmo diploma legal), como, de resto, ficou referido a propósito de certas modalidades de celebração do negócio.

A *assinatura digital* é um processo de *assinatura electrónica* que, por sua vez, é o resultado do processamento electrónico de dados, que pode ser utilizado para dar a conhecer a autoria de um documento electrónico a que seja aposta [art. 2.º, als. *c*) e *b*), do Decreto-Lei n.º 290-D/99]. A assinatura digital aposta a um documento electrónico, desde que observados os requisitos legais, vale como assinatura autógrafa de documentos com forma escrita sobre suporte de papel (art. 7.º do mesmo diploma legal).

V. A observância do ónus correspondente, no preenchimento da forma legal, só se obtém quando na elaboração do respectivo documento sejam respeitados os formalismos exigidos por lei. Quando assim não aconteça, o próprio documento sofre de um vício e não pode valer como documento do tipo respectivo. Por exemplo, se numa escritura pública se verificarem vícios na sua elaboração, ela não vale como documento autêntico.

Como é manifesto, em tais casos o vício do documento pode projectar-se na própria validade do negócio nele consubstanciado. Se, no exemplo acabado de referir, o negócio em causa dever constar de escritura pública, sendo esta nula, a forma legal não foi respeitada; daí decorre a nulidade do correspondente negócio jurídico.

A questão que aqui se coloca, uma vez que os documentos não têm todos o mesmo valor, nem obedecem às mesmas formalidades, é a de saber se um documento viciado pode valer como documento menos solene. Quando a resposta seja afirmativa, opera-se uma *conversão formal* do documento.

A conversão formal é admitida pela doutrina corrente, nomeadamente pela portuguesa, e não é contrariada pelo Direito positivo, antes se ajustando ao regime estatuído nos arts. 366.º e 376.º, n.º 3, do C.Civ.[1].

Cabe esclarecer, desde já, que a chamada *conversão formal* se demarca do verdadeiro fenómeno da conversão do negócio jurídico, que a seu tempo será estudado. O perfeito esclarecimento da matéria depende da fixação do próprio conceito de conversão, mas pode adiantar-se, por ora, que o entendimento acima firmado merece o acolhimento da doutrina moderna dominante, portuguesa e estrangeira[2].

507. Âmbito da forma legal

I. O terceiro ponto do regime da forma legal acima enunciado envolve a questão de saber se, sendo o negócio jurídico formal, a exigência da forma legal cobre necessariamente todas as estipulações das partes.

A resposta a esta difícil questão vem estatuída no art. 221.º do C.Civ. Com base nesse preceito importa distinguir, antes do mais, dois tipos de estipulações do negócio: *essenciais* e *acessórias.* Na fixação do regime aplicável às últimas, interessa ainda saber se elas são anteriores, contemporâneas ou posteriores à celebração do negócio.

A solução da questão em análise não levanta dificuldades particulares relativamente às cláusulas essenciais, pois quanto a estas tem de se respeitar a forma legalmente imposta. Fica, porém, em aberto o regime da forma do negócio pelo que respeita às estipulações acessórias[3].

II. A validade das estipulações ou cláusulas acessórias não depende sempre da observância da forma legal. Relevam aqui as distinções acima feitas quanto à modalidade de tais estipulações.

O regime mais liberal é o das cláusulas acessórias *posteriores* à celebração do negócio, pois a lei dispensa, quanto elas, a forma legal, salvo «se as razões da exigência especial da lei lhes forem aplicáveis» (n.º 2 do art. 221.º). Abrangem-se aqui os chamados pactos modificativos; quanto aos abolitivos ou extintivos não é de aplicar o preceito[4]. Não é sempre tarefa fácil apreender

---

[1] Para maiores desenvolvimentos, *vd*. o nosso estudo, *A Conversão*, págs. 700-706.

[2] Cfr. est. cit. na nota ant., págs. 707-710, e, ainda, Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 430.

[3] Sobre as estipulações verbais acessórias, *vd*. I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 149-150, e Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 73-74.

[4] Neste sentido, Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 56, Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 73, e Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil*, vol. I, págs. 211-212; contra, C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 432-433. Cfr. o art. 80.º, n.º 2, al. *b*), do C.Not.

quais são as razões determinantes da exigência da forma legal; daí que o preceito só na sua aplicação casuística resultará plenamente esclarecido.

Se se tratar de estipulações *anteriores* ao documento ou *contemporâneas* dele, rege o n.º 1 do art. 221.º Dele se vê que, se não for observada a forma legal, essas estipulações são nulas, «salvo quando a razão determinante da forma lhes não seja aplicável e se prove que correspondem à vontade do autor da declaração». Ainda que a lei se refira a estipulações verbais, de certo por ser o caso mais flagrante, é manifesto que o mesmo regime se aplica a estipulações escritas, se o documento de que elas constam tiver menor força legal que o exigido para o negócio[1].

Pode, assim, formular-se aqui uma presunção de *plenitude do negócio* jurídico formal, no momento da sua celebração, segundo a qual se entende que as partes incluíram no acto tudo o que quiseram regular. Para além disso, em princípio, nada vale.

A excepção da parte final do n.º 1 do art. 221.º só cobre os casos de cláusulas não essenciais que não integrem o documento, quando se prove que foram queridas pelas partes e não sejam invocáveis, em relação a elas, as razões determinantes da forma legal do acto. Será o caso, por exemplo, na compra e venda, de cláusulas relativas ao montante do preço ou ao lugar ou prazo do seu pagamento.

Mas, ainda assim, a relevância prática deste regime é fortemente restringida pelo regime de prova de tais cláusulas, mesmo quando meramente adicionais. Com efeito, o art. 394.º exclui, neste domínio, a prova por testemunhas, regime alargado à prova por presunções judiciais, nos termos do art. 351.º do C.Civ., Restam, como meios de prova viáveis, a confissão e os documentos de valor probatório igual ou superior ao exigido para o negócio.

508. Regime do vício de forma

I. A inobservância das formalidades legais *ad substantiam* determina um vício do negócio jurídico, correntemente identificado como *vício de forma*, por oposição a vícios de substância ou substanciais.

As observações antes feitas não deixam já dúvidas quanto ao facto de o vício de forma afectar a validade do negócio. Resta apenas apurar de que modalidade de invalidade se trata e apontar alguns aspectos mais significativos do seu regime.

---

[1] No mesmo sentido, *vd*. Menezes Cordeiro, *Teoria Geral*, vol. I, nota (22) da pág. 673.

II. *De iure condito*, estatui o art. 220.º do C.Civ. que «a declaração negocial que careça de forma legalmente prescrita é nula…». Este, porém, é apenas o regime geral do vício de forma, porquanto a parte final do preceito prevê e admite outras sanções, quando expressamente estatuídas na lei para casos especiais, isto é, para regimes particulares de forma do negócio jurídico.

O regime geral estatuído no art. 220.º, pela sua singeleza, quanto ao valor do negócio, não dá lugar a dúvidas, no plano do Direito constituído; nem por isso deixa de merecer algumas observações, embora breves.

O preceito em análise estabelece, como regime geral, e sem distinções, neste plano, a nulidade como valor negativo do vício de forma[1]. Significa isto que o legislador entendeu desnecessário atender ao grau de desconformidade existente entre a forma legal e a forma adoptada pelas partes. Assim, um negócio de compra e venda de um prédio urbano, se não for observada a forma legal, para a lei, é sempre nulo, sendo indiferente que seja celebrado por documento escrito ou por simples declaração verbal.

Segundo a solução de há muito sustentada – que se mantém – nos casos de mais grave desconformidade entre a forma legalmente exigida e a adoptada – identificáveis como de falta *absoluta* de forma –, o regime adequado seria o de inexistência jurídica. Como é manifesto, está aqui pressuposta a necessidade dogmática de distinguir entre nulidade e inexistência, problema a tratar em sede do valor do negócio jurídico.

A benefício de demonstração ulterior, e reafirmando que o art. 220.º não distingue, chama-se desde já a atenção para o facto de, visto no seu conjunto, mesmo no plano do Direito positivo, não ser de todo indiferente se, no exemplo acima dado, as partes reduziram a compra e venda a escrito particular ou só observaram a forma verbal, nas suas declarações.

Oliveira Ascensão questiona a correcção da solução legal, ao estabelecer a nulidade como consequência da violação de formalidades legais *ad substantiam*, a propósito da aparência do negócio como critério da inexistência. Chama, para o efeito, à colação o regime do art. 1259.º, n.º 1, do C.Civ., ao declarar, *a contrário*, não titulada a posse emergente de negócio ferido de vício formal. Mas conclui que não há indício, na lei, de o vício de forma gerar a inexistência[2].

De *iure condito*, não parece possível ir além da posição atrás enunciada.

---

[1] Sobre este ponto cfr., especialmente, I. Galvão Telles, *Manual*, pág. 139; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 67; e C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 433 e segs.; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 70-72; Menezes Cordeiro, *Teoria Geral*, vol. I, págs. 659 e segs; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral,* págs. 718 e segs.

[2] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 370.

III. O art. 220.º limita-se a estabelecer, como solução geral, a nulidade do negócio com vício de forma, nada estatuindo quanto ao seu regime. Segue-se, deste modo, o geral deste tipo de invalidade, contido no art. 286.º do C.Civ., complementado pelos arts. 289.º a 293.º do mesmo Código.

Algumas notas particulares cabe, contudo, destacar a este respeito. Desde logo, é importante assinalar o facto de o vício de forma constituir um dos campos clássicos de actuação da conversão comum[1]. A conversão opera aqui mediante a atribuição, ao negócio nulo, de mera eficácia preliminar. Assim, o contrato de compra e venda nulo por vício de forma é convertível mediante a atribuição de eficácia sucedânea própria de um contrato-promessa de compra e venda[2]/[3].

IV. Outra questão que assume particular relevo no regime do vício de forma é a de saber até onde é admissível a paralisação dos efeitos da nulidade, o que implicaria a impossibilidade de o vício de forma ser invocado pela parte que para ele tivesse contribuído, nomeadamente por ter induzido a contraparte a não respeitar a forma legal ou por ter nela criado a convicção de tal vício não ser invocado.

O legislador faz, por vezes, recurso à boa fé neste domínio, excluindo justamente a invocação do vício de forma em casos como os acima descritos (cfr., *v.g.,* art. 410.º, n.º 3, do C.Civ.). A questão acima colocada é a de saber se, fora dessas aplicações positivas da solução que paralisa a invocação da nulidade formal do negócio, esta pode ser admitida.

O problema merece de há muito a atenção da doutrina portuguesa que, contudo, tem sobre ele defendido posições não coincidentes; ao lado de Autores que, em termos mais ou menos abertos, admitem a não invocação da nulidade, outros sustentam a inadmissibilidade desta solução, defendendo a de indemnização da outra parte[4].

Devem aqui ser ponderados argumentos contrapostos. Por um lado, são, em geral, de ordem pública as razões determinantes da exigência de forma legal, o que aponta para a prevalência da nulidade do negócio. Por outro, o já assinalado cariz consensualista do sistema determinaria um entendimento

---

[1] Verificados, como é manifesto, os requisitos de funcionamento deste instituto.

[2] Cabe salientar, dando assim conteúdo a afirmações anteriores, estar a conversão afastada, neste caso, se a forma adoptada for verbal.

[3] Para maiores desenvolvimentos, para esta aplicação específica da conversão comum, *vd*. o nosso estudo *A Conversão,* págs. 268-273.

[4] Cfr., Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 145, e *Sobre as cláusulas de liquidação de partes sociais pelo último balanço*, págs. 100-101; I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 139-140; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 65; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 435 e segs.; e Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 571 e segs.

Para uma análise mais desenvolvida, c/referências doutrinais e jurisprudenciais, *vd*. P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 718 e segs.

restritivo dos efeitos da exigência da forma legal, favorável à conservação do negócio jurídico e à tutela da confiança da contraparte. Importa ainda ter presente, no balanço destas razões, o facto de o legislador *temperar* já, no plano do regime comum, a relevância da forma legal, quanto à sua exigência relativamente a certas estipulações negociais.

Em regra, é de dar preferência à segunda solução, mas apenas quando prevaleçam razões particularmente significativas, consubstanciadas, em comportamentos juridicamente *condenáveis* da parte que da nulidade se quer prevalecer. Fora disso, a exigência de forma legal revestindo, embora, carácter excepcional, quando imposta, tem de se entender ditada por razões superiores de interesse geral.

509. Regime da forma voluntária

I. Na exposição do regime da *forma voluntária* convém ter presente que se atribui a esta expressão um sentido próprio, por contraposição à *forma convencional*, aspecto este relevante para a fixação do campo de aplicação do instituto[1].

O n.º 1 do art. 222.º do C.Civ., cuja epígrafe é «âmbito da forma voluntária », identifica-a como a adoptada pelas partes sem ser exigida por lei. Segundo o entendimento perfilhado, em rigor, só há forma voluntária se, para além da hipótese referida na lei, não houver também convenção das partes sobre a forma do negócio; se esta existir, ocorre um caso de forma convencional.

Para traduzir estas ideias, afirma-se que a forma voluntária pressupõe um *negócio com forma livre*, isto é, não sujeito a forma *imposta* nem por lei nem por convenção das partes.

O art. 222.º, na lógica do sistema legal, refere-se à forma voluntária escrita e coloca o problema do seu âmbito quanto a estipulações verbais. Contudo, em boa verdade, o seu regime é aplicável a outras hipóteses, pois há forma voluntária se forem adoptadas formalidades mais solenes do que aquelas a que as partes estavam sujeitas; por exemplo, a lei exige apenas documento particular e as partes celebram o negócio por escritura pública.

II. Feito este esclarecimento, pode seguir-se o esquema legal na fixação do regime da forma voluntária.

O confronto dos dois números do art. 222.º revela haver que distinguir três hipóteses, quanto ao âmbito da forma voluntária, consoante estejam em

[1] Sobre o âmbito da forma voluntária, *vd*. Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 73-74; Menezes Cordeiro, *Teoria Geral*, vol. I, pág. 674, e *Tratado*, vol. I, T. I, pág. 576; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, pág. 712.

causa estipulações anteriores ao documento escrito, contemporâneas dele ou a ele posteriores. Os dois primeiros casos seguem, contudo, um regime comum.

O problema coloca-se nos seguintes termos. As partes adoptaram livremente uma forma escrita, mas fizeram estipulações verbais relativamente a esse mesmo negócio. Qual o seu valor?

Sendo as estipulações verbais anteriores à elaboração do documento ou contemporâneas dele, elas são válidas se corresponderem à vontade do declarante[1] e para elas não houver exigência legal específica de forma. Caso contrário são inválidas. Assim, num contrato de empreitada civil feito por escrito, é válida a estipulação verbal do prazo de pagamento do preço; mas já não é válida a estipulação verbal de domicílio electivo das partes, por depender sempre de forma escrita (art. 84.º do C.Civ.).

O regime das estipulações verbais posteriores ao escrito é mais singelo: são válidas, se a lei não exigir para elas forma escrita.

III. Visto este regime no seu conjunto, é correcto afirmar que, no fundo, desde que queridas, as estipulações verbais só não são atendidas, em qualquer dos casos, se não tiver sido observada a forma legal quanto a elas mesmas estabelecida. Por isso, o problema é aqui o do valor negativo dessas cláusulas, podendo este, nos termos gerais da redução (art. 292.º), limitar-se à própria cláusula ou inquinar todo o negócio.

510. Regime da forma convencional

I. Valem para a *forma convencional* algumas das notas apontadas quanto à forma voluntária *stricto sensu*. Assim, também aqui o problema se coloca em relação a negócios não formais e a negócios formais, quaisquer que sejam, neste caso, as formalidades exigidas por lei, desde que a convenção das partes imponha formalidades mais solenes.

Fácil é perceber a razão desta afirmação. A estipulação, pelas partes, de forma menos solene que a legal seria nula, por contrária à lei, nos termos gerais do art. 294.º do C.Civ.; por seu turno, a estipulação de forma igual à legal seria irrelevante, por prevalecerem as normas relativas à forma legal, dada a sua natureza imperativa[2].

---

[1] A prova da conformidade da estipulação verbal com a vontade do declarante cabe a quem se queira valer dessa declaração.

[2] Sobre o âmbito da forma convencional, *vd*. I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 147-148; Menezes Cordeiro, *Teoria Geral*, vol. I, págs. 674-676, e *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 576-577; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 439-440; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 710-712.

II. A convenção através da qual as partes estipulem uma forma (convencional) para a celebração de certo negócio é, em si mesma, um negócio jurídico não formal[1]; uma vez que o art. 223.º nada estabelece a esse respeito, prevalece, pois, o regime geral do art. 219.º do C.Civ.

A convenção sobre a forma respeita, nos casos mais correntes, a um negócio não formal, devendo ser aqui admitida sem restrições; nada impede, porém, que se convencione uma forma mais solene do que a estabelecida por lei, se as partes os quiserem celebrar por essa forma (cfr. art. 36.º, n.º 1, do C.Not.).

III. Na fixação do regime da forma convencional há que distinguir consoante a convenção seja anterior ou posterior ao negócio a que respeita.

Assim, as partes podem, mediante convenção prévia, estipular, para certo acto não formal que vão celebrar, a forma escrita; mas podem também convencionar reduzir a escrito um negócio já por elas celebrado verbalmente, sendo esta forma suficiente.

No primeiro caso, por força do disposto no n.º 1 do art. 223.º do C.Civ., deve presumir-se que as partes só quiseram vincular-se por aquela forma. Esta presunção é ilidível, nos termos gerais, mas limitada quanto à prova. Assim, conjugando este preceito com o n.º 1 do art. 393.º e com o art. 351.º, ambos do C.Civ., as partes não são admitidas, neste caso, a fazer prova do acto, nem por testemunhas nem por presunção judicial.

Se a convenção for posterior à celebração do acto (ou contemporânea dela), e houver fundamento para se pensar que as partes quiseram vincular-se antes da observância da forma convencionada, o n.º 2 do art. 223.º estabelece a presunção de as partes não terem querido substituir o negócio já celebrado, mas apenas visarem a sua «consolidação ou qualquer outro efeito». A intenção das partes pode ser, por exemplo, a de tornar mais claro o conteúdo do negócio, «(p. ex., dar-lhe mais clareza, tornar a prova mais segura, dar-lhe fé em face de terceiros, etc.)»[2].

IV. O Código Civil não regula especificamente as consequências da não observância da forma convencional[3].

Em rigor, em face do regime antes exposto, o problema só se levanta no caso de convenção anterior à celebração do negócio jurídico a que respeita. Neste caso, e de acordo com o melhor entendimento da segunda parte do n.º 1 do art. 223.º, é de presumir que o negócio é ineficaz. Segue-se, assim,

---

[1] É aqui concordante a opinião da doutrina; cfr., a este respeito, C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, pág. 430, e Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 53.

[2] C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, pág. 440.

[3] Este problema não se põe no caso de forma voluntária, tal como ficou entendida.

a posição sustentada por C. Mota Pinto[1]. Em qualquer caso, como assinalava Castro Mendes, «o negócio jurídico concluído com preterição duma forma convencionalmente determinada não pode *ser nulo*»[2].

V. Quanto ao âmbito da forma convencional, nada dispõe o art. 223.º Deste modo, e uma vez que ela é também «uma forma escrita não exigida por lei», é de aplicar o regime estatuído no art. 222.º para a forma voluntária.

[1] *Teoria Geral*, pág. 440.
[2] *Teoria Geral*, vol. II, págs. 70-71 (o itálico é do texto).

CAPÍTULO IV
DIVERGÊNCIAS ENTRE A VONTADE E A DECLARAÇÃO

SECÇÃO I
PRELIMINARES

511. Colocação do problema

São múltiplas as circunstâncias em que o comportamento declarativo não traduz a vontade real do autor da declaração, pois isso pode decorrer, tanto do facto de ele não querer efectivamente o negócio consubstanciado na declaração – podendo querer ou não negócio diverso do declarado –, como de não ter adoptado o comportamento adequado à revelação da sua vontade, pensando fazê-lo.

As diversas questões assim genericamente identificadas são tratadas doutrinalmente como *divergências entre a vontade declarada* (declaração) e a *vontade real* (do declarante) e envolvem uma complexa questão quanto à relevância da vontade e da declaração no negócio jurídico.

Este ponto foi já atrás debatido, pelo que agora apenas está em causa a questão noutro plano, que é o de fixar qual o regime do negócio quando ocorra uma divergência entre esses dois elementos. Na verdade, seja qual for a solução dogmática da relevância da vontade e da declaração no negócio, uma coisa é certa, havendo divergência: o comportamento do declarante não corresponde à sua vontade, impondo-se determinar o destino do negócio.

Primariamente, esta matéria levanta o problema do valor do negócio e, sendo este inválido, o do tipo da invalidade e seu regime. Em bom rigor, porém, ele não se esgota nestes pontos, pois a simples opção pela solução da validade ou invalidade do negócio não tem sempre o mesmo alcance. Projecta-se, neste domínio, sem dúvida, a polémica doutrinal acima referenciada, como facilmente se demonstra.

Suponha-se que, num determinado tipo de divergência, se deve atender à vontade e se dá o caso de ela, embora sem correspondência na declaração, ser ou poder ser conhecida do seu destinatário. Aqui, atender à vontade real significa validar o negócio de acordo com o conteúdo dessa vontade.

Se, porém, no mesmo tipo de divergência, se não verificar o requisito do conhecimento ou cognoscibilidade, pelo declaratário, da vontade real do declarante, a prevalência da vontade real não pode traduzir-se na validação do negócio com um sentido a ela correspondente. Tal solução seria gravemente injusta para o destinatário da declaração. A tutela do declarante, traduzida na prevalência da vontade real, não pode ir além de lhe atribuir direito à invalidação do acto, tal como consta da declaração.

Uma rápida demonstração do mesmo tipo se pode fazer para um caso de divergência, em que o declarante deva *responder* por ela, isto é, em que a vontade real deva ceder perante a declaração. Em primeira mão, o negócio deve valer segundo a declaração, para tutela da *confiança* do declaratário. Cabe, porém, desde já salientar que o sentido da declaração é então apurado, em sede de interpretação negocial, segundo o critério objectivo do n.º 1 do art. 236.º do C.Civ.

Mas nem sempre é assim. Se a posição do declaratário não justificar tutela, então a relevância da vontade real, no negócio jurídico, determinará, com fundamento no vício que o afecta, a sua invalidação.

512. Modalidades de divergências; razão de ordem

I. As divergências entre a vontade e a declaração podem ser arrumadas segundo mais de um critério.

A mais importante distinção a fazer, nomeadamente para quem perfilhe a teoria da responsabilidade – como é o entendimento adoptado –, é, porém, a que atende à intenção do declarante. Nesta base as divergências repartem-se em *intencionais* e *não intencionais*. Em certos casos, a vontade do declarante dirige-se à própria divergência; ele quer (psicologicamente) uma coisa, mas declara *intencionalmente* querer outra. São estas as *divergências intencionais*; todas as outras dizem-se *não intencionais*.

Nas divergências intencionais, pode, em abstracto, atender-se ainda ao fim visado pelo declarante, que o determinou a fazer uma declaração divergente da sua vontade real. A divergência, embora intencional, pode não ter em vista enganar outrem, sendo, pois, nestes casos, *não enganosa*. Noutros, porém, o declarante quer enganar o destinatário ou terceiros. Existe, pois, *animus decipiendi* e a *divergência é intencional e enganosa*. Para além disso, com o fim de enganar pode coexistir a intenção de prejudicar outrem *(animus nocendi)*

e a divergência enganosa é então *fraudulenta*. Existe, quando assim acontece, *animus fraudandi*, ou seja, para além da intenção de enganar verifica-se a de prejudicar outra pessoa. Finalmente, pode haver intenção de enganar mas não a de prejudicar, sendo, assim, a divergência *inocente*.

II. A conjugação destas modalidades de divergências conduz a tipos diferentes: *intencionais enganosas*, *intencionais não enganosas* e *não intencionais*. A existência ou inexistência de *animus fraudandi* não justifica menção autónoma e será analisada em relação a cada modalidade específica, quando influencie o respectivo regime. De resto, como adiante melhor se verá, a relevância dessa distinção é pouco significativa.

Para esclarecimento do plano de estudo adoptado, importa indicar, desde já, as divergências enquadradas em cada uma destas categorias.

As *divergências intencionais enganosas* abrangem a *simulação* e a *reserva mental*.

Divergência intencional não enganosa verifica-se nas *declarações não sérias*; todavia, por razões já antes expostas, ligadas à caracterização desta categoria, ocorre nela uma falta de vontade, que justificou o seu tratamento noutra sede.

As *divergências não intencionais* integram o *erro na declaração*, o *erro na transmissão da declaração* e o *erro no entendimento da declaração*.

Segundo um entendimento aceite por alguma doutrina – já adoptado em anteriores edições deste estudo –, divergências não intencionais são ainda a coacção física e a falta de consciência da declaração. O seu enquadramento mais adequado é, porém, o da falta de vontade, como oportunamente ficou exposto.

O Código Civil estabelece o regime de todos estes tipos de divergências nos arts. 240.º a 250.º, integrados, com discutível critério, juntamente com os relativos aos vícios na formação da vontade, numa subsecção subordinada à epígrafe «Falta e vícios da vontade».

SECÇÃO II
DIVERGÊNCIAS INTENCIONAIS ENGANOSAS

DIVISÃO I
A SIMULAÇÃO

§ 1.º
Noção e modalidades

513. Noção de simulação[1]

I. A *simulação* é a principal modalidade de divergência intencional entre a vontade real e a declarada, nomeadamente pela frequência com que ocorre na prática social e pelos complexos problemas dogmáticos implicados no seu regime.

Por simulação entende-se o *acordo* (ou *conluio*) *entre o declarante e o declaratário, no sentido de celebrarem um negócio que não corresponde à sua vontade real e no intuito de enganarem terceiros*.

A análise desta noção revela que, para haver simulação, devem ocorrer simultaneamente os seguintes elementos:

a) divergência entre a vontade real e a declarada;

b) acordo ou conluio *(pactum simulationis)* entre as partes;

c) intenção de enganar terceiros *(animus deciplendi)*.

---

[1] Sobre a matéria da simulação, em geral, para além de referências monográficas específicas adiante feitas, *vd*. I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 165 e segs.; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 152 e segs.; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 466 e segs.; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 219 e segs.; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 839 e segs.; P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 682 e segs.; e Heinrich E. Hörster, *A Parte Geral*, págs. 535 e segs. No domínio do Código revogado: Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 168 e segs., e Cabral de Moncada, *Lições*, vol. II, págs. 268 e segs. Para maior desenvolvimento, cfr. estudo de Beleza dos Santos, *A simulação*; Alberto Auricchio, *A simulação no negócio jurídico. Premissas Gerais*, (trad. port. de Fernando Miranda), Coimbra, 1964; e Rui de Alarcão, *Simulação*, *in* BMJ, n.º 84, págs. 305 e segs.

II. Esta noção decorre do n.º 1 do art. 240.º do C.Civ. e, embora seja suficientemente clara e não exija desenvolvimentos especiais, justifica ainda assim algumas notas adicionais. Uma delas prende-se com o modo como se configura a simulação relativa, pelo que se reserva o seu esclarecimento para o momento da exposição do correspondente regime; a outra respeita ao campo de aplicação do instituto.

Sendo o conluio das partes um dos elementos do conceito, logo se coloca a questão de saber se a simulação é aplicável a negócios unilaterais (em particular não recipiendos), uma vez que o referido elemento parece pressupor a existência de duas partes, como é próprio dos negócios bilaterais. A simulação tem, por certo, o seu campo de aplicação, por excelência, no contrato; não se verifica, contudo, obstáculo sério à existência de um acordo simulatório entre quem é parte no negócio unilateral e quem é seu destinatário ou até, mesmo, beneficiário da correspondente declaração, no intuito de enganar outros terceiros[1].

O próprio legislador revela que a noção do art. 240.º não exclui este entendimento, ao falar em simulação no testamento (art. 2200.º do C.Civ.), que é um negócio unilateral não recipiendo.

III. A simulação ocorre com relativa frequência na vida prática, sendo determinada por razões múltiplas: as partes fingem praticar negócios que efectivamente não querem, visando por esse meio alcançar os mais diversos fins. Compreensível é, por isso, que a simulação se apresente sob múltiplas modalidades, a algumas das quais correspondem regimes específicos; interessa, por isso, começar por fazer aqui a sua análise.

Serão, por isso, consideradas, de seguida, as mais relevantes distinções que se podem estabelecer nesta matéria e que demarcam a *simulação fraudulenta* da *inocente*, a *absoluta* da *relativa* e a *subjectiva* da *objectiva*.

514. Simulação fraudulenta e simulação inocente

A distinção entre *simulação fraudulenta* e *simulação inocente* funda-se na seguinte ordem de considerações. A simulação implica sempre a intenção de enganar terceiros. Com esta intenção pode ou não cumular-se a de prejudicar outrem *(animus nocendi)*.

Quando, além da intenção de enganar, haja a de prejudicar, a simulação diz-se *fraudulenta*; se só existe *animus decipiendi*, a simulação é *inocente*.

Com frequência significativa ocorre a simulação fraudulenta, determinada pelos mais diversos fins que a malícia humana pode criar. Assim, simula

[1] Cfr., I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 170-171; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 154 e nota (336); e Oliveira Ascensão, *Teoria Geral,* vol. II, pág. 219.

o devedor vender os seus bens para os furtar à execução dos credores; simula alguém vender a outrem alguma coisa, que efectivamente lhe doa, para evitar que a doação seja tomada em conta no cálculo da legítima na herança por morte do doador, prejudicando-se, assim, os herdeiros legitimários; declara-se, na venda, um preço inferior ao real, em prejuízo do fisco, pela redução do correspondente valor de incidência do imposto do selo, ou, pelo contrário, declara-se um valor superior ao real para afastar o interesse do titular de um direito de preferência.

E fácil seria multiplicar os exemplos deste e doutros tipos.

Menos frequentes serão os casos de simulação inocente, mas mesmo assim podem verificar-se, quer para fins de ostentação de riqueza *(ad pompam et ostentationem)*, quer para manter oculta certa realidade que, embora não seja prejudicial a terceiro, poderia ocasionar reacções desagradáveis para o simulador, se fosse conhecida. Assim, quando alguém, sem herdeiros legitimários, encobre com uma venda a doação de certos bens, pode fazê-lo apenas para evitar o desagrado dos seus eventuais herdeiros legítimos ou de familiares não contemplados na doação.

Ao contrário do que sucedia no domínio do Código de Seabra[1], a distinção tem hoje pouco interesse prático, pois o regime da simulação fraudulenta não se afasta sensivelmente do da inocente, salvo em aspectos particulares adiante assinalados.

515. Simulação absoluta e simulação relativa

I. Considerada de um ponto de vista diferente, ou seja, atendendo ao tipo de divergência verificada, a simulação pode classificar-se em *absoluta* ou *relativa*. Estas duas modalidades de simulação correspondem às seguintes realidades.

Em certos casos, o *pactum simulationis* dirige-se à celebração de um negócio e as partes não querem, na realidade, celebrar esse negócio nem qualquer outro[2]. ***A***, devedor de ***B***, simula com ***C*** vender-lhe certa coisa; todavia, ***A*** e ***C*** não querem, na verdade, a venda nem qualquer outro negócio, mas impedir que ***B***, no exercício do seu direito, penhore a coisa objecto da venda. Na linguagem corrente, fala-se aqui em *venda fantástica*. Em casos como este, a divergência diz-se *absoluta*.

---

[1] O art. 1031.º desse Código só feria de nulidade o acto se a simulação fosse fraudulenta: «os actos ou contratos, simuladamente celebrados pelos contraentes com o fim de defraudar os direitos de terceiros».

[2] Como se diz na fórmula clássica, o negócio simulado, em tais casos, *colorem habet substantiam vero nullam*.

Noutros, porém, que se podem ilustrar com o exemplo antes referido da doação encoberta por venda, as partes declaram querer certo negócio, quando, na verdade, querem outro[1]. Aqui o *negócio simulado* encobre outro acto (que é *dissimulado*); declara-se vender, mas a vontade real das partes é doar. A simulação em tal caso é *relativa*.

II. Tal como está desenhada na lei e a entende a doutrina dominante, nomeadamente a portuguesa, esta é a configuração da simulação relativa: há dois negócios, um, a que se dirige o *pactum simulationis*, o *negócio simulado*, que não é *efectivamente* querido pelas partes; outro, encoberto pela simulação, mas a que na verdade se dirige a vontade dos simuladores, que é o *negócio dissimulado*, cujos efeitos os simuladores realmente querem. Estes dois negócios são distintos e devem ser tratados autonomamente. O n.º 1 do art. 241.º do C.Civ. reflecte esta configuração do instituto, quando estatui não ser a validade do negócio dissimulado afectada pela simulação, sendo-lhe aplicável o regime que lhe corresponderia se fosse celebrado sem dissimulação[2].

Segundo outros autores, porém, o negócio dissimulado só vale se nas declarações que integram o negócio simulado se contiverem os elementos de fundo e de forma que o devem constituir. Segundo esta forma de conceber a simulação relativa, de que se encontram também algumas manifestações na doutrina portuguesa[3], de acordo com a posição de Cunha Gonçalves, não há, na realidade, dois negócios, não sendo a chamada convenção aparente mais do que *o meio* de realizar a secreta. «Daí resulta que não pode ser nula a convenção aparente e válida a secreta. Não há jamais uma tal independência entre as duas convenções»[4].

Como é manifesto, segundo esta concepção, a *reconstituição* do negócio dissimulado só se torna possível a partir dos elementos de forma e de substância do simulado. Nomeadamente, é corrente os defensores desta teoria sustentarem que a validação do negócio dissimulado opera por conversão do simulado[5].

É a primeira concepção que traduz, de modo correcto, a realidade da simulação relativa. Nela, estão em presença dois negócios, pois, para além do

---

[1] Em fórmula correspondente à citada na nota anterior, diziam os antigos que, neste caso, o acto simulado *colorem habet substantiam vero alteram*.

[2] Neste sentido se pronunciam Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 174; Beleza dos Santos, A *Simulação*, vol. I, págs. 356-357; I. Galvão Telles, *Manual*, pág. 168; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 155; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, pág. 468; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 220; e Heinrich E. Hörster, *A Parte Geral*, pág. 536.

[3] Por influência de Coviello, sustentou esta tese, na doutrina portuguesa, Abranches Ferrão, *Das Doações*, vol. I, págs. 143-145. É menos nítida a posição de Cunha Gonçalves, como se pode ver em *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, vol. V, Coimbra Editora, 1932, págs. 738-740, e vol. I, pág. 407.

[4] *Tratado*, vol. V, pág. 738.

[5] Cfr., para maiores desenvolvimentos, o exposto em *A Conversão*, págs. 741-744.

fingido, as partes dirigem, efectivamente, desde o início, a sua vontade aos efeitos de outro negócio, chegando mesmo a estabelecer para ele um *título jurídico* diferente, a chamada *contradeclaração*. Por isso, o negócio dissimulado tem de ser valorado em si mesmo, segundo os elementos integrados da simulação, ou seja, os relativos a ambos os negócios.

Como lucidamente escreveu Beleza dos Santos, «na simulação não há um acto que se transforma, há um acto aparente que é nulo e um acto real que foi querido pelas partes e que não é a transformação do primeiro»[1].

Em suma, e esta é a conformação ajustada à própria maneira de ser do instituto, na simulação relativa, as partes querem manter uma *aparência* correspondente ao negócio simulado, pois não lhes interessa revelar o acto que efectivamente celebraram e a cujos efeitos *ab initio* a sua vontade se dirige. Por isso, se a aparência não puder manter-se, por ser descoberta a simulação, o acto dissimulado não deixará de ser invocado para, sendo juridicamente possível, os seus efeitos subsistirem.

III. A distinção entre simulação absoluta e simulação relativa é particularmente relevante e, como adiante melhor se exporá, vai repercutir de forma significativa no regime dos efeitos da simulação. Na verdade, enquanto na simulação absoluta só há a considerar o negócio simulado, na relativa tem de se levar ainda em conta o dissimulado e fixar o seu regime.

A simulação relativa pode verificar-se quanto a vários elementos dos negócios jurídicos[2]. Os casos mais frequentes reconduzem-se às seguintes três categorias:

a) *simulação de pessoas* ou *simulação subjectiva*, isto é, declara-se contratar com ***A*** e na verdade contrata-se com ***B***;

b) *simulação da natureza jurídica* do negócio, quando se diz fazer uma venda e efectivamente se faz uma doação, por exemplo; é uma das modalidades de *simulação objectiva* ou *sobre o conteúdo do negócio*;

c) *simulação de valor*, que ocorre quando se declara no acto simulado um preço ou elemento correspondente diferente do real (mais elevado ou mais baixo); é outra modalidade de *simulação objectiva*.

---

[1] *A Simulação*, vol. I, pág. 352.

[2] Na simulação relativa distingue ainda I. Galvão Telles a *total* («sempre que os dois negócios, o *simulado* e o *dissimulado,* pertencem a *tipos* ou *categorias* diferentes») e *parcial* (quando «*o contrato dissimulado tem natureza igual à do simulado*, coincidindo com ele na generalidade dos aspectos, e dele só diferindo num ponto ou outro»). Exemplo do primeiro caso verifica-se na simulação de venda que dissimula doação e do segundo na *simulação de valor mas também na interposição de terceiro (Manual*, págs. 168-169; os itálicos são dos textos).

516. Simulação subjectiva e simulação objectiva

Na distinção entre *simulação subjectiva* e *objectiva* atende-se ao elemento do acto jurídico a que respeita o *pactum simulationis*, como resulta do que já ficou dito no número anterior. Assim, a simulação é *subjectiva* se se reporta aos sujeitos do acto e *objectiva* nos demais casos.

Deste modo, na simulação objectiva está em causa a natureza do acto – declara-se celebrar um negócio, quando se quer outro –, ou o conteúdo do negócio – finge-se fazer certa estipulação, quando se quer outra.

A simulação subjectiva reporta-se às partes do negócio, que não são aquelas que aparentemente nele intervêm. Há várias razões que podem levar a um conluio sobre quem é parte no negócio. Em certos casos, o verdadeiro interveniente não estaria em condições de, em absoluto, o praticar; noutros o problema reside no facto de o verdadeiro contraente não poder celebrar o negócio com o simulador ou só o poder fazer em condições que se não verificam naquele caso; pode ainda acontecer que ao simulador não interesse que aquela pessoa – o verdadeiro contraente – surja como parte do negócio. Nesta modalidade de simulação há uma *interposição fictícia de pessoas*[1].

Um exemplo clássico deste tipo de simulações, no sistema jurídico português, anda ligado ao regime estatuído no art. 877.º, n.º 1, do C.Civ. e visa justamente ultrapassar as limitações que dele decorrem. Assim, se ***A*** quer vender um quadro a um seu filho ***B***, sabendo que os demais filhos não darão o seu acordo a esse negócio, uma forma de ultrapassar a dificuldade consistirá em simular uma venda a ***C***, que aceita intervir falsamente no acto, para, a seguir, entregar a coisa a ***B***. Neste caso há uma simulação subjectiva, ***C*** só fingidamente é parte na venda, que em verdade ocorre entre ***A*** e ***B***; a posição de ***C*** corresponde ao que na linguagem corrente se designa por *testa de ferro* ou *homem de palha*. Como é manifesto, pode atingir-se o mesmo desiderato através de uma simulação objectiva, simulando uma doação para encobrir o verdadeiro contrato de compra e venda celebrado entre as partes[2].

[1] Com esta modalidade de simulação não se deve confundir a *interposição real de pessoas*, figura afim da simulação, que adiante será referida.

[2] Na prática, as partes preferirão adoptar a primeira modalidade de simulação pelos efeitos sucessórios ligados ao regime da doação.

§ 2.º
Regime jurídico

517. Prova da simulação

I. O regime jurídico da simulação assenta, como é manifesto, na demonstração de que o negócio entre as partes é simulado e, sendo caso disso, na da existência de um negócio dissimulado. Na verdade, enquanto tal não ocorrer, prevalece a aparência criada pelo *pactum simulationis* e, embora *de iure* os efeitos produzidos dependam do valor do negócio simulado e, eventualmente, do dissimulado, *de facto*, aquilo que se revela a terceiros são os efeitos do negócio simulado.

Deste modo, subjacente ao regime da simulação adiante exposto, está o da sua prova. É essa relevância que justifica o afastamento da posição que, em sede de *Teoria Geral*, em regra se assume em matéria de prova, dando como assentes os factos cujo regime é estudado, prescindindo, neste sentido, dos problemas da sua prova. Em matéria de simulação, porém, a questão da sua prova coloca-se em termos complexos e específicos, a exigir referência neste momento.

Desde logo, a prova da simulação respeita ao próprio *pactum simulationis* – logo ao negócio simulado, mas pode também referir-se ao negócio dissimulado. Noutro plano, interfere com o regime da prova da simulação a circunstância de a ela pretenderem recorrer os próprios simuladores ou terceiros. Quanto ao primeiro ponto, interessa desde já assinalar que a lei estabelece o mesmo regime para a prova do pacto simulatório e do negócio dissimulado.

Noutro plano, a prova da simulação tanto pode interessar aos simuladores (*rectius*, a um deles), como a terceiros. As razões justificativas do tratamento da matéria da prova da simulação respeitam fundamentalmente ao seu regime quando ela é feita pelos simuladores. É, pois, nessa perspectiva que de seguida esta matéria vai ser estudada, sem prejuízo de, incidentalmente, se fazerem algumas referências à prova da simulação por terceiros.

II. Pelo que respeita à prova da simulação pelos simuladores, a primeira nota a referir é a de ser indiferente, quanto a este ponto, se eles pretendem invocar a simulação entre si ou em relação a terceiros. A prova da simulação pelos simuladores, nas suas duas vertentes – prova do acordo simulatório e do negócio dissimulado – está sujeita directamente às limitações do n.º 1 do art. 394.º do C.Civ., quanto à prova testemunhal e, indirectamente, às do art. 351.º, quanto à prova por presunções judiciais, por este preceito só

admitir este meio de prova «nos casos e termos em que é admitida a prova testemunhal».

Assim, e sem prejuízo das considerações adiante expostas, quando os simuladores pretendam invocar a simulação, só lhes está facultada, sem restrições, a prova por confissão e a prova documental, já que neste domínio, embora admitida, será em geral pouco significativa a prova pericial.

Estando a eficácia da confissão, normalmente, condicionada pela colaboração dos próprios simuladores e não sendo corrente, no sistema jurídico português, a prática de contradeclarações, já se deixa ver que o regime acima traçado se apresenta particularmente restritivo.

A doutrina, porém, tem vindo a pôr em causa o alcance literal das proibições resultantes do citado art. 394.º A posição corrente foi, num primeiro momento, a de as entender à letra[1], mas deve hoje considerar-se dominante uma interpretação restritiva.

Esta segunda orientação foi primariamente defendida, na vigência do actual Código, por Vaz Serra[2] e posteriormente por C. Mota Pinto e Pinto Monteiro[3] e por nós próprios[4], sendo perfilhada por Menezes Cordeiro[5] e Pedro Pais de Vasconcelo[6] e acolhida na jurisprudência. Todos os defensores deste entendimento aceitam, em casos particulares, o recurso à prova testemunhal, em complemento da prova documental, mas não são inteiramente coincidentes os termos em que a admitem. A posição mais liberal é a de Vaz Serra e a mais condicionada a aqui sustentáda.

Limitando aqui a exposição ao essencial[7], a questão coloca-se nos seguintes termos.

Importa ter presente não só o campo de aplicação do art. 394.º[8], mas, ainda, que a inadmissibilidade da prova testemunhal contra o conteúdo de documentos, enquanto eles façam prova plena, não impede o recurso àquele meio de prova «para demonstrar a falta ou os vícios da vontade com base nos quais se impugna a declaração documentada»[9], nem para a «simples interpretação do contexto do documento» (n.º 3 do art. 393.º do C.Civ.).

---

[1] Neste sentido, Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 227.

[2] Em anotação ao ac. do STJ, de 4/DEZ./73, *in* RLJ, ano 107.º, pág. 311 e segs., reeditando posições sustentadas nos trabalhos preparatórios do novo Código: *Provas (direito probatório material)*, *in* BMJ, n.º 112, págs. 194-197, 219-232, 235 e 292.

[3] *Arguição da simulação pelos simuladores. Prova testemunhal*, parecer, *in* CJ, ano X, 1995, t. 3, págs. 11 e segs.

[4] *A Prova da Simulação pelos Simuladores,* parecer, sep. *O Direito*, ano 124.º, 1992, IV (págs. 193 e segs.); em versão actualizada, *in Estudos Sobre a Simulação*, QUID JURIS, Lisboa, 2004, págs. 45 e segs.

[5] *Tratado*, vol. I, T. I, pág. 851.

[6] *Teoria Geral*, págs. 695-697.

[7] Podem ver-se desenvolvimentos, com referências, no est. cit. na ant. nota 4.

[8] Cfr., a este respeito, Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil*, vol. I, pág. 343.

[9] Pires de Lima e Antunes Varela, ob. e vol. cits., pág. 342.

A relevância deste preceito reside no facto de assim se poder dar como assente que as limitações do art. 394.º não se fundam na força probatória do documento, como, de resto, o confirma o n.º 3 desse mesmo preceito.

Não se trata, também, de sancionar os simuladores, segundo a velha regra *nemo auditur turpitudinem propriam allegans*, pois isso envolveria a proibição absoluta de os simuladores invocarem a simulação, contra o que é admitido pelo n.º 1 do art. 242.º do C.Civ., que lhes reconhece legitimidade para o fazer mesmo em relação à simulação fraudulenta.

A razão de ser da proibição do art. 394.º, como a doutrina em geral reconhece, reside na necessidade de afastar os riscos próprios da falibilidade e fragilidade da prova testemunhal, que poderia conduzir à prova de uma simulação efectivamente não existente, contra a prova documental mais segura.

Por outro lado, importa também ter presente que, na generalidade dos casos, um entendimento muito rigoroso do art. 394.º *pode deixar um dos simuladores* ***nas mãos*** *do outro*, facilitando o aproveitamento iníquo da aparência criada pela simulação.

Feito o balanço destes pontos, e não podendo ser ignorado o texto da lei, deve ter-se como afastada a possibilidade de recurso a testemunhas e a presunções judiciais, como *meios probatórios exclusivos* da simulação, mas não já se eles funcionarem apenas como *meios complementares de prova* da simulação, primariamente fundada em documentos.

Desde logo, a prova testemunhal pode então ser admitida para determinar o sentido das declarações contidas em documentos relativos ao negócio. Mas pode ir-se um pouco mais longe, atribuindo à prova testemunhal uma função complementar, quando exista um *começo de prova* documental da simulação, contribuindo então para permitir ao juiz formar uma convicção da existência da simulação, quando a prova documental apenas permitir tê-la como plausível *ou provável*. O mesmo se diga quanto ao recurso a presunções judiciais, se elas permitirem ao juiz chegar a igual convicção, em circunstâncias equivalentes, com base em regras de experiência nascidas da observação das coisas da vida.

Em qualquer destes casos – e convém deixar isso bem assinalado –, a base da prova não deixa de ser documental, ficando assim afastados os riscos acima referenciados. Nunca a prova testemunhal ou pericial poderá, portanto, assumir o papel mais importante na demonstração da simulação.

Neste sentido, deve ser sustentada, pois, uma interpretação restritiva do art. 394.º, quanto às limitações impostas aos simuladores, em matéria de prova.

III. É muito mais simples o regime da prova da simulação por terceiros, pois, como claramente resulta do n.º 3 do art. 394.º, não valem para eles as limitações impostas nos demais números do preceito.

Compreende-se a diferença de tratamento. Os terceiros não têm ao seu alcance, como acontece com os simuladores, a possibilidade de se munirem de documentos comprovativos da simulação. Para além disso, quando eles existam – e mesmo que eles sejam do seu conhecimento –, podem não conseguir a demonstração da sua existência ou ter acesso a eles.

518. Valor do negócio simulado

O regime da simulação, pelo que respeita ao valor do negócio simulado, não sofre influências significativas da modalidade da simulação. Só a simulação fraudulenta tem algum relevo, mas no campo específico da arguição da simulação por terceiros. A este respeito interessa sobretudo assinalar a irrelevância da distinção entre simulação absoluta e relativa.

Na *simulação absoluta* só está em causa o negócio simulado e, quanto a ele, é bem clara a disposição expressa do n.º 2 do art. 240.º do C.Civ., ao declará-lo *nulo*. Nem outra solução seria admissível, mesmo em face dos princípios da equidade e da boa fé[1]. Tal regime resulta também da aplicação da teoria da responsabilidade atrás enunciada.

Se, na *simulação relativa*, a existência de dois negócios torna o regime de efeitos da simulação mais complexo, por além do negócio simulado existir o negócio dissimulado, tal não se verifica quanto ao valor do negócio simulado.

O negócio simulado continua a ser nulo. Se, porventura, o carácter genérico da disposição do n .º 2 do art. 240.º pudesse deixar lugar para dúvidas (e não deixa), elas ficariam dissipadas pela parte final do n.º 1 do art. 241.º do mesmo Código, que, regendo especialmente sobre a simulação relativa, expressamente reafirma a nulidade do acto simulado.

519. Valor do negócio dissimulado

I. O regime de efeitos da simulação apresenta maior complexidade quando se trata de estabelecer o valor do negócio dissimulado[2].

---

[1] Era, de resto, a opinião largamente dominante já na vigência do Código de Seabra (*vd.*, por todos, Rui de Alarcão, *Simulação*, *in* BMJ, n.º 84, pág. 308 e autores aí citados).

[2] Sobre o valor do negócio dissimulado, *vd*. I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 179 e segs.; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 224 e segs.; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 473 e segs.; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 686 e segs.

Foi tratada, em particular, esta matéria *in Valor do negócio dissimulado*, anot. ac. do STJ, de 12/MAR./96, sep. de *O Direito*, ano 129.º, 1997, I-II, págs. 117 e segs.; em versão actualizada, *vd. Estudos sobre a simulação*, págs. 13 e segs.

A primeira parte do n.º 1 do art. 241.º fornece a tal respeito o seguinte ponto de partida: o negócio dissimulado não é afectado pela simulação e deve ser apreciado em si mesmo, como se não houvesse dissimulação. Sugestivamente, pode dizer-se que o intérprete deve, pois, afastar o negócio simulado para deixar a descoberto o negócio dissimulado. Este deverá ser em seguida examinado como se fosse celebrado isoladamente e não a coberto de um negócio simulado.

Daí não resulta necessariamente, como poderia pensar um observador menos atento, a validade do negócio dissimulado; apenas se pode dizer, seguindo de perto o texto legal, que a sua validade não é afectada pela simulação[1]. Assim, ele será válido, anulável ou nulo, eventualmente ineficaz, como qualquer negócio do seu tipo, consoante nele se verifiquem todos os requisitos de validade ou falte algum, que produza um daqueles valores negativos. É isto que o n.º 1 do art. 241.º quer significar, quando estatui que ao negócio dissimulado é aplicável «o regime que lhe corresponderia se fosse concluído sem dissimulação»[2].

De resto, o alcance do n.º 1 do art. 241.º é esclarecido pelo n.º 2 desse mesmo preceito, quando, relativamente aos negócios formais dissimulados, estabelece que a sua validade depende de ter sido observada a forma exigida por lei. Em rigor, o n.º 2 do art. 241.º mais não faz, quanto a este aspecto, do que aplicar, a um ponto específico, o regime genericamente estatuído no n.º 1 do mesmo preceito.

Assim, poderia até entender-se inútil a sua inclusão no Código; ela justifica-se, porém, por o preceito respeitar a problema muito discutido, que adiante será referido nas suas linhas essenciais, e isso terá levado o legislador a considerar necessário o esclarecimento contido naquele n.º 2[3].

II. Em suma, o negócio dissimulado não é prejudicado, no seu valor, pela simulação, mas pode sê-lo, naturalmente, por nele ocorrerem outros vícios[4]. Se o regime do negócio dissimulado resulta formulado por modo suficientemente compreensível nos termos genéricos atrás apresentados, já

---

[1] Só neste sentido se pode aceitar a seguinte afirmação de Castro Mendes: «a regra é portanto a *validade do negócio dissimulado*» (*Teoria Geral*, vol. II, pág. 164; os itálicos são do texto).

[2] Assim o defendia C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, pág. 477. No mesmo sentido, cfr., ainda, Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil*, vol. I, pág. 228.

[3] *Vd*. razões expostas pelo autor do Anteprojecto, Rui de Alarcão, *Simulação*, *in* BMJ, cit. págs. 309 e segs.

[4] Na simulação fiscal rege o art. 39.º da Lei Geral Tributária, aprovada pelo Dec.-Lei n.º 398/98, de 17/DEZ., preceito que, todavia, deve ser articulado com o n.º 2 do art. 38.º da mesma Lei (aditado pela Lei n.º 100/99, de 26/JUL.), e, actualmente, com o art. 63.º do C.P.P. Trib., aprovado pelo Dec.-Lei n.º 433/99, de 26/OUT. Sobre este problema, embora na perspectiva do art. 32.º-A do antigo Código de Processo Tributário, *vd*. o nosso est. *Alcance do regime do art. 32.º-A do Código de Processo Tributário e a simulação fiscal*, sep. de *Direito e Justiça*, vol. XIII, 1999, T. II; versão actualizada, in *Estudos sobre a simulação*, págs. 217 e segs.

a aplicação prática desse regime não é isenta de dúvidas. Estas prendem-se sobretudo com o problema da forma do negócio simulado, por ser o mais estreitamente ligado com a própria simulação. Esta é uma explicação adicional para a atenção particular que lhe foi dedicada pelo legislador.

O problema vinha já do direito anterior ao Código vigente. A jurisprudência dividira-se então largamente quanto ao valor dos negócios dissimulados. A questão surgiu nos contratos de doação dissimulados por compra e venda e só se tornou líquida, *de iure condito*, com o Assento do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de Julho de 1952, que decidiu pela invalidade da doação[1]. Pena foi que o legislador, no Código actual, não tivesse para ele formulado um preceito mais esclarecedor. Na verdade, o n.º 2 do art. 241.º deixa em aberto o aspecto fulcral da questão[2]. O problema é, sem dúvida, delicado e continua a dividir a doutrina, ainda que o legislador tivesse, porventura, procurado evitá-lo, com a inclusão desse preceito.

Para melhor compreensão, formulam-se, de seguida, alguns exemplos.

Considere-se que ***A*** e ***B*** se concertaram no sentido de declararem que querem celebrar um contrato de compra e venda do prédio **X**, quando efectivamente ***A*** quer fazer uma doação a ***B***.

Outro caso será o de ***A*** pretender doar a um seu filho um valioso anel de família. Mas para evitar o desagrado dos demais filhos, finge vendê-lo a ***C***, elaborando-se um documento particular com intervenção de ***A***, ***B*** e ***C***, em que este reconhece que nenhuma venda lhe foi feita, tendo apenas lugar uma doação de ***A*** a ***B***, a quem o anel deve ser entregue.

Finalmente, considere-se a hipótese de ***A***, para iludir o fisco, combinar com ***B*** que na venda a fazer entre eles figure o preço € 20 000,00, quando o preço real é de € 40 000,00. Também aqui em documento particular, ***B*** reconhece ser este o preço verdadeiro e se obriga a pagá-lo.

III. Estes exemplos ilustram três casos típicos de simulação – no primeiro e no último objectiva e no segundo subjectiva – e vão permitir explicar o regime correcto do valor do negócio dissimulado formal.

Em qualquer deles a venda simulada é nula. Mas qual o valor dos negócios dissimulados, ou seja, da doação, nos dois primeiros, e da venda pelo preço real, no último?

---

[1] «Anulados os contratos de compra e venda de bens imóveis o de cessão onerosa de créditos hipotecários que dissimulavam doações, não podem estas considerar-se válidas» (Oliveira Ramos e Simões Correia, *Assentos do Supremo Tribunal de Justiça*, pág. 120; *vd*. texto do acórdão, também, *in* BMJ, n.º 32, págs. 258 e segs.).

[2] Para maior desenvolvimento, no domínio do Direito anterior, cfr. Beleza dos Santos, *A Simulação*, vol. I, pág. 365; I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 166 e segs.; Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 191 e segs.

Segundo I. Galvão Telles, não sendo de admitir que se tenha titulado especificamente o negócio dissimulado, em geral, o que está em causa é verificar «*se a forma concretamente adoptada para o acto simulado preenche ou não as exigências formais do acto dissimulado*»[1], o que conduz à nulidade do negócio dissimulado se a forma do acto ostensivo é menos solene do que a exigida para o encoberto.

C. Mota Pinto pensava que, em geral, o negócio dissimulado formal é nulo por vício de forma, ressalvando apenas o caso da simulação de valor, em que não vê obstáculo formal à sua validade[2/3]. Entendia assim que o Código Civil aderiu à teoria defendida por Beleza dos Santos e consagrada no Assento de 1952.

Não anda muito longe desta ideia a orientação defendida por Castro Mendes, ao só afastar a nulidade do negócio dissimulado quando a diferença entre este e o negócio simulado não «incide justamente num ponto que representa a razão de ser da exigência da forma legal», invocando para tanto o regime do art. 221.º do C.Civ.[4]

Em sentido contrário se manifestavam Pires de Lima e Antunes Varela. Segundo estes tratadistas, o legislador afastou o regime do Assento citado para consagrar a solução, mais maleável, de Manuel de Andrade[5/6].

Quanto a Oliveira Ascensão, numa solução próxima da adiante sustentada, manda atender ao sentido da exigência da forma, entre aquilo que por ela é justificado «e aquilo que já não o é». Neste sentido, para o negócio dissimulado ser válido, devem do texto do negócio simulado constar os elementos essenciais do dissimulado, o que, todavia, o leva a sustentar a validade da doação dissimulada por compra e venda[7].

Por seu turno, Menezes Cordeiro entende que o n.º 2 do art. 241.º do C.Civ. deve ser interpretado, levando em conta, por um lado, que nem todo o negócio dissimulado pode constar do texto do simulado, mas, por outro, por analogia com o art. 238.º, «terá de haver um mínimo de correspon-

---

[1] *Manual*, pág. 180 (os itálicos são do texto).

[2] *Teoria Geral*, págs. 473 a 475 e notas (618) e (619) desta última página. C. Mota Pinto fundava-se, não só no regime do negócio formal e da sua prova, mas ainda na seguinte consideração de ordem prática: a solução oposta possibilita «*inclusivamente que, onde houve uma simulação absoluta (venda fantástica), o pseudo-comprador venha alegar e provar uma doação dissimulada na realidade inexistente*» [em itálico no texto da cit. nota (618)]. Isso seria contrário aos imperativos do princípio da certeza. Não nos parece este argumento decisivo, dado o regime de prova dos negócios formais e da simulação, já referidos.

[3] Também a solução defendida por Heinrich E. Hörster conduz primariamente à nulidadedo negócio jurídico formal (*A Parte Geral*, pág. 547).

[4] *Teoria Geral*, vol. II, págs. 164-165.

[5] *Código Civil*, vol. I, pág. 228.

[6] Sobre este ponto cfr., também,Vaz Serra, em várias anotações de jurisprudência (RLJ, anos 101.º, págs. 171 e segs., 103.º, págs. 361-362, e 113.º, págs. 57 e segs.).

[7] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 225.

dência no texto, salvo se as razões determinantes da forma a tanto não se opuserem»[1].

Uma solução mais favorável à validade do negócio dissimulado é defendida por P. Pais de Vasconcelos, «desde que a forma que a lei exige para a sua validade tenha sido observada no negócio aparente (simulado) independentemente da parte do negócio que tenha sido oculta e do regime formal que, em si mesmo, justificaria a da razão de ser da exigência legal de forma», exigência suprida pela *forma soleníssima* da sentença que declara a simulação[2].

IV. Ao expor o entendimento adoptado sobre esta delicada e controvertida questão, importa salientar, primariamente, alguns aspectos de ordem geral que devem ser levados em consideração, na sua correcta configuração.

Assim, não pode abstrair-se da relevância das formalidades exigidas por lei para o negócio, nomeadamente se ele deve constar de documento particular, de documento particular autenticado ou de escritura pública. A relevância deste ponto não está tanto no diferente regime desses dois tipos de documentos, como na possibilidade prática de se titularem, com valor jurídico, contradeclarações[3].

É manifesto que, no primeiro exemplo atrás formulado, se o negócio dissimulado for celebrado por escritura, desta consta a vontade, não real, de vender. E mesmo que exista um contradocumento, em que ***A*** e ***B*** declarem, recíproca e respectivamente, a sua vontade real de doar ***X*** e de aceitar a doação, já se deixa ver que esse documento não pode ser uma escritura pública. A tal se opõe o bom senso, pois não faria sentido lavrar num cartório notarial o negócio simulado e noutro o dissimulado; isso permitiria, além do mais, pôr a descoberto a simulação, resultado que, naturalmente, contraria a intenção dos simuladores. Assim, a escritura de compra e venda titula, naturalmente, o preço, como elemento específico da compra e venda; mas não consta, nem poderá constar noutro documento, a não ser particular, o *animus donandi*, que é elemento específico da doação[4]. Mas estas considerações valem, em termos semelhantes, se a compra e venda simulada tiver sido celebrada por documento particular autenticado, dados os requisitos a que deve obedecer a autenticação e de que a sua validade depende (artº 24º do Decreto-Lei nº 116/2008).

Partindo desta ideia, dir-se-ia: afastado o negócio simulado, encontra-se outro negócio formal, para o qual não foi observada a forma legal. Donde,

[1] *Tratado*, vol. I, T. I, pág. 846.

[2] *Teoria Geral*, pág. 691.

[3] Neste ponto é invocável o apoio de Castro Mendes, Oliveira Ascensão e, mesmo, de Menezes Cordeiro.

[4] Neste ponto afasta-se, pois, a posição de Oliveira Ascensão, acima exposta.

o quadro final, quanto ao regime destes actos, seria o seguinte: a compra e venda era nula por ser simulada e a doação sê-lo-ia por falta de forma, pois que incide sobre coisa imóvel, logo sujeita a escritura pública ou documento particular autenticado (artº 875º C. Civ.).

Se se tratar, porém, de negócio dissimulado cuja validade dependa apenas da sua redução a documento particular, já a contradeclaração relativa a este acto pode ser formalizada, sem obstáculo. Deste modo, do ponto de vista da forma legal, ela poderia aqui ser respeitada, quanto ao negócio dissimulado, com independência do negócio simulado.

A solução exposta traduz um entendimento demasiado rigoroso do art. 241.º, n.º 2, conduzindo à invalidade sistemática dos negócios dissimulados formais, ao menos quando a forma legal exigida seja um documento autêntico ou particular autenticado.

O preceito admite, porém, interpretação diversa, mais favorável à validade do negócio dissimulado formal, que, para além do mais, leve em conta o regime do âmbito da forma legal (cfr. art. 221.º do C.Civ.), com o qual mantém manifesta conexão.

V. Sendo, por definição, o negócio dissimulado formal, importa apurar primariamente quais as razões determinantes da exigência de forma. De seguida, cabe perguntar se essas razões valem para a generalidade das estipulações do negócio ou apenas para algumas, e quais. Apurados estes pontos, o negócio dissimulado formal é válido, desde que no documento onde se consubstancia o simulado, ou em qualquer outro (que revista as formalidades exigidas por lei), constem os elementos para os quais seja determinante a exigência da forma legal[1/2]. Com efeito, da conjugação dos n.ºs 1 e 2 do art. 221.º resulta que, em relação a tais elementos, a exigência da forma legal é absoluta, pois abrange mesmo as estipulações anteriores ou posteriores ao documento. Mas daí não decorre a invalidade de outras estipulações do negócio em relação às quais as razões determinantes da forma não sejam extensivas.

Assim, no exemplo do contrato de compra e venda com *simulação de valor*, a compra e venda vale pelo preço verdadeiro, mesmo quando estipulado verbalmente, pois a forma legal do acto abrange a estipulação de preço, mas

[1] Esta solução, proposta por Manuel de Andrade na vigência do Código Civil anterior (*Teoria Geral*, vol. II, págs. 162-163), tem hoje uma base legal mais sólida no art. 221.º do C.Civ., corroborada, no importante campo da interpretação dos negócios formais, pelo n.º 2 do seu art. 238.º Não se afasta, pois, muito da posição sustentada por Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 164, nota (1).

[2] Não é, porém, aceitável, nesta medida, a formulação de Pires de Lima e Antunes Varela, quando sustentavam que o n.º 2 do art. 241.º afasta a doutrina do Assento de 1952, «já que a venda e a doação estão sujeitas à mesma forma (escritura pública)» (*Código Civil*, vol. I, pág. 228).

não a estipulação de *preço determinado* (cfr. art. 883.º do C.Civ.)[1]. Quanto à validade do negócio dissimulado formal, na simulação de valor, concordam mesmo os defensores da tese oposta à aqui sustentada.

Esta a interpretação do art. 241.º, n.º 2, que, em tese geral, parece defensável e que haverá que aplicar casuisticamente[2].

520. Legitimidade para arguir a simulação: regime geral

I. «Legitimidade para arguir a simulação» é a epígrafe do art. 242.º do C.Civ. que, contudo, está longe de consagrar directamente o seu tratamento integral. Em boa verdade, para além de ressalvar o disposto no art. 286.º, relativo ao regime geral da nulidade, o art. 242.º só se ocupa especificamente de duas questões, que, como a exposição de seguida revelará, tinham gerado larga polémica no Direito anterior: a arguição da nulidade pelos simuladores e pelos seus herdeiros, em vida daqueles.

Por outro lado, ao regime geral da legitimidade para arguir a nulidade interessa ainda o art. 605.º do C.Civ., que se integra nos meios da conservação da garantia patrimonial dos credores.

Deste modo, é pela conjugação dos citados preceitos que se alcança o regime de legitimidade para arguir a simulação. A este respeito há uma primeira distinção fundamental a estabelecer, em função da pessoa que pretende fazer valer a nulidade: qualquer dos simuladores ou terceiros. Relativamente a estes, importa de seguida determinar quem se integra nessa categoria, ou seja, quais os terceiros a quem deve ser reconhecida legitimidade. Pela sua maior complexidade, será tratado em número próprio este segundo ponto.

Antes de passar a desenvolver este esquema importa esclarecer que, apesar de a própria lei se referir genericamente à *legitimidade para arguir a simulação*, é a nulidade do negócio simulado que fundamentalmente está em causa, pois o negócio dissimulado, como já ficou dito, segue o seu regime próprio, não havendo especialidades a referir.

II. A legitimidade dos simuladores para arguirem a simulação constitui um problema clássico do Direito Civil português, com particular incidência na modalidade de simulação fraudulenta. A matéria foi amplamente debatida pela doutrina no domínio do Código de 1867 e dividiu a jurisprudência,

[1] Que a estipulação do montante do preço não é elemento essencial da compra e venda, também o defendia C. Mota Pinto [*Teoria Geral*, pág. 476 e nota (620)]. Também I. Galvão Telles afastava, da solução geral por ele adoptada, a hipótese da simulação de valor (*Manual*, págs. 181-182).

[2] A respeito desta matéria são elementos relevantes de estudo as anotações, de Vaz Serra, *in* RLJ, n.º s 101.º, págs. 71 e segs., 103.º, pág. 361, e 113.º, págs. 57 e segs.

em termos de sobre ela ser lavrado o Assento de 10 de Maio de 1950, que admitiu os simuladores a invocar a própria simulação, mesmo quando feita em prejuízo de terceiros, isto é, fraudulenta[1].

A solução consagrada no n.º 1 do art. 242.º do C.Civ. vem, assim, ao encontro da posição anteriormente dominante, ao menos após o mencionado Assento. O principal corolário deste regime é o de, no plano do Direito Civil[2], ser quase irrelevante a distinção entre simulação inocente e simulação fraudulenta.

O alcance deste regime de legitimidade, justificado em parte pela necessidade de proteger um dos simuladores contra o indevido aproveitamento, pelo outro, da aparência criada pela simulação, não é tão grande como a um primeiro exame poderia parecer. Prevalecem aqui as já conhecidas limitações dos meios de prova ao alcance dos simuladores, nos termos do regime atrás exposto, e que se contêm no n.º 2 do art. 394.º e do art. 351.º do C.Civ., particularmente significativas se não se adoptar a interpretação restritiva desses preceitos, acima defendida, sobretudo quando se tenha em conta não ser muito corrente, entre nós, a prática da contradeclaração.

521. Regime de arguição da simulação por terceiros[3]

I. A ressalva do regime do art. 286.º, constante da primeira parte do n.º 1 do art. 242.º do C.Civ., permite a invocação da nulidade, na simulação, por quaisquer interessados[4]. Estão aqui genericamente abrangidos terceiros, em relação ao negócio simulado, que pretendam valer-se da nulidade proveniente da simulação. Se esta referência pode parecer injustificada, pois é disso que agora se trata, a experiência mostra a conveniência de chamar desde já a atenção para o facto de ser diversa a posição de outros terceiros, em relação ao acto simulado, por a estes interessar valer-se do negócio simulado e não da nulidade emergente da simulação. Está aqui em causa o regime da oponibilidade da simulação a terceiros, que adiante será estudado. Não raramente, se verifica confusão entre estas duas posições de terceiros, quanto à simulação[5].

---

[1] É o seguinte o texto deste Assento: «os próprios simuladores podem invocar em juízo, um contra o outro, a simulação, embora fraudulenta» (cfr. Oliveira e Ramos e Simões Correia, *Assentos*, págs. 112 e 214 e segs.). Os considerandos do acórdão dão uma ideia geral da posição do problema no domínio do Código velho e da repartição da doutrina a tal respeito.

[2] Não era assim no campo do Direito Fiscal antes da vigência da já citada Lei Geral Tributária (cfr., *v.g.*, art. 162.º do CMSISD); vd. nota 4 da pág. 320.

[3] Sobre a matéria deste número, cfr. I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 173-174; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 228-229; e C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 477-479.

[4] Foi desenvolvida esta matéria em *Simulação e tutela de terceiros*, sep. de *Estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1988; versão actualizada *in Estudos sobre a simulação*, págs. 69 e segs.

[5] Cfr. o exposto em anot. ao ac. do STJ, de 26/NOV./86, *Simulação – Direito de Preferência – Abuso de Direito*, sep. de RDES, ano XXX (1988), vol. III (2.ª s.), n.º 2, págs. 178-180; versão actualizada *in Estudos sobre a simulação*, págs. 163 e segs.

II. O primeiro ponto a analisar nesta matéria respeita à fixação do conceito de terceiros, tendo presente que a remissão do n.º 1 do art. 242.º para o art. 286.º significa o reconhecimento de legitimidade para arguirem a simulação aos *terceiros interessados*.

Segundo o ensinamento de Manuel de Andrade[1], nesta matéria não muito distanciado do de Beleza dos Santos[2], *terceiros*, para o efeito de arguirem a simulação, são, além dos simuladores e seus herdeiros, as pessoas titulares de situação jurídica afectada, seja embora apenas na sua consistência prática, pela validade do negócio simulado. A esta noção há que fazer, todavia, a ressalva, já assinalada por Beleza dos Santos[3], de os *herdeiros* dos simuladores[4] deverem ser tidos como terceiros quando se proponham defender «um direito próprio contra os actos simulados do autor da herança»[5].

Não releva, na apreciação da posição de terceiro interessado na invocação da simulação, o facto de a simulação ser fraudulenta ou inocente ou de o terceiro estar ou não de boa fé[6] no momento da constituição da situação jurídica em função de cuja tutela actuam, ao atacar o negócio simulado.

A partir dos elementos atrás reunidos, as mais relevantes categorias de terceiros legitimados para arguirem a simulação são os herdeiros legitimários, os subadquirentes, os credores, os preferentes, os herdeiros, os legatários e o Estado (fazenda nacional).

III. Antes de passar à análise da situação particular de cada uma destas categorias de terceiros[7], uma breve referência a alguns pontos que interessam a todas elas.

Em primeiro lugar, cabe referir que a arguição da simulação segue o regime da nulidade típica, como a própria remissão para o art. 286.º sugere. O único ponto a justificar referência específica seria o relativo a saber se prevalecem aqui algumas limitações quanto à prova da simulação. Ele foi já respondido em sede da prova da simulação em geral. Rege o n.º 3 do art. 394.º do C.Civ.; não sendo irrepreensível a redacção desse preceito, ainda assim ele não deixa dúvidas quanto a não serem aplicáveis aos terceiros, que arguam a simulação, as limitações impostas aos simuladores.

---

[1] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 198.

[2] *A Simulação*, vol. I, pág. 390.

[3] Ob. e vol. cits., pág. 391.

[4] São manifestamente terceiros, como de seguida se dirá no texto, os herdeiros legitimários quando arguam a simulação em vida dos autores da simulação, pois, então, em rigor, têm a qualidade de *sucessíveis* e não de *herdeiros*.

[5] Tendo presente o regime do art. 259.º do C.Civ., o representado é terceiro em relação ao negócio jurídico celebrado pelo seu representante (cfr., neste sentido, ac. do STJ, de 5/MAR./81, *in* BMJ, n.º 305, pág. 261).

[6] Cfr. o nosso est. *Simulação*, págs. 79-81, na versão actualizada já citada.

[7] Para maior desenvolvimento, *vd*. est. cit., págs. 91 e segs. da versão actualizada.

Outro ponto a salientar respeita à simulação relativa, em particular quando o negócio dissimulado seja anulável. Justificar-se-á, em atenção à existência da simulação, o *alargamento*, à arguição do vício do negócio dissimulado, da legitimidade dos terceiros para invocarem a simulação, quando a não tenham em função do regime geral do art. 287.º?

A resposta deve ser negativa, não se descortinando razão para afirmar que a posição dos terceiros, na simulação relativa, justifique melhor tratamento do que lhes caberia se o negócio não fosse dissimulado. Faz-se, assim, de resto, simples aplicação do regime geral consagrado no n.º 1 do art. 241.º do C.Civ.[1]

IV. Pelo que se refere aos *herdeiros legitimários*, a questão tinha sido levantada,em termos muito polémicos, no domínio do Direito anterior, dado o silêncio do Código de Seabra a seu respeito. O problema consiste em saber se eles podem invocar a simulação em vida do simulador. A dúvida já não se põe após a morte deste, uma vez que, nesse momento, eles agem na qualidade de sucessores, como qualquer outro herdeiro; e não são já, em princípio, terceiros.

Também neste caso o problema dividiu a doutrina e a jurisprudência em termos de provocar a emissão de um Assento, em 19 de Dezembro de 1941, segundo o qual «os filhos podem pedir, mesmo em vida dos pais, a anulação de dívidas por estes simuladamente contraídas, com o intuito de os prejudicar, não sendo, portanto, preciso demonstrar a efectividade do prejuízo»[2].

O Código Civil vigente veio tomar posição sobre este ponto, estabelecendo no art. 242.º, n.º 2, a legitimidade dos herdeiros (*rectius*, dos *sucessíveis*) legitimários para, em vida dos simuladores, arguirem a nulidade do acto simulado, desde que a simulação seja fraudulenta. Com efeito, a legitimidade é-lhes atribuída, quando o negócio simulado seja feito com o intuito de os prejudicar.

A solução do Assento e do Código é a correcta e funda-se na expectativa jurídica que aos sucessíveis legitimários é atribuída em vida do autor da sucessão, de que o art. 242.º, n.º 2, é justamente uma das manifestações. Não colhe, pois, invocar contra este regime o argumento de os herdeiros legitimários não terem quaisquer direitos sobre os bens

[1] Cfr. o est. *Simulação*, págs. 85 e segs. da versão actualizada.

[2] Oliveira Ramos e Simões Correia, *Assentos*, págs. 88 e 206 e segs. A doutrina alargou depois o campo de aplicação do Assento aos demais herdeiros legitimários e aos demais actos simulados praticados pelo *de cuius* com intuito fraudulento [cfr. Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. I, págs. 200-201, solução acolhida por Rui de Alarcão, no seu estudo para o novo Código Civil – *Simulação. Anteprojecto para o novo Código Civil*, *in* BMJ, n.º 84, págs. 316-317; I. Galvão Telles, *Manual*, (3.ª ed.), págs. 161, nota (2)].

que são objecto do negócio simulado, pois não é isso que aqui está em causa[1].

A adequada interpretação do preceito – o entendimento da sua *ratio* – leva a afirmar que os herdeiros legitimários podem invocar a nulidade desde que o negócio simulado os prejudique, ainda que não se demonstre aquela intenção. Só assim o n.º 2 do art. 242.º ganha o alcance prático, visado pelo legislador, de pôr os herdeiros legitimários a coberto de actos falsamente praticados pelo autor da sucessão em prejuízo de sua legítima[2], pois nem sempre se torna fácil a prova dessa intenção do autor da sucessão.

Duas notas finais para assinalar, por um lado, que tem aqui relevo a distinção entre simulação fraudulenta e inocente, e, por outro, que o regime específico do art. 242.º, n.º 2, não afasta a possibilidade de os legitimários, já na qualidade de *herdeiros*, atacarem, depois da morte do *de cuius*, os actos simulados por este praticados.

V. Os herdeiros do autor do negócio simulado, agindo após a abertura da correspondente sucessão, podem, sem dúvida, atacar tal negócio; resta saber se o fazem como *sucessores* do simulador ou como terceiros[3]. A resposta a esta questão varia em função da posição dos herdeiros perante a simulação.

Assim, é de admitir a sua intervenção como terceiros se visam tutelar interesses específicos da sua qualidade de herdeiros, como é o caso flagrante dos herdeiros legitimários na defesa da sua legítima. Contudo, podem configurar-se hipóteses de intervenção de outros herdeiros, sobretudo testamentários e pactícios, em função de interesses específicos e, nesta medida, actuando como terceiros em relação ao negócio simulado[4].

Também aos legatários cabe legitimidade para atacar actos simulados do autor da sucessão relativos ao próprio bem legado, que assim *aparentemente* não integra a herança no momento da sua abertura. Neste sentido se pronunciavam, e bem, Pires de Lima e Antunes Varela[5], afastando, de resto, o n.º 1, segunda parte, do art. 2316.º do C.Civ. dúvidas antes levantadas, nesta matéria, na vigência do art. 1811.º, n.º 1, do C.Civ.67[6].

---

[1] Por assim ser, só podem ser atacados actos simulados e se se verificarem os requisitos analisados no texto

[2] Em sentido correspondente se pronunciava C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, pág. 478.

[3] É manifesto o interesse da questão, vistas as diferenças de regime, quer em matéria de prova, quer perante terceiros.

[4] Diferente é o caso de simulação do próprio testamento (art. 2200.º do C.Civ.). Um herdeiro, que não seja designado no testamento nem beneficiário, deve ser tratado como terceiro.

[5] *Código Civil*, vol. I, pág. 228.

[6] A dúvida respeitava a saber se o negócio simulado envolvia revogação tácita do legado (cfr., a este respeito, o est. *Simulação*, pág. 99 da versão actualizada).

VI. Outra categoria de terceiros interessados na invocação da simulação é a dos credores do simulado alienante. Mesmo na falta de disposição específica a tal respeito, o regime geral do art. 286.º sempre levaria a atribuir-lhes legitimidade para arguir a simulação. Mas, para além disso, deve ter-se em conta o regime estatuído no art. 605.º do C.Civ., que consigna uma das medidas previstas por este diploma em favor dos credores, como meio de conservação da garantia patrimonial dos seus direitos.

Algumas das questões que se poderiam levantar neste domínio estão hoje resolvidas pelo art. 605.º Assim, é indiferente se o crédito é anterior ou posterior ao negócio simulado e se o credor é comum ou privilegiado. Apenas se exige o *interesse* do credor na invocação da simulação. Esse interesse existe sempre que o negócio simulado envolva risco de não realização do crédito, não se exigindo que este consista na insolvência do devedor, nem no agravamento da insolvência porventura já existente. É o regime que se extrai do citado art. 605.º *Responde* assim este preceito a dúvidas levantadas pela doutrina na vigência do primeiro Código Civil português[1].

VII. Tem suscitado menos dúvidas a posição dos preferentes quando pretendam valer-se da nulidade. A favor da legitimidade destes terceiros vale imediatamente o regime do art. 286.º

Trata-se aqui dos preferentes que têm interesse em afastar a simulação para poderem exercer o seu direito[2]. Assim, o interesse destes preferentes apenas faz sentido na simulação relativa, pois só aí, afastado o véu do negócio simulado, há outro negócio em relação ao qual a preferência pode ser exercida.

522. Inoponibilidade da simulação a terceiros[3]

I. A posição dos terceiros, perante o negócio simulado, nem sempre traduz o interesse de o atacarem, para demonstrarem o seu vício e repor a realidade que ele encobre. Certos terceiros têm interesse em se valer do negócio simulado, como se ele fosse verdadeiro; por outras palavras, a tutela destes terceiros obtém-se desde que lhes não possa ser oposta a nulidade do negócio simulado.

---

[1] Sobre este ponto, *vd*. o est. *Simulação*, págs. 93-95 da versão actualizada.

[2] Sobre as relações dos preferentes em sede de simulação, *vd*. o est. *A posição dos preferentes perante o negócio simulado*, in *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor João Lumbrales*, págs. 425 e segs.; versão actualizada in *Estudos sobre a simulação*, págs. 191 e segs.

[3] *Vd.*, sobre a matéria deste número, I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 174 e segs.; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 229-230; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 479 e segs.; e Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 848-850.

Importa começar por ver como se configura esta questão.

Já ficou esclarecido que a nulidade do negócio simulado realiza a composição mais justa dos interesses nas relações entre os simuladores. Mas pode acontecer que estes, ou algum deles, hajam celebrado novos actos com terceiros incidindo sobre o mesmo bem ou interesse a que o negócio simulado se reporta. Assim, o simulador vendedor, num contrato de compra e venda não verdadeiro, pode ter vendido novamente a coisa objecto daquele contrato. Mas também o simulador adquirente, valendo-se da aparência criada pelo contrato simulado, pode fazer o mesmo.

É manifesto que a situação destes dois subadquirentes, terceiros perante o acto simulado, se não apresenta nos mesmos termos.

No primeiro caso, declarada a nulidade, o adquirente do simulador vendedor adquiriu bem, uma vez que este era o verdadeiro proprietário da coisa. Mas com o adquirente do simulador comprador passa-se justamente o contrário, pois adquiriu *a non domino*. No primeiro caso, o interesse do subadquirente consiste em arguir a nulidade e destruir o negócio simulado para ficar demonstrado que adquiriu do verdadeiro dono. É diametralmente oposta a posição do adquirente do simulador comprador, cujo interesse é o de a simulação não ser invocável perante ele, para se poder valer da aparência, criada pela simulação, de ter adquirido bem.

Importa apurar em que medida o interesse destes terceiros é atendido pelo Direito positivo.

II. O regime geral dos efeitos da invalidade perante terceiros contém-se no art. 289.º do C.Civ., que consagra o princípio geral da sua oponibilidade. Quer isto dizer que, apurada a invalidade do negócio, os seus efeitos são destruídos, retroactivamente, projectando-se esta situação na esfera jurídica de terceiros. Da aplicação deste regime geral resultaria a não consideração do interesse dos terceiros de que aqui se trata.

Cabe dizer que a regra do art. 289.º sofre importantes desvios, nomeadamente por efeito do estatuído, para a invalidade em geral, no art. 291.º do C.Civ., que a seu tempo será estudado.

Todavia, no campo da simulação, entendeu o legislador dar um tratamento particular a esta matéria, contido no art. 243.º do C.Civ., que assim constitui uma norma especial, em relação ao art. 291.º, cujo regime é, deste modo, afastado, em geral. Por força do art. 243.º, o simulador não pode invocar a nulidade do negócio simulado perante terceiro de boa fé.

III. A existência, em matéria de simulação, de um preceito *homólogo* do art. 291.º suscita a necessidade de fazer o seu confronto, quanto ao grau da

tutela por eles estabelecida para terceiros. Em particular, interessa aqui apurar se o disposto no art. 243.º é mais ou menos eficaz do que o do art. 291.º

Mesmo uma primeira leitura dos dois preceitos revela existirem entre eles alguns pontos de contacto e outros de afastamento. Assim, ambos exigem a boa fé do terceiro, restando saber se a definem em termos equivalentes. Mas, se o art. 243.º, para proteger o terceiro, se contenta com este requisito, o art. 291.º é mais exigente, pois a sua aplicação depende do tipo de direito adquirido por terceiro, da natureza do acto aquisitivo e do bem que ele tem por objecto e, ainda, da observância de certas regras de registo. Finalmente, o art. 291.º estabelece um «período de carência», durante o qual a oponibilidade prevalece.

Assim, em termos gerais, a tutela dos terceiros é mais forte na simulação[1] e o aspecto significativo de confronto entre os preceitos em causa circunscreve-se afinal à configuração do requisito da boa fé.

IV. A noção de boa fé de que depende a inoponibilidade da simulação a terceiros contém-se no n.º 2 do art. 243.º Há boa fé, segundo este preceito, se o terceiro, na data em que o seu direito se constituiu, ignorava a existência da simulação[2]. Por seu turno, o n.º 3 do mesmo artigo considera «sempre de má fé o terceiro que adquiriu o direito posteriormente ao registo da acção da simulação, quando a este haja lugar».

Quanto ao n.º 3 do art. 291.º, só considera de boa fé «o terceiro adquirente que no momento da aquisição desconhecia, *sem culpa,* o vício do negócio nulo ou anulável».

Não é pacífico o entendimento da doutrina, quando se trata de saber se a não referência a culpa, na noção de boa fé do art. 243.º, conduz à irrelevância, neste domínio, de um desconhecimento culposo da simulação pelo terceiro.

Por razões desenvolvidas noutro local[3], deve entender-se que prevalecerem, na simulação, para além das diferenças literais dos preceitos, exigências de melhor tutela do terceiro que justificam um abrandamento do requisito da boa fé.

Assim, se o terceiro ignora, *de facto*[4], a simulação, está de boa fé e beneficia da inoponibilidade da nulidade do negócio simulado. Por outras palavras,

---

[1] Sobre o fundamento desta particular tutela, *vd*., o est. *Simulação*, págs. 102 e segs. da versão actualizada.

[2] A má fé dos simuladores faz com que não releve a mera cognoscibilidade da simulação pelo terceiro, salvo quando a acção de simulação seja registada e a aquisição se verifique após o registo.

[3] *Simulação*, págs. 117-118 da versão actualizada; neste sentido, C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, pág. 484, fundando-se na Lição de Manuel de Andrade. Em sentido diferente, Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, pág. 847, e I. Galvão Telles, *Manual*, pág. 175.

[4] Não há boa fé de terceiro se ele se encontra numa situação de incerteza *(dúvida grave)* quanto à existência de simulação.

pode prevalecer-se do negócio simulado, como se ele fosse verdadeiro e válido.

V. O regime de tutela dos terceiros contra quem não pode ser oposta a simulação criou ainda um outro ponto de divergência na doutrina.

A dúvida está aqui em saber se só se devem considerar abrangidas pelo regime do art. 243.º as pessoas a quem a invalidade do negócio prejudica ou também as que tiram vantagem da sua validade e que a perdem se ele for invalidado e os correspondentes efeitos a elas oponíveis.

Dois exemplos simples servem para ilustrar o problema. Na simulação absoluta de um contrato de compra e venda – *venda fantástica* –, o subadquirente do simulador adquirente tem de abrir mão da coisa vendida, se a simulação lhe for oponível, correndo o risco da não restituição do preço por ele pago.

A oponibilidade causa-lhe um *prejuízo*. Pelo contrário, na *simulação de valor*, sendo o preço simulado mais baixo que o verdadeiro, o terceiro preferente *perde o benefício* de preferir em melhores condições se a simulação lhe for oponível. A oponibilidade da simulação priva, pois, este terceiro de uma vantagem.

A favor do entendimento, segundo o qual o Direito tutela a posição de todos estes terceiros, invocam-se em geral a letra do preceito – que não distingue – e o elemento histórico da interpretação, uma vez que a solução contrária, que estava no Anteprojecto de Rui de Alarcão[1], não veio a ser consagrada[2].

Em sentido oposto se pronunciava C. Mota Pinto[3], que assim continuava a seguir a posição que na vigência do Código Civil anterior era defendida por Manuel de Andrade[4].

Não convencem os argumentos invocados a favor da tese mais favorável aos terceiros. Desde logo, o argumento literal, de cariz formal, não pode deixar de ser submetido à sindicância da *ratio legis* e da adequada ponderação dos interesses em jogo. Quanto ao elemento histórico, sendo em geral reduzido o seu valor interpretativo[5], não lhe pode ser atribuído, *in casu*, relevância decisiva. Se forem bem analisadas as propostas de Rui de Alarcão e de Vaz

[1] *Da Simulação*, *in* BMJ, n.º 84, pág. 317.

[2] Cfr. Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 159; Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil*, vol. I, págs. 229-230. Vaz Serra, em estudo publicado *in* RLJ, ano 101.º, pág. 236, propôs uma solução ecléctica, que não parece ter base legal em que assente.

[3] *Teoria Geral*, págs. 482-484 e nota (634) desta última página.

[4] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 207.

[5] Como bem assinalava C. Mota Pinto (ob. e loc. cits.), nem este é elemento decisivo da interpretação da lei, visto o teor do art. 9.º do C.Civ.

Serra para o Código Civil nesta matéria[1], o mais que se pode concluir é que o legislador pretendeu manter a questão em aberto, ao não adoptar nenhuma das posições – de sentido contrário – por eles formuladas.

A solução correcta deve assim fundar-se na razão de ser da inoponibilidade e na adequada composição dos interesses em jogo. Com efeito, o que explica o regime do art. 243.º é a intenção de impedir que a invalidação do acto simulado venha pôr em causa direitos adquiridos por terceiros com fundada convicção na sua bondade. Entre a má fé do simulador e a boa fé do terceiro adquirente deve esta prevalecer, evitando-se que o terceiro fique prejudicado por o simulador invocar a sua própria torpeza[2].

Ora tais razões não valem no caso de o terceiro apenas tirar vantagem da manutenção do negócio simulado, por também a posição deste não ser isenta da censura do Direito. Se ***A***, comproprietário de certo prédio, vende o seu quinhão a ***B***, mas, para iludir o fisco, acorda com este fazer constar do negócio preço inferior ao real, onde encontrar fundamento razoável para a *benesse* atribuída a ***C***, comproprietário do dito prédio, ao ser admitido a preferir pelo preço simulado, invocando o art. 243.º e a inoponibilidade da nulidade do negócio simulado, não sendo, sequer, a simulação determinada pela intenção de o prejudicar?

Não se identifica aqui mais do que um enriquecimento injustificado do preferente, que se não pode sancionar com uma interpretação literal da lei[3].

Este é o sentido que hoje prevalece na doutrina, sendo perfilhado por Oliveira Ascensão[4], C. Mota Pinto[5], Menezes Cordeiro[6] e Almeida Costa[7].

A título de esclarecimento final importa aqui deixar bem expresso, ainda que isso resulte já dos termos do art. 243.º, que a protecção do interesse do terceiro de boa fé não significa que o negócio simulado se convalide. Ele continua a ser nulo, a nulidade opera, mas apenas em certo sentido, isto é, nas relações dos simuladores entre si; assim, e nomeadamente, o simulador comprador não pode invocar o negócio simulado para nele fundar a aquisição da coisa objecto de tal contrato. Em suma, os efeitos da nulidade

---

[1] BMJ, n.º 84, págs. 319-320. Por isso não é também de seguir a solução proposta por Vaz Serra, já na vigência do novo Código, *in* RLJ, n.º 101.º, pág. 327, anot. ac. do STJ, de 21/FEV./67.

[2] Seria manifestamente injusta outra solução, por contrariar o que há de atendível no velho brocardo, segundo o qual ninguém deve ser admitido a prevalecer-se da sua própria má fé *(nemo auditur propriam turpitudinem allegans)*.

[3] Para desenvolvimento da posição sustentada no texto *vd*. os nossos estudos, *Simulação – Direito de Preferência – Abuso de Direito* e *Posição dos Preferentes*, ambos *in Estudos sobre a simulação*, respectivamente, págs. 176 e segs. e 202-205.

[4] *Teoria Geral*, vol. II, págs. 229-230.

[5] *Teoria Geral*, págs. 482-483 e nota (634).

[6] *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 849-850.

[7] *Direito das Obrigações*, nota (3) da pág. 457, com referências de doutrina e jurisprudência.

são paralisados em relação ao terceiro de boa fé, segundo o característico regime da inoponibilidade direccional dos efeitos jurídicos, que adiante será exposto.

523. Conflitos entre terceiros perante a simulação: exposição do problema

I. A análise até agora feita da posição de terceiros perante o negócio simulado deixa perceber que eles podem aparecer como portadores de interesses contrapostos, querendo uns prevalecer-se da nulidade do negócio e outros pretendendo que ela lhes não seja oposta, independentemente de quem invocou a nulidade[1]/[2].

Desenha-se assim um conflito entre terceiros que se pode ilustrar com o seguinte exemplo: se qualquer dos simuladores tiver alienado novamente a coisa objecto de um contrato de compra e venda simulado, deve dar-se prevalência a quem adquiriu do simulador vendedor, por ser este o verdadeiro titular da coisa vendida, ou a quem contratou com o simulador comprador, por não lhe ser oponível a simulação?

II. O problema dos conflitos de terceiros perante a simulação apresenta maior complexidade que os referidos nos números anteriores. Desde logo, a questão pode revestir múltiplas facetas em função da qualidade dos terceiros envolvidos e da posição por eles ocupada em relação ao acto simulado. Podem estar em causa, por exemplo, credores, comuns ou privilegiados, de cada um dos simuladores, credores de um dos simuladores e subadquirentes do outro, subadquirentes do simulador alienante e do simulador adquirente. Para além de tudo o mais, é relevante saber se os terceiros estão de boa ou de má fé, sendo aqui várias as hipóteses a considerar.

Por outro lado, ao contrário do que acontecia nas duas situações antes analisadas, o Código Civil não contém qualquer norma que especificamente se ocupe de tão intrincada matéria. Esta abstenção do legislador só pode ter sido intencional, não só por a doutrina anterior se ter ocupado largamente do problema, mas por Rui de Alarcão, Autor do Anteprojecto,

---

[1] Sobre o conflito entre terceiros perante a simulação, *vd*., em geral, I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 178-179; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 484-486; e Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 230-231.

Para maior desenvolvimento da posição defendida no texto, *vd*. o est. *Simulação*, in *Estudos sobre a simulação*, págs. 130 e segs.

[2] Note-se que o problema se coloca perante os efeitos da declaração de nulidade, que em si mesma não é posta em causa, podendo ela ser invocada quer pelo simulador quer pelo terceiro lesado para o efeito de obter a reparação de danos sofridos.

ter proposto, no seu estudo para a simulação no novo Código Civil, uma norma especificamente dirigida à resolução desses conflitos[1].

Não cabe aqui recorrer aos arts. 242.º e 243.º do C.Civ., pois eles contemplam apenas a posição *unilateral* de cada uma das categorias de terceiros em conflito com os simuladores.

A questão tem sido largamente debatida na doutrina portuguesa, como na estrangeira, interessando começar por dar aqui uma visão geral dos termos em que o problema se coloca no sistema jurídico português.

III. As soluções defendidas pela doutrina, neste domínio, podem reconduzir-se a dois modelos fundamentais: alguns autores seguem uma solução *unitária* para os diversos tipos de conflitos, enquanto outros fazem dos mesmos uma análise *casuística*.

As soluções unitárias formulam uma resposta que se aplica indistintamente a todos os conflitos, embora nem sempre os seus defensores cheguem à mesma conclusão.

Segundo I. Galvão Telles, «*prevalece sempre o interesse do terceiro de boa fé que deseja subtrair-se aos efeitos da nulidade do negócio simulado*»[2]. Fundava-se, para tanto, na teoria da *aparência do direito*, que impõe a tutela do interesse de quem confia na situação aparente, em detrimento de quem se baseia na situação real, solução que entendia abonar-se com o *espírito* do art. 243.º, n.º 1, do C.Civ.

Esta solução não pode ser perfilhada; admitindo, mesmo, que no sistema vigora um princípio da aparência com a amplitude sustentada por I. Galvão Telles – o que é posto em causa por Oliveira Ascensão[3] –, uma equilibrada composição de interesses em jogo deve dar prevalência, em certos casos, aos

---

[1] *Da Simulação*, *in* BMJ, n.º 84, págs. 322 e segs. Essa norma (art. 4.º), subordinada à epígrafe «conflitos de interesses entre terceiros», mostrava-se redigida nos seguintes termos:

«1. Os conflitos entre terceiros com interesse na nulidade do negócio simulado e terceiros a quem essa nulidade seja inoponível nos termos declarados no artigo antecedente, decidem-se em harmonia com as regras dos parágrafos seguintes, onde forem aplicáveis. Mas aqueles terceiros cujos interesses têm de ser sacrificados em face dos demais não estão impedidos de agir por perdas e danos contra qualquer dos simuladores.

2. Havendo credores comuns do simulado alienante e credores comuns do adquirente fictício dá-se preferência aos interesses destes últimos, salvo se os créditos duns e doutros são anteriores ao negócio simulado. Mas neste caso têm ainda prevalência os credores do adquirente se houverem obtido penhora ou arresto sobre os bens objecto do negócio simulado antes de proposta pelos credores do alienante a competente acção de simulação.

3. Os credores comuns do simulado alienante são sacrificados na colisão com os subadquirentes do fictício adquirente.

4. O conflito entre subadquirentes do simulado alienante e subadquirentes do fictício adquirente resolve-se considerando o negócio simulado como se fosse verdadeiro.»

[2] *Manual*, pág. 179 (em itálico no texto).

[3] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 230.

que se pretendem socorrer da realidade das coisas[1]. Para além disso, tal solução mostra-se, por vezes, em colisão com as regras próprias do registo e com os critérios de prevalência de direitos que delas decorrem.

Embora com resultados opostos, também Castro Mendes defendia uma solução de tipo unitário, partindo da nulidade do negócio simulado e extraindo daí as consequências inerentes ao seu regime. Se a lei limita a invocação dessa nulidade pelos simuladores contra terceiros de boa fé, o mesmo regime deve aplicar-se aos terceiros de má fé que intentam valer-se da simulação perante terceiros de boa fé. Quanto à invocação da nulidade por terceiro de boa fé perante outro terceiro de boa fé, não existe na lei tal limitação, pelo que Castro Mendes fazia então prevalecer o regime da nulidade. Deste modo, os terceiros de boa fé, interessados em arguir a nulidade do negócio simulado, podem, nos termos gerais dos arts. 240.º, n.º 2, e 286.º, opor a simulação a terceiros de boa fé, interessados na invocação do negócio simulado, com as únicas limitações que resultam das regras do registo, nos termos do art. 291.º[2/3].

A tese de Castro Mendes não se afasta da defendida por Pires de Lima e Antunes Varela, para quem o art. 243.º rege apenas para as relações entre simuladores e terceiros de boa fé a quem a declaração de nulidade afecta. Assim, sendo a simulação invocada por terceiros de boa fé contra terceiros de boa fé, deve recorrer-se ao regime da nulidade, o que implica remissão para o art. 291.º do C.Civ.[4]. Segundo parece, no seu pensamento, a aplicação do regime geral da nulidade envolve, como consequência primária, a protecção do terceiro interessado na declaração de nulidade, contra os direitos que a favor de terceiros se constituíram com base no negócio invalidado, salvo se estes puderem beneficiar do regime excepcional do art. 291.º

A solução de tutela do terceiro que se pretende valer da simulação é também defendida por Oliveira Ascensão, sem fazer, contudo, recurso à aplicação do art. 291.º[5]

Destas teses, as de Castro Mendes e de Pires de Lima e Antunes Varela vêem o seu carácter unilateral ser de algum modo atenuado, porquanto não envolvem sistemática tutela de uma das categorias de terceiros em presença. Por outro lado, o esquema adoptado por elas leva em conta o facto de o art. 243.º do C.Civ. ser uma norma especial, relativamente às normas gerais neste

[1] Cfr., neste sentido, Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 163.

[2] *Idem, ibidem*.

[3] Uma solução equivalente fora defendida por Cunha Gonçalves, que, na vigência do Código de Seabra, sustentava ser a nulidade do negócio, oponível mesmo ao terceiro de boa fé (*Tratado*, vol. V, págs. 745-750).

[4] *Código Civil*, vol. I, pág. 230.

[5] *Teoria Geral*, vol. II, págs. 230-231, em particular a última.

diploma contidas em sede de nulidade; ainda assim, não podem ser acolhidas, e muito menos a de Oliveira Ascensão, que se afigura mais radical.

A primeira objecção, a fazer-lhe, aliás antecipada por Castro Mendes, é a do seu conceptualismo, por partir do regime formal da nulidade[1]. Para além disso, não parece legítimo transpor as regras gerais da nulidade para preencher o vazio deixado pelo Direito positivo em sede de conflitos de terceiros na simulação. Note-se que para alguns dos Autores se resolve pelo art. 291.º o conflito que os seus defensores não consideram legítimo tratar pelo art. 243.º, sendo certo que estes dois preceitos se ocupam, um em sede geral, outro em sede especial, do mesmo problema: inoponibilidade da invalidade do negócio a terceiros. Não parece legítimo recorrer a uma norma geral quando, no mesmo domínio, há norma especial, tanto mais que a própria maneira de ser da simulação dá às posições de terceiros uma feição que não têm nos mais casos de nulidade[2].

IV. As soluções casuísticas são as dominantes na doutrina portuguesa e foram defendidas, na vigência do Código de Seabra, por Manuel de Andrade[3] e Beleza dos Santos[4]. A tese de Manuel de Andrade influenciou largamente Rui de Alarcão, nomeadamente na elaboração do preceito por ele proposto para resolver os conflitos de interesses entre terceiros, na simulação[5]. Na vigência do actual Código, seguiram a mesma rota Paulo Cunha, nas suas lições orais[6], e C. Mota Pinto[7].

Não são inteiramente coincidentes as soluções por todos estes autores preconizadas, mas elas têm de comum o abdicarem de uma solução geral, que não é tida por conveniente. Por isso, procuram resposta para os vários tipos de conflitos na análise dos interesses envolvidos, não sendo fácil encontrar um denominador comum para todas elas.

Se se atentar em observações antes feitas, não é, por certo, a ponderação dos interesses em conflito que merece reparo, mas a forma como o problema é encarado. Importa, por isso, tentar o enquadramento sistemático das múltiplas

---

[1] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 163.

[2] Para além do mais, a subordinação da tutela de certos terceiros aos requisitos do art. 291.º, por este preceito estar fundamentalmente virado para a situação dos subadquirentes de direitos reais, sacrifica os interesses de todos os terceiros subadquirentes de direitos de outro tipo, o que se afigura injusto. Por outro lado, a menos que se entendesse que o recurso ao art. 291.º não envolve à aferição da boa ou má fé pelo seu próprio critério, este entendimento, levado às suas últimas consequências, sujeitaria a verificação da boa fé dos terceiros interessados na subsistência do negócio a critério mais exigente que o do art. 243.º; para já não falar de outros requisitos de aplicação do art. 291.º não contemplados no art. 243.º

[3] *Teoria Geral*, vol. II, págs. 208-212.

[4] *A Simulação*, vol. II, págs. 404-416.

[5] Est. e rev. cits., págs. 322-328.

[6] Paulo Cunha já no domínio do Código de Seabra se orientava para uma solução deste tipo.

[7] *Teoria Geral*, págs. 484-485.

situações de conflitos, sendo certo que o sistema jurídico português fornece o modelo que permite pôr ordem nesta matéria.

524. Conflitos entre terceiros perante a simulação: posição adoptada

I. Numa avaliação crítica, no plano legislativo, não teria sido conveniente adoptar uma norma do tipo da proposta por Rui de Alarcão[1], por se correr o risco de pecar por excesso ou por defeito. Perante a significativa variedade destes conflitos, se o Código tivesse a veleidade de os cobrir a todos entraria num casuísmo excessivo. A solução alternativa de apenas contemplar casos típicos considerados significativos ou mais relevantes – segundo o modelo italiano –, começava por colocar o problema da selecção dos tipos a eleger, não sendo fácil chegar a soluções aptas a resolver os conflitos não cobertos pela norma[2].

O legislador poderia ter optado pela definição de um critério geral de enquadramento destes conflitos; tal norma teria uma função esclarecedora, de revelação do pensamento legislativo, e não seria inútil, mas, segundo o entendimento tido como correcto, a solução adoptada dispensa, em rigor, essa via.

II. A posição aqui defendida foi pela primeira vez esboçada em lições policopiadas que datam de 1974[3]. Apontou-se então para a possibilidade de encontrar, no regime de colisão de direitos, em particular no art. 335.º do C.Civ., o princípio orientador da solução destes conflitos de terceiros. Em momento posterior foi desenvolvida, de algum modo, essa ideia embrionária[4], mas sem chegar a ser esclarecido o seu verdadeiro alcance, o que só houve oportunidade de fazer no estudo que tem vindo a ser citado[5]. Da tese aí exposta dão-se aqui as linhas mestras.

Bem vistas as coisas, o problema só surge uma vez declarada a nulidade do negócio simulado, pelo que, em rigor, o conflito não se situa no campo do direito à declaração da nulidade; nem faz sentido contrapor a tal direito

---

[1] Caberia perguntar se seria necessária. Referindo-se ao facto de C. Mota Pinto defender as soluções propostas no Anteprojecto, apesar de elas não terem transitado para o texto aprovado pelo legislador, comentava Castro Mendes, com alguma ironia, que aquela disposição «não seria portanto precisa…» (*Teoria Geral*, vol. II, pág. 162).

[2] Rui de Alarcão tinha bem consciência de estar só a regular «alguns dos mais frisantes tipos que esses conflitos podem assumir», e daí ter esclarecido que na solução de outros «não deixará de ter interesse a regulamentação das espécies legalmente previstas» [est. e rev. cits., pág. 324 e nota (57)].

[3] *Teoria Geral*, vol. III, pág. 162

[4] *Teoria Geral*, ed. cit., vol. II, págs. 385-386.

[5] *Simulação*, págs. 490 e segs., da sua versão original.

um (eventual) poder, de sinal oposto, de obstar a essa declaração. Só após a verificação da existência de simulação e de declarada a nulidade do negócio se desenvolve o litígio entre terceiros, que, em relação à eficácia da nulidade, ocupam posições antagónicas.

Posto isto, tomando o exemplo típico da situação de terceiros que, de boa fé, adquiriram, de cada um dos simuladores, direitos sobre o bem falsamente alienado, importa ver como se configura o conflito. O subadquirente do simulador alienante tem legitimidade para obter a declaração de nulidade e o outro terceiro não o pode impedir. Uma vez invalidado o acto, logo se desenham duas *situações* de sinal oposto potencialmente conflituantes: o subadquirente do simulador alienante quer ver actuada a eficácia própria da declaração de nulidade, com o consequente *reingresso* do bem alienado no património do alienante; por seu turno, o subadquirente do simulador adquirente pretende que lhe não seja oposta essa eficácia, para tudo se passar como se o bem alienado houvesse legitimamente entrado no seu património. Em certos casos, as divergências entre as posições destes terceiros resolvem-se logo neste domínio. Mas quando assim não seja, o verdadeiro conflito dá-se em relação aos direitos que os terceiros adquiriram sobre o bem alienado. Neste plano está-se perante a figura da colisão de direitos, pois existem dois direitos incompatíveis.

Este enquadramento dos conflitos de terceiros perante a simulação é fértil em consequências positivas, quando se trata de apurar qual a composição dos diversos interesses em conflito. Para tanto importa fixar o seu alcance.

III. Desde logo, não está em causa fixar *directamente* a solução do conflito, mas descobrir um sistema de regulação dos interesses conflituantes, através de um critério geral, que tem a vantagem de ser um esquema já testado pelo legislador em vários domínios.

Por assim ser, não é ajustado o reparo formulado por C. Mota Pinto, na 2.ª edição da sua *Teoria Geral do Direito Civil*[1], onde se tinha, por certo, presente a ideia esboçada nas já referidas lições policopiadas, quando escreveu que «não parece resultar directamente do art. 335.º do Código Civil uma solução para o problema. É que justamente o problema consiste em saber se os direitos em conflito são iguais ou desiguais sob o ponto de vista do merecimento de tutela jurídica»[2]. A observação, em si mesma, é pertinente, mas não põe em causa o entendimento defendido, como resulta do acima exposto.

Esclarecido, assim, o sentido da posição defendida, a sua aplicação envolve o recurso ao sistema legal de solução de conflitos de direitos e à qualificação

[1] A mesma ideia aparece formulada nas segs. eds. dessa obra.

[2] Na ed. referida no texto, *vd*. pág. 486, nota (1); retomado nas subsequentes [na actual, nota (639), pág. 484].

adequada das posições dos terceiros perante o acto simulado, em vista da sua subsunção naquele sistema. Aqui, impõe-se uma avaliação específica dos vários tipos de conflitos, sendo desde logo importante ter em atenção as diferentes posições dos terceiros, quanto à boa fé. Em termos esquemáticos, podem:

a) todos os terceiros estar de boa fé;

b) todos os terceiros estar de má fé;

c) estar um deles de boa fé e o outro de má fé, importando aqui distinguir, ainda, se o terceiro de boa fé é o que pretende invocar a nulidade do negócio simulado ou o que quer valer-se da sua inoponibilidade.

O conflito ocorre no primeiro momento acima referido, mas, ainda assim, o problema se esclarece se se fizer apelo aos critérios do art. 335.º do C.Civ.[1]

Se todos os terceiros estão de má fé, prevalece a posição do interessado em se valer da declaração de nulidade, uma vez que a boa fé não é requisito do direito de a obter, enquanto o afastamento da eficácia da declaração de nulidade depende de o terceiro estar de boa fé.

Segundo a mesma ordem de considerações, na hipótese de o terceiro de boa fé ser aquele que invoca a plena eficácia da declaração de nulidade, por maioria de razão, este tem a posição prevalente.

É mais complexo o caso de só estar de boa fé o terceiro que invoca a inoponibilidade da nulidade. A má fé do outro terceiro não impede a declaração de nulidade, nem afecta, em princípio, a possibilidade de se valer da sua eficácia; contudo, no confronto entre a sua posição e a do outro terceiro – de boa fé –, este merece melhor tutela. Com efeito, aquele conhece, por definição, a simulação; se, ainda assim, celebrou com o simulador alienante certo negócio ou não reagiu contra o simulado, fê-lo a seu risco. O mesmo não se pode dizer do terceiro de boa fé.

Este esquema não vale para o caso de ambos os terceiros estarem de boa fé, por as suas posições serem de igual valia. Daí, ser corrente dizer-se que o conflito de terceiros só existe quando ambos estão de boa fé. Na perspectiva correcta, estão, neste caso, em presença direitos incompatíveis relativos a um mesmo bem, devendo o conflito ser resolvido segundo as regras da colisão de direitos.

Para ilustrar esta posição vão servir de base à exposição subsequente duas situações: conflito entre credores comuns e conflito entre subadquirentes.

[1] O facto de não estarem em causa verdadeiros direitos subjectivos não constitui obstáculo à aplicação do art. 335.º A doutrina portuguesa vem defendendo o alargamento do âmbito do art. 334.º a outras situações jurídicas activas, podendo sustentar-se igual interpretação daquele preceito.

IV. Serve de exemplo da primeira situação, uma venda simulada de ***A*** para ***B***, sendo ***C*** credor de ***A*** e ***D*** credor de ***B***[1], e ambos os créditos comuns ou quirografários.

As posições defendidas pela doutrina a este respeito partem do pressuposto do sacrifício necessário de um dos credores, claramente afirmado por Manuel de Andrade: «temos de dar prevalência a um só destes interesses, sacrificando o outro»[2].

Não é necessariamente assim, se se pensar este caso como um conflito de direitos de crédito que pretendem exercer-se sobre um mesmo bem, importando saber se eles são de igual valia ou se um deles é superior ao outro, para, em conformidade, aplicar um dos números do art. 335.º A resposta correcta é a de Beleza dos Santos: são equivalentes os interesses dos credores do simulador alienante e do simulador adquirente. Este entendimento é imposto pela idêntica natureza destes direitos e pela irrelevância das distinções quanto a eles feitas, fundadas na expectativa de solvabilidade do devedor, sobretudo tratando-se de credores comuns[3]. Para além disso, essas expectativas só fazem algum sentido se a vontade do credor se projectar de modo relevante na constituição do crédito, argumento que não foi ignorado pelos defensores das posições em análise, quando ressalvam os créditos emergentes de acto ilícito.

No essencial, sendo equivalentes os interesses dos credores de ambas as partes do negócio simulado, e tal como a doutrina portuguesa em geral configura o problema, dar vantagem a um deles não se justifica. A questão cla-

---

[1] Segundo Manuel de Andrade (*Teoria Geral*, vol. II, págs. 209-210) e C. Mota Pinto (*Teoria Geral,* págs. 484-485), o interesse sacrificado é o de ***C***, independentemente de o seu crédito se ter constituído antes ou depois do negócio simulado. Para Beleza dos Santos (*A Simulação*, vol. I, pág. 405), os interesses dos dois credores em presença são equivalentes, prevalecendo o regime da nulidade e sendo sacrificado o interesse de ***D***. Uma solução ecléctica, defendida por Rui de Alarcão (*Simulação*, *in* BMJ, n.º 84, págs. 325-326), sacrifica umas vezes o interesse de ***C***, outras o de ***D***, tendo em conta o momento da constituição dos créditos em relação ao negócio simulado.

[2] Ob. e vol. cits., pág. 209. Tal ideia conduz a resultados indesejaveis pois, como está exposto em *Simulação* (pág. 500), «ou os autores se sentem *obrigados* a descortinar qual o interesse a sacrificar, entrando em distinções especiosas e inaceitáveis (Manuel de Andrade, Rui de Alarcão, C. Mota Pinto), ou não hesitam em recorrer a uma solução puramente formal para dar prioridade a um dos credores, ainda que reconhecendo que os interesses em jogo são equivalentes (Beleza dos Santos). São facilmente ultrapassados estes escolhos, desde que o problema seja devidamente equacionado segundo a teoria que perfilhamos».

[3] Essas distinções não têm relevo jurídico e, se levadas às últimas consequências, exigiriam outras ainda mais subtis. Basta pensar em como é falível a garantia patrimonial desses credores: os bens objecto do negócio simulado, que podem nem ser coisas, podem perder-se ou deteriorar-se, ser consumidos, validamente alienados ou onerados. E sempre se havia de levar em conta se o objecto do negócio simulado é o único bem penhorável do património do devedor ou, pelo menos, um elemento determinante da sua solvabilidade. Nem se objecte que haveria apenas de corrigir ou apurar os critérios da distinção, pois isso redundaria num tão complexo jogo de harmonização dos elementos atendíveis, que constituiria constante foco de incerteza e de conflitos – *summum ius, summa iniuria*.

rifica-se na posição adaptada, pois da aplicação do n.º 1 do art. 335.º resulta que os titulares dos créditos devem ceder «na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes». Por força desta regra, os credores estão em igualdade de condições para se fazer pagar pelo bem em causa, podendo sobre ele obter penhora, tudo se passando de modo semelhante ao que ocorre entre credores comuns que possam exercer o seu direito sobre bens do mesmo devedor. Assim, atentas as regras processuais sobre a execução, vai ter prevalência o terceiro mais expedito na obtenção e registo da penhora, seguindo-se, para o credor retardatário, o regime do art. 871.º em articulação com o n.º 5 do art. 832.º, ambos do C.P.Civ.[1].

A solução proposta ajusta-se aos princípios da garantia patrimonial e leva em conta a situação de paridade dos direitos dos credores. Tem apenas de se abstrair de quem é o verdadeiro titular do bem simuladamente alienado: é como se se tratasse do concurso entre credores comuns do simulador alienante.

V. No conflito entre subadquirentes, tanto faz que se trate de aquisição derivada translativa como constitutiva, ou que o direito adquirido seja a propriedade ou outro direito real de gozo ou de garantia, ou mesmo um direito de crédito, embora as soluções da doutrina se dirijam em geral a direitos reais de gozo. Nesta base, considere-se a hipótese de ***A*** simular vender a ***B*** certo prédio, alienando-o, de seguida, por acto verdadeiro, a ***C***, e de, por seu turno, ***B***, valendo-se da aparência criada pela simulação, vender, também por acto verdadeiro, essa mesma coisa a ***D***.

No domínio do Código actual[2], C. Mota Pinto resolvia o problema nos seguintes termos: «visto que as duas aquisições são havidas como válidas, a situação é análoga à do problema geral da incompatibilidade entre direitos reais adquiridos do mesmo transmitente: prevalece a venda mais antiga ou a que primeiro foi registada»[3].

Este entendimento segue, neste tipo de conflitos, o esquema acima defendido em tese geral, pois faz aplicação de critérios normativos específicos de resolução de colisão entre direitos incompatíveis. Esta solução merece, como é manifesto, acolhimento e só exige alguma aclaração.

Na simulação, estão em causa várias alienações (entre os simuladores e destes para com terceiros), pelo que importa esclarecer que os direitos em

[1] Cfr., também, n.º 5 do art. 865.º do C.P.Civ. Sobre esta matéria, *vd.*, Paula Costa e Silva, *A Reforma da Acção Executiva*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2003, págs. 93-94.

[2] Na vigência do Código de Seabra, a doutrina dominante fundava-se, na resolução do problema, nos critérios legalmente estatuídos para alienações sucessivas da mesma coisa (Beleza dos Santos, *A Simulação*, vol. I, págs. 412-414; Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 211-212; e Rui de Alarcão, *Simulação*, *in* BMJ, n.º 84, págs. 327-328).

[3] *Teoria Geral*, pág. 485.

conflito são os adquiridos por ***C*** e ***D***; contudo, não é indiferente se se tomam em conta a alienação de ***A*** para ***C*** e a de ***A*** para ***B*** (tratada esta como verdadeira, em homenagem ao interesse de ***D***), ou os dois actos de aquisição dos terceiros, pois para a solução do conflito releva, em geral, a antiguidade do acto em si mesmo ou a do seu registo. Em termos mais ou menos claros, os tratadistas portugueses resolvem a questão com base nas alienações – simulada e verdadeira – do simulador alienante[1].

Esta é a solução adequada, pois o subadquirente do titular aparente não pode pretender melhor tutela do que a que teria se a aquisição do simulador adquirente fosse verdadeira. Em geral, esta solução é-lhe favorável, pois só em casos muito excepcionais a aquisição do subadquirente do simulador alienante será anterior ao negócio simulado[2].

§ 3.º
Figuras afins da simulação

525. Razão de ordem

Vários institutos jurídicos apresentam certa proximidade da simulação, sem com ela se confundirem, devendo antes sustentar-se a sua autonomia.

À análise subsequente de alguns dos mais significativos presidem dois fins. Por um lado, trata-se naturalmente de marcar as suas diferenças em relação à simulação; por outro, será esta uma oportunidade de obter esclarecimentos adicionais sobre o próprio conceito da simulação.

Tendo presente esta ordem de preocupações, vão ser estabelecidos os pontos comuns e de diferença entre a simulação e a *errada qualificação* (ou *denominação*) do negócio jurídico, a *interposição real de pessoas*, o *negócio fiduciário* e o *negócio indirecto*[3].

---

[1] Esta formulação é nítida em Beleza dos Santos (*A Simulação*, vol. I, págs. 410-12), mas mostra-se também adequada aos termos em que Manuel de Andrade expunha o problema (*Teoria Geral*, vol. II, pág. 211). É ainda perfilhada por Rui de Alarcão, que transcreve o texto de Manuel de Andrade e cita, aprovando-a, a tese de Beleza dos Santos (*Simulação*, *in* BMJ, n.º 84, págs. 327-328). C. Mota Pinto referia-se ao problema de modo sucinto, mas em termos que levam a incluí-lo nesta orientação (*Teoria Geral*, pág. 485).

[2] Sobre a aplicação específica deste regime a várias modalidades de direitos, *vd*. o cit. est., *Simulação*, págs. 158 a 161 da versão actualizada.

[3] Além dos institutos que passam a ser analisados, outros mantêm afinidades com a simulação, embora dela se devam autonomizar: a falsidade e a fraude à lei. Para noções fundamentais sobre as relações entre a simulação e institutos afins, cfr. I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 186 e segs.; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 165 e segs.; e Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 221-223.

526. A errada qualificação do negócio jurídico

I. A simulação não deve confundir-se com os casos de errada qualificação ou denominação do negócio jurídico: *error in nomine negotii*. Há errada qualificação, em sentido próprio, quando as partes, ao celebrarem certo negócio jurídico, por erro lhe apõem um *nomen iuris* não conforme ao conteúdo do acto por elas efectivamente celebrado. Deste modo, há uma divergência entre as estipulações negociais das partes e a qualificação por elas atribuída ao negócio.

II. Num primeiro exame, vista a questão objectivamente, dir-se-ia haver uma certa proximidade entre a simulação e a errada qualificação, pelo menos na simulação relativa.

Com efeito, neste último caso, as partes pretendem fazer crer que celebraram uma compra e venda e celebraram na verdade uma dação em cumprimento; na errada qualificação, as partes designam como compra e venda o negócio de dação em cumprimento que efectivamente celebraram. Facilmente, porém, se afasta a aparente proximidade entre estas duas hipóteses.

Segundo o entendimento mais adequado, acima defendido, na simulação relativa há na verdade *dois negócios* – o simulado e o dissimulado –, e não um só, sob falsa denominação. Dito por outras palavras: tanto ao negócio simulado como ao dissimulado as partes atribuem a qualificação correcta, só que o primeiro não é efectivamente querido.

Na errada qualificação, as partes *erram* quanto ao nome que atribuem ao negócio por elas querido e celebrado – só há um negócio; quando confrontada essa qualificação com as estipulações que efectivamente o integram, verifica-se que ao negócio efectivamente celebrado e querido foi dado um *nome* errado[1].

III. Também quanto aos efeitos a errada qualificação se demarca da simulação relativa.

Nesta, o negócio simulado é nulo e o dissimulado pode ou não ser válido. Segundo o entendimento da doutrina, a falsa ou errada qualificação não releva – *falsa demonstratio non nocet* –, precisamente por o nome pelas partes atribuído ao negócio não se ajustar à sua *materialidade*. O negócio é válido segundo a qualificação adequada, isto é, a correspondente ao seu conteúdo e

[1] Diferente desta hipótese é a de erro sobre o conteúdo (ou *objecto jurídico*) do negócio, por uma das partes o celebrar na convicção de ele produzir certos efeitos que na verdade não tem. Pode este erro conduzir a uma errada qualificação, mas existem então dois problemas distintos, cada um a resolver em sede própria.

produz os efeitos que lhe são próprios. Como se expressa o velho brocardo, *da mihi factum, dabo tibi ius*.

Todavia, a *errada qualificação* não deixa de ser um dos elementos a atender na interpretação do negócio jurídico celebrado pelas partes.

527. A interposição real de pessoas

I. Como referido atrás, ao analisar a simulação subjectiva, esta constitui uma interposição fictícia de pessoas. Dela se demarcam, pois, outras figuras jurídicas em que há *interposição real de pessoas*.

Para exclarecer a diferença, considere-se um exemplo desta figura: ***A***, como tutor de ***B***, não pode adquirir um prédio deste [cfr. art. 1937.º, al. *b*), do C.Civ.].Para ultrapassar este obstáculo legal, ***A***, em nome do seu representado, faz a venda a ***C***, com a obrigação de este, de seguida, o vender a ele, ***A***. Não há aqui simulação, sendo verdadeiros os negócios celebrados, e efectivamente queridos pelas partes. ***A*** quer efectivamente fazer essa venda a ***B*** e este fica adstrito à obrigação de revender a ***A***.

Diferente seria o caso de ***A*** fazer intervir falsamente no negócio ***C***, para encobrir a venda feita a ele próprio. Aqui há simulação, na modalidade de interposição fictícia de pessoas.

II. Em teoria, é fácil demarcar a interposição real da interposição fictícia de pessoas, na simulação relativa. Naquela, há dois negócios realmente queridos, enquanto nesta só um dos negócios – o dissimulado – é querido.

Em termos práticos, porém, a destrinça entre estes dois casos nem sempre é fácil e envolve uma delicada questão de prova dirigida ao apuramento da vontade real dos intervenientes, logo de interpretação negocial.

Questão diversa é a de saber se os negócios celebrados com interposição real de pessoas são válidos.

A resposta não é sempre necessariamente a mesma, tudo dependendo das circunstâncias da sua celebração. No exemplo dado, o negócio será nulo, por ter sido celebrado com o fim de violar a lei que o proibia (cfr. arts. 294.º e1939.º, n.º 1, do C.Civ.).

É frequente os negócios celebrados com interposição real de pessoas serem celebrados com o intuito de ultrapassar proibições legais. Daí, como justamente acontece no caso do exemplo acima dado, o legislador, por vezes, proibir a celebração do negócio quer directamente, quer indirectamente – por interposição real de pessoas –, com o fim de evitar que através dela se obtenha o resultado que a norma pretende afastar.

528. O negócio fiduciário

I. Da simulação demarca-se também o negócio fiduciário[1].

A figura do negócio fiduciário, cujas raízes mergulham no Direito Romano[2], caracteriza-se, por, em certo negócio – em regra de transmissão –, os poderes dele emergentes *excederem* o fim visado pelas partes com a sua celebração, obrigando-se, porém, aquele a quem são atribuídos *(fiduciário)* a usá-los apenas para aquele fim. A limitação imposta ao fiduciário implica a inclusão, no negócio, de uma cláusula acessória *(pacto fiduciário)*.

Por outras palavras, a celebração do negócio nesses termos envolve, da parte do transmitente *(fiduciante)*, uma certa confiança – *fiducia*, em latim, e daí a sua denominação – em relação a outra pessoa, na futura actuação desta, no uso desses poderes.

Na conformação corrente, a confiança de quem confere os poderes dirige-se à outra parte no negócio, o que significa que este reveste a modalidade de contrato. Mas nada impede que o negócio fiduciário seja unilateral, identificando-se no Direito português casos concretos de negócio dessa modalidade que preenchem requisitos da fidúcia.

Na sua configuração típica, os poderes atribuídos ao fiduciário destinam-se a ser utilizados na realização de certo fim que o autor do negócio tem em vista – e que nisso confia. Daqui resulta uma limitação que tem por fonte uma cláusula do negócio – o *pactum fiduciae*.

Em abstracto, o *pactum fiduciae* pode ter natureza real ou obrigacional, mas, o negócio a que o pacto é aposto tem, em qualquer caso, uma eficácia típica que *excede* o fim visado com a sua celebração, nota que relaciona a fidúcia com a *causa* do negócio jurídico mas também com o seu *fim mediato*.

É em vista deste fim que a cláusula fiduciária é aposta, o que não significa que o autor do negócio não queira o excesso de poderes que atribui ao fiduciário; mas *só os quer por confiar* que, no seu exercício, serão apenas utilizados para o fim especificado na cláusula fiduciária[3].

A partir dos elementos até agora recolhidos, fiduciário é o *negócio atípico pelo qual as partes adequam, mediante uma cláusula obrigacional ou real, o conteúdo*

---

[1] Foi desenvolvido esta matéria no est. *A Admissibilidade do Negócio Fiduciário no Direito Português*, in *Estudos sobre a simulação*, págs. 243 e segs.

[2] A doutrina distingue entre a fidúcia romana e a fidúcia germânica *(Treuhand)*. Por seu turno, no Direito inglês, um processo próprio, pela via da «equity», criou o instituto do «trust». Para a distinção entre a fidúcia romana e a fidúcia alemã, *vd*. P. Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995, págs. 263 e segs, e Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I. T. II, págs. 255 e segs. Relativamente ao *trust*, cfr. M.ª João Vaz Tomé e D. Leite de Campos, *A Propriedade Fiduciária*, págs. 19 e segs.

[3] A relevância desse fim ou escopo, na configuração do negocio fiduciário, é assinalado por Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. II, T. II, págs. 269-270.

de um negócio típico a uma finalidade diferente da correspondente à causa do negócio instrumental por elas seleccionado.

II. São múltiplos os fins que, por via do *pactum fiduciae*, o autor do negócio pode pretender realizar; todavia, desde o Direito romano, reconduzem-se correntemente a duas as modalidades de negócio fiduciário que os autores identificam: a *fiducia cum creditore contracta* e a *fiducia cum amico contracta*.

Esta distinção aponta, no primeiro caso, para um fim de garantia. Verifica-se quando ***A***, devedor de ***B***, aliena a este um bem, ficando o credor vinculado a restituir-lho (realienando-o) se a ***A*** solver a sua dívida; caso contrário, ***B*** fará *definitivamente* sua a coisa alienada.

Na *fiducia cum amico*, a conformação típica do negócio fiduciário é a de assegurar um fim de administração ou de alienação do bem que dele é objecto. Em *exemplo de escola*, ***A*** aliena a ***B*** um prédio para este o administrar ou para, por seu turno, o alienar, assumindo, para esse efeito, as correspondentes obrigações. No caso de administração, o beneficiário da mesma pode ser ***A*** ou outra pessoa para tanto designada, sem prejuízo, entenda-se, da remuneração que a ***B*** seja devida pelo encargo da administração.

III. A admissibilidade do negócio fiduciário no sistema jurídico português é uma questão de há muito debatida pela doutrina que, na sua configuração adequada, tem de ser analisada e respondida em dois planos, porquanto nele se identificam negócios que assentam numa ideia de fidúcia. Assim, o verdadeiro problema a dilucidar é o de apurar se, para além deles, são admissíveis *negócios fiduciários* livremente construídos pelas partes ao abrigo do princípio da autonomia privada.

Na modalidade de *fiducia cum creditore* identifica-se a chamada *alienação fiduciária em garantia*, como uma das modalidades de contratos de garantia financeira, previstos no n.º 2 do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio[1]. Resulta desta mesma norma que a nota característica deste negócio jurídico é a de ele operar a transmissão da propriedade com função de garantia[2].

Na mesma categoria cabe a *cessão de bens aos credores*, regulada nos arts. 831.º e seguintes do C.Civ.[3], porquanto dos arts. 835.º, 836.º e 837.º resulta que aos credores cessionários são atribuídos poderes de administração e de disposição dos bens cedidos, mas com o fim de pagamento dos débitos do cedente.

---

[1] A outra modalidades de contrato financeiro referida no mesmo preceito legal é o penhor financeiro, a que adiante terá ainda necessidade de se fazer referência.

[2] O n.º 3 do citado art. 2.º identifica o reporte como uma modalidade de contrato de alienação fiduciária em garantia.

[3] Este exemplo *concreto* de negócio fiduciário é identificado, embora não em termos definitivos, por I. Galvão Telles, *Manual*, pág. 194.

Próxima da cessão de bens aos credores é a *cessão do rendimento disponível*, que o CIRE criou, na insolvência de pessoas singulares, quando lhes seja concedida a exoneração do passivo restante (art. 235.º e seguintes).

Neste instituto, durante cinco anos após o encerramento do processo de insolvência, o rendimento disponível auferido pelo devedor considera-se cedido a um fiduciário[1], escolhido pelo tribunal (art. 239.º, n.º 2, do CIRE), que deve afectá-lo, no final de cada ano de duração da cessão, entre outros fins, ao pagamento dos credores da insolvência, nos termos prescritos no respectivo processo [art. 241.º, n.º 1, al. *d*), do CIRE][2].

Quem recebe os rendimentos do insolvente é o fiduciário, não os credores, sendo àquele que compete afectá-los, nos termos atrás sinteticamente expostos. Por assim ser, ao contrário do que é corrente, além do fiduciário, verifica-se, na figura jurídica em análise, a presença de beneficiários da fidúcia, à semelhança do que ocorre no «trust»[3].

Outra situação que participa de elementos da *fiducia cum creditore* ocorre no endosso a que é aposta uma menção particular – «valor em garantia», «valor em penhor» ou outra semelhante – que implique caução (art. 19.º da Lei Uniforme sobre Letras e Livranças). Também aqui o endossado pode exercer todos os poderes emergentes da letra, mas o endosso por ele feito só vale a título de procuração e para o fim nele consignado[4].

IV. Como negócio fiduciário, na *fiducia cum amico*, a figura mais correntemente citada pela doutrina é a do mandato sem representação, na modalidade de mandato para alienação (arts. 1180.º e seguintes do C.Civ.)[5]; igual entendimento quanto a essa categoria de mandato, no seu regime civilístico comum, vale para a sua correspondente manifestação no Direito comercial, a *comissão* (arts. 266.º e seguintes do C.Com.).

Em qualquer destes casos, o mandante encarrega o mandatário de alienar certa coisa sua, devendo, porém, fazê-lo em nome próprio e não em representação do mandante. Para viabilizar essa finalidade, confiando no mandatário, o mandante aliena-lhe a coisa, ficando aquele obrigado

---

[1] É esta a designação legal.

[2] Cfr. Luís A. Carvalho Fernandes e João Labereda, *Código da Insolvência*, notas aos artgos citados no texto, respectivamente, págs. 777-778, 787 e 793-794.

[3] Note-se que esta *estrutura tripartida* da fidúcia não é estranha ao negócio fiduciário, considerando-a mesmo P. Pais de Vasconcelos típica (*Teoria Geral*, pág. 641), referência com que não se pode concordar plenamente.

[4] Cfr. Fernando Olavo, *Desconto Bancário*, Lisboa, MCMLV, págs. 170-172.

[5] Neste sentido se pronunciava I. Galvão Telles na vigência do Código Civil de Seabra (*Manual*, (2.ª ed.), págs. 178-180), posição recentemente reafirmada [*Manual* (4.ª ed.), págs. 194-195]; cfr., também, Castro Mendes, *Teoria Geral*, Vol. II, págs. 172. Em sentido contrário se manifestou Pessoa Jorge, com base numa construção do instituto diferente da que correntemente é sustentada (*O Mandato sem Representação*, reimp., Almedina, 2001, págs. 320 e segs. e 329 e segs.).

a usar o direito de propriedade que assim lhe é atribuído apenas para esse fim de venda da mesma no interesse do mandante, ficando perante este obrigado a transmitir-lhe os respectivos direitos (art. 1181.º, n.º 1, do C.Civ.).

A chamada *substituição fideicomissária* ou *fideicomisso*, nas liberalidades (testamento, arts. 2286.º e seguintes do C.Civ., e doação, art. 962.º do mesmo Código), pela extensa e cuidada regulamentação de que no primeiro caso é objecto, constitui, por certo, no Direito português, a mais relevante manifestação da *fiducia cum amico*, na finalidade de fidúcia para administração. Em qualquer dos casos, o fideicomisso envolve a disposição de bens em benefício de uma pessoa – o *fiduciário* –, que tem a faculdade de os usar, fruir e administrar, mas com a obrigação de os conservar, a fim de reverterem, por sua morte, para outrem – o *fideicomissário* (art. 2286.º)[1].

Verifica-se, pois, em função do fim visado – a conservação dos bens no interesse de terceiro –, uma limitação dos poderes que o negócio instrumental (testamento ou doação) atribuiria, *prima facie*, na sua eficácia típica, ao fiduciário, com a particularidade de ela assumir uma eficácia real.

Outra manifestação de negócio fiduciário *cum amico* verifica-se no endosso de letra para cobrança.

Nesta modalidade, ao endosso é aposta a menção «valor a cobrar», «para cobrança», «por procuração», ou outra que implique simples mandato (art. 18.º da LU). Segundo o primeiro parágrafo deste mesmo preceito, o portador pode exercer todos os poderes da letra, mas só pode endossá-la como procurador.

V. A admissibilidade de negócios fiduciários atípicos no sistema jurídico português envolve não tanto a sua viabilidade, em abstracto – que no princípio da autonomia privada encontra fundamento –, mas a sua validade.

Verificou-se quanto a esta uma significativa evolução na doutrina portuguesa, que se processou, essencialmente, em concomitância com a sucessão do Código Civil vigente ao Código de Seabra: na doutrina mais antiga, contemporânea deste Código, prevalecia uma posição negativista; a doutrina mais moderna orienta-se claramente no sentido oposto.

A posição negativista, na vigência do Código de Seabra, teve o seu principal defensor em Beleza dos Santos[2], mas foi também sustentada por Cunha

[1] Segundo Menezes Cordeiro, representa este instituto a situação clássica do reconhecimento da fiducia com eficácia real, no sistema jurídico português (*Tratado*, vol. II, T. II, pag.271).

[2] Cfr., *A Simulação*, vol. II, págs. 122-124.

Gonçalves[1], Manuel de Andrade[2], Orlando de Carvalho[3] e Pessoa Jorge[4/5]. Numa orientação mitigada, I. Galvão Telles considerava inválido o negócio na *fiducia cum creditore*, por implicar fraude à lei, mas sustentava a sua validade na *fiducia cum amico*. Posição favorável à viabilidade dos negócios fiduciários foi sustentada por Vaz Serra, nos estudos preparatórios para o actual Código Civil, a respeito da cessão de créditos.

Na doutrina posterior ao Código Civil vigente a solução favorável à admissibilidade da fidúcia no Direito português, adiante acolhida, é defendida por Castro Mendes, seguido por Bigotte Chorão, mas também por Oliveira Ascensão, Menezes Cordeiro, P. Pais de Vasconcelos e M. Januário da Costa Gomes. Por seu turno, I. Galvão Telles reafirmou recentemente a posição atrás referida.

VI. Os mais relevantes argumentos invocados, na doutrina portuguesa, contra a admissibilidade dos negócios fiduciários, em redor dos quais operou a evolução para a tese oposta, podem reconduzir-se aos seguintes:

a) natureza causal dos actos translativos de direitos reais;

b) *numerus clausus* dos direitos reais e dos negócios com eficácia real.

Qualquer destes argumentos relaciona-se, por um lado, com a natureza do negócio fiduciário e, por outro, com a viabilidade de se configurar uma *causa fiduciae*, nem sempre admitida.

Para I. Galvão Telles o argumento fundado na tipicidade dos contratos reais *quoad effectum* não é válido, afirmando expressamente que o *numerus clausus* se aplica aos direitos reais mas não aos contratos alienatórios, para usar a sua expressão[6]. Por outro lado, identificando uma *causa fiduciae*, em geral, considerava ser admitida, pelo Direito português, a *fiducia cum amico* – fundando-se no regime do mandato sem representação –, mas não a *fiducia cum creditore*, que deve ser reprovada por envolver fraude à lei, porquanto representa «um desvio a disposições limitativas, protectoras dos legítimos

[1] *Tratado*, vol. V, pág. 716. Cunha Gonçalves não considerava fiduciário nem válido o chamado *desdobramento de acções*, para fim de votação, em assembleia, depositadas em nome de um *testa de ferro* (*idem*, *ibidem*, pág. 717, e *Comentário ao Código Comercial Português*, vol. I, Empresa Editora J.B., Lisboa, 1914, págs. 462-464), ao contrário de Beleza dos Santos, *A Simulação*, vol. I, pág. 265.

[2] Manuel de Andrade leva a natureza obrigacional do pacto fiduciário às suas últimas consequências, afirmando não poder ele ser oposto mesmo a terceiro de má fé [*Teoria Geral*, vol. II, nota (2) da pág. 177].

[3] *Negócio Jurídico Indirecto*, sep. BFDUC, Supl. X, Coimbra, 1952, págs. 110-111.

[4] Cfr. *O Mandato sem Representação*, págs. 324-329; a posição de Pessoa Jorge sobre a *causa fiduciae* foi contraditada por I. Galvão Telles, in *Manual* (2.ª ed.), nota (3) da pág. 177.

[5] P. Pais de Vasconcelos inclui Pessoa Jorge entre os defensores da admissibilidade dos negócios fiduciários no sistema jurídico português (*Contratos Atípicos*, pág. 284), com o que não se pode concordar; por razões adiante reveladas, Pessoa Jorge sustenta opinião contrária, como também refere Castro Mendes (*Teoria Geral*, vol. II, pág. 171).

[6] *Manual*, (2.ª ed.), nota (3) da pág. 178.

interesses do dono do objecto de garantia ou até de terceiros, em matéria de hipoteca ou de penhor»[1].

Também Vaz Serra, questionando a validade da opinião que sujeita os negócios reais *quoad effectum* ao princípio do *numerus clausus*, afirmava ser concebível uma solução diferente, desde que a causa da transmissão seja *justa*, pelo que admitia que a lei consinta «contratos inominados reais, que se julguem dignos de protecção, como seja um negócio fiduciário de transmissão»[2]. Noutro plano, a propósito da natureza abstracta ou causal da cessão de créditos, afirmava que mesmo nesta segunda hipótese o negócio fiduciário é admissível, já que, sendo abstracto, não haveria obstáculo a tal solução; do seu ponto de vista, com base na autonomia privada, e desde que se vise um fim lícito e razoável, é possível uma cessão de crédito com *causa fiduciae* [3], embora, *de lege ferenda*, ela deva ficar sujeita ao respeito de certas disposições relativas ao penhor, como sejam a necessidade da entrega constitutiva e a proibição da *lex commissoria*[4].

Esta posição é reafirmada no estudo para o actual Código Civil que Vaz Serra dedicou ao penhor, onde afirmava que «não parece que, entre nós, se for admitida transmissão fiduciária para fins de garantia, deva poder ela iludir as regras fundamentais do penhor»[5].

Já na vigência do actual Código Civil, Castro Mendes sustentava a validade do negócio fiduciário com fundamento no princípio da autonomia da vontade e na admissibilidade de limitações obrigacionais ao direito de propriedade (respectivamente, arts. 405.º e 1306.º, n.º 1, do C.Civ.). Para além disso, admitia a *causa fiduciae* enquanto corresponda a interesses legítimos do autor do negócio[6]. Em suma, para além de ser formulada com carácter genérico, a sua posição aproxima-se da de Vaz Serra. Só assim não será, manifestamente, se ocorrer fraude à lei, mas ao contrário de I. Galvão Telles, não aceitava que a *fiducia cum creditore* seja necessariamente fraudulenta[7].

O pensamento de Castro Mendes foi seguido por M. Bigotte Chorão, que transcreve, sem comentários, os argumentos daquele A.[8]

Por seu turno, Oliveira Ascensão faz apenas ao negócio fiduciário breve

---

[1] *Manual*, (2.ª ed.), págs. 178 e segs.; a citação é de pág. 178; na 4.ª ed., págs. 194-195.

[2] *Cessão de Créditos e de Outros Direitos*, BMJ, Número Especial (1955), págs. 170-172; a citação é da pág. 172.

[3] *Idem, ibidem*, págs. 172-173.

[4] *Idem, ibidem*, págs. 186 e segs., em particular, págs. 189 e 191.

[5] *Penhor*, *in* BMJ, n.º 58 (1956), pág. 137.

[6] *Teoria Geral*, vol. II, págs. 171-172.

[7] Adicionalmente, Castro Mendes invocava a admissão, no Direito português, do mandato sem representação que na sua modalidade de mandato para alienar envolve um negócio fiduciário.

[8] *Teoria Geral do Direito Civil*, pol., vol. III, notas de lições ao 1.º ano, Lisboa, 1972-1973, págs. 209-211.

referência, em termos que envolvem a sua validade, como modalidade do negócio indirecto, salvo fraude à lei[1].

A admissibilidade de negócios fiduciários, configurando a limitação da clãusula fiduciária como obrigacional, não levanta dúvidas para Menezes Cordeito, salvo se o escopo visado for proibido ou se dirigir a enganar terceiros; em qualquer destes casos, o negocio é nulo. Quanto à alienação com fim de garantia, «defronta a regra da proibição dos pactos comissórios»[2].

Quanto a M. Januário da Costa Gomes, mostra-se favorável à admissão do negócio fiduciário, em geral, mas faz reservas à sua modalidade de transmissão com efeito de garantia, fundadas na proibição do pacto comissório[3].

Foi P. Pais de Vasconcelos quem estudou o instituto com mais desenvolvimento; tendo-o tomado como tema da sua Dissertação de Pós-Graduação[4]; tratou também dele na Dissertação de Doutoramento[5], na qual manteve a posição antes sustentada, claramente favorável à sua admissibilidade no ordenamento jurídico português e à sua consequente validade, orientação retomada em *Teoria Geral do Direito Civil*[6].

A partir da construção de Beleza dos Santos, P. Pais de Vasconcelos demonstra a improcedência dos seus argumentos, quer no domínio da causa, quer no da tipicidade dos contratos reais quanto aos seus efeitos, por ser hoje dominante, no sistema jurídico português, o princípio da atipicidade de tais contratos.

Pelo que respeita à causa, sustenta que a circunstância de, nos negócios fiduciários, o fim visado pelas partes não coincidir com a causa do tipo contratual adoptado interfere, não com a validade do contrato, mas com a sua tipicidade. O mais que pode verificar-se é a causa do negócio fiduciário atípico – *causa fiduciae* –, como causa função, não merecer tutela jurídica[7].

VII. Na posição adoptada, o negócio fiduciário é um acto unitário, embora de conteúdo complexo e atípico; a sua complexidade resulta de ao negócio de transmissão, em geral típico – o *negócio fundamento* –, se apor uma cláusula *(pactum fiduciae)* que *orienta* os poderes por ele atribuídos ao fiduciário para um certo fim visado por *aquele que confia*.

O *negócio fundamento* pode ser causal ou abstracto – em geral, no sistema jurídico português, é causal –, mas o negócio fiduciário, em si mesmo, é causal: a sua função económico-social diz-se *fiduciária*.

---

[1] *Teoria Geral*, vol. III, págs. 308-309 (cfr., também, vol. II, págs. 308 e 326).

[2] *Tratado,* vol. II, T. II, págs. 270-271.

[3] *Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Almedina, 2000, pág. 99.

[4] *Em Tema de Negócio Fiduciário*, pol., FDL, Lisboa, 1985.

[5] *Contratos Atípicos*, em especial, págs. 277 e segs.

[6] Págs. 650-652.

[7] *Contratos Atípicos*, págs. 278 e segs.

Uma vez reconhecida a validade da causa fiduciária, o obstáculo fundado na extensão do princípio do *numerus clausus* aos negócios reais *quoad effectum* é hoje correntemente afastado – e bem –, pelos autores portugueses[1], sendo esta a solução que deve ser sustentada[2].

Assim, com base na liberdade de celebrar negócios diferentes dos previstos na lei (art. 405.º, n.º 1, do C.Civ.), uma vez afastadas as dúvidas fundadas na natureza causal do sistema, pela via da causa fiduciária, fica aberto caminho à admissibilidade de negócios fiduciários.

Reforça este entendimento a circunstância de se poderem identificar no Direito português negócios jurídicos em que se manifestam notas características da fidúcia, por revelarem a sua conformidade, de princípio, com o sistema.

O afastamento dos vários obstáculos que na doutrina portuguesa foram levantados à admissibilidade dos negócios fiduciários conduz apenas ao reconhecimento da sua conformidade, *em abstracto*, com o Direito português; não necessariamente à sua validade, pois fica em aberto a dúvida de ele, pelo seu conteúdo e estrutura, coenvolver fraude à lei ou simulação.

Quanto à fraude à lei, é na *fiducia cum creditore* que a questão merece ser ponderada, porquanto na sua configuração corrente, tendo a alienação eficácia real e a limitação do correspondente direito eficácia obrigacional, o fiduciante assegura ao fiduciário uma tutela mais forte, como garantia da realização do seu direito, do que a que resultaria de penhor ou hipoteca constituído sobre o bem alienado, consoante a sua natureza. Esta modalidade de *fiducia*, assegura ao fiduciário a faculdade de *fazer sua* a coisa transmitida, se o fiduciante não cumprir a obrigação em função da qual a transmissão fiduciária é feita. Já se deixa ver que, por esta via, o fiduciário alcança uma vantagem que, em geral, lhe estava negada tanto na qualidade de credor hipotecário, como de credor pignoratício, dada a proibição do pacto comissório (arts. 694.º e 678.º do C.Civ.)[3].

A relevância desta proibição, que estava presente no pensamento de Vaz Serra, expresso nos seus citados estudos para o novo Código Civil e foi ultimamente reafirmada por M. Januário da Costa Gomes, não é posta em causa pelo recente regime introduzido, em sede de penhor financeiro, pelo art.

---

[1] *Vd.*, por todos, Oliveira Ascensão, *A Tipicidade dos Direitos Reais*, Lisboa, 1968, págs. 168 e segs., e *Direito Civil. Reais*, 5.ª ed., rev. e ampl., Coimbra Editora, 1993, págs. 286-287.

[2] Cfr. *Lições de Direitos Reais*, pág. 237-238.

[3] Não se pode acolher a construção de P. Pais de Vasconcelos quando vê no regime da usura (arts. 282.º e segs. do C.Civ.) uma forma de realizar a *ratio legis* que preside à proibição do pacto comissório: evitar que o credor obtenha do devedor bens superiores ao seu crédito, enriquecendo-se à custa deste (*Teoria Geral*, pág. 486). Sem pôr em causa a afinidade das razões que presidem à proibição do pacto comissório e à *sanção* da usura, certo é que esta depende de requisitos subjectivos – além da lesão – que podem não se verificar num negócio de transmissão com função de garantia.

11.º do Decreto-Lei n.º 105/2004, de 22 de Julho. Em verdade, ao contrário do que uma leitura menos atenta do preceito podia sugerir e é afirmado no Relatório desse diploma legal[1], nele não se afasta, mesmo no campo específico em que rege, o regime do art. 694.º do C.Civ.[2].

Do art. 11.º do Decreto-Lei n.º 105/2004 não resulta, portanto, qualquer argumento que afecte a relevância da proibição do pacto comissório na perspectiva da admissibilidade do negócio fiduciário *cum creditore*. Dá, porém, algum contributo útil ao esclarecimento desse problema, mas de um ponto de vista diferente, nos termos que se passam a expor.

O entendimento a perfilhar é o de a transmissão fiduciária em garantia não poder assegurar ao credor uma faculdade que lhe está negada na generalidade dos direitos reais de garantia[3], por assim o impor a tutela do devedor[4] que tem de ser atendida naquela figura jurídica, por paridade, ou mesmo por maioria de razão.

Na verdade, o negócio fiduciário propicia um resultado que a proibição do pacto comissório visa afastar: o risco de o credor se enriquecer à custa do devedor, fazendo sua a coisa dada em garantia.

Assim, para a *fiducia cum creditore* não implicar fraude da proibição do pacto comissório, não pode deixar de se exigir que no correspondente negócio se insiram disposições que, à semelhança daquela de que emerge a obrigação de restituição que caracteriza o *pacto marciano*, ponham o devedor a coberto de um locupletamento injustificado do credor, obtido mediante a *apropriação* do bem transmitido. Sem tal estipulação, a transmissão atípica em função de garantia é nula.

VIII. Nesta medida, na anterior edição deste livro, foi alterado a posição antes defendida; passou, pois, a ser sustentada uma solução próxima da de I. Galvão Telles, sob a inspiração das observações de Vaz Serra, e que encontra

---

[1] Na parte em que se refere a «aceitação do pacto comissório, em desvio da regra consagrada no artigo 694.º do Código Civil».

[2] A razão da afirmação feita no texto reside no n.º 2 do referido art. 11.º É certo que no n.º 1 desta norma se prevê a possibilidade de o beneficiário da garantia proceder à sua execução, fazendo seu o objecto do penhor, desde que as partes assim o hajam consignado ou se houver acordo delas relativamente ao valor desse objecto. Todavia, o n.º 2 do art. 11.º impõe ao beneficiário da garantia a obrigação de restituir, a quem a presta, a diferença entre o valor do objecto do penhor e o montante das obrigações financeiras garantidas. Ora, este regime não corresponde ao pacto comissório, em que o credor faz seu o bem dado em garantia, sem mais, mas ao chamado *pacto marciano*, do qual, como no n.º 2 do art. 11.º, justamente consta a referida obrigação de restituir a diferença do valor, quando o credor, no caso de incumprimento, adquire a titularidade do bem dado em garantia.

[3] Além de relativa ao penhor e à hipoteca, a mesma proibição vale para a consignação de rendimentos (por remissão do art. 665.º do C.Civ.).

[4] Cfr. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 7.ª ed., reimp., Almedina, 2001, pág. 555.

uma manifestação positiva no art. 11.º do Decreto-Lei n.º 105/2004. Segue-se, em suma, uma construção que, no essencial, acompanha a de M. Januário da Costa Gomes a respeito da cessão em garantia[1].

IX. Os elementos recolhidos na exposição anterior abrem fácil caminho ao esclarecimento do negócio fiduciário como figura afim da simulação. A corrente doutrinal contrária à admissibilidade dos negócios fiduciários no Direito português – nomeadamente pela autoridade dos Autores que a subscreveram –, ao lançar a dúvida sobre a sua validade, contribuiu, por certo, para o facto, que a prática forense revela, de a fidúcia não ser, em regra, *patente*, mas *oculta*. Por outras palavras, o *pactum fiduciae* não é revelado, não sendo consequentemente perceptível por terceiros.

Esta prática, além de agravar a possibilidade de o fiduciante invocar as limitações ao exercício, pelo fiduciário, do direito transmitido, nomeadamente quanto a terceiros, implica uma maior proximidade entre a *fiducia* e a *simulatio*, tornando mais premente a necessidade de demarcar estas duas figuras.

É que se, em geral, se poderia supor que no negócio fiduciário há simulação, pois que «se declara coisa diferente do que se quer», «se declara alienar ao mandatário quando verdadeiramente se deseja conservar a propriedade», «ou se declara alienar ao credor quando no fundo apenas se pretende dar-lhe hipoteca ou penhor»[2], esta *aparência* resulta reforçada na fidúcia oculta.

X. O problema da delimitação entre estas duas figuras coloca-se na modalidade de simulação relativa, mas por referência ao negócio simulado.

Segundo a doutrina dominante[3], em termos dogmáticos, a distinção estabelece-se a partir do seguinte quadro. O negócio fiduciário é um acto verdadeiro e efectivamente querido pelas partes, enquanto na simulação relativa o negócio aparente – o simulado – não é querido, embora o seja o dissimulado. Em complemento, afirma-se não existir no negócio fiduciário a divergência que caracteriza a simulação.

Sem pôr em causa este argumento, a distinção ganha clareza quando se constrói o negócio fiduciário, nos termos atrás expostos, como um único

[1] Ob. cit., pág. 99. Próxima da posição de Januário Costa Gomes é a de Isabel Andrade de Matos, ao admitir a validade de alienação fiduciária em garantia, se se verificar uma equivalência entre o valor do bem alienado e o débito garantido. No fundo, está em causa a proibição do pacto comissorio (*O Pacto Comissório. Contributo para o Estudo do Âmbito da sua Proibição*, Almedina, 2006, págs. 193-194).

[2] I. Galvão Telles, *Manual*, pág. 193.

[3] Cfr., sobre este ponto, Beleza dos Santos, *Simulação*, vol. I, pág. 144; Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 175; I. Galvão Telles, *Manual*, pág. 193; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 171; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 222-223; e P. Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, págs. 299-301.

acto, atípico e causal. Para além de não haver, pois, dois negócios, como na simulação relativa, a invalidade que nele pode ocorrer, por inerência àquela configuração, prende-se com a ilicitude do fim visado[1] e não com o facto de o negócio não ter sido querido.

Por outro lado, o *pactum fiduciae* desempenha uma função bem diferente do *pactum simulationis*. Aquele é um elemento do conteúdo de um negócio unitário que, aposto ao chamado *negócio fundamento*, é, afinal, a *fonte* da atipicidade do negócio fiduciário. Bem diversamente, o *pactum simulationis* é um acordo que tem apenas de comum, com os negócios envolvidos na simulação, as pessoas que nestes são partes (ou uma delas, na simulação de negócios unilaterais). Mas não é elemento do conteúdo de qualquer deles, antes um negócio autónomo, instrumental, que, explicitando a não correspondência do simulado com a verdadeira vontade das partes, faz a *ligação* entre ele e o simulado.

Mas pode ainda afirmar-se outra diferença. Na *fiducia*, por via do pacto fiduciário, *adequa-se* a causa do *negócio fundamento* a uma função económico-social diferente – a causa fiduciária – para assegurar um fim mediato em razão do qual o negócio é celebrado e que, *qua tale*, é querido. Na simulação relativa, qualquer dos negócios mantém *incólume* a sua causa, podendo nem sequer verificar-se desvio no fim mediato. Quem finge vender certa coisa por € 1000 e a quer doar, tem em vista assegurar ao comprador um certo resultado, quanto à titularidade da coisa alienada, que é juridicamente alcançável por qualquer desses negócios.

Em suma, o fiduciante e o fiduciário querem efectivamente celebrar o acto. Somente não o querem com todas as consequências jurídicas do *negócio fundamento*, inerentes aos seus efeitos típicos, mas apenas para certo fim específico, que justifica a inclusão, nele, do pacto fiduciário.

Cabe, contudo, reconhecer que a delimitação entre estas duas figuras – simulação e fidúcia – se revela na prática, com frequência, muito mais *intrincada*, do que no plano dogmático.

A razão de ser desta dificuldade resulta, como não custa a compreender, de na destrinça das duas figuras estar envolvida uma complexa questão de interpretação do negócio jurídico, dirigida ao apuramento da vontade real das partes e da eventual existência de uma vontade aparente, que daquela divirja. Concretizando, na *fiducia cum amico*, por exemplo, está por vezes em causa saber se no caso existe uma *interposição fictícia* ou *real* de pessoas.

Mas, para além da dificuldade inerente à tarefa interpretativa do negócio jurídico, assim evidenciada, outra ocorre, com frequência, na prática negocial, sobretudo nos casos em que a validade do negócio jurídico fiduciário

[1] A obtenção de um resultado que a lei pretende afastar, como o que justifica a proibição do pacto comissório, logo, envolvendo fraude à lei.

é mais problemática – a fidúcia para fim de garantia. Com a agravante de, nesta, como a experiência forense revela, as partes, para ultrapassarem o problema da validade do negócio fiduciário, não só não manifestarem o *pactum fiduciae*, como intentarem dar-lhe uma feição diferente, nomeadamente a da *venda a retro* (arts. 927.º e segs.)[1].

529. O negócio indirecto

I. Outro instituto a referir nas figuras afins da simulação é *o negócio indirecto*[2].

Diz-se negócio indirecto, em sentido estrito, o acto típico cujas cláusulas são executadas visando atingir um fim diferente do seu fim típico; em sentido amplo, o negócio indirecto abrange também os actos em que o fim (indirecto) visado pelas partes é prosseguido mediante o aditamento, ao negócio típico seleccionado, de cláusulas dirigidas à realização de tal fim[3]. Na noção de Manuel de Andrade, negócio indirecto é aquele «cujos efeitos são realmente queridos pelas partes», mas é celebrado «por um motivo ou para um escopo ulterior diverso dos que estão de acordo com a função característica *(causa)* desse tipo negocial e correspondente a outro negócio típico ou tipificável»[4].

Como desta noção resulta, ainda que o negócio indirecto seja pelas partes dirigido a um fim diferente do que o tipo a que elas recorrem permite realizar, é da sua função típica *(causa)* que o negócio indirecto se afasta, sendo esta a nota que o caracteriza e lhe dá autonomia dogmática e de regime[5].

---

[1] Por exemplo: ***A*** emprestou a ***B*** € 50.000,00, ao juro de 5% ao ano, pelo prazo de 5 anos. Mas, querendo garantir-se melhor, conseguiu convencer ***B*** a vender-lhe um prédio urbano de que é proprietário, com o compromisso de ***A*** lho revender, se ***B*** pagar a dívida. Não querendo correr o risco de o negócio, como fiduciário, ser declarado nulo, ***A*** e ***B***, configuram-no como venda a retro; todavia, dadas as limitações de que o regime deste negócio sofre, por efeito do art. 928.º do C.Civ., o preço que figura na escritura não é o valor do empréstimo, mas este mais juros, isto é, no caso, € 62.500,00, para ser este o valor que o vendedor tem de entregar ao comprador, se exercer a faculdade de resolução.

[2] Sobre negócio indirecto, *vd*. Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, págs. 306 e 308; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. II, T. II, págs. 248 e segs.; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 636-640, e *Contratos Atípicos*, págs. 243 e segs. Para maior desenvolvimento, Tullio Ascarelli, *O Negócio Jurídico Indirecto* (trad. port.), sep. Jornal do Foro, Lisboa, 1965, e *Contrato Misto, Negócio Indirecto, Negotium mixtum cum donatione*, (trad. port.), sep. Jornal do Foro, Lisboa, 1954; Pires de Lima e Vasco Lobo Xavier, *Três pareceres jurídicos*, sep. RDES, ano XVIII, n.os 1-2-3-4, Coimbra, 1972, págs. 16 e segs.; Orlando de Carvalho, *Negócio Jurídico Indirecto (Teoria Geral)*, *in* BFDUC, supl. X, 1952; Ferrer Correia, *Sociedades Fictícias e Unipessoais*, Coimbra, págs. 148 e segs.; Alberto Xavier, *O negócio indirecto em direito fiscal*, *in* CTF, n.º 147, págs. 7 e segs.

[3] Cfr., sobre esta matéria, P. Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, págs. 246 e segs.

[4] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 179.

[5] Neste sentido, cfr. Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, págs. 306-307. Orlando de Carvalho, *Negócio Jurídico Indirecto*, pág. 130, sustenta que o fim do negócio indirecto se situa «no puro plano

Assim, há negócio indirecto se ***A*** e ***B*** celebram entre si um contrato de compra e venda com um *preço simbólico*, em relação ao valor da coisa vendida, mas sério[1]: estão afinal a realizar um fim de doação através de uma compra e venda. É o chamado *negotium mixtum cum donatione*. Do mesmo modo, se ***A***, devedor de ***B***, vende a este alguma coisa sob a condição resolutiva de pagamento da dívida do vendedor, há um negócio indirecto; estão, neste caso, a realizar uma função de garantia[2].

II. O negócio indirecto não é necessariamente um negócio em fraude à lei, como já foi correntemente entendido. Embora seja, por vezes, utilizado como um meio de prosseguir um fim proibido, esta situação pode não se verificar. Às partes, ao abrigo da autonomia privada, não está vedado o recurso a um tipo negocial para prosseguir um fim lícito diverso do que ele normalmente assegura.

Assim, em tese geral, o negócio indirecto, como figura autónoma, é válido. Mas, como qualquer outro negócio, será nulo, nos termos gerais de Direito, se o seu fim for contrário à lei ou à ordem pública ou ofensivo dos bons costumes (art. 281.º do C.Civ.). Há apenas a assinalar que esta ilicitude *lato sensu* do fim não deixará, no negócio indirecto, de ser comum a ambas as partes, porquanto foi ele que presidiu à sua celebração.

Para além disso, como assinala – e bem – Oliveira Ascensão, o negócio indirecto é nulo se «a função do negócio utilizado for injuntiva; quer dizer, aquele negócio não pode ser desfuncionalizado». Tal situação ocorre, num exemplo deste Autor, no casamento celebrado para obter um fim (vantagem) alheio à família: de aquisição da nacionalidade, fiscal[3].

III. O negócio indirecto é verdadeiro e daí não se confundir com o simulado, nomeadamente na simulação relativa.

As partes querem efectivamente celebrar o negócio por elas seleccionado, embora para um fim diverso do do seu tipo. Há apenas um negócio[4] e este

---

dos motivos». Segundo P. Pais de Vasconcelos, o negócio indirecto é um negócio misto «de tipo modificado em que a modificação relevante consiste na diferença do fim» (*Teoria Geral*, pág. 636).

[1] Se não for sério, há dissimulação de uma doação sob uma compra e venda.

[2] Esta hipótese não se confunde com a da *fiducia cum creditore*. Assim, enquanto naquela o pagamento da dívida implica a resolução (automática) do contrato, no negócio fiduciário com fim de garantia o pagamento apenas cria a obrigação de o comprador revender a coisa objecto do contrato. Não há, no negócio indirecto, o *pactum fiduciae*.

Mas também não se confunde com o caso da resolução do contrato de compra e venda por falta de pagamento do preço pelo comprador, quando convencionada (cfr. art. 886.º do C.Civ.). Finalmente, importa relacionar com esta matéria a figura da *venda a retro*, prevista nos arts. 927.º e seguintes do C.Civ., sendo de particular interesse ter aqui em conta o regime estatuído no art. 930.º

[3] *Teoria Geral*, vol. III, pág. 307.

[4] O carácter unitário do negocio indirecto é assinalado por Menezes Cordeiro, *Tratado,* vol. II, T. II, pág. 252.

corresponde à vontade das partes; não há também, correspondentemente, a intenção de enganar terceiros.

Assim, no *negotium mixtum cum donatione* as partes querem a compra e venda que celebram, mas, por via da estipulação de um *preço simbólico*, querem realizar uma liberalidade.

Por outro, sendo o negócio indirecto, *qua tale*, válido, também esta nota o demarca do simulado, que é nulo. Para além disso, ainda quando, como atrás exposto, seja nulo, o seu vício não respeita à vontade como elemento estrutural do acto, mas ao fim visado pelas partes.

DIVISÃO II
A RESERVA MENTAL

530. Noção

I. *Há reserva mental* quando o *declarante manifesta uma vontade que não corresponde à sua vontade real, com o fim de enganar o declaratário*[1].

Esta noção extrai-se do n.º 1 do art. 244.º, onde se estatui o regime desta divergência.

Exemplo de reserva mental é o de alguém declarar a outrem que lhe doa certa coisa, quando efectivamente não quer doar, enganando-o assim e não lhe revelando a sua vontade real.

Deve reconhecer-se que, na vida real, a ocorrência de casos de reserva mental é, de certo, muito rara.

II. Facilmente se alcança a diferença que separa a reserva mental da simulação. Enquanto na primeira a divergência entre a vontade e a declaração existe apenas no declarante (e daí dizer-se *unilateral*, pois só respeita a uma das partes), na simulação existe um conluio entre as partes ao declararem uma vontade não conforme à sua vontade real *(divergência bilateral)*, visando enganar terceiros.

Assim, mesmo quando ambas as partes emitam uma vontade com reserva mental, enganando-se uma à outra, continua a não haver simulação, pois falta o conluio entre elas. Verifica-se, então, da autoria de cada uma das partes do negócio, uma declaração que não corresponde à sua vontade real, com o fim de enganar a contraparte. Deve assinalar-se que tal circunstância não tem, de resto, qualquer influência no regime de cada uma das divergências.

---

[1] Sobre a reserva mental, cfr. I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 161-164; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 115 e segs.; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 486-488; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 216-217; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 794-796; P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 691-698; e Rui de Alarcão, *Reserva mental e declarações não sérias*, *in* BMJ, n.º 86, págs. 225 e segs.

Do mesmo modo, continua a não haver simulação quando o declaratário conhece a vontade real do declarante e, como tal, conhece a reserva. Sem prejuízo de, como a seu tempo será demonstrado, o conhecimento, pelo declaratário, da reserva mental se projectar significativamente no regime do negócio em que ela exista, aproximando o seu regime do do negócio simulado, continua a não dever falar-se em simulação, pela mesma razão de faltar o acordo simulatório.

531. Modalidades

À semelhança da simulação, a reserva mental pode assumir diversas modalidades, cabendo distinguir entre reserva *absoluta* e *relativa* e *inocente* e *fraudulenta*.

Os critérios destas distinções são correspondentes aos que presidem às classificações homólogas da simulação, pelo que há apenas que dá-los aqui por reproduzidos.

Acrescente-se apenas serem estas distinções de reduzido interesse prático no campo específico deste tipo de divergência entre a vontade real e a declarada. Só poderão ter alguma relevância no caso de reserva mental conhecida do declaratário, por ser então aplicável o regime da simulação.

A reserva mental inocente, sobretudo, será extremamente rara, sendo quase académicos os exemplos que dela se poderão citar. Seria o caso de ***A*** declarar a ***B*** que lhe doa certa quantia – sem tal ser por ele querido –, só para o dissuadir da sua intenção de praticar um acto de desespero, a que o move a sua difícil situação financeira.

532. Efeitos

I. O negócio celebrado com reserva mental é válido, ou, por outras palavras, e como estatui a primeira parte do n.º 2 do art. 244.º do C.Civ., a reserva mental não afecta a validade do *negócio reservado*.

Esta era já a solução defendida pela doutrina antes do Código Civil vigente[1], muito embora o Código de Seabra não previsse a reserva mental. Trata-se, aliás, de um regime que se pode dizer unanimemente aceite; como oportunamente exposto, os próprios defensores da teoria voluntarista não podiam deixar de admitir este desvio à sua doutrina, exigido por uma imperiosa necessidade de tutela do declaratário. Também aqui a solução se harmoniza com os princípios da teoria da responsabilidade[2].

[1] *Vd.*, por todos, I. Galvão Telles, *Manual*, (3.ª ed.), págs. 151-152.
[2] *Vd.*, por todos, Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 151.

II. O regime geral da validade do negócio reservado sofre excepção quando o declaratário conheça a reserva. Embora ainda neste caso a reserva mental se não confunda com a simulação, pois continua a não existir o *pactum simulationis*, a lei manda aplicar à *reserva mental conhecida* o regime da simulação. Trata-se de uma solução legal perfeitamente harmónica com a teoria da responsabilidade; no plano dos princípios, merece, pois, apoio.

Note-se que a lei exige o conhecimento da reserva – hipótese raríssima –, não se contentando com a mera *cognoscibilidade*. Já se tem sugerido que este requisito seria suficiente, em particular quando a reserva seja inocente, mas a lei portuguesa não admite tal atenuação, num regime porventura demasiado rígido. C. Mota Pinto sugeria, como meio de obviar à inflexibilidade do legislador, o recurso à cláusula geral de abuso do direito. «Com efeito excederá, muitas vezes, os limites impostos pela boa fé ou pelos bons costumes – por ser clamorosamente contrária ao sentimento jurídico prevalente – a pretensão do declaratário, no sentido da validade de uma declaração que o respectivo autor emitiu, com reserva mental, para trazer vantagem ao declaratário (p. ex., para o dissuadir do suicídio ou de um acto patrimonialmente ruinoso)»[1].

Não suscita dúvidas seguir aqui o saudoso Professor, porquanto à *boa intenção* do declarante – pois se está só a tratar da *reserva inocente* – se contrapõe uma atitude menos diligente do declaratário, uma vez que, por definição, há cognoscibilidade da reserva, tudo sujeito ainda à sindicância do critério objectivo do abuso do direito.

III. Sendo o negócio reservado válido, é irrelevante saber se a reserva é absoluta ou relativa, pois, neste segundo caso, sempre ele prevalece sobre o *negócio encoberto*.

Diferentemente se passam as coisas na reserva conhecida. Se ela for relativa, coloca-se, tal como na simulação, o problema do valor do negócio encoberto. A questão pode ter interesse dogmático, mas é na prática de muito pouco relevo. Na raridade da reserva mental, a hipótese de ela ser relativa é académica, pois dificilmente se poderá conceber a existência de um negócio querido e outro não, sem qualquer *colaboração* do declaratário.

Sempre se dirá, contudo, que o n.º 2 do art. 244.º dá o tom da resposta à questão. A ocorrer uma reserva relativa, a posição a tomar quanto ao valor do negócio encoberto deve seguir o mesmo curso da posição tomada quanto a questão paralela, na simulação.

[1] *Teoria Geral*, pág. 488.

SECÇÃO III

Divergências não Intencionais

533. O erro na declaração: noção e modalidades

I. A modalidade mais importante de divergência não intencional, do ponto de vista da sua relevância prática, como da sua complexidade dogmática, é, sem sombra de dúvida, o *erro na declaração*, também dito *erro obstáculo* ou *obstativo*, para o contrapor ao *erro na formação* da vontade ou *erro vício*[1].

As fronteiras entre o erro na declaração da vontade e o erro na formação da vontade podem na prática não ser muito nítidas. Tal distinção tem reduzida relevância em certos casos de erro vício (os regulados no art. 251.º), por a lei estatuir para os dois o mesmo regime.

II. Há erro-obstáculo quando *alguém, por lapso, manifesta uma vontade que não corresponde à sua vontade real*.

Trata-se de uma divergência não intencional, pois o declarante pretendia manifestar a sua vontade real em termos adequados. Entretanto, qualquer circunstância acidental, alheia à sua vontade, impede-o de o fazer de modo correcto, pelo que o conteúdo da declaração não corresponde ao conteúdo da vontade psíquica, real, do declarante.

Assim, se ***A*** quer comprar o prédio ***X*** e escreve ***Y***, ou se quer oferecer o preço de € 10.000,00 e diz € 100.000,00, há erro na declaração. Ocorre aqui um *erro material* ou *mecânico,* tradicionalmente designado por *lapsus calami* ou *lapsus linguae*.

Mas outras hipóteses se podem apontar. Será o caso de o declarante se exprimir numa língua que não domina bem e, ao emitir a declaração, estar

---

[1] Sobre a matéria do erro obstáculo, cfr., em geral, I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 195 e segs.; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 139 e segs.; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 492 e segs.; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 211 e segs.; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 816 e segs.; P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 699 e segs.; e Rui de Alarcão, *Breve motivação*, *in* BMJ, n.º 138, págs. 86 e segs. Para maiores desenvolvimentos, *vd*. Ferrer Correia, *Erro e Interpretação na Teoria do Negócio Jurídico*, 2.ª ed., Atlântida Editora, Coimbra, 1968.

convicto de que ela significa rejeição de uma proposta que lhe foi dirigida, quando significa aceitação.

Outro exemplo, correntemente indicado pela doutrina, situa-se na zona da difícil fronteira entre o erro obstáculo e o erro vício sobre o objecto. Trata-se do seguinte caso: ***A*** declara querer comprar o prédio n.º 10 de certa rua e essa declaração corresponde à sua vontade; somente, o prédio que ele quer comprar tem, na verdade, o n.º 20 dessa mesma rua, ou é o n.º 10, mas de uma rua diferente.

Para Castro Mendes, este é ainda um caso de erro na declaração *(erro de identificação)*[1]. No mesmo sentido se pronuncia Oliveira Ascensão[2].

Há que configurar bem a hipótese, para decidir sobre a qualificação do erro que nela ocorre. Só se se tratar de erro material, que se verifique na *comunicação* da vontade – quando se quer escrever 10 ou o nome de uma rua e se escreve 20 ou o nome de outra rua –, existe erro na declaração; se ocorrer um desconhecimento ou falsa representação do número do prédio ou da sua localização, há erro na formação da vontade. Não há também erro na declaração quando o declarante queria comprar *aquele prédio*.

No exemplo de que parte esta exposição há vontade de declaração e o seu conteúdo corresponde ao conteúdo da declaração, mas ambos se afastam da vontade negocial. Por esta razão verifica-se ainda um erro na declaração.

III. O erro na declaração pode recair sobre os diversos elementos do negócio. Nesta base, são concebíveis diversas modalidades de erro; contudo, as distinções assim estabelecidas não têm relevância prática, por o seu regime ser, em qualquer caso, o mesmo.

Já interessa, porém, considerar outro aspecto, relacionado com a maior ou menor evidência do erro em face do conteúdo da declaração. A partir deste critério estabelece-se a distinção entre erro *conhecido*, *ostensivo* (ou *cognoscível*) e *não conhecido nem ostensivo*. Importa fixar o significado destes qualificativos.

O erro é conhecido quando o *declaratário sabe qual é a vontade real do declarante*, o que lhe permite imediatamente identificar a existência de erro na declaração. Assim, se ***A*** acordou com ***B*** arrendar-lhe a casa nos meses de Abril e Maio para férias, devendo ***B*** fazer confirmação por escrito, há erro conhecido se ***A*** receber deste uma carta em que se diz, por exemplo, o seguinte: «conforme nossa conversa, venho confirmar o arrendamento da sua casa para os meses de Abril e Março».

O erro pode, porém, não ser conhecido do declaratário e, contudo, ser apreensível através dos próprios termos da declaração ou das circunstâncias em que esta é emitida, por qualquer pessoa normalmente atenta poder deduzir, de tais

[1] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 140.
[2] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 212.

elementos, a vontade real. O erro diz-se então *cognoscível* (ou *ostensivo*). Seria o caso de ***A*** escrever uma carta a ***B***, propondo tomar-lhe de arrendamento uma casa deste para gozo de férias no período da Páscoa (que, por hipótese, nesse ano ocorria em princípios de Abril) e no mês a seguir às Festas e acrescentar, depois, que, *por isso*, quer o arrendamento para os meses *de Abril e Março*. É apreensível, pelo contexto da carta, ser intenção do declarante escrever *Abril e Maio*.

Finalmente, o *erro não é conhecido, nem cognoscível*, quando se verifica em casos como o deste exemplo: ***A***, sem nunca ter contactado ***B*** a tal respeito, recebe este uma carta que lhe propõe o arrendamento da sua casa para os meses de Abril e Março, quando ***B*** queria efectivamente o arrendamento para os meses de Abril e Maio; contudo, da carta não consta qualquer elemento a partir do qual seja possível conhecer ou deduzir a verdadeira vontade de ***B***.

A distinção entre estas três modalidades de erro tem a maior importância no seu regime, como se passa a expor.

IV. Analisa-se primeiramente o caso do *erro conhecido*.

Por definição, o declaratário conhece aqui o erro e a vontade real do declarante[1]. Deste modo, a questão inerente à divergência resolve-se, não em sede de erro, mas através da aplicação dos critérios de interpretação do negócio jurídico. Nos termos do art. 236.º, n.º 2, do C.Civ., que adiante será desenvolvido, quando o declaratário conheça a vontade real do declarante, o negócio vale de acordo com esta vontade. Por outras palavras, o erro conhecido é, como tal, irrelevante e o negócio válido, tal como o declarante efectivamente o queria[2].

Este regime sofre, contudo, uma restrição nos negócios formais, segundo o regime próprio da sua interpretação, onde se projecta a relevância da forma legal (art. 238.º do C.Civ.); também esta matéria será retomada a respeito da interpretação dos negócios formais.

V. No *erro cognoscível*, embora por outra via, chega-se a uma solução próxima da do erro conhecido.

Segundo o contexto ou as circunstâncias do negócio, o erro na declaração é apreensível por uma pessoa de normal diligência. Também aqui a chave da questão se encontra nas regras da interpretação negocial. O regime

[1] Não é de excluir a hipótese, embora residual, de o declaratário conhecer a existência do erro, mas não conhecer, nem dever conhecer, a vontade real do declarante. Em rigor, não há aqui erro conhecido nem mesmo ostensivo. Mas o negócio dificilmente deixará de ser anulável, segundo o regime do erro não conhecido nem ostensivo.

[2] Cfr., neste sentido, Castro Mendes (*Teoria Geral*, vol. II, pág. 141); C. Mota Pinto (*Teoria Geral,* pág. 495); Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, págs. 211-212; e, também, embora com dúvidas, Rui de Alarcão, (*in* BMJ, n.º 138, págs. 87 e 88).

do art. 236.º, n.º 1, conduz, neste caso, à validade do negócio segundo a vontade real do errante, por esse ser o sentido objectivo do negócio, segundo esta norma.

Na verdade, não há, por definição, erro conhecido; contudo, um declaratário normal (n.º 1 do art. 236.º) não poderia atribuir ao negócio outro sentido que não fosse o coincidente com a vontade real do declarante, apurado do contexto e das circunstâncias do negócio (art. 249.º). Esta construção afasta-se, sem prejuízo de o resultado prático ser o mesmo, da posição de C. Mota Pinto, que invoca expressamente o n.º 2 do art. 236.º, sempre que o declaratário conhecer a vontade real do declarante[1], e, porventura, também, da de Castro Mendes que se limita a este respeito a citar o art. 236.º, sem distinção[2].

Pode ver-se uma manifestação desta ideia no regime estatuído no art. 249.º do C.Civ. para o erro de cálculo ou de escrita, revelado pelo contexto ou pelas circunstâncias da declaração[3]. Este preceito pressupõe a validade do negócio, ao apenas reconhecer ao declarante o direito à sua rectificação. Sendo certo que do contexto ou das circunstâncias do negócio se apura a vontade real, de acordo com o critério de interpretação do negócio jurídico, estabelecido no citado art. 236.º, n.º 1, a rectificação faz-se em conformidade com a vontade real do declarante.

VI. A exposição anterior mostra que só há verdadeiro erro na declaração quando ele não é conhecido nem cognoscível. Já assim o afirmava muito claramente Ferrer Correia: o erro sobre o conteúdo da declaração *autêntico* é «aquele que não pôde ser corrigido por via ou na fase interpretativa do negócio, pois apenas esse, como é evidente, suscita uma questão sobre quais as consequências jurídicas que lhe devem ser ligadas»[4].

Deste modo, só ao erro não conhecido nem cognoscível se aplicam os arts. 247.º e 248.º do C.Civ.

---

[1] *Teoria Geral*, pág. 495.

[2] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 142.

[3] Embora este artigo não abranja directamente todas as hipóteses de erro cognoscível, sustenta-se que o seu regime lhes é aplicável, por analogia. Neste sentido se interpreta a opinião de Rui de Alarcão (est. e rev. cits., pág. 90), quando salienta, no seguimento da posição defendida por Manuel de Andrade (*Teoria Geral*, vol. II, pág. 134), que o regime proposto para o actual Código Civil (que se não afasta sensivelmente do do art. 249.º em análise) só vale quando se trate de um lapso ostensivo em face do contexto ou das circunstâncias do negócio. No sentido de o regime deste preceito ser extensivo a todos os casos de erro ostensivo, cfr. Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 214.

[4] *Erro e Interpretação*, pág. 303.

534. Erro na declaração: requisitos de relevância

I. No seguimento das considerações feitas no número anterior, só o regime do *erro na declaração autêntico* – não conhecido nem cognoscível – tem, pois, de ser exposto.

A necessidade de tutela do declaratário, que neste caso não conhece nem deve conhecer a vontade real do declarante, não permite atribuir relevância, para o efeito de invalidação do negócio, a qualquer erro na declaração. Trata-se aqui de encontrar o adequado equilíbrio entre os interesses do declarante, de não se manter vinculado a um negócio que não quer, tal como consta da declaração, e os interesses do declaratário, que confiou na declaração e quer a manutenção do negócio, tal como declarado.

Este desiderato alcança-se mediante a subordinação da relevância invalidante do erro à verificação de certos requisitos, nos termos do art. 247.º do C.Civ., que se passa a analisar.

II. Segundo este preceito, o erro na declaração é relevante quando «o declaratário conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade, para o declarante, do elemento sobre que incidiu o erro».

Deste modo, são dois os requisitos de relevância invalidante do erro na declaração não conhecido, nem cognoscível:

a) essencialidade, para o declarante, do elemento sobre que recaiu o erro;

b) conhecimento ou dever de não ignorar essa essencialidade, por parte do declaratário.

O primeiro requisito traduz-se na necessidade de o elemento sobre que recaiu o erro (*v.g.* preço, objecto material ou jurídico do negócio, etc.) ser decisivo para a sua celebração, por parte do declarante. Por outras palavras, se o declarante, por erro, ao manifestar a sua vontade de comprar por € 10.000,00, escreve € 20.000,00, existe essencialidade do erro, se ele só estava interessado em comprar por aquele preço ou por um muito próximo deste, mas não por € 20.000,00.

A essencialidade pode ser *absoluta* ou *relativa*, consoante, respectivamente, «haja influído na conclusão do negócio *em si mesmo*» ou «apenas nos *termos* em que ele foi concluído»[1].

Mas o erro essencial pode, ainda assim, não ser relevante. Só o será se o declaratário conhecer ou não dever ignorar que o elemento sobre que incidiu o erro, o preço, na hipótese acima formulada, era essencial para o declarante. Saliente-se que este conhecimento respeita à essencialidade do elemento em que recai o erro e não ao erro em si mesmo.

[1] Rui de Alarcão, *Breve Motivação*, *in* BMJ, n.º 138, págs. 86 e 87; os itálicos são do texto.

Não se exige, pois, que o erro seja desculpável e que o declaratário conheça ou deva conhecer o erro em si mesmo. Esta era, de resto, a intenção confessada do autor do Anteprojecto[1].

Quanto à não exigência do requisito da desculpabilidade, Menezes Cordeiro observa que, sendo o erro indesculpável, «será mais difícil exigir à contraparte o dever de conhecer a essencialidade do elemento»[2].

Quanto ao outro requisito, manifestou-se C. Mota Pinto, que considerava que a não exigência do conhecimento ou cognoscibilidade do erro pelo declaratário facilita, em demasia, a anulabilidade do negócio, contra o que seria razoável e exigido pela adequada tutela dos interesses do declaratário[3].

Note-se, porém, que, na maior parte dos casos, como ficou exposto, o conhecimento ou cognoscibilidade do erro, em si mesmo, acaba por ser tomado em consideração, mas no sentido da validade do negócio segundo a vontade real, quando implicar também conhecimento ou cognoscibilidade dessa vontade.

535. Erro na declaração: efeitos

I. O erro na declaração, verdadeiro e próprio, quando relevante, por verificação dos requisitos analisados no número anterior, determina a anulabilidade do negócio, nos termos explícitos do art. 247.º do C.Civ.

O legislador não previu regime próprio para a anulabilidade do negócio viciado por erro na declaração, seguindo-se, portanto, o geral do art. 287.º, com a única ressalva que de seguida se expõe sobre a possibilidade de validação do negócio.

Não se levantam aqui problemas particulares, podendo apenas questionar-se se, e em que termos, faz sentido autonomizar o erro qualificado por dolo e se, em caso afirmativo, ele segue regime especial. Pronunciava-se em sentido afirmativo Castro Mendes[4] e bem. Na verdade, em favor de tal conclusão pode extrair-se um argumento de identidade (se não mesmo de maioria) de razão do n.º 2 do art. 250.º do C.Civ., ponto que melhor se compreenderá ao analisar o regime do erro na transmissão da vontade.

II. O negócio jurídico anulável por erro na declaração relevante, nos termos do art. 247.º do C.Civ., pode validar-se por iniciativa do declaratário.

---

[1] Rui de Alarcão, est. e rev. cits., págs. 87 a 90.

[2] *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 818-819.

[3] *Teoria Geral*, pág. 495, e, ainda, *Observações ao regime do Projecto do Código Civil sobre o erro nos negócios jurídicos*, *in* RDES, ano XIII, n.os 1 e 2, págs. 1 e segs. Também Castro Mendes punha em causa o regime legal (*Teoria Geral*, vol. II, págs. 142-143).

[4] Ob. e loc. cits. na nota ant., págs. 143-144.

Essa validação envolve a impossibilidade de invocação da anulabilidade pelo declarante, quando o declaratário aceitar o negócio como o declarante o queria (art. 248.º do citado Código).

Esclarecendo um pouco o sentido do art. 248.º, deve salientar-se, desde logo, que não se trata de celebrar outro negócio, ou de ratificar o negócio viciado, mas de aceitar este com o sentido correspondente à vontade real do declarante.

Por outro lado, a vontade do declaratário, quanto à validação, é a sua vontade actual (em relação ao momento da aceitação do negócio), mas reporta-se à vontade do declarante no momento da celebração do acto.

Assim, se ***A*** declarou, por erro, comprar por € 2000,00, quando a sua vontade era comprar por € 1000,00, ***B*** pode validar o negócio aceitando *hoje* vender por este preço, ainda que no momento da declaração ***B*** só quisesse vender por €2000,00 ou por qualquer outro preço superior a € 1000,00.

A razão de ser do regime estatuído no art. 248.º é manifesta. Sendo, por definição, o erro invalidante, o declaratário pode ter razões para preferir a manutenção do negócio à sua anulação[1]. Basta pensar no caso de assim ele conseguir a prestação de bens ou serviços que, nas circunstâncias concretas do momento em que o problema da anulação se põe, lhe não seja fácil obter por outra via.

Em contrapartida, o declarante não tem razões atendíveis para se opor à validação, pois o negócio vai valer com o sentido correspondente à sua vontade real. A pretensão de se prevalecer da anulabilidade não se ajusta mesmo aos ditames da boa fé[2].

A questão de relevo que o art. 248.º levanta é a de saber se o regime nele estatuído pode aplicar-se aos negócios formais. A questão coloca-se em termos homólogos aos que em momento anterior ficaram referidos a respeito do regime do erro conhecido, e prende-se, mais uma vez, com o regime da interpretação dos negócios formais e, por essa via, com o sentido e âmbito da forma legal. Remete-se, pois, para melhor esclarecimento, para a matéria da interpretação do negócio jurídico[3], assinalando, contudo, desde já, o facto de as exigências da forma legal poderem obstar ao funcionamento do art. 248.º, quando o sentido correspondente à vontade real do declarante não esteja coberto pela forma do negócio e o erro respeite a elemento para o qual valham as razões determinantes da forma legal (art. 221.º)[4].

---

[1] Esta *ratio* vinha claramente manifestada na primeira redacção do preceito, que só surge na 1.ª Revisão Ministerial (então como art. 218.º), não constando do Anteprojecto de Rui de Alarcão (*Erro, dolo e coacção*, *in* BMJ, n.º 102, págs. 167-168).

[2] Sobre este ponto, cfr. o nosso est. *Erro na declaração*, anot. ac. do STJ, de 13/FEV./86, sep. *O Direito*, ano 120 (1988), I-II, págs. 259 e segs.

[3] Cfr. o est. cit. na nota ant., págs. 255 e segs. e 264-265.

[4] Esta posição foi acolhida por Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, pág. 822.

536. Erro na transmissão da vontade

I. Em conexão com o erro na declaração da vontade regula o Código Civil uma modalidade particular deste vício, que mantém ligação com o modo que a exteriorização da vontade pode revestir, nomeadamente quanto à possibilidade de a *autoria material* da declaração não caber a quem é o portador da vontade que no negócio se actua. Trata-se, como é manifesto, da hipótese de o autor da declaração recorrer a um representante ou a um núncio; havendo erro, este ocorre na *transmissão da declaração*[1].

Está em causa, em qualquer dos casos, a possibilidade de a pessoa encarregada desta tarefa o fazer erradamente; todavia, o regime varia consoante o autor material da declaração actue como representante ou núncio.

II. Se se estiver perante um caso de representação, segundo se dispõe no art. 259.º, n.º 1, do C.Civ., já antes analisado, é em função da pessoa do representante que se afere a existência de vícios da vontade, neste caso, do erro. Com este desvio subjectivo, de resto bem compreensível em vista da natureza do fenómeno da representação, segue-se o regime do erro na declaração.

Este sofre, porém, desvios, se o erro respeitar a «elementos em que tenha sido decisiva a vontade do representado», pela bem compreensível, e já conhecida, razão de, nesse plano, o representante se comportar como núncio. O regime do erro na transmissão da declaração, quando a pessoa que a emite actua como núncio, contém-se no art. 250.º, n.º 1. Neste caso, segundo a própria letra da lei, o núncio limita-se a *transmitir* a vontade do declarante; por isso, o acto é anulável nos termos do art. 247.º[2]

A justificação desta identidade de regime reside no facto de a vontade do transmitente, como mero núncio[3], não interferir na formação do conteúdo do negócio. Tudo se passa, pois, como se fosse o declarante a transmitir a sua vontade directamente ao declaratário.

Por assim ser, a remissão para o art. 247.º só se verifica no caso de o erro na transmissão não ser ostensivo, nem cognoscível. Se assumir alguma destas modalidades o seu regime será o da modalidade correspondente de erro na

---

[1] Sobre a matéria deste número, *vd.*, I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 200-202; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 213; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 497-498; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, pág. 820; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, pág. 705.

[2] A modalidade de erro agora analisada só pode ter sentido nas declarações recipiendas, como se deduz do próprio regime do art. 224.º, n.º 1, do C.Civ., *in fine*.

[3] É de realçar o facto de o Autor do Anteprojecto ter tido em vista esta hipótese, quer ao referir expressamente o caso do núncio, quer ao reconhecer que a pessoa ou serviço encarregado da transmissão é «simples órgão transmissor da vontade do declarante e não verdadeiro representante deste» (Rui de Alarcão, *Breve motivação*, *in* BMJ, n.º 138, pág. 90).

declaração[1]. Deste modo, ficam a cargo do declarante os erros de transmissão da sua vontade, com a consequente tutela do declaratário.

O regime exposto sofre um desvio, por força do n.º 2 do art. 250.º, quando a inexactidão da declaração se dever a dolo do transmitente. Neste caso, diz o preceito que o negócio é sempre anulável. O alcance desta norma não é isento de dúvidas. Compreende-se e justifica-se a razão que a ela preside: não é razoável fazer correr pelo declarante o risco de erro verificado na transmissão da sua vontade, quando ele provenha de dolo do autor da transmissão. Faz-se, pois, prevalecer aqui o interesse do declarante sobre o do declaratário.

Mas em que termos? O negócio não é válido mesmo que o erro não seja essencial, uma vez que a lei afirma que é *sempre* anulável?

A doutrina não é em geral muito clara sobre o alcance da norma, limitando-se a assinalar a razão de ser da diferença[2].

Mais detidamente, I. Galvão Telles considerava ser aplicável, com adaptações, a solução que defende para o erro na formação da vontade provocado por dolo. Tal significa, ao que se deduz da exposição, que o erro tem, assim, de ser essencial, mas não tem de ser desculpável, requisito de relevância que este A. exige para o erro simples. Dispensável é também o conhecimento ou cognoscibilidade da essencialidade[3].

Por seu turno, Oliveira Ascensão, indo um pouco mais longe, afirma ser o negócio anulável «sem dependência dos pressupostos gerais da relevância do erro na declaração»[4], seguindo P. Pais de Vasconcelos orientação equivalente[5].

A resposta correcta a esta questão é a de dispensar os requisitos de relevância do erro, com excepção da essencialidade, para o declarante, do elemento viciado; só não é necessário o conhecimento ou a cognoscibilidade dessa essencialidade, por parte do declaratário. Parece, na verdade, excessivo pôr a cargo do declaratário divergências não essenciais, pois isso significa que o declarante não deixava de querer o negócio com o seu sentido objectivo. Em rigor, neste caso, o erro é irrelevante, devendo o valor do negócio ser apurado como se não houvesse erro.

Qualquer que seja o alcance do preceito, uma coisa é certa, e reconhecida genericamente pela doutrina. Fica, naturalmente, ressalvada, por efeito da culpa ou dolo do transmissor, a sua responsabilidade, nos termos gerais de direito, pelos danos causados quer ao declarante, quer ao declaratário.

---

[1] Neste sentido, cfr. Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 146.

[2] Cfr. Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 146; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, pág. 498; Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil*, vol. I, pág. 234.

[3] *Manual*, págs. 202 e 111.

[4] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 213.

[5] *Teoria Geral*, pág. 701.

537. Erro no entendimento

I. A análise das relações entre a vontade e a declaração no negócio jurídico logo deixou perceber que uma das possibilidades a ter aqui em conta é a de o declaratário ter compreendido mal a declaração. Fala-se, então, em *erro no entendimento*[1].

A delimitação da figura do erro no entendimento exige atenção mais cuidada.

Primariamente, importa referir o caso de o declaratário atribuir à declaração um sentido diferente do querido pelo declarante, mas correspondente à correcta interpretação do negócio. Não há, então, em rigor, erro no entendimento, tudo se resolvendo em sede de interpretação do negócio. No caso em análise as regras da hermenêutica negocial fazem prevalecer o sentido atribuído pelo declaratário. Verdadeiramente, não há, nesta hipótese, erro do declaratário.

O erro no entendimento *proprio sensu* ocorre quando o declaratário atribui à declaração um sentido não coincidente com o sentido querido pelo declarante, estando este adequadamente expresso na declaração. Por outras palavras, o sentido querido pelo declarante corresponde ao sentido do negócio, segundo as regras da interpretação negocial. Assim ***A*** quer dizer ***X*** e declara-o; mas ***B*** entende ***Y***. Este erro é irrelevante. Se o declaratário *entende mal* o negócio jurídico, *sibi imputet*, porquanto isso só pode significar que ele não observou o ónus de adequado entendimento da declaração; logo, o negócio vale pelo sentido querido pelo declarante por ser esse o que lhe é atribuído nos termos do art. 236.º do C.Civ.[2]

II. O regime geral do erro no entendimento acima exposto carece de ser analisado mais atentamente. Ele vale, em princípio, para os negócios unilaterais

---

[1] Sobre a matéria deste número, *vd*. Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 225; Cabral de Moncada, *Lições*, vol. II, pág. 281; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 147-149; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 497-498; e Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 216 e 489 e segs.

[2] Tomando em conta o regime do erro na declaração e a exposição do texto quando ao erro no entendimento, é possível traçar o seguinte quadro esquemático das várias modalidades de erro, enquanto divergência entre a vontade e a declaração:

a) Erro (do declarante) conhecido: o negócio vale segundo a vontade real do declarante (n.º 2 do art. 236.º);

b) Erro (do declarante) ostensivo: o negócio vale de acordo com a vontade real do declarante (n.º 1 do art. 236.º e art. 249.º);

c) Erro (do declarante) não conhecido nem ostensivo, mas relevante: o negócio é anulável (art. 247.º), mas pode convalidar-se por iniciativa do declaratário (art. 248.º);

d) Erro (do declarante) não conhecido nem ostensivo, mas irrelevante: o negócio vale pelo seu sentido objectivo (n.º 1 do art. 236.º);

e) Erro (do declaratário) no entendimento: o contrato vale pelo sentido que lhe for atribuível, nos termos do art. 236.º

recipiendos, não se pondo sequer a questão no caso dos não recipiendos[1]. A questão assume, porém, uma feição mais complexa nos negócios bilaterais, pois, nestes, com a declaração de uma das partes vai conjugar-se a da outra parte. Várias hipóteses se podem aqui apresentar, que passam a expor-se esquematicamente.

A propõe a ***B*** comprar-lhe certa coisa por € 10.000,00, sendo este o sentido vinculativo do negócio; mas ***B*** entende € 11.000,00 e responde limitando-se a dizer «aceito».

C propõe a ***D*** comprar-lhe certa coisa por € 10.000,00, sendo este o sentido vinculativo do negócio, mas ***D*** entende € 11.000,00 e responde dizendo «aceito por € 11.000,00».

Em qualquer dos casos há, *por definição*, erro no entendimento. Contudo, no primeiro, há também erro obstáculo quanto à declaração de ***B***, uma vez que esta, entendida objectivamente, significa «aceito vender por € 10.000,00», quando a vontade de ***B*** é «aceito vender por € 11.000,00». Este erro obstáculo, será, em regra, irrelevante, segundo o regime anteriormente exposto. No segundo, há erro vício sobre os motivos, nos termos do art. 252.º, pois ***D*** declarou o que queria, mas por supor, erradamente, que esse era o sentido da declaração de ***C***[2]. Também o regime, já conhecido, do erro sobre os motivos, contido no art. 252.º, não obstará aqui à validade do negócio, pois o erro será irrelevante.

III. A situação pode, porém, assumir maior complexidade, cumulando-se um erro na declaração com um entendimento errado por parte do declaratário, atribuindo este ao negócio um sentido não coincidente com o seu sentido objectivo, nem com o querido pelo declarante. Quando assim seja, e, portanto, o sentido objectivo do negócio não corresponda ao que qualquer das partes lhe atribui, *quid iuris*?

Considere-se o seguinte exemplo: ***A*** propõe a ***B*** vender ***X*** ao «preço corrente do mercado», quando quer escrever ao «preço corrente do mercado do vendedor»; ***B***, por seu turno, entende que a venda é feita ao «preço corrente do mercado do comprador» e nessa base aceita a proposta. O sentido objectivo do negócio não corresponde ao querido por ***A*** nem ao entendido por ***B***. Ocorre, em tais hipóteses, o que se designa por *dissenso* ou *desentendimento*.

Se o preço for essencial para ***A*** e ***B*** o souber ou não o dever ignorar, ***A*** poderá anular o negócio, com fundamento no seu erro; por seu turno, ***B***

[1] Naturalmente, nos negócios recipiendos deveria falar-se, em rigor, de erro no entendimento do destinatário.

[2] Cfr., em particular, Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 148; e Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 469 e segs.

poderá recorrer ao regime do art. 248.º, se a manutenção do negócio lhe convier. Mas, quando assim não aconteça, como decidir?

Manter o negócio com o fundamento de os erros serem irrelevantes seria prestar culto a um mero formalismo sem sentido, parecendo mais razoável entender que é anulável, sem mais requisitos, com fundamento no dissenso. Esta a solução proposta por C. Mota Pinto, que merese ser acolhida, salvo quando a filia na teoria da aparência eficaz[1]. No fundo, há, em hipóteses como esta, dois casos de divergência (erro na declaração e erro no entendimento) e não se pode dizer que alguma das partes possa responder pelo sentido que a outra dá à declaração; por outro lado, nenhuma delas quer o negócio com o seu sentido objectivo. A solução defendida acomoda-se, pois, à teoria da responsabilidade.

IV. De casos, como este, de verdadeiro dissenso, importa demarcar os de *falta absoluta de consenso*. Assim acontece se ***A*** diz «vendo» e ***B*** entende «arrendo» e declara que aceita arrendar, ou se ***A*** diz querer vender ***X*** e ***B*** aceita comprar ***Z***[2/3]. Em nenhum destes actos se pode limitar o caso a uma mera situação de erro, pois não se chega a formar acordo.

A doutrina divide-se quanto ao valor do negócio, sustentando C. Mota Pinto, no que parece corresponder ao seu pensamento, haver inexistência jurídica[4], enquanto Castro Mendes defende ser o negócio «absolutamente nulo»[5]. Destas respostas, quadra melhor à *falta absoluta de consenso* a da inexistência jurídica, concordando aqui com a posição também sustentada por Oliveira Ascensão[6].

[1] *Teoria Geral*, págs. 496-497 e nota (665).

[2] Pressupõe-se, note-se, que há erro no entendimento, sem o que a declaração de ***B*** poderia valer como contraproposta nos termos, já conhecidos, do art. 233.º do C.Civ.

[3] É com uma hipótese deste tipo que Castro Mendes ilustra a situação de dissenso (*Teoria Geral*, vol. II, págs. 148-149).

[4] Funda-se o exposto no texto, no facto de C. Mota Pinto afirmar que, neste caso, «nem sequer existe um negócio» [*Teoria Geral*, pág. 497 e nota (665)].

[5] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 148.

[6] *Teoria Geral*, vol. II, págs. 471 e 472.

CAPÍTULO V
A CAUSA

538. Delimitação da matéria; polissemia da palavra *causa*

Ao abordar a *causa*, como elemento da estrutura do negócio jurídico[1], a primeira dificuldade com que se depara é a dos múltiplos sentidos em que esta palavra é usada na ciência jurídica. Acresce o facto de essa polissemia não ser de agora, ou emergente de dificuldades linguísticas na expressão de diversas realidades, mas andar ligada a diversos sentidos com que a causa tem sido entendida ao longo da História do Direito.

Dando conteúdo à perplexidade que esta variedade de sentidos suscita, ao fixar o conceito de causa, cabe começar por perguntar: *causa de quê*?

Na verdade, para além de ser considerada como elemento estrutural do negócio jurídico, a *causa* pode ser referida a uma obrigação ou a uma atribuição patrimonial. Sendo a causa do negócio o objecto deste Capítulo, importa desde já delimitá-la destas outras acepções.

Assim, fala-se em *causa da obrigação* para significar a sua fonte, com mais rigor, *título*, ou seja, o facto (contrato, negócio unilateral, acto ilícito) de que ela emerge. Neste sentido, a causa desempenha uma dupla função, qualquer

---

[1] É muito vasta a bibliografia sobre a causa. Como obras clássicas podem apontar-se os estudos de Capitant *(De la cause des obligations)* e de Josserand *(Les Mobiles dans les actes juridiques)*. Na doutrina portuguesa, para além das referências habitualmente contidas nos manuais de Teoria Geral, há a citar o estudo monográfico de Taborda Ferreira, *Do conceito de causa dos actos jurídicos*, Lisboa, 1946. Para desenvolvimento da exposição feita no texto, *vd.*, como primeiros elementos de estudo: Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 313 e segs.; I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 287 e segs.; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 189 e segs.; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 299 e segs., e vol. III, págs. 152 e segs.; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. II, T. II, págs. 601 e segs.; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 303 e segs. Como estudos específicos, C. Ferreira de Almeida, *A Função Económico-Social na Estrutura do Contrato*, *in* Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques, Almedina, 2007, págs. 57 e segs.; e F.M. Brito Pereira Coelho, *Causa Objectiva e Motivos Individuais no Negócio Jurídico*, *in* Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, vol. II, *A Parte Geral do Código Civil e a Teoria Geral do Direito Civil,* Coimbra Editora, 2006, págs. 423 e segs.

delas de grande relevância. De um lado, o *título* da obrigação legitima-a, isto é, justifica a pretensão de alguém exigir a outrem o seu cumprimento, ou seja, a realização de certa conduta: o credor tem direito a certa prestação, *porque* esta representa o preço de uma compra e venda. Mas, de outro lado, a causa da obrigação interfere com o seu regime: por exemplo, a prescrição de certa prestação pecuniária segue um regime diferente consoante o seu título seja um negócio jurídico ou um acto ilícito.

Noutro plano, a expressão *causa*, quando referida a uma *atribuição patrimonial*, significa o fundamento jurídico que a justifica. Por assim ser, se não houver essa *causa* ou se ela tiver deixado de existir, não havendo fundamento jurídico para a atribuição patrimonial, há *enriquecimento sem causa* (art. 473.º, n.º 1, do C.Civ.)[1].

539. A causa do negócio jurídico; preliminares

Ao fixar, no número anterior, duas acepções de causa, diferentes da *de causa do negócio jurídico*, ficou delimitada negativamente esta figura, mas não se avançou no esclarecimento do seu significado.

Se se quiser traduzir o *ganho* até agora adquirido em termos impressivos, pode dizer-se que *um negócio jurídico* é a *causa* de certa obrigação ou da atribuição patrimonial que o seu cumprimento representa para o credor. Todavia, para além de *esse negócio*, por seu turno, poder ser causal, abstracto ou ter causa presumida, resta saber o que é a sua causa, se a tiver.

Esta simples interrogação dá nota dos vários planos em que a complexa matéria da causa do negócio jurídico se coloca.

Como questão prévia, que não se pode considerar fechada, na doutrina, levanta-se a de saber se faz realmente sentido delimitar, na estrutura do negócio jurídico, além da vontade e da declaração, um terceiro elemento, a causa. Mesmo na doutrina portuguesa, foi sustentado por Manuel de Andrade que a causa é um elemento dispensável na teoria do negócio jurídico[2].

Na moderna doutrina portuguesa, uma concepção anti-causalista é sustentada por Menezes Cordeiro, para quem a «juridicidade dos contratos sobrevém sempre que os contratantes, por integrarem o condicionalismo permissivo das normas aplicáveis, contradizem as estatuições jurídicas. Não há, em tal esquema, qualquer brecha que requeira a "causa" do contrato»[3].

Ultrapassada a visão anticausalistica, logo se abre o debate sobre o conceito de causa do negócio, porquanto só uma vez esclarecida esta polémica faz

[1] A este respeito cfr. I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 288-289.
[2] *Teoria Geral*, vol. II, págs. 348-349.
[3] *Tratado*, vol. II, T. II, pág. 625.

sentido perguntar se há negócios sem causa ou com causa presumida e fixar a relevância da causa na teoria do negócio jurídico.

Na determinação da noção de causa, a doutrina sustenta dois entendimentos distintos: um *objectivista*, outro *subjectivista*. Alguns autores tentam suplantar esta visão dualista da causa, mediante a conciliação daquelas duas orientações numa posição ecléctica. Mas não falta também quem procure afastar aquela construção clássica, apresentando uma formulação diferente da *causa* do negócio.

540. Causa objectiva e causa subjectiva

I. O entendimento objectivista da causa relaciona-a com a ideia de função desempenhada pelo negócio. Dela partem os autores que se orientam neste sentido para designar, em geral, o instituto como *causa-função*.

Segundo este ponto de vista, a cada tipo de negócio corresponde uma função específica (típica) no plano das relações sociais. Esta função económico-social, a que o Direito atribui a sua tutela, e, por isso mesmo, é juridicamente relevante, dá uma feição própria ao negócio (qualificando-o) e preside ao seu regime. *A causa coincide com essa função típica*. Quem quiser beneficiar dessa tutela, para obter determinados efeitos, deve celebrar o negócio jurídico correspondente a essa função. Assim, quem pretenda permutar bens contra dinheiro, tem de fazer uma compra e venda.

A *concepção subjectivista* conduz a uma noção de *causa* formulada na base da seguinte ordem de considerações. Os negócios jurídicos são *determinados* por certos motivos correspondentes a fins visados pelos seus autores, ao celebrá-los. Esses motivos, relevantes quando a ordem jurídica entende merecerem a sua tutela, são múltiplos, mas alguns deles ocorrem sempre em cada negócio. Ninguém compra por comprar, nem doa por doar. Se compra, é para obter a propriedade da coisa; se doa, é para atribuir a outrem um benefício patrimonial. É evidente que, para além desses motivos, próprios de cada acto – *motivo típico* –, muitos outros, correspondentes aos mais diversos fins de ordem económico-social, podem mover as partes à prática de certo negócio, em concreto. Esses outros motivos, porém, ao contrário do que acontece com os motivos típicos, não interferem com a natureza do negócio, nem são comuns a todos os que o praticam, embora possam projectar-se no seu conteúdo e regime. Neste sentido, *causa é o mesmo que motivo típico*[1].

[1] Por vezes, usa-se a palavra *causa*, para designar quaisquer *motivos*. Era este o sentido utilizado pelo Código de Seabra, quando falava em erro sobre a causa [arts. 657.º, al. *a*), e 658.º a 660.º], para referir o que hoje a lei identifica como erro sobre os motivos (art. 252.º do C.Civ.).

II. Uma formulação ecléctica de causa foi defendida, na doutrina portuguesa, por I. Galvão Telles. Segundo ele, *«o motivo típico* não é mais que a causa função […] integrada no processo volitivo do agente. A *função prática* da conduta ou é vista num momento *objectivo* (e abstracto) ou num momento *subjectivo* enquanto o sujeito também a representa no seu espírito e a prossegue como seu *fim* ou *escopo*»[1].

Esta causa-função, «que se pode considerar *objectiva* ou *subjectivamente*, e neste caso funciona como *motivo típico*».

Aos motivos típicos contrapõem-se os motivos atípicos ou individuais[2].

III. Próximo da posição de I. Galvão Telles, à qual faz, de resto, referência positiva[3], P. Pais de Vasconcelos considera a causa objectiva e subjectiva como modalidades da causa, ambas aceitáveis.

A objectiva respeita à função do negócio ou ao seu tipo *(causa final)*. A subjectiva refere-se à motivação do autor do negócio, ao fim por ele visado *(causa impulsiva)*.

Ambas têm relevância no Direito: a objectiva para aferir da licitude do negócio; mas a subjectiva tem também um papel relevante no seu regime[4].

IV. A concepção dominante no sistema jurídico português, que vê a causa como função económico-social típica, é hoje aceite por Oliveira Ascensão, que a autonomiza dos motivos, do fim e do conteúdo. A função económico-social é essencial ao entendimento e à aplicação dos negócios típicos, mas é também relevante nos negócios atípicos, pois há que averiguar se desempenham uma função útil[5].

541. Causa objectiva e causa subjectiva: posição adoptada

Ao tomar posição sobre o conceito de causa, parece correcto começar por delimitar o plano em que se situa o problema relativo a este elemento do negócio jurídico. Remontando ao conceito de negócio jurídico, importa recordar que ele faculta, a quem o celebra, a regulamentação, por acto da sua vontade, dos seus próprios interesses ou, em casos excepcionais, de terceiros. Este objectivo alcança-se mediante a celebração de *certo negócio*, aquele que produza efeitos jurídicos aptos a prosseguir esses interesses.

---

[1] *Manual*, pág. 292; os itálicos são do texto.
[2] *Idem*, *ibidem*; os itálicos são do texto.
[3] *Teoria Geral*, págs. 309-310.
[4] *Idem*, págs. 310.
[5] *Teoria Geral*, vol. II, págs. 304-306.

Compreensivelmente, a lei só protege os negócios celebrados pelas pessoas enquanto eles sejam um meio adequado à realização de certos fins, que a ordem jurídica tem como dignos de protecção legal, juridicamente relevantes e legítimos. Só então o negócio é acolhido pela ordem jurídica e, nessa base, adequado a produzir certos efeitos. Dito por outras palavras, esse negócio é admitido, pelo Direito, a desempenhar uma certa função económico-social.

Por outro lado, o acto jurídico negocial não é um fim em si mesmo; bem pelo contrário, as pessoas só celebram, por exemplo, um contrato de compra e venda por ele constituir um meio apto a alcançar certa regulamentação de interesses, que a sua função assegura: *in casu*, os interesses envolvidos na aquisição, por exemplo, do direito de propriedade de uma coisa contra certa quantidade de dinheiro.

Os exemplos podem aqui multiplicar-se: o acto de entrega de certa coisa a outrem só faz sentido para o Direito, ou seja, só é atendível juridicamente, quando visto pela sua função. Assim, ***A*** faz essa entrega para restituir a coisa que lhe fora cedida, temporariamente, pelo seu dono ***B***, para a usar; ou por a ter vendido a ***C***; ou por, com espírito de liberalidade, querer beneficiar patrimonialmente ***D***. Aquele acto material de entrega da coisa vai ser diferentemente qualificado e tratado pelo Direito, consoante a função por ele desempenhada.

Cada acto jurídico tem, pois, uma função própria, em vista da qual, em regra, é qualificado e o seu regime se define. Com ele não se pode alcançar uma regulamentação de interesses que não seja correspondente à sua função. Assim, a função económica da transferência de bens, a título de liberalidade, realiza-se pela doação, a título de troca de coisas, pelo escambo, etc.

A função económico-social realizada por cada negócio é a sua causa, em sentido próprio.

542. Causa, motivos antecedentes e fim mediato[1]

I. A opção feita pelo conceito objectivo de causa ganha sentido quando relacionada com os elementos subjectivos que interferem com a celebração de certo negócio jurídico: motivos antecedentes e fim mediato.

A fixação da noção do erro na formação da vontade e a exposição do seu regime deram oportunidade de verificar que, no processo psicológico que conduz à vontade negocial, interferem vários motivos, determinantes da celebração de um negócio com *certo conteúdo concreto*. Esses motivos referem-se,

[1] Segue-se aqui de perto a exposição de I. Galvão Telles, que é sugestiva (*Manual*, págs. 293-294).

afinal, às diversas circunstâncias que, mentalmente representadas, determinaram o agente à prática desse *negócio*: constituem os *motivos antecedentes*.

Tomando o exemplo de uma compra e venda, verifica-se que o comprador foi determinado a comprar *certa* coisa por *certo* preço, em virtude de *certas* circunstâncias que se verificavam – ou que o autor do acto representou como verificadas[1] – anteriormente à formação da sua vontade ou são contemporâneas dela: disponibilidade de dinheiro, bom preço, qualidades da coisa, sua adequação à satisfação de certo interesse, etc.

A vontade de celebrar determinada negócio jurídico não é, porém, apenas orientada por tais motivos, mas ainda por um fim de ordem económico-social, visado pelo seu autor. Assim, no mesmo exemplo da compra e venda, o comprador quer o negócio para atingir fins relacionados com interesses que intenta realizar, como seja satisfazer a sua necessidade de habitação. Estes motivos integram o *fim mediato*.

II. Os *motivos antecedentes* e o *fim mediato* são, sem dúvida, relevantes no processo de formação da vontade negocial, mas colocam-se num plano diferente do da causa.

Isto não quer, porém, dizer que a causa não interfira também com o processo de formação da vontade. Em bom rigor, os motivos antecedentes e o fim mediato, só por si, não explicam a razão de o seu autor ter seleccionado um tipo negocial e não outro.

Na verdade, a necessidade de habitação pode ser satisfeita por outros meios jurídicos, além da compra, como seja através da celebração de um contrato de empreitada para construção de habitação própria ou de um contrato de arrendamento. Vai pesar, portanto, também, nesse processo volitivo, a função económico-social do negócio. A causa, quando considerada nesta perspectiva, apresenta-se ainda como um motivo do acto, e constitui o que se designa como *fim imediato*.

Daí, se o autor do negócio fizer uma representação inadequada da causa há erro (de direito) na formação da vontade, como acontece se ***A*** declara querer tomar de arrendamento certo prédio, por estar convencido de, por via desse negócio, obter a sua propriedade.

543. Regime da causa

I. A causa, enquanto elemento da estrutura do negócio, tem relevante projecção no seu regime jurídico, pois determina a maneira de ser de cada

[1] Se essa representação não corresponder à realidade há erro, mas tal não significa que elas não tenham determinado o errante a celebrar o negócio.

negócio (qualificação) e justifica, assim, os seus efeitos específicos. Não admira, pois, que ela tenha de satisfazer certos requisitos, a saber: *relevância jurídica* e *licitude*.

II. O primeiro traduz a necessidade de a causa do acto corresponder a uma função económico-social juridicamente relevante. Na verdade, o Direito não cura de todos os aspectos da vida social, pois alguns lhe são indiferentes (a-jurídicos). O requisito da relevância torna-se mais evidente nos negócios inominados, pois, quanto aos nominados, o legislador, ao regulá-los, implicitamente reconhece a relevância da sua causa.

Exemplo clássico de acto sem causa relevante é o dos *esponsais* ou *promessa de casamento*, enquanto *fonte da obrigação de celebrar o casamento*. Com esta função, o contrato de esponsais não é tutelado pelo Direito e, contudo, não é ilícito. Não produz, porém, a obrigação de casar, ou seja, o efeito correspondente a um contrato-promessa de casamento, mesmo que tal efeito tenha sido querido pelas partes; nenhuma delas pode, com fundamento nos esponsais, exigir da outra a celebração do casamento (cfr. art. 1591.º do C.Civ.).

Contudo, como acima se antecipou, tal não significa que este contrato seja ilícito, mas apenas que a função própria de um contrato-promessa não é tida, *in casu*, como merecedora da tutela do Direito. Note-se que, o *fim mediato* visado pelas partes – celebrar o casamento –, é juridicamente lícito e, em si mesmo, relevante. O vício não reside, pois, nesse fim, mas na causa-função, por a obrigação de casar, contratualmente assumida, não ser atendida pelo Direito. Por isso, o *efeito pretendido pelas partes* não se pode produzir. O que não significa que não se produzam outros, como seja a obrigação de restituir os donativos feitos em virtude da promessa, se o casamento não se celebrar. A relevância jurídica do acto, não como contrato-promessa típico, manifesta-se ainda na obrigação de indemnizar estabelecida no art. 1594.º do C.Civ., no caso de retractação.

Mas também não deve considerar-se nulo o negócio jurídico cuja causa seja irrelevante. Uma forma impressiva de justificar esta afirmação é a de assinalar que a nulidade do negócio pressupõe um vício que, se não ocorresse, admite a alternativa de o negócio ser válido[1]; tal não é admissível, se a causa for irrelevante.

Para traduzir a situação jurídica do negócio sem causa juridicamente relevante poderia dizer-se que é *ilegal*; todavia, como a esta palavra, mesmo entre os juristas, se liga, por vezes, uma ideia de censura, que não ocorre no caso em análise, melhor será dizer que o acto é *a-jurídico*, em suma, *não é um negócio jurídico*. Ligando esta ideia ao exemplo dos *esponsais*, estes *não são um contrato-promessa de casamento*.

[1] Por exemplo, uma compra e venda, nula por falta de forma ou por ter um objecto inidóneo, *admite* uma celebração válida se a forma for observada ou o objecto possível.

III. Para além de dever ser juridicamente relevante, a causa tem ainda de ser *lícita,* sem o que o acto será atacado pela ordem jurídica, mediante a imposição, aos seus autores, de consequências desfavoráveis, nomeadamente, a de ficarem sujeitos a sanções. Ocorrendo um caso de ilicitude, como se sabe, o acto é repudiado pelo Direito, que impede que os seus efeitos se produzam. Em síntese, os efeitos que as partes visavam não são atendidos; verificam-se, contudo, outros que elas não quereriam e que lhes são desfavoráveis.

IV. No regime da causa projecta-se, sem dúvida, a posição perfilhada quanto ao próprio conceito de negócio jurídico, em particular, pelo que respeita à concepção de vontade funcional.

Segundo a posição defendida, a *causa* só tem de ser querida no sentido de a vontade se dever dirigir a certas consequências económico-sociais do negócio celebrado, com a consciência de elas se produzirem sob tutela jurídica, e como tais serem queridas.

544. Importância da causa

I. A relevância da causa não se circunscreve aos negócios típicos regulados pelo legislador; em rigor, é nestes casos que ela mais *despercebida passa*, e se poderia mesmo afirmar a sua desnecessidade, por razões já expostas a respeito dos requisitos da relevância jurídica e da licitude da sua causa. Mas este entendimento não afectaria a causa como elemento da estrutura do negócio jurídico, pois ela se projecta também na sua qualificação.

Todavia, a relevância da causa coloca-se em termos diferentes nos negócios inominados, isto é, criados pelas partes, no domínio do livre exercício da autonomia privada. Pode também neles identificar-se a causa-função? Uma resposta negativa poderá vir de autores que configuram a causa como *função típica* ou como *motivo típico*, mas não vale para a formulação adoptada.

Bem pelo contrário, é nestes negócios que a causa assume particular importância, pois é através deste elemento que se vai apreciar a sua relevância jurídica e se estabelece a sua qualificação e regime. Se através do negócio atípico se não exerce uma função económico-social relevante, que o Direito considere merecedora de tutela, ele não é juridicamente atendido; e, se a finalidade visada pelas partes, embora juridicamente relevante, for contrária à ordem jurídica, o negócio pode ser, consoante os casos, inválido ou ilícito.

II. É de todo o interesse aferir estas considerações, levando em conta o que antes ficou escrito sobre o conteúdo da vontade funcional[1].

Considerem-se estes dois exemplos:

A, que se desloca habitualmente para o emprego em veículo próprio, *sempre que vê o seu amigo*, ***B***, na paragem do autocarro, oferece-lhe transporte para o local de trabalho, que é comum. Esta conduta de ***A*** repete-se ao longo de vários anos.

C e ***D***, que trabalham no mesmo local, celebram um acordo mediante o qual ***C*** transportará ***D*** para o serviço no seu veículo, pagando ***D*** uma parte da gasolina consumida.

Se ***A***, no primeiro caso, certo dia se atrasar no percurso, e ***B***, que esperou pela sua passagem, for, por isso, afectado na sua remuneração, por ter chegado tarde ao trabalho, ***A*** só será responsável perante ***B*** se a sua conduta puder qualificar um acto ilícito. Seria o caso de ***A*** se atrasar intencionalmente, para prejudicar ***B***, para lhe criar problemas junto dos superiores hierárquicos. Contudo, a responsabilidade de ***A*** não será, então, contratual, mas delitual.

Na segunda hipótese, há um verdadeiro negócio, juridicamente relevante, e a responsabilidade de ***C***, se um dia faltar injustificadamente e não facultar o transporte a ***D***, resulta da violação do contrato, ou seja, é contratual.

III. Ao assinalar a importância da causa, em sentido técnico, no regime do negócio jurídico, não deve esquecer-se que também os motivos individuais ou subjectivos (atípicos) são juridicamente relevantes, mas noutra sede. A afirmação, por vezes feita, da irrelevância dos motivos subjectivos não pode ser tomada na sua literalidade. Em mais de um aspecto o Direito cura desses motivos, sendo um dos mais relevantes o erro vício.

Para além disso, a ilicitude dos motivos – enquanto fim mediato – interfere com o regime do negócio, como resulta do art. 281.º do C.Civ.[2] Segundo esta norma, essa ilicitude, resultante da violação da lei, da ordem pública ou da contrariedade aos bons costumes[3], gera nulidade do negócio quando o fim ilícito seja comum a ambas as partes.

Assim, se ***A*** vende uma pistola a ***B*** e este a compra para colaborar num assalto, participando ***A*** no resultado da *operação*, o negócio é nulo nos termos daquele preceito. Mas se ***A*** nada souber do fim visado, o negócio é válido. Note-se que, neste caso, não há vício da causa, *proprio sensu*, pois o regime é o mesmo, quanto ao ponto em análise, ainda quando o negócio tenha por objecto uma arma cuja venda é permitida. O vício do negócio reside, na

[1] As considerações subsequentes relevam ainda na natureza jurídica da obrigação natural.

[2] Este preceito, com discutível critério, está incluído na secção que trata do objecto negocial.

[3] Como resulta do texto, o art. 281.º cobre tanto a *ilicitude imediata* (violação da lei) como a *mediata* (violação da ordem pública ou dos bons costumes).

verdade, no fim que se visa atingir, ou seja, no *fim mediato*, tal como acima ficou definido.

545. Negócios causais, negócios abstractos e negócios com causa presumida

I. É corrente estabelecer, a propósito da matéria da *causa*, a distinção entre *negócios causais*, *negócios abstractos* e *negócios com causa presumida*.

Os qualificativos usados na identificação dos termos desta classificação podem induzir no erro de supor que há negócios jurídicos sem causa, por contraposição aos causais, o que seria de todo em todo inadequado.

Segundo a concepção adoptada, todos os negócios jurídicos têm causa, pelo que o critério de distinção tem de ser outro, que se passa a expor.

II. No sistema jurídico português, a generalidade dos negócios jurídicos depende, na sua identidade e no seu regime jurídico, de uma causa função, que lhe é própria, nomeadamente no sentido de ser exclusiva dele. Quando tal acontece os negócios dizem-se *causais*.

Assim, à função económico-social de permuta de uma coisa por dinheiro, que consubstancia um *preço*, corresponde o contrato de compra e venda; se a permuta for de outra coisa, que não dinheiro, há contrato de troca ou escambo.

Revela-se aqui a relevância qualificativa da causa. Por isso, se as partes denominam como compra e venda o negócio pelo qual uma aliena a outra um prédio rústico e recebe como contrapartida uma fracção autónoma de um edifício constituído em propriedade horizontal, não há aqui qualquer *vício* relativo à causa do negócio, mas *errada qualificação*.

III. Aos negócios causais contrapõem-se os *abstractos*[1]. Não sendo estes, como atrás se referiu, negócios sem causa, a sua qualificação como *abstractos* radica no facto de o seu regime não ser dominado por uma causa função específica. A lei não os tipifica em vista de certa causa, nem por ela pauta o seu regime jurídico; numa designação que se mostra sugestiva, existe, nestes casos, um *negócio aberto*, com o qual se pode realizar um número mais ou menos diversificado de funções económico-sociais. Qual delas determinou, em concreto, as partes a celebrá-lo é irrelevante, pois o Direito, no tratamento jurídico do negócio, *abstraiu*[2] da causa, ao fixar o seu regime jurídico.

---

[1] Sobre a matéria dos negócios abstractos, cfr. Vaz Serra, *Negócios Abstractos. Considerações Gerais – Promessa ou Reconhecimento de Dívida e Outros Actos*, *in* BMJ, n.º 83, págs. 10 e segs.; e C. Ferreira de Almeida, *A Função Económico-Social*, loc. cits., págs. 71 e segs.

[2] Daí a designação deste tipo de negócios jurídicos.

Pode ilustrar esta modalidade de negócios o *aceite* de uma letra de câmbio: este é um negócio abstracto. Ao fazer o *aceite*, o aceitante pode visar o pagamento do preço de uma compra, a restituição de uma quantia mutuada, a realização de uma liberalidade, a facilitação de obtenção de crédito pelo sacador, etc. *Tanto faz*: o regime do aceite, quanto aos sujeitos da correspondente relação jurídica, não é afectado pela concreta função por ele desempenhada em cada um dos exemplos dados.

Na ordem jurídica portuguesa os negócios abstractos têm carácter excepcional, configurando-se em geral como negócios unilaterais. Os exemplos mais relevantes de negócios abstractos encontram-se no domínio dos títulos de crédito, em particular dos negócios cambiários relativos a letras, livranças e cheques, sendo o *saque* uma das suas manifestações mais significativas[1].

No campo do Direito Civil, põe-se o problema de saber se a cessão de créditos (arts. 577.º e seguintes do C.Civ.) tem a natureza de negócio abstracto. Seguindo de perto a opinião defendida, no domínio do Código de Seabra, por I. Galvão Telles[2], deve entender-se que a cessão não é em si mesma um negócio jurídico autónomo, mas, como defendia este Autor, um «simples aspecto de um contrato causal em que se integra»; ou, como se entende preferível dizer, como um efeito que se pode obter através do recurso a actos jurídicos causais de diverso tipo (*onerosos*, como a compra e venda ou a dação em pagamento, ou *gratuitos*, como a doação ou o legado), a cujo regime obedece. No Código vigente *dispõe*, a favor deste entendimento, o art. 578.º, n.º 1, quando subordina os requisitos da cessão e os seus efeitos, entre as partes, ao regime «*do tipo de negócio que lhe serve de base*»[3].

IV. Dos negócios abstractos devem distinguir-se os *negócios com causa presumida*. Na vigência do Código de Seabra, I. Galvão Telles, partindo da ideia de no Direito português não haver uma presunção geral da causa dos negócios jurídicos, apontava como exemplo de negócios com essa presunção os «actos exarados em escritos particulares (que não sejam títulos de crédito), assinados pelo devedor, e dos quais conste a obrigação de pagamento das quantias determinadas, todas as vezes que tenham força executiva»[4/5].

---

[1] Sobre as várias modalidades que a abstracção pode revestir, *vd*. Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 197-198.

[2] *Manual*, pág. 299.

[3] Cfr., neste sentido, Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, pág. 167.

[4] *Manual*, (3.ª ed.), pág. 265.

[5] Sobre o valor dos documentos particulares, nomeadamente dos autenticados, como títulos executivos, *vd*. as als. *b*) e *c*) do n.º 1 do art. 46.º e os arts. 50.º e 51.º do C.P.Civ. O devedor pode, porém, opor-se à execução com fundamento em vícios do acto de que a assunção de dívida emerge (cfr. art. 816.º do C.P.Civ.).

Na vigência do actual, sustentava, a propósito da distinção entre negócios causais e abstractos, que, afinal, estes não são mais que actos causais em que há uma presunção de causa, ilidível por prova em contrário, cabendo esta àquele contra quem o negócio é invocável. Diversamente, no *puro acto causal*, cabe a quem o invoca demonstrar a existência da causa. Em suma, no negócio abstracto há, quanto à causa, uma inversão do ónus da prova[1].

Na base da distinção que atrás fica estabelecida, negócio com causa presumida é aquele através do qual se assume a dívida, pois, com base no documento em que se contém, essa dívida pode ser exigida em juízo, sem se tornar necessária a menção, no título, da causa da sua assunção.

Todavia, como há uma *causa presumida* e não uma *abstracção da causa*, o credor tem de alegar em juízo a causa e o devedor pode invocar e provar que ela não existe ou deixou de ser juridicamente atendível[2].

Este entendimento encontra hoje apoio, quanto à figura da assunção de dívidas em geral, no n.º 1 do art. 458.º do C.Civ.[3] Com efeito, esta disposição legal estatui que «se alguém… reconhecer uma dívida, sem indicação da respectiva causa, fica o credor dispensado de provar a relação fundamental, cuja existência se presume até prova em contrário». Em face deste preceito, a caracterização da assunção de dívida como negócio com *causa presumida* não depende de o respectivo título ser executivo, desde que seja escrito (n.º 2 do art. 458.º).

[1] *Manual*, (4.ª ed.), pág. 297.

[2] Cfr., neste sentido, nomeadamente por referência ao art. 458.º de seguida referido no texto, Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, págs. 168-169; e Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil*, vol. I, págs. 439-440.

[3] Menezes Cordeiro, em coerência com a sua concepção anti-causalista do negócio jurídico, identifa no artº 458º, nº 1, uma obrigação com "causa" presumida, que se afasta do regime normal das obrigações, que são "causais", e das de obrigações abstractas, as cambiárias (*Tratado*, Vol. II, T. II, Pág. 615).

SUBTÍTULO IV
CONTEÚDO DO NEGÓCIO JURÍDICO

CAPÍTULO I
PRELIMINARES

546. Noção de conteúdo

I. Ao iniciar o estudo do conteúdo do negócio jurídico, convém fixar o sentido atribuído a esta expressão na exposição subsequente. O *conteúdo* corresponde ao conjunto de fenómenos jurídicos (efeitos) que são objecto da vontade negocial, no sentido oportunamente fixado. Assim, nesta acepção, conteúdo do negócio jurídico equivale a *objecto jurídico*[1] ou *substância*[2] do negócio.

Menos correcto é usar a palavra conteúdo para significar o conjunto de disposições ou *cláusulas*[3], estipuladas pelas partes ou resultantes da lei, e por via das quais são fixados os efeitos que o negócio há-de produzir. Essas disposições são *elementos do conteúdo*.

Não é unívoco, nem de esclarecimento fácil, o sentido a atribuir à expressão *cláusula do negócio jurídico*. No entendimento mais aceitável, por cláusula só deve designar-se aquele elemento do conteúdo do negócio que seja em si mesmo eficaz[4], isto é, estipule um certo efeito de direito proveniente

---

[1] Diz-se *objecto jurídico* em contraposição a *objecto material*.

[2] A palavra *substância* é usada algumas vezes pelo legislador, nem sempre com o mesmo sentido [cfr. arts. 12.º, n.º 2, 35.º, n.º 1, 36.º, n.º 1, 41.º, n.º 1, 53.º, n.º 1, 293.º e 1259.º do C.Civ.; *vd*., a este respeito, o exposto em *A Conversão*, nota (2) da pág. 297].

[3] Na linguagem corrente, mesmo na dos juristas, usa-se também, para identificar esta realidade, a palavra *condição*. O próprio legislador recorre a ela, neste sentido, como acontecia no art. 672.º do Código de Seabra. Deve, porém, evitar-se tal sinonímia, dado que a palavra *condição* tem um sentido técnico-jurídico preciso e rigoroso, enquanto *elemento* do conteúdo do negócio, como adiante se dirá. Por outras palavras, é uma *cláusula, em particular*, e não *qualquer cláusula*.

[4] Dentro desta ordem de ideias, quanto à necessidade de a cláusula ser em si mesma significativa, cfr. a seguinte noção apresentada por Philippe Simler: «clause est une partie d'un acte juridique constituant une unité en soi, distincte des autres parties de l'acte» (*La nullité partielle des actes juridiques*, Paris, 1969, pág. 9).

da vontade das partes. Não devem assimilar-se às cláusulas outros elementos do negócio, de fonte legal, quer derivados de normas dispositivas, quer, em particular, de normas imperativas[1]. Neste sentido uma *cláusula* é, *proprio sensu*, uma *estipulação* das partes, pelo que não se afigura também adequado atribuir a estas duas palavras sentidos diferentes.

Assim, será cláusula de uma compra e venda, o seguinte elemento do seu conteúdo, acordado entre as partes: «O pagamento do preço será feito em ***X*** prestações mensais, iguais e sucessivas de ***Y*** euros cada, com início no mês de Dezembro de 2010.»

II. Finalmente, importa relacionar o conteúdo do negócio jurídico com a sua eficácia. Há uma manifesta correlação entre os dois conceitos, embora pareça exagerado afirmar, como fazia Castro Mendes, que o conteúdo coincide necessariamente com a eficácia[2].

Ao analisar a matéria da eficácia do negócio, em particular a produção dos efeitos jurídicos, melhor se compreenderá o alcance da restrição que aqui se impõe. Em síntese, estão em causa os seguintes aspectos do regime do negócio jurídico.

O seu conteúdo refere-se aos efeitos *queridos,* enquanto a eficácia identifica os efeitos *produzidos* (ou realizados), podendo não haver coincidência entre eles; basta que algum vício perturbe o negócio para a sua eficácia não corresponder aos efeitos a que as partes dirigiram a sua celebração.

Quanto maior for a coincidência entre os efeitos *produzidos* e os *queridos*, tanto mais plenamente se realiza a *função* do negócio jurídico. Se a coincidência for total, o negócio atingiu a sua plena eficácia em relação ao seu conteúdo.

547. Razão de ordem

I. A interligação existente entre o conteúdo e a eficácia do negócio jurídico desloca o estudo do conteúdo para o plano casuístico dos tipos negociais, pois a cada um deles corresponde um conjunto próprio de efeitos. Nem por isso, porém, deixam de se colocar algumas questões que interessam a uma teoria geral do negócio jurídico.

Essas questões, neste plano geral, vão ser analisadas por referência a três pontos fundamentais: *formação do conteúdo*, *elementos do conteúdo* e *determinação do conteúdo*. Pelas razões antes expostas, não será tratada aqui a eficácia do negócio, ponto que fica reservado para a *função*.

---

[1] Cfr., a este respeito, Grassetti, *Clausola*, *in* ED, vol.VII, Giuffrè Editore, 1960, em particular, págs. 185-186; I. Galvão Telles, *Manual*, pág. 253; e Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 219.

[2] Cfr. *Teoria Geral*, vol. II, pág. 199.

II. Pelo que respeita *à formação do conteúdo*, está em causa apurar o papel da vontade e da lei na sua constituição. Estas são, na verdade, as suas duas fontes, que podem ser tomadas em *abstracto*, ou seja, sem ter de entrar na averiguação do modo como elas actuam na formação de cada negócio em concreto.

Os *elementos do conteúdo* do negócio reportam-se, como acima ficou dito, à eficácia. Ora, neste plano, como também resulta da exposição anterior, há elementos do conteúdo específicos de cada negócio e que assim não cabe analisar em sede de *Teoria Geral*.

Esta afirmação é verdadeira, para os elementos essenciais de cada negócio, enquanto conformadores do respectivo *tipo*. Diferentemente se passam as coisas com os elementos acidentais, que podem ser incluídos no conteúdo de uma grande variedade de negócios, embora nem todos assumam a mesma relevância no plano prático, quando vistos numa perspectiva geral. Por isso, a análise subsequente limita-se aos elementos do conteúdo que justifiquem um tratamento genérico. Vão ser destacados e analisados com desenvolvimento os mais significativos, a saber: a *condição*, o *termo* e o *modo*. Por se relacionar com a matéria da condição, a respeito dela será feita referência *à pressuposição*. De outras cláusulas acidentais menos relevantes, mas ainda com alguma projecção no âmbito deste estudo, será dada nota mais sucinta.

Na *determinação* (ou *fixação*) *do conteúdo* do negócio jurídico cabem as matérias da interpretação e da integração negocial. No negócio jurídico consubstancia-se um *comando jurídico*, uma *regra de conduta individual* e *concreta,* dirigida primariamente a quem neles é parte, mas com projecção também em terceiros. A determinação do sentido vinculativo desse comando é essencial para a fixação dos efeitos que o negócio jurídico pode produzir. Este problema é o da *interpretação do negócio jurídico*. Contudo, nem sempre os autores do negócio, esgotando a faculdade que a lei lhes reconhece na sua conformação, preenchem plenamente o seu conteúdo; daí que também quanto a ele se ponham, à semelhança da lei, problemas de *integração*.

548. Sede legal da matéria

I. As razões que explicam a pouca projecção do problema do conteúdo em sede de *Teoria Geral* justificam também a escassez das disposições legais relativas a esta matéria. Assim, no Código Civil, no Capítulo que traça o regime comum do negócio jurídico, só dois conjuntos de preceitos se relacionam com esta matéria.

Daí que com alguma frequência se torne necessário recorrer a disposições contidas noutros livros do Código Civil para integrar o tratamento

do conteúdo do negócio jurídico. Dada a multiplicidade e dispersão dessas disposições, delas se dará conhecimento à medida que se tornar justificado.

II. Na Parte Geral, as disposições relativas ao conteúdo respeitam às questões da sua formação e, em especial, a certas cláusulas acessórias típicas, condição e termo. Estão em causa os arts. 270.º a 279.º Outras cláusulas acessórias são tratadas a propósito dos negócios jurídicos de que são próprias ou vêm reguladas em locais dispersos do Código. Pela sua maior relevância dá-se, desde já, notícia do tratamento legal do *modo* e da *pena convencional*.

O modo não é regulado na Parte Geral do Código Civil, o que se explica por ser elemento próprio dos actos gratuitos, como melhor se exporá adiante. Por isso, o Código só se ocupa dele, com algum desenvolvimento, a propósito dos dois tipos mais importantes de negócios a que pode ser aposto: a doação e o testamento. Regem sobre ele, respectivamente, os arts. 963.º a 968.º e 2244.º a 2248.º Para além destas, há normas esparsas que se referem a esta modalidade de cláusula acessória a respeito de outros negócios gratuitos. Já houve necessidade de identificar um deles, o art. 191.º, quanto ao acto de instituição das fundações.

Pelo que respeita à pena convencional, o seu tratamento foi remetido para o regime das obrigações em geral, relativo aos efeitos da falta de cumprimento pelo devedor, mais particularmente em sede de fixação contratual dos direitos do credor (arts. 809.º e seguintes).

III. A outra matéria do conteúdo do negócio genericamente tratada na Parte Geral do Código é relativa à sua determinação e respeita à interpretação e à integração (arts. 236.º a 239.º). Para além destes preceitos, deve ainda ser levado em conta o art. 2187.º, relativo a um negócio de feição muito particular – o testamento –, mas que, por isso mesmo, dá um relevante contributo para a fixação do sentido do regime geral daqueles institutos. Noutro plano, será necessário atender a normas que constam do diploma que rege as cláusulas contratuais gerais.

CAPÍTULO II
FORMAÇÃO DO CONTEÚDO

SECÇÃO I
O Papel da Vontade na Formação do Conteúdo

549. Generalidades

A vontade é uma das fontes do conteúdo do negócio jurídico, podendo mesmo dizer-se ser a mais relevante. Ao afirmá-lo, está apenas a ser assinalada uma concretização do princípio da autonomia privada, na área do regime do negócio em que ele em especial se projecta.

A análise do alcance da autonomia privada como princípio fundamental do Direito Civil português, e, também, de algumas matérias específicas do regime do negócio jurídico, deixou claro que o papel da vontade na formação do negócio jurídico não assume a mesma relevância nas várias divisões do Direito Civil.

Neste momento releva somente o seu sentido geral, pois essas particularidades são especialmente analisadas em sede das disciplinas jurídicas que se ocupam desses ramos do Direito Civil. Partindo da análise do art. 405.º do C.Civ., e levando ainda em conta aspectos gerais já conhecidos, pode-se afirmar que o princípio da autonomia privada, quanto à relevância da vontade na formação do conteúdo do negócio, se manifesta sob dois aspectos fundamentais: *liberdade de celebração* e *liberdade de estipulação*.

Ao lado destas manifestações da autonomia negocial, é, contudo, corrente autonomizar uma terceira, que se designa como *liberdade de selecção do tipo negocial*. Em rigor, esta é ainda uma modalidade da liberdade de estipulação. Dada a sua relevância, e para maior facilidade de análise, vai, contudo, ser considerada autonomamente[1].

---

[1] Sobre a matéria desta Secção, *vd.*, em geral, Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 201 e segs.; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 107 e segs.; e Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, págs. 230 e segs., e Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, págs. 230 e segs.

550. Liberdade de celebração

I. O primeiro postulado em que se analisa o princípio da autonomia privada não se contém *expressis verbis* no art. 405.º do C.Civ. Nem, em boa verdade, tal se tornaria necessário, uma vez que ele resulta do conjunto do sistema do Direito Civil[1]. Encontram-se, é certo, algumas limitações legais a esse princípio, mas não só elas são em número pouco significativo, como ainda têm manifesto carácter excepcional.

A liberdade de celebração desdobra-se, ainda, por sua vez, em duas manifestações do princípio da autonomia, como logo se deixa ver: *liberdade de celebrar e liberdade de não celebrar negócios jurídicos*. Isto significa que não há, em geral, limitações à prática de negócios jurídicos privados; as pessoas celebram os que entendem e quando o entendem. Mas, em contraposição, a celebração de negócios é também livre no sentido de ninguém poder ser compelido, como regra, a celebrar negócios jurídicos. Podem ser traduzidas esquematicamente estas duas ideias dizendo que *a pessoa pode celebrar os negócios que quiser, mas só os celebra se quiser*.

II. O princípio da liberdade de celebração comporta algumas limitações que podem atingir, quer a sua manifestação positiva, quer a sua manifestação negativa. Estas restrições têm, em qualquer dos casos, tanto fonte legal como convencional.

As *limitações à liberdade de celebrar negócios jurídicos*, quando de fonte convencional, têm, como é manifesto, natureza obrigacional, como acontece com o pacto de preferência, a menos que a lei permita atribuir-lhe eficácia real (art. 413.º do C.Civ.)[2]. Em regra, neste caso, as limitações circunscrevem-se aos negócios que tenham por objecto coisas imóveis ou móveis sujeitas a registo e as correspondentes cláusulas devem ser inscritas no registo.

Exemplo de limitação à liberdade de contratar ocorre quando o titular de um direito se obriga, perante outra pessoa, a não o alienar (art. 577.º do C.Civ.). Por outro lado, nas substituições fideicomissárias, na doação ou no testamento (respectivamente, arts. 962.º e 2286.º e seguintes do C.Civ.), o primeiro beneficiário da liberalidade, o fiduciário, fica, em princípio, impedido de alienar ou onerar a coisa, que é objecto do fideicomisso. Para além disso, do pacto sucessório resultam, em certos casos (art. 1701.º, n.os 1 e 2),

[1] No Anteprojecto de Vaz Serra relativamente a este ponto estava proposto um preceito que consagrava a liberdade de celebração de negócios jurídicos: «ninguém é obrigado a contratar ou a deixar de contratar senão nos casos indicados na lei». Mas aquele mesmo Autor reconhecia que uma norma com este conteúdo não era, em rigor, necessária (*Fontes das obrigações. O contrato e o negócio unilateral como fontes de obrigações*, *in* BMJ, n.º 77, pág. 189).

[2] Assim o impõe, como é evidente, o princípio do *numerus clausus* que domina os direitos reais.

restrições à livre alienação das coisas que dele são objecto. Exemplo de limitação legal da liberdade de celebração de certos negócios encontra-se nos direitos reais de uso e habitação. Com efeito, nos termos do art. 1488.º do C.Civ., são proibidos os actos de alienação ou oneração desses direitos.

III. Sem prejuízo do interesse deste tipo de restrições, as limitações ao princípio da liberdade de celebração correntemente apontadas pela doutrina respeitam à sua manifestação negativa. Essas limitações consistem sempre na imposição do dever de contratar, ou seja, tornam ilegítima ou ilícita a recusa de contratar[1].

Desde logo, pode assinalar-se neste domínio uma aplicação específica da cláusula geral do abuso do direito. Esta matéria estava explicitamente considerada no Anteprojecto de Vaz Serra relativo às fontes das obrigações[2], num preceito onde se afirmava não ser admissível a recusa de contratar, quando ela constitua abuso do direito. Em tal caso, atribuía esse preceito, à outra parte, além do direito de indemnização, nos termos gerais, o de se valer do disposto no art. 25.º (regime civil da execução). Esta norma não veio, porém, a ser incluída no Código, mas nem por isso o seu regime deixa de valer. Esta não é, porém, uma posição pacífica na doutrina portuguesa.

Contra ela se manifestou Antunes Varela, com o fundamento de a liberdade de contratar não ser, «em bom rigor, um *direito subjectivo*, cujo exercício seja capaz de constituir o respectivo titular em responsabilidade perante terceiros»[3]. O argumento não colhe, porém, para quem aceite, como é a construção acertada, o alargamento do instituto do abuso do direito a outras situações jurídicas activas, para além da área do direito subjectivo, como adiante fica exposto. Neste sentido, e com este fundamento, merece, pois, apoio a posição de Castro Mendes, que admitia o recurso ao abuso do direito, nesta matéria[4], desde que ocorram os respectivos pressupostos.

IV. Interessam, porém, em particular, à *Teoria Geral*, as limitações decorrentes de fonte convencional ou de lei expressa.

A obrigação de contratar de fonte convencional pode resultar de vários actos, contando-se entre os mais salientes o contrato-promessa (arts. 410.º e 830.º do C.Civ.) e o mandato sem representação (art. 1181.º, n.º 1, do mesmo Código).

---

[1] Sobre a matéria, *vd*. Christian Serna, *Le refus de contracter*, Paris, 1967; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 204-207; Vaz Serra, *Fontes das Obrigações*, *in* BMJ, n.º 77, págs. 155 e segs.; Antunes Varela, *Das Obrigações*, vol. I, págs. 235-240; e Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, págs. 230-239.

[2] *In* BMJ, n.º 77, pág. 189.

[3] *Das Obrigações*, vol. I, pág. 240 (os itálicos estão no texto).

[4] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 205.

A imposição, por lei, da obrigação de contratar não é muito corrente em Direito Civil. Um exemplo a que já foi feita referência, ao caracterizar o regime da responsabilidade civil no Direito português, é o do seguro obrigatório. Em alguns casos, a obrigação de contratar resulta de imposições de ordem deontológica, a observar no exercício de certas profissões, como sejam a dos médicos ou até dos advogados (patrocínio de nomeação oficiosa).

Deve também considerar-se ilícita a recusa de contratar em relação a empresas concessionárias ou em regime de exclusivo, quando não ocorram razões ponderosas[1].

V. Importa demarcar a obrigação de contratar da situação que ocorre quando se verifica a consagração legal da possibilidade de certos efeitos jurídicos, normalmente emergentes de negócio bilateral, serem produzidos por virtude da vontade de apenas uma das partes interessadas. Exemplos característicos, no ordenamento jurídico português, são os dos arts. 830.º e 1793.º do C.Civ.

Nos termos do art. 830.º, verificados certos requisitos, havendo incumprimento da obrigação de contratar por parte de quem assumiu a promessa de o fazer, pode a outra obter sentença que produza os efeitos da declaração negocial do faltoso. Assim, neste caso, tudo se passa como se a declaração em falta fosse emitida, pois esta é suprida pela sentença.

Quanto ao n.º 1 do art. 1793.º, estatui ele que, em caso de divórcio, a pedido de qualquer dos cônjuges, o tribunal pode dar-lhe de arrendamento a casa de morada de família. Segundo a construção de Castro Mendes, que merece ser acolhida, ao cônjuge requerente cabe um *direito potestativo misto*, de exercício necessariamente judicial, de cuja actuação resulta a constituição do arrendamento[2]. Não há, propriamente, uma obrigação de contratar da outra parte, mas sim uma situação de *sujeição*[3].

VI. O princípio da liberdade de celebração comporta ainda outra modalidade: a da *liberdade de escolha da pessoa com quem se celebra o negócio*. Neste sentido, em geral, cabe também a quem pretende celebrar um negócio jurídico a liberdade de o fazer com quem entender. À semelhança do que

---

[1] Cfr., neste sentido, Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol, II, pág. 204; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, pág. 95; e Antunes Varela, *Das Obrigações*, vol. I, págs. 239-240.

[2] Castro Mendes não indicava este último exemplo, mas apontava o do art. 7.º do Dec.-Lei n.º 294/77, de 28/JUL. (*Teoria Geral*, vol. II, págs. 203-204).

[3] Em qualquer dos casos descritos no texto, como noutros a eles semelhantes, a produção dos efeitos jurídicos depende da declaração de vontade de uma das partes, conjugada com uma decisão judicial que substitui a da outra parte. Está-se, pois, ainda assim, no domínio dos efeitos negociais. Diferente é a hipótese de os efeitos se produzirem por mera estatuição normativa sem interferência de qualquer declaração.

acontece com outras manifestações da liberdade de celebração, também esta sofre algumas restrições, que podem ter a sua origem na vontade das partes ou na lei.

Importa começar por fixar o verdadeiro sentido dessas restrições. Está aqui em causa, apenas, a liberdade de selecção do outro contraente e não a liberdade de contratar, em si mesma. Deste modo, as restrições agora em análise não impõem a obrigação de contratar; contudo, se a pessoa se decidir pela celebração de certo negócio, deve fazê-lo com determinada pessoa.

Exemplo característico de limitação negocial à liberdade de escolha da contraparte ocorre no pacto de preferência (art. 414.º do C.Civ.). Por força dele, se certa pessoa se dispuser a celebrar determinado negócio, obriga-se a fazê-lo, de preferência, com determinada pessoa. Limitações deste tipo resultam também da lei, quando esta estabelece direitos de preferência a favor de determinadas pessoas (cfr., por exemplo, art. 1409.º do C.Civ.).

Embora de outro tipo, são de igual modo limitações da liberdade de selecção da pessoa com quem se contrata certas proibições legais de celebrar determinado ou determinados negócios com certa pessoa, em determinadas circunstâncias (cfr., *v.g.,* arts. 579.º, 876.º, 877.º, 2192.º a 2197.º do C.Civ.).

Em alguns destes casos, a proibição cobre mesmo os actos celebrados com interposição real de pessoas (cfr. arts. 579.º e 2198.º do C.Civ.), como meio de assegurar a eficácia da norma proibitiva.

551. Liberdade de selecção do tipo negocial

A liberdade de selecção do tipo negocial envolve vários aspectos, a saber:

a) liberdade de escolher o negócio mais adequado à prossecução do interesse visado;

b) liberdade de celebrar negócios diferentes dos previstos na lei;

c) liberdade de reunir no mesmo negócio elementos de dois ou mais negócios previstos na lei.

É o regime que se deduz dos n.os 1 e 2 do art. 405.º do C.Civ.

Este princípio não tem a mesma extensão em todos os ramos de Direito Civil, ponto já referido quando ficou traçada a distinção entre negócios obrigacionais, reais, familiares e sucessórios. Quando domine um princípio de tipicidade do negócio jurídico, sofre restrições, como é manifesto, a liberdade de selecção do tipo negocial.

552. Liberdade de estipulação

O princípio da liberdade de estipulação é o que mais directamente se prende com a matéria da formação do conteúdo do negócio jurídico. Segundo ele, podem as partes «fixar livremente o conteúdo dos contratos» e «incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver».

Esta questão prende-se directamente com o próprio conceito de negócio jurídico, como em tempo oportuno foi demonstrado, a respeito dos actos de conteúdo determinado, de que o casamento é paradigma.

Também já houve oportunidade de salientar que o princípio da liberdade de estipulação funciona com a sua maior amplitude nos negócios obrigacionais, sofrendo restrições mais ou menos significativas no campo dos negócios reais, familiares e sucessórios. Por outro lado, noutras áreas do Direito Privado, a liberdade de estipulação é limitada a vários títulos. É o que acontece no Direito Comercial, por efeito da cada vez maior intervenção do Estado no domínio das relações que esse Direito rege. Basta pensar no importante domínio do controlo dos preços dos produtos, nas mais variadas modalidades que ele pode revestir e nas mais diversas limitações impostas em áreas tão importantes como as dos seguros, da actividade bancária e parabancária, dos transportes e tantas outras. Trata-se, em certos casos, de assegurar relevantes interesses colectivos, mas visam-se ainda os fins mais diversos, alguns de ordem particular[1].

Também limitações significativas se podem assinalar no Direito do Trabalho, relativamente às suas normas que fixam regalias mínimas para os trabalhadores, que, assim, as partes não podem afastar a não ser em sentido mais favorável para aqueles (art. 4.º, n.º 3, do C.Trab.).

553. Classificação dos negócios jurídicos em função do papel da vontade

I. O princípio da autonomia privada, tal como primariamente analisado, deixa às partes a liberdade de criarem negócios jurídicos diferentes dos previstos na lei e, bem assim, de aporem aos negócios típicos as cláusulas que bem lhes aprouver, típicas ou não, e, ainda, de estabelecerem entre negócios diversos as ligações que bem entenderem.

Nesta base se distingue entre *negócios típicos ou nominados* e *atípicos ou inominados,* e se fala em *negócios mistos* e *união de negócios*.

É frequente, na doutrina, usar os primeiros qualificativos – típico e nominado – como sinónimos, mas também se estabelece entre eles distinção.

[1] Cfr., a este respeito, Antunes Varela, *Das Obrigações*, vol. I, págs. 247-251, e Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, págs. 240-242.

Em rigor, um negócio jurídico pode ser nominado, isto é, ter um *nomen iuris* legalmente atribuído, e, contudo, a lei não traçar para ele um regime específico. Em rigor, neste caso ele não corresponde a um *tipo*, logo não é típico.

Para o efeito, da exposição subsequente, uma vez que se situa no plano do conteúdo do negócio, interessa sobretudo a existência de um modelo legal para o seu regime, pelo que se usa de preferência a fórmula *negócio típico*, tendo presente ser esta categoria menos ampla que a dos negócios nominados.

II. A contraposição entre *negócios típicos* e *negócios atípicos*[1], neste momento da análise desta matéria, é, nas suas linhas gerais, intuitiva. São típicos os negócios previstos e regulados em normas jurídicas e que têm, para além disso, um *nomen iuris*. Os negócios típicos correspondem àquelas modalidades que, pela sua longa evolução histórica e pela sua maior relevância prática, mereceram uma atenção particular do legislador, que, por isso, para eles estabeleceu um regime próprio, *oferecido* à iniciativa das partes.

Os outros negócios, que as partes construam na actuação da sua liberdade de selecção, são atípicos. A ampla liberdade reconhecida às partes na celebração de negócios jurídicos envolve a necessidade de estabelecer nesta matéria algumas distinções.

São, sem dúvida, atípicos os negócios jurídicos criados inteiramente de *novo* pelas partes. Mas estas podem limitar-se a aditar, a um negócio típico, cláusulas não correspondentes ao modelo legal, sejam estas, por seu turno, cláusulas *novas* ou *importadas* de outro tipo. Se ocorrer, apenas, a adição de cláusulas não típicas, cabe perguntar quando deixa o negócio básico de ser típico.

A resposta a esta questão só pode ser dada casuisticamente, pois se trata de saber o que é essencial ao tipo. Nem todo o regime modelo que acompanha cada tipo negocial apresenta, na *identificação* deste, a mesma relevância. Alguns pontos são *nucleares* ou *essenciais*, enquanto outros se apresentam *como naturais* ou *acidentais*[2]. Seguindo um critério análogo ao adoptado em Direito das Coisas para a fixação do alcance do princípio da tipicidade, deve dizer-se que a adição de cláusulas faz surgir um negócio atípico quando subverta o que há de essencial no tipo a que acrescem[3].

---

[1] Sobre este ponto, *vd.*, em geral, I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 467-468; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 208-209; Menezes Cordeiro, *Tratado*, Vol. II, T, I, págs. 191-192; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 531-532. Para maior desenvolvimento, *vd*. P. Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995, em particular, págs. 207 e segs.; e Rui Pinto Duarte, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Almedina, 2000, em especial, págs. 108 e segs.

[2] Segue-se, assim, um critério próximo do sustentado por Antunes Varela, *Das Obrigações*, vol. I, pág. 275.

[3] Cfr., *Lições de Direitos Reais*, pág. 82.

A tipicidade dos negócios jurídicos pode não ser *normativa*, mas *doutrinal* ou *jurisprudencial*. Correspondem estes últimos casos a negócios não contemplados na lei, mas que ganharam, na prática social, pela sua frequência e repetitividade, uma configuração própria, correspondente à que resulta das normas legais. Fala-se, a este respeito, em *negócios socialmente típicos* ou *nominados*.

III. Diz-se *misto*[1] o negócio que se compõe de elementos de outros negócios, sejam eles previstos ou não na lei. O negócio misto tanto pode resultar da vontade das partes, como da própria lei, pelo que lhe pode ser aplicado o critério que reparte os negócios em atípicos e típicos. Exemplos de negócios mistos nominados são o arrendamento previsto no art. 1065.º do C.Civ., relativo à locação de casas mobiladas, em que o arrendamento é acompanhado do aluguer da mobília e o arrendamento de parte urbana e rústica (art. 1066.º do mesmo diploma legal).

O principal problema que esta modalidade de negócios levanta é o de saber qual o regime que lhes deve ser aplicado, dada a complexidade do seu conteúdo. A solução não pode ser universal, dependendo da diferente modalidade que o negócio misto revista[2]. As duas teses fundamentais em confronto são a que sujeita todo o negócio ao regime do negócio dominante (*doutrina da absorção*, que assegura um tratamento unitário do acto), e a que manda aplicar os regimes de cada acto, fazendo, naturalmente, as adequações que se imponham (*doutrina da combinação* ou *da cisão*).

Uma terceira solução parte do enquadramento dos negócios mistos como atípicos, logo omissos na lei, e manda recorrer ao poder integrativo do negócio, atribuído ao julgador, que aplicará casuisticamente o sistema legal da integração das lacunas negociais[3].

IV. A *união de negócios* ocorre quando se celebram dois negócios jurídicos diferentes, sem que qualquer deles perca a sua individualidade, mas existindo entre eles alguma ligação[4].

Atendendo ao tipo de ligação existente entre os negócios, podem aqui distinguir-se duas situações.

---

[1] Sobre esta matéria, em geral, cfr. I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 469 e segs.; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 209 e segs.; P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 532 e segs.; e Antunes Varela, *Das Obrigações*, vol. I, págs. 275 e segs., e autores aí citados.

[2] Sobre as várias modalidades que pode revestir o negócio misto, cfr. I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 470 e segs.; e Antunes Varela, *Das Obrigações*, vol. I, págs. 287 e segs.

[3] Sobre esta matéria, em geral, *vd*. Antunes Varela, *Das Obrigações*, vol. I, págs. 289-290; I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 474-475 e segs.; e Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 211.

[4] Sobre modalidades da união de contratos, cfr. I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 495 e segs.; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 212-213; P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 540 e segs.; e Antunes Varela, *Das Obrigações*, vol. I, págs. 281 e segs., e autores aí citados.

Numa delas, essa ligação é meramente acidental, tendo na sua origem factores externos, como seja a identidade das partes, a contemporaneidade da sua celebração ou a comunhão de título. Seja o caso de ***A*** celebrar com ***B*** um contrato de trabalho e arrendar-lhe um andar para habitação, sem qualquer ligação com a prestação de trabalho. Fala-se a este respeito em *junção* de contratos, não perdendo qualquer deles a sua autonomia.

Mas pode haver entre os contratos em presença uma ligação querida pelas partes em vista da realização de certo fim. A ligação deixa então de ser acidental, para ser *funcional*, pelo que é posta em causa a autonomia dos negócios em presença. Nestes casos, ditos de *coligação,* o regime de cada negócio é influenciado pelo do outro, pois só assim se alcança a finalidade visada pelas partes. Os negócios em presença não se comportam como autónomos, antes são dependentes um do outro. São múltiplas as hipóteses que esta *interdependência* pode revestir. Fundamentalmente, pode ser *recíproca* (ou *bilateral*), não desempenhando qualquer dos negócios papel principal, ou *unilateral*, caso em que um dos negócios ocupa, por assim dizer, uma posição *subordinada* em relação ao outro, que é o negócio *principal*.

Assim, ***A*** autoriza ***B*** a usar um processo de fabrico, de sua invenção, e este celebra com ***A*** um contrato de trabalho para dirigir a correspondente secção da fábrica de ***B***.

Noutro exemplo, ***A*** estabelece com ***B*** um contrato de trabalho e um contrato de comodato de um andar anexo ao local de trabalho, mantendo-se este último contrato pelo tempo que vigore a relação laboral.

SECÇÃO II

O Papel da Lei na Formação do Conteúdo

554. Colocação do problema

I. A predominância do princípio da autonomia privada na conformação do conteúdo do negócio jurídico não exclui um relevo mais ou menos significativo reservado à intervenção da lei neste mesmo domínio. Basta ter presente que a indeterminação do conteúdo do acto negocial nunca é absoluta, mesmo quando atinge o seu grau mais elevado, para ficar claro o alcance da afirmação anterior, mesmo em casos que não são os mais relevantes.

Levando a investigação um pouco mais longe, cumpre assinalar, desde logo, nos negócios legalmente nominados, a necessidade de tomar em conta as normas que definem o tipo, ou seja, que o qualificam como tal, e que não podem ser afectadas, sob pena de as partes estarem, de facto, a celebrar negócio diverso do que têm em mente.

Por outro lado, qualquer que seja o grau de indeterminação do conteúdo negocial, só como hipótese académica se pode conceber uma situação em que as partes esgotem a faculdade de o preencher. Assim, fica sempre aberta uma intervenção normativa, a título supletivo, para preenchimento dos pontos não regulados pelas partes.

II. Estas noções introdutórias logo revelam que a projecção da lei na formação do conteúdo negocial se dá através de normas de natureza diferente, umas *imperativas* ou *injuntivas* e outras *dispositivas*.

O *campo de actuação* destas normas não é sempre o mesmo. Como é manifesto, quanto maior for o grau de determinação do conteúdo do negócio jurídico, mais intensa é a intervenção das normas imperativas e menos a das dispositivas. Nos negócios de conteúdo indeterminado, fora o desenho essencial do tipo, a fixação do seu conteúdo é sobretudo deixada a normas supletivas, que actuam em tudo o que as partes deixem omisso.

Em termos gerais, diferente é também o *tipo de intervenção* das duas categorias de normas acima referidas. Enquanto as dispositivas funcionam pela via da *colaboração* com as estipulações das partes, pelo que os efeitos delas decorrentes podem ainda ser vistos como ajustados à autonomia negocial, as injuntivas fazem prevalecer interesses de ordem geral e, como tal, limitam a autonomia privada. Neste segundo caso, estão em causa interesses de hierarquia superior aos do autor (ou autores) do acto, que não podem, segundo o critério do legislador, deixar de ser tutelados e que, *como tais, são subtraídos à livre disponibilidade das partes*.

Ao fixar o papel da norma imperativa, enquanto limitativo da autonomia privada, não deve ser esquecida a possibilidade de as partes *assumirem* o conteúdo dessas normas, transpondo os seus comandos para estipulações contidas no negócio. Mas isso não altera os dados do problema, pois *é indiferente* que o façam ou não: sempre o conteúdo das normas agora em análise terá o mesmo alcance. Em suma: ainda quando as partes incluam no seu negócio uma estipulação coincidente com o conteúdo de uma norma imperativa, os correspondentes efeitos são de natureza legal, por traduzirem uma composição de interesses cujo critério é definido pelo legislador de modo inderrogável. O que há de particular, no caso, é o facto de os efeitos se produzirem por ter sido celebrado um negócio jurídico. Só nessa medida se pode dizer que a regulamentação desses interesses é ainda *autónoma*. Por isso se mostra mais ajustado defender que são *efeitos legais do negócio jurídico* os que derivam de normas injuntivas, para os demarcar dos que as partes têm a disponibilidade de ordenar – *efeitos negociais voluntários*.

Deste modo, não é adequado falar, a respeito da projecção das normas imperativas no conteúdo negocial, na sua *integração*. Não há aí o fenómeno de *colaboração* entre o legislador e as partes acima referido. A norma imperativa actua num plano que está para além das estipulações negociais, pois vale *independentemente delas e apesar delas*. Em suma, é correcto afirmar que na intervenção das normas injuntivas encontra sempre, nos termos expostos, a autonomia privada o seu limite, ainda que não necessariamente com a mesma configuração, como adiante se demonstrará.

Postas estas considerações gerais, importa apurar, com mais pormenor, como estas duas categorias de normas se projectam no conteúdo do negócio jurídico.

555. O papel das normas dispositivas

I. A intervenção de normas dispositivas no conteúdo do negócio dá-se fundamentalmente em dois domínios.

Num primeiro plano, identifica-se um *papel interpretativo*. Cabem aqui, desde logo, as normas legais sobre a interpretação negocial e as normas interpretativas.

Em qualquer dos casos, pressupõe-se um negócio já formado. No primeiro, está em causa o problema de saber como a sua interpretação se deve fazer. No segundo, pelo contrário, trata-se de normas que fixam o sentido de certas cláusulas ou mesmo de certas expressões ou palavras usadas pelas partes.

Está-se aqui, em qualquer dos casos, no domínio da interpretação negocial, pelo que nesse momento será retomado este ponto.

II. Ao lado desta *função interpretativa*, e agora com maior projecção na conformação do conteúdo negocial, assinala-se outra, dita *integrativa*.

Trata-se, neste domínio, de garantir a operacionalidade das estipulações das partes, mediante o preenchimento do correspondente regime jurídico, quando se esteja perante *lacunas negociais*.

Esta matéria cai no âmbito específico da integração do negócio jurídico, configurando este tipo de normas um dos elementos, ao lado de outros, de preenchimento do conteúdo negocial, enquanto seja necessário para assegurar a exequibilidade do acto. Por assim ser, também aqui não se torna necessário ir mais longe na exposição da matéria, reservando maiores desenvolvimentos para quando for tratada a integração do negócio jurídico.

III. Próxima desta função integradora do negócio jurídico, mas inserida numa problemática diferente, justificativa de menção autónoma, é a que se identifica no domínio da invalidade parcial do negócio e como instrumento ao serviço do correspondente regime.

Em certos casos, que devem ser apontados como os mais correntes, a invalidade parcial de negócio implica a eliminação de elementos do seu conteúdo, sem que a subsistência do negócio, desprovido deles, seja posta em causa.

Manifestações deste regime encontram-se na eficácia de vícios relativos a cláusulas acidentais. A inidoneidade da condição circunscreve-se, em certos casos, à cláusula condicional, que *é afastada* do negócio, com a única consequência de ele valer como incondicionado.

Noutros casos não é assim. Tomando aqui para modelo o regime da invalidade parcial do negócio, quando se trate de cláusulas contratuais gerais proibidas e de cláusulas excluídas dos contratos particulares (respectivamente, arts. 13.º, n.º 2, e 9.º, n.º 1, da LCCG), a sua simples eliminação, em qualquer dos casos, pode acarretar consequências negativas do ponto de vista do interesse

da parte que essa proibição ou exclusão visa acautelar, quando o negócio não possa ou não deva subsistir sem a cláusula inválida ou excluída.

O meio de obviar a essa consequência, que acarretaria a invalidade total do negócio, ou a eliminação da cláusula, com lesão dos referidos interesses, é o de fazer funcionar as normas supletivas que teriam aplicação, em lugar dessas cláusulas[1].

Segue-se, pois, aqui uma função integradora do negócio, com particular incidência das normas supletivas, mas, em particular num dos casos, para o efeito de assegurar a manutenção de um negócio em si mesmo inválido, em algum dos seus elementos. Verifica-se, pois, o recurso a um meio de que o legislador se socorre para manter um regime de invalidade parcial do negócio, ou seja, circunscrito às cláusulas contratuais gerais proibidas, como forma de tutela do aderente[2].

556. A eficácia sancionatória das normas imperativas

A intervenção das normas imperativas, que imediatamente se identifica, nas suas relações com conteúdo negocial, é de natureza *sancionatória*. Este é também o papel que com mais frequência a doutrina assinala, com toda a naturalidade que decorre da prevalência que essas normas atribuem ao interesse geral sobre o interesse particular.

No sistema jurídico português, a base legal de tal entendimento encontra-se no regime geral do art. 294.º do C.Civ. Nos termos deste preceito, os «negócios jurídicos celebrados contra disposição legal de carácter imperativo» são nulos, a menos que outra solução seja especificamente estatuída pela lei.

Não interessa tanto, para o fim que está em causa nesta matéria, se essa nulidade se projecta sobre todo o negócio ou se afecta apenas a cláusula violadora, isto é, se o regime é de invalidade total ou parcial. Em qualquer caso, a violação negocial da norma imperativa não prevalece.

Há, pois, aqui uma *intervenção negativa*, *hoc sensu*, da norma imperativa. Não fica assegurado como é manifesto, por esta via, o interesse que determina a imperatividade da norma; mas, pelo menos, é garantida a não violação dele.

Contudo, como de seguida se passa a demonstrar, a relação entre a norma imperativa e o conteúdo do negócio jurídico nem sempre reveste este *papel negativo*. As circunstâncias do caso, para adequada tutela dos interesses determinantes da imperatividade da norma, podem exigir que desempenhe um

[1] Sendo ainda possível recorrer às regras de integração negocial, em qualquer dos casos.

[2] Cfr., a este respeito, o exposto em *A Conversão*, págs. 547-550.

papel positivo, verificando-se, então, segundo a terminologia adoptada noutro estudo[1], uma *eficácia mediata da norma imperativa*.

557. A eficácia mediata das normas imperativas

I. Sob a designação que serve de epígrafe a este número, identifica-se um fenómeno que alguma doutrina italiana designa como *inserção automática de cláusulas* ou *substituição de cláusulas*[2].

A questão coloca-se nos seguintes termos.

A função sancionatória da norma imperativa, ou o seu *papel negativo*, pode voltar-se contra àquela das partes que ela visava tutelar, pois não assegura a realização do correspondente interesse, apenas evitando a subsistência de um negócio jurídico que o viola.

A tutela do interesse dessa parte pode exigir a efectiva aplicação da composição de interesses imperativamente consagrada na norma, *substituindo-se* esta às cláusulas negociais violadoras ou *difformi*, segundo a terminologia do Direito italiano.

II. Não há no Código Civil português qualquer preceito que, à semelhança do art. 1339 do C.Civ.it., consagre, em termos gerais, tal situação, mas, como já foi demonstrado noutro estudo[3], pode ser identificada uma série de disposições que dão aplicação concreta ao fenómeno, em termos de ser reconhecido como uma solução de aplicação corrente no sistema jurídico português.

Para ilustrar esta afirmação, basta recorrer a um exemplo significativo, entre muitos. Nos termos do art. 1146.º do C.Civ., é tido como *usurário* o contrato de mútuo em que se estabeleça um juro que exceda o máximo permitido por lei. Se aqui se atendesse, pura e simplesmente, ao papel *negativo* desta norma imperativa, a correspondente cláusula seria nula e, mediante a redução do negócio jurídico, o mútuo transformar-se-ia em gratuito ou, na hipótese mais favorável ao credor, seria aplicado o juro legal (art. 559.º, n.º 1, do C.Civ.). Não se fica, porém, o referido preceito por uma destas soluções, que o legislador entendeu não ser a mais adequada ou justa, uma vez que, o n.º 3 desse preceito estatui que o juro excessivo se considera *reduzido* ao máximo legal, «ainda que seja outra a vontade dos contraentes». É, assim, devido o *juro máximo permitido*, fixado no n.º 1 do art. 1146.º, mais elevado que o *juro legal*.

---

[1] *A Conversão*, págs. 536 e segs.

[2] Cfr. referências na ob. cit. na nota ant., pág. 538, nota (3).

[3] *A Conversão*, págs. 539-546 e respectivas notas.

Exemplos como estes surgem, na lei, com mais frequência do que, num primeiro exame, se poderia suspeitar, ditados por razões diversas, mas que se podem reduzir a uma ideia básica comum.

A pura e simples eliminação da cláusula violadora, ou mesmo a actuação de normas supletivas na *integração* da lacuna criada pela supressão desse elemento do conteúdo do negócio, nem sempre asseguraria a mais adequada composição dos interesses regulados pelo negócio, tornando-se necessário o funcionamento do regime estatuído na norma imperativa. «Esta *tarefa positiva* das normas imperativas assume […] particular relevância quando, em correlação com as razões acabadas de expor, ou mesmo em exclusividade, a injunção normativa é estabelecida no interesse de uma das partes – a "parte débil", como diz Roppo – e contra a outra. Nestes casos, a destruição do negócio acabaria por redundar em benefício do contraente mais forte, que só quis contratar nos termos que violam o comando legal, e voltar-se-ia contra a parte mais fraca, a quem interesse manter o negócio com o conteúdo limitativo da lei, frustrando-se o fim visado pela norma»[1/2].

O papel positivo da norma imperativa, isto é, a sua *eficácia mediata*, não só mantém o mútuo como oneroso, como faz prevalecer, quanto ao montante dos juros, o valor máximo que, no confronto dos interesses contrapostos do devedor e do credor, o legislador considerou ser a solução mais *justa* ou adequada na sua composição.

Esta é uma matéria que se projecta de modo muito relevante na configuração da chamada invalidade parcial do negócio jurídico e da conversão legal, pelo que a seu tempo será retomada por referência a estes institutos.

[1] *A Conversão*, págs. 545-546 (os itálicos são do texto).

[2] Para o resultado indicado no texto ser possível, é manifesto que a norma imperativa há-de apresentar uma estrutura própria. Além de estatuir a nulidade da cláusula violadora, ela tem de ter um *conteúdo positivo*, aproximando-se, nesta medida, da norma supletiva. Há, porém, uma diferença substancial, como se torna fácil demonstrar no exemplo do mútuo usurário. Uma coisa são os chamados *juros legais*, que se aplicam se as partes nada convencionarem a esse respeito, outra os *juros máximos*, que se *substituem* aos juros excessivos convencionados. De comum entre a primeira norma, que é supletiva, e a segunda, que é injuntiva, há apenas o facto de ambas terem de estatuir, para serem operacionais, o *quantum* dos juros.

CAPÍTULO III
ELEMENTOS DO CONTEÚDO

SECÇÃO I
A Condição

DIVISÃO I
NOÇÃO E MODALIDADES

558. Noção

I. Como se deduz do próprio art. 270.º do C.Civ., diz-se *condição o acontecimento ou facto futuro e incerto a que as partes subordinam a produção dos efeitos do negócio jurídico ou a sua resolução*[1].

Também se designa por esta mesma palavra a *cláusula* através da qual a condição é inserta no negócio jurídico.

Desenvolvendo a noção exposta, identifica-se, como primeiro e essencial elemento do conceito de condição, o *carácter futuro* do facto ou acontecimento, de cuja verificação dependem os efeitos do negócio, quer para se começarem a produzir, quer para cessarem. O momento a que se atende para definir o facto condicional como futuro é o da celebração do negócio. Assim, não há condição se o facto a que as partes se reportam é contem-

[1] Sobre esta matéria, cfr. J.G. Pinto Coelho, *Das cláusulas acessórias dos negócios jurídicos*, Coimbra, 1910; N. Baptista Gonçalves, *Do Negócio sob Condição (Estudo de Direito Civil)*, Edições Castilho, Lisboa, 1955. De estudos de carácter monográfico mais restrito se dará conhecimento no lugar próprio, no seguimento da exposição. Quanto a manuais, *vd*. I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 258 e segs.; Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 355 e segs.; Cabral de Moncada, *Lições*, vol. II, págs. 360 e segs.; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 222 e segs.; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 561 e segs.; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 347 e segs.; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 713 e segs.; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 606 e segs.

porâneo ou passado, em relação ao momento da celebração do negócio[1]. Condição, existe, pois, se num contrato de compra e venda de um prédio se subordina a eficácia do negócio à verificação do facto de o comprador vir a ser transferido de serviço para a localidade em que o prédio se situa.

Outro requisito do conceito de condição é o de o facto futuro ser *incerto*. A incerteza avalia-se em termos objectivos, e não subjectivos, e respeita à sua verificação ou não verificação. Assim, se a verificação do facto é certa e apenas incerto o momento em que ele ocorrerá, deixa de poder falar-se em condição, existindo um *termo incerto*, como acontece no caso de a eficácia do negócio ficar dependente da morte de outrem: «quando ***A*** morrer»[2].

Finalmente, a condição *proprio sensu* é de origem *convencional*, isto é, depende de estipulação das partes. Não há condição quando o facto futuro seja estatuído na lei como condicionante da eficácia do acto *(conditio iuris)*.

II. Na falta de qualquer destes requisitos não existe condição; acontece, porém, que, por vezes, se podem identificar nos negócios jurídicos certas situações que apresentam alguma afinidade com a condição, sem, contudo, satisfazerem todos os requisitos acima enumerados. Fala-se, então, correntemente, de *condições impróprias*, conceito adiante retomado.

559. Condição e pressuposição

I. A propósito da condição – no sentido de contribuir para a delimitação desta figura jurídica – cabe uma breve referência à pressuposição[3], para a relacionar com a aquele instituto.

A chamada *teoria da pressuposição* foi formulada por Windscheid[4] e, embora tenha despertado vivo interesse na doutrina, nunca chegou a ter grande aceitação.

---

[1] Em tal caso o que existe é uma repartição, por via convencional, do risco, envolvido na celebração do negócio. Assim, se o declarante ***A*** estipula que compra o quadro ***X***, se ele for de Ticiano, não há uma condição em sentido técnico. Mas o que se passa é não ter ***A*** querido suportar o risco de o quadro não ser daquele pintor, afastando o regime do erro na formação da vontade, que, de outro modo, se aplicaria se ele nada dissesse e o quadro não fosse daquele autor.

[2] Como é evidente, a situação não se altera se for condicional a formulação da frase, ou seja, se se disser: «se ***A*** morrer».

[3] Para exposição e crítica da teoria da pressuposição, além de estudos cits. nas notas seguintes, cfr. Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 241 e segs.; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 605 e segs.; I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 96-97; e Antunes Varela, *Ineficácia do Testamento e Vontade Conjectural do Testador*, 1955, págs. 273 e segs.

[4] Windscheid expôs pela primeira vez a sua teoria no seu estudo *Im Lehrere des Code Napoleon von der Unzultigkeit der Rechtsgeschäfte*, tendo-a retomado noutros trabalhos. A teoria da pressuposição foi pela primeira vez exposta em Portugal por Guilherme Moreira, tendo sido largamente defendida por J. G. Pinto Coelho, *in Cláusulas Acessórias*, t. II, págs. 169 e segs.

Os termos essenciais desta teoria podem resumir-se como segue.

«A pressuposição é uma condição não desenvolvida («eine unentwickelte Bedingung»), ou seja, é uma limitação da vontade do declarante, que este só não desenvolve na própria declaração, porque admite como certa a verificação do evento, a que, se assim não fosse, não deixaria de condicionar a produção dos efeitos da declaração. Assim, embora não o faça expressamente, o declarante não deixa de relacionar a produção de certos efeitos com a verificação de determinado evento»[1].

Desenvolvendo esta ideia, «convém referir que Windscheid considera que há certos fins que são implicitamente pressupostos, podendo ser entendidos, de por si só, como pressuposição. A tais fins chama Windscheid os *primeiros intentos*, colocados antes de todos, o fim a que a vontade se dirige directamente. Constituem uma pressuposição, na medida em que são um fim essencial, necessário à declaração de vontade»[2].

II. A pressuposição tanto pode respeitar a factos passados, como presentes e futuros, nada impedindo que seja expressa no negócio, muito embora a sua forma típica seja a de motivo não manifestado.

Não respeitando exclusivamente a factos futuros, a pressuposição demarca-se da condição por este traço. Mas, quanto a factos passados ou presentes, em função do momento da celebração do negócio, o seu regime não se destaca do do erro na formação da vontade. Deste ponto de vista, ela só ganha autonomia quanto a factos futuros; contudo, quanto a estes, só não se identifica com a condição por poder ser implícita, no negócio.

III. Importa ter presentes, no seu confronto com a condição, os seus efeitos. Estes, segundo o próprio entendimento de Windscheid, dependiam, naturalmente, da sua configuração como condição implícita e da posição assumida pela contraparte quanto ao motivo determinante do negócio.

Assim, haveria que considerar primeiramente a hipótese extrema de a pressuposição haver sido manifestada no negócio sob forma de condição. Neste caso não se identificam particularidades relevantes em relação ao regime da condição, que adiante será exposta.

O regime próprio da pressuposição manifesta-se quando ela não conste explicitamente do negócio. Aí, haveria que distinguir: se o declaratário conhecia ou devia conhecer a essencialidade do motivo pressuposto pelo declarante, o negócio era válido, mas o declarante tinha o direito de o rescindir[3];

---

[1] Cfr. o nosso estudo *A Teoria da Imprevisão*, reimp., pág. 60.

[2] Ob. cit. na nota ant., pág. 61.

[3] A diferença de regime, quanto a este ponto, na prática, em relação ao da anulabilidade, seria mínima, ao menos em regimes jurídicos como o português (cfr. art. 433.º do C.Civ.).

se o declaratário não conhecia nem devia conhecer essa essencialidade, o negócio era válido e eficaz, suportando o declarante o risco da não verificação do motivo pressuposto.

É manifesta a proximidade deste regime com o do erro na formação da vontade.

IV. Como já ficou assinalado em outro local, a teoria da pressuposição foi «mais apreciada, que seguida» e ainda que os autores a citem com frequência, poucos a adoptaram.

Como antes ficou evidenciado, a teoria só tem autonomia quanto à pressuposição de futuro, uma vez que, quanto ao passado e presente, as hipóteses por ela cobertas reconduzem-se ao problema do erro, não podendo, de resto, ter mais relevância do que a deste instituto.

Quanto à pressuposição de futuro, enquanto condição não desenvolvida, a teoria de Windscheid esteve na origem de formulações modernas dirigidas à solução do problema *da falta de previsão* ou da *imprevisão* no negócio jurídico. Delas podem ainda hoje encontrar-se manifestações no Código Civil português, no plano do erro, no regime já conhecido do *erro sobre a base do negócio* (art. 252.º, n.º 2, do C.Civ.) e no chamado *error in futurum*, quanto à resolução ou modificação do negócio por alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar (arts. 437.º e seguintes do C.Civ.). A primeira questão já foi abordada; da última será dada conta a respeito da eficácia do negócio jurídico.

560. Importância da condição

Facilmente se compreende o grande alcance prático da condição no regime do negócio jurídico. É, na verdade, corrente, na vida social, as pessoas praticarem certos actos para prevenir situações futuras, sobre as quais há incerteza quanto à sua verificação. Ora, em tais casos, se a sorte do negócio não fosse deixada na dependência da verificação desses factos, poderia daí advir uma situação de desvantagem para um dos contraentes, por eles não ocorrerem ou tomarem uma configuração de todo imprevisível no momento da celebração do negócio. De certo, em algumas hipóteses, o remédio jurídico do caso poderia encontrar-se no regime dos arts. 437.º a 439.º do C.Civ. A verdade, porém, é que tal solução, para além de deixar de fora situações merecedoras de tutela, tem ainda a desvantagem da complexidade do seu regime e da dificuldade prática da prova dos pressupostos de facto da sua aplicação.

A inserção da cláusula condicional no negócio afasta essas dificuldades, além de facultar uma via que, por ser convencional, se mostrará, em regra, mais ajustada à correcta composição dos interesses em jogo.

Para além disso, a condição é ainda um meio técnico de que uma das partes se pode servir para estimular um comportamento de outrem ou para tentar assegurar-se da verificação de um certo resultado. Assim acontece em condições como as de seguida referidas, a título exemplificativo.

Quando ***A*** faz uma doação a ***B***, «se este se licenciar em Direito», ***A*** está a criar a ***B*** um estímulo para certo comportamento tido por ***A*** como vantajoso para ***B***. Por outro lado, quando, num contrato de empreitada, se determine que o empreiteiro ***B*** receberá, a título de prémio, a quantia ***X***, se concluir a obra antes de certa data, o dono da obra, ***A***, procura, por essa via, assegurar-se de um resultado que considera desejável e lhe será benéfico.

Como se compreende, quando se verifica este tipo de relevância, o facto condicionante está, em geral, na dependência da vontade de uma das partes; por isso, há aqui uma *condição potestativa*.

561. Modalidades da condição

São muito diversas as modalidades que podem revestir os factos condicionantes e, bem assim, os modos por que esses factos se articulam com o conteúdo do negócio jurídico. Deste modo, um mesmo facto pode interferir no negócio com relevância diversa, por vezes em sentidos opostos, nomeadamente por serem múltiplos os fins que por via dele as partes podem realizar. Estes aspectos contribuem para que as condições se apresentem no negócio jurídico sob formas muito variadas, que correspondem a outras tantas modalidades que podem assumir.

Para dar um exemplo simples, o facto de uma das partes vir a contrair matrimónio tanto pode ser tomado, num negócio, para fazer desencadear os seus efeitos como para os fazer cessar.

Na mesma base que preside à distinção dessas modalidades, podem estabelecer-se classificações das condições. Trata-se de uma forma diferente de encarar a mesma realidade.

De seguida vai ser estabelecida a distinção entre condições suspensivas e resolutivas, idóneas e inidóneas, de momento certo e de momento incerto e potestativas, casuais e mistas, por se apresentarem como as de maior interesse do ponto de vista do seu regime e da sua aplicação prática[1].

Num plano diferente, e como meio de desenvolver a própria noção de condição, interessa esclarecer o conceito de *condição imprópria* e de verificar as formas que ela pode revestir. Esta não é uma verdadeira condição, pelo

[1] Sobre outras distinções: *perplexas* e *não perplexas* e *supervácuas*, cfr. Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 226-227. Adiante, a respeito do regime da verificação e não verificação da condição, será traçada a distinção entre *condições positivas* e *condições negativas*.

que as modalidades acima referidas só quanto às condições próprias fazem verdadeiro sentido; justifica-se, assim, abordar esta distinção em primeiro lugar.

Importa chamar desde já a atenção para o facto de as várias modalidades de condições não corresponderem a compartimentos estanques, antes serem sobreponíveis. Assim, por exemplo, uma condição impossível pode ser suspensiva ou resolutiva e o mesmo se pode dizer de uma condição potestativa, casual ou mista.

562. Condições próprias e condições impróprias

I. A condição diz-se *imprópria* quando nela não concorre algum dos requisitos que caracterizam a condição *proprio sensu*. Deste modo, a condição imprópria pode revestir tantas formas quantos os elementos do conceito de condição a que a sua impropriedade respeita.

Assim, elemento essencial do conceito da condição é o de ela consistir num facto futuro e incerto. Nesta base, condições impróprias são, desde logo, as que se reportem a um momento passado ou ao presente, em relação à celebração do negócio[1]. Do mesmo modo, é imprópria a *condição necessária*, por o facto condicionante ser certo, ainda que possa ser de momento incerto. O exemplo de escola é o da morte de uma pessoa tomada em si mesma e não em correlação com outro facto, caso que se situa no domínio de outra cláusula acessória do negócio – o termo – a seguir estudada. Em contraposição às condições necessárias estão as *impossíveis*, uma vez que também aqui não há incerteza – a sua não verificação é certa[2].

II. A condição, em sentido próprio, tem por fonte uma cláusula acessória do negócio. Assim, para haver verdadeira condição, ela há-de resultar de estipulação das partes. Acontece, porém, por vezes, ser a lei a condicionar os efeitos do negócio a um evento futuro e incerto. Dada a afinidade entre esta situação e a que se verifica na condição, fala-se, a este respeito, em *condição legal* ou *conditio iuris* [arts. 1716.º, 1760.º, n.º 1, *a*), 2317.º, al. *a*), do C.Civ.]. Em rigor, atendendo à sua fonte, também esta condição não é própria.

Uma modalidade de condição legal que a doutrina costuma destacar, nesta matéria, é a chamada *condição resolutiva tácita*. Nos seus termos, se, num contrato sinalagmático, uma das partes não cumprir, pode a outra resolvê-lo, fazendo assim cessar a sua eficácia (cfr. arts. 801.º, n.º 2, e 808.º, n.º 1, do

[1] Cfr. Castro Mendes, *Condição referida ao passado e ao presente*, SI, t. 25, 1976.

[2] Sobre a condição necessária, cfr. Castro Mendes, *Condição Necessária, impossível e indeterminável*, DJ, 1, 1984, págs. 59 e segs.

C.Civ.). Note-se que esta resolução não ocorre *ipso iure*: o contraente não faltoso tem apenas o direito potestativo de resolver o negócio.

563. Condições suspensivas e condições resolutivas

Uma das mais relevantes distinções entre as modalidades da condição atende à forma como ela interfere com a produção dos efeitos do negócio; nesta base, as condições repartem-se em *suspensivas* e *resolutivas.* A relevância da distinção manifesta-se no simples facto de a lei lhe fazer referência expressa na parte final do art. 270.º do C.Civ.

Usando a própria terminologia legal, a condição diz-se *suspensiva* quando a produção dos efeitos do negócio jurídico fica paralisada enquanto se não verificar o facto ou acontecimento condicionante. Exemplo de condição suspensiva é o da seguinte hipótese: ***A*** doa ***X*** a ***B***, se este for aprovado no exame. A doação é desde logo feita, mas os seus efeitos ficam suspensos, pois só se produzem se (e quando) ***B*** for aprovado no exame.

A condição é *resolutiva* quando a sua verificação tem como consequência a cessação dos efeitos do acto. Neste caso, portanto, celebrado o negócio condicionado, os seus efeitos produzem-se desde logo, mas, se o facto condicionante vier a ocorrer, esses efeitos são destruídos. E o que se verifica se vier a nascer um filho de ***A*** numa hipótese como a seguinte: ***A*** vende a ***B*** o prédio ***X***, ficando a venda sem efeito se ***A*** tiver um filho.

Esta classificação tem significativa importância prática e daí a necessidade de esclarecer qual a modalidade da condição aposta pelas partes, quando isso não resultar imediatamente da cláusula condicionante. O problema é de interpretação do negócio, já que o Código Civil não estabelece a este respeito um critério diferenciador, salvo em casos muito especiais (art. 2234.º do C.Civ.).

564. Condições idóneas e condições inidóneas

I. Sob estas designações genéricas, enquadram-se várias modalidades de condições em que os factos condicionantes se revestem de características particulares que apresentam manifesta conexão com a matéria do objecto negocial e os seus requisitos. Está agora em causa a distinção entre *condições lícitas* e *ilícitas* e *condições possíveis* e *impossíveis*. Estas modalidades da condição são também objecto de tratamento legal, ainda que a lei não as identifique em termos expressos, como a anterior. Deduzem-se, porém, dos n.os 1 e 2 do art. 271.º do C.Civ.

Convém ter presente que se trata de duas classificações autónomas; contudo, a afinidade do seu regime justifica que sejam analisadas em conjunto.

II. A *licitude* ou *ilicitude* da condição, contra o que estes qualificativos poderiam sugerir, não se afere em função da licitude ou ilicitude do facto condicionante em si mesmo, mas atendendo à sua relevância no conjunto do conteúdo do negócio com cujos efeitos ele interfere. Atende-se nesta matéria à intenção das partes e ao fim visado com o negócio; só a partir destes elementos a licitude ou ilicitude da condição se pode apurar.

Facilmente se compreende, na verdade, que a condição «se matares» é lícita como condição resolutiva de uma doação e ilícita se nesse negócio actuar como condição suspensiva. No primeiro caso, ela funciona como elemento dissuasor da prática de um crime[1], enquanto no segundo surge como um estímulo à sua prática. Dito por outras palavras, o que está em causa é a contrariedade à lei da condição, apurada em função da eficácia do negócio, e não do facto condicionante.

Do mesmo modo, *ilícita* é a condição cuja inclusão num negócio jurídico torna este contrário à lei, embora o facto condicionante seja em si mesmo lícito. É o caso típico das chamadas *condições restritivas da liberdade*: de casar ou não casar, de adoptar ou não adoptar certa profissão, etc. Serve para ilustrar esta afirmação o regime dos arts. 2332.º e 2333.º do C.Civ.[2]

À semelhança do que ocorre em matéria do objecto negocial, são ilícitas, não só as condições contrárias à *lei (ilicitude imediata)*, mas ainda as que envolvam ofensa da ordem pública ou contrariem os bons costumes *(ilicitude mediata)*. Este entendimento funda-se na letra expressa do art. 271.º, n.º 1, do C.Civ.

III. Noutra base, à avaliação da idoneidade ou inidoneidade da condição interessa ainda a circunstância de a condição ser *possível* ou *impossível*.

À impossibilidade da condição aplicam-se também, *mutatis mutandis*, as considerações feitas, em matéria correspondente, sobre o objecto negocial, o que dispensa mais desenvolvimentos. Nomeadamente, cabe aqui distinguir entre *impossibilidade física e impossibilidade legal*.

IV. O ponto mais relevante do regime da condição ilícita e da condição impossível respeita às consequências que advêm, para o negócio, da aposição de uma cláusula condicional sofrendo de tais vícios.

---

[1] Cumpre, porém, ressalvar a possibilidade de essa condição ser ilícita, mas por ofensa dos bons costumes, se a abstenção da prática do acto ilícito for reprovável, quando seja apenas determinada pela ideia de obter uma vantagem.

[2] As considerações feitas no texto só valem se a condição visar a limitação da liberdade, em si mesma, mas não se for outra a intenção das partes, como mostra o n.º 2 do art. 2233.º Cfr., neste sentido, C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 567-568.

Há, neste campo, que distinguir entre o regime do comum dos negócios, que se contém no art. 271.º, já citado, e o das liberalidades (doação e testamento), estatuído nos arts. 967.º e 2230.º do C.Civ., respectivamente.

No regime geral releva, em alguma medida, o facto de se estar perante uma condição ilícita ou uma condição impossível, embora a cláusula negocial que a estatui seja, em qualquer dos casos, nula (art. 271.º, n.os 1 e 2). Diferente é já, porém, o modo como essa nulidade se projecta no regime do negócio, considerado no seu todo.

Assim, sendo a *condição ilícita*, a sua nulidade arrasta a de todo o negócio; se a condição é *impossível*, tem de se atender à sua modalidade. Quando a condição impossível é suspensiva, a sua nulidade afecta também todo o negócio; de modo diverso, a nulidade da condição resolutiva impossível só afecta a própria cláusula. A lei traduz este regime dizendo que a condição «se tem por não escrita», havendo, pois, um caso de *redução legal* do negócio.

A condição ilícita ou impossível tem um regime especial no testamento e na doação, segundo se dispõe no art. 2230.º do C.Civ., aplicável à doação por remissão do art. 967.º Nestes negócios, o valor negativo da condição ilícita ou impossível, em si mesma, é ainda a nulidade; mas, do ponto de vista do negócio, verifica-se a sua *redução legal*, ou seja, a condição é destruída (tem-se como não escrita), mas o negócio mantém-se, incondicionado. Este regime pode, porém, ser afastado pela vontade do doador ou do testador, pois lhe é permitido estabelecer a nulidade total, se a condição for impossível (art. 2230.º, n.º 1). Este último ponto do regime não se aplica à condição ilícita (n.º 2 do mesmo preceito)[1].

565. Condições de momento certo e condições de momento incerto

Para bem se atingir o alcance da distinção em epígrafe, importa ter presente o elemento do conceito de condição segundo o qual o facto condicionante deve ser *incerto quanto à sua verificação*. Mas pode existir tal incerteza e, contudo, o facto, a verificar-se, ocorrer em momento certo. Daí, ser legítimo falar em *condições de momento certo* e em *condições de momento incerto*, como se mostra no seguinte exemplo:

A doa ***X*** a ***B***, «quando ***B*** fizer 18 anos». O facto condicionante é de verificação incerta, pois verificar-se-á ou não, consoante ***B*** venha a atingir essa idade ou morra antes. Contudo, o momento da verificação da condição – se ocorrer – é certo, pois se sabe o dia em que ***B*** atingirá essa idade.

[1] Sobre a justificação da diferença de regime destas modalidades de condições, nos negócios gratuitos, *vd*. C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 569-571.

Esta modalidade de condição designa-se correntemente pela expressão latina *dies*[1] *incertus an certus quando*.

O facto condicionante pode, porém, ser duplamente incerto, quanto à sua verificação e quanto ao momento da sua verificação. É o que acontece na hipótese de ***A*** vender certa coisa a ***B*****,** «se ***C*** vier a casar». O casamento de ***C*** é um facto que pode ou não ocorrer e, se acontecer, é incerto o momento da sua verificação. Também aqui existe uma fórmula latina que traduz esta modalidade de condição: *dies incertus an incertus quando*.

566. Condições potestativas, casuais e mistas

I. É diverso dos anteriores o critério que reparte as condições em *potestativas*, *casuais* e *mistas*. Atende-se agora, fundamentalmente, à natureza do facto condicionante, no sentido de, quanto à sua verificação, ser ou não relevante a vontade de uma das partes.

Assim, *condição potestativa* é aquela em que a verificação do facto condicionante depende da vontade de uma das partes. Será o caso de a eficácia de um contrato de doação ser condicionada à verificação de certo comportamento do donatário.

Se o facto condicionante depender de uma causa natural ou de acto de um terceiro, a condição diz-se *casual*. Será a hipótese de os efeitos de um contrato de doação estarem condicionados à sobrevivência do donatário a outra pessoa, no primeiro caso, ou ao pagamento de uma dívida de terceiro, no segundo.

Mas pode também acontecer que a verificação ou não verificação do facto condicionante dependa do concurso da vontade de uma das partes com um facto natural ou a vontade de terceiro. Existe, em tais casos, uma condição *mista*. Aqui o exemplo clássico é o da condição de uma das partes casar, uma vez que a verificação deste acto depende também da vontade de outrem.

II. Na condição potestativa, como antes referido, a vontade de que depende o facto condicionante pode ser a de qualquer dos contraentes. Consoante este seja o sujeito activo ou passivo da correspondente relação, assim a condição potestativa se diz *a parte creditoris* ou *a parte debitoris*.

III. Na condição potestativa, por estar em causa um facto que depende de um acto de vontade de uma das partes, a doutrina demarca uma situação

[1] Ainda que a palavra *dies (dia)* seja mais adequada para identificar o termo, ela usa-se também quanto à condição.

em que se configura como um puro querer ou em que ela respeita a um facto insignificante. Exemplo: «se quiser»; identifica-se, então, como *meramente* potestativa ou *arbitrária*[1].

A qualificação da condição potestativa como arbitrária envolve um problema de interpretação do negócio a que é aposta e deve atender ao seu tipo.

Assim, se num contrato de compra e venda ***A*** declarar «vendo ***X*** a ***B***» e este declarar «compro ***X***, se quiser», não se forma o contrato, como compra e venda, pois não há mútuo consenso. Todavia, a interpretação do negócio pode conduzir a mais de um resultado, podendo a declaração de ***A*** valer, como proposta negocial, as declarações de ***A*** e ***B*** como contrato promessa unilateral (art. 411.º do C.Civ.) ou, ainda, como pacto de opção.

Nos contratos bilaterais, invocando o disposto no art. 924.º, n.º 1, do C.Civ. (segundo modalidade de venda a contento), C. Mota Pinto afirmava que «a condição potestativa nunca será verdadeiramente arbitrária, pois o contraente cujo acto funciona como evento condicionante terá ou não direito à contraprestação consoante a sua atitude»[2], estando pois em causa o interesse sério de receber ou não a prestação.

[1] Cfr. Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 347-348; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 565-566; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 610-612.

[2] Ob. cit., pág. 566.

DIVISÃO II
REGIME DA CONDIÇÃO

567. Aponibilidade da condição

I. O primeiro ponto relevante do regime da condição respeita à determinação dos negócios a que ela é aponível. Já se deixa ver, em face do princípio da autonomia privada, que a grande regra é aqui a da admissibilidade da inclusão de condições na generalidade dos actos negociais. Ainda assim, a lei, por vezes, consagra explicitamente essa possibilidade[1], embora isso, em rigor, fosse desnecessário.

A regra da livre aponibilidade da condição sofre, porém, alguns desvios, havendo negócios que não podem ser celebrados sob condição. São os chamados *negócios incondicionáveis*.

II. Entre os negócios deste tipo avultam, no Código Civil, a declaração de compensação (art. 848.º, n.º 2), o casamento (art. 1618.º, n.º 1), a perfilhação (art. 1852.º, n.º 1), a aceitação e o repúdio da herança ou do legado (respectivamente, arts. 2054.º, n.º 1, 2064.º, n.º 1, e 2249.º) e a aceitação da testamentaria (art. 2323.º, n.º 2).

Nestes casos, a inaponibilidade da condição resulta de norma legal expressa; outros negócios há, porém, em que regime análogo é imposto pela natureza do acto, como acontece na adopção[2], ou pela necessidade de certeza quanto ao regime do negócio, que a aposição da cláusula condicional poria em causa. Neste último caso, compreendem-se «os negócios unilaterais, resultantes do exercício de um direito potestativo que atinge a esfera de outrem com uma eficácia não vantajosa (p. ex., a resolução, a revogação, o resgate, o despedimento)»[3].

---

[1] Cfr. vários casos *apud* Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 237 e nota (564).

[2] Cfr. Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 237, nota (564), *in fine*, e C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 563-564.

[3] C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, pág. 564.

III. Quais as consequências, para o seu valor, se for aposta uma condição a um negócio incondicionável?

O problema só tem interesse, como é manifesto, quando o legislador não estabeleça ele mesmo o correspondente regime; verificam-se exemplos desta intervenção do legislador na compensação (art. 848.º, n.º 2) e no casamento (art. 1618.º, n.º 2). Na falta de estatuição expressa, a doutrina dominante considera que é de aplicar, por analogia, o regime do art. 271.º do C.Civ. para as condições ilícitas ou impossíveis. Assim, o negócio é nulo[1]. É esta a solução que deve ser perfilhada.

568. Relevância da condição na eficácia do negócio

Ao fixar a relevância da aposição de uma condição a um negócio jurídico, há dois aspectos que interessa mencionar.

De um certo ponto de vista, a *condição* é uma cláusula acessória, pelo que pressupõe sempre, como é fácil ver, a existência de *certo* negócio. Se numa doação se estipula que ***A*** doa o prédio ***X*** a ***B***, se este casar, a doação já está feita e, salvo se a condição for viciada, é válida.

Deste modo, a condição projecta-se sempre, e só, sobre a eficácia do negócio, por dela depender, quer o início da produção dos efeitos, quer a sua cessação. Assim, para dar o exemplo mais fácil de apreender neste momento, o negócio sujeito a condição suspensiva é válido, mas ineficaz, pois os seus efeitos não se produzem até a condição se verificar. O facto de, uma vez verificada a condição, se darem os efeitos como produzidos *ab initio*, não altera a realidade das coisas, pois existe aqui uma *ficção legal*, porquanto *de facto* essa produção de efeitos não se deu nesses termos.

Uma situação equivalente, mas de sinal contrário, configura-se no negócio sob condição resolutiva. Assim, neste caso, os efeitos produzem-se desde o momento da sua celebração, mas cessam com a verificação da condição. Como a grande regra, neste domínio, é a de, então, os efeitos serem destruídos *ab initio*, também se verifica uma ficção legal, ou seja, uma situação jurídica não coincidente com a realidade.

Cabe também dizer que a ineficácia do negócio, por efeito do regime da condição, não é plena. Algumas consequências com relevância jurídica se verificam, desde a sua celebração, impostas, nomeadamente, pela necessidade da tutela de terceiros.

---

[1] Cfr. Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 237; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, pág. 564, invocando ainda este A. o disposto no art. 294.º do C.Civ.; e Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 349, ressalvando, todavia, regimes especiais.

O desenvolvimento deste quadro geral faz-se a partir dos vários momentos do regime da condição de seguida identificados.

569. Efeitos da aposição da condição: generalidades

Os efeitos da aposição de uma condição ao negócio jurídico variam em função da sua modalidade. Para além disso, há que levar em conta outros aspectos estreitamente ligados ao próprio facto condicionante[1].

No negócio condicional, estando em causa, por definição, um facto futuro, há uma primeira fase que decorre entre o momento da sua celebração e o da verificação ou não verificação da condição. É o que se designa por *pendência da condição*.

Por outro lado, como o facto condicionante é de verificação incerta, outra fase da *vida* do negócio é dominada pela incerteza de ela vir ou não a ocorrer. Aspecto relevante do regime do negócio condicionado é, por isso, o relativo à cessação dessa incerteza, ou seja, o da determinação do momento em que a condição se deve ter por verificada ou não verificada.

Finalmente, estão em causa, quanto ao regime do negócio, os efeitos decorrentes da verificação ou da não verificação da condição.

Sendo estes momentos da vigência do negócio condicionado os determinantes da sua eficácia, em função deles vai ser ordenado o seu regime de efeitos. Quando for caso disso, atender-se-á, em cada um desses momentos, à modalidade que ela reveste, como suspensiva ou resolutiva.

570. Pendência da condição

I. A *pendência da condição* tem um significado diferente consoante ela seja suspensiva ou resolutiva, pois no primeiro caso os efeitos do negócio não se produzem imediatamente após a sua celebração, ao contrário do que se verifica no segundo.

De qualquer modo, os problemas levantados pela pendência da condição podem reconduzir-se, em qualquer das hipóteses, a três questões típicas e comuns a ambas as modalidades: exercício do direito e cumprimento da obrigação condicionais; actos conservatórios do direito; e actos de disposição do direito.

---

[1] Sobre esta matéria, *vd*. I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 270 e segs.; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 236 e segs.; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 572 e segs.; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 349 e segs.; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 721 e segs.; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 612-614.

II. Pelo que respeita ao *exercício de direitos* e ao *cumprimento de obrigações* emergentes de negócios sujeitos a condição, esbate-se a importância de esta ser suspensiva ou resolutiva. Em qualquer dos casos, aquele a quem cabe o direito ou está vinculado à obrigação deve agir de acordo com os princípios da boa fé e por forma a não comprometer o direito da outra parte. Trata-se, pois, de fixar um regime que, a verificar-se ou não a condição, assegure a integridade do direito condicionado, independentemente do contraente a que ele venha a caber. É este o regime contido no art. 272.º do C.Civ.

Assim, se ***A*** adquiriu a ***B***, sob condição suspensiva, o prédio ***X***, não pode ***B***, por exemplo, na pendência da condição, arrancar o pomar que nele existe, constituir servidões sobre o prédio, etc.

III. Outro problema importante no regime do negócio condicionado respeita às medidas de conservação do direito durante o período de pendência da condição. A questão põe-se, na condição suspensiva, relativamente a quem adquire o direito, e, na condição resolutiva, em relação a quem o aliena. Com efeito, cada uma dessas pessoas encontra-se, nos casos correspondentes, numa situação precária, cuja concretização depende da verificação ou não verificação da condição.

Assim, no caso do adquirente sob condição suspensiva, ele só se torna definitivo titular do direito se a condição se verificar, e não o adquire no caso contrário. Por seu lado, o alienante sob condição resolutiva retoma o seu direito se a condição se verificar e perde-o em definitivo se ela se não verificar.

Em qualquer dos casos, a questão consiste, no fundo, em saber se ao adquirente (na condição suspensiva) e ao alienante (na resolutiva) deve ou não ser permitida a prática de actos conservatórios do respectivo direito, na pendência da condição. O art. 273.º do C.Civ. responde afirmativamente a esta questão, atribuindo a aludida faculdade a qualquer das partes.

Com base neste regime, a situação jurídica do titular do direito sob condição suspensiva corresponde a uma *expectativa jurídica*, como a seu tempo melhor se verá[1].

IV. Problema análogo ao acabado de referir levanta-se quanto à prática de actos de disposição do direito, no negócio condicional. Também nesta matéria o Código Civil fornece o critério da solução, no art. 274.º.

Do n.º 1 deste preceito deduz-se que, na pendência da condição, é lícita a prática de actos de disposição dos bens ou direitos que são objecto do negócio condicional. Entretanto, tais actos, como estatui de seguida a lei,

[1] Cfr., *infra*, n.º 687.

entendem-se sujeitos à eficácia ou ineficácia do próprio negócio. Significa este regime, por outras palavras, que o acto dispositivo é considerado, *ope legis*, como, de igual modo, condicionado; *há aqui uma condição legal*. Só assim não será se existir expressa estipulação das partes em sentido contrário, como se diz na parte final do n.º 1 deste art. 274.º.

O regime dos actos dispositivos da coisa ou direito objecto do negócio condicional é, porém, mais complexo, como se alcança, sem dificuldade, se se atentar detidamente no problema.

A título de exemplo, para mais fácil esclarecimento, suponha-se que ***A*** adquire a ***B***, por compra e venda, sob condição suspensiva, o prédio ***X***. Em seguida, e na pendência da condição, ***A*** vende essa mesma coisa a ***C***. Por aplicação do regime do art. 274.º, n.º 1, e não havendo estipulação em contrário, o acto dispositivo de ***A*** para ***C*** fica sujeito à eficácia ou ineficácia da primeira compra e venda, isto é, à verificação ou não da condição suspensiva. Admitindo que a condição se não verifica, ***A*** não vem a adquirir a propriedade de ***X***.

Se, entretanto, este prédio havia já passado para a posse de ***A*** e, em seguida, para a de ***C***, há que restituí-lo a ***B***, seu verdadeiro proprietário. Ora, pode acontecer que ***C*** haja, por exemplo, feito benfeitorias no prédio; *quid iuris* em tal caso?

O n.º 2 do art. 274.º do C.Civ. trata o adquirente do direito condicional como possuidor de boa fé, e, nesta base, manda aplicar o regime dos arts. 1269.º e seguintes do mesmo diploma legal. Assim, se o adquirente ***C*** houver, por exemplo, feito benfeitorias voluptuárias, tem o direito de as levantar, desde que o possa fazer sem detrimento da coisa (art. 1275.º, n.º 1, do C.Civ.).

571. Verificação e não verificação da condição

I. A verificação da condição consiste naturalmente, e em termos gerais, na produção do facto futuro e incerto de que os efeitos do negócio ficaram dependentes. Quando tal não aconteça a condição não se verifica.

Há, porém, que esclarecer esta ideia, confrontando-a com o regime de duas modalidades distintas de condições, que correntemente se designam por *positivas* e *negativas*.

II. A *condição positiva* é aquela em que o facto condicionante consiste numa alteração da situação existente num certo momento, que pode ser ou não o da celebração do negócio. Neste caso, aplica-se, de pleno, a ideia acima expressa. Assim, se a condição for «se chover no dia tal», a sua verificação consiste em chover nesse dia.

Mas a condição pode implicar a manutenção dum estado de coisas – e diz-se *negativa*. Assim sucede no exemplo seguinte: «se ***A*** continuar solteiro à data da morte de ***B***». Em tal caso, a verificação da condição consiste em, à data da morte de ***B***, não se haver alterado o estado civil de ***A***, quanto ao casamento, continuando este solteiro.

Estas duas modalidades de condição interferem também com o regime da sua não verificação. Assim, *na condição positiva*, a não verificação da condição consiste em não ocorrer o facto futuro e incerto, ou seja, em se manter o *status quo* existente em certo momento. No exemplo acima dado, a condição não se verifica se não chover no dia determinado. Pelo contrário, *na condição negativa*, a não verificação da condição traduz-se na alteração do estado de coisas previsto. Aplicando esta ideia ao segundo exemplo dado, a não verificação da condição consiste em ***A*** casar antes da morte de ***B***.

III. Se se tomarem em conta estas particularidades decorrentes da modalidade que a condição reveste, a sua verificação ou não verificação não levanta dificuldades quanto à definição do respectivo conceito. Mas já na aplicação prática dos mesmos se poderão suscitar dúvidas, como se passa a expor.

Em qualquer dos exemplos atrás apresentados configurou-se uma condição em que se estabelece um momento determinado (embora certo ou incerto) em função do qual se apura a sua verificação. No primeiro caso, esse momento é o «dia tal» e no segundo a «morte de ***B***». Não se torna difícil, em hipóteses deste tipo, saber se (e quando) há verificação ou não verificação da condição. No primeiro exemplo, é no *dia fixado* que essa circunstância se apura; no segundo a não verificação ocorrerá logo que ***A*** case, em vida de ***B***, e a sua verificação fixar-se-á com a morte de ***B***, mantendo-se ***A*** solteiro.

As coisas passam-se, porém, de modo menos nítido, quando se está perante uma condição de dia incerto, se o facto condicionante for positivo. Considere-se a seguinte condição: «dou-te ***X***, se me sair a *sorte grande*». Não sendo fixado qualquer limite, quando se deve ter a condição como verificada ou não verificada?

Procurando resolver este problema, o n.º 1 do art. 275.º do C.Civ. estatui que a condição se tem como não verificada quando haja a certeza de não se poder verificar. Se, por exemplo, no caso acima configurado, aquela modalidade de lotaria fosse abolida por lei, tornava-se certo que o doador já não podia ser beneficiado pela *sorte grande* e a condição tinha-se como não verificada.

IV. Outro problema, porém, pode ainda surgir neste campo. Como antes exposto, a condição pode consistir num facto humano ou estar dependente

da vontade humana. Como decidir então se, para tirar partido dos efeitos do negócio, consoante os casos, alguém impedir ou provocar a verificação da condição?

Resolvendo esta questão, estabelece o n.º 2 do citado art. 275.º o seguinte importante regime: «se a verificação da condição for impedida, contra as regras da boa fé, por aquele a quem prejudica, tem-se por verificada; se for provocada, nos mesmos termos, por aquele a quem aproveita, considera-se como não verificada».

Tendo presente este regime, há a distinguir várias situações, que se ilustram com dois exemplos:

Doação de ***A*** a ***B***, sob a condição suspensiva de ***B*** estar desempregado ao iniciar os seus estudos superiores.

B, que seria beneficiado pela verificação da condição, faz com que esta se verifique, recusando, sem fundamento atendível, um emprego vantajoso. Como ***B*** agiu contra os ditames da boa fé, a estatuição da segunda parte do preceito em análise leva aqui a ter-se por não verificada a condição.

Doação de ***A*** a ***B***, sob a condição resolutiva de ***C*** sobreviver a ***B***. Neste caso, ***B*** tira partido da não verificação da condição e, para tanto, provoca-a, matando ***C***. Nos termos da parte final daquele preceito, a conduta de ***B*** viola os princípios da boa fé; a condição considera-se como verificada.

Em qualquer das situações descritas, como sanção para a má fé de ***B***, por ficção legal, dá-se como verificado *juridicamente* um facto de sinal contrário àquele que *materialmente* se, produziu. No primeiro caso, *de facto*, a condição verificou-se, mas, *de iure*, não; no segundo caso, ocorre uma solução inversa.

572. Efeitos da verificação e da não verificação da condição

I. A determinação dos efeitos da verificação ou não verificação da condição impõe, mais uma vez, a necessidade de levar em conta se ela é suspensiva ou resolutiva. Em seguida, como é evidente, esses efeitos são também diferentes, consoante houver ou não verificação.

Na *condição suspensiva*, se esta se verificar, os efeitos do negócio, que haviam ficado suspensos, desencadeiam-se, ou seja, produzem-se ou passam a produzir-se normalmente. Se a condição suspensiva se não verificar, o negócio não chega a ter eficácia, desaparecendo mesmo aqueles efeitos já produzidos na pendência da condição.

Na *condição resolutiva*, a sua verificação faz cessar os efeitos do negócio, determinando a sua resolução. Se a condição resolutiva se não verificar, os efeitos *precários* que o negócio vinha a produzir tornam-se definitivos ou firmes.

II. Há, porém, um aspecto comum ao regime dos efeitos da condição, seja ela suspensiva ou resolutiva. A verificação ou não verificação da condição tem, em princípio, *eficácia retroactiva*. Isto significa que os correspondentes efeitos se têm como produzidos desde a celebração do negócio e que a resolução deste opera nos mesmos termos. É o regime que se contém no art. 276.º do C.Civ. Ele comporta, contudo, vários desvios.

Assim, o próprio art. 276.º admite a estipulação de outra solução, dependente, portanto, da vontade das partes; mas também regime diferente pode resultar da natureza do negócio condicionado. Quando se verifique algum destes casos particulares, é em função dessa vontade ou dessa natureza que se determina o momento em que os efeitos começam a produzir-se ou cessam.

Por outro lado, a eficácia retroactiva da condição não prejudica os actos de administração ordinária praticados *pendente conditione* (art. 277.º, n.º 2) e o possuidor não deixa de ser considerado de boa fé, para efeito de aquisição de frutos (n.º 3 do mesmo preceito).

Finalmente, para os contratos de execução continuada, no caso da condição resolutiva, o n.º 1 do art. 277.º estatui um regime que segue o da resolução dos negócios desse tipo (art. 434.º, n.º 2, do C.Civ.). Também aqui há uma limitação da eficácia retroactiva.

SECÇÃO II
O Termo

573. Noção

I. Diz-se *termo o facto futuro mas certo de que as partes fazem depender o início ou a cessação dos efeitos do negócio jurídico*. Ajusta-se esta noção ao disposto no art. 278.º do C.Civ.[1]

Tal como acontece quanto à condição, a palavra *termo* é também usada para designar a cláusula acidental através da qual se dá relevância, na eficácia do negócio, à verificação de certo facto futuro.

Sendo o termo, enquanto facto, futuro mas certo, vem ele a consistir, como se diz no referido preceito do Código Civil, na fixação de um certo momento em função do qual se inicia ou cessa a produção dos efeitos do negócio jurídico. A fixação desse momento pode fazer-se, substancialmente, por duas formas: pela indicação de um dia certo de calendário, ou pela indicação de um certo período de tempo. Assim, existe termo quando se estipula que os efeitos negociais começam a produzir-se no «dia 1 de Julho de 2011»; mas também existe quando a estipulação consista em dizer que os efeitos de certo negócio terminam «dentro de 20 dias» a contar, por exemplo, da sua celebração.

O período de tempo que, no termo certo, decorre entre o momento da celebração negócio jurídico e aquele em que os seus efeitos se iniciam ou terminam chama-se *prazo*[2].

II. Um problema específico do termo, e de grande relevância prática, em especial quando ele reveste a segunda modalidade acima referida, é o da sua

---

[1] Sobre a matéria do termo, *vd.*, em geral, I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 274 e segs.; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 242 e segs.; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 577 e segs.; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 356-358; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 728 e segs.; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 616-618.

[2] A palavra *prazo* é utilizada, correntemente, para designar qualquer período de tempo dentro do qual ou a partir do qual um direito deve ou pode ser exercido. Assim se fala em *prazo* de caducidade, de prescrição, de propositura de uma acção, etc.

contagem ou cômputo. Na verdade, não levanta dúvidas a cláusula que fixa o dia 1 de Julho de 2011 para início da produção dos efeitos do negócio. Mas o mesmo já não sucede quando o termo seja de «20 dias a contar da data do negócio jurídico». Quando começa a contar-se tal termo? E qual o seu último dia?

Pode suceder que a lei ou a convenção das partes resolvam o problema, estabelecendo o modo de contagem do termo; frequentemente existe, porém, omissão a tal respeito. Por outro lado, acontece, ainda, que nos negócios jurídicos se utilizam, na fixação do termo, expressões correntes cujo conteúdo diverge do seu significado literal: por exemplo, *dentro de 8 dias*, ou *daqui a 15 dias*.

Procurando resolver estes problemas, estabeleceu o legislador, no art. 279.º do C.Civ., uma série de importantes regras práticas de contagem do tempo, que adiante serão analisadas a respeito do regime do facto jurídico *stricto sensu* que é o decurso do tempo[1].

III. Não custa compreender a importância do termo na economia de um negócio jurídico. Frequentemente, releva para as partes a fixação antecipada do regime a que se há-de submeter a regulamentação dos seus interesses; ora, o termo permite realizar tal desiderato, estabelecendo, justamente, que certos efeitos jurídicos só começam a produzir-se no momento em que o interesse das partes o exige, mas estando assegurada, desde logo, a sua produção, mediante a celebração do correspondente negócio.

De igual modo, é corrente, na vida económico-social, as pessoas não quererem vincular-se por tempo ilimitado, pretendendo antes não prolongar a produção dos efeitos dos negócios que celebram para além de certo momento. Ainda aqui o termo permite ir ao encontro dessas exigências da vida prática.

574. Modalidades do termo

I. Embora com menos relevo do que na condição, algumas modalidades de termo se podem identificar e, na mesma base, estabelecer classificações a elas correspondentes.

Seguindo esquema análogo ao da condição, vão ser referidas as mais significativas, começando por esclarecer o conceito de termo impróprio.

II. Na distinção entre *termo próprio* e *termo impróprio*, vale critério equivalente ao que preside à repartição das condições em próprias e impróprias.

[1] Cfr., *infra*, n.º 707.

São, porém, mais limitados os exemplos de termo impróprio relevante, dada a natureza do instituto.

O *termo é impróprio* quando nele não concorre algum dos elementos do correspondente conceito. O caso típico é o de o termo resultar, não da vontade das partes, mas de disposição legal – *termo legal*.

III. Outra distinção, mais relevante, separa o *termo inicial* do *termo final*.

O critério desta classificação coincide com o da homóloga que, nas condições, as reparte em suspensiva e resolutiva. É, porém, preferível falar-se aqui em *termo inicial* e *final,* em vez de *termo suspensivo* e *resolutivo*, dado o regime de efeitos da sua verificação.

No termo inicial – também designado, numa fórmula tradicional, por *dies a quo* –, os efeitos do negócio só começam a produzir-se depois de verificado o facto futuro, mas certo, de que dependem.

Contrariamente, o termo final faz cessar a produção dos efeitos do negócio. Em correspondência com o termo inicial, também no termo final se usa, correntemente, uma designação latina: *dies ad quem*.

IV. A distinção entre *termo certo* e *termo incerto* apura-se na base do seguinte critério.

Como já ficou dito, o termo consiste sempre num facto certo, quanto à sua verificação. Por assim ser, o critério desta classificação atende, naturalmente, não à verificação do facto, mas ao *momento da sua verificação*.

Daqui decorre, portanto, que o *termo é certo – dies certus an certus quando* – sempre que, além de haver a certeza da verificação do facto, se sabe antecipadamente o momento da sua verificação. São exemplos desta modalidade: «os efeitos do negócio começam a produzir-se no dia 1 de Julho de 2011», ou «dentro de oito dias a contar da data deste contrato».

Há *termo incerto – dies certus an incertus quando* – sempre que é desconhecido o momento da sua verificação, embora esta seja certa. Exemplo que imediatamente ocorre, sendo clássico, é o da morte de certa pessoa.

Conjugando esta classificação com a homóloga da condição, pode-se traçar o seguinte quadro de crescente incerteza quanto à produção dos efeitos do negócio: termo certo ou *dies certus an certus quando*; termo incerto ou *dies certus an incertus quando*; condição certa ou *dies incertus an certus quando*; e condição incerta ou *dies incertus an incertus quando*.

V. A distinção entre *termo essencial* e *termo não essencial* assenta no tipo de efeitos decorrentes do preenchimento do prazo de realização de uma prestação.

Assim, há casos em que, decorrido o prazo estabelecido para o cumprimento da obrigação, sem a correspondente prestação se mostrar realizada,

o não cumprimento é equiparado à impossibilidade da prestação (arts. 801.º e seguintes do C.Civ.). Neste caso o termo diz-se *essencial*[1].

Mas, por vezes, o não cumprimento não tem esse efeito, pois apenas constitui o devedor em mora, com o consequente dever de indemnizar o credor, sem a prestação ficar impossibilitada. Neste caso o termo é *não essencial*. A mora do devedor dá, porém, ao credor o direito de fixar ao devedor um *termo essencial* para o cumprimento da prestação (art. 808.º do C.Civ.)[2].

A essencialidade do termo pode resultar da vontade das partes *(termo próprio)*, ou da natureza do negócio ou da própria lei *(termo impróprio)*.

575. Aponibilidade do termo

I. A proximidade que se verifica entre vários pontos do regime do termo e da condição, além de justificar a remissão contida no art. 278.º, explica também que, na aponibilidade do termo, não haja diferenças sensíveis a anotar em relação a quanto ficou exposto sobre problema homólogo na condição.

Para além de, como na condição, a regra geral ser a da livre aponibilidade do termo aos negócios jurídicos, verifica-se ainda, em princípio, coincidência entre os negócios incondicionáveis e os que não podem ser celebrados a termo. Assim acontece, no Código Civil, quanto à perfilhação (art. 1852.º, n.º 1), ao casamento (art. 1618.º, n.º 2), à aceitação ou repúdio da herança e do legado (arts. 2054.º, n.º 1, 2064.º, n.º 1 e 2249.º).

Isto não significa que não existam divergências de regime, dando-se o caso de o negócio não poder ser celebrado a termo, mas admitir cláusula condicional, como acontece em matéria de aquisição do direito de propriedade (art. 1307.º do C.Civ.); ou de o negócio poder ser celebrado a termo, mas não sob condição, como acontece, a título de exemplo, na nomeação de herdeiro ou legatário. Com efeito, a instituição de herdeiro pode ser sujeita a condição (art. 2229.º do C.Civ.); mas, sendo a sua instituição a termo, inicial ou final, a cláusula tem-se, em geral, por não escrita (art. 2243.º, n.º 2, do C.Civ.). Quanto ao legatário, podendo a nomeação ser feita sob condição, só a sujeição a termo inicial é admitida, mas com regime especial (arts. 2229.º e 2243.º, n.º 1, do C.Civ.).

II. Quanto às consequências da aposição de termo em negócios que não o admitam, vale, em geral, o regime exposto para problema paralelo na condição.

---

[1] Como assinalava Castro Mendes, não há aqui, em rigor, uma cláusula acessória do negócio (*Teoria Geral*, vol. II, pág. 246).

[2] Sobre esta matéria, *vd.*, por todos, Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, págs. 1037 e segs.

Para o caso especial da aquisição da propriedade, quando não seja admitido o termo, como é a regra (art. 1307.º, n.º 2, do C.Civ.), defendiam Pires de Lima e Antunes Varela, que o negócio é nulo, mas convertível, nos termos gerais do art. 293.º do C.Civ[1], noutro direito real, como o usufruto. Em geral, como já defendido noutro local[2], merece apoio o entendimento que admite a *conversão comum* do negócio.

576. Regime do termo

I. Seguindo critério análogo ao utilizado na condição, na análise dos efeitos do termo serão considerados vários momentos a autonomizar entre a celebração do negócio e a verificação do facto futuro. Já se vê, porém, que sendo o termo um facto certo, não se põe o problema da sua verificação ou não verificação.

Há, pois, que considerar apenas dois momentos: a *pendência do termo* e a sua *verificação*[3].

II. Por *pendência do termo* significa-se a situação que ocorre entre o momento da celebração do negócio e o da verificação do facto futuro e certo, em que o termo consiste.

Nesta matéria, o art. 278.º do C.Civ. manda aplicar ao termo, *mutatis mutandis*, o regime estatuído nos arts. 272.º e 273.º para a condição.

Deste modo, vale, na matéria em análise, com as adaptações requeridas pela sua particular natureza, o que oportunamente foi dito sobre a condição quanto ao comportamento do adquirente ou alienante, relativamente à salvaguarda da integridade do direito da outra parte.

Semelhante situação se verifica quanto ao regime dos actos conservatórios, contido no art. 273.º, e à sua admissibilidade na pendência do termo.

O regime é menos claro quanto à prática de actos dispositivos, uma vez que na remissão do art. 278.º não se inclui o art. 274.º, que rege nesta matéria quanto à condição. Todavia, deve entender-se que tal não significa que na *pendência* do termo não seja lícito praticar actos dispositivos, por parte do adquirente, no termo inicial, ou por parte do alienante, no termo final. Acontece apenas que o regime do art. 274.º não é adequado ao termo e daí a sua não inclusão na remissão do art. 278.º Naturalmente, como impõe a

[1] *Código Civil Anotado*, vol. III, 2.ª ed. rev. e act., c/col. de M. Henrique Mesquita, Coimbra Editora, 1984, pág. 105.

[2] *A Conversão*, págs. 851-854.

[3] A fórmula *pendência do termo* é usada com a consciência de não ser muito rigorosa e apenas por ser sugestiva. A ideia de pendência supõe, na verdade, um estado de incerteza que no termo não existe. Neste sentido, se pronunciava I. Galvão Telles, *Manual*, pág. 277.

boa fé, a disposição do direito sujeito a termo tem de ser feita com ressalva da ineficácia inicial ou final do negócio, que a aposição do termo gera[1].

III. O regime de efeitos da verificação do termo é muito mais simples que o da condição. Esta é apenas uma consequência imediata da certeza da sua verificação. Não tem sentido falar aqui na não verificação do termo.

Os efeitos da verificação do termo variam, como bem se compreende, consoante ele seja inicial ou final. No primeiro caso, verificado o termo, desencadeiam-se os efeitos que dele dependiam; no segundo, os efeitos do negócio cessam, caducando o negócio. Assinale-se que esta caducidade não tem efeitos retroactivos, como o não tem a produção dos efeitos, no termo inicial[2].

Este entendimento não colhe a unanimidade da doutrina. Castro Mendes[3] e Oliveira Ascensão[4] admitem convenção no sentido da retroactividade. Menezes Cordeiro ressalva ainda a possibilidade de a retroactividade resultar das circunstâncias do negócio[5]. Não se vê, porém, que um regime de retroactividade seja adequado à certeza do termo.

[1] Sobre a admissibilidade de actos de disposição, *vd*. Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 357; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, pág. 730 (referindo também actos de administração); e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, pág. 618.

[2] *Vd.*, neste sentido, C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, pág. 577.

[3] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 247.

[4] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 357.

[5] *Tratado*, vol. I, T. I, pág. 730.

SECÇÃO III
O Modo

577. Noção[1]

I. Diz-se *modo*, ou *ónus*[2], *o encargo a que o autor de um negócio gratuito vincula o declaratário, em benefício do declarante, de terceiros ou até no próprio interesse do declaratário*[3]. É a noção que se deduz dos arts. 963.º e 2244.º do C.Civ.

O meio técnico de estipulação do modo, num certo negócio jurídico, é a *cláusula modal*.

O modo constitui, assim, o declaratário na obrigação de praticar certo acto em benefício do próprio declarante ou de outra pessoa que pode ser alheia ao negócio. São múltiplas as modalidades que o modo pode revestir, desde a obrigação de pagar dívidas do declarante, até mandar rezar missas, pagar uma pensão ao próprio declarante ou a terceiro, etc.

II. A obrigação modal há-de naturalmente ter objecto lícito e possível. A lei fixa expressamente as consequências da inidoneidade do objecto da obrigação modal. Pela conjugação dos arts. 967.º, 2246.º e 2230.º do C.Civ. vê-se que a falta de idoneidade do objecto (nas modalidades já conhecidas) gera nulidade do modo, mas não afecta o negócio jurídico, que passa assim a valer como negócio não modal *(vitiatur sed non vitiat)*. À semelhança do que se passa com a condição, há, porém, que distinguir se o modo é impossível, ou ilícito. No primeiro caso, o autor da liberalidade

---

[1] Sobre o modo, em geral, *vd*. I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 281 e segs.; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 248-250; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 583 e segs.; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 359 e segs.; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 733-734; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 619 e segs.; para maior desenvolvimento, *vd*. Antunes Varela, *Ensaio sobre o conceito de modo*, 1955; e M.ª do Rosário Ramalho, *Sobre a doação modal*, *in O Direito*, ano 122 (1990), págs. 673-744.

[2] É, porém, preferível usar *modo,* já que a palavra *ónus* assume em Direito significados muito diversos (*v.g., ónus reais, ónus de diligência, ónus jurídico*) e nalguns casos difíceis de fixar.

[3] Ao menos do ponto de vista do autor da liberalidade.

pode estipular a nulidade de todo o negócio; essa estipulação não é, porém, válida no segundo caso.

578. Aponibilidade do modo

Diferentemente do que ocorre na condição e no termo, o modo é um elemento de aplicação mais limitada, sendo específico dos negócios gratuitos.

O Código Civil refere-se expressamente ao modo nas doações (arts. 963.º e seguintes) e nas deixas testamentárias, na instituição de herdeiro, como na de legatário (art. 2244.º). Mas a sua aplicação pode ter lugar quanto a outros negócios em que haja atribuições patrimoniais gratuitas. Recorda-se aqui o regime dos encargos criados pelo acto de instituição de uma fundação (art. 191.º do C.Civ.).

579. Regime do modo

I. Como resulta da exposição anterior, o modo constitui o beneficiário da liberalidade na obrigação de cumprir certo encargo. Este é o seu efeito típico.

Interessa, porém, referir que esta obrigação tem como limite máximo do seu conteúdo o valor da própria liberalidade. Se o exceder, reduz-se ao valor desta, como expressamente resulta dos arts. 963.º, n.º 2, e 2276.º do C.Civ. Assim, se ***A*** doar € 10.000,00 a ***B***, com o encargo de este pagar a ***C*** uma pensão anual de € 2.000,00 durante dez anos, o donatário não está obrigado a pagar a pensão para além do valor da coisa doada.

II. O modo gera, para o beneficiário da liberalidade, uma vinculação a certo comportamento; por isso, já se vê que não tem sentido falar, neste caso, ao contrário do que sucede na condição ou no termo, da sua verificação ou não verificação, mas sim no seu *cumprimento* ou *não cumprimento*.

Que acontece, pois, se o beneficiário da liberalidade não cumprir o encargo? Que meios tem o credor do modo para exigir o seu cumprimento? Torna-se necessário distinguir dois aspectos nestas questões.

Assim, quanto à exigência do cumprimento do modo, em relação ao obrigado faltoso, diz o art. 965.º do C.Civ. que ela pode ser feita pelo doador, pelos seus herdeiros ou por quaisquer interessados. Por outro lado, o cumprimento pode ser exigido ao donatário ou aos seus herdeiros. Regime paralelo estatui o art. 2247.º para o modo, na deixa testamentária.

A falta de cumprimento do modo, quando definitiva, pode determinar a resolução da liberalidade. Importa aqui considerar separadamente os regimes da doação e do testamento, por razões relacionadas com o facto de o primeiro ser negócio *inter vivos* enquanto o segundo é *mortis causa*.

Na doação, a lei permite que no negócio *sub modo*, não sendo cumprido o encargo, se atribua ao doador ou aos seus herdeiros o direito de pedir a resolução da liberalidade (art. 966.º do C.Civ.).

Como bem se compreende, no testamento o direito de resolução não pode caber ao testador. Mas nem por isso deixa de haver a faculdade de o testador estipular que a atribuição patrimonial é resolúvel, se o modo não for cumprido. O direito de pedir a resolução cabe, então, a qualquer interessado, nos termos do n.º 1 do art. 2248.º do mesmo Código. Nas atribuições patrimoniais *mortis causa* o legislador vai, porém, mais longe, pois, para além das hipóteses em que há estipulação do *de cuius*, a resolução pode ser pedida desde que, como estabelece este preceito, do testamento resulte que a deixa não seria mantida se o encargo não fosse cumprido. Resolvida a deixa testamentária por falta de cumprimento do modo, ela passa a outro herdeiro. Prevenindo esta situação – mera consequência necessária do fenómeno sucessório –, estatui o n.º 2 do art. 2248.º que quem vier a beneficiar da resolução deve cumprir o encargo, «salvo se outra coisa resultar do testamento ou da natureza da disposição».

580. Distinção entre modo e condição

I. A destrinça entre a condição e o modo não é, em certos casos, muito nítida, na prática. Como é manifesto, o problema só se põe nos negócios gratuitos e só tem verdadeiro sentido quando a condição é potestativa *a parte creditoris*, ou seja, dependente da vontade do credor condicional. De facto, neste caso, à semelhança do modo, o comportamento de uma das partes vai ser determinante do regime de efeitos do negócio condicionado.

Considere-se o seguinte exemplo:

A doa € 10.000,00 a ***B***, se este pagar a ***C*** uma pensão, durante os seus estudos.

Se se abstrair da formulação condicional da frase, note-se que esta cláusula pode comportar-se, em relação ao negócio, como uma condição (suspensiva ou resolutiva) ou como um modo.

Posto assim o problema, torna-se claro que nele se debatem duas questões: uma prende-se com a demarcação entre o regime dos dois institutos (condição ou modo); outra com a determinação do tipo de cláusula estipulada pelas partes.

II. Quando se trata de estabelecer a distinção entre a condição e o modo, quanto ao seu regime, importa considerar separadamente as modalidades da condição suspensiva e resolutiva.

É frequente os autores recorrerem, nesta matéria, a fórmulas mnemónicas para sintetizar as diferenças. Assim, na distinção entre a condição suspensiva e o modo diz-se que *a condição suspende, mas não obriga, e o modo obriga, mas não suspende*. Isto significa que na condição suspensiva potestativa os efeitos do negócio só se produzem se o acto condicionante vier a ser praticado; mas o beneficiário da liberalidade (de cuja vontade esse acto depende) não está obrigado a praticá-lo. Pelo contrário, se a cláusula for modal, o beneficiário fica obrigado a cumprir o encargo, mas os efeitos do negócio produzem-se desde logo.

Se a condição for resolutiva (e é o caso mais significativo de proximidade entre os institutos), a diferença de regime entre a condição e o modo pode sintetizar-se numa fórmula de tipo equivalente à anterior: *a condição resolve, mas não obriga, enquanto o modo obriga, mas não resolve*. O alcance da distinção é o seguinte. Se há uma condição resolutiva, os efeitos do negócio produzem-se desde logo, mas o negócio resolve-se – *automaticamente, ipso facto* –, se o beneficiário não praticar o acto condicionante, a que, contudo, não está obrigado[1]. Pelo que respeita ao modo, ele obriga; mas se não for cumprida a obrigação, como atrás exposto, mesmo quando a resolução possa ter lugar, ela não opera automaticamente: *o não cumprimento apenas confere o direito potestativo à resolução*. E mesmo que esta se verifique, não tem eficácia retroactiva, ao contrário do que é regra na condição resolutiva.

III. Estas diferenças de regime revelam a importância da segunda questão acima levantada, relativa à caracterização da cláusula como condição ou modo, quando isso não resulte claramente do negócio. Já se vê que o problema é de interpretação negocial, como assinalavam I. Galvão Telles[2] e C. Mota Pinto[3], devendo aqui a averiguação do intérprete orientar-se no sentido de apurar se dos elementos disponíveis e atendíveis na interpretação resultam indicações que permitam relacionar a vontade das partes com os pontos de regime em que se centra a delimitação entre estas duas figuras.

Situando o problema nesta sede, Oliveira Ascensão formula o seguinte critério, a que não atribui, porém, carácter exaustivo[4], e que Menezes Cordeiro acolhe[5]. Se a intenção primária do autor da liberalidade for a de beneficiar

[1] Apenas se pode aqui falar no *ónus jurídico* de praticar esse acto.
[2] *Manual*, pág. 284.
[3] *Teoria Geral*, pág. 585.
[4] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 363.
[5] *Tratado*, vol. I, T. I, pág. 734.

o destinatário e só em segundo plano visar atingir outro objectivo, que tem, pois, carácter secundário, há estipulação de um modo.

Não merece reparo admitir este entendimento, dirigido à busca da vontade das partes e, consequentemente, à determinação do sentido do negócio.

Quid iuris, porém, se a interpretação do negócio não for conclusiva e a dúvida subsistir?

Verificada tal situação, a solução a adoptar é a de recorrer ao art. 237.º do C.Civ. que fornece critérios para ultrapassar as dúvidas na determinação do sentido da declaração negocial. Nos negócios gratuitos – que são aqueles em que a questão se põe –, manda este preceito atender ao sentido que seja «menos gravoso para o disponente». A aplicação deste critério leva a considerar o acto como sujeito a condição, por o negócio condicionado ter menor consistência jurídica que o modal.

C. Mota Pinto[1] defendia opinião contrária com fundamento no princípio da conservação dos negócios; segundo esta regra, os negócios devem ser interpretados no sentido que leve à sua manutenção *(magis ut valeant quam ut pereant)*.

Considera-se duvidoso que esta regra, aplicada «latamente» por C. Mota Pinto, como reconhecia Manuel de Andrade, ao seguir igual solução, possa prevalecer sobre critério do art. 237.º[2] E expressa-se a dúvida só por se poder pôr em causa se o critério deste preceito se aplica directamente ao caso presente. Ainda assim, parece ser de admitir a sua aplicação por analogia.

[1] *Teoria Geral*, pág. 585.

[2] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 394. Note-se que Manuel de Andrade defendia a sua posição na vigência do Código de Seabra, mas tendo presente um regime de esclarecimento de dúvidas de interpretação do negócio jurídico, que se não afastava sensivelmente do actual; com efeito, o n.º 1 do art. 685.º do C.Civ.67 estatuía que, recaindo a dúvida da interpretação «sobre acessórios do contrato», se observaria o seguinte: «se o contrato for gratuito, resolver-se-á a dúvida pela menor transmissão de direitos e interesses».

SECÇÃO IV

Outros Elementos Acidentais do Negócio Jurídico

581. A cláusula penal[1]

I. A *cláusula penal é a estipulação através da qual as partes fixam, num negócio jurídico, uma pena convencional.*

Diz-se *pena convencional* a indemnização estipulada pelas partes, num negócio jurídico, e que o credor pode exigir ao devedor quando este não cumpra aquilo a que se obrigou ou não cumpra atempadamente.

A cláusula penal é, pois, um elemento acidental que tem nos negócios obrigacionais o seu campo de aplicação por excelência. A sua estipulação visa proteger o interesse do credor, não só por funcionar como um meio de determinar o devedor a cumprir, mas por, em princípio, eliminar o litígio quanto ao valor dos danos a indemnizar.

É corrente falarem os autores em cláusula penal e não em pena convencional, chegando Castro Mendes a considerar imprópria esta expressão[2]. Parece, porém, acertado manter a separação entre pena convencional, que identifica a indemnização em si mesma, e cláusula penal, que é o meio através da qual as partes a estipulam. O primitivo texto do Código Civil usava indistintamente as duas expressões, mas após a revisão operada, nesta matéria, pelo Decreto-Lei n.º 200-C/80, de 24 de Junho, passou a dizer-se apenas *cláusula penal*.

O Código Civil estabelece o regime geral da cláusula penal nos arts. 810.º e seguintes, ao tratar da «fixação contratual dos direitos do credor». Esta matéria foi objecto de duas alterações, estando neste momento em vigor a introduzida pelo Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de Junho[3].

---

[1] Sobre esta matéria, *vd.*, Vaz Serra, *Pena convencional, in* BMJ, n.º 67, págs. 185 e segs.; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 589 e segs., c/referências; e Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 737-739; para maior desenvolvimento, A. Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, Coimbra, 1990.

[2] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 250.

[3] Antes, o regime da cláusula penal, no Código Civil, havia sido alterado pelo já referido Dec.-Lei n.º 200-C/80, de 24/Jun.

II. A cláusula penal pode revestir duas modalidades, como se vê do n.º 1 do art. 811.º, consoante respeite ao valor da indemnização devida por falta de cumprimento da obrigação principal ou ao valor da indemnização, havendo não cumprimento pontual. A relevância da diferença reside no seguinte aspecto. No primeiro caso, como a indemnização fixada respeita a danos resultantes do não cumprimento da «obrigação principal», não se pode cumular o pedido de cumprimento dessa obrigação com o pedido de pagamento da cláusula penal (art. 811.º, n.º 1). Assim, se ***A*** e ***B*** convencionam, no contrato em que ***B*** se obriga a pintar um retrato de ***A***, que, se aquele não o fizer, pagará a quantia ***X*** como cláusula penal, ***A*** não poderá exigir a pena estipulada e o cumprimento da obrigação.

Mas há casos em que a cláusula penal visa fixar o valor da indemnização devida, se não houver cumprimento pontual. Então já se pode cumular o pedido de cumprimento da obrigação com o pedido de pagamento da cláusula penal. É este o alcance do n.º 1 do art. 811.º, quando ressalva o caso de a cláusula penal ter «sido estabelecida para o não cumprimento pontual da obrigação».

Exemplo é o de, num contrato de empreitada, se estabelecer, como cláusula penal, uma multa de ***X*** euros, por cada dia de atraso na conclusão dos trabalhos; o dono da obra, além de poder pedir que a obra seja feita, tem o direito de exigir o pagamento do montante correspondente ao produto do número de dias de atraso pelo valor da multa. Este regime não pode ser afastado por convenção das partes, como expressamente se diz no n.º 1 do art. 811.º, *in fine*, tendo assim este preceito carácter imperativo.

III. A cláusula penal é uma das modalidades de cláusula sobre responsabilidade admitidas pela lei portuguesa, sendo, por isso, e pelo seu normal campo de aplicação, objecto de estudo em Direito das Obrigações[1].

582. A cláusula de equidade

A al. *c*) do art. 4.º do C.Civ. reconhece a convenção das partes como uma das fontes de relevância da *equidade* na ordem jurídica portuguesa.

É, pois, lícito incluir no negócio jurídico uma cláusula através da qual as partes aceitam a subordinação da decisão dos pleitos que dele possam emergir, não a critérios de direito estrito *(ex iure stricto)*, mas de equidade. Atribui-se, pois, por esta via ao juiz o poder de julgar *ex aequo et bono*, ou seja, de acordo com as circunstâncias específicas do caso e sem ter de se

[1] Para uma aproximação a esta modalidade de cláusulas, *vd*. C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 599 e segs., c/referências doutrinais e jurisprudenciais.

pautar necessariamente pela solução que, em abstracto, advenha da norma legislada.

As condições de que depende a licitude da estipulação da cláusula de equidade estão estabelecidas na al. *c*) do art. 4.º citado, por referência ao regime da cláusula compromissória, adiante referida.

583. Outras cláusulas acessórias

I. Passa agora a enumerar-se um conjunto de cláusulas acessórias do negócio jurídico, que mantêm alguma conexão com a matéria da *Teoria Geral,* mas cujo estudo cabe a outras disciplinas jurídicas.

Assim, o art. 41.º do C.Civ. permite que, nas relações jurídicas que estão em conexão com vários sistemas jurídicos, verificadas determinadas condições, as partes fixem aquele que há-de reger as matérias nesse preceito especificadas. Esta é questão do domínio do Direito Internacional Privado, sendo correntemente esta estipulação identificada como *cláusula de escolha da legislação*.

II. Ao tratar do domicílio, houve já oportunidade de analisar o regime do domicílio electivo, a que se refere o art. 84.º do C.Civ. A estipulação do *domicílio electivo* constitui também uma cláusula acessória do negócio jurídico.

III. Os tribunais têm a sua competência delimitada segundo diversos critérios que a lei processual indica. Assim, ao propor-se uma acção, não se pode, em regra, escolher arbitrariamente o tribunal em que ela vai ser apresentada, antes se deve recorrer ao que, segundo os critérios legais, tenha competência para julgar o diferendo que vai ser submetido a juízo.

Ora, em certos casos[1], a lei processual permite que as partes designem antecipadamente o tribunal judicial a que pretendem submeter os litígios que, porventura, venham a resultar de certo negócio jurídico (art. 100.º do C.P.Civ.); deste modo, se afasta o tribunal normalmente competente, em benefício do que as partes indicam. É o que se chama *pacto de aforamento*.

IV. É geralmente conhecido que existe uma complexa rede de tribunais, instituídos e organizados pelo Estado, que formam a chamada *organização judiciária*[2], e a que os interessados, em regra, se dirigem quando querem ver

[1] Nem todas as regras de competência interna podem ser afastadas pelo pacto de aforamento (arts. 99.º e 100.º do C.P.Civ.).

[2] Cfr., Lei nº 52/2008, de 28/Ago. (Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais), alterada pelos Decs.-Leis n.os 25/2009, de 26/Jan., e 28/2009, de 28/Jan.

(judicialmente) fixados direitos que não são voluntariamente reconhecidos ou satisfeitos.

Contudo, a lei processual permite aos interessados, em matérias não subtraídas à sua disponibilidade, afastar a jurisdição dos tribunais criados pelo Estado e constituir elas mesmas um tribunal *ad hoc*, para resolver certos litígios. Faz-se, então, recurso ao julgamento de certas pessoas, que corrente e tradicionalmente se designam por *árbitros*. E daí que se chame *tribunal arbitral* ao meio de judicatura assim criado.

Para tanto, devem as partes estipular nos seus negócios jurídicos a criação de um tribunal arbitral para resolver os diferendos que desse acto eventualmente venham a surgir. É o que se designa por convenção de arbitragem (art. 1.º da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto). Esta convenção pode ter por objecto um litígio actual, mesmo já afecto a um tribunal judicial, recebendo, então, a designação de *compromisso arbitral*; quando respeite a litígios eventuais, emergentes de determinada relação jurídica, diz-se *cláusula compromissória* (n.º 2 do mesmo preceito).

CAPÍTULO IV
DETERMINAÇÃO DO CONTEÚDO

SECÇÃO I
Interpretação do Negócio Jurídico

584. Colocação do problema

I. O conteúdo do negócio jurídico, enquanto conjunto de efeitos a que a vontade negocial se dirige, provém de estipulação das partes ou de normas jurídicas; envolve uma regulação autónoma de interesses privados, expressa através de *comandos* individuais e concretos dirigidos às partes, a quem atribuem certas faculdades ou impõem determinados comportamentos.

Esses *comandos* consubstanciam-se na declaração negocial cujo sentido tem, assim, de ser apurado, sendo esta operação imprescindível à determinação do conteúdo do negócio. E o que se designa por *interpretação*[1].

Perante este quadro, logo se manifesta a proximidade entre a *operação jurídica* que ficou descrita e a interpretação da lei. Há, porém, relevantes diferenças que resultarão mais claramente da exposição subsequente.

Importa deixar desde já assente que a interpretação do negócio nunca é dispensável. Significa isto que também no domínio do negócio jurídico, à semelhança da lei, não vale o velho brocardo *in claris non fit interpretatio*. Em rigor, antes da interpretação, não se sabe, sequer, se há declaração negocial e se esta é *clara*, isto é, se traduz de modo adequado o sentido vinculante do negócio.

---

[1] Sobre a interpretação do negócio jurídico, em geral, cfr. Cabral de Moncada, *Lições*, vol. I, págs. 340 e segs.; Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 305 e segs.; I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 443 e segs.; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 253 e segs.; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 441 e segs.; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 173 e segs.; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 741 e segs.; C. Ferreira de Almeida, *Texto e Enunciado*, vol. I, págs. 177 e segs.; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 545 e segs. Para maiores desenvolvimentos, *vd*. Ferrer Correia, *Erro e Interpretação na Teoria do Negócio Jurídico*, e E. Santos Júnior, *Sobre a Teoria da Interpretação dos Negócios Jurídicos*, AAFDL, 1988.

II. A interpretação negocial é uma operação intelectual que o Direito positivo sujeita a certas normas, que genericamente se podem dizer *interpretativas*, mas que, em rigor, actuam, na interpretação negocial, em planos diferentes.

Em certos casos, a lei fixa o sentido que, em regra com carácter supletivo, é atribuído a determinadas palavras ou expressões, quando integradas num negócio jurídico. Algumas dessas normas são privativas dos negócios jurídicos, como acontece com o art. 2263.º do C.Civ.; outras, revelando a proximidade existente entre a interpretação da lei e do negócio jurídico, valem indistintamente para ambas, como sejam as do do art. 279.º do C.Civ. (cfr. art. 296.º do mesmo Código).

As *normas de interpretação*, *proprio sensu*, são, porém, aquelas que estabelecem regras sobre a operação de interpretação, em si mesma, a que o intérprete deve obedecer no apuramento do sentido do negócio jurídico, como sejam o modo por que deve orientar essa tarefa, o fim ou objectivo a que esta se dirige e os elementos de que para o efeito se pode socorrer.

No Código Civil português identificam-se, neste domínio, normas aplicáveis à generalidade dos negócios jurídicos (arts. 236.º e 237.º) e outras privativas de certas modalidades de negócios. Estão neste caso o art. 238.º, quanto aos negócios formais, e o art. 2187.º, para o testamento. Há ainda que levar em conta as regras próprias da interpretação de contratos de adesão, celebrados com recurso a cláusulas contratuais gerais, e contidas nos arts. 10.º e 11.º da LCCG.

III. Da *interpretação*, segundo o entendimento tido como correcto, que corresponde à concepção clássica e dominante, consagrada, aliás, no Código Civil, deve manter-se distinta a *integração*.

Afasta-se assim certa doutrina que configura a integração ainda como uma operação de interpretação, identificando-a, nesta ordem de ideias, como *interpretação complementadora*[1]. Só em sentido amplo e impróprio a interpretação compreende as tarefas de integração do negócio.

Em rigor, o problema da integração só se coloca depois de determinado o conteúdo do negócio e se se verificar que ele não cobre, de modo integral, podendo fazê-lo, a regulação exigida pelo tratamento dos interesses a que as partes o dirigiram.

Por ser este o entendimento adaptado, vai manter-se separada a exposição dos regimes das operações de interpretação e de integração do negócio jurídico, tratando-as na sequência segundo a qual operam.

---

[1] Sobre a *interpretação complementadora*, *vd*. Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé*, vol. II, págs. 1063 e segs., e *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 771-772.

IV. Importa também estabelecer desde já as relações entre a *interpretação* e a *qualificação* do negócio jurídico.

A *qualificação* envolve, no essencial, a atribuição, ao negócio, de um *nomen iuris*. Preside a esta matéria um princípio fundamental, que foi já enunciado a respeito das figuras afins da simulação: a qualificação atribuída pelas partes, se não for a correspondente ao conteúdo do negócio, não releva, embora não prejudique também a sua validade. Traduz-se esta ideia numa fórmula clássica: *falsa demonstratio non nocet*[1].

As considerações anteriores permitem estabelecer as relações entre a interpretação e a qualificação. Aquela precede esta, pois só após a determinação do conteúdo do negócio se pode verificar se o *nomen iuris* atribuído pelas partes é adequado.

De algum modo, porém, a *qualificação* tem ainda sentido interpretativo, constituindo como que uma fase subsequente da interpretação.

V. A última palavra, em sede de interpretação negocial, isto é, sempre que as partes não se ponham de acordo quanto ao sentido vinculante do negócio, cabe ao juiz.

Neste plano, constitui relevante questão, para vários efeitos, nomeadamente quanto aos limites dos poderes de cognição do Supremo Tribunal de Justiça (cfr. arts. 721.º, 721.º-A, 722.º e 729.º do C.P.Civ.), saber se a interpretação do negócio jurídico envolve uma *questão de facto* ou uma *questão de direito*.

O problema resolve-se nos seguintes termos, no essencial coincidentes com o entendimento hoje corrente, nomeadamente na jurisprudência.

A questão é de direito quando esteja em causa a selecção, interpretação ou aplicação de normas sobre a interpretação. Consequentemente, só quanto a essa matéria é admissível, em sede de interpretação, recurso para o Supremo Tribunal de Justiça[2]. O apuramento da vontade das partes, em si mesma, envolve, em geral, uma questão de facto.

585. Noção e objecto da interpretação

I. A noção de interpretação não levanta, em si mesma, dificuldades especiais. Como é correntemente afirmado, interpretar, no sentido que interessa

[1] A qualificação atribuída pelas partes, mesmo *falsa*, pode, em si mesma, constituir um relevante elemento da determinação do sentido do negócio, *i.e.,* da sua interpretação. Cfr., sobre a qualificação, P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 565 e segs.

[2] Cfr., a este respeito, Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 176; para maior desenvolvimento, *vd*. Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 743 e segs., com relevantes referências doutrinais e jurisprudenciais.

ao jurista, consiste em determinar o sentido do conteúdo de um comando normativo, neste caso, do negócio jurídico. Segundo este entendimento, definia C. Mota Pinto, a interpretação como «a actividade dirigida a *fixar o sentido e alcance decisivo dos negócios*, segundo as respectivas declarações integradoras»[1].

As dificuldades neste campo só surgem quando se trata de determinar o objecto e o fim[2] da actividade intelectual de interpretação negocial e de determinar quais os elementos a que, para o efeito, o intérprete pode recorrer.

II. Pelo que respeita ao objecto e ao fim da interpretação, a questão pode configurar-se nos seguintes termos. Qual o sentido a que a actividade do intérprete se deve dirigir: o correspondente à vontade real do declarante ou o sentido objectivo da declaração? E a sua actividade interpretativa deve incidir sobre a vontade ou sobre o comportamento declarativo? Já se vê que uma *concepção voluntarista* ou *subjectivista* do negócio, defendida sobretudo pela doutrina do século xix e princípios do século xx, aponta imediatamente para as primeiras soluções, enquanto a segunda, defendida pela doutrina mais recente, é propugnada pelos *declarativistas* ou *objectivistas.*

Este diferendo doutrinal teve eco na doutrina portuguesa, situando-se claramente José Tavares no campo subjectivista quando definia interpretação como «a exacta determinação da intenção ou vontade das partes a respeito do objecto ou conteúdo do acto»[3].

A corrente objectivista subsequente teve em Ferrer Correia um dos seus primeiros defensores e veio a fazer sobretudo carreira sob a feição da chamada *teoria da impressão do destinatário*[4]. A esta tese corresponde a noção de I. Galvão Telles, ao afirmar que «*a declaração deve interpretar-se – objectivamente – como a interpretaria uma pessoa de qualidades médias, colocada na real situação em que se encontrar aquele a quem a declaração foi feita*»[5].

III. Como é fácil de entender, têm, em matéria de interpretação, um dos seus campos de eleição as várias doutrinas, a seu tempo expostas e analisadas, a respeito da relevância da vontade e da declaração na estrutura do negócio jurídico.

Tendo presente a posição então adoptada, logo se deixa ver que, *de iure condendo*, se dá preferência à solução de tipo voluntarista, na fórmula mitigada da teoria da responsabilidade. Naturalmente, esta posição deve ser

[1] *Teoria Geral*, pág. 441; o itálico é do texto.

[2] Sobre a distinção entre objecto e finalidade da interpretação, *vd*. C. Ferreira de Almeida, *Texto e Enunciado*, vol. I, págs. 195-197.

[3] *Noções Fundamentais*, vol. II, pág. 444.

[4] *Erro e Interpretação*, págs. 162 e segs.

[5] *Manual* (3.ª ed.), pág. 358 (em itálico no texto); na ed. actual, *vd*. págs. 444-445.

adaptada às especialidades próprias do instituto em análise, ainda que a este respeito se não levantem problemas de maior.

Fundamentalmente, assenta-se na ideia, segundo a qual a interpretação tem por *objecto* a declaração negocial, pois só esta pode ser atingida pelo intérprete e não a vontade em sentido psicológico. Contudo, quando a intenção real do declarante seja conhecida do declaratário, segundo ela deve valer o negócio.

Para além disso, sempre que através da declaração negocial se torne possível reconstituir a vontade do declarante, também segundo ela o negócio valerá. No fundo, em tal caso verifica-se que o sentido objectivo da declaração corresponde ao sentido querido pelo declarante.

Quando assim não aconteça, tem de se entender que, em rigor, o declarante não conseguiu traduzir, na declaração, a sua vontade real, deixando assim de observar o ónus, que lhe incumbe, de adequada declaração. Segundo a ideia que preside à concepção adoptada, o declarante *responde,* então, pelo sentido objectivo da declaração.

Não fica, porém, o problema da interpretação resolvido nesta base, porquanto se coloca então o de saber como se determina esse sentido objectivo.

A resposta facilmente se encontra na linha de pensamento que preside à posição adoptada quanto ao problema da relevância da vontade no negócio jurídico. Funciona, nesta sede, o ónus de adequado entendimento que recai sobre o declaratário[1], impondo o recurso ao critério do declaratário de normal diligência, que tivesse ao seu alcance todos os elementos relevantes, quando colocado na posição do verdadeiro declaratário.

Por esta via pode o sentido apurável segundo o critério de normal diligência do declaratário exceder aquele por que o declarante deva responder. A base voluntarista em que assenta a teoria da responsabilidade não consente este resultado, não podendo o sentido vinculante do negócio ir além do imputável ao declarante.

586. A solução de Direito positivo; regime geral

I. Cabe agora apurar se esta formulação doutrinal do problema tem cabimento no regime fixado pelo Direito positivo.

Vem ele estatuído, em sede geral, no art. 236.º do C.Civ., em termos que levam uma parte da doutrina portuguesa a ver neste preceito a consagração da teoria da impressão do declaratário, orientação objectivista, correspondente à teoria da confiança, no campo da interpretação[2].

---

[1] Assinalando este ónus, I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 445.

[2] Neste sentido, *vd*. I. Galvão Telles, *Manual*, nota (406), pág. 446, e C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 444-446. Cfr. Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 759 e segs., quanto à necessidade

Não é este o melhor entendimento do preceito em análise[1]. Para bem se alcançar o significado da posição de seguida defendida, e ao contrário do que correntemente se entende, tem de se dar verdadeiro realce, no conjunto das disposições do art. 236.º, ao seu n.º 2 e atender ainda ao significado da restrição constante da parte final do n.º 1.

Antes de desenvolver estes pontos, diga-se que o regime do art. 236.º está claramente voltado para os negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais, fazendo, contudo, também sentido, genericamente, para todos os que tiverem *destinatário*.

Em verdade, dele resulta a preocupação de tutela do *destinatário* (*l. s.*) da declaração, que não faz sentido quanto aos demais negócios. É lícito daqui retirar, como ilação, que nos negócios sem destinatário prevalece a vontade real do declarante, apurável pelos meios gerais admitidos em Direito[2].

II. Segundo o n.º 2 do art. 236.º, se o declaratário conhecer a vontade real do declarante, a declaração vale de acordo com ela. Ora, é sintomático – e a estatuição legal deixa isso bem claro – que, sendo a vontade real do declarante conhecida do declaratário, ela prevalece sempre sobre o sentido objectivo do negócio. O n.º 2 começa mesmo pelas palavras «sempre que».

Embora a lei não o estatua explicitamente, do regime exposto é legítimo deduzir, por maioria de razão, a prevalência da vontade real do declarante se existir, quanto a ela, acordo das partes[3].

Deste modo, só quando não se verifique qualquer das situações acima enumeradas, tem aplicação o n.º 1 do art. 236.º, que aponta para um sentido objectivo do negócio jurídico. Mas cabe ainda chamar a atenção para outro ponto, de resto já levado em conta, de algum modo, em sede de erro na declaração. O sentido objectivo do negócio pode ainda coincidir com a vontade real do declarante, se esta for reconhecível, segundo as suas circunstâncias concretas. Verifica-se, então, um *erro cognoscível*.

III. Fixado, assim, o campo de aplicação do n.º 1 do art. 236.º, importa apurar o regime nele estatuído, quando a ele haja de recorrer. Consagra este preceito uma solução conforme à teoria da impressão do destinatário, mas, ainda assim, com uma importante restrição, dominada

---

de temperar a autonomia privada com a tutela da confiança. *Vd.*, ainda, Mário de Brito, *Código Civil Anotado*, págs. 276 a 278.

[1] Embora por razões diferentes das apontadas no texto, Castro Mendes também não perfilhava o entendimento objectivista do art. 236.º (*Teoria Geral*, vol. II, pág. 254).

[2] Em sentido equivalente se pronuncia Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 183-184 e 186-190.

[3] Quanto a uma interpretação restritiva do n.º 2 do art. 236.º, *vd.*, Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 763-764.

pelos princípios que presidem à teoria da responsabilidade, tal como ficou configurada.

Impõe-se fazer a demonstração das razões que justificam estas duas afirmações.

Quanto à primeira, resulta da letra do preceito que nele se faz apelo à figura do *bonus pater familiae*, quando se determina que o negócio vale com o sentido que um *declaratário normal* atribuiria à declaração, se ocupasse o lugar do declaratário real. O legislador pretende, por este modo, significar que «releva o sentido que seria considerado por uma pessoa normalmente diligente, sagaz e experiente em face dos termos da declaração e de todas as circunstâncias situadas dentro do horizonte concreto do declaratário, isto é, em face daquilo que o concreto destinatário da declaração conhecia e daquilo até onde ele podia conhecer»[1].

Contudo, o sentido assim apurado não vale em definitivo, pois não pode ser atendido se o «declarante não puder razoavelmente contar com ele». Assim o diz a parte final do n.º 1 do art. 236.º Mesmo um objectivista, como C. Mota Pinto, não podia deixar de reconhecer que há aqui uma limitação à teoria da impressão do destinatário, embora a considerasse «de alcance muito escasso».

Mas não é assim. Esta parte do preceito, no qual Oliveira Ascensão vê um traço específico da «solução legal portuguesa»[2], constitui, no entendimento mais acertado, um dos seus pontos fulcrais. Ele não pode ser minimizado, não só por constituir um limite à atendibilidade do sentido objectivo da declaração, com a relevância de consagrar elementos de manifesto cariz voluntarista, mas ainda por constituir um importante factor no apuramento do verdadeiro alcance da regra interpretativa contida no n.º 1 do art. 236.º A restrição da parte final deste preceito mostra que não pode ser atendido qualquer sentido objectivo da declaração; é preciso que ele seja imputável ao declarante. Por outras palavras, torna-se necessário que o declarante, actuando com a diligência imposta pelo ónus de adequada declaração, devesse contar com a possibilidade de ao seu comportamento declarativo ser atribuído aquele sentido objectivo.

Esta solução, vista no seu conjunto, é muito mais próxima da doutrina da responsabilidade do que da teoria da impressão do destinatário. Na verdade, não descurando por certo a posição do declaratário, impõe-lhe um ónus de adequado entendimento, quando pauta o sentido objectivo por aquilo que um declaratário de normal diligência, sagacidade e experiência entenderia; mas, sobretudo, não lhe permite valer-se de um sentido objectivo não imputável ao declarante, com que este não pudesse «razoavelmente contar»[3].

---

[1] C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, pág. 444.

[2] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 187.

[3] Nesta medida se afasta a posição adoptada por Oliveira Ascensão (*Teoria Geral*, vol. II, págs. 187-188), pois, em determinadas circunstâncias, se o declaratário *puder conhecer* a vontade real do

587. Elementos da interpretação

I. O Código Civil vigente, não seguindo neste ponto o exemplo do Código de Seabra, não contém qualquer referência aos elementos de que o intérprete se pode socorrer na fixação do sentido da declaração negocial.

No plano geral em que a exposição se situa, e deixando assim de lado os regimes especiais adiante referidos, há uma distinção a fazer, consoante esteja em causa a demonstração da vontade real do declarante ou o sentido objectivo do negócio.

No primeiro caso, não havendo qualquer limitação da lei, é legítimo recorrer a quaisquer meios admitidos em Direito. No segundo, o art. 236.º, n.º 1, limita-se a uma indicação muito genérica, quando manda atender ao sentido perceptível por um declaratário normal, «colocado na posição do declaratário real». Só se poderá, consequentemente, recorrer aos elementos de que o declaratário normal poderia dispor. Mas será lícito recorrer a todos? A esse respeito a lei mantém também silêncio, sugerindo assim uma ampla liberdade de averiguação e de selecção dos elementos relevantes para apurar o sentido do negócio[1].

II. Sem prejuízo desta solução ampla, é ainda útil ter hoje presente o preceito do Código de Seabra relativo aos elementos da interpretação, ao menos pelo valor exemplificativo que lhe pode ser atribuído. Dispunha então o seu art. 684.º que era «nulo o contrato, sempre que dos seus termos, natureza e circunstâncias, ou do uso, costume ou lei, se não possa depreender qual fosse a intenção ou vontade dos contraentes sobre o objecto principal do mesmo contrato».

Surgem aqui os elementos essenciais da interpretação: a letra do negócio, as circunstâncias de tempo, lugar, e outras, que precederam a sua celebração ou foram contemporâneas desta, bem como as negociações respectivas; a finalidade prática visada pelas partes; o próprio tipo negocial; a lei e os usos e costumes por ela recebidos. Deve entender-se que a todos continua a ser possível recorrer, com a ressalva de esta enumeração não ter carácter limitativo, dado o princípio de liberdade acima identificado[2].

---

declarante, segundo o grau de exigência indicada no texto, aquela prevalece, já que mais não seja para afastar o sentido objectivo do negócio. Um entendimento diferente do preceito em causa é sustentado por Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 762-763.

[1] Neste sentido se orientava Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 255; também assim o entendia C. Mota Pinto, seguindo a Lição de Manuel de Andrade (*Teoria Geral*, págs. 446-447); para maiores desenvolvimentos, *vd*. E. Santos Júnior, *Sobre a Teoria da Interpretação*, págs. 186 e segs. Cfr., ainda, Rui de Alarcão, *Interpretação e Integração dos Negócios Jurídicos. Anteprojecto para o novo Código Civil*, *in* BMJ, n.º 84, págs. 333 e 334.

[2] Cfr. Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 313, nota (1); Rui de Alarcão, *Interpretação*, *in* BMJ, n.º 84, págs. 333 e 334. Na doutrina moderna, *vd*. Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 755 e 760-762.

Mas, para além de todos estes, é também relevante a posição assumida pelas partes na execução do negócio. Esta não pode, na verdade, deixar de, razoavelmente, corresponder ao que as partes entendem ser os direitos e as vinculações que para cada uma delas emergem do negócio.

588. A indeterminação do sentido do negócio

I. Findo o processo interpretativo, ele conduzirá, em regra, à determinação do sentido do negócio. Mas, poderá deixar de se alcançar tal resultado? E, havendo dúvidas, se estas forem insanáveis, qual a sua consequência relativamente ao valor do negócio?

Dois problemas distintos se contêm nas interrogações acima formuladas.

II. Um deles consiste em saber se é lícito concluir, no termo da interpretação, pela impossibilidade de apurar o sentido da declaração negocial. A resposta negativa traria, para o plano do negócio jurídico, a solução defendida na teoria da interpretação da lei, onde não se admite uma solução de *non liquet*. Não subsistem, porém, no negócio, as razões que estão na base de tal entendimento quanto à norma jurídica. Pelo contrário, as particularidades dos comandos que o integram justificam a adopção do entendimento oposto. Assim acontecerá, por exemplo, quando o sentido objectivo do negócio não puder ser imputado ao declarante, por força do disposto na parte final do n.º 1 do art. 236.º do C.Civ.[1]

De resto, é o próprio legislador a admitir a possibilidade de o resultado da interpretação ser duvidoso quanto ao sentido a atribuir à declaração, quando, no art. 237.º do C.Civ., estabelece critérios para resolver tal situação.

Segundo este preceito, em caso de dúvida sobre o sentido do negócio, cumpre distinguir consoante ele seja gratuito ou oneroso. No negócio oneroso, deverá aceitar-se o sentido que conduza ao maior equilíbrio das prestações. Se o contrato for gratuito, vale o sentido que traduza um resultado menos gravoso para o disponente[2].

III. A aplicação dos critérios do art. 237.º pode, porém, revelar-se insuficiente para afastar as dúvidas quanto ao sentido do negócio. Verifica-se, então, um caso de *indeterminação do conteúdo*.

Coloca-se, neste caso, o segundo dos problemas acima referidos, ou seja, o do valor do negócio jurídico cujo sentido seja indeterminável.

---

[1] Neste sentido, *vd*. C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 444-445, ainda que em termos dubitativos.

[2] Interessa confrontar este critério com o do art. 685.º do Código de Seabra.

O Código Civil de 1867 estatuía, para tais casos, no seu art. 684.º, antes citado, a nulidade do acto. Embora o novo Código Civil não se refira expressamente ao problema, igual solução decorre da conjugação dos seus arts. 224.º, n.º 3, e 280.º, n.º 1. Conclui-se, portanto, pela nulidade do negócio, quando seja impossível interpretá-lo. Neste sentido vai, de resto, o entendimento dominante na doutrina[1].

Mais radical é a solução de Oliveira Ascensão, que defende ser este um caso de inexistência, pois, «se não se consegue apurar um sentido juridicamente decisivo, não há declaração»[2]. Não parece, porém, que o caso preencha os requisitos da inexistência, tal como adiante é configurada. Em rigor, *há declaração* e, assim, uma *aparência de negócio*, como revela o facto de certo comportamento das partes suportar uma tarefa interpretativa, embora inconsequente. Deve sustentar-se, por isso, ser este um caso de nulidade.

589. Especialidades dos negócios formais

I. O regime geral de interpretação do negócio jurídico exposto nos números anteriores sofre alguns desvios no campo dos negócios formais, por força do disposto no art. 238.º do C.Civ.

A mais simples leitura do n.º 1 deste preceito torna patente o paralelismo entre o seu texto e o do n.º 2 do art. 9.º do C.Civ. relativo à interpretação da lei. Na verdade, há uma grande semelhança formal entre a frase «não tenha um mínimo de correspondência no texto do respectivo documento, ainda que imperfeitamente expressa», contida no primeiro preceito, e a redacção do n.º 2 do art. 9.º

Qual a razão da proximidade entre os critérios que presidem à interpretação dos negócios formais e da lei e, correspondentemente, das particularidades da interpretação dos negócios formais?

II. Já antes foi posto em realce o facto de o negócio conter em si comandos jurídicos, e a proximidade que, enquanto tal, mantém com a lei, em matéria de interpretação. Esta proximidade acentua-se no negócio formal, por ele revestir forma escrita, como é próprio da lei. O texto do documento que titula o negócio desempenha nele um papel equivalente ao da letra da lei, porquanto naquele se consubstancia a declaração e, através desta,

[1] *Vd*. Castro Mendes (*Teoria Geral*, vol. II, pág. 256); C. Mota Pinto (*Teoria Geral*, pág. 445); e E. Santos Júnior, *Sobre a Teoria da Interpretação*, pág. 202.

[2] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 189.

a vontade das partes. É por meio desse documento que o declaratário entra em contacto com a vontade do declarante[1].

Por outro lado, e como o revela, *a contrario,* o n.º 2 desse art. 238.º, sendo a forma legal um requisito de validade do negócio, mal se compreenderia que este pudesse valer com um sentido que não tivesse um mínimo de expressão no documento, nos termos exigidos pelo n.º 1 desse preceito. Este aspecto tem particular relevo quanto ao valor do negócio. Se a vontade do declarante não estiver manifestada em termos de se verificar aquele mínimo de correspondência, isso significa, substancialmente, que quanto a ela não foram respeitados os formalismos legais. Daí, dever entender-se que o negócio formal, a que se atribua um sentido sem um mínimo de correspondência no documento, é nulo por falta de forma[2].

Fica, deste modo, justificada a necessidade de um regime particular de interpretação do negócio formal. Trata-se, no fundo, de atribuir maior relevância à letra do negócio, expressa na forma escrita por ele revestida. Por isso mesmo, é exigido que o sentido apurado para o negócio, nos termos gerais atrás definidos, tenha um mínimo de correspondência no documento em que a declaração se contém, embora a expressão escrita desse sentido não seja correcta.

III. Assinala-se, assim, nos negócios formais, uma maior relevância dos elementos interpretativos de ordem objectiva, em detrimento do sentido correspondente à vontade real do declarante, ainda que conhecido do declaratário, ou cognoscível.

Este regime especial sofre, porém, uma importante restrição, como se passa a expor. Resulta, na verdade, do n.º 2 do art. 238.º que um sentido subjectivo, não traduzido minimamente no texto do documento, pode ainda ser atendido, se:

a) corresponder à vontade real das partes;

b) não valerem, no caso, quanto a ele, as razões determinantes da forma legal.

A compreensão do alcance destes requisitos, que são cumulativos, obtém-se pela sua correlação com o regime do âmbito e relevância da forma legal.

Trata-se, pois, de um sentido do negócio que não tem no documento a correspondência, em princípio, exigível. Todavia, acontece que esse sentido, apurado de acordo com as regras que presidem à interpretação negocial, tra-

[1] Sobre este ponto, *vd*. Ferrer Correia, *Erro e Interpretação*, pág. 310; Vaz Serra, anot. ac. do STJ, de 6/JUN./67, *in* RLJ, ano 101.º, págs. 74 e segs.; e Rui de Alarcão, *Interpretação e Integração*, *in* BMJ, n.º 84, pág. 338 e nota (21).

[2] C. Mota Pinto expressamente afirmava ser este um caso de nulidade do negócio (*Teoria Geral*, pág. 449), por razões coincidentes com as apontadas no texto. Isto significa que o Código Civil acolheu a solução antes defendida por Manuel de Andrade (*Teoria Geral*, vol. II, pág. 315).

duz a vontade real das partes. Se assim acontecer – e este é o primeiro requisito acima enumerado –, a lei admite que o negócio valha com tal sentido, se, para ele, não relevarem as razões determinantes da exigência da forma legal[1].

Está em causa o regime da determinação do âmbito da forma legal, atrás analisado, tornando-se necessário entender o n.º 2 do art. 238.º à luz do art. 221.º do C.Civ. Daqui decorre que têm de estar em causa estipulações não abrangidas pela exigência da forma legal. Aliás, este regime do n.º 2 do art. 238.º só vem confirmar a posição sustentada sobre o valor do negócio formal, quando não exista a correspondência referida.

590. Especialidades do testamento

I. Na interpretação do testamento, o Código Civil afasta-se do regime geral do art. 236.º e, em particular, do do art. 238.º, visto estar-se em presença de negócio formal; faz, assim, prevalecer uma solução de pendor mais subjectivista. Por outras palavras, dá mais relevo à vontade do testador.

Essa nota subjectivista resulta, desde logo, do n.º 1 do art. 2187.º, quando ele manda atender, na interpretação do testamento, ao sentido «que parecer mais ajustado com a vontade do testador». Na mesma ordem de ideias, o n.º 2 do mesmo preceito admite, no apuramento dessa vontade, o recurso a prova complementar[2].

Por outro lado, é menos restritiva a relevância dada ao elemento literal da interpretação. Assim, apenas se exige que a vontade apurada nos termos antes expostos tenha um mínimo de correspondência no «contexto» (e não no texto) do testamento.

II. Dominam o regime de interpretação do testamento, desde logo, razões relacionadas com o respeito pela vontade da pessoa falecida e com a circunstância de os seus efeitos não se projectarem no plano da circulação normal de bens.

Não é, também, indiferente a sua natureza de negócio unilateral não recipiendo, e, sobretudo, *mortis causa*. O regime de produção de efeitos inerente

---

[1] Oliveira Ascensão é mais exigente, pois entende dever ser *coincidente* a vontade real das partes [*Teoria Geral*, vol. II, nota (281), pág. 194]. Não se vê, todavia, razão para não prevalecer o sentido subjectivo, se este corresponder à vontade real do declarante e ocorrer a situação descrita no art. 236.º, n.º 2, do C.Civ.

[2] Está exposta esta matéria, com mais desenvolvimento, em *Lições de Direito das Sucessões*, págs. 532 e segs., e, em particular, em *Interpretação do testamento, in Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, 90 anos, Almedina, 2007, págs. 719 e segs.. Sobre este ponto, *vd.*, ainda, Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 316 e segs.; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 450 e segs.; e Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 194-195.

a esta última nota implica a impossibilidade da sua *repetição*, se for inválido, pois só no momento da morte do seu autor esta questão se coloca. Domina, por isso, um princípio favorável à sua validade e eficácia, quanto possível – o chamado *favor testamenti*.

591. Especialidades dos contratos de adesão

I. O diploma legal que aprovou o regime da formação do negócio segundo o modelo das cláusulas contratuais gerais estatui regras próprias para a sua interpretação[1].

A primeira questão que se podia levantar nesta matéria, uma vez que, estão em causa cláusulas predispostas e abertas à adesão dos interessados, na celebração de negócios jurídicos concretos, era a de saber se a sua interpretação se deve fazer em geral e em abstracto, ou em função do negócio concreto em que se incluam.

O art. 10.º da LCCG responde claramente a esta questão, adoptando o segundo dos critérios enunciados. É este o alcance da parte final do preceito, ao determinar que a interpretação deve ser feita «dentro do contexto de cada contrato singular em que se incluam» as cláusulas gerais.

II. O regime da interpretação dos negócios celebrados por recurso a cláusulas contratuais gerais não se esgota, porém, na questão acima analisada. Importa ainda saber se o legislador estabelece para eles um regime próprio ou se segue o geral. Também nesta matéria a lei dá resposta concreta nos arts. 10.º e 11.º, n.º 1.

Segundo o primeiro destes preceitos, segue-se, em princípio, o regime correspondente do Código Civil, ou seja, dada a natureza das cláusulas contratuais gerais, o dos negócios formais, com alguns desvios.

Como atrás ficou dito, o regime particular dos negócios formais, pelo seu maior cariz objectivo, não prescinde do critério do art. 236.º, n.º 1. A sua aplicação desprevenida aos negócios celebrados mediante a adesão a cláusulas contratuais gerais poderia levantar algumas dúvidas e, nomeadamente, pôr em causa o interesse do contraente que merece maior tutela.

Assim, o n.º 1 do art. 11.º, embora reportando-se no seu texto e na sua epígrafe a «cláusulas ambíguas»[2], vem expressamente esclarecer que se

---

[1] Cfr., a este respeito, Almeida Costa e Menezes Cordeiro, *Cláusulas Contratuais Gerais*, págs. 31-32; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 624-626; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 559-560.

[2] O que poderia parecer, numa leitura menos atenta, uma consagração do velho brocardo *in claris non fit interpretatio*.

deve atender à posição do aderente. Por isso, o n.º 1 do art. 11.º da LCCG limita-se a transpor, para este domínio, o critério que preside à teoria da impressão do destinatário, na determinação do sentido objectivo do negócio. Assim, atende-se ao sentido que seria atribuído por um aderente normal, ou seja, na letra da lei, «o contratante indeterminado normal», que se limitasse a subscrever ou a aceitar cláusulas contratuais gerais, «quando colocado na posição de aderente real».

No silêncio da lei, suscita-se a questão de saber se este sentido objectivo comporta uma limitação equivalente à da parte final do n.º 1 do art. 236.º do C.Civ., em benefício do proponente. A prevalência do interesse do aderente, que domina o regime das cláusulas contratuais gerais, nomeadamente em sede interpretativa, conduz, como solução mais ajustada, a resposta negativa a esta questão.

III. A última especialidade na interpretação dos contratos de adesão verifica-se no caso de a aplicação dos seus elementos não permitir atribuir um sentido definitivo ao negócio. Por força do n.º 2 do art. 11.º da LCCG, na dúvida, vale o sentido mais favorável ao aderente. Este critério prevalece, pois, sobre o do art. 237.º do C.Civ., sendo este, justamente, um dos pontos do regime das cláusulas contratuais gerais em que se manifesta a tutela do aderente.

SECÇÃO II

Integração do negócio jurídico

592. Noção de integração[1]

I. O problema da integração do negócio jurídico coloca-se nos seguintes termos. Finda a interpretação, pode verificar-se que as partes não incluíram no negócio jurídico, podendo fazê-lo, a regulamentação de certas questões que se relacionam, contudo, com a composição de interesses nele consubstanciada; em suma, à semelhança do que se verifica com a lei, há uma *lacuna* do negócio jurídico; usando a mesma analogia, pode dizer-se que a integração do negócio consiste no suprimento das suas lacunas.

Esta noção exige, porém, alguns esclarecimentos, pois pressupõe fixada a noção de lacuna do negócio jurídico. No fundo está aqui em causa a própria noção de integração.

Ultrapassado este ponto, a integração do negócio jurídico levanta ainda duas outras questões. Será lícito proceder à integração do negócio jurídico? E, sendo-o, em que termos deve ela fazer-se?

Analisa-se, de imediato, a primeira questão, reservando as outras duas para os números seguintes.

Em qualquer dos casos, à semelhança do que se passa com a interpretação negocial, também na integração há a considerar, para além do seu regime geral, as regras específicas dos vários negócios jurídicos e regimes especiais de certas categorias. Assim, refere-se, em primeiro lugar, o regime geral da integração do negócio jurídico; de seguida, serão expostas as particularidades dos negócios formais, dos testamentos e dos contratos de adesão.

---

[1] Sobre a matéria desta Secção, *vd*., I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 448-450; Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 321 e segs.; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 454-457; Rui de Alarcão, *Interpretação e Integração dos Negócios Jurídicos*, *in* BMJ, n.º 84, págs. 338 e segs.; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 180 e 196; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 769 e segs.; P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 547-549 e 560-564; e E. Santos Júnior, *Sobre a Teoria da Interpretação*, págs. 203 e segs.

II. Com base no princípio da autonomia privada, é lícito às partes regularem os seus interesses pela forma que entenderem mais conveniente, dentro de certos limites estabelecidos pela lei. Em princípio, no exercício da liberdade de auto-regulamentação, às partes cabe escolher os termos em que a pretendem usar.

Ora, na actuação dessa liberdade, podem elas adoptar, fundamentalmente, e em esquema, as seguintes posições:

a) esgotar o seu poder de auto-regulamentação, estipulando no negócio jurídico o mais completo regime jurídico permitido por lei e que se mostre adequado à ordenação dos interesses a que o negócio se reporta;

b) usar apenas parcialmente do seu poder, deixando por regulamentar matérias em que lhes seria lícito fazê-lo;

c) não praticar qualquer negócio jurídico.

Na hipótese da al. *a*), que, em rigor, será meramente académica, se as partes não excederem os limites da sua autonomia, na regulamentação dos interesses em causa, nada mais há a considerar; caso contrário, podem intervir normas imperativas ou injuntivas.

No caso da al. *b*), além desta categoria de normas, juntamente com as estipulações negociais, na regulamentação dos interesses privados interferem também as normas supletivas.

No da al. *c*), a regulamentação dos interesses dos particulares só pode resultar directamente da norma; mas, então, como antes se salientou, já não se está no domínio do negócio jurídico.

III. Estas considerações preliminares permitem esclarecer o sentido e o alcance da integração do negócio jurídico. Como facilmente se pode compreender, só no caso da al. *b*) há, em rigor, lacuna negocial e só então cabe recorrer à integração.

Com efeito, se se verificar a hipótese da al. *a*), o negócio contém todos os elementos que as partes nele podiam incluir; como tal, não tem lacunas e a intervenção da norma imperativa verifica-se em termos diferentes, já antes assinalados, quer mediante a eliminação da estipulação inválida ou de todo o negócio, quer mediante a substituição da cláusula inválida pelo conteúdo da norma imperativa.

Na situação da al. *b*), que constitui, sem dúvida, *id quod plerumque fit*, o negócio mostra-se incompleto e pode pôr-se, por consequência, o problema da sua integração.

593. Admissibilidade da integração

I. Verifica-se, por vezes, que as matérias não reguladas pelas partes exigem regulamentação por constituírem aspectos relevantes para a execução do negócio e a prossecução dos interesses neles envolvidos; em suma, por isso mesmo, interessam à adequada e completa ordenação do correspondente conflito de interesses.

Cabe perguntar se, verificada tal situação, é lícito ao intérprete, *maxime* ao juiz, a quem o problema seja posto, completar o regime jurídico que as partes deixaram incompleto, quando podiam ter regulado a matéria omissa.

Esta questão, em boa verdade, só releva num plano *de iure condendo*, já que *de iure condito* o art. 239.º do C.Civ. fornece para ela resposta afirmativa; coloca-se nos seguintes termos[1].

II. Sendo o negócio produto da vontade das partes, poderia argumentar-se que, quanto aos pontos omissos, não seria lícito impor-lhes a regulamentação proveniente doutra fonte. Daqui resultaria, em face da lacuna e da inviabilidade da sua integração, a nulidade do negócio[2], sempre que as estipulações nele contidas não definissem, no mínimo, um regime jurídico exequível. Seria, no fundo, um caso mais de indeterminação do conteúdo do negócio, que se situaria em sede da sua interpretação.

Não é difícil a crítica de entendimento tão formalista. Desde logo, e atendendo à prática forense e à técnica normalmente adoptada pelas partes, em sistemas jurídicos como o português, levado às suas últimas consequências, ele excluiria mesmo a aplicação das normas supletivas. Atendendo à função a que o legislador correntemente as destina, uma posição destas dificilmente seria sustentável, como assinalava Manuel de Andrade[3]. Por outro lado, a prática da vida mostra que as mais das vezes as partes deixam lacunas nos seus negócios, não por não quererem vincular-se quanto ao ponto omisso, mas pela simples razão de não o haverem previsto, ou de não se aperceberem do seu significado jurídico. Mas não é também de excluir a hipótese de as partes, conhecendo a solução supletiva da lei, a terem por conveniente e entenderem não ser necessária ou adequada a sua reprodução no negócio.

Deste modo, correntemente se admite, na doutrina, como na lei, a legitimidade da tarefa de integrar o negócio, «*pelo menos quando a regulação do ponto*

---

[1] Sobre este ponto, numa solução próxima da aqui defendida, mas com certas diferenças quanto ao papel das normas supletivas, *vd*. Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 770-771.

[2] Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 324.

[3] *Teoria Geral*, vol. II, págs. 322 e 323.

lacunoso for indispensável para se dar execução ao restante conteúdo das declarações negociais»[1].

III. Admitida a integração nesta base, logo se deixa ver que a tarefa integrativa tem limites. Estes são impostos pelo conteúdo e pelo contexto do negócio. «Não pode proceder-se na integração como se se estivesse a aplicar uma norma *estranha* ao contrato. Certos problemas, mesmo que seja evidente a prova da vontade hipotética das partes, a partir da finalidade e da conexão dos significados manifestados na regulamentação contratual, não podem ser equacionados e resolvidos em sede de integração negocial. Designadamente, não pode a integração conduzir a uma ampliação do objecto negocial, que foi pretendido pelas partes»[2].

594. Elementos da integração

I. O regime geral da integração do negócio jurídico contém-se no art. 239.º do C.Civ. Assim, se a lei não estabelecer regras particulares para certo negócio, segundo este preceito, e tendo em conta as considerações feitas no número anterior, os elementos da integração do negócio jurídico são:

a) as normas legais supletivas (integrativas e interpretativas);

b) os ditames da boa fé;

c) a vontade conjectural das partes[3].

II. A limitação do primeiro dos elementos da integração da lei às normas supletivas não colhe o consenso unânime da doutrina portuguesa. Assim, Castro Mendes referia também as normas imperativas, mas sem apresentar justificação que permita mais vasta apreciação da sua tese[4]. Pelo contrário, C. Mota Pinto[5] e Oliveira Ascensão[6] referem apenas as normas supletivas.

O papel das normas supletivas na integração do negócio jurídico resulta já da exposição anterior. Por outro lado, os elementos então recolhidos permitem excluir do campo da integração as normas imperativas, sem necessidade de mais desenvolvimentos.

---

[1] Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 324-325 (em itálico no texto). No mesmo sentido, Rui de Alarcão, *A Interpretação*, *in* BMJ, n.º 84, pág. 339. Cfr., em geral, os autores indicados na nota 1 da pág. 457.

[2] C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, pág. 457 (o itálico está no texto).

[3] Sobre a vontade conjectural e a boa fé, na integração do negócio jurídico, *vd.*, em especial, Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 772 e segs.

[4] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 256.

[5] *Teoria Geral*, pág. 455.

[6] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 196.

Para além das normas supletivas, o art. 239.º permite atender à vontade conjectural das partes, ou seja, ao que teriam querido, se houvessem previsto e regulado o ponto omisso. Está aqui em causa a vontade conjectural apurada, fundamentalmente, a partir do conteúdo concreto do negócio celebrado pelas partes. Exige-o a própria configuração do instituto: do que se trata é de preencher um vazio deixado pela regulamentação das partes; logo, está em causa o conteúdo do negócio tal como estas o fixaram.

Contudo, o regime integrador apurado por esta via cede quando ele não se mostre ajustado às imposições da boa fé. Valem, assim, os ditames da boa fé como elemento de integração do negócio. A integração passa então a fazer-se «de acordo com o que corresponde à justiça contratual (ao que as partes *devem querer agora* e não propriamente o que deveriam ter querido)»[1].

III. A indicação dos elementos de integração da lei foi feita segundo a ordem normal de precedência da sua aplicação na actividade integrativa do negócio. Isto significa que, sendo o negócio omisso quanto a certo ponto, se há-de recorrer, primariamente, à norma legal que supletivamente regula essa matéria. Na falta de tal norma, há que determinar o que as partes teriam querido se houvessem previsto o ponto omisso. Contudo, quando esta vontade se não harmonize com os ditames da boa fé, é de acordo com estes que a regulamentação do ponto omisso se deve fazer. Daí que se tenha dado prevalência aos ditames da boa fé sobre a vontade conjectural, na enumeração acima feita.

Saliente-se, porém, que, ao menos *de iure constituendo*, esta ordenação dos elementos integrativos não é isenta de dúvidas. Em especial, pode levantar-se a questão de saber se os ditames da boa fé não devem também sobrepor-se às normas supletivas e se estas não deverão ainda ceder, em certos casos, perante a vontade conjectural das partes.

Pelo que respeita à prevalência dos ditames da boa fé sobre as normas supletivas, ela justifica-se quando a aplicação destas, por virtude das particularidades do caso concreto, conduzir a resultados não ajustados ao que a boa fé imponha. Não se identificam razões que em tais casos se possam invocar, como argumentos sérios, para justificar a aplicação *formal* da norma supletiva[2].

Já quanto ao segundo ponto a solução deve ser no sentido de prevalecer a norma supletiva sobre a vontade conjectural das partes. Esta solução é ditada pelo que parece ser o melhor entendimento da própria natureza da norma supletiva. C. Mota Pinto admitia, porém, – e justificadamente – que

[1] C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, pág. 456 (os itálicos são do texto). *Vd*. também Rui de Alarcão, est. cit., *in* BMJ, n.º 84, págs. 340 e 341.

[2] Sobre o papel da boa fé na integração do negócio jurídico, *vd*. Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 777-779.

em certos casos se possa impor a prevalência da vontade conjectural sobre a norma supletiva, mediante recurso ao abuso do direito[1]. Segundo o regime próprio deste instituto está em causa a boa fé objectiva, mas também o fim económico e social que presidiu à emissão da norma supletiva.

595. Especialidades dos negócios formais

A razão que leva a abrir um momento de reflexão especial para o problema da integração dos negócios formais prende-se sobretudo com o da sua admissibilidade nesta categoria de negócios.

Como logo se deixa ver, é o papel particular reservado ao texto do negócio, consubstanciado em documento escrito, a fonte da dúvida. Em termos análogos aos expostos em sede de interpretação, trata-se sempre da satisfação da exigência da forma legal quanto ao elemento introduzido no conteúdo do negócio, por via integrativa, logo, do seu correspondente valor.

Duas razões devem, porém, conduzir à admissibilidade da integração dos negócios formais. Desde logo, como antes ficou demonstrado, em mais de uma sede, a forma legal não cobre necessariamente todo o conteúdo do negócio. Por isso, e desde logo, se o elemento em falta, a ter sido objecto de estipulação das partes, podia valer sem observância da forma legal, não se vê razão para o mesmo regime se não aplicar em sede integrativa.

Por outro lado, não há razão para não adoptar na integração do negócio a solução flexível estatuída na lei quanto à interpretação[2].

596. Especialidades do testamento

As dúvidas que já têm sido levantadas à integração do testamento não podem fundar-se no facto de ele ser um negócio formal, na justa medida em que acaba de ser sustentado que essa qualidade não é obstáculo à integração dessa categoria de negócios jurídicos, em geral.

Resta saber se outras razões se podem invocar no sentido de limitar o recurso à integração neste tipo de negócio.

O princípio do *favor negotii*, que tem no testamento uma importante manifestação, e a possibilidade, admitida pelo Direito positivo, de recurso a elementos complementares, na determinação da vontade real do testador, em sede de interpretação (art. 2187.º, n.º 2), abrem caminho à admissibilidade da integração do testamento. Nesta linha de pensamento deve ser entendido

[1] *Teoria Geral*, pág. 456.

[2] Neste sentido, *vd*. Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 199.

o art. 2185.º do C.Civ. quando permite que, por *qualquer modo*, para efeito da sua validade, se possa tornar certa pessoa a favor de quem se faz uma atribuição patrimonial, na deixa testamentária a pessoa incerta.

Esta solução sofre apenas as limitações que afinal são próprias da integração de qualquer negócio. Dito por outras palavras, só há lacuna quando esteja em causa, no contexto do testamento, a operacionalidade de alguma das atribuições patrimoniais nele contidas[1].

597. Especialidades dos contratos de adesão

Em termos de Direito constituído, a admissibilidade da integração dos contratos de adesão, celebrados por recurso a cláusulas contratuais gerais, está expressamente prevista no art. 10.º da LCCG[2].

Tal como em sede de interpretação, também aqui a questão se coloca no plano concreto dos contratos particulares em que as cláusulas se incluam.

Feito este esclarecimento, o aludido preceito faz apelo ao regime geral da integração dos negócios jurídicos, ou seja, ao art. 239.º do C.Civ.

Para além disso, à integração está ainda reservada uma tarefa especial, por efeito do regime particular da nulidade de cláusulas contratuais gerais proibidas, seja por violação do art. 8.º, seja por violação dos arts. 15.º e seguintes da LCCG. Regem nestas matérias, os arts. 9.º, n.º 1, e 13.º, n.º 2, respectivamente; a solução neles consagrada será exposta em sede de invalidade parcial. Em qualquer dos casos, quando o contrato se mantenha, apesar de nele se conterem cláusulas contratuais gerais nulas, valem, na parte afectada, as normas supletivas que seriam aplicáveis na falta das cláusulas inválidas. Fica, porém, ressalvado, por efeito, tanto do n.º 1 do art. 9.º como do n.º 2 do art. 13.º, o recurso às regras gerais da integração do negócio jurídico, para colmatar a lacuna criada pela eliminação da cláusula proibida.

[1] Cfr., com mais desenvolvimento, o exposto em *Lições de Direito das Sucessões*, págs. 542-543 e AA. aí cits.

[2] *Vd.*, sobre este ponto, Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 624-626.

SUBTÍTULO V
FUNÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

CAPÍTULO I
PRELIMINARES

598. Colocação do problema

I. A *função* do negócio jurídico, em vista da qual ele recebe o reconhecimento do Direito, é a de realizar a ordenação autónoma de interesses particulares. Por seu turno, essa *ordenação* alcança-se mediante a *produção* de alterações na ordem jurídica que têm justamente a sua fonte no negócio – os chamados *efeitos jurídicos*.

Como em momento anterior houve já oportunidade de assinalar, a função do negócio é tanto mais conseguida quanto os efeitos dele emergentes corresponderem ao seu conteúdo. São, porém, múltiplos os factores que podem perturbar a função do negócio, quer impedindo a produção dos efeitos jurídicos visados pelas partes, quer conduzindo à produção de efeitos não correspondentes aos do seu conteúdo.

Independentemente da modalidade que assuma, a perturbação da função do negócio tem causas e consequências diversas. Por vezes, não é admitida a sua própria subsistência na ordem jurídica, tendendo o negócio a ser eliminado, em termos de tudo se passar como se ele não tivesse existido. Noutros casos, é a verificação ou não verificação de certos eventos que interfere com a função negocial, sem que a subsistência do negócio esteja posta em causa.

A multiplicidade de factores que podem projectar-se na função do negócio e a variedade das consequências deles emergentes revestem esta matéria de particular complexidade e fazem com que surja como uma das questões menos clarificadas do seu regime.

II. A análise da função do negócio jurídico, como logo se deduz das observações anteriores, desdobra-se em dois aspectos diferentes, podendo um designar-se como *positivo* e outro como *negativo*.

No primeiro, estão em causa os efeitos negociais e o modo e regime da sua produção. Nesta perspectiva, porém, a questão ultrapassa em larga medida o âmbito de uma *teoria geral*, para se situar no plano específico de cada tipo negocial e, mesmo, em larga medida, no plano concreto de cada negócio. De qualquer modo, alguns pontos comuns se podem assinalar, não tanto pelo que respeita à produção de efeitos, mas sobretudo quanto ao regime da sua modificação e cessação.

É, porém, a perspectiva *negativa* da função negocial que mais justifica atenção. Trata-se aí de identificar as causas determinantes da sua perturbação, modalidades que pode assumir e o seu regime.

Não se pode, porém, avançar no desenvolvimento destas matérias sem fixar, ao menos nas suas linhas gerais, a distinção entre validade e eficácia do negócio e as correspondentes situações negativas – invalidade e ineficácia –, pois de algum modo comanda toda a exposição subsequente.

599. Distinção entre validade e eficácia

I. A distinção entre validade e eficácia do negócio jurídico, sobretudo quando vista do seu lado negativo, é ainda hoje uma questão a que a doutrina dedica atenção significativa, no sentido de ultrapassar questões não inteiramente pacificadas[1].

Numa primeira aproximação ao problema, mostra-se ajustado partir do seguinte quadro: o negócio jurídico considera-se válido quando se revela apto a subsistir na ordem jurídica por na sua génese terem sido observados todos os requisitos de ordem geral, como de ordem particular, que integram o modelo legal; se, para além disso, o negócio pode produzir os seus efeitos próprios, segundo o seu conteúdo, diz-se *eficaz*. O negócio válido e eficaz atinge a plenitude da sua relevância jurídica e pode designar-se como *perfeito*.

A primeira ilação a tirar das considerações anteriores é a de não serem necessariamente coincidentes as noções de validade e eficácia do negócio, ainda que entre elas haja correntemente alguma correspondência; mas esta não existe necessariamente. Na verdade, se o negócio válido está, em regra,

[1] Sobre a demarcação entre invalidade e ineficácia, *vd*. I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 355 e segs.; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 655 e segs.; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 366-367; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 853 e segs.; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 575 e segs.

apto a produzir os efeitos jurídicos que lhe são próprios, e se apresenta, portanto, dotado de eficácia, o certo é poderem verificar-se múltiplas circunstâncias que a perturbam.

II. Deste modo, a primeira averiguação a fazer deve ir no sentido de apurar se na formação do negócio jurídico falta algum dos seus pressupostos, requisitos ou elementos da sua estrutura ou do seu conteúdo, ou se, em relação a qualquer deles, se identifica algum vício que o torne desconforme com o modelo legal. Quando tal aconteça, o negócio deixa de poder considerar-se válido; por outras palavras, está *ferido* de invalidade, salvo os casos especiais de *inexistência*, quando esta seja admitida com autonomia[1].

Se se tiver presente a diversidade de elementos que devem ocorrer para a formação válida do acto e a multiplicidade de vícios que os podem afectar, facilmente se compreende que com o regime da invalidade do negócio jurídico interferem, de modo significativo, as particularidades de cada caso.

A validade e a invalidade do negócio traduzem, portanto, respectivamente uma situação de *valor* e *desvalor* (dito, geralmente, *valor negativo*), que se afere em função do momento da sua formação; por isso, são sempre *originários*.

Fala-se, por vezes, em *invalidade superveniente*. Os autores que admitem tal fenómeno configuram-no como a invalidação do acto originariamente válido, por ter deixado de existir (ou se viciar) um elemento que no momento da sua celebração existia sem vício[2]. Há, porém, e salvo o devido respeito, um equívoco em tal conceito, que parece manifesto, quando se atente nos seguintes aspectos. Como esses autores reconhecem, esta modalidade de invalidade só pode ocorrer nos factos complexos de formação sucessiva; por outro lado, na sua origem está a falta ou viciação de elemento de verificação subsequente e esta tem de ocorrer até a completa formação do acto. Nesta base, é mais correcto afirmar que não existe aqui verdadeira superveniência da invalidade, mas apenas uma situação em que a formação do negócio se prolonga no tempo. O vício, porém, respeita sempre à sua formação.

III. Em termos gerais, a afectação da validade do negócio acarreta, em princípio, a impossibilidade de se produzirem os efeitos adequados ao seu tipo e que as partes hajam visado com a sua celebração. Assim, a invalidade do negócio é, em geral, acompanhada da sua ineficácia *lato sensu*. Mas esta coincidência não é plena, pois os negócios inválidos podem ainda, em certos casos, produzir, embora interinamente, alguns efeitos, mesmo os próprios do seu tipo, ou passar a produzi-los como se fossem válidos. Por outro lado,

[1] Não sendo a inexistência genericamente admitida pela doutrina, nestas considerações introdutórias coloca-se, em geral, o problema em termos de validade e invalidade.

[2] Cfr. I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 364-365.

a lei admite a possibilidade de negócios inválidos produzirem efeitos de outra natureza e que, numa designação genérica, podem identificar-se por *secundários*.

Noutra perspectiva, verificam-se casos de ineficácia não determinada pela invalidade, mas emergente de factos de natureza diversa, em regra supervenientes em relação ao momento da celebração do negócio, mas, em qualquer caso, não ligados à sua génese. A este respeito fala-se em *simples* ou *mera ineficácia*.

Vai haver necessidade de retomar e desenvolver adiante estas ideias. Contudo, nas suas linhas gerais, pode dar-se já como assente que a invalidade se caracteriza a partir da natureza *genética* dos vícios que a determinam e acarreta, como norma, a ineficácia do negócio. Pode, porém, dar-se o caso de um acto válido, pela ocorrência de factos alheios à sua génese e em geral supervenientes, estar impedido de produzir efeitos.

600. Razão de ordem

A partir das observações genéricas anteriores, o critério de arrumação da matéria deste Subtítulo enuncia-se em termos singelos.

Serão expostos, num primeiro momento, os aspectos positivos ligados à função do negócio jurídico, em relação aos quais se esbate a distinção entre a validade e a eficácia do negócio, pois estas são pressupostas.

Já o mesmo se não passa em relação às situações que pertubam a função negocial; nesse domínio identificam-se diferenças de relevo, consoante se trate de invalidade ou de mera ineficácia, que, por isso, vão tratadas em separado. Será, porém, dado maior relevo às situações de valor negativo do negócio, não só por apresentarem maior complexidade, mas por permitirem um mais fácil enquadramento genérico, que nem sempre é possível em situações de mera ineficácia, mais directamente marcadas pelas causas que estão na sua origem.

CAPÍTULO II
EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO

601. Generalidades

I. O negócio, quando eficaz, gera alterações da ordem jurídica, que podem ser de natureza muito diversa e verificar-se segundo modelos diferentes.

Nalguns casos, o negócio esgota-se quando os seus efeitos se produzem, ainda que estes, em si mesmos, se mantenham, perdurando no tempo por períodos mais ou menos longos.

Assim, no regime típico da compra e venda, no sistema jurídico português, a transferência do direito de propriedade sobre a coisa vendida – que é um efeito deste negócio (art. 879.º do C.Civ.) –, dá-se, em regra, por mero efeito do contrato e no momento da sua celebração (art. 408.º do mesmo diploma legal). Se, no mesmo momento, for pago o preço e entregue a coisa vendida, a eficácia da compra, em si mesma, esgotou-se. Mas um dos seus efeitos, a transferência da propriedade sobre a coisa vendida para o comprador, perdura até que por qualquer novo facto jurídico este direito se extinga ou seja transferido para outrem. Se, todavia, a entrega da coisa ou o pagamento do preço não forem feitos no acto da celebração do negócio, contemporâneas deste, constituem-se os correspondentes direitos de crédito e obrigações. Em tal hipótese, só com o seu exercício e o seu cumprimento a eficácia da compra e venda se esgota plenamente, pois só nesse momento o negócio está cumprido.

Noutros casos, a regulação negocial dos interesses vai prolongar-se no tempo; é o que ocorre em contratos cuja execução não se esgota num só acto ou é diferida para momento ulterior. Exemplos paradigmáticos são aqui o contrato de empreitada ou o negócio sujeito a termo.

Quando a eficácia do negócio se esgota, essencialmente, no acto da sua celebração, tudo se passa como se os efeitos do negócio se produzissem e cessassem nesse momento[1]. Mas, quando a eficácia perdura no tempo, não só

[1] O que fica dito no texto, não deve fazer esquecer que, mesmo nestes casos, as alterações verificadas na ordem jurídica, produzindo-se embora imediatamente, podem perdurar, como atrás ficou ilustrado com a transmissão da propriedade na compra e venda.

aqueles dois momentos têm um sentido mais relevante, como pode surgir, na *vida* do negócio, um terceiro, que é o da modificação da sua eficácia.

Ao expor a matéria da eficácia do negócio jurídico em sede de *Teoria Geral*, tem de se atender aos três momentos acima identificados, ainda que nalguns casos a sua relevância seja reduzida. Serão, portanto, estudadas sucessivamente, nos seus aspectos gerais, a produção, a modificação e a cessação dos efeitos dos negócios jurídicos.

II. O Código Civil não regulou estas matérias na sua Parte Geral. Só ao ocupar-se dos contratos, nas disposições gerais a eles relativos, se podem encontrar alguns preceitos que com elas se relacionam e que alguma utilidade revestem na exposição subsequente, como é o caso dos arts. 408.º, 409.º e 437.º a 439.º[1]. Tais disposições são, contudo, insuficientes para o fim acima proposto, pelo que será necessário o recurso a múltiplas disposições dispersas para delas extrair o regime geral de seguida delineado.

[1] De interesse para a matéria, é o Anteprojecto de Vaz Serra, *Efeitos dos Contratos (Princípios Gerais)*, *in* BMJ, n.º 74, págs. 333 e segs.

SECÇÃO I

Produção dos Efeitos

602. Sentido da expressão

I. A produção de efeitos do negócio jurídico consiste, afinal, na actuação, em cada caso concreto, das consequências jurídicas estatuídas pela norma e efectivamente desencadeadas, por o acto praticado pelas partes preencher, sem vícios, determinada previsão normativa.

É fácil concretizar esta ideia com um exemplo.

O art. 879.º do C.Civ. indica, como um dos efeitos essenciais da compra e venda, a transmissão de propriedade da coisa vendida. Como e quando é que tal efeito se produz?

Quanto ao primeiro ponto, a produção do efeito em análise consiste, afinal, numa mudança da titularidade do correspondente direito. Quanto ao segundo, em termos gerais[1], a resposta pode formular-se do seguinte modo: esse efeito produz-se logo que ***A*** e ***B*** celebram entre si um acto que preencha os requisitos do tipo compra e venda, ou seja, a previsão normativa do art. 879.º[2], desencadeando o conteúdo da estatuição deste preceito.

Traduz-se este fenómeno dizendo que a compra e venda celebrada entre ***A*** e ***B*** *produz o efeito de transmissão da propriedade da coisa vendida*.

II. Dada esta noção geral, torna-se necessário considerar um pouco mais de perto esta matéria e ponderar o alcance da afirmação que identifica, como efeito do contrato de compra e venda entre ***A*** e ***B***, a transferência do direito de propriedade da coisa de ***A*** para ***B***. Mas este efeito não se produz isolada e autonomamente na ordem jurídica. Ele é uma realidade dinâmica

---

[1] Diz-se *em termos gerais*, uma vez que pode a transferência da propriedade não se verificar imediatamente, como acontece, por exemplo, quando há reserva de propriedade (cfr. art. 409.º do C.Civ.).

[2] Para melhor se compreender a exposição do texto, basta formular o artigo em causa nos seguintes termos: «se for celebrado um contrato de compra e venda, produzir-se-ão os seguintes efeitos essenciais … ».

que, numa imagem, liga uma situação jurídica anterior ao negócio a outra situação jurídica posterior[1].

Tomando sempre o mesmo exemplo, verifica-se que antes da celebração do negócio existia a seguinte situação esquemática: ***A*** era proprietário de certa coisa e ***B*** de certa quantidade de dinheiro. Celebrado o negócio, a produção do efeito já conhecido implica a transferência da propriedade da coisa para ***B***, que, por hipótese, logo paga o preço.

Bem vistas as coisas, a produção deste efeito constitui uma nova situação jurídica, em que ***B*** surge como proprietário da coisa e ***A*** daquela quantidade de dinheiro. Em certo sentido, pode dizer-se que esta nova situação jurídica é também um efeito do negócio jurídico, ainda que, numa acepção mais rigorosa e restritiva, se limite a expressão ao fenómeno dinâmico (neste caso, a transferência da propriedade da coisa ou do dinheiro).

603. Modo de produção dos efeitos; remissão

A produção dos efeitos jurídicos não se resolve sempre num fenómeno de verificação instantânea como aquele que, em regra, ocorre no exemplo do contrato de compra e venda que tem sido utilizado. Em alguns casos os efeitos produzem-se em momentos diversos, sendo que, por vezes, eles se vão sucedendo no tempo, enquanto noutras se verificam com certa periodicidade.

Deste modo, há que distinguir entre efeitos de *produção instantânea, permanente* e *periódica*. Adiante será necessário examinar esta mesma realidade, sob outro ângulo, relacionado com o exercício de direitos e as classificações que nessa óptica se estabelecem[2].

604. Modalidades dos efeitos

Problema de maior interesse, no campo da produção dos efeitos jurídicos, é o da averiguação das modalidades que pode revestir.

Naturalmente, a primeira observação a fazer, neste domínio, é a que a situa, de preferência, no plano concreto de cada tipo negocial. Para cada um deles, estatui a lei os efeitos que lhe são próprios. Por assim ser, é corrente o legislador identificar e reger, a propósito dos vários tipos negociais, os correspondentes efeitos, ao menos os essenciais, de forma mais ou menos explícita[3].

---

[1] Para complemento desta ideia, *vd*. Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 262-263.

[2] Cfr., *infra*, n.º 675.

[3] Além do art. 879.º, cfr., *v.g.*, arts. 954.º, 1031.º, 1038.º, 1135.º, 1161.º, 1167.º, 1187.º e 1199.º do C.Civ.

Estes são os efeitos *específicos principais* ou *típicos* do negócio. Como adiante se dirá, porém, em sede própria, estando, em princípio, o negócio inválido impedido de os produzir, dele podem resultar outros que se designam *secundários*, *indirectos* ou *laterais*. A produção deste tipo de efeitos ocorre com alguma frequência e, por vezes, com significativa relevância, pois, em certos casos, apresentam mesmo uma grande proximidade dos principais. Exemplo paradigmático é, neste campo, o do chamado *casamento putativo*, ou seja, do casamento declarado nulo ou anulado (cfr. art. 1647.º do C.Civ.).

Noutras hipóteses, os efeitos secundários resultam da simples circunstância de, embora viciado, se ter praticado certo acto que constitui, em si mesmo, uma realidade que se não pode destruir. Assim, feita uma venda por quem não tem, para tanto, legitimidade, não se transfere, como é manifesto, o direito de propriedade sobre a coisa vendida, mas constitui-se, por vezes, uma situação de posse a que a lei atribui relevância, nomeadamente quanto a benfeitorias, frutos, destruição ou deterioração da coisa (arts. 1269.º e seguintes do C.Civ.).

Para concluir, fica desde já claro que só na inexistência jurídica ocorre uma situação de total irrelevância do negócio.

605. Oponibilidade dos efeitos

I. A identificação da eficácia do negócio jurídico não respeita apenas ao apuramento das consequências jurídicas que dele emergem. Há que delimitar as esferas jurídicas em que elas se projectam, ou seja, em termos genéricos, perante quem podem ser invocados – a sua *oponibilidade*.

Projecta-se neste domínio a natureza dos efeitos produzidos pelo negócio, não se podendo assim formular, nesta questão, uma resposta de alcance universal; em termos gerais, releva, sobretudo, a circunstância de serem obrigacionais ou reais.

II. No domínio das relações obrigacionais prevalece no Código Civil o princípio segundo o qual, nos termos do n.º 2 do art. 406.º, *a contrario sensu*, o contrato só produz efeitos *inter partes*[1].

Resulta deste princípio, entendido na sua literalidade estrita, e no seu entendimento clássico, que o negócio não é invocável perante terceiro, constituindo, na sugestiva expressão latina, *res inter alios acta*[2], algo que se passa entre outros e com que os terceiros nada têm. Só quando a lei o preveja, e nos

[1] Como assinalava Cabral de Moncada, este princípio é «uma reminiscência que ficou da velha regra romana do *alteri stipulari nemo potest*» (cfr., *Lições*, vol. II, pág. 422).

[2] A fórmula integral é a seguinte: *res inter alios acta aliis neque prodesse neque nocere potest*.

precisos termos em que o faça, o negócio pode produzir efeitos para com terceiros. A doutrina moderna não atribui, porém, a este princípio a extensão clássica, limitando-o, em termos significativos, para além das excepções consagradas pelo legislador[1].

Mesmo sem cair no entendimento, que é excessivo, de alguma doutrina, que afirma o carácter absoluto das relações obrigacionais, pondo assim em causa a clássica distinção entre direitos de crédito e direitos reais[2], não pode deixar de se reconhecer que, em certa medida, aquelas relações se projectam também sobre terceiros. Há, porém, uma diferença significativa entre a eficácia externa dos direitos de crédito e o carácter absoluto dos direitos reais. Se é certo que tanto num caso como noutro se pode identificar uma «reserva de espaço jurídico que todos têm de respeitar»[3], nos direitos reais há algo mais a assinalar, sob pena de se deixar sem explicação o facto de o seu titular o poder fazer valer *erga omnes*.

III. Quanto aos direitos reais a regra que prevalece é, pois, a da sua relevância *erga omnes*, isto é, a da sua oponibilidade. Deste modo, em princípio, os negócios reais *quoad effectum* são oponíveis a terceiros.

Segundo o art. 408.º, n.º 1, do C.Civ. esta eficácia dá-se imediatamente e por mero efeito do contrato, mas esta regra sofre vários desvios.

Alguns deles traduzem-se no diferimento da eficácia real do contrato, fazendo-a depender da verificação de certos eventos, como acontece nos casos previstos no n.º 2 do citado art. 408.º ou na venda com reserva de propriedade (art. 409.º do C.Civ.).

Noutros casos, a interferência da necessidade de inscrição do negócio aquisitivo no registo predial subordina a oponibilidade a terceiros à sua realização. Assim acontece com os negócios com eficácia real que tenham por objecto coisas imóveis ou coisas móveis registáveis.

No sistema jurídico português, o efeito normal do registo traduz-se na inoponibilidade dos negócios jurídicos sujeitos a inscrição registal, e não registados, em relação a terceiros (art. 5.º, n.º 1, do C.R.Pre.)[4]. Deste modo, em regra, só essa eficácia externa do negócio é afectada, produzindo-se os seus efeitos entre as partes, independentemente do registo. Contudo, e a título excepcional, o registo predial assume, no caso da hipoteca, uma maior relevância, porquanto ela não produz efeitos, mesmo entre as partes, enquanto não for registada (cfr. art. 687.º, n.º 2, do C.Civ., e art. 4.º, n.º 2, do C.R.Pre.).

---

[1] Vd., sobre este ponto, Almeida Costa, *A eficácia externa das obrigações. Entendimento da doutrina clássica*, in R. L. J., Ano 135, págs. 130 e segs., e Rita Amaral Cabral, *A Eficácia Externa da Obrigação* e o n.º 2 do Art.º 406.º do Código Civil.

[2] Cfr., na doutrina portuguesa, Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, vol. I, págs. 347-348.

[3] A expressão é de Menezes Cordeiro.

[4] O regime normal dos efeitos do registo é consolidativo e não constitutivo (cfr. as nossas *Lições de Direitos Reais*, págs. 131 e segs.).

SECÇÃO II

Modificação dos Efeitos

606. Sentido da expressão e modalidades

I. A *modificação dos efeitos do negócio* traduz-se na alteração das consequências de direito que ele vinha produzindo ou estava apto a produzir.

Como bem se compreende, esse problema só se põe quanto aos efeitos que não sejam de produção instantânea, já que estes se esgotam num momento determinado. Mas, em relação aos demais, interessa verificar em que termos eles se podem alterar enquanto o negócio subsistir com eficácia.

Estatui o n.º 1 do art. 406.º do C.Civ. que «o contrato só pode modificar-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei».

Aplicando este princípio ao negócio jurídico, resulta que a fonte da sua modificação pode ser a vontade do seu autor (ou autores) ou a lei. A análise de várias disposições legais, algumas já conhecidas da exposição anterior, mostra, contudo, que deve ainda considerar-se autonomamente a modificação resultante de decisão judicial.

A modificação do negócio jurídico, quando respeite ao seu conteúdo, afecta os efeitos que o acto produz, modificando-os também[1].

II. A modificação que resulta da vontade do autor ou autores do negócio *(ope voluntatis)* não suscita dificuldades especiais. O mesmo princípio da autonomia da vontade, que preside à celebração do acto, legitima a sua modificação, como se verifica no seguinte exemplo colhido na Lição de Castro Mendes: se ***A*** comprou *x* a ***B*** por € 400,00, a crédito, antes do pagamento ***B*** pode aceitar que ***A*** lhe fique a dever, não aquela quantia,

[1] Segundo Castro Mendes, não caberia, em geral, falar autonomamente de modificação da eficácia, mas sim de modificação do conteúdo do negócio jurídico [cfr. *Teoria Geral*, vol. II, pág. 262 e nota (633)]. Entretanto, modificando-se o conteúdo, e reportando-se este aos efeitos do negócio, há também modificação dos efeitos, como se procura demonstrar no texto.

mas um automóvel (promessa de dação em cumprimento, art. 837.º)[1]. Há aqui uma modificação dos efeitos do contrato de compra e venda: em lugar da obrigação de pagar o preço, que é um dos efeitos específicos desse acto [art. 879.º, al. *c*)], passa a existir a obrigação de dar em cumprimento o automóvel.

Também a modificação por efeito da lei – *ope legis* – não levanta dúvidas que mereçam análise especial, uma vez que será, então, uma norma jurídica a fornecer, em cada caso, o critério e o significado da modificação.

Cumpre referir, finalmente, a modificação operada por via judicial e em que, com Castro Mendes, há a distinguir dois fins distintos: o supletivo e o correctivo. No primeiro, a decisão vem «suprir elementos deixados em aberto pelas partes: cfr., por exemplo, artigos 411.º e 777.º, n.os 2 e 3 (e 1456.º-1457.º do Código do Processo Civil) e 400.º, n.º 2». Na segunda hipótese, por exemplo, «o tribunal pode intervir para ajustar o negócio à equidade – cf. arts. 283.º, 812.º, n.º 1, 437.º e segs., etc.»[2].

Desta segunda modalidade de modificação legal, mantêm relevante ligação com a matéria da *Teoria Geral* as contempladas nos arts. 252.º, n.º 2, 283.º e 437.º e seguintes do C.Civ. As primeiras respeitam, respectivamente, ao erro sobre a base do negócio e ao negócio usurário e foram já tratadas; da última, que assume maior relevância nos contratos, sendo, por isso, matéria de estudo do Direito das Obrigações, vai de seguida ser dada nota da sua configuração geral, em número autónomo.

607. Modificação por alteração das circunstâncias

I. A mais relevante hipótese de modificação judicial do negócio jurídico e dos seus efeitos, em geral, surge, porém, quando ocorre a chamada *alteração das circunstâncias* em que as partes fundaram a decisão de contratar.

Há negócios cujos efeitos se prolongam, ou são diferidos, no tempo[3] e se produzem, assim, para além do momento da sua celebração, por vezes, em períodos muito dilatados. É evidente que, em tais casos, durante o tempo de eficácia do negócio, se podem alterar as circunstâncias que existiam no momento da celebração, e que presidiram, com maior ou menor incidência, ao equilíbrio da regulamentação de interesses nele consubstanciada pelas partes.

---

[1] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 257.

[2] Ob. e vol. cits., pág. 257.

[3] A doutrina tradicional identificava tais contratos como aqueles *qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro*.

A situação não levanta dificuldades quando a alteração foi por elas prevista, ou era previsível e as partes sobre ela estipularam, ou ainda quando cabe no risco normal do negócio[1]. Mas, se as alterações se situarem fora dessas hipóteses ou desses limites, o problema ganha acuidade. Cumpre distinguir duas situações de regime bem diverso.

Em certos casos, a alteração pode assumir tal gravidade que venha a traduzir-se numa impossibilidade superveniente do objecto. Verifica-se, então, um caso de modificação *ope legis*[2], que tradicionalmente o Direito positivo enquadra no regime do caso fortuito ou da força maior, e cujo efeito fundamental é o de desvincular o contraente, por ela afectado, da correspondente obrigação (cfr. art. 790.º, n.º 1, do C.Civ.).

Se a alteração de circunstâncias, não sendo previsível e ultrapassando a álea normal do negócio, não gerar uma situação de impossibilidade, mas apenas uma excessiva onerosidade para uma das partes, de tal modo que o cumprimento do negócio se mostre desconforme com o princípio da boa fé, não se configura uma situação de impossibilidade, e impõe-se tratamento diferente.

II. Este problema, que vem de muito longe[3], era largamente debatido no domínio do Código de Seabra, muitas vezes por referência à chamada *teoria da imprevisão*[4]. Equacionava-se, fundamentalmente, nos seguintes termos[5].

O princípio do cumprimento pontual dos contratos, consignado na generalidade dos códigos civis modernos e só afastado no caso de impossibilidade (absoluta) (cfr., *v.g.,* arts. 702.º e 705.º do C.Civ.67), parecia impor, à parte lesada, a necessidade de cumprir a obrigação, mesmo que ocorresse uma profunda alteração de circunstâncias, enquanto razões de boa fé mandavam atender a essa alteração.

---

[1] Como facilmente se compreende, em todo o negócio jurídico se coloca uma questão de *risco*, nomeadamente se ele se destina a perdurar no tempo. É de interesse ter aqui presente a distinção entre negócios comutativos e aleatórios.

[2] Esta hipótese só tem sentido se a impossibilidade for parcial, pois que sendo total se extingue a obrigação, como de seguida se refere no texto.

[3] Sendo pouco clara a sua configuração no Direito romano, o problema analisado no texto foi em especial objecto da atenção, no plano jurídico, dos canonistas e pós-glosadores. A solução por eles apresentada, geralmente conhecida por teoria da *clausula rebus sic stantibus*, teve larga voga até fins do séc. XVIII (cfr. o nosso estudo *A Teoria da Imprevisão*, reimp., págs. 21-28).

[4] Sobre esta matéria, cfr. Antunes Varela, *Ineficácia do testamento e vontade conjectural do testador*, 1950, págs. 296 e segs.; Vaz Serra, *Resolução ou modificação dos contratos por alteração de circunstâncias*, in BMJ, n.º 68, págs. 293 e segs., e *Caso fortuito ou de força maior e a teoria da imprevisão*, in BFDC, X, págs. 192 e segs.; Rocha Gouveia, *Da Teoria da imprevisão nos contratos civis*, sep. da RFDUL, Lisboa, 1958; Almeida Santos, *A teoria da imprevisão ou da superveniência contratual e o novo Código Civil*, Minerva Central, Lourenço Marques, 1972; e, ainda, o já citado estudo, *A Teoria da Imprevisão.*

[5] Sobre este ponto pode ver-se o est. cit., págs. 148 e segs.

O novo Código Civil resolveu esta questão, por recurso à teoria da base do negócio, nos arts. 437.º e seguintes, a cujo regime se teve de atender em matéria de erro vício sobre a base do negócio[1].

Os termos essenciais estabelecidos nesses preceitos são os seguintes (cfr., em particular, arts. 437.º e 438.º).

Como primeiro requisito, torna-se necessário que tenha havido uma *alteração anormal* das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar. A alteração diz-se anormal quando dela resulte um agravamento da obrigação assumida por uma das partes, que não esteja coberta pelo risco próprio do negócio e que torne a exigência dessa obrigação contrária aos princípios da boa fé.

Essa alteração há-de provocar, para um dos contraentes, grave *lesão* (predominantemente, embora não exclusivamente, patrimonial), se se mantiver o cumprimento integral das obrigações que para ele emergem do contrato.

Para além disso, o contraente lesado, no momento da ocorrência da alteração, não pode estar em mora, isto é, não deve haver da sua parte atraso no cumprimento das obrigações que lhe são impostas pelo contrato.

Verificados estes elementos, à parte lesada é reconhecida, em alternativa, o direito de resolver o contrato ou de exigir a sua modificação, segundo critérios de equidade (art. 437.º, n.º 1). Se o lesado optar pela resolução do contrato, a outra parte pode impedir que ela seja declarada, desde que se mostre disposta a aceitar a sua modificação, de acordo com os referidos critérios de equidade (art. 437.º, n.º 2).

Em suma, por uma destas vias, a alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar pode determinar a modificação do negócio e dos seus efeitos.

[1] Sobre o regime da alteração das circunstâncias, *vd*. Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé*, vol. II, págs. 903 e segs., e *Da Alteração das Circunstâncias*, sep. de Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, Lisboa, 1987; Oliveira Ascensão, *Onerosidade excessiva por «alteração das circunstâncias»*, *in* Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques, Almedina, 2007, págs. 515 e segs.; e o nosso est. *A alteração das circunstâncias no Direito Civil português*, Nota de Actualização de *A Teoria da Imprevisão*, reimp., págs. 249 e segs.

SECÇÃO III

Cessação dos Efeitos

608. Razão de ordem

I. A exposição do regime da cessação dos efeitos dos negócios jurídicos[1] vai partir da distinção feita, a respeito da sua produção, entre os efeitos do negócio em si mesmo e a situação jurídica que deles emerge. A análise subsequente respeita ao primeiro aspecto[2].

São múltiplos e podem revestir modalidades bem diversas os factos que determinam a cessação dos efeitos dos negócios jurídicos; deles passam a referir-se os mais relevantes, que se podem agrupar segundo mais de um critério.

Se se atender aos efeitos, em si mesmos, afectados pelo facto que provoca a cessação da eficácia do negócio, esta pode ser *total* ou *parcial*. O sentido desta destrinça revela-se nos qualificativos usados e não levanta particulares dificuldades, o que não quer dizer que não tenha importância prática.

Se se atender à causa da cessação, há, então, que distinguir entre a *normal* e a *anormal*, designações que têm em conta a relação que existe entre o facto extintivo do negócio jurídico e a sua função, como se passa a expor.

A extinção do negócio jurídico e a cessação dos correspondentes efeitos, no plano em que aqui estão a ser consideradas, decorrem do efectivo exercício dos direitos e cumprimento das vinculações que dele emergem.

Num contrato de compra e venda, atendendo aos seus efeitos essenciais (art. 879.º do C.Civ.), uma vez pago o preço e entregue a coisa que dele é

---

[1] Sobre esta matéria, cfr. I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 380-382; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 264 e segs.; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 627 e segs.; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 609 e segs. Para maior desenvolvimento, *vd*. P. Romano Martinez, *Da Cessação do Contrato*, Almedina, 2005, em particular, págs. 39-247; J.C. Brandão Proença, *A Resolução do Contrato no Direito Civil. Do Enquadramento e do Regime*, reimp., Coimbra Editora, Coimbra, 2006; e Paulo Henriques, *A desvinculação unilateral «ad nutum», nos contratos civis de sociedade e de mandato*, Coimbra, 2001.

[2] Isso não significa, como é evidente, que a nova situação jurídica não possa cessar por virtude de outro facto jurídico, diferente do que determina a extinção do negócio jurídico.

objecto – pois, a transmissão do direito de propriedade se dá, em regra, *ipso facto* (art. 408.º do C.Civ.) –, a eficácia do negócio cessa.

Quanto tal ocorre, preenche-se a função do negócio jurídico, fazendo assim sentido identificar como *normal* esta cessação dos seus efeitos.

Mas a sua cessação nem sempre se verifica nestes termos. Casos há em que a sua extinção decorre da verificação de um facto posterior à sua celebração, estranho à sua execução e impeditivo da produção dos efeitos, pelo menos de modo integral. Por isso, designa-se como *anormal* esta cessação, que corresponde a uma *ineficácia superveniente* do negócio jurídico.

Só a cessação anormal dos efeitos do negócio jurídico justifica tratamento no plano da *Teoria Geral*, situando-se a normal, no da sua função – logo de cada tipo; por isso, só admite tratamento casuístico.

II. O Código Civil não faz um enquadramento muito coerente das situações a que corresponde a cessação anormal dos efeitos do negócio jurídico[1].

Daqui decorrem divergências terminológicas da doutrina na arrumação desta matéria; no esquema adoptado, nos termos gerais em que ela aqui deve ser analisada, é ajustado distinguir, com C. Mota Pinto[2] e P. Pais de Vasconcelos[3], quatro categorias: resolução, revogação, denúncia e caducidade[4].

De imediato, vão apenas ser tratadas as três primeiras, porquanto a caducidade será analisada mais de espaço a propósito da relevância do tempo nas relações jurídicas[5]. Por ora, cabe só referir que ela tem fonte num facto jurídico *stricto sensu*, opera *ope legis*, sem necessidade de qualquer manifestação de vontade e sem eficácia retroactiva.

609. Resolução

I. O Código Civil vigente usa a palavra *resolução* para identificar situações de cessação (anormal) dos efeitos do negócio que não se reconduzem com facilidade a um regime unitário[6]. De comum a todas há a circunstância de a ineficácia não resultar de um vício que afecte o negócio, mas da verificação

[1] Para uma crítica da terminologia legal e das suas deficiências, cfr. I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 382-383; e Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 267-268.

[2] *Teoria Geral*, págs. 627 e segs.

[3] *Teoria Geral*, págs. 771 e segs.

[4] Por seu turno, I. Galvão Telles identificava a revogação, a rescisão e a caducidade (*Manual*, págs. 380 e segs.). Diferente caminho seguia também Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. I, págs. 267-268.

[5] Cfr., *infra*, n.os 721 e segs.

[6] Como assinala I. Galvão Telles, *Manual*, pág. 382.

de um facto superveniente que ilude as legítimas expectativas que uma das partes nele depositava[1]. Mas esse facto pode assumir variada natureza e também resultar de fontes distintas.

Com base neste segundo aspecto, distingue-se entre *resolução legal* e *resolução convencional;* esta destrinça encontra suporte legal no n.º 1 do art. 432.º do C.Civ., quando nele se estatui que «é admitida a resolução do contrato fundada na lei ou em convenção». Vários casos de *resolução legal* foram já identificados ao longo do estudo anterior, na condição resolutiva (art. 270.º), no modo (arts. 966.º e 2248.º), na chamada condição resolutiva tácita (art. 801.º) e, ultimamente, na alteração das circunstâncias que constituem a base do negócio (art. 437.º)[2].

II. O regime geral da resolução do negócio jurídico, tal como vem fixado no Código Civil, no seu art. 433.º, aproxima este instituto da invalidade. Há, contudo, diferenças, algumas de marcada importância, desde logo previstas naquele mesmo preceito.

Em termos gerais[3], as particularidades dos efeitos da resolução, quando confrontados com os da invalidade, são as seguintes:

a) a resolução pode fazer-se por declaração unilateral à outra parte (art. 436.º do C.Civ.);

b) a resolução só tem, em princípio, eficácia retroactiva entre as partes (arts. 434.º, n.º 1, e 435.º, n.º 1).

Esta segunda nota carece de esclarecimentos complementares, pois, mesmo *inter partes* a eficácia retroactiva da resolução não se verifica se tal «contrariar a vontade das partes ou a finalidade de resolução» (art. 434.º, n.º 1, *in fine*). Por outro lado, nos negócios de execução continuada ou periódica, «a resolução não abrange as prestações já efectuadas, excepto se entre estas e a causa da resolução existir um vínculo que legitime a resolução de todas» (art. 434.º, n.º 2). Finalmente, a resolução afecta mesmo os direitos de terceiros, se o negócio tiver por objecto bens imóveis ou móveis sujeitos a registo e a acção de resolução for registada antes do direito do terceiro (art. 435.º, n.º 2, do C.Civ.).

610. Revogação

I. A *revogação* pode caracterizar-se como a cessação dos efeitos do negócio por acto de uma das partes. A revogação só pode ter lugar nos casos previstos na lei, uma vez que envolveria, se assim não fosse, afastamento do

[1] Acolhe-se aqui a fórmula de C. Mota Pinto (*Teoria Geral*, pág. 628).

[2] Cfr. outros casos de resolução nos arts. 89.º, 1140.º e 1450.º do C.Civ.

[3] *Em termos gerais*, pois há regimes especiais, como o da condição.

princípio que impõe o cumprimento pontual dos contratos (art. 406.º, n.º 1, do C.Civ.).

Usa-se também a palavra revogação para identificar casos em que a cessação dos efeitos do acto resulta de acordo das partes. Neste caso, a cessação da eficácia do negócio assenta num mútuo consenso de sinal contrário ao que deu origem ao negócio. Designa-se, assim, esta causa de cessação dos efeitos negociais por *contrarius consensus*, *mútuo dissenso* ou *distrate*.

II. A *revogação proprio sensu*, ou seja, a unilateral, pode ser *livre* ou *vinculada*. Na primeira modalidade, a lei deixa a uma das partes liberdade para destruir o acto, sem necessidade de invocar qualquer fundamento. Diz-se então *ad nutum* ou *ad libitum*. Exemplos desta modalidade de revogação encontram-se no regime dos arts. 230.º, n.os 2 e 3, 235.º, 265.º, n.º 2, 448.º, 1765.º, e 2311.º e seguintes do C.Civ. Na segunda modalidade, a revogação só é possível quando ocorram certas circunstâncias prescritas na lei. Também desta situação se podem citar vários exemplos de Direito positivo: arts. 461.º, n.º 1, segunda parte, 970.º e 974.º e 1411.º, todos do C.Civ.

É aos casos de revogação vinculada (e a outros, paralelos, de resolução) que a doutrina dá, por vezes, a designação de *rescisão*. O termo *rescisão* foi evitado pelo actual Código Civil[1]. Em seu lugar, usou o legislador, em certos casos, resolução e, noutros, revogação.

A revogação opera apenas para o futuro *(ex nunc)* e não com eficácia retroactiva *(ex tunc)*. Mesmo que à revogação por mútuo consenso seja atribuído efeito retroactivo, este apenas poderá prevalecer entre as partes e não em relação a terceiros. Mas, em tal caso, os seus efeitos mal se autonomizam dos da resolução.

611. Denúncia

A *denúncia* traduz-se numa declaração de uma das partes mediante a qual se fazem cessar os efeitos de um negócio jurídico; tem a sua manifestação quando este constitui uma relação duradoura, sem estipulação de termo.

A faculdade de denúncia resulta, como a doutrina corrente assinala[2], da não admissibilidade da existência de vinculações negociais eternas ou ex-

[1] A razão deste facto reside, por certo, na concepção que sobre tal matéria defendia o autor do respectivo Anteprojecto, identificando os conceitos de resolução e de rescisão (Vaz Serra, *Resolução do Contrato*, *in* BMJ, n.º 68, pág. 153).

[2] Cfr. C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 631-632; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, pág. 774.

cessivamente duradouras que são consideradas contrárias à ordem pública, entendimento que se funda no art. 280.º do C.Civ. Daí, o reconhecer-se à parte afecta a tal vinculação a faculdade de *ad nutum*, sem necessidade de invocação de qualquer fundamento – e mesmo contra a vontade da outra parte –, pôr termo ao correspondente negócio jurídico. Todavia, por razões decorrentes do princípio da boa fé, no sentido de evitar a verificação de dificuldade ou danos à outra parte, a denúncia deve ser feita com um razoável prazo de aviso.

A denúncia distingue-se da revogação por ser unilateral e da resolução porque, além de não depender de fundamento – legal ou contratual –, não tem eficácia retroactiva.

CAPÍTULO III
INEFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO

SECÇÃO I
Valores Negativos

SUBSECÇÃO I
Noções gerais

612. Quadro dos valores negativos[1]

I. A ineficácia do negócio jurídico acompanha, em regra, como atrás ficou dito, os casos em que, numa designação genérica, o negócio *é inválido*, isto é, tem um *valor negativo*.

Sendo múltiplos e bem diversos os vícios que podem estar na origem desse *desvalor*, não custa admitir que não seja unitário o seu regime. Interessa apurar se, nesta base, se podem identificar categorias dogmáticas diferentes, a partir das quais deva ser exposto o regime da *invalidade*.

Estando apenas em causa os valores negativos do negócio, é o seu quadro que vai ser traçado, devendo, pois, ter-se presente que eles se opõem, em bloco, à situação identificada como *mera ineficácia*, adiante analisada.

---

[1] Sobre a matéria desta secção cfr., como obras de carácter geral: I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 335 e segs.; Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 411 e segs.; Cabral de Moncada, *Lições*, vol. II, págs. 401 e segs.; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 298 e segs.; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 615 e segs.; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 364 e segs.; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 853 e segs., em particular 873 e segs.; P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 735 e segs.; Santoro-Passarelli, *Teoria Geral*, págs. 200 e segs.; e E. Betti, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, T. III, Coimbra Editora, Coimbra, 1970, págs. 7 e segs. A obras monográficas será feita referência no desenvolvimento da exposição.

II. Partindo da multiplicidade dos factores aqui relevantes, a ordenação dos valores negativos do negócio jurídico pode fazer-se em função da maior ou menor gravidade dos vícios que o afectam, quando projectada na sua função.

Assim, em certos casos, está em causa a possibilidade de o negócio subsistir na ordem jurídica, enquanto noutros apenas se impõe a aplicação de determinadas sanções. Nesta base contrapõem-se as categorias da *invalidade* e da *irregularidade*.

III. Para alguma doutrina, a categoria jurídica *invalidade* permite cobrir todos os valores negativos do negócio para além da irregularidade. Segundo outros autores, nem todos os casos em que o negócio tende a ser afastado da ordem jurídica podem ser reduzidos à categoria genérica *invalidade*. Esta qualificação só quadra a certas situações de desconformidade do negócio com o modelo legal, contrapondo-se-lhe a *inexistência jurídica*.

Cabe dizer que a questão nem sempre se coloca em termos tão simplistas. Com efeito, entre os autores que sustentam que a invalidade cobre todos os valores negativos não enquadráveis na irregularidade, alguns fazem-no por negarem dignidade dogmática à categoria *inexistência*, enquanto alguns, não sendo tão radicais, vêem na inexistência *apenas* uma modalidade da invalidade, entre outras: a nulidade e a anulabilidade.

Coloca-se, assim, nesta matéria uma verdadeira questão prévia, sobre que importa tomar posição ao elaborar o quadro dos valores negativos do negócio jurídico, dirigida a apurar se a inexistência jurídica se configura como categoria autónoma; se a resposta for afirmativa, há que determinar, de seguida, como ela se relaciona com a invalidade.

IV. Antecipando a resposta, para melhor se compreender a sistematização subsequente da matéria, vai ser perfilhada a tese que configura uma verdadeira autonomia da inexistência jurídica, demarcada da invalidade, sem, contudo, deixar de se reconhecer ser a invalidade o valor negativo mais frequente e mais relevante no regime do negócio jurídico.

Nesta base, uma vez esclarecidas as razões que conduzem a autonomizar a inexistência jurídica e traçado o seu regime e o da irregularidade, será exposto, em Divisão própria, o regime da invalidade, muito mais complexo e relevante.

613. Autonomia da inexistência jurídica e seu regime jurídico

I. A questão da autonomia da inexistência jurídica, encarada segundo qualquer das duas perspectivas atrás indicadas, tem dividido a doutrina portuguesa na vigência de qualquer dos dois Códigos Civis[1].

Assim, quanto ao Código Civil de Seabra, referindo apenas a doutrina mais moderna, contra a inexistência jurídica, como categoria autónoma, se pronunciava I. Galvão Telles, para quem «os casos apresentados como de inexistência jurídica, ou são de verdadeira *inexistência material* ou de *nulidade absoluta*»[2]. No seu estudo sobre a legitimidade, Isabel M. Magalhães Collaço pronunciava-se sobre o problema em termos dubitativos[3]. Nos trabalhos preparatórios do Código Civil vigente, em matéria de invalidade, Rui de Alarcão entendeu não tomar partido sobre a questão em sede da Parte Geral[4], embora dê notícia de que se previa a consagração do instituto nos anteprojectos de Gomes da Silva[5] e de Pires de Lima[6], em matéria de casamento. No sentido do reconhecimento da inexistência jurídica se manifestaram Manuel de Andrade[7] e Paulo Cunha[8]. Cabral de Moncada, seguindo um entendimento em que se revela a influência da concepção clássica de *negotium nullum*, identificava a não-existência ou inexistência com a nulidade absoluta, contrapondo a esta a nulidade relativa ou simples anulabilidade[9].

Após o novo Código Civil, um sector importante da doutrina admite a autonomia da inexistência jurídica[10]; nessa linha de pensamento vai também a posição aqui sustentada. Nem sempre, no reconhecimento da autonomia da inexistência jurídica, a doutrina converge, porém, quanto ao seu sentido em relação à invalidade. Assim, há quem a coloque como um *tertium genus* ao lado da nulidade e da anulabilidade (Paulo Cunha, Castro Mendes, C. Mota Pinto) e quem a destaque da invalidade, sendo esta a posição adequada (I. Galvão Telles, Rui de Alarcão, Oliveira Ascensão e P. Pais de Vasconcelos).

---

[1] Toma-se aqui por base a exposição da matéria feita em *A Conversão*, nota (1) da pág. 230.

[2] *Manual* (3.ª ed.), pág. 335 (os itálicos são do texto).

[3] *Legitimidade*, *in* BMJ, n.º 10, págs. 87-88.

[4] *Invalidade dos negócios jurídicos*, *in* BMJ, n.º 89, pág. 199 e segs. (em particular, 201-202).

[5] *O Direito de Família no futuro Código Civil*, *in* BMJ, n.º 65, págs. 25 e segs., arts. 72.º e 73.º (págs. 67-68).

[6] *Constituição do Estado de Casado*, *in* BFD, vol. XXI, arts. 51.º e 52.º

[7] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 414-415.

[8] *Direito Civil*, t. 2, apontamentos por M.ª Luisa Coelho Bartholo e J. Marques Martinho, Lisboa, 1936/37, págs. 260-263 e 267 e segs., *e Teoria Geral*, vol. III, págs. 242-243.

[9] *Direito Civil*, vol. II, págs. 402-404.

[10] Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 299-300; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 617-619; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 367 e segs.; P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 735 e segs.; e Rui de Alarcão, *A Confirmação*, pág. 34. I. Galvão Telles alterou a sua posição nesta matéria, aceitando a autonomia da *inexistência jurídica*, contrapondo-a à inexistência material [*Manual*, (4.ª ed.), págs. 355-357]. Contra, Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 864 e segs.; e Heinrich E. Hörster, *A Parte Geral*, pág. 518.

O que, tudo somado, leva a reconhecer que este é, por certo, apenas um dos aspectos em que se revelam as incertezas da doutrina quanto à delimitação da categoria *invalidade*.

Segundo o entendimento adoptado, a autonomia da inexistência jurídica, como valor negativo destacado da invalidade, justifica-se por corresponder a uma situação particular de desvalor do negócio, acompanhada de um regime próprio, como se passa a expor.

II. A inexistência jurídica pode, fundamentalmente, respeitar a estes tipos de situações:

a) falta de materialidade do negócio jurídico;

b) desconformidade da realidade com o tipo de negócio considerado;

c) desconformidade da realidade com o tipo de negócio considerado ou com qualquer outro[1].

É aos últimos dois casos que quadra o regime de inexistência jurídica, pois no primeiro verifica-se uma situação de *inexistência material* do negócio pretendido[2].

Os autores que defendem uma posição negativista em relação à inexistência consideram que as situações nela enquadráveis podem, afinal, reconduzir-se, ou a casos de inexistência material do acto [hipótese da alínea *a*) acima referida], ou à nulidade [como aconteceria nas alíneas *b*) e *c*)][3].

Por seu lado, os autores que admitem a inexistência como categoria *a se*, mas não a delimitando da invalidade, tratam-na como uma das suas modalidades.

Este entendimento ignora as profundas diferenças de regime que ocorrem entre a inexistência jurídica e qualquer das modalidades de invalidade. Se a inexistência justifica tratamento autónomo, o instituto só ganha verdadeiro relevo, e só se destaca a sua real particularidade, se for desligado das situações clássicas de invalidade. Ao definir o regime da inexistência jurídica e ao confrontá-lo com o da anulabilidade ou da nulidade, logo se deixa ver que há diferenças qualitativas, bem demarcadas das que a doutrina normalmente assinala no confronto entre a nulidade e a anulabilidade.

A solução, de plena autonomia da inexistência perante a invalidade, no plano dogmático, facilmente se ajusta ao regime fixado pelo Direito positivo.

---

[1] Cfr. neste sentido, Rui de Alarcão, *A Confirmação*, pág. 34. Naturalmente, no caso da alínea *b*), a inexistência reporta-se ao negócio que se pretende invocar; mas pode existir outro negócio válido ou não.

[2] Cfr., neste sentido, I. Galvão Telles, *Manual*, (3.ª ed.), pág. 355.

[3] *Vd.*, por todos, Rui de Alarcão, *A Confirmação*, págs. 34 e segs., e *Sobre a Invalidade do Negócio Jurídico*, sep. de BFDC, Coimbra, 1981, págs. 5-6; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 299-300; e C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 617-619. Paulo Cunha sustentava esta posição nas suas lições orais.

Assim, o Código Civil trata em conjunto, numa secção que começa no art. 285.º, da nulidade e da anulabilidade. Para além de algumas disposições específicas de cada uma dessas formas de invalidade, a maior parte das normas da referida secção aplica-se indistintamente à nulidade e à anulabilidade. Ora, nenhuma delas, em boa doutrina, tem sentido quanto à inexistência jurídica.

Em face disto, reconduzir a inexistência a um tipo de invalidade, colocando-a, assim, no mesmo plano da nulidade ou da anulabilidade, não passa de mero formalismo, vazio de qualquer sentido no plano substancial do regime jurídico do instituto.

III. Já se deixa ver, porém, que, no plano do Direito constituído, a adopção ou a rejeição da categoria da inexistência jurídica há-de resultar da verificação de lhe corresponder, ou não, um regime próprio e distinto do de qualquer das categorias da invalidade. Ora, situado o problema neste ponto, verifica-se que, em certos casos, havendo embora uma aparência de negócio jurídico, a realidade fáctica se mostra de tal modo desconforme com o negócio jurídico que se pretende ter celebrado (não sendo também susceptível de se enquadrar em qualquer outro), que a lei não lhe atribui quaisquer efeitos jurídicos, ou seja, lhe nega relevância jurídica.

Não se está, assim, perante uma simples inexistência material, pois sempre há uma aparência de negócio. Mas a situação não pode também reconduzir-se à nulidade, pois esta não é, apesar de tudo, incompatível com a produção de alguns efeitos negociais, o que nos casos de inexistência não se verifica. Por outro lado, na nulidade não está em absoluto excluída a hipótese de sanação do vício, com a consequente produção dos efeitos típicos do acto; ou o seu aproveitamento no sentido de se produzirem alguns dos seus efeitos ou outros sucedâneos. Qualquer destas soluções está também excluída na inexistência jurídica.

O novo Código Civil não tomou posição clara quanto à inexistência jurídica, fazendo-lhe referência expressa apenas quanto ao acto de casamento (arts. 1628.º a 1630.º)[1]. Mas, como já referido, deve entender-se que constitui afloração do mesmo instituto o regime estatuído nos arts. 245.º e 246.º do C.Civ. para a declaração não séria, a coacção física e a falta de consciência da declaração.

Para além disso, alguns diplomas complementares do Código Civil[2] e legislação avulsa fazem referência à categoria da inexistência jurídica.

---

[1] Foi, de resto, no campo do casamento que a doutrina francesa elaborou a figura da inexistência jurídica, para vícios a que não correspondiam casos de nulidade e que, por tal motivo («pas de nullité sans texte»), não podiam ser invocados (cfr. Alex Weil, *Droit Civil. Les Personnes, La Famille, Les Incapacités*, 3.ª ed., Precis Dalloz, 1972, págs. 207 e 222 e segs.; pronunciando-se, aliás, este Autor contra o instituto da inexistência.

[2] Cfr. arts. 14.º e 15.º do C.R.Pre. e arts. 85.º e 86.º do C.R.Civ.

A análise conjunta das normas atrás citadas revela um regime comum que deve ser visto como o tratamento típico da inexistência, mesmo *de iure condito*. Assim:

a) o negócio jurídico inexistente não produz qualquer efeito;

b) a inexistência pode ser invocada a todo o tempo;

c) a inexistência jurídica pode ser invocada por qualquer pessoa, não carecendo de declaração judicial[1].

IV. Importa agora determinar as mais importantes consequências práticas que acompanham este regime.

A não produção de quaisquer efeitos[2] faz com que ao negócio inexistente não sejam aplicáveis os institutos da conversão e da redução dos negócios jurídicos, adiante referidos, que se encontram consagrados nos arts. 292.º e 293.º do C.Civ. De igual modo, não faz sentido falar na sanação do negócio quanto à inexistência jurídica. Também no negócio inexistente se não pode fundar a posse que conduz à usucapião (art. 1259.º do C.Civ.)[3].

O negócio inexistente nem sequer é admitido a produzir efeitos secundários, desenhando-se assim uma situação de «autêntica irrelevância negocial», que se afasta substancialmente da situação de ineficácia que ocorre nos casos de invalidade, em que se encontram aspectos de relevância negocial, mesmo nos negócios feridos de nulidade[4].

Nesta situação de total irrelevância se fundam, afinal, os dois últimos aspectos do regime da inexistência atrás enunciados. Com efeito, por o negócio não ser admitido a produzir quaisquer efeitos, bem se compreende que a inexistência jurídica possa ser invocada sem qualquer limite de tempo e por qualquer pessoa, interessada ou não. Por outro lado, da irrelevância total resulta que a inexistência não carece de ser declarada. Pelo contrário, quem esteja interessado em fazer valer um negócio inexistente é que deve convencer os demais da sua existência. As outras pessoas gozam, em seu favor, da situação de inexistência e da irrelevância total do negócio[5].

---

[1] Cfr., neste sentido, por todos, I. Galvão Telles, *Manual*, pág. 357.

[2] Neste aspecto de total irrelevância do negocio inexistente é particularmente significativo o art. 1630.º, n.º 1, do C.Civ., ao determinar que o casamento inexistente nem sequer é havido como putativo.

[3] Diz-se usucapião a aquisição do direito de propriedade ou de outro direito real de gozo por efeito da posse, por certo período de tempo, do correspondente direito (cfr. art. 1287.º do C.Civ.). No sentido defendido no texto se pronuncia Rui de Alarcão, *A Confirmação*, pág. 35; cfr., também, Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 372-373.

[4] Cfr. Rui de Alarcão, *A Confirmação*, pág. 35.

[5] Na prática, como bem assinalava I. Galvão Telles (*Manual*, pág. 357), tal não significa, porém, que quem invoca a inexistência não possa ter interesse em a ver declarada.

614. Irregularidade

A irregularidade, tal como a invalidade, é um valor negativo emergente de um vício interno, que ocorre no momento da celebração do negócio. A diferença entre estes dois institutos resulta do facto de, na irregularidade, tratando-se de vício menos grave, o negócio poder subsistir na ordem jurídica. Dito por outras palavras, ele é válido, mas a lei não pode também desconhecer o vício existente e comina sanções especiais para as partes. Nelas se consubstancia o regime da irregularidade[1].

Essas sanções assumem a mais diversa natureza, ultrapassando mesmo, em certos casos, o próprio campo do Direito Civil, podendo revestir natureza administrativa e disciplinar[2].

Exemplo característico das sanções próprias de actos irregulares encontra-se em matéria de casamento, nos arts. 1649.º e 1650.º do C.Civ., quando celebrado com desrespeito de impedimentos impedientes (cfr. arts. 1604.º e seguintes do mesmo Código).

Basta analisar aqueles dois preceitos para se verificar como as sanções próprias da irregularidade negocial podem ser de diversos tipos. Enquanto no primeiro se limitam alguns efeitos do casamento que gera, em lugar da emancipação plena, uma emancipação restrita, no segundo há sanções de carácter patrimonial (perda do direito a certos bens) e até uma situação de incapacidade particular.

[1] Cfr., a este respeito, I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 369-370; *vd*. Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 331, 375, 376 e 399; e Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 870-871.

[2] Essa sanção pode ser uma multa, por exemplo.

SUBSECÇÃO II

INVALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO

DIVISÃO I
NOÇÃO E MODALIDADES

615. Noção de invalidade[1]

I. A *invalidade,* no sentido próprio que lhe é atribuído, segundo a exposição anterior, constitui, sem dúvida, o valor negativo do negócio jurídico de mais interesse, sob o ponto de vista teórico e prático. A delimitação da invalidade por exclusão das categorias da inexistência e da irregularidade aponta já uma modalidade de valor negativo de conteúdo mais restrito e uniforme. No mesmo sentido vão também os elementos positivos na base dos quais atrás se destrinça já, liminarmente, da ineficácia. Contudo, para uma plena compreensão da figura, há que levar a investigação um pouco mais longe[2].

II. Na verdade, na doutrina portuguesa não falta quem negue autonomia dogmática à invalidade, pretendendo que ela não passa de «um meio expositivo-sistemático», se bem que aceitável, como *síntese verbal* simplificadora da linguagem jurídica nesta matéria[3]. Em verdade, não pode deixar de se reconhecer que entre a invalidade e a mera ineficácia existe uma correlação que justifica que a delimitação de cada uma delas se faça por referência à outra.

---

[1] Sobre matéria desta Divisão, em geral, cfr. I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 357 e segs.; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 300 e segs.; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 619 e segs.; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 374 e segs.; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 853 e segs.; P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 740 e segs.; Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil*, vol. I, anotações aos arts. 286.º e 287.º; e D. Guggenheim, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé*.

[2] Na alínea seguinte, toma-se por base o exposto em *A Conversão*, nota (2) das págs. 230 e segs.

[3] Rui de Alarcão, *Sobre a Invalidade*, págs. 21-22.

Como bem assinala Rui de Alarcão, «para quem admita ser a invalidade uma categoria dogmática "a se stante", sê-lo-á igualmente a mera ineficácia. Uma coisa arrasta a outra. A autonomia conceitual de uma pressupõe, pode dizer-se, a da outra. Sendo assim, far-se-ia mister uma determinação *positiva* do conceito de simples ineficácia, como precisa seria também uma determinação positiva do conceito de invalidade»[1].

Esta caracterização *positiva* do conceito de invalidade é possível e faz-se a partir da natureza *genética* dos vícios que estão na sua origem. Ao construir a invalidade como uma categoria dogmática autónoma, não se perfilha, contudo, inteiramente a tese de Rui de Alarcão, que não deixa de reconhecer ser aquele o verdadeiro traço definidor da nulidade e da anulabilidade, *i.e.*, o elemento *essencial* do conceito, já que os respeitantes ao seu regime de arguição ou de efeitos não passam de elementos *normais*.

Mas, sendo assim, isto é, se, na sua essência, a nulidade e a anulabilidade se identificam por aquele elemento *essencial*, não se encontra razão válida para não afirmar que elas se reconduzem a uma categoria comum, cuja autonomia científica se justifica, nos mesmos termos que Rui de Alarcão pretende justificar a da nulidade e da anulabilidade[2].

Em perfeita consonância com esta característica da invalidade está o regime de retroactividade que, em regra, a acompanha. Do mesmo passo, é incorrecto falar em *invalidade superveniente*, uma vez que ela respeita sempre à génese do negócio, havendo apenas que ter em consideração a circunstância de a sua formação nem sempre se verificar *num só acto*, podendo antes depender da produção sucessiva de vários elementos, todos eles necessários à sua *perfeição*.

Tomando como base as observações anteriores, a mera ineficácia, por seu turno, autonomiza-se, desde logo, por a inviabilidade da produção dos efeitos negociais não ter na sua origem factos que determinem a imperfeita génese do negócio, mas eventos supervenientes, como sejam a impossibilidade absoluta da prestação, a alteração das circunstâncias que constituem a base do negócio, a não verificação da condição suspensiva, a verificação da condição resolutiva.

À diferente natureza dos elementos que podem perturbar a função do negócio jurídico, na ineficácia, corresponde, como seria de esperar, regime distinto do da invalidade, mesmo no caso da modalidade de ineficácia mais próxima da invalidade – a resolução. Assim, enquanto na invalidação, por o vício ser genético, a *destruição do negócio opera, em princípio, contra terceiros*, salvo certos casos que, embora relevantes, não deixam de ter natureza excepcional, na resolução, a *destruição do negócio não opera, em princípio, contra terceiros*, salvo

[1] Ob. cit., pág. 21 (o itálico está no texto).
[2] *Sobre a Invalidade*, págs. 16-18 e 13-15.

em casos excepcionais muito contados (cfr. arts. 289.º e 291.º, por um lado, e 434.º e 435.º, por outro, todos do C.Civ.).

616. As chamadas *invalidades mistas*[1]

I. A autonomia dogmática da invalidade envolve a consequência de a nulidade e a anulabilidade não serem, ao contrário do que normalmente se pensa, categorias dogmáticas autónomas. A doutrina portuguesa dominante é a partir delas que define o regime da invalidade, solução que traduz o tratamento que à matéria é claramente dado na Parte Geral do Código Civil relativa ao negócio jurídico. Na verdade, os seus arts. 286.º a 294.º assentam nessa repartição dicotómica da invalidade.

Contudo, o exame do regime da invalidade, tal como o Código Civil o revela, no seu conjunto, perturba significativamente este quadro. Assim, os tratadistas vêem-se confrontados, nesse mesmo plano *de iure condito*, com exemplos cada vez mais frequentes de *desvios* ao regime estatuído nos arts. 286.º a 294.º e que, como se pode ver no elucidativo quadro elaborado por Castro Mendes[2], são de natureza muito diversa. A generalidade dos autores tenta dar cobertura dogmática a esta realidade, qualificando estes casos de invalidades, que se afastam do regime geral, sob a designação de *invalidades* (nos autores mais antigos, *nulidades*) *mistas atípicas* ou *híbridas*[3].

II. Outra é hoje a posição defendida por Rui de Alarcão, para quem a categoria *invalidade mista* é desnecessária, desde que se adopte quanto aos conceitos de nulidade e anulabilidade uma visão que não os reconduza aos termos clássicos da distinção entre nulidade absoluta e nulidade relativa.

Segundo Rui de Alarcão, os vários pontos do regime da nulidade e da anulabilidade – tal como se extraem dos arts. 285.º a 288.º do C.Civ. – não devem ser considerados essenciais ao conceito: «nem o carácter absoluto e insanável da nulidade, nem a natureza relativa e sanável da anulabilidade são elementos "essenciais" ou "estruturais" dos respectivos conceitos, pois perfeitamente se concebem, tanto "de iure condendo" como "de iure condito", nulidades ou anulabilidades desprovidas desses elementos – pelo

[1] Seguir-se neste número o texto de *A Conversão,* nota (2), págs. 230 e segs.

[2] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 312.

[3] Sobre a matéria das invalidades mistas, *vd*. Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 416; I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 367-368; Castro Mendes, ob. e locs. cits.; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, pág. 620; Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil*, vol. I, pág. 263; Rui de Alarcão, numa primeira fase do seu pensamento, no seu estudo para o actual Código Civil, *Invalidade*, *in* BMJ, n.º 89, págs. 206-207; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 387-388; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, pág. 862; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 751-752.

menos, nulidades sanáveis e anulabilidades insanáveis, bem como anulabilidades absolutas»[1]. Sendo elemento *essencial* da nulidade, como da anulabilidade, a natureza *genética* da sua causa, há que distinguir consoante a nulidade ou a anulabilidade apresentem ou não aqueles traços *normais*. Se a resposta for afirmativa, trata-se de uma nulidade ou anulabilidade *típica*: se negativa, diz-se *atípica*.

Uma vez aceite este esquema, torna-se «supérfluo» o conceito de invalidade mista, pois as várias modalidades típicas e atípicas de nulidade e de anulabilidade «cobrem toda a extensão da invalidade negocial»[2].

III. A solução defendida por Rui de Alarcão, como atrás ficou dito, tem o mérito de realçar o carácter *genético* da causa da invalidade, que constitui a diferença específica comum à nulidade e à anulabilidade. Mas, sendo assim, deve ser levada às suas últimas consequências, o que aquele A. não faz. Na verdade, o seu pensamento revela a insuficiência da clássica distinção nulidade-anulabilidade e mostra que as categorias *nulidade* (ou *anulabilidade*) *típica* e *atípica*, tal como, de resto, a categoria *invalidade mista*, pecam pela sua indefinição, pois respeitam a realidades muito diferenciadas.

Em rigor – e nem Rui de Alarcão diz o contrário –, haverá tantos casos de nulidade e anulabilidade *atípicas* quantos os desvios do regime geral estatuídos pelo legislador para as *categorias* ditas nulidade ou anulabilidade típicas.

Deve, por isso, entender-se que a solução correcta é a que parte do reconhecimento da invalidade como categoria jurídica *a se stante* e distinguir nela tantas modalidades (ou subcategorias), quantas as que se possam ter como legitimadas por diferenças relevantes de regime.

Nesta base, há que distinguir na invalidade, várias modalidades, de seguida identificadas, atendendo a diferentes pontos significativos do seu regime.

617. Modalidades da invalidade

I. A invalidade, como verdadeira categoria *a se* dos valores negativos do negócio, pode assumir diversas modalidades, a saber: invalidade absoluta e invalidade relativa, invalidade sanável e invalidade insanável e invalidade de eficácia automática e invalidade sem eficácia automática.

Para além destas, e para dar cobertura a uma distinção corrente na doutrina, pode ainda repartir-se a invalidade em total e parcial, atendendo aqui à extensão da eficácia invalidante do vício que afecta o negócio. Esta última

[1] *Sobre a Invalidade*, pág. 14.
[2] *Idem*, págs. 13 e 15.

distinção – com alcance muito diverso daquele que normalmente se lhe pretende atribuir – não será considerada agora, pois exige análise mais demorada a propósito da invalidade parcial e da caracterização das suas relações com a conversão. Sobre as restantes, a exposição limitar-se-á ao necessário para deixar claro o sentido que lhe é atribuido.

II. A invalidade diz-se *absoluta* quando *qualquer interessado* se pode valer do vício que afecta o negócio jurídico. Quando a invalidade só pode ser invocada por *certas pessoas*, é *relativa*. A nulidade de regime geral é, neste sentido, uma invalidade absoluta, mas também o é, por exemplo, a anulabilidade do casamento por simulação (art. 1640.º, n.º 1, do C.Civ.). Por seu turno, a anulabilidade de regime geral é, no sentido exposto, uma invalidade relativa (art. 287.º, n.º 1), mas também o são as nulidades da cessão de crédito litigioso feita a determinadas pessoas, identificadas no n.º 1 do art. 579.º do C.Civ., por não poder ser invocada pelo cessionário (n.º 2 do art. 580.º), a de negócios celebrados pelo tutor de um incapaz, quando a sua prática lhe esteja vedada (cfr. art. 1937.º do C.Civ.), não invocável pelo tutor (art. 1939.º, n.º 1), ou a do contrato-promessa de compra e venda relativo a edifício construído ou a construir ou a fracção autónoma, determinada pela falta de certas formalidades extrínsecas da sua formação, só invocável, em certos casos, pelo promitente-comprador (art. 410.º, n.º 2, do C.Civ.).

Na distinção entre invalidade *sanável* e invalidade *insanável* o que está em causa é a possibilidade de fazer cessar a relevância do vício que afecta o negócio, quer por vontade dos interessados (confirmação), quer pelo decurso do tempo (caducidade do correspondente direito potestativo). A anulabilidade de regime geral é sanável por confirmação (art. 288.º do C.Civ.) e por decurso do tempo (art. 287.º, n.º 1), salvo se o negócio não estiver cumprido. Por seu turno, a nulidade, em geral, não se pode fazer cessar por qualquer dessas vias (art. 288.º). Contudo, casos há em que a lei admite a sanação do negócio nulo: os herdeiros podem *confirmar* a doação ou o testamento nulos feitos pelo autor da sucessão (arts. 968.º e 2309.º do C.Civ.); como o incapaz pode *confirmar* o negócio celebrado pelo seu tutor, que seja nulo por a sua prática lhe estar em absoluto vedada por lei (arts. 1937.º e 1939.º, n.º 2, do mesmo Código); sanável pelo decurso do tempo é a nulidade do testamento (arts. 2308.º, n.º 1, do dito Código).

A invalidade de *eficácia automática* é aquela em que o vício do negócio exclui, *ipso iure*, a produção dos seus efeitos, o que implica, naturalmente, a possibilidade de o tribunal a apreciar *ex officio*. Na mesma ordem de razões, a decisão que sobre a invalidade seja proferida tem mero valor declarativo. Na invalidade de *eficácia não-automática*, pelo contrário, a não produção dos efeitos só se dá quando o interessado invoque a invalidade, não podendo o

tribunal conhecer dela oficiosamente. A sentença que invalida o negócio tem valor *constitutivo*. A nulidade de regime geral é uma invalidade do primeiro tipo e a anulabilidade de regime geral do segundo.

III. À luz das observações anteriores, é adequado concluir que o regime fixado no Código Civil permite identificar dois *tipos* de invalidade, em função de certos traços correntes do seu regime: a *nulidade*, como invalidade absoluta, insanável e de eficácia automática, e a *anulabilidade*, como invalidade relativa, sanável e de eficácia não-automática[1].

Contudo, uma progressiva evolução legislativa, neste domínio, tem feito com que estes *tipos* apresentem cada vez menor âmbito de aplicação, continuando, contudo, o legislador a designar como *nulos* ou *anuláveis* negócios que não seguem o regime *típico* da nulidade ou da anulabilidade.

Este quadro mostra que, afinal, nenhum dos aspectos em que o regime da nulidade e da anulabilidade se manifesta é essencial para os respectivos conceitos, o que lhes retira dignidade dogmática. Parafraseando Rui de Alarcão, cabe sustentar que não passam de um «meio expositivo-sistemático», com base no qual o legislador define o regime geral dos negócios inválidos, podendo, assim, a partir dessa «síntese verbal», de modo «expedito e cómodo», designá-los, sem mais, como nulos ou anuláveis.

Este expediente técnico permite, ainda, que, quando um negócio nulo ou anulável não siga o regime *típico* da nulidade ou da anulabilidade, legitimado pelo seu uso corrente na doutrina, na jurisprudência e na legislação, se torna apenas necessário fixar os desvios em relação ao *tipo* nulidade ou anulabilidade.

Assim, se se tiver bem presente a essência das coisas, a adopção da nulidade e da anulabilidade justifica-se como meio de fácil identificação de um certo *modelo legal* da invalidade. Contudo, quando se trata de estabelecer as implicações dos vícios do negócio no seu regime jurídico, têm de ser levadas em linha de conta as modalidades de invalidade atrás identificadas. Fazê-lo por simples referência à nulidade e à anulabilidade não fornece um quadro esclarecedor da diversidade de hipóteses que há a distinguir e das implicações que elas têm no regime do instituto.

Deste modo, a exposição geral do regime da invalidade pode fazer-se, como revela a exposição subsequente, na base dos dois referenciados *tipos* – nulidade e anulabilidade –, com a vantagem de assim se seguir o esquema legal, mas com a necessária observação de o legislador se afastar, ele próprio, em muitos casos, deste esquema.

---

[1] Põe reservas a esta construção Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 387-388, excluindo a possibilidade de se falar em invalidades *atípicas*, mas admitindo *invalidades de regime especial*, ao lado de outras de *regime comum*.

618. Distinção entre nulidade e anulabilidade

I. A identificação dos dois tipos de invalidade pelas designações de *nulidade* e *anulabilidade* e, correspondentemente, de negócio *nulo* e *anulável*, faz uso da terminologia hoje corrente e que recebeu consagração legal no Código Civil, quando traça o seu regime nos arts. 285.º a 294.º

Era outra a terminologia dominante no domínio do velho Código Civil, também aí por influência deste diploma legal; falava-se, então, em *nulidade absoluta* (nulidade no actual Código) e *relativa* (o que hoje se diz anulabilidade). Com o referido alcance, estas formas de dizer estão actualmente abandonadas na ordem jurídica portuguesa e quando se contrapõe a invalidade absoluta à invalidade relativa pensa-se noutro tipo de problema, relacionado com as pessoas sobre as quais os efeitos da invalidade se projectam e a podem invocar.

II. A nulidade e a anulabilidade, segundo a posição firmada no número anterior, configuram-se como dois tipos da categoria genérica invalidade, demarcados pelo seu regime, de que já foi dada nota nas suas linhas gerais e adiante será desenvolvido.

Ainda que, posta assim a questão, os termos da distinção fiquem desde logo esclarecidos e a sua razão de ser surja com menos interesse dogmático, não deixa de se justificar uma referência à matéria, doutro ponto de vista.

Em verdade, cabe indagar os motivos que levam o legislador a optar, em certos casos, por cominar a nulidade do negócio e, noutros, a sua anulabilidade.

Um critério possível é o da gravidade do vício que afecta o negócio, transpondo para este domínio uma ideia que presidiu a delimitação da invalidade em relação à inexistência e à irregularidade. Assim, atender-se-ia à diferente relevância dos vários elementos do negócio jurídico e, em consequência, à maior ou menor gravidade da sua falta ou viciação. Por outro lado, à falta de um elemento seria de atribuir consequências diferentes e mais graves do que as da sua simples viciação.

Segundo outro ponto de vista, acolhido por C. Mota Pinto[1], aliás no seguimento de Manuel de Andrade[2], recorre-se à ideia de interesse público, para demarcar a nulidade, podendo este critério abonar-se no art. 294.º do C.Civ.

As soluções concretas do Direito positivo afastam-se por vezes das que seriam apontadas por estas ideias gerais, não sendo, por isso, fácil descortinar uma base comum a todas elas. O legislador entendeu mais adequado atender às circunstâncias do caso, fazendo casuisticamente a selecção do valor

[1] *Teoria Geral*, pág. 620.
[2] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 416.

negativo que melhor se ajusta à composição dos interesses em presença. A relativa frequência de regimes *atípicos* (ou de *invalidades mistas*, segundo outro entendimento) aponta, de resto, no mesmo sentido.

III. Em boa verdade, a questão só ganha sentido quando o Direito positivo é omisso quanto ao regime de certo vício.

Como determinar, então, o tipo de invalidade que lhe corresponde?

O legislador civil português, na esteira de uma solução que vinha do Código de Seabra, consagrada no seu art. 10.º[1], estabeleceu para o efeito, um critério geral no art. 294.º do Código vigente. Assim, são nulos os negócios jurídicos em que exista violação de norma de carácter imperativo; nos demais casos existe uma situação de anulabilidade. Só assim não é quando a lei estabelece regime especial, como acontece na nulidade ou na anulabilidade atípicas.

Deste modo, no plano prático, a indagação do tipo de invalidade há-de fazer-se segundo esta ordem de precedência. Averigua-se se para o vício existe disposição cominando o valor negativo correspondente. Se existe, o problema fica logo resolvido[2]. Caso contrário, há que indagar a natureza da norma que prevê o requisito de validade em causa: sendo ela de carácter imperativo, o negócio é nulo; se o não for, é apenas anulável.

[1] Dispunha esse preceito o seguinte:

«Os actos praticados contra a disposição da lei, quer esta seja proibitiva, quer preceptiva, envolvem nulidade, salvo nos casos em que a mesma lei ordenar o contrário.

§ único – Esta nulidade pode, contudo, sanar-se pelo consentimento dos interessados, se a lei infringida não for de interesse e ordem pública.»

[2] Já se deu conta, ao longo da exposição anterior, de muitos dos casos em que assim acontece. Tal facto diminui significativamente o alcance prático do art. 294.º

DIVISÃO II
REGIME JURÍDICO DA INVALIDADE

619. Razão de ordem

I. Como cumpre a uma *Teoria Geral*, vai ser traçado, fundamentalmente, o regime geral da invalidade. Muitos aspectos particulares, nomeadamente em função do tipo de vício, foram já estudados. Mas outros há, nesse domínio, também determinados pelo tipo de negócio que não podem aqui ser referidos.

Por outro lado, como é fácil de compreender, atentas as considerações anteriores, a exposição do regime geral da invalidade tomará como base as suas *modalidades típicas*: nulidade e anulabilidade. Contudo, sempre que tal seja imposto pelas necessidades da exposição, serão levadas em conta as modalidades da invalidade atrás identificadas.

II. O regime jurídico da invalidade é muito complexo, desdobrando-se em múltiplas questões que, para maior facilidade de exposição, convém tratar separadamente. Vão ser repartidas por três grandes grupos[1].

O primeiro ponto a analisar gira em redor duma ideia central, qual seja a de saber como se faz valer o vício que afecta o negócio e a invalidade dele emergente. Segundo uma terminologia corrente, que permite cobrir todas as questões neste campo levantadas, trata-se da sua *arguição*[2]. Por seu turno,

---

[1] Sobre o regime da invalidade, *vd.*, I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 359 e segs.; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 620 e segs.; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 384 e segs.; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 858 e segs.; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 740 e segs.

[2] Vem a propósito um esclarecimento de linguagem jurídica, por vezes negligenciada, e que apresenta a particularidade de nem sempre ser comum à nulidade e à anulabilidade. Em primeiro lugar, quando está em causa fazer valer o vício que afecta o negócio ou a correspondente invalidade, deve dizer-se que ele *se argui* ou *invoca*; mas não *se requer* nem se *pede* a nulidade ou a anulabilidade. Visto o problema do ponto de vista da pretensão, dirigida ao tribunal, há que distinguir: se se trata de nulidade, ao arguí-la pede-se a *declaração de nulidade* do negócio; se se trata de anulabilidade, ao arguí-la pede-se *a anulação* do negócio.

na arguição da invalidade estão envolvidas múltiplas questões, que, embora comuns, devem ser estudadas autonomamente. Trata-se de saber quem pode arguir, até quando pode arguir e como pode arguir a invalidade; além disso, têm de ser apurados os efeitos da arguição.

O segundo grande grupo de questões vem na sequência do problema de saber se a invalidade apresenta necessariamente carácter irreversível ou se, pelo contrário, as consequências negativas do vício podem ser supervenientemente afastadas. Fala-se, a este respeito, em *sanação do vício* e, correspondentemente, em *convalescença do negócio jurídico*. Subordinados a esta epígrafe, serão identificados os casos em que tal fenómeno ocorre, com referências sumárias ao seu regime.

O terceiro grupo de matérias a analisar constitui um desenvolvimento do regime dos efeitos de arguição da invalidade. A grande regra, neste domínio, é a da destruição do negócio, logo, a sua ineficácia ou a eliminação de efeitos porventura entretanto produzidos, ainda que só *de facto*. Este não é, porém, um resultado inelutável da invalidade, sendo de ressalvar dois possíveis desvios. Num deles, os efeitos da invalidade afectam apenas alguns elementos do negócio, que no mais resta eficaz. É este o domínio da chamada *invalidade parcial*, de que a *redução* constitui uma das manifestações com mais frequência assinaladas pela doutrina. Noutro, o negócio invalidado não é, na verdade, admitido a produzir os seus efeitos próprios ou típicos, mas pode-lhe ser atribuída uma eficácia diversa. Dá-se então a sua *conversão*. O tratamento destas duas matérias, que mantêm entre si alguma proximidade, é subordinado à ideia comum de *aproveitamento* do negócio jurídico inválido.

SUBDIVISÃO I

ARGUIÇÃO DA INVALIDADE

620. Legitimidade de arguição

I. O primeiro ponto da sistematização do regime da arguição acima exposto respeita a saber quais as pessoas que podem invocar a invalidade e provocar assim a efectiva destruição do negócio. É o que se designa genericamente por *legitimidade* para arguir a invalidade.

Neste aspecto, como na generalidade dos relativos ao regime jurídico da invalidade, tem de se tomar em conta a distinção entre nulidade e anulabilidade.

Note-se que algumas vezes o Código Civil explicita, em relação a certos vícios, quem pode arguir a invalidade, como acontece, por exemplo, quanto à nulidade, em matéria de simulação (art. 242.º) e, quanto à anulabilidade, em matéria de menoridade (art. 125.º, n.º 1). Em tais situações, esse regime especial prevalece sobre o geral contido nos arts. 286.º e 287.º, n.º 1, pelo simples jogo dos princípios que regem os conflitos de normas jurídicas. Deve dizer-se, por antecipação, que o mesmo vale para outros aspectos do regime da invalidade.

II. Se se trata de *nulidade*, pode invocá-la *qualquer interessado*, como diz o art. 286.º do C.Civ. Por *qualquer interessado* deve aqui entender-se o «sujeito de qualquer relação jurídica afectada, na sua consistência jurídica ou prática, pelos efeitos a que o negócio se dirigia»[1]. Não é, pois, *qualquer pessoa* que para tanto tem legitimidade[2].

Considere-se o seguinte exemplo: ***A*** e ***B*** celebram um contrato nulo de compra e venda, por falta de forma. ***A*** vende, em seguida, o prédio que foi

---

[1] Cfr. C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, pág. 620.

[2] Sobre o conceito de interessado, *vd.*, para maior desenvolvimento, J. Lebre de Freitas, *O conceito de interessado no artigo 286.º do Código Civil e sua legitimidade processual*, *in* Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques, Almedina, 2007, págs. 363 e segs.

objecto da compra e venda a ***C***. Tanto ***A***, como ***B***, como ***C*** podem arguir a nulidade do negócio simulado. Os dois primeiros, enquanto partes; ***C***, terceiro em relação ao negócio, tem também legitimidade, uma vez que lhe importa destruir o negócio para que sobre a sua compra deixe de pairar a sombra da venda feita por ***A*** a ***B***, que lhe dá a aparência de uma aquisição *a non domino*.

III. Sendo caso de *anulabilidade*, nos termos do n.º 1 do art. 287.º do C.Civ., só têm legitimidade para a arguir «as pessoas em cujo interesse a lei a estabelece ». É este, pois, um regime mais restritivo, uma vez que, de entre eventuais interessados em destruir o negócio anulável, só a alguns a lei reconhece legitimidade para o fazer.

O sentido do n.º 1 é, em linguagem mais directa, o seguinte: têm legitimidade para arguir a anulabilidade as pessoas no interesse de quem a lei estabelece a anulabilidade.

Assim, num contrato de compra e venda em que exista erro na formação da vontade, só o contraente enganado pode invocar o vício e arguir a anulabilidade do acto, pois é no interesse do errante que a lei o declara anulável.

O regime geral do art. 287.º, n.º 1, impõe, assim, que em relação a cada vício gerador da anulabilidade se indague no interesse de que parte no negócio o legislador estabelece a anulabilidade. Essa pessoa é quem a pode arguir.

621. Tempo de arguição

I. A diferença de regime na arguição da nulidade e da anulabilidade, quanto ao *tempo* em que ela pode ser feita, pelas pessoas com legitimidade para tanto, consiste no seguinte.

A nulidade, como diz o art. 286.º, é invocável a todo o tempo, ou seja, não há para esse efeito outro limite que não seja o da eventual usucapião dos direitos aparentemente emergentes do negócio nulo. Se se tomar o exemplo da simulação absoluta de uma compra e venda, o comprador não adquire, naturalmente, por efeito do negócio simulado, o direito de propriedade da coisa objecto desse contrato e a qualquer tempo pode o vendedor arguir a nulidade.

Mas se o comprador adquirir a posse da coisa e esta situação se prolongar no tempo, ele pode, em determinadas circunstâncias[1], vir a adquirir, por usucapião, o direito de propriedade sobre a coisa vendida, ficando, então, afastada a possibilidade de invocação da nulidade.

[1] Cfr. arts. 1293.º e segs. do C.Civ., *maxime*, art. 1296.º

II. Para a anulabilidade existe, pelo contrário, um prazo de arguição, que, em geral, é de um ano a contar da cessação do vício. Findo esse prazo, cessa, por caducidade, o direito de a arguir e a invalidade sana-se, como adiante melhor se dirá.

Algumas observações se tornam necessárias sobre este ponto do regime de arguição da anulabilidade.

A primeira prende-se com o problema de saber como se conta o prazo de arguição. Di-lo o art. 287.º, n.º 1, quando estatui que a anulação só pode ser pedida «dentro do ano subsequente à cessação do vício que lhe serve de fundamento».

Em termos práticos, na aplicação desta norma há que ter em conta o tipo de vício, já que nem sempre a expressão «cessação do vício» se pode entender em termos literais. Assim, no erro na formação da vontade, a cessação do vício implica o conhecimento do facto de a vontade se ter formado mal; na coacção moral, a cessação da ameaça está ligada às circunstâncias que a acompanham. Assim, se ***A*** ameaça ***B*** de denunciar um crime por aquele praticado, em termos normais só cessa a ameaça, logo, a coacção moral, quando a denúncia já não puder verificar-se.

Por outro lado, há que ter em conta o regime fixado no n.º 2 do art. 287.º, segundo o qual a anulabilidade pode ser invocada, sem qualquer limite de prazo, enquanto o negócio jurídico não estiver cumprido.

622. Modo de arguição

I. Ao abordar o *modo de arguição* da invalidade, há que considerar dois problemas distintos. O primeiro respeita a saber se a invalidade carece de ser declarada ou se opera por si só: no segundo está em causa averiguar se, tornando-se necessária a declaração, ela tem de revestir forma judicial ou se pode ser feita por via extrajudicial.

Ao analisar sucessivamente estas duas questões, tem ainda de se distinguir, quanto ao primeiro aspecto, se o caso é de nulidade ou de anulabilidade.

II. Assim, a nulidade opera *ipso iure* ou *ipsa vi legis*, o que significa que vale por si, independentemente de qualquer declaração, no sentido de o negócio não poder subsistir na vida jurídica. Daí, sendo nulo, é, em si mesmo e *ab initio*, insusceptível de produzir os seus efeitos.

O que fica dito não significa que não possa ter lugar a declaração judicial ou extrajudicial da nulidade e que ela não ocorra, *de facto*, com alguma frequência para afastar dificuldades resultantes do não reconhecimento da nulidade por aquele a quem se pretende opô-la; só quer dizer que tal declaração não é necessária para a nulidade operar.

Pelo contrário, a anulabilidade tem de ser reconhecida e, enquanto o não for, o negócio subsistirá e produzirá os seus efeitos. É necessário que tenha lugar a anulação para esses efeitos serem destruídos.

III. Estas ideias gerais carecem, contudo, de ser desenvolvidas, pois há que averiguar como se configura o modo por que deve ser exercido o direito potestativo de invalidação do negócio jurídico.

Vista a exposição anterior sobre a declaração da invalidade, logo se compreende que este problema tem o seu verdadeiro relevo no campo da anulabilidade. Esta era uma questão em aberto no domínio do Código de 1867[1]. Contudo, também quanto ao negócio nulo interessa determinar se, quando haja interesse na declaração da nulidade, o interessado tem de o fazer judicialmente ou se pode recorrer a outra via para o efeito[2].

Apontam-se tradicionalmente dois tipos fundamentais de sistemas nesta matéria: o da *invocação judicial* e o da *invocação unilateral (extrajudicial)*.

No primeiro, a parte interessada em fazer valer a invalidade tem de propor uma acção judicial para obter uma sentença que declare a nulidade do negócio ou o anule. Note-se que não é incompatível, com este sistema, a possibilidade de as partes, por acordo, reconhecerem a invalidade. A relevância de tal acordo pode resultar de disposição expressa da lei, mas, mesmo na sua falta, tende a doutrina a admiti-lo.

Quando se adopta o sistema de invocação unilateral, reconhece-se ao titular do direito potestativo de invalidar a possibilidade de o exercer por mera declaração à outra parte. Contrariamente ao que se propunha no respectivo Anteprojecto para o novo Código Civil[3], este diploma não tomou expressamente posição no problema. Resulta, porém, do art. 291.º que se consagrou a solução de invocação judicial, mitigada pela possibilidade de anulação convencional. Com efeito, por força do n.º 1 do citado artigo, *in fine*, é lícito às partes acordarem acerca da invalidade do negócio[4]/[5]. E quando tal acordo seja registado, ele tem manifesta e importante relevância, que será referida ao tratar dos efeitos da invalidade.

---

[1] Cfr. I. Galvão Telles, *Manual*, (3.ª ed.), pág. 333; e Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 419-420.

[2] Em sentido contrário, sustentava Castro Mendes ser este um problema específico da anulabilidade, quando o trata sob a epígrafe: *forma da anulação* (*Teoria Geral*, vol. II, págs. 309-310).

[3] No Anteprojecto de Rui de Alarcão (*Invalidade dos negócios jurídicos*, *in* BMJ, n.º 89, pág. 199) continha-se um preceito que estabelecia o sistema de anulação unilateral (*ibidem*, págs. 211 e segs.).

[4] Sobre esta matéria, cfr. Rui de Alarcão, *Da Confirmação*, págs. 58 e segs., e Castro Mendes, ob. e loc. cits. na nota (2) desta pág.

[5] A possibilidade de invocação da invalidade por acordo é afirmada por Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 378, e por P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, pág. 750. Também Menezes Cordeiro a admite, mas num contexto diferente, porquanto considera ser a lei omissa relativamente ao regime geral de invocação da anulabilidade, impondo-se apenas o recurso a juízo «perante invalidades que atinjam situações registadas» (*Tratado*, vol. I, T. I, págs. 863-864).

Não pode, porém, entender-se que esteja admitida no sistema jurídico português a anulação (ou declaração de nulidade) por simples declaração unilateral à outra parte[1], como, a certo passo, parecia afirmar Castro Mendes[2]. O que acontece é que o acordo, a que se refere o art. 291.º, pode ser negocial, se estipular sobre o regime da invalidade, ou conter meras declarações de ciência[3/4].

IV. O regime antes exposto tem, na prática social, menos relevância do que poderia supor-se, porquanto, na grande maioria dos casos, verifica-se a impossibilidade de se obter acordo sobre a invalidade ou o seu regime. Deste modo, é à via judicial que as pessoas recorrem para fazer valer a nulidade ou anulabilidade. Ora, no regime da acção judicial, ganha de novo revelo, quanto a certos aspectos, a distinção entre nulidade e anulabilidade.

Assim, nos termos do art. 286.º do C.Civ., a nulidade «pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal».

Significa esta norma que, ao contrário do que constitui a grande regra no campo do Direito Processual Civil[5], a nulidade não carece de ser alegada pelas partes para ser conhecida pelo juiz. Todavia, esta norma, por força do disposto no n.º 3 do art. 3.º do C.P.Civ.[6], tem um alcance mais restrito do que a sua letra sugere. A dispensa de arguição não permite ao juiz conhecer a nulidade sem as partes terem tido a possibilidade de sobre ela se pronunciarem; assim o impõe o princípio do contraditório, que rege o processo civil.

Quanto à anulabilidade, pelo contrário, domina o regime processual geral; logo, por regra, ela tem de ser invocada na acção para o juiz poder apreciar a matéria e anular o negócio, desde que, como é evidente, sejam provados os factos que integram os correspondentes pressupostos. Não é, pois, a anulabilidade de conhecimento oficioso, ou seja, o juiz não a pode apreciar por dever de ofício ou do seu cargo *(ex officio)*.

Para além disso, e como corolário de algumas diferenças já assinaladas, na anulabilidade «é necessária a intervenção do tribunal para que se tenha por *constituída* a situação de negócio anulado, ao passo que na situação de nulidade, mesmo quando o juiz, a pedido dos interessados ou agindo oficiosamente,

---

[1] Neste sentido, Rui de Alarcão, *A Confirmação*, págs. 60 e 61 e respectivas notas.

[2] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 311. Não é, porém, muito clara a posição de Castro Mendes a respeito deste ponto, já que na nota (757) dessa página parecia orientar-se no sentido defendido por Rui de Alarcão no est. cit. na nota ant.

[3] Quando assim seja, tinha Castro Mendes razão na qualificação do acordo (ob. e vol. cits., na nota ant.).

[4] Cfr. quanto fica exposto em *A Conversão*, nota (1) das págs. 364-365.

[5] Segundo o princípio dispositivo, que domina no processo civil português, é às partes que cabe, não só a iniciativa processual, como a apresentação em juízo das questões que o tribunal deve decidir (cfr. Castro Mendes, *Manual de Processo Civil*, págs. 37-38).

[6] Na redacção introduzida neste preceito pelo Dec.-Lei n.º 180/96, de 25/SET.

afirma a existência da nulidade, a correspondente sentença não constitui tal situação, apenas a *declara*: a sentença, aqui, é meramente declarativa; ali, é verdadeiramente constitutiva. Por isso se deve falar, num caso, de uma *declaração de nulidade;* no outro, de uma *anulação* (cfr., por ex., os arts. 289, n.º 1 e 291, n.º 1)»[1].

V. A arguição judicial da invalidade pode fazer-se por via de acção ou de excepção, como se passa a concretizar num exemplo.

A e ***B*** celebram um contrato de compra e venda, viciado por erro na formação da vontade de ***A***. Por efeito desse contrato, ***A*** ficou obrigado a entregar a coisa vendida no prazo de vinte dias. Considere-se que, vencido o prazo, ***A*** não entrega a coisa, por entender que, sendo o acto anulável, está dispensado de o fazer.

Não há obstáculo a que ***A***, para evitar qualquer acção de ***B***, tome a iniciativa de vir a tribunal pedir que seja anulado o contrato, que com este celebrou, com fundamento no aludido erro. Há aqui invocação da anulabilidade *por via de acção*.

Mas suponha-se agora que é ***B*** quem recorre a tribunal para este condenar ***A*** a entregar-lhe a coisa vendida, como se estipula no contrato. Pode então ***A*** defender-se na acção, dizendo que, por causa do seu erro, ele é anulável e como tal deve ser anulado, o que impede que o pedido de ***B*** seja atendido. Esta modalidade de defesa chama-se *por excepção*[2], logo, a invalidade é nestes casos arguida *por via de excepção*.

623. Efeitos da invalidade e tutela de terceiros

I. Para concluir a análise do regime jurídico da invalidade há agora que expor os seus efeitos. Trata-se de um dos pontos mais complexos desta matéria e a ela dedica o Código Civil três extensos preceitos (arts. 289.º a 291.º). Domina aqui, um importante princípio geral, segundo o qual a declaração de nulidade e a anulação têm efeito retroactivo (art. 289.º, n.º 1). Significa este regime que tudo se deve passar como se o acto não existisse, pelo que, em regra, são destruídos *ab initio*, isto é, desde o momento da celebração, todos os efeitos que, porventura, se hajam entretanto produzido. Daí resulta que, como diz aquele preceito, tudo o que haja sido prestado por qualquer das partes deve ser restituído, devendo a restituição fazer-se pelo valor correspondente, se a restituição em espécie já não for possível[3].

---

[1] Cfr. Rui de Alarcão, *A Confirmação*, págs. 57-58; os itálicos são do texto.
[2] Cfr. arts. 487.º, n.º 2, e 493.º e segs. do C.P.Civ.
[3] Cfr., porém, as especialidades do art. 290.º do C.Civ.

Como salientava C. Mota Pinto, este princípio «está em perfeita coerência com a ideia de que a invalidade resulta de um vício intrínseco do negócio e, portanto, contemporâneo da sua formação»[1].

Em rigor, «só em sentido extremamente impróprio» se fala, quanto à nulidade, em retroactividade. Melhor se compreende o alcance desta afirmação quando relacionada com o regime de arguição da nulidade[2].

II. Este princípio sofre, porém, algumas atenuações, impostas, de resto, pela necessidade de ponderar os interesses das próprias partes ou de terceiros.

Pelo que respeita aos intervenientes no acto inválido, o primeiro aspecto a levar em conta é o seguinte. Mesmo quando o negócio seja nulo, não está totalmente excluída a possibilidade de dele resultarem certas alterações de situações jurídicas anteriores à sua celebração – *de facto* ou, mesmo, *de iure* –, o que por vezes se traduz na ideia de se poderem verificar *certos efeitos práticos*. Assim, na compra e venda nula por falta de forma, pode, por exemplo, ter-se constituído, a favor do adquirente, uma situação de posse da coisa vendida.

Que tutela merece essa posse?

É o art. 289.º do C.Civ. que responde a esta pergunta, mandando o seu n.º 3 tomar em conta, quanto a frutos, benfeitorias e perda ou deterioração da coisa, o disposto nos arts. 1269.º e seguintes, ou seja, o regime de efeitos da posse.

Por outro lado, o princípio da retroactividade deixa de funcionar em pleno quando tenha havido alienação gratuita da coisa que alguma das partes devesse restituir. Em tal caso, segundo dispõe o art. 289.º, n.º 2, não sendo possível obter a restituição da coisa do alienante, o dever de restituir cabe ao adquirente. Contudo, tal dever funda-se agora nos princípios do não locupletamento à custa alheia, ou seja, o adquirente só é obrigado a restituir na medida do seu enriquecimento (cfr. arts. 473.º e seguintes do C.Civ.).

Outro importante campo em que os efeitos da declaração de nulidade ou da anulação se vão reflectir é o da posição de terceiros que a partir do negócio inválido tenham adquirido direitos.

III. Os terceiros que aqui estão em causa, como atrás se disse, são aqueles a favor de quem se deu a constituição ou aquisição de algum direito fundado no negócio inválido e que, por isso, são afectados pela destruição retroactiva dos seus efeitos. Diferente é a posição daqueles a quem interessa a invocação da invalidade do negócio[3].

---

[1] *Teoria Geral*, pág. 625.

[2] Cfr., neste sentido, Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 304.

[3] Já atrás foi tratado problema paralelo em matéria de simulação; mas aí regiam preceitos especiais (arts. 242.º e 243.º do C.Civ.).

Para mais fácil compreensão da exposição subsequente parte-se nela do seguinte exemplo.

A vendeu a ***B*** um prédio rústico, mas o contrato é anulável por erro de ***A***. ***B*** vende de seguida o mesmo prédio a ***C***. Se o negócio entre ***A*** e ***B*** for anulado, com fundamento no vício que o afecta, a aplicação do regime da retroactividade dos efeitos da invalidade, em toda a sua extensão e rigidez, implicaria a nulidade da venda de ***B*** a ***C***, por falta de legitimidade do alienante. Não é esse, porém, o regime estatuído no art. 291.º do C.Civ.; verificados determinados requisitos, estabelece-se nele a inoponibilidade, a terceiros, dos efeitos da declaração da nulidade ou da anulação do negócio.

IV. A primeira questão colocada pelo regime do art. 291.º respeita ao seu campo de aplicação.

A letra da lei aponta claramente no sentido de o preceito só reger quando os direitos do terceiro incidem sobre a coisa que é objecto dos dois negócios envolvidos na sua previsão. Em suma, estão em causa apenas direitos reais e não direitos pessoais.

Para além desta, duas limitações restringem ainda o âmbito de aplicação do art. 291.º, sendo uma relativa à natureza do negócio celebrado pelo terceiro e outra à natureza das coisas que ele tem por objecto. Assim, a tutela prevista neste preceito só tem aplicação quando a constituição ou a aquisição do direito, a favor de terceiro, for a título oneroso; logo, ficam excluídos os direitos adquiridos a título gratuito.

Também a letra da lei não deixa dúvidas quanto à limitação da tutela dos terceiros aos casos em que o seu direito recaia sobre coisas imóveis ou móveis sujeitas a registo[1]. Este aspecto do regime do art. 291.º coloca de imediato a necessidade da sua articulação com as regras do registo, porquanto na sua aplicação estão necessariamente em causa negócios jurídicos que nele têm de ser inscritos. Contudo, este ponto só resulta plenamente compreensível depois de conhecido o regime do art. 291.º; por isso, fica por ora em aberto, reservando a sua análise para momento mais avançado da exposição.

V. Fazendo a síntese dos pontos até agora adquiridos, deles resulta que o regime de eficácia retroactiva da invalidação do negócio jurídico funciona plenamente quanto a terceiros, se o seu direito for pessoal, adquirido a título gratuito e incidir sobre coisas móveis não registáveis.

---

[1] Assim, o interesse do terceiro, quando o seu direito incida sobre móveis não registáveis, só terá a tutela que resulte da usucapião, cujos prazos são aqui bastante curtos. Pires de Lima e Antunes Varela (*Código Civil*, vol. I, pág. 267) referiam também ser possível o recurso à impugnação pauliana, mas aí não está já em causa a invalidade do negócio.

Mas ainda quando se verifiquem os requisitos *contrários* a estes, a protecção do terceiro depende de outros, segundo o art. 291.º

Assim, só em relação aos terceiros de boa fé a retroactividade dos efeitos da declaração de nulidade ou da anulação do negócio sofre atenuações; relativamente aos terceiros de má fé tais efeitos são oponíveis sem restrições. Segundo o n.º 3 do art. 291.º, terceiro de boa fé é aquele que no momento da aquisição desconhecia, sem culpa, o vício causador da nulidade ou anulabilidade do negócio.

A boa fé do terceiro não é, porém, ainda requisito suficiente. Nos termos do n.º 2 do artigo em análise, tem de se levar em conta o momento em que é proposta e registada a acção de declaração de nulidade ou de anulação. Se este facto ocorrer dentro de três anos após a conclusão do negócio, os interesses de terceiro não merecem qualquer tutela e são afectados pela retroactividade dos efeitos da declaração da nulidade ou da anulação. Só quando a acção for proposta e registada para além daquele período, os efeitos da invalidade não são oponíveis a terceiros.

Finalmente, releva ainda o momento do registo da aquisição: a inoponibilidade que tem vindo a ser referida só se verifica se o registo da aquisição for anterior ao registo da acção de declaração da nulidade ou de anulação ou do acordo das partes sobre a invalidade do negócio.

Há uma nítida assimetria entre os n.os 1 e 2 do art. 291.º Com efeito, no n.º 1 considera-se relevante tanto o registo da acção de invalidade como o registo do acordo das partes sobre a invalidade; mas no n.º 2 apenas se refere a acção. Como decidir se houver registo do acordo «dentro dos três anos posteriores à conclusão do negócio»? Castro Mendes sustentava que o acordo é irrelevante perante terceiro, como *res inter alios acta*[1], mas não é esta solução a adequada ao regime fixado no n.º 1 do art. 291.º Com efeito, ao menos após o registo do acordo, se ele for anterior ao registo da aquisição, a invalidade é oponível ao terceiro, ainda que este esteja de boa fé.

Coloca-se, porém, aqui outra questão, ou seja, a de saber se no caso de o acordo ser registado no período do n.º 2 do art. 291.º, os terceiros não têm tutela, mesmo que a aquisição e o seu registo sejam anteriores. A resposta deve ser negativa, não só com base na diferença literal entre os n.os 1 e 2 do art. 291.º, mas por a solução contrária, sendo discutível no plano das regras de registo, se prestar a conluios entre as partes, em prejuízo do terceiro.

VI. Resumindo as sucessivas distinções feitas, delas resulta que os efeitos da declaração da nulidade ou da anulação do negócio só não são oponíveis a terceiro, quando se verifiquem, cumulativamente, os seguintes requisitos:

[1] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 311.

a) ser titular de um direito real;

b) ter esse direito sido adquirido a título oneroso;

c) o seu direito ter por objecto coisa imóvel ou coisa móvel sujeita a registo;

d) estar de boa fé;

e) a propositura e o registo da acção sobre a invalidade verificar-se para além de 3 anos após a conclusão do negócio;

f) ser o registo da aquisição anterior ao registo da acção ou do acordo sobre a invalidade do negócio.

Desde que falte qualquer destes requisitos, o direito do terceiro é afectado pela declaração da nulidade ou pela anulação do negócio, funcionando, portanto, o princípio da retroactividade anteriormente analisado.

VII. Conhecido o regime do art. 291.º, estão agora disponíveis elementos necessários para proceder à sua articulação com o do registo.

Rege, nesta matéria[1], o art. 17.º, n.º 2, do C.R.Pre., por força do qual o cancelamento do registo, emergente da sua anulação, não afecta os direitos de terceiros, desde que o seu registo seja anterior ao registo da correspondente acção e o terceiro esteja de boa fé e tenha adquirido a título oneroso.

Este regime aplica-se tanto quando o vício do registo seja de natureza substantiva como registal.

Fácil se torna verificar que a divergência entre o regime do art. 291.º do C.Civ. e o do art. 17.º, n.º 2, do C.R.Pre. reside na não consagração, neste, do *período de carência* de três anos naquele previsto.

Não é pacífica a posição da doutrina quanto ao modo de ultrapassar a divergência entre estes dois preceitos. A questão mostra-se ainda mais complexa se, como sustenta alguma doutrina[2], se pretender fazer a avaliação da maior ou menor gravidade dos vícios substantivos e de registo. Se o vício substantivo for o menos grave, não faria sentido estatuir o art. 291.º um regime mais exigente para a tutela do terceiro. Em redor de ideias deste tipo, sustenta-se que deve prevalecer o regime da lei de registo ou, pelo menos, limitar-se a aplicação do art. 291.º aos vícios de natureza substantiva[3].

Como mais detidamente defendido noutro estudo[4], não é irrelevante, na solução deste problema, a verificação do facto de o legislador do Código Civil ter abstraído da existência de registo, mesmo inválido, em relação a ***B***, na hipótese formulada neste número. Sendo assim, se ***C*** não puder invocar

[1] Há também a considerar o regime do art. 122.º do C.R.Pre., quanto aos efeitos da rectificação do registo.

[2] *Vd*. por todos, Isabel Pereira Mendes, *O Registo Predial*, pág. 46.

[3] Cfr. Oliveira Ascensão, *Reais*, págs. 371-379.

[4] *Lições de Direitos Reais*, págs. 150-152.

a existência de um registo, mesmo desconforme, em relação a ***B***, já se justifica a menor tutela que o art. 291.º lhe confere, quando confrontado com a emergente do art. 17.º, n.º 2, do C.R.Pre., que pressupõe a existência de tal registo.

Deste modo, o art. 291.º só se aplica no caso de ***C*** não se poder valer de um registo, mesmo inválido a favor de ***B***, entendimento este fortemente restritivo do seu campo de aplicação, sobretudo por efeito do princípio da *legitimação registal* introduzido pelo Código de Registo Predial vigente (art. 9.º).

SUBDIVISÃO II

Convalescença do negócio jurídico inválido

624. Modalidades

Por *convalescença* designa-se, genericamente, o fenómeno da sanação da invalidade do negócio jurídico[1].

A convalescença pode revestir várias modalidades e resultar de diversas causas. De um modo geral, quando ocorre, deixa de ser invocável o vício que afecta o negócio e, em consequência, a invalidade, pelo que aquele passa a poder subsistir na ordem jurídica. Correspondentemente, os seus efeitos, a partir da sua convalescença, podem produzir-se ou, caso isso viesse já a verificar-se, tornam-se definitivos, consolidam-se, perdendo o carácter precário que resultava da existência do vício. Os termos em que essa produção de efeitos ocorre varia em função da causa da invalidade.

Os casos de convalescença do negócio reduzem-se, fundamentalmente, às três seguintes modalidades: *validação, confirmação* e *caducidade* do direito de arguir o vício.

Nenhuma delas vale para a inexistência jurídica; por seu turno, sendo o negócio nulo, nem todas as modalidades de convalescença lhe são aplicáveis, ou seguem regime especial, como a exposição subsequente dará nota.

625. Validação

Há *validação*, *revalidação* ou *convalidação* do negócio (a terminologia é aqui *flutuante*), quando a existência do requisito de validade, cuja falta determinou o valor negativo, não era essencial no momento da sua celebração, sendo, por isso, a sua superveniente verificação ainda atendível; se ocorrer, valida o negócio, sanando a invalidade.

---

[1] Sobre a matéria desta Subdivisão, no domínio do Código Civil vigente, *vd*. I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 365-366; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 411 e segs.; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I., págs. 887-888; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 748-749 e 750-751.

Por outras palavras, isto significa que tal requisito podia deixar de existir no momento em que o negócio foi celebrado, sendo ainda relevante, para efeitos de fixação do seu valor, a verificação em momento ulterior.

Um exemplo esclarecedor desta convalescença encontra-se na venda de coisa alheia como própria, porquanto a falta de legitimidade negocial do vendedor determina a nulidade do negócio. O Código Civil estatui esse regime no art. 892.º; mas, se o vendedor vier a adquirir posteriormente a propriedade da coisa vendida, o contrato torna-se válido, como expressamente determina o art. 895.º do mesmo Código. E, segundo refere a parte final do preceito, a consequência imediata deste regime é a transferência da propriedade da coisa para o comprador, ou seja, a produção do efeito típico, por excelência, do contrato de compra e venda [art. 879.º, al. *a*), do C.Civ.].

Há, pois, em casos como este, uma clara validação e não deixa de ser interessante salientar que a epígrafe do citado art. 891.º usa uma das expressões que correntemente identificam este instituto: «convalidação do contrato». Como também resulta claramente deste exemplo, a validação do negócio consiste na eliminação do próprio vício (*in casu*, a falta de legitimidade), pela verificação superveniente do elemento em falta.

626. Caducidade do direito de arguir o vício

Outra forma de o negócio inválido passar a valer como se nele não ocorresse qualquer vício é a que resulta da *caducidade* do direito de arguir o vício ou de invocar a invalidade[1].

A invalidade confere a certa pessoa o direito potestativo de a invocar, a fim de obter a declaração de nulidade ou a anulação do negócio. Ora, em determinados casos, que constituem a regra em matéria de anulabilidade e a excepção no campo da nulidade, como antes exposto, o correspondente direito tem de ser exercido dentro de certo prazo estabelecido na lei. Ultrapassado este, o direito deixa de poder ser exercido, por ter caducado.

Verificada uma situação deste tipo, facilmente se compreende que tudo se passa como se não houvesse invalidade e o negócio não pode mais ser atacado com fundamento no vício que nele se verifica.

Houve, pois, por esta via, uma convalescença do negócio, cujos efeitos jurídicos se produzirão como se de um acto válido se tratasse. Em termos práticos, isso significa que se consolidam os efeitos que já se viessem produzindo e se podem produzir aqueles que estavam paralisados pela invalidade.

[1] Sobre esta matéria, cfr. Rui de Alarcão, *A Confirmação*, págs. 111 e segs.

627. Confirmação[1]

I. O caso mais importante de convalescença do negócio é o que se designa correntemente por *confirmação* e que o Código Civil vigente regula no art. 288.º Usa-se, também, por vezes, falar em *ratificação*, mas com impropriedade se se entender como sinónimo da confirmação[2].

A confirmação é *«o acto pelo qual um negócio anulável é declarado sanado pela pessoa ou pelas pessoas a quem compete o direito de o anular»*[3].

A confirmação é, em si mesma, um acto negocial[4], mais concretamente, um negócio unilateral, e assim se autonomiza da caducidade, pois nesta a convalescença do negócio é uma mera consequência do decurso do tempo. Esse negócio representa a realização da opção entre dois direitos potestativos que, em alternativa, a lei confere a certas pessoas: o de obter a anulação do negócio e o de o confirmar.

O que se deixa agora dito impõe, desde logo, outra nota do regime da confirmação. O poder de confirmar só há-de caber à pessoa a quem por lei é conferido o direito de anulação. Também neste campo é expresso o art. 288.º, n.º 2, do C.Civ.

Finalmente, interessa salientar um requisito de eficácia da confirmação referido no art. 288.º, n.º 2. Nos termos deste preceito, a confirmação só é eficaz quando o acto confirmativo for posterior à cessação do vício que constitui fundamento da anulação. Além disso, exige ainda esta norma que o autor da confirmação tenha conhecimento da existência do vício e do direito de anular o negócio.

Nos termos do n.º 4 do art. 288.º do C.Civ., a confirmação tem efeito retroactivo, isto é, o negócio confirmado é considerado como se fosse válido desde o momento da sua celebração. Esta eficácia retroactiva da confirmação é oponível a terceiros, como estatui expressamente aquele mesmo preceito.

II. No sistema jurídico português a confirmação é privativa dos negócios anuláveis[5], o que levanta duas questões.

---

[1] Sobre esta matéria, *vd*. o estudo de Rui de Alarcão que vimos citando *(A confirmação)*; cfr., ainda, L.-H. Clavería Gosálbez, *La Confirmación del Contrato Anulable*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1977.

[2] *Vd*. Rui de Alarcão, *A Confirmação*, págs. 96 e 114 e segs.; e Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 411-412.

[3] Rui de Alarcão, *A Confirmação*, pág. 91 (em itálico no texto).

[4] Aplica-se, assim, à confirmação muito do que foi exposto sobre os elementos, em geral, do negócio jurídico. A alguns destes problemas se refere o n.º 3 do art. 288.º do C.Civ.

[5] Não assim, por exemplo, no Direito alemão, ocupando-se o BGB, em preceitos separados, da confirmação do negócio nulo (§ 141) e do negócio anulável (§ 144). Cabe, porém, assinalar que o seu regime é diverso e que a confirmação do negócio nulo é vista como *nova celebração* do negócio.

A primeira respeita a saber qual a verdadeira configuração dogmática dos casos em que a lei fala de *confirmação* de negócios nulos. Exemplos desta formulação encontram-se nos arts. 968.º, 1939.º, n.º 2, 1941.º e 2309.º do C.Civ. O melhor entendimento é o de não reconduzir tal situação à configuração verdadeira e própria, como sustenta Rui de Alarcão[1].

A segunda questão é a de saber qual o valor do acto confirmativo de um negócio nulo, fora dos casos em que a lei expressamente admite essa via de sanação do vício. Já se deixa ver que, por vício do objecto, o acto confirmativo do negócio nulo é, também, em si mesmo, nulo. Com rigor, o que pode estar em dúvida, a este respeito, é se este acto é convertível, segundo o regime geral do art. 293.º

Não sendo aqui lugar para grandes desenvolvimentos, importa, contudo, afirmar a viabilidade, em princípio, desta aplicação da conversão comum, uma vez verificados, já se deixa ver, os requisitos enumerados naquele preceito. A eficácia sucedânea atribuída ao acto confirmativo (nulo) é a de *renovação* do negócio nulo que se intentava confirmar. Essa renovação não tem, em princípio, efeitos retroactivos à data da celebração do negócio nulo, não sendo, porém, de todo em todo inadmissível que tal eficácia exista, mas apenas *inter partes*[2].

[1] *A Confirmação*, vol. I, págs. 129 e segs. Oliveira Ascensão (*Teoria Geral*, vol. II, págs. 419-420), sem deixar de assinalar os diferentes termos em que o instituto se configura, nos negócios anuláveis e nos nulos, e algumas diferenças de regime, admite a confirmação como princípio geral, «quando a invalidade é estabelecida em benefício de sujeitos determinados».

[2] Sobre esta matéria, *vd*. o exposto em *A Conversão*, págs. 778-782.

SUBDIVISÃO III

Aproveitamento do negócio jurídico inválido

628. Generalidades[1]

I. A ideia de *economia* que justifica a consagração de certos meios técnicos para fazer convalescer o negócio anulável e, em certos casos, o nulo, manifesta-se ainda noutro tipo de situações que agora se passa a analisar.

Para além de múltiplos aspectos que a exposição subsequente permitirá estabelecer, uma patente diferença se pode, porém, de imediato descortinar.

Através dos meios estudados na Subdivisão anterior, o negócio inválido passa a comportar-se como se válido fosse e, como tal, é admitido a produzir os seus efeitos típicos. Diversamente, nos casos de *aproveitamento*, a ideia geral, que a eles preside, é a de o negócio, enquanto inválido, poder, mesmo assim, ser fonte de efeitos, aproveitando-se nele o que possa ser aproveitado. Esquematicamente, a título de aproximação ao problema, em certos casos, esse resultado obtém-se pela *extirpação* do que no negócio existe de viciado, noutros, pela *re-valoração dos* seus elementos *saudáveis*.

Por assim ser, é ajustado enquadrar os diversos institutos de que aqui se faz aplicação sob a designação comum de *aproveitamento do negócio jurídico inválido*. Convém, porém, ter presente não ser esta mais do que uma fórmula linguística, da qual se não pode partir para a construção dogmática dos institutos. Usa também falar-se, a este respeito, ainda que, por vezes, apenas em relação a um dos institutos em causa – a conversão –, *em conservação do negócio jurídico*[2], como manifestação de um princípio mais amplo que conduz à manutenção quanto possível do negócio inválido: o *favor negotii*.

---

[1] Sobre a matéria desta Subdivisão, para além de estudos adiante especificamente citados, *vd*. I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 370 e segs.; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 632 e segs.; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 420 e segs.; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I., págs. 878 e segs.; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 757 e segs.

[2] Sobre o princípio da conservação do negócio jurídico, *vd*. C. Grassetti, *Conservazione (Principio di)*, *in* ED, vol. IX (1961), págs. 173-176.

É, porém, menos adequada esta designação. O aludido princípio tem a sua sede própria em matéria de interpretação e, quando entendido num sentido amplo, abarca figuras muito diversas, nomeadamente as de sanação do negócio inválido.

II. É corrente na doutrina portuguesa reconduzir-se a matéria em causa, no problema em análise, a dois institutos, a *redução* e a *conversão* do negócio jurídico, e já foi estudada, em anteriores edições deste livro, a partir desse esquema. Uma análise mais cuidada, levou, porém, a entender que a questão é muito mais complexa e não pode ser estudada com base numa dicotomia.

Deste modo, sem entrar em desenvolvimentos excessivos para uma disciplina como a *Teoria Geral*, e antes próprios de estudos monográficos, aproveitando, ainda assim, a oportunidade para esclarecer a distinção entre invalidade total e parcial, na sistematização da matéria contrapõe-se, nas suas linhas essenciais, o regime *da invalidade parcial*, de que a redução é uma das manifestações, ao da *conversão* do negócio jurídico.

§ 1.º
A invalidade parcial

629. Colocação do problema

I. A orientação doutrinal e jurisprudencial que reconduz a redução do negócio jurídico à invalidade parcial e a conversão à invalidade total pode invocar a seu favor a configuração do tratamento destas matérias em Códigos Civis que, no seguimento do BGB (§§ 139 e 140), deram consagração genérica aos aludidos institutos, como acontece com o *Codice* (arts. 1419 e 1424) e o Código Civil português (arts. 292.º e 293.º).

No sistema jurídico português, o art. 292.º sugere mesmo, numa primeira análise, a identificação da redução com a invalidade parcial, o que, por exclusão de partes, liga a conversão à invalidade total. Este entendimento não é, porém, satisfatório, a vários títulos. Desde logo, ele pode sugerir a ideia de que certos vícios do negócio determinam a sua invalidade total e outros a invalidade parcial. Todavia, elementos já neste momento adquiridos permitem facilmente verificar que nada obsta a que o mesmo vício gere valores negativos de regime diverso. Basta pensar no que se passa com a condição nula, por falta de idoneidade (arts. 271.º e 2230.º do C.Civ.). Por outro lado, tomada muito à letra, a recondução da redução à invalidade parcial significaria apenas que ela se verifica quando a invalidade é parcial e esta

existe quando o negócio é redutível. Mais relevante, porém, é o argumento, segundo o qual a análise do regime da invalidade mostra haver casos de subsistência parcial do negócio, que, quando devidamente enquadrados, não são de redução *proprio sensu*.

Sustenta-se, por tudo isto, que a interpretação correcta do art. 292.º lhe atribui um alcance muito diverso do acima referido, limitando-se a estabelecer a opção, ao alcance do legislador, entre dois regimes para o negócio inválido, traduzidos nas seguintes fórmulas: *vitiatur sed non vitiat* e *vitiatur et vitiat*. De acordo com a primeira, o vício só opera a invalidade do elemento negocial por ele afectado, não se comunicando a todo o negócio; por força da segunda, todo o negócio é posto em causa. Ao adoptar a primeira, em sede de redução, a lei portuguesa estabeleceu uma *presunção de divisibilidade* do negócio inválido.

II. A exposição subsequente pretende demonstrar que a subsistência parcial do negócio nem sempre implica a sua redução, ou seja, tal como é, por vezes, entendida, a pura e simples eliminação da parte do negócio sobre que o vício se projecta.

Para tanto, identificam-se certos institutos em que o negócio não subsiste tal qual as partes o celebraram, sem que isso signifique que se mantém amputado do seu elemento viciado, por a *lacuna* criada pela sua eliminação ser preenchida mediante o recurso a normas legais, que tanto podem ser imperativas como dispositivas. A indagação destas matérias determina a necessidade de retomar institutos abordados a respeito do papel da lei na formação do conteúdo do negócio jurídico, tomados agora sob perspectiva diferente.

630. Invalidade parcial e eficácia mediata de normas imperativas

I. Parte-se, nesta primeira situação, de ideias adquiridas sobre a *função negativa* e *positiva* das normas imperativas. Decorre da primeira a invalidade total do negócio ou, pelo menos, a invalidade e correspondente eliminação de alguns dos seus elementos. Embora esta solução se compreenda, ela apenas consegue evitar a subsistência de um regime negocial não conforme à estatuição legal imperativa, mas não assegura a realização dos critérios que presidiram à solução legal. Esta só se alcança se, em lugar da cláusula negocial inválida, se aplicar o regime da lei.

A doutrina italiana, a coberto do art. 1339 do *Codice*, que permite o recurso, nos termos enunciados, ao conteúdo da norma imperativa, para preencher o vazio criado pela eliminação da cláusula negocial *desconforme*, fala, a este respeito, em *inserção automática de cláusulas* ou em *substituição de cláusulas*.

É este fenómeno que se identifica por *eficácia mediata de normas imperativas*, por parecer mais correcta e adequada esta designação[1].

II. Não existe no Código Civil português qualquer preceito genérico correspondente ao do *Codice*, mas nem por isso o fenómeno é desconhecido do sistema. Bem pelo contrário, podem identificar-se naquele diploma legal vários preceitos, cujo regime, em geral qualificado pela própria lei e pela doutrina portuguesa como de redução ou, mesmo, quanto à doutrina, de conversão, envolve, bem vistas as coisas, uma eficácia mediata de normas imperativas.

Já houve oportunidade de as identificar a propósito do papel das normas jurídicas na formação do conteúdo do negócio; retoma-se, por isso, agora, mais de espaço, um exemplo significativo, na perspectiva que releva para o regime da indalidade.

Segundo os n.os 1 e 2 do art. 1146.º do C.Civ., aplicável «a toda a estipulação de juros ou quaisquer outras vantagens em negócios ou actos de concessão, outorga, renovação, desconto ou prorrogação do prazo de pagamento de um crédito e em outros análogos» (por força do art. 559.º-A), é havido como usurário o contrato de mútuo em que se fixe taxa de juro ou cláusula penal que exceda certos limites máximos que nesses preceitos se prevêem. «Se a taxa de juros estipulada ou o montante da indemnização exceder o máximo fixado nos números precedentes», diz o n.º 3 daquele artigo, «considera-se reduzida a esses máximos, ainda que outra seja a vontade dos contraentes». Isto é, a cláusula usurária é eliminada, mas o correspondente mútuo nem passa a ser gratuito, nem lhe é aplicável a taxa supletiva de juros legais. Vale o juro máximo permitido, imperativamente fixado na lei.

Para além dos aspectos específicos de cada caso, algo de comum se pode assinalar em vários preceitos que estabelecem soluções deste tipo. Há sempre uma fixação imperativa de limites máximos à livre estipulação das partes, que, a serem excedidos, implicam invalidade – em regra, nulidade – da correspondente cláusula. Esta invalidade não envolve, porém, a sua simples eliminação; passa a valer, em lugar da estipulação nula, a estatuição norma-

[1] Por evitar o uso, que se considera menos correcto, da palavra *cláusula* por referência a uma norma legal (*cláusula legal*, por contraposição a *cláusula negocial*). A designação acolhida no texto é mais adequada quando assinala que a eficácia da norma imperativa *é mediata*, por pressupor «a *mediação* do negócio jurídico, ou seja, que esses efeitos não decorrem de *modo directo* da lei. Bem pelo contrário, o conteúdo do comando normativo só se torna efectivo quando exista uma manifestação de vontade negocial das partes, ainda que *desconforme*. Diversamente se passam as coisas noutros casos em que a eficácia da norma é *imediata*, como acontece na produção de *efeitos legais*, em que não releva a vontade privada, se considerada na perspectiva da estrutura do facto que integra a previsão normativa». A fórmula adoptada é também mais ampla, porquanto permite abarcar as várias modalidades desta intervenção da norma imperativa no conteúdo negocial que, por vezes, a doutrina italiana distingue (cfr. *A Conversão*, pág. 539).

tiva, segundo o limite máximo admissível, tido pelo legislador como o mais adequado à justa composição dos interesses envolvidos no negócio. Se assim não fosse, a simples invalidade da cláusula viciada podia até ter o efeito *perverso* de, na parte em que o negócio é válido, subverter o equilíbrio de interesses que presidiu à sua celebração, em prejuízo, mesmo, da parte que a norma imperativa pretendeu tutelar.

III. No fenómeno identificado sob a designação de *eficácia mediata de normas imperativas*, há, sem dúvida, uma invalidade parcial, porquanto um dos elementos do negócio é eliminado. Mas não há simples redução, pois o lugar dessa cláusula *é automaticamente* ocupado pela estatuição da norma imperativa violada.

631. Invalidade parcial e integração

I. Situação de invalidade parcial próxima da anterior, mas demarcando-se dela, bem como da verdadeira e própria redução, verifica-se em certos casos de integração do negócio jurídico.

O fenómeno tem uma aplicação paradigmática no regime das cláusulas contratuais gerais (arts. 9.º e 13.º da LCCG), mas fora já identificado por C. Mota Pinto, a respeito do regime particular dos contratos de adesão[1].

De comum aos dois preceitos citados, há o facto de estarem em causa cláusulas contratuais gerais proibidas, por violação dos arts. 8.º ou 15.º e seguintes do mesmo diploma legal, e de, em regra, ser do interesse do aderente, não a invalidade total do contrato, mas a sua manutenção[2].

Atendendo a esse interesse, do n.º 1 do art. 9.º e do n.º 2 do art. 13.º do citado diploma legal resulta que se mantém o contrato, *funcionando*, em lugar da cláusula violadora, as normas supletivas aplicáveis, mas podendo ainda recorrer-se, se necessário, «às regras de integração do negócio jurídico».

II. Também aqui, por vezes, se fala em redução do negócio jurídico e, mesmo, na sua conversão[3], mas o fenómeno é outro.

Havendo manutenção do contrato, pois é esta a hipótese que importa, verifica-se uma invalidade parcial, porquanto a cláusula viciada não deixa de ser eliminada. Contudo, o negócio não se pode manter sem essa cláusula,

[1] *Teoria Geral* (3.ª ed.), pág. 627. Como este A. assinalava, a aplicação das normas supletivas em lugar de cláusula nula é a solução que acautela o «interesse da parte que não elaborou os dispositivos contratuais», sendo esse também o «interesse que está na base da nulidade das cláusulas» (ob. cit., págs. 629-630).

[2] Cfr., a este respeito, Almeida Costa e Menezes Cordeiro, *Cláusulas Contratuais Gerais*, pág. 28.

[3] Cfr. Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho*, pág. 648.

impondo-se colmatar a *lacuna* criada pela sua eliminação com recurso às regras da integração negocial, com prevalência, neste caso, da aplicação das normas supletivas, quando possível.

No fundo, estando em causa saber se um vício deve ou não afectar todo o negócio, o legislador considera preferível a solução de invalidade parcial ou, pelo menos, reconhece a uma das partes a faculdade de por ela optar; tal não é, porém, possível sem se suprir a falta da cláusula inválida. A tutela dessa parte só se obtém mediante o recurso a normas supletivas aplicáveis em lugar das cláusulas proibidas, ou, em última solução, segundo o regime da integração negocial. Qualquer destas soluções apresenta-se, assim, nestes casos, como meio de assegurar a eficácia invalidante parcial do vício.

III. Mais uma vez, portanto, uma invalidade parcial se não identifica com a redução em sentido próprio. A situação também se demarca da que ocorre na eficácia mediata de normas imperativas, ao que não é alheio o facto de as normas jurídicas em causa terem, umas, natureza injuntiva e, outras, supletiva. Para além disso, a eficácia mediata da norma injuntiva assegura sempre a manutenção do negócio, não se levantando aqui um verdadeiro problema de integração, nem fazendo sentido o recurso a qualquer dos elementos previstos no art. 239.º do C.Civ., pois sobre eles prevalece a *vontade normativa*.

Ao contrário, no caso agora em análise, cria-se uma *lacuna* negocial, no sentido de a produção dos efeitos do acto, segundo a regulamentação concreta das partes, tornar necessária a descoberta, pela aplicação das normas supletivas ou pela integração, de um comando que tome o lugar da cláusula afectada. Por assim ser, não está assegurada a identidade *qualitativa* do conteúdo integrado, que se verifica na eficácia mediata de normas injuntivas, podendo dar-se o caso de a *cláusula integrada* não se harmonizar com o restante conteúdo do negócio e conduzir a distorções juridicamente indesejáveis: indeterminação insuprível, quanto a aspectos essenciais, do conteúdo negocial, desequilíbrio do mesmo gravemente atentatório da boa fé. Se assim acontecer, a solução que tem vindo a ser identificada não é possível e o negócio torna-se totalmente nulo, a menos que seja ainda viável a sua redução (arts. 9.º, n.º 2, e 14.º da LCCG).

A previsão legal de, assim, como *ultima ratio*, funcionar a redução revela, só por si, não ser este instituto que primeiramente está em causa.

632. A redução como modalidade da invalidade parcial

I. A exposição anterior permitiu identificar, na invalidade parcial, situações em que a manutenção do negócio, sem a parte viciada, só se torna possível por o *lugar* assim deixado vago ser preenchido, embora por vias

diferentes, pelo funcionamento automático de normas imperativas ou por recurso às regras da integração negocial.

Para além destes, ocorrem casos de invalidade parcial em que opera efectivamente a redução e nos quais o negócio viciado subsiste sendo pura e simplesmente eliminado um dos elementos do seu conteúdo.

Alguma doutrina, porém, fundada por vezes em textos romanos, que se vêem como antecedentes históricos da figura[1], estabelece ainda uma contraposição entre o campo de aplicação do princípio *utile per inutile non vitiatur*, segundo o qual a parte não viciada do negócio não é afectada pela parte viciada, e o campo de aplicação da redução *proprio sensu*.

II. Por uma ou por outra via[2], distinguem-se, então, na invalidade parcial, duas modalidades diferentes. Numa delas, correspondente ao aludido princípio, o negócio é dividido em dois grupos de cláusulas, mantendo-se umas e eliminando-se outras. Na redução, como claramente expunha Paulo Cunha, «o fenómeno é outro: é da própria cláusula ilegal (ferida de invalidade portanto) que se extrai, por via de redução de quantitativo, uma cláusula já em harmonia com a lei»[3].

Haveria assim que demarcar uma in*validade parcial qualitativa*, em que não estava assegurada a identidade do conteúdo do negócio, pois uma parte dele era eliminada, e uma *invalidade parcial quantitativa*, sendo esta a correspondente à redução.

III. A importância das distinções acima referidas é sobretudo a de chamar a atenção para os diversos modos por que os vícios atacam o conteúdo do negócio, incidindo, por vezes, sobre *cláusulas autonomizáveis*, enquanto noutras interferem com *aspectos quantitativos* dos efeitos emergentes do negócio. Por isso, na primeira hipótese, tendo a cláusula viciada autonomia que não existe no efeito excessivo do negócio, a invalidade parcial opera por *eliminação*, enquanto, na segunda hipótese, *se reduz* esse efeito excessivo.

Esta distinção não corresponde, porém, a uma diferença substancial, na base da qual se deva demarcar em termos consistentes o efeito parcial da redutibilidade. Em qualquer das hipóteses coloca-se a mesma questão fundamental, qual seja a de saber se o vício referente a um elemento – *material* ou *idealmente* autonomizável no negócio – deve ou não gerar invalidade total.

---

[1] Note-se que, em rigor, o texto de Ulpiano (D.45.1.1.5), a este respeito invocado, se refere a duas *stipulationes* e não a dois elementos distintos de um mesmo acto: *nam si tot sunt stipulationes, quot corpora, duae sunt quodammodo stipulationes, una utilis, alia inutilis, neque vitiatur utile per hanc inutilem*.

[2] Para desenvolvimentos, *vd*. o est. *A Conversão,* págs. 551 e segs., e autores aí citados.

[3] *Direito Civil*, vol. II, págs. 309 e nota (1).

Importa apenas «distinguir duas modalidades de redução: a *qualitativa*, que se verifica quando a invalidade parcial do negócio envolve a supressão da cláusula que o vício afecta (*v.g., redução* por eliminação da cláusula contrária à redutibilidade da cláusula penal *excessiva*, C.Civ., art. 812.º, n.º 1, *in fine*); a *quantitativa*, hipótese em que a estipulação negocial se mantém, mas são limitados os seus efeitos na parte em que se têm por excessivos (por exemplo, *redução* da deixa sucessória inoficiosa – arts. 2169.º e segs. do C.Civ.)»[1].

IV. Em suma, decorre da exposição anterior que a redução se caracteriza como uma das manifestações da invalidade parcial, verificando-se quando a eficácia invalidante de vícios do negócio permite a subsistência deste, segundo a ordenação de interesses estabelecida pelas partes, mediante a eliminação de um dos elementos do seu conteúdo, ou com limitação, no plano quantitativo ou temporal, dos seus efeitos.

Deste modo, a redução demarca-se de outros fenómenos de invalidade parcial do negócio jurídico, conduzindo sempre à manutenção do seu conteúdo, embora *reduzido*, nos termos expostos.

Para tal solução ser possível, torna-se necessário que a restrição da invalidade a certa cláusula permita que a *parte sã* do negócio assegure a realização da intenção prática que determinou as partes à sua celebração. Uma forma corrente de traduzir esta ideia é a de afirmar que a redução implica a *divisibilidade* do negócio jurídico. O problema está em saber quando se deve considerar que o negócio é divisível. Esta, porém, é já uma questão que respeita ao regime da redução, segundo o Direito positivo, problema que se passa agora a analisar.

A questão que acaba de se identificar pode, contudo, situar-se num plano pré-legislativo, estando então em causa saber se deve *favorecer-se* ou não a redução do negócio. Numa apreciação sucinta, a favor da divisibilidade do negócio pode invocar-se o argumento de ela se apresentar como a mais consentânea com o amplo reconhecimento dado à autonomia privada em sistemas jurídicos como o português. Quando essa solução se não harmonize com os termos concretos do negócio ou com as circunstâncias da sua celebração, tal envolve o apuramento de uma vontade conjectural contrária à redução, devendo caber a quem se quer valer da invalidade total a prova de a manutenção parcial do negócio não assegurar a função que os seus autores visavam ao celebrá-lo, pelo que não o teriam feito sem a parte viciada.

[1] Cfr. *A Conversão*, págs. 555-556.

633. Regime jurídico da redução

I. A admissibilidade da redução do negócio jurídico constituía questão controvertida no domínio do Código Civil de Seabra[1], por este não conter um preceito que, no plano geral, admitisse ou rejeitasse tal instituto, ainda que algumas aplicações concretas dele se pudessem identificar. A questão está hoje ultrapassada em face do regime estabelecido no art. 292.º do C.Civ.

As considerações anteriores permitem agora afirmar, sem mais desenvolvimentos, que o art. 292.º do C.Civ. resolve a questão da *divisibilidade* do negócio jurídico no sentido de, em princípio, o vício relativo a um dos seus elementos não afectar os demais. Este regime aplica-se tanto no caso de o valor negativo do negócio ser a nulidade como a anulabilidade[2/3].

O princípio favorável à redução estabelecido no art. 292.º não tem aplicação, quando, como diz a parte final do preceito, «se mostre que este [o negócio] não teria sido concluído sem a parte viciada».

Em que termos se deve entender esta restrição?

II. Primariamente, importa dizer que releva, neste domínio, a vontade hipotética ou conjectural das partes, atendendo-se, portanto, não ao que elas quiseram efectivamente *(vontade real)* no momento da celebração do negócio, nem ao que elas querem actualmente [*vontade real actual*[4]], mas sim ao que elas teriam querido se se tivessem apercebido de o acto ser inválido e não poder subsistir na sua integralidade.

---

[1] Sobre este ponto, no domínio desse Código, *vd*. Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 427 e segs.; Cabral de Moncada, *Lições*, vol. II, pág. 412 e nota (1); I. Galvão Telles, *Manual*, (3.ª ed.), págs. 341 e segs.; e Anselmo Vaz, *A Conversão e a redução dos Negócios Jurídicos*, sep. ROA, ano 5 (1949), n.os 1 e 2.

[2] A solução do legislador português é a tradicional e foi também acolhida pelo art. 1419 do *Codice*, segundo o qual a invalidade parcial só afecta todo o negócio «se resulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità»; e pelo art. 20.2 do OR, onde se estabelece que a nulidade de certas cláusulas só estas afecta, «a moins qu'il n'y ait bien d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans elles». Contrariamente ao sentido da velha máxima *utile per inutile non vitiatur*, consagra o § 139 do BGB uma solução fundada na presunção de indivisibilidade do negócio, uma vez que a redução só tem lugar se se provar que o acto inválido teria sido celebrado sem a parte inválida («ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, das es auch ohne den nichtigen Teil vorgenomen sein würde»).

[3] É manifesto que, definindo o legislador uma presunção favorável ou contrária à redução, sempre está em causa um problema de ónus da prova, só que a sua repartição é diferente, em cada um desses casos. No regime do Código Civil, quem se oponha à redução tem de provar uma vontade conjectural a ela contrária.

[4] Esta vontade pode relevar, como já demonstrado noutro local, mas para o efeito de celebrar novo negócio; esta é, porém, situação substancialmente diversa da que se está a analisar.

O apuramento dessa vontade tem de fazer-se casuisticamente, levando em conta as particularidades de cada caso concreto, não sendo aqui de aplicar os critérios próprios da interpretação do negócio[1].

A vontade hipotética ou conjectural das partes pode dirigir-se em dois sentidos opostos: ser conforme à redução, ou seja, as partes quereriam o negócio amputado do seu elemento inválido; não ser conforme à redução, ou seja, as partes não quereriam o negócio sem o elemento viciado. Como decidir, porém, se houver dúvidas quanto ao conteúdo da vontade conjectural?

Funciona nestes casos o critério adoptado pelo Direito positivo. Deste modo, uma vez que, segundo o art. 292.º do C.Civ., a redução só não se verifica quando se prove uma vontade hipotética ou conjectural que a ela se oponha, na dúvida sobre o seu conteúdo, o negócio reduz-se.

A este regime fazia C. Mota Pinto algumas reservas, sustentando ser admissível a redução, ainda que a vontade hipotética ou conjectural a ela seja contrária, em certos casos específicos, a saber:

a) «quando a invalidade parcial resultar da infracção de uma norma destinada a proteger uma parte contra a outra», situação exemplificada em situações de invalidade por ofensa do disposto nos arts. 64.º, n.º 1, e 68.º, n.º 2, do RAU ou do art. 1146.º do C.Civ.;

b) «quando, verificada a invalidade parcial, seja *conforme à boa-fé*, numa apreciação actual, que o restante conteúdo do negócio se mantenha, ainda que a vontade hipotética, reportada ao momento da conclusão do negócio, fosse diversa», posição que se pode apoiar no regime dos arts. 239.º, 762.º e mesmo na cláusula geral do abuso do direito;

c) «nos *contratos de adesão*, verificada a nulidade de certas cláusulas por violarem proibições legais», com um regime especial, como o previsto nos arts. 13.º e 14.º da LCCG;

d) regime específico dirigido à tutela do consumidor (art. 16.º, n.º 3, da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho – Lei de Defesa do Consumidor; cfr., art. 10.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril)[2].

Quanto ao regime do art. 1146.º, deve ser-lhe dado outro enquadramento dogmático, como atrás demonstrado[3].

Resta, pois, saber qual o papel reservado à boa fé, em face do regime estatuído no art. 292.º do C.Civ.. C. Mota Pinto, como resulta da exposição anterior, admitia a prevalência da boa fé sobre a vontade conjectural contrária à redução, solução também defendida por Menezes Cordeiro[4]. Em sentido contrário manifesta-se Oliveira Ascensão[5].

---

[1] Cfr., neste sentido, C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, pág. 634 e nota (870).

[2] T*eoria Geral*, págs. 636-639 (os itálicos estão no texto).

[3] Cfr., *supra*, nº 630, II.

[4] *Tratado*, vol. I, T. I., págs. 879-880.

[5] *Teoria Geral*, vol. II, págs. 424.

Não levanta dúvidas a aceitação, em matéria de redução, de uma aplicação específica do princípio geral da boa fé, de que certos preceitos citados por C. Mota Pinto constituem outras manifestações.

III. A *divisibilidade* do negócio jurídico que preside ao regime do art. 292.º do C.Civ. interfere com o ónus da prova em sede de redução, mas não releva significativamente para a sua invocação.

Assim, como atrás exposto, é à parte interessada na invalidação do negócio que cabe fazer invocar que a vontade conjectural das partes é contrária à redução, ou que esta ofende o princípio da boa fé.

Mas a redução não é de conhecimento oficioso do juiz, cabendo à parte que a pretende obter invocá-la em juízo, independentemente de o negócio ser anulável ou nulo. No sentido de, neste caso, ser admitido o conhecimento oficioso pronunciam-se Oliveira Ascensão[1] e P. Pais de Vasconcelos[2], com fundamento na possibilidade de conhecimento oficioso da nulidade: apurada oficiosamente a nulidade do negócio, o juiz deve reduzi-lo, a menos que se mostre que ele não teria sido celebrado sem a parte viciada.

Todavia, o já citado regime estabelecido no art. 3.º, n.º 3, do C.P.Civ., imposto pelo princípio do contraditório, restringe este entendimento, porquanto não tendo sido invocadas a nulidade do negócio e a sua redução, o juiz não poderá conhecer da redução sem dar às partes a oportunidade de sobre tais matérias se pronunciarem.

634. Redução comum e redução legal

I. A redução verdadeira e própria, como modalidade da invalidade parcial, que opera por força do art. 292.º e segundo o regime nele estatuído, diz-se, segundo uma terminologia paralela à adoptada também em sede de conversão, *redução comum*. Mas acontece que, por vezes, o legislador determina, concretamente, para certos actos inválidos, a redução do negócio. A redução opera então por força da lei e, na generalidade dos casos, com dispensa do apuramento do conteúdo da vontade conjectural das partes. Fala-se em *redução legal*.

Foram já identificadas várias hipóteses de redução legal no Código Civil, como seja em matéria de condição ou de modo ilícitos ou impossíveis (arts. 271.º, n.º 2, e 2230.º, por um lado, e arts. 967.º e 2245.º, por outro). Sem pretensão de esgotar a matéria, pode ainda apontar-se o regime de invalidade de certas disposições testamentárias (arts. 2186.º, 2192.º, n.os 1 e 2, e 2194.º).

[1] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 423.
[2] *Teoria Geral*, pág. 758.

II. A redução comum e a redução legal devem ser vistas como duas figuras autónomas e não como modalidades ou espécies de um género comum. Sem prejuízo de o seu esquema de funcionamento ser muito próximo – *eliminação* ou *redução* de cláusulas inválidas –, as razões que determinam os seus regimes são bem diversas.

Na redução comum prevalece a *economia* do negócio, tal como as partes o quiseram, pelo que os efeitos produzidos pelo que do negócio restar são ainda negociais, cobertos pela autonomia privada. Pelo contrário, na redução legal, prevalece o que, segundo uma valoração objectiva feita pelo legislador, é tido como a solução mais ajustada, em abstracto, segundo critérios objectivos, perante o conflito de interesses envolvido no negócio. Está em causa, não a *justiça do contrato*, mas a *justiça objectiva*. Os efeitos produzidos não podem, pois, em rigor, ter-se como cobertos por um preceito da autonomia privada, antes decorrem da lei: são efeitos legais, embora pressuponham a *mediação* de um negócio jurídico.

A *redução legal* aproxima-se, pois, por esta nota, da eficácia *mediata das normas imperativas*, não só por também esta ser uma modalidade de invalidade parcial, como, sobretudo, por operar, de igual modo, *ope legis*; mas separa-se dela pelo facto de, por força da lei, determinar a *eliminação* ou *redução* de um elemento viciado do negócio, subsistindo este quanto aos restantes não atacados pelo vício, o que, como ficou demonstrado, não ocorre na eficácia mediata das normas imperativas.

Razões da mesma ordem, isto é, ligadas ao seu fundamento legal, aproximam também a redução legal da conversão legal. A contraposição entre estas duas figuras estabelece-se em termos equivalentes aos que separam a conversão comum da redução comum, adiante expostos.

§ 2.º
A conversão do negócio jurídico

635. Breve nota histórica; colocação do problema

I. O art. 293.º do C.Civ. consagra, em termos gerais, o instituto da conversão do negócio jurídico, seguindo, assim, o exemplo, de vários Códigos Civis europeus: BGB, § 140, C.Civ.gre., art. 182, C.Civ.it., art. 1424; mais recentemente, o Novo Código Civil holandês (NBW) engrossou esta lista, ao admitir genericamente a conversão no art. 42.º do seu Livro 3[1].

[1] Sobre a matéria da conversão, além dos manuais de *Teoria Geral* que têm vindo a ser citados e de estudos adiante referidos, *vd.*, para uma primeira abordagem do tema, Teresa Luso Soares,

A primeira nota a salientar é a de esta solução legislativa ter resolvido os problemas que ao reconhecimento do instituto se levantaram à jurisprudência e à doutrina nacionais na vigência do Código Civil de Seabra, que não continha qualquer norma no sentido da sua consagração genérica.

Cabe, contudo, assinalar que a corrente doutrinal então largamente dominante era favorável ao seu reconhecimento genérico, quer com base em considerações de ordem geral sobre a sua harmonia com o sistema, quer invocando algumas manifestações concretas da figura[1], que, em alguns casos, hoje se diria serem aplicações da conversão legal. Manifestaram-se, neste sentido, Anselmo Vaz[2] e Eduardo Correia[3], autores de estudos monográficos do instituto, e, em obras de carácter geral, Cunha Gonçalves, Paulo Cunha, Manuel de Andrade, Cabral de Moncada, I. Galvão Telles e Dias Marques, entre outros[4].

Também a jurisprudência, no domínio do velho Código, se mostrava favorável ao reconhecimento da conversão, embora nem sempre a admitisse como instituto de carácter geral[5].

Deste modo, o texto proposto por Rui de Alarcão para consagrar genericamente a conversão no seu Anteprojecto para o novo Código Civil[6] foi admitido sem levantar dúvidas e consagrado sem alterações significativas[7].

II. A conversão, tal como ela é conhecida, actualmente, na generalidade dos sistemas jurídicos europeus continentais, mesmo naqueles em que os respectivos Códigos Civis não a consagram genericamente[8/9], é uma criação da doutrina germânica da segunda metade do século XVIII, muito embora, como seria de esperar na época, os seus defensores se preocupassem em encontrar, para a nova figura, raízes no Direito romano, com discutível rigor[10].

A Conversão do Negócio Jurídico. Para maior desenvolvimento, no Direito português, o nosso cit. est. *A Conversão*; no Direito alemão, C. Krampe, *Die Konversion des Rechtsgeschäfte;* no Direito italiano, R. Bigliazzi-Geri, *Conversione dell'atto giuridico*, *in* ED, vol. X (1962), págs. 528-541. No Direito Comparado, E. Gandolfi, *La Conversione dell'atto invalido*, 2 vols., Milano, Dott. A Giuffrè Editora, 1984 e 1988.

[1] Invocavam-se, em geral, o art. 626.º, § 2.º, do C.Com. (ainda hoje em vigor) e vários preceitos do C.Civ.67 (nomeadamente, arts. 1457.º, 1707.º, 1755.º, § único, 1801.º, 1804.º e 1869.º).

[2] *A Conversão e a Redução dos Negócios Jurídicos*, sep. ROA, págs. 37 e 46-47.

[3] *A Conversão dos Negócios Jurídicos Ineficazes*, *in* BFD, vol. XXIV (1948), págs. 375-376.

[4] Cfr., a este respeito, o nosso est. *A Conversão,* págs. 145-152 e 182-187.

[5] Cfr. I. Galvão Telles, *Manual*, (3.ª ed.), nota (1) da pág. 347.

[6] *Invalidade dos Negócios Jurídicos*, *in* BMJ, n.º 89.º, pág. 260, e, *Do Negócio Jurídico*, *in* BMJ, n.º 105.º, pág. 278.

[7] Cfr., sobre este ponto, o nosso cit. est. *A Conversão,* págs. 187-190.

[8] É o caso dos Direitos espanhol, austríaco e suíço; cfr., a este respeito, nosso cit. est. *A Conversão*, págs. 207 e segs.

[9] Quanto ao Direito francês, no qual a conversão nunca penetrou significativamente, perfilando-se como um *instituto desconhecido*, *vd*. o exposto *in A Conversão*, págs. 141-144 e 201-207.

[10] É muito controverso o sentido de vários textos romanos, favoráveis uns, desfavoráveis outros *à conversão*; não parece poder-se ir além de dizer que os juristas romanos foram sensíveis ao

A primeira monografia conhecida que lhe é dedicada, da autoria de Harpprecht, Professor em Tübingen, data de 1747. O instituto foi, posteriormente, acolhido pela doutrina pandectista, sendo objecto de alguns estudos monográficos, que a trabalharam, a desenvolveram e a divulgaram, a ponto de, em meados do século XIX, merecer referências em diplomas legislativos, que são antecedentes do BGB. Foi, porém, com o Código Civil alemão que a figura ganhou a projecção que explica, pela larga influência deste diploma e da doutrina alemã, a sua futura difusão em vários sistemas jurídicos europeus.

III. Não sendo aqui lugar próprio para desenvolvimentos, cabe dizer que nos trabalhos preparatórios do BGB, por influência de Goldschmidt e Zitelmann, se verificou uma mudança de concepção da figura, que na doutrina pandectista era ligada à vontade real, embora eventual, dirigida à transformação do negócio, passando a fundar-se numa vontade conjectural ou hipotética das partes. Segundo o § 140 do BGB, dá-se a conversão se um negócio jurídico nulo corresponder aos requisitos de outro negócio, valendo então este último, quando seja de admitir que ele, se fosse conhecida a nulidade, teria sido querido pelos autores do negócio nulo.

Esta formulação influenciou o art. 1424 do Código Civil italiano vigente e, através dele, o art. 293.º do C. Civ.

IV. O art. 293.º do C.Civ., para além de alguns pontos de pormenor, que atendem a certas questões entretanto levantadas na doutrina, traduz o pensamento dominante sobre a configuração do instituto. Assim, desde logo, a conversão é um instituto próprio dos negócios jurídicos nulos ou anulados. Estes podem converter-se *noutro negócio*, de tipo ou conteúdo diferente, do qual o negócio viciado contenha os requisitos de substância e de forma, «quando o fim prosseguido pelas partes permita supor que elas o teriam querido, se tivessem previsto a invalidade».

Num exemplo simples, se for celebrado, por simples documento particular, um contrato de compra e venda de um prédio rústico, este é nulo por falta de forma. Dando como verificados os requisitos do art. 293.º, e segundo o entendimento corrente, a conversão permite fazer valer *outro negócio*, no caso um contrato-promessa de compra e venda do referido prédio.

---

problema da conversão, como meio de obviar à rigidez do regime de nulidade dos actos jurídicos, que tendia para a sua inutilidade: *quod nullum est, nullum producit effectum*.

V. Segundo esta concepção, largamente dominante na doutrina[1] e que em tempo também perfilhámos[2], na conversão há dois negócios jurídicos: o inválido e aquele em que este se converte, embora este, segundo a lei portuguesa, possa ser de tipo ou de conteúdo diferente do negócio inválido. O *novo negócio*, correntemente designado como *sucedâneo, é construído* com os elementos saudáveis do inválido.

Partindo desta ideia, um dos problemas que a doutrina coloca é o de saber se o negócio sucedâneo deve ter ou não por objecto o mesmo bem a que se referia o negócio inválido. A este respeito, o melhor entendimento vai no sentido de uma resposta negativa. Como refere C. Mota Pinto, basta que o negócio sucedâneo se mantenha «dentro do domínio negocial traçado pelas partes»[3].

VI. Um exame mais aprofundado da matéria levou-nos a alterar significativamente esta construção clássica da conversão. Limitando aqui a exposição ao essencial, passam a ser enunciadas as linhas básicas da nova posição adoptada no que releva para a compreensão da forma como deve ser interpretado o art. 293.º do C.Civ. e estabelecido o regime jurídico da conversão.

636. Construção jurídica da conversão

I. Uma das questões desde sempre envolvidas na configuração jurídica da conversão e no seu regime é a de saber a que título um negócio inválido pode valer como *negócio diferente*. Como é manifesto, este problema ganhou novos contornos quando a doutrina se apercebeu de que, para ser operacional e se configurar como instituto autónomo, a conversão tinha de se desligar de uma vontade real, muito embora eventual, dirigida ao *novo negócio*.

Não sendo possível entrar agora nesse longo debate, importa dizer que, na sua construção correcta, como demonstrado noutro estudo[4], o fenómeno da conversão não se explica por recurso a outros institutos conhecidos da dogmática jurídica, como a interpretação, a integração, a qualificação ou a dupla qualificação do negócio jurídico inválido. Também a conversão se não reduz a uma modalidade de invalidade parcial, nem se identifica com o fenómeno que ocorre na produção de efeitos de um negócio nulo.

---

[1] Cfr., por todos, I. Galvão Telles, *Manual*, (3.ª ed.), págs. 345-346; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 313-314; e C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, (3.ª ed.), pág. 630, e 4.ª ed., págs. 641-642; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 427-428.

[2] *Teoria Geral*, vol. II, (1.ª ed.), pág. 502.

[3] *Teoria Geral*, pág. 642.

[4] *A Conversão*, págs. 431 e segs.

II. Em termos muito sumários, a apreensão do verdadeiro sentido da conversão exige o afastamento, de uma vez por todas, da velha ideia que nela identifica dois negócios jurídicos.

Uma análise objectiva e descomprometida da realidade mostra que não há mais do que um negócio, o inválido. Mas, a sua identificação como inválido revela que estão já esgotadas as tarefas da sua qualificação, interpretação e integração.

Por outro lado, cada tipo negocial, tomado em si mesmo, é *infungível*, porquanto dominado por uma causa própria, não fazendo, em rigor, qualquer sentido jurídico dizer que, por exemplo, uma compra e venda, independentemente da produção de qualquer outro evento, ou na falta de determinação específica da lei, *se converte*, se transforma ou se modifica em qualquer outro negócio.

No fundo, a questão é outra. Embora infungível, cada tipo negocial não é mais que um meio técnico-jurídico, posto, entre vários, à disposição dos particulares para prosseguirem certos fins lícitos, mediante a auto-ordenação dos seus interesses. Mas, por assim ser, a *infungibilidade* de cada tipo negocial não envolve a sua *exclusividade*, no sentido de os mesmos fins não poderem ser prosseguidos por recurso a outros meios, ainda que nem sempre ficando assegurado o mesmo êxito, na sua prossecução.

Ora, bem pode dar-se o caso de em tipos negociais diferentes se identificarem *elementos* comuns, até pela simples razão de alguns serem *universais*, isto é, existirem em todos os negócios. Torna-se assim possível que num negócio inválido subsistam elementos não viciados que, tal como nele existem, possam constituir título jurídico suficiente de outros efeitos – ditos *sucedâneos* –, diferentes dos que são próprios do negócio celebrado pelas partes.

Assim – numa concepção designada de *monista*, por contraposição à que na construção clássica se podia dizer *dualista* –, em boa verdade, na conversão o que se dá é uma *re-valoração* jurídica do comportamento negocial das partes, em vista de lhe assegurar a produção de efeitos sucedâneos possíveis.

Esta forma de conceber a figura da conversão mereceu o acolhimento de I. Galvão Telles[1], Menezes Cordeiro[2], e, segundo parece, de P. Pais de Vasconcelos[3], e foi adoptada por alguma jurisprudência.

III. Explicado, assim, o fenómeno da conversão, resta ainda encontrar o fundamento jurídico dos efeitos sucedâneos, como *negociais*, o que, no fundo, implica que se questione se a construção acima exposta se ajusta à natureza do negócio jurídico.

---

[1] *Manual*, págs. 375-376.

[2] *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 885, embora vendo no caso uma *interpretação melhorada*.

[3] *Teoria Geral*, págs. 760-761.

Neste domínio, a posição atrás defendida quanto ao conteúdo da vontade funcional permite uma resposta fácil ao problema. Se a vontade das partes tem de se dirigir apenas a fins de ordem económico-social, com a consciência de vinculação jurídica, *não podem deixar de se ter como queridas* quaisquer consequências que, segundo o Direito, sejam imputáveis ao seu comportamento negocial, desde que adequadas àquele fim.

Dito por outras palavras: a *re-valoração* do comportamento negocial inválido e a imputação de efeitos sucedâneos nela envolvida estão, na conversão, cobertas pela vontade funcional, tal como atrás concebida. Em suma, a descrição e fundamentação do fenómeno da conversão do negócio jurídico oportunamente defendidas ajustam-se harmoniosamente ao que no negócio jurídico há de essencial, quer dizer, à sua natureza.

637. Âmbito de aplicação

Demonstrado que a conversão se configura como um instituto ajustado à natureza do negócio jurídico, não causa estranheza verificar que é muito amplo o seu campo de aplicação.

De resto, ao longo da exposição anterior, em campos muito diversos, houve já oportunidade de identificar casos significativos de conversão comum que podem servir aqui para ilustração do próprio regime do instituto. Complementando esses exemplos, são agora acrescentados outros, de entre os de maior relevo. Procurando, em particular, os que têm mais ligação com a matéria da *Teoria Geral*, podem assinalar-se os seguintes[1]:

a) ao contrato-promessa com eficácia real, nulo por vício de forma, pode ser atribuída a eficácia sucedânea meramente obrigacional;

b) ao pacto de preferência real, nulo por vício de forma, pode ser atribuída a eficácia sucedânea meramente obrigacional;

c) à alienação de parte específica da coisa comum pelo comproprietário, pode ser atribuída a eficácia sucedânea de alienação da sua quota.

Em geral, cabe ainda dizer ser frequente a possibilidade de conversão de um negócio nulo por falta de forma, mediante a atribuição da eficácia de uma promessa desse negócio relativo ao mesmo bem.

[1] Em rigor, do que se trata no texto é de casos de conversibilidade dos referidos negócios, desde que verificados, em concreto, os correspondentes requisitos. Podem ver-se as questões que se colocam no campo da convertibilidade destes negócios no cit. est. *A Conversão*, págs. 778 e segs.

638. Pressupostos da conversão

I. A configuração clássica da conversão ligava a figura aos negócios jurídicos nulos. Desde bastante cedo, porém, a doutrina colocou a questão de saber se o instituto era aplicável também aos negócios anuláveis, desde que anulados, como é manifesto, e também aos ineficazes.

Uma vez que a posição dominante na doutrina portuguesa exclui a conversão dos negócios inexistentes[1], sendo este o entendimento que se deve considerar correcto[2], são aquelas duas questões que merecem análise no plano dos pressupostos da conversão.

II. Sem deixar de reconhecer que a nulidade representa o campo de aplicação, por excelência, da conversão, o alargamento do instituto aos *negócios anulados,* expressamente consagrado no art. 293.º do C.Civ., é de aplaudir.

Assim, a questão residual que fica em aberto, no sistema jurídico português, é a da convertibilidade dos negócios ineficazes. De resto, nenhum dos preceitos dos Códigos estrangeiros de início citados, que consagram genericamente a conversão, a refere aos negócios meramente ineficazes. Por isso, a questão está também em aberto, nesses sistemas jurídicos.

A doutrina anterior ao Código Civil actual[3], nomeadamente a que dedicou ao instituto estudos monográficos[4], mostra-se favorável à conversão de negócios ineficazes, muito embora reconheça, em geral, o seu escasso campo de aplicação, nesse domínio.

No seu Anteprojecto para o novo Código Civil, Rui de Alarcão, na esteira da posição de Manuel de Andrade, admitiu a convertibilidade dos negócios meramente ineficazes, mas, dado o pouco relevo do caso, não o considerou merecedor de referência na lei. Contudo, a doutrina moderna não altera a posição antes perfilhada por aqueles autores, podendo considerar-se largamente dominante o entendimento favorável à conversão dos negócios ineficazes[5].

Seguindo a posição já sustentada noutro estudo[6], se não há razões para afastar, *a priori*, a conversão de negócios meramente ineficazes, a análise, em concreto, de vários casos de ineficácia revela que o instituto tem neste campo uma aplicação muito limitada.

---

[1] Cfr. neste sentido, Rui de Alarcão, *A Confirmação*, pág. 35, e, *Sobre a invalidade*, pág. 5; e Teresa Luso Soares, *A Conversão*, pág. 62.

[2] A Conversão, pág. 240.

[3] Cfr. Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 432 e nota (3).

[4] Assim, Anselmo Vaz, *A Conversão*, pág. 22 e nota (1); Raúl Ventura, *A Conversão*, págs. 112-113 e 115-116; e Eduardo Correia, *A Conversão*, rev. cit., pág. 380.

[5] Neste sentido, *vd*. Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil*, vol. I, pág. 269; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, pág. 639, nota (822); Vaz Serra, anot. ac. do STJ, de 30/DEZ./68, *in* RLJ, ano 103.º, págs. 58-59; e Teresa Luso Soares, *A Conversão*, págs. 65-66.

[6] *A Conversão*, págs. 286 e segs.

III. Uma posição, corrente na doutrina, nacional como estrangeira, é a de ligar a conversão à invalidade total e a redução à invalidade parcial[1]. E a jurisprudência nacional seguiu o mesmo rumo.

Embora este entendimento pareça poder contar, hoje, no sistema jurídico português, com o apoio dos arts. 292.º e 293.º do C.Civ., os elementos já recolhidos no estudo da invalidade parcial permitem afirmar que esta se projecta muito além do instituto da redução. A verificação deste facto não resolve, porém, um problema conexo, qual seja o de saber como se demarcam os institutos da conversão e da redução.

Não podendo aqui entrar em desenvolvimentos, assinala-se que, sobretudo na doutrina estrangeira[2], autores há que sustentam ser a conversão uma modalidade da invalidade parcial, ao lado da redução.

Mantendo a posição firmada noutro estudo[3], a redução e a conversão são institutos jurídicos autónomos, que têm de comum permitirem a subsistência, na ordem jurídica, de um negócio jurídico ineficaz *lato sensu*. Sobretudo em sistemas, como o português, que admitem a chamada *conversão de conteúdo*, isto é, relativa apenas ao conteúdo do negócio e não ao seu tipo, a destrinça dos dois institutos é menos clara.

Ela estabelece-se, porém, em função do modo como, em cada um deles, a *conservação* do negócio jurídico opera. A redução implica a separação ou limitação do elemento negocial viciado, enquanto a conversão se traduz na imputação, ao negócio, de uma *eficácia sucedânea*. Por assim ser, a redução só se produz se as partes, perante a invalidade do negócio, se conformarem com a sua manutenção limitado ao que dele restar; já na conversão do que se trata é de averiguar se os efeitos sucedâneos asseguram a realização do fim prático a que o negócio inválido se dirigia.

639. Requisitos da conversão

I. A conversão não opera sempre que se está perante um negócio inválido ou, em certos casos, ineficaz. É necessário que se verifiquem *requisitos* enumerados na lei.

A partir da letra do art. 293.º, exige-se que o negócio inválido contenha os elementos formais e substanciais de validade do chamado *negócio sucedâneo* e se verifique que os autores do negócio viciado, se se tivessem

[1] Neste sentido *vd*. Guilherme Moreira, Manuel de Andrade, I. Galvão Telles, Ferrer Correia, Anselmo Vaz, Castro Mendes e C. Mota Pinto; contra, Cunha Gonçalves, Paulo Cunha, Vaz Serra e Dias Marques. *Vd*. referências em *A Conversão*, nota (2) da pág. 532.

[2] Na doutrina nacional, seguia o entendimento referido no texto Cabral de Moncada, *Lições*, vol. II, pág. 414.

[3] Para complemento da posição sustentada no texto, *vd. A Conversão,* págs. 574 e segs.

apercebido do seu vício, quereriam o negócio sucedâneo (vontade conjectural).

Desenham-se, assim, requisitos *objectivos* e *subjectivos* da conversão, numa distinção clássica, que vem de Harpprecht.

II. Segundo a concepção corrente do instituto, os requisitos objectivos da conversão – de forma e de substância – exigem que no negócio inválido existam elementos válidos que permitam construir outro negócio, que assegure minimamente o fim prático prosseguido pelas partes com a celebração do negócio inválido.

Na posição adoptada, o problema configura-se em termos diferentes. O que está em causa é saber se a forma e os elementos intrínsecos (substância) do negócio viciado podem constituir título jurídico bastante (e válido) dos *efeitos sucedâneos* emergentes da conversão.

É fácil ilustrar esta afirmação com um exemplo simples. ***A*** e ***B*** celebram entre si, por documento particular, um contrato de compra e venda de um prédio rústico, por € 50.000,00. O negócio é nulo, mas, segundo o entendimento corrente, convertível. Na construção perfilhada, isso significa que, a ser possível a conversão, se vão atribuir ao negócio celebrado entre ***A*** e ***B*** os efeitos próprios de uma promessa de compra e venda: dele nasce, *apenas*, a obrigação de celebrar um negócio correspondente ao inválido.

No plano dos requisitos da conversão, o que importa, portanto, averiguar é se os elementos do contrato de compra e venda e a forma adoptada pelas partes podem constituir o *suporte jurídico*, isto é, *título bastante* desses efeitos preliminares que a conversão do negócio acarreta. Na hipótese, a resposta é afirmativa, pois não havendo, por definição, vícios relativos à substância do negócio, a forma adoptada – documento particular – satisfaz as exigências do art. 410.º, n.º 2, do C.Civ.

III. Maior complexidade apresenta a vontade conjectural ou hipotética, como requisito da conversão, não só quanto ao seu conceito, mas quanto à sua relevância.

Como atrás ficou sumariamente aflorado, a configuração da vontade conjectural das partes como requisito subjectivo da conversão é o resultado de uma evolução operada na fase de elaboração do BGB, porquanto a doutrina anterior fundava o instituto numa vontade real, embora eventual, dirigida ao negócio sucedâneo.

A vontade conjectural é, pois, uma vontade *construída* ou *reconstruída* e não uma vontade real ou efectiva. Está em causa apurar o que as partes, postas perante a invalidade inelutável do negócio que celebraram, teriam querido quanto ao seu destino.

O conteúdo da vontade conjectural não se apura nem em sede de interpretação, nem de integração do negócio jurídico, mas pela valoração do comportamento negocial das partes, segundo as circunstâncias do negócio, o tipo negocial e o fim económico-social que o determinou. Destes, o elemento mais significativo é, sem dúvida, o fim prático visado pelas partes, o que pode explicar a menção explícita que o legislador lhe faz.

Assim, em boa verdade, à determinação da vontade conjectural presidem critérios objectivos, pelo que só em sentido impróprio nela se pode ver um requisito subjectivo da conversão.

IV. A prova dos requisitos da conversão cabe, segundo os critérios gerais que presidem à repartição do ónus da prova, a quem dela se quer valer (art. 342: do C.Civ.).

Pelo que respeita à vontade conjectural, com fundamento no disposto no art. 293.º, a doutrina assinala, neste ponto, uma diferença em relação ao regime da redução. Assim, enquanto nesta se *presume* uma vontade conjectural favorável à redução, na conversão tal não acontece, pelo que, se não se provar uma vontade conjectural conforme aos efeitos sucedâneos, a conversão não opera. Tal significa que, se houver dúvidas quanto ao conteúdo dessa vontade, o negócio não se converte.

640. Arguição da convertibilidade

I. Verificados os pressupostos e requisitos da conversão, o negócio diz-se *convertível*, mas nem por isso se converte, *ipso facto*. Em rigor, o que se verifica é a constituição de um *direito potestativo* à conversão.

Está implícita, nesta construção, a ideia de que a conversão comum só opera desde que invocada por quem tenha para tanto legitimidade. Não se vêem, em verdade, razões válidas para uma solução favorável à actuação *ipso iure* da conversão comum, sendo manifestamente de ordem particular os interesses nela envolvidos.

Questão diferente é a de saber a quem deve ser reconhecida legitimidade para arguir a conversibilidade do negócio e os meios por que ela se actua[1].

II. A primeira questão posta é a da legitimidade para arguir a conversão. Na falta de regulamentação expressa, relevam neste campo, como bem se compreende, as estreitas relações existentes entre a invalidade e a convertibilidade, e, também, a modalidade do valor negativo do negócio.

[1] Para maiores desenvolvimentos, *vd*. o cit. est. *A Conversão*, págs. 353 e segs.

Se a invalidade é *absoluta*, qualquer das partes pode, em princípio, prevalecer-se da convertibilidade; se a invalidade é *relativa*, em geral, o problema da conversão só se põe em relação à parte a quem a invalidação pode ser imposta, se tiver interesse na conservação do negócio.

Mas cabe ainda perguntar se pode também ser reconhecida a terceiros a legitimidade para pedir a conversão, quando sejam prejudicados com a invalidação do negócio, por esta lhes ser oponível. Posto o problema nestes termos, deve entender-se não ser, em regra, alargável, a terceiros, a faculdade de invocarem a convertibilidade do negócio, reservando-a, pois, às partes.

Pode, porém, dar-se o caso de o terceiro ser titular de direitos que dependam dos efeitos sucedâneos emergentes da conversão, isto é, que só com ela ganhem consistência. O exemplo clássico invocado pela doutrina portuguesa é o do direito de preferência do comproprietário, perante o acto de alienação de parte específica da coisa comum, pelo outro consorte[1]. Admite, neste caso, que o comproprietário preferente requeira a conversão, obtendo-se, assim, a atribuição, ao negócio de alienação nulo, dos efeitos sucedâneos de alienação da quota do comproprietário, para, em seguida, exercer o direito de preferência. É esta a construção correcta[2].

III. Quanto ao prazo de arguição da convertibilidade, releva, mais uma vez, a modalidade da invalidade que afecta o negócio.

Como logo se deixa ver, se ela for sanável por decurso do tempo, a conversão só pode ser pedida enquanto o correspondente vício se não sanar por caducidade do direito potestativo à invalidação.

IV. Um relevante ponto do regime de arguição da convertibilidade respeita a saber se ela pode ser invocada por via extrajudicial ou se depende de acção judicial.

Impõe-se aqui um regime análogo ao da arguição da invalidade, pelo que se deve sustentar a possibilidade de se fazer valer a conversão por acordo, mas não por declaração unilateral de uma parte à outra.

Sem embargo, não pode deixar de se reconhecer que é através da acção judicial que a conversão, em regra, actuará, até pela razão prática de não ser possível, as mais das vezes, obter o necessário acordo das partes.

Neste caso, a conversão pode, como é manifesto, ser pedida por via de acção. Quando, porém, a questão se coloque numa acção judicial em que se pede a invalidação do negócio, qual o meio a que o réu deve recorrer, se pretender fazer valer a conversão?

---

[1] Assim o sustentaram Manuel Rodrigues, *A Compropriedade*, *in* RLJ, ano 58.º, pág. 67; Anselmo Vaz, *A Conversão*, págs. 33-34. No Direito vigente, *vd*. Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil*, vol. III, pág. 366; Vaz Serra, anot. ac. do STJ, de 31/Dez./68, *in* RLJ, ano 103.º, pág. 60; e Henrique Mesquita, *Direitos Reais*, pág. 261, nota (4). Esta orientação foi acolhida pela jurisprudência.

[2] *A Conversão*, págs. 358-359.

O problema respeita a saber se o meio judicial adequado é a excepção ou a reconvenção. Por razões que seria longo expor aqui[1], a resposta que se reputa acertada é a de o meio processual adequado ser a defesa por excepção[2].

A decisão que decretar a conversão tem efeito constitutivo.

V. Uma última questão, neste domínio, respeita a saber se a conversão tem efeitos retroactivos.

A resposta a esta questão deve ser, em princípio, afirmativa, ainda que seja de referir a possibilidade de a retroacção não se reportar necessariamente ao momento da celebração do negócio, mas a outro posterior.

Assente este ponto, fica ainda em aberto o de saber se, havendo retroactividade, esta atinge apenas as partes, mas também terceiros. Quando se imponha a tutela destes perante os efeitos da conversão, tal não significa que se deva paralisar o funcionamento do instituto[3], bastando limitar-se a oponibilidade dos efeitos aos terceiros em causa[4].

641. Conversão comum e conversão legal

I. À semelhança do que se passa com a redução, o Código Civil, ao lado do regime geral do art. 293.º, que consagra a chamada *conversão comum*, atribui, em múltiplos casos, a negócios nulos, efeitos diferentes dos que lhe são próprios, configurando, assim, segundo a designação corrente na doutrina, casos de *conversão legal*.

Para citar alguns dos exemplos mais significativos e incontroversos, assim acontece com a doação *mortis causa*, quando não permitida pela lei (art. 946.º, n.º 2), com os negócios de restrição atípica do direito de propriedade (art. 1306.º, n.º 1), com o negócio constitutivo da propriedade horizontal quando o respectivo edifício não satisfaz os requisitos legais (art. 1416.º, n.º 1) e com o legado de coisa integrada na comunhão conjugal (art. 1685.º, n.os 2 e 3).

A análise do regime destes preceitos revela alguns traços comuns que ajudam a identificar o fenómeno da conversão legal. Assim,

a) ela opera, fundamentalmente, no campo do negócio nulo;

b) a norma que a determina especifica, não só o acto a converter e a correspondente causa da invalidade, mas ainda os efeitos sucedâneos imputados ao negócio nulo;

---

[1] Cfr., sobre este ponto, *A Conversão*, págs. 377-381.

[2] Em sentido contrário, embora em termos não definitivos, *vd*. Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, nota (654), págs. 428-429.

[3] É esse o regime que parece resultar do art. 42 do Livro 3 do C.Civ.hol.

[4] Cfr., sobre este ponto, Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 429.

c) a conversão legal dá-se por força da lei[1] e com dispensa, em geral, dos requisitos da conversão comum especificados no art. 293.º, em particular da vontade conjectural das partes.

II. Vistas estas especialidades, deve entender-se que a conversão legal constitui uma modalidade autónoma de conversão[2], resultante de normas imperativas e que, por esta via, implica uma restrição da autonomia privada[3].

Este último ponto justifica, contudo, uma breve nota de esclarecimento. De certo ponto de vista, a conversão legal *impõe-se* às partes, pois ao negócio nulo, quando ela actua, são imputados efeitos sucedâneos independentemente da vontade das partes, mesmo conjectural. Contudo, bem vistas as coisas, ao admitir a sobrevivência do negócio nulo, com *alguns efeitos*, embora ditados por considerações de ordem geral, a conversão legal, como sustentado noutro local[4], «implica uma atenuação da norma imperativa que o negócio violou», e, como tal, «*tolera* a produção de efeitos que conformam uma situação jurídica sucedânea da que o negócio faria nascer se produzisse os seus efeitos típicos. Neste sentido a conversão legal justifica-se *como factor de moderação da imperatividade de certas normas jurídicas*».

Por estes traços se autonomiza da conversão comum, porquanto, se nesta prevalecem critérios de *justiça negocial*, sendo tomado em conta o negócio efectivamente celebrado pelas partes, na conversão legal é a norma jurídica a fixar aprioristicamente, e de forma abstracta, os efeitos sucedâneos; por outras palavras, estes são justificados por ponderosas razões de *justiça imanentes na ordem jurídica no seu conjunto*[5].

642. Figuras afins da conversão

I. A doutrina aponta, com frequência, múltiplos institutos que apresentam alguma proximidade da conversão comum, por de alguma forma assegurarem a produção de certos efeitos ao negócio inválido[6].

---

[1] Por este requisito se demarca a conversão legal de casos específicos da conversão comum, como acontece no regime do art. 981.º, n.º 2, do C.Civ., no caso de inobservância da forma legal do negócio constitutivo da sociedade civil.

[2] Para Oliveira Ascensão estão em causa dois subtipos de uma figura comum, mais do que uma diferença de natureza (*Teoria Geral*, vol. II, págs. 430-431).

[3] Neste sentido, *vd*. Oliveira Ascensão e Menezes Cordeiro, *Cessão de exploração*, sep. ROA, ano 47 (1987), pág. 876.

[4] *A Conversão*, págs. 658 e 660.

[5] Neste sentido, *vd*. Oliveira Ascensão e Menezes Cordeiro, *Cessão de exploração*, cit., pág. 876.

[6] Cfr., sobre este ponto, I. Galvão Telles, *Manual*, págs. 374-375; e C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 643-644.

Na impossibilidade de se entrar aqui numa análise, mesmo sucinta, das razões que demarcam a conversão desses vários institutos, são apenas referidos os traços mais significativos que presidem à delimitação das várias figuras.

Assim, há certos casos em que se verifica a atribuição, a um negócio jurídico, de efeitos diversos das correspondentes ao seu tipo negocial, mas estes têm por título um novo evento jurídico ou uma vontade específica a estes efeitos dirigida. Nesta base genérica, demarca-se a conversão do negócio com vontade alternativa e das figuras da transformação voluntária, da confirmação, da renovação, da novação ou da convalidação do negócio jurídico.

Casos há em que, ao contrário do que é pressuposto essencial da conversão, não está em causa uma situação de ineficácia *lato sensu*, sendo, ou podendo ser, o negócio válido. Por este traço há que manter distintas da conversão a falsa qualificação, a transformação voluntária e a modificação.

Por outro lado, diferentes são os casos em que, como acontece na conversão, ao negócio são imputados efeitos sucedâneos, diferentes do seu tipo, e aqueles que se verificam quanto a institutos que asseguram a produção de efeitos do tipo negocial, ainda que o negócio concreto celebrado pelas partes não seja válido. Preside esta ideia à separação entre a conversão e a confirmação, a convalidação, a novação, a renovação, a modificação do negócio e a eficácia paralela do negócio inválido.

II. Num plano diferente, cabe ainda uma referência à chamada *conversão formal*[1], que respeita a documentos e se verifica quando faltam ou se mostram viciadas formalidades para eles exigidas, essenciais ao seu tipo. Admite-se, em tais casos, que ele valha como documento *menos solene*.

Em geral, daí resultará a insuficiência do documento convertido, enquanto requisito formal ou probatório do negócio que titula. Assim, a conversão formal só será relevante se o documento adoptado em que o vício ocorre for mais solene que o exigido por lei e puder converter-se em documento suficiente para titular o acto.

A conversão formal, em si mesma, não corresponde a uma verdadeira conversão, tal como atrás ficou caracterizada[2/3].

---

[1] Sobre a conversão formal, *vd.*, com desenvolvimento, o exposto em *A Conversão*, págs. 697 e segs.

[2] Neste sentido, C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, pág. 643; e Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 430.

[3] A conversão formal pode, porém, conduzir a uma conversão comum: a conversão de uma escritura pública em documento particular, em si mesmo, insuficiente para titular o negócio celebrado, mas suficiente para titular efeitos sucedâneos de tal negócio, segundo o art. 293.º do C.Civ.

SECÇÃO II

INEFICÁCIA *STRICTO SENSU*

643. Noção e modalidades

I. A delimitação da invalidade do negócio jurídico como figura *a se stante* levou a estabelecer também a noção de ineficácia *stricto sensu* ou em sentido próprio[1].

Nesta acepção, o negócio diz-se ineficaz quando «à sua eficácia se opõe alguma circunstância *externa* em relação» aos seus requisitos de validade[2].

O negócio *meramente ineficaz* é, pois, em si mesmo, válido e, em princípio, apto a produzir efeitos jurídicos; mas estes são impedidos por qualquer circunstância.

Exemplo característico de uma situação deste tipo é a que ocorre na condição suspensiva. Como oportunamente ficou demonstrado, o negócio em que existe uma cláusula condicional suspensiva é válido, mas tem paralisados os seus efeitos jurídicos, pois estes só se produzem se a condição vier a verificar-se; se tal não acontecer, ainda que válido, não chega a produzir efeitos jurídicos.

II. A ineficácia pode revestir mais de uma modalidade.

Assim, se se atende aos efeitos que ficam afectados, ela pode ser *total*, se se refere a todos, e *parcial*, se apenas abrange alguns. Mas também se pode distinguir consoante a ineficácia do negócio vale indistintamente entre as partes e mesmo em relação a terceiros, e diz-se *absoluta*, ou só respeita a certas pessoas, sendo o negócio eficaz quanto a outras, e diz-se *relativa*.

A ineficácia pode resultar de uma *circunstância* existente no momento da sua constituição – e diz-se *originária* – ou resultar de um facto posterior – sendo então *superveniente*.

---

[1] Também se designa esta ineficácia por *mera ineficácia* ou *simples ineficácia*.

[2] I. Galvão Telles, *Manual*, pág. 379 (o itálico está no texto).

Sobre esta matéria, vd., ainda, C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 615-617; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 856-858 e 869-870; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 752-753.

Alguns casos de ineficácia, além dos já estudados em sede de cessação dos efeitos do negócio jurídico, revestem-se de importância particular e justificam referência especial: a inoponibilidade e a impugnabilidade.

644. Inoponibilidade

I. A inoponibilidade constitui um caso particular de ineficácia *stricto sensu* que por vezes surge tratada no campo dos valores negativos do negócio jurídico[1/2].

A inoponibilidade corresponde a um fenómeno que se pode verificar em relação a diversas realidades jurídicas[3], traduzindo casos em que elas são relevantes para determinadas pessoas e não o são em relação a outras. Pode assim definir-se, genericamente, como a *situação de irrelevância de qualquer fenómeno jurídico perante certas pessoas*.

Já se fez aplicação desta noção quando foram tratados os efeitos da invalidade. Neste sentido se fala em inoponibilidade dos valores negativos, o que equivale a dizer inoponibilidade dos vícios que os determinam. O legislador português usa a palavra com este alcance quando se refere à inoponibilidade da simulação (art. 243.º do C.Civ.) ou à inoponibilidade da nulidade e da anulação (art. 291.º do mesmo Código).

O problema interessa agora, especificamente, quanto aos efeitos do negócio jurídico.

II. No plano da ineficácia, a ideia de inoponibilidade corresponde à modalidade de ineficácia relativa, ou seja, a casos em que os efeitos de certo negócio não podem ser opostos a determinadas pessoas ou invocados contra elas.

O esclarecimento desta matéria ganha se for relacionada com as noções de *eficácia interna* e *eficácia externa* do negócio jurídico. A eficácia interna respeita às partes e aos seus herdeiros; a externa a terceiros, ou seja, a pessoas que não se integram naquelas categorias.

Em geral, liga-se a situação de inoponibilidade com a de limitação da eficácia externa do acto[4]; deve entender-se, porém, que a inoponibilidade tanto pode verificar-se nesse plano como no da eficácia interna do negócio jurídico.

---

[1] Cfr., sobre a inoponibilidade, Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 400-401.

[2] Não deixa de ser relevante salientar que Castro Mendes admitia que o problema da inoponibilidade transcende o da valoração negativa do negócio jurídico (*Teoria Geral*, vol. II, pág. 317).

[3] Referindo-se a esta mesma ideia, cfr. Rui de Alarcão, *A Confirmação,* pág. 79, nota (108), *in fine*.

[4] Parece ser este o pensamento de Castro Mendes (*Teoria Geral*, vol. II, pág. 316).

Assim, sempre que o negócio não possa ser invocado mesmo entre as partes, ocorre, de igual modo, uma situação de inoponibilidade. É o que se verifica quanto ao casamento enquanto não for registado (art. 1669.º do C.Civ.).

Mas, também se verifica uma situação de inoponibilidade quando o negócio dotado de eficácia interna não pode ser invocado perante terceiros. Exemplo característico é o dos negócios sujeitos a registo predial, enquanto este não for feito (arts. 4.º e 5.º, do C.R.Pre.). Verifica-se também uma situação de inoponibilidade em relação aos actos do insolvente posteriores à declaração da insolvência (art. 81.º, n.º 1, do CIRE) e aos actos celebrados pelo representante sem poderes ou com abuso de representação (arts. 268.º e 269.º, respectivamente, do C.Civ.)[1].

A inoponibilidade diz-se *direccional* ou *situacional* (na terminologia de Castro Mendes), quando a paralisação dos efeitos do negócio jurídico se verifica apenas em certa direcção.

645. Impugnabilidade

A impugnabilidade do negócio jurídico[2] é, por vezes, situada entre os valores negativos do acto jurídico[3]; no melhor entendimento, porém, o seu local próprio é entre as causas da sua ineficácia. A favor desta ideia militam as razões, que se consideram pertinentes, de seguida expostas.

O acto impugnável pode, em si mesmo, ser válido[4], o que só por si constitui argumento suficiente para não se integrar a impugnabilidade entre os valores negativos. Em reforço deste argumento pode invocar-se a justificação da impugnabilidade do negócio e o regime da legitimidade para o atacar com tal fundamento.

A impugnabilidade fundamenta-se no prejuízo que do acto pode resultar para interesses legítimos do seu autor ou de um terceiro. Há, como diz Cabral de Moncada, a «superveniência dum facto que faz nascer um direito inconciliável com os direitos originados naquele acto jurídico»[5].

---

[1] O legislador usa a expressão *inoponibilidade* no sentido exposto no texto, em vários preceitos [cfr., *v.g.*, arts. 435.º, n.º 2, 577.º, n.º 2, e 583.º, n.º 2, do C.Civ. e art. 7.º (epígrafe) do C.R.Pre.].

[2] Sobre esta matéria, *vd*. Cabral de Moncada, *Lições*, vol. II, págs. 421 e segs.; Paulo Cunha, *Teoria Geral*, vol. cit., pág. 239; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 317; e Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 403-405.

[3] Cfr., neste sentido, Paulo Cunha. Já Cabral de Moncada parecia reportar a impugnabilidade à eficácia do acto: «os negócios jurídicos serão ainda então afectados duma específica ineficácia, sem deixarem de ser correctíssimos» *(idem, ibidem)*.

[4] Note-se, contudo, que «não obsta à impugnação a nulidade do acto», como estatui o art. 615.º, n.º 1, do C.Civ.

[5] Cabral de Moncada, *Lições*, vol. II, pág. 421.

Ao titular desse novo direito cabe, em tais casos, legitimidade para atacar o negócio, impedindo, assim, a plena produção dos seus efeitos.

Exemplo clássico da impugnabilidade ocorre nos negócios patrimoniais que envolvam diminuição da garantia do credor. Esses actos podem ser impugnados pelo credor, quando ocorram os requisitos enumerados no art. 610.º do C.Civ. É o que se chama *impugnação pauliana*, a que foi feita referência sucinta a respeito da função externa do património[1].

[1] Cfr., *supra*, vol. I, n.º 65. IV.

TÍTULO III
O ACTO JURÍDICO SIMPLES

CAPÍTULO I
NOÇÃO E MODALIDADES

646. Generalidades

Ao delimitar a figura central dos actos jurídicos – o negócio jurídico –, houve oportunidade de salientar que em certos actos voluntários a produção dos efeitos se verifica independentemente de a vontade do seu autor *se dirigir* a eles. São os chamados *actos jurídicos simples*, também denominados *actos jurídicos stricto sensu*[1] .

O grande relevo e complexidade do regime do negócio jurídico remeteu o tratamento do acto jurídico simples para segundo plano, fenómeno que se manifesta desde logo no seu enquadramento legal. Assim, o Código Civil, depois de regular largamente o negócio jurídico, dirige aos actos não negociais um único preceito (art. 295.º) e limita-se, nele, a mandar aplicar-lhe, até onde a analogia o permita e justifique, as disposições que regem o negócio.

A mesma posição subalterna do acto jurídico simples se verificou na doutrina, mesmo, durante algum tempo, na estrangeira; é flagrante a diferença de atenção dedicada ao negócio jurídico e ao acto jurídico simples, facto que não pode ser totalmente explicado por este poder beneficiar, em alguma medida, do tratamento do negócio jurídico.

Pesam aqui razões de vária índole, mas apresentam-se sobretudo relevantes as seguintes. A assinalada importância do negócio jurídico, se, por um lado, justifica a maior atenção que lhe é dada, por outro conduz a uma elaborada construção dogmática do instituto, relevando, em particular, quanto

[1] Também se usa a terminologia *simples acto jurídico* (cfr., *v.g.*, C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, pág. 357).

ao acto simples, saber até onde esse regime lhe é aplicável. Para além disso, ao contrário do negócio jurídico, o acto jurídico simples apresenta-se como uma figura fragmentária, não só na diversidade das suas manifestações, como na heterogeneidade da sua estrutura. Daí, mesmo quando não se considere impossível o tratamento unitário do instituto, na elaboração da sua teoria geral é manifesto, pelo menos, um menor interesse.

A fase de desinteresse pelo acto simples foi há algum tempo ultrapassada pela doutrina estrangeira, que passou a dedicar ao acto jurídico não-negocial maior atenção, ainda que sem atingir o vulto dedicado ao negócio, assinalando-se vários os estudos elaborados a seu respeito[1]. Na doutrina portuguesa continua a ser reduzido o tratamento do tema em sede de *Teoria Geral*, não tendo sido ainda objecto de um estudo desenvolvido[2].

Contudo, o tratamento do acto jurídico simples levanta importantes problemas de relevante significado, no campo prático, como no dogmático, que não podem deixar de ser considerados e integrados no estudo sistemático do facto jurídico.

Sem possibilidade de entrar aqui em desenvolvimentos significativos, vão ser equacionados alguns desses problemas, apontando sugestões quanto ao seu enquadramento jurídico. Para tanto, a exposição da matéria será orientada em dois sentidos: num primeiro momento visar-se-á definir, com mais rigor, o conceito de acto jurídico simples e determinar as suas modalidades; de seguida, serão abordados os aspectos mais relevantes do seu regime jurídico.

647. Noção de acto jurídico simples

I. O acto jurídico simples configura-se como o acto humano voluntário, em que a vontade apenas é relevante para o Direito enquanto dirigida à conduta, em si mesma, não tendo, portanto, de visar também os efeitos que a lei desse acto faz decorrer. Esta nota tem de ser entendida em função do papel que é atribuído à vontade funcional no negócio jurídico.

---

[1] Estes estudos tiveram largo desenvolvimento em Itália, onde são clássicos os trabalhos de G. Mirabelli *(L'atto non negoziale nel Diritto Privato Italiano*, Napoli, 1955) e de R. Scognamiglio *(Contributo alla Teoria del Negozio Giuridíco*, Napoli, 1950, págs. 165 e segs.); cfr. ainda Santoro-Passarelli, *Atto Giuridico*, *in* E.D., Giuffrè Editore, vol. IV, 1959, págs. 213 e segs.

[2] Além de referências particulares, que adiante serão feitas, nos manuais de *Teoria Geral* a categoria do acto jurídico simples vem, em geral, referida, de forma sumária, a propósito da delimitação do conceito do negócio jurídico ou no seguimento da exposição do seu regime (cfr. Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 9 e 10; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 337-338; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 357-358; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 491 e segs.; Menezes Cordeiro, *Teoria Geral*, vol. I, págs. 478 e segs., e *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 479-481; P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 405-409; e Heinrich E. Hörster, *A Parte Geral*, págs. 205 e segs.). Cfr., ainda, J. Lebre de Freitas, *A Confissão no Direito Probatório*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, págs. 531 e segs., em especial.

A partir daí, é certo que no acto jurídico simples basta que o agente queira a conduta, à qual são ligadas, pela lei, certas consequências de direito, independentemente de, quanto a elas, se dirigir ou não a vontade do agente.

II. Esta configuração clássica da distinção entre acto jurídico e negócio jurídico foi posta em causa por vários autores que intentaram construir o instituto com base em critérios diferentes[1]. Sem entrar na análise dessas várias soluções – algumas das quais têm na sua base diversos entendimentos do próprio conceito de negócio jurídico –, interessa esclarecer e desenvolver um pouco mais a noção de acto jurídico simples.

Na posição oportunamente perfilhada, é a lei a verdadeira entidade criadora dos efeitos jurídicos e não a vontade humana. Mas a produção dos efeitos criados pela norma, e contidos na sua estatuição, não ocorre sempre nos mesmos termos, quando se apura a relevância reservada, nessa matéria, à vontade.

Nos actos jurídicos simples, a produção dos efeitos previstos na norma depende de actos de estrutura mais simples do que o negócio. Para a sua verificação basta que ocorra um comportamento voluntário do homem, prescindindo a lei, neste caso, do conteúdo dessa vontade. Isto não quer dizer que, no acto jurídico simples, a vontade do seu autor não se possa referir, em concreto, à produção dos efeitos predeterminados na lei; isso é, porém, juridicamente irrelevante. Em suma, a circunstância de o autor de certo acto jurídico simples ter *querido* os seus efeitos não altera o correspondente regime, pois eles produzem-se tal como se produziriam se não tivessem sido *queridos*, ou se tivessem sido ignorados.

Importa a este respeito ter presente que não se passam assim as coisas no negócio jurídico. Exemplo elucidativo do diferente papel da vontade nestes dois tipos de actos jurídicos encontra-se no seguinte caso. Suponha-se que ***A***, no seu testamento, reconhece ***B*** como seu filho [art. 1853.º, al. *b*), do C.Civ.] e lhe faz um legado de € 20.000,00. Se ***A*** revogar o testamento, a deixa testamentária não subsiste, como é próprio deste negócio jurídico; a revogação não prejudica, contudo, a perfilhação, que é um acto jurídico simples (cfr. art. 1858.º do C.Civ.).

III. Deste modo, quando bem ponderada esta diferença, a ideia de que se parte – o diferente papel da vontade – vem a analisar-se num critério de distinção que se reporta à estrutura e à função do acto jurídico.

Assim, o negócio caracteriza-se, nos termos oportunamente expostos, por uma vontade dirigida a certos efeitos jurídicos, que se produzem por serem

[1] A este respeito, cfr. as referências ao problema no estudo de Santoro-Passarelli, ED, págs. 205 e segs.

queridos pelo seu autor. Neste sentido se diz que no negócio há *estipulação de efeitos*, por via da qual se alcança uma auto-ordenação de interesses, o que pressupõe, portanto, uma vontade funcional com determinado conteúdo. No acto jurídico simples, pelo contrário, a vontade só interessa enquanto caracterizadora da conduta de que a norma faz depender a actuação de certos efeitos. A vontade não tem, assim, o papel de estipulação desses efeitos e a regulamentação dos correspondentes interesses é produto da lei e não da vontade do agente. Se ele quer a conduta, de tudo o mais o Direito se encarrega, fazendo funcionar os efeitos pré-ordenados na estatuição normativa. *Não há aqui vontade funcional*[1].

Falta, portanto, no acto jurídico simples, o carácter dispositivo que caracteriza o negócio jurídico, o que aponta para uma diferença de estrutura entre os dois. Mas falta também a função de auto-ordenação de interesses, que é própria do acto negocial. E este é ainda um elemento de distinção entre os dois tipos de actos, se bem que seja, em rigor, um mero corolário do primeiro.

Esta caracterização do acto simples pela negativa, em função do negócio jurídico, ainda que não seja, porventura, a fórmula mais desejável de, no plano científico, o configurar, tem, ao menos, a vantagem de constituir uma forma sugestiva de o demarcar do negócio jurídico.

Pode, porém, dar-se do acto jurídico simples uma noção positiva e autónoma. Procurando não cair nos riscos em que certos autores incorrem quanto à sua estrutura e função, torna-se apenas possível dizer que, numa fórmula genérica, *acto jurídico simples é o comportamento voluntário de que a ordem jurídica faz depender imediatamente a produção de certos efeitos jurídicos*.

648. Modalidades do acto jurídico simples

I. A multiplicidade dos actos jurídicos não negociais e a diversidade entre eles existente impõem, ainda mais do que no negócio jurídico, a necessidade de identificar as modalidades que podem revestir, com vista a introduzir alguma ordem na matéria. Razão adicional para esta investigação reside no facto de, como adiante se verá mais detidamente, o regime jurídico do acto jurídico simples não ser uniforme, antes apresentar, nalguns casos, variações decorrentes das diferentes categorias que nele se identificam.

Não se trata de apurar a possibilidade de aplicar, ao acto jurídico simples, as classificações dos negócios jurídicos; ainda que algumas delas quanto a ele façam sentido, é, porém, reduzido o seu interesse dogmático e prático. O que

[1] Neste sentido se expressa, por exemplo, Santoro-Passarelli, est. e loc. cits., págs. 206-207.

sobretudo interessa é investigar as modalidades próprias dos actos jurídicos simples. Para o efeito, vão ser tomadas, como ponto de partida, algumas distinções estabelecidas pela doutrina, procurando, de seguida, formular a que se afigura mais adequada.

II. Considera-se, em primeiro lugar, uma classificação defendida por Mirabelli[1] e que alguma doutrina italiana adopta, a qual distingue, fundamentalmente, três categorias de actos jurídicos simples: *actos exteriores*, *actos com elemento interior* e *participações*.

São *actos exteriores* aqueles em que não tem qualquer relevo um elemento de carácter psicológico[2]. Os *actos com elemento interior* caracterizam-se por a lei não tomar apenas em consideração o evento exterior, mas também um elemento interior, de ordem psíquica. Segundo Mirabelli, a natureza desse elemento interior só pode ser fixada quanto a cada uma das categorias de actos que integram este termo da classificação. Finalmente, as *participações* são actos através dos quais o agente comunica, notifica, ou faz saber a outrem um certo conteúdo de pensamento. Estes actos consistem, assim, numa declaração por via da qual o seu autor torna conhecido o que pensa ter acontecido ou pode vir a acontecer.

Nesta classificação, são exemplos de actos exteriores a acessão, a especificação, a descoberta de coisas; são actos com elemento interior a fixação do domicílio, a ocupação, a gestão de negócios; finalmente, os actos de participação compreendem uma multiplicidade de actuações que na lei e na doutrina se referem sob designações diversas, como notificações, comunicações, etc.

III. Não é esta, porém, a doutrina dominante, tanto em Itália, como na Alemanha, mas a que reparte os actos jurídicos simples em duas categorias:

a) *operações jurídicas, actos materiais, actos reais* ou *actos exteriores*[3];

b) *quase-negócios jurídicos* ou *actos quase-negociais*.

Esta é também a classificação que, com algumas variantes terminológicas, domina na doutrina portuguesa, tendo sido adoptada, nomeadamente, por Manuel de Andrade[4], C. Mota Pinto[5], Oliveira Ascensão[6], Menezes Cordeiro[7],

---

[1] *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, 1955, págs. 19 a 22. Esta classificação baseia-a Mirabelli nos estudos dos tratadistas alemães Manigk e Klein.

[2] Segundo Mirabelli, esta categoria não se confunde, porém, com os factos jurídicos *stricto sensu*, que sejam também actos humanos, pois neste segundo caso não é só o carácter voluntário que é indiferente para o Direito mas o próprio carácter de facto humano. Na verdade, os efeitos jurídicos produzidos são os mesmos quer se trate de acto humano ou de facto puramente natural (*ibidem,* pág. 19).

[3] Nesta categoria se abrangem, em geral, as duas primeiras da classificação tripartida antes referida, embora a coincidência não seja total.

[4] *Teoria Geral*, vol. II, págs. 9-10.

[5] *Teoria Geral*, pág. 358.

[6] *Teoria Geral*, vol. II, págs. 493-494.

[7] *Tratado*, vol. I, T. I, pág. 480.

P. Pais de Vasconcelos[1] e Pires de Lima e Antunes Varela[2]. Com base nela vai ser ordenado o estudo subsequente.

As *operações jurídicas* são actos que se traduzem na realização de um comportamento (resultado material ou factual) de que a ordem jurídica faz decorrer imediatamente certos efeitos jurídicos. Cingindo a referência ao Código Civil, nesta categoria integra a doutrina actos como a ocupação (arts. 1318.º e seguintes), a acessão industrial (art. 1333.º), a especificação (art. 1336.º), a descoberta de tesouros (art. 1324.º), a criação literária ou artística ou a invenção industrial (art. 1303.º e legislação especial), a fixação do domicílio voluntário geral (art. 82.º).

Os *quase-negócios* envolvem já uma manifestação de vontade, uma declaração. De tais actos são exemplos, também no Código Civil, a interpelação do devedor (art. 805.º, n.º 1), a notificação, ao devedor, da cessão do crédito (art. 583.º), a gestão de negócios (art. 464.º), a perfilhação (arts. 1849.º e seguintes), a confissão (arts. 352.º e seguintes), a notificação ao preferente (art. 1410.º) [3].

Saliente-se, ainda, que, sobretudo na categoria dos quase-negócios jurídicos, se poderiam ainda estabelecer subdistinções, consoante a modalidade que a *declaração* revista.

[1] *Teoria Geral*, pág. 406.

[2] *Código Civil*, vol. I, pág. 270.

[3] Note-se que as qualificações feitas de vários actos jurídicos nos exemplos dados no texto não são incontroversas. Para além disso, a natureza jurídica de certos actos constitui problema largamente debatido, como seja o caso do cumprimento (cfr. Nicole Catala, *La Nature Juridique du Payment*, Paris, 1961), ou do voto [cfr., na doutrina portuguesa, por todos, Vasco Lobo Xavier, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, Atlântida Editora, 1976, págs. 583 e segs. e notas (59), (60) e (61)].

CAPÍTULO II
REGIME DO ACTO JURÍDICO SIMPLES

649. Generalidades

I. No Capítulo que agora se inicia não se intenta traçar o regime exaustivo do acto jurídico simples, na ordem jurídica portuguesa, o que implicaria uma investigação e disponibilidade de tempo que excedem os limites destas lições. A preocupação dominante é, antes, a de fixar um esquema geral, que dê uma ideia dos aspectos mais significativos do tratamento desta categoria de actos jurídicos.

Para melhor compreensão da matéria, justificam-se, porém, alguns esclarecimentos prévios.

II. As diferenças bem marcantes que separam as modalidades do acto jurídico simples não permitem, a não ser em pontos de reduzido alcance dogmático, fixar um regime que a todos abranja. A verdade é que no quase-negócio jurídico se levantam questões que não fazem sentido nas operações jurídicas[1]. E, se se pensar bem no problema, nem tal pode ser causa de estranheza, uma vez que no quase-negócio existe ainda uma manifestação de vontade, embora não funcional. Daí decorre, como imediata consequência, poderem levantar-se, quanto a ele, alguns dos problemas que foram expostos e resolvidos ao definir o regime do negócio jurídico. Isso não acontece já nas operações jurídicas, porquanto nelas o Direito se ocupa apenas da materialidade do comportamento voluntário, tratando-o objectivamente.

Nesta base, é mais correcto e adequado, do ponto de vista didáctico, traçar, separadamente, o regime destas duas categorias de actos jurídicos simples,

---

[1] Como melhor se apreenderá da exposição subsequente, isso justifica, nomeadamente, que se deva concluir, como adiante se sustenta, serem aplicáveis ao quase-negócio jurídico aspectos relevantes do regime do acto negocial, que Castro Mendes excluía, pelo simples facto de, segundo parece resultar da sua exposição, ter tomado como modelo do seu estudo o regime da ocupação (*Teoria Geral*, vol. II, pág. 337).

dando maior realce ao quase-negócio. Mas, antes de entrar na exposição dessa matéria, importa considerar onde ela tem definido o seu tratamento legal, no Direito Civil português.

650. Sede legal da matéria

I. Já atrás se deu conta de o Código Civil, na sua Parte Geral, dedicar apenas um preceito aos actos jurídicos simples, o art. 295.º, e de este se limitar a mandar aplicar «aos actos jurídicos que não sejam negócios jurídicos» o regime do acto negocial, «na medida em que a analogia das situações o justifique».

Este conteúdo do preceito levou já alguma doutrina a considerá-lo, pelo menos, dispensável, por se limitar a consagrar uma solução que sempre decorreria dos princípios que dominam a integração das lacunas da lei. Por outras palavras, não havendo o art. 295.º, sempre se alcançaria o mesmo resultado, por força dos n.os 1 e 2 do art. 10.º do C.Civ.[1]

A observação é, em si mesma, em tese geral, correcta; mas, ainda assim, deve assinalar-se que o preceito tem uma dupla utilidade: sistemática e substancial.

A utilidade sistemática reside na vantagem de o Código Civil, após o acto negocial e antes de passar a ocupar-se de um facto jurídico específico – o tempo, nas suas repercussões sobre as relações jurídicas, cujo regime se contém no Capítulo que se inicia no art. 296.º –, não esquecer a categoria dos actos não negociais.

Mas há também uma utilidade substancial, de regime jurídico, pois o preceito evita que na doutrina portuguesa se levantem dúvidas, como as que se identificam nas doutrinas italiana e alemã[2], quanto a saber qual o regime aplicável ao acto jurídico simples.

II. Nem por isso, todavia, pode o intérprete deixar de estar consciente de que o art. 295.º nem resolve todos os problemas, nem esgota o tratamento jurídico do acto não negocial.

---

[1] Era esta a opinião de Castro Mendes (*Teoria Geral,* vol. II, pág. 337). Contra, Dias Marques (*Código Civil Anotado,* pág. 81) referia que o art. 295.º pode ainda servir de base à aplicação da teoria geral do acto civil em Direito Público, posição que Castro Mendes adoptava em matéria de actos processuais civis.

[2] A doutrina francesa dá, tradicionalmente, pouca atenção ao acto jurídico simples. Sobre a posição deste problema no Direito italiano, pode ver-se Santoro-Passarelli, est. e loc. cits., pág. 211, e R. Scognamiglio, *Contributo*, págs. 176 e segs. No Direito alemão, como primeira aproximação, *vd.*, C.F. Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, 4. neubearbeitete Auflage, M.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1990, págs. 81-83.

Não resolve todos os problemas, justamente por as grandes dificuldades, como de seguida se verificará, consistirem, nesta matéria, em saber até onde vai a analogia entre o acto negocial e o acto não negocial. E isso não o diz o artigo, nem o legislador fornece, em qualquer outro ponto, elementos complementares de esclarecimento, até pelo facto de no Código Civil se não conter uma noção de negócio jurídico.

Por outro lado, embora o art. 295.º não faça distinção, o recurso nele feito à analogia não pode traduzir-se num resultado comum aos actos quase negociais e às operações jurídicas; o que vale por dizer que a remissão do art. 295.º não tem sempre o mesmo alcance quanto às diversas categorias de actos jurídicos simples.

Mas o art. 295.º também não esgota a matéria de que se ocupa, por, em diversos pontos, a propósito do regime específico de certos actos jurídicos simples, se encontrarem disposições que, além de se lhes aplicarem com prevalência sobre a remissão geral do art. 295.º, fornecem achegas úteis para a determinação de alguns aspectos do regime genérico do acto jurídico simples[1].

Atentando nas considerações anteriores, o sentido útil do art. 295.º é o de estabelecer, como regra, a aplicação ao acto jurídico simples das normas que regem o negócio jurídico, salvo se, quanto a certa situação, não existir analogia com a que lhe corresponde no negócio jurídico, com a já referida consequência de o resultado ser diferente nas operações jurídicas e nos quase-negócios[2].

651. Regime das operações jurídicas

I. Ao iniciar a exposição do regime jurídico das operações jurídicas cumpre ter presente que estes são os actos simples que maior distância mantêm em relação aos negócios jurídicos. Por assim ser, muito pouco do regime do acto negocial lhes é aplicável.

Para facilitar o confronto, a melhor solução, enquanto tal se mostrar possível, sem distorcer a natureza das operações jurídicas, é a de seguir o esquema adoptado na exposição do regime do negócio jurídico[3/4].

---

[1] Serão oportunamente analisados alguns dos aspectos mais significativos dessas disposições a respeito do quase-negócio.

[2] Cfr., Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 492; e Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, pág. 481.

[3] Esse esquema permite ter uma melhor ideia dos pontos de contacto e de afastamento entre esses dois tipos de actos jurídicos.

[4] Sobre o regime das operações jurídicas, *vd.*, em particular, Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 493-494.

II. Pelo que respeita à capacidade, não é adequado falar em termos de analogia, mesmo quando seja com a chamada capacidade negocial. Neste ponto, com base nos preceitos que ao problema se referem em dois actos compreendidos neste tipo (arts. 1266.º, para a aquisição da posse, e 1289.º, para a aquisição por usucapião), deve entender-se que, em geral[1], para as operações materiais não se exige mais do que o uso da razão e que mesmo este requisito pode ser dispensado (cfr. art. 1266.º, *in fine*).

A matéria da vontade[2], no tratamento do negócio jurídico, é largamente dominada pela vontade funcional, o que desde logo explica que, em grande medida, se não verifiquem, neste ponto, situações de analogia com as operações jurídicas. Assim, são de excluir da aplicação a esta categoria de actos, em geral, as disposições relativas à modalidade e forma da declaração, às divergências entre a vontade real e declarada e aos vícios na formação da vontade. A única ressalva a fazer respeita à matéria da coacção física[3], ainda que, porventura, se trate de aplicações de reduzido alcance prático, se não meramente académicas[4].

III. Já apresenta mais complexidade o problema pelo que respeita à *representação*. Castro Mendes inclinava-se para excluir a sua admissibilidade, partindo sempre do regime da ocupação em que funda a sua análise. A este respeito afirmava expressamente que, se alguém mandar ocupar uma *res nullius* por um seu criado e este fizer a ocupação, o adquirente é o criado e não o mandante[5].

Este é o entendimento correcto neste caso concreto; em geral, também o mesmo se deve dizer a respeito doutros actos deste tipo. Contudo, não é de excluir a possibilidade de se verificarem excepções, afirmação que se funda no n.º 2 do art. 1289.º do C.Civ., porquanto nele se admite que os incapazes adquiram por usucapião «por intermédio das pessoas que legalmente os representam»[6]. No mesmo sentido orienta ainda o disposto no n.º 1 do art. 1252.º do mesmo Código.

---

[1] Bem se compreende, também, que não se ponham questões de capacidade quanto a certos casos de operações jurídicas, como sejam a criação literária ou artística.

[2] Não é preciso demonstrar aqui, perante as considerações antes feitas, que não cabe falar, neste tipo de actos, em declaração, *proprio sensu*.

[3] Neste sentido, cfr. Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 338; e Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 494.

[4] Oliveira Ascensão, embora em termos não definitivos, admite a impugnação por erro na formação da vontade, coacção moral e erro na execução (semelhante ao erro na declaração), ob. e loc. cits. na nota ant.

[5] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 338. Funda-se tal posição no art. 1266.º do C.Civ. e nos seus arts. 1289.º, n.º 2, e 1252.º, n.º 1.

[6] Deve sustentar-se que o conjunto destes dois preceitos dispensa uma disposição como a que se continha no § único do art. 480.º do C.Civ.67, relativa à aquisição da posse por incapazes, quanto a coisas apropriadas. Note-se que só quanto a essa categoria de coisas se pode falar em usucapião. Esta posição afasta-se em alguma medida do que a tal respeito escreveu Castro Mendes (ob. e loc. cits. na nota ant.).

IV. Em matéria de *objecto*, já é possível encontrar alguma analogia entre as operações materiais e os negócios jurídicos, podendo, quanto a elas, falar-se tanto em objecto material como jurídico, embora não com o mesmo relevo.

Pelo que respeita ao objecto em sentido material, a resposta é intuitiva. Num exemplo de imediata compreensão, objecto do acto de ocupação é a coisa ocupada. De igual modo, este exemplo permite aferir a aplicabilidade do regime da inidoneidade do objecto; quando se *ocupa* uma coisa *extra commercium* ou uma coisa com dono, a aquisição não se dá por o objecto ser inidóneo[1].

Maior distanciamento entre o negócio e a operação jurídica se desenha quanto ao regime do objecto jurídico ou do conteúdo do acto jurídico.

Desde logo, o conteúdo da operação material é exclusivamente fixado pela norma jurídica, estando aqui afastado o papel atribuído à vontade na formação do conteúdo do negócio jurídico. Por assim ser, a operação material vale, como causa de efeitos jurídicos, enquanto se conforma com o conteúdo de certa previsão normativa. Assim, pode dizer-se que o conteúdo das operações jurídicas só está preenchido quando se verifiquem todos os elementos que constituem o modelo desenhado na norma.

Em face do exposto, por não ocorrer analogia, está excluída a aplicação, às operações jurídicas, das disposições que, no negócio jurídico, se referem aos elementos acidentais do conteúdo (condição, termo, etc.).

De igual modo, não se põem, quanto ao conteúdo das operações jurídicas, verdadeiros problemas de interpretação ou de integração. Tudo se resume a verificar se os comportamentos em causa correspondem ou não ao tipo legal.

V. Resta abordar o problema do *valor* das operações jurídicas. Pelo que respeita à sua validade, as notas atrás expostas a respeito, por exemplo, da coacção física e do objecto, permitem agora acrescentar, sem necessidade de explicações complementares, que podem ocorrer casos de nulidade e mesmo de inexistência jurídica. Já se apresenta afastada a possibilidade de configurar, em geral, situações de anulabilidade e também de redução e de conversão. Naturalmente, a operação jurídica tem a eficácia adequada à sua natureza, enquanto acto jurídico; mas os seus efeitos são apenas os desenhados na correspondente norma, pelo que não surgem aqui as questões que a tal respeito se suscitam no negócio jurídico.

[1] Outro exemplo: objecto material da criação intelectual, no plano industrial, é a própria invenção, coisa incorpórea. Ora o art. 53.º, n.º 1, do C.Prop.Ind. (aprovado pelo Dec.-Lei n.º 36/2003, de 5/MAR.), entre várias invenções que não podem ser objecto de patente, inclui aquelas «cuja exploração comercial seja contrária à lei, à ordem pública, à saúde pública e aos bons costumes». São casos que se podem ainda considerar como exemplos de inidoneidade do objecto.

652. Regime dos quase-negócios jurídicos

I. O regime jurídico dos quase-negócios tem muito maior complexidade e é muito mais próximo do dos negócios jurídicos. A razão desta diferença, quando confrontados com as operações materiais, reside no facto de existir uma manifestação de vontade o que, só por si, gera várias questões homólogas das do negócio[1]. Acontece, também, que, em mais de um local, o legislador fornece, para casos específicos de quase-negócios, tratamento mais desenvolvido das matérias que interessam à investigação a que aqui se procede.

Considerando a multiplicidade de actos que se podem qualificar como quase-negócios, vão ser tomados como base de exposição dois que se consideram significativos – a perfilhação e a confissão[2] –, adoptando, também, a respeito deles, esquema equivalente ao seguido para as operações jurídicas.

II. Nos quase-negócios levantam-se problemas de *capacidade* que apresentam manifesta analogia com os que se colocam quanto aos negócios jurídicos. Por isso mesmo, ao tratar a matéria da capacidade jurídica, em particular das incapacidades, foram identificados exemplos que se reportam a esta modalidade de actos jurídicos simples. De resto, a lei, em alguns casos, expressamente coloca o problema da capacidade para a prática de tais actos, em termos equivalentes aos que se usam no negócio jurídico. Neste domínio é significativo o n.º 1 do art. 353.º do C.Civ., que, em sede de confissão, determina que esta só é eficaz «quando feita por pessoa com capacidade e poder para dispor do direito a que o facto se refira»[3]. De igual modo elucidativo é o art. 1850.º do C.Civ., já conhecido da matéria de incapacidade dos menores e dos interditos, quando rege sobre a capacidade para perfilhar[4].

Em termos gerais, é, portanto, correcto afirmar, em geral, que faz sentido aplicar, com as devidas adaptações, a matéria da capacidade negocial a actos jurídicos quase-negociais.

III. Ao fixar a noção de quase-negócio jurídico ficou assente que ele se caracteriza por uma manifestação de vontade, declaração, em geral, dirigida a outrem – recipienda *hoc sensu* –, ainda que não se identifique uma vontade funcional, que caracteriza o negócio jurídico. Deste modo, bem

---

[1] No sentido de aos quase-negócios se poder fazer aplicação, «numa bastante larga escala», do regime dos negócios jurídicos, se pronunciava Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 10 e nota (1); vd., também, Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 494-496.

[2] Quanto à natureza da confissão, *vd*. J. Lebre de Freitas, *A Confissão*, págs. 545 e segs.

[3] Cfr., sobre este ponto, J. Lebre de Freitas, *A Confissão*, págs. 57 e segs.

[4] Ainda assim, o requisito da capacidade sofre certos desvios em relação à capacidade negocial (cfr., a este respeito, Guilherme de Oliveira, *Estabelecimento da Filiação*, pág. 112).

se compreende que algumas das questões relativas à *vontade* e à *declaração negocial* façam sentido quando transportadas para o acto quase-negocial.

Nesta matéria, deve, pois, começar por se chamar a atenção para a aplicação da distinção entre as modalidades da declaração. Também nos actos quase-negociais ela pode ser expressa ou tácita[1]. A lei fala mesmo em confissão tácita a respeito da prescrição presuntiva, no art. 314.º do C.Civ., ainda que quanto a esta norma se possa pôr o problema de saber se não deve antes dizer-se que se trata de declaração ficta (*vd*. art. 357.º, n.º 2, do C.Civ.)[2].

Líquida é também a aplicação do regime da forma da declaração. Com efeito, a lei expressamente se reporta ao problema da forma de actos quase-negociais. Assim acontece em matéria de perfilhação, que é um acto formal, como se vê do art. 1853.º do C.Civ. E o mesmo problema faz sentido quanto à confissão, que, em vista dos arts. 356.º e 358.º, umas vezes aparece tratada como acto formal, outras como acto consensual.

Outros aspectos do regime da vontade, que não levantam grandes dificuldades, na sua adaptação ao quase-negócio, respeitam às divergências entre a vontade real e a vontade declarada e aos vícios na formação da vontade. Em certos casos, a lei manda mesmo aplicar o regime geral do negócio. Assim acontece quanto à confissão, como resulta, *expressis verbis*, do n.º 1 do art. 359.º[3] Segundo se dispõe neste preceito, a confissão «pode ser declarada nula ou anulada, nos termos gerais, por falta ou vícios da vontade». Também quanto à perfilhação o art. 1860.º, n.º 1, do C.Civ. se refere expressamente à aplicação do regime dos vícios da vontade [erro e coacção moral[4]], mas tal não significa, necessariamente, que isso exclua a aplicação do regime, pelo menos, da coacção física.

Prosseguindo no desenvolvimento de um esquema paralelo ao adoptado para o negócio jurídico, deve ainda ser analisada a matéria da representação. Não suscita dificuldades a aplicação deste instituto aos actos quase-negociais. E mais uma vez a lei fornece exemplos concretos de fenómenos de substituição da vontade neste tipo de actos. É o que se verifica na perfilhação, para a qual é admitida expressamente a intervenção de procurador, no art. 1849.º do C.Civ. Pelo que respeita à confissão, está também prevista a possibilidade de ela ser feita por procurador no n.º 1 do art. 356.º do mesmo diploma legal[5].

---

[1] Seria o caso de, por exemplo, em matéria de perfilhação, ***A***, no seu testamento, dizer que deixa certo prédio ao seu filho ***B***, sendo certo que ***B*** não estava ainda reconhecido como filho de ***A***. Sobre este ponto, *vd*. Guilherme de Oliveira, ob. cit., pág. 118.

[2] Cfr., J. Lebre de Freitas, *A Confissão*, págs. 167 e segs.

[3] Note-se, contudo, que o regime geral de tais vícios, fixado para o negócio jurídico, sofre alguns desvios quanto ao erro, como se vê do próprio n.º 2 desse art. 359.º Sobre o regime da falta e vícios da vontade, na confissão, *vd*. J. Lebre de Freitas, *A Confissão*, págs. 681 e segs.

[4] Também neste caso o regime geral destes vícios sofre alguns desvios, como se apura dos n.os 2 e 3 do art. 1860.º

[5] Sobre o regime da representação na confissão, *vd*. J. Lebre de Freitas, *A Confissão*, págs. 71-75.

IV. Pelo que respeita ao objecto negocial, pode falar-se aqui em objecto quer material, quer jurídico, sendo que também este é fixado pela norma correspondente.

Neste domínio é, de resto, significativo o n.º 1 do art. 1852.º do C.Civ., quando diz que «o acto de perfilhação não comporta cláusulas que limitem ou modifiquem os efeitos que lhe são atribuídos por lei…». Sentido correspondente, quanto a este ponto, tem o art. 360.º, no que toca à confissão.

Ainda nestes actos se podem identificar situações análogas às de inidoneidade do objecto. Tal ocorre na perfilhação de concepturo (art. 1855.º do C.Civ.) ou na contrária a reconhecimento judicial anterior (art. 1863.º do mesmo Código). Problema similar se põe quanto à confissão sobre factos abrangidos nas várias alíneas do art. 354.º daquele diploma[1].

V. Em sede de conteúdo, o acto quase-negocial não apresenta diferenças que o afastem significativamente do regime exposto a respeito das operações jurídicas. Sendo, em todo o caso, um acto jurídico simples, ele vale enquanto se conforma com o modelo legal. Assim, em geral, não é lícito ao seu autor fixar o seu conteúdo.

Manifestações desta ideia encontram-se nos dois actos que foram seleccionados, como base do estudo desta matéria quando se excluem expressamente cláusulas acessórias na perfilhação (n.º 1 do art. 1852.º do C.Civ.).

Ainda que nenhum preceito correspondente se encontre, neste domínio, na confissão, é de seguir o mesmo entendimento, pois não faria sentido uma confissão sob condição ou a termo por ser contrária à sua natureza. Contudo, deve aqui ter-se presente o regime do art. 360.º que, de algum modo, reconhece ao confitente o poder de limitar a eficácia da sua confissão, ainda que tal só tenha relevo se alguém dela se quiser aproveitar. Note-se que, mesmo em tal caso, fica ressalvada a possibilidade de demonstrar a falta de veracidade dos factos ou de invocar circunstâncias infirmantes.

Consistindo o quase-negócio numa declaração de vontade, não é de excluir a possibilidade de quanto a ele se colocarem problemas de interpretação, embora o instituto tenha de ser aplicado, a este tipo de actos, *cum grano salis* [2]. Deve entender-se que constitui uma manifestação deste entendimento o regime do art. 357.º, n.º 2, quanto à determinação do valor probatório da conduta da pessoa que, por exemplo, se recusa a prestar depoimento de parte[3].

---

[1] No sentido de a perfilhação anterior à data da concepção não poder valer, por falta de objecto, se pronuncia Guilherme de Oliveira (*Estabelecimento da Filiação*, pág. 122). Note-se que a perfilhação, em tais casos, nem sequer é considerada como princípio de prova de paternidade. Quanto à inidoneidade do objecto, na confissão, *vd.* J. Lebre de Freitas, *A Confissão*, págs. 141 e segs.

[2] Em sentido favorável à aplicação, aos quase-negócios, do regime da interpretação do negócio jurídico, manifesta-se Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 495.

[3] Agora se compreende melhor, pelo confronto do sentido deste preceito com o do art. 314.º do C.Civ., o que antes ficou defendido a respeito deste último, em nota anterior.

VI. Os preceitos relativos ao valor do acto negocial têm largo campo de aplicação no quase-negócio. Colocam-se, na verdade, quanto a ele, problemas de validade e de invalidade e mesmo de inexistência jurídica; e, de igual modo, faz sentido o regime da redução e da conversão do negócio jurídico.

Quanto ao primeiro aspecto, ele é consequência natural da aplicação, que a seu tempo ficou dito poder ser feita, das disposições que regem a matéria de vícios do negócio jurídico.

De resto, a lei, em relação a qualquer dos actos que têm vindo a ser objecto de análise, refere expressamente situações de nulidade e de anulabilidade. Tal acontece, em relação à confissão, no art. 359.º, e, em relação à perfilhação, nos arts. 1860.º e 1861.º, todos do C.Civ. Embora estes últimos preceitos estatuam um regime próprio de anulabilidade, também na perfilhação pode haver casos de nulidade, como acontece quando ocorram situações de inidoneidade do objecto ou de falta de forma legal[1].

A aplicação dos institutos da redução e da conversão aos actos quase-negociais não é de excluir[2], ainda que, dado o papel nestes actos desempenhado pela vontade, tais institutos sofram alguns desvios. De qualquer modo, podem citar-se exemplos de aplicações deste instituto.

Assim, uma declaração que não possa valer como confissão por se referir, por exemplo, a factos abrangidos no art. 354.º, vale, contudo, «como elemento probatório que o tribunal apreciará livremente» (art. 361.º do C.Civ.). Não é descabido falar aqui em conversão da confissão.

Quanto à perfilhação, já se defendeu (e esta é a boa doutrina) que, por exemplo, no caso de ela ser nula por falta de forma, a declaração valha como simples escrito do pai para efeito de investigação da paternidade[3]. Ainda aqui se identifica uma situação análoga à conversão.

Mas também pode falar-se em redução legal de um acto quase-negocial. Assim acontece em matéria de perfilhação, uma vez que o n.º 2 do art. 1852.º do C.Civ. estatui que «as cláusulas ou declarações proibidas não invalidam a perfilhação, mas têm-se por não escritas» *(vitiatur sed non vitiat)*.

[1] No sentido de ser nula a perfilhação que não revista forma legal se pronuncia Guilherme de Oliveira (*Estabelecimento da Filiação*, pág. 119), invocando justamente o regime dos arts. 220.º e 295.º do C.Civ.

[2] Assim está sustentado em *A Conversão*, págs. 424-425.

[3] Neste sentido, *vd*. Guilherme de Oliveira, *Estabelecimento da Filiação*, págs. 119 e 120.

PARTE III
Conteúdo da Relação Jurídica

TÍTULO I
PRELIMINARES

653. Noção de conteúdo

I. Por conteúdo da relação jurídica, entende-se o conjunto de poderes jurídicos e vinculações atribuídos às pessoas entre as quais a relação se estabelece, ou seja, os seus sujeitos, segundo a concepção clássica.

A atribuição desses poderes e vinculações a determinadas pessoas dá-se por virtude da verificação de certos eventos que constituem a fonte da relação jurídica e, consequentemente, conformam o seu conteúdo.

Matéria antes exposta permite afirmar que o conteúdo da relação jurídica, na vida jurídica real, é, em regra, complexo, consistindo numa teia de poderes e vinculações estabelecidos por referência a cada um dos seus sujeitos. Sem deixar de ter presente esta realidade, o estudo do conteúdo, na perspectiva da *Teoria Geral*, não se faz por referência ao complexo de situações jurídicas que o integram[1], mas sim pela análise, em separado, do poder jurídico e da vinculação. Assim o impõem razões de ordem didáctica.

II. Os poderes jurídicos e as vinculações, considerados em si mesmos, podem designar-se genericamente como *situações jurídicas*.

As situações jurídicas, neste sentido, definem-se como *posições* ocupadas pelas pessoas em relação aos *bens*, segundo a sua atribuição por força das normas jurídicas, e como efeito da verificação de certos factos com relevância para o Direito.

---

[1] O estudo do conteúdo, *qua tale*, como complexo de poderes jurídicos e vinculações faz-se no plano concreto de *cada* relação jurídica.

Sem cair na técnica dos elementos da relação jurídica, em particular dos seus sujeitos, as situações jurídicas podem dividir-se em *activas* e *passivas*, consoante a posição da pessoa, em relação a determinado bem, é ou não de vantagem.

De entre as *situações jurídicas activas*, a figura central é *o direito subjectivo*. Importa, contudo, deixar bem claro, desde já, que o direito subjectivo está longe de esgotar o elenco das situações jurídicas activas, para além de ele próprio poder revestir várias modalidades. Para o efeito de melhor arrumação da matéria, ao direito subjectivo contrapõem-se outras manifestações do poder jurídico, designadas como suas *figuras afins*.

Nas *situações jurídicas passivas* não se identifica uma figura central correspondente ao direito subjectivo, porquanto, mesmo quando se adopte, como deve ser considerado correcto, enquanto figura genérica, a *vinculação*, está apenas a recorrer-se a uma terminologia, que pretende englobar as suas várias modalidades. Noutro plano, cabe referir que as diversas manifestações da vinculação mantêm alguma correspondência com diferentes modalidades do direito subjectivo.

Sem deixar de ter presente estas observações prévias, pode assinalar-se na vinculação uma ideia comum às suas várias manifestações, legitimando, deste modo, a sua contraposição a outras figuras – também passivas – que não participam dessa diferença específica. Fica, assim, aberta a possibilidade de se identificarem figuras afins da vinculação, que, à semelhança do direito subjectivo, completam o quadro das situações jurídicas passivas.

654. Razão de ordem

I. As observações feitas no número anterior dão o ponto de partida para a sistematização da matéria do conteúdo da relação jurídica, no estudo subsequente.

O tratamento mais acertado – fruto da experiência colhida no ensino desta matéria – vai no sentido de começar por analisar as situações jurídicas, activas e passivas, nos seus traços fundamentais, que podem interessar a uma teoria geral da relação jurídica; abandona-se, assim, a sistematização anteriormente seguida, na exposição do regime do objecto imediato da relação jurídica, fundada na distinção entre a *estática* e a *dinâmica* do direito subjectivo e da vinculação. Mas, para além disso, projecta-se neste campo a nova perspectiva adoptada no estudo da relação jurídica, pois dela resulta a inclusão, no seu conteúdo, de matérias antes não tratadas a propósito do objecto imediato: a influência do tempo nas situações jurídicas.

II. As situações jurídicas activas e passivas justificam, em alguns aspectos do seu regime, um tratamento diferenciado de cada uma das categorias, mas permitem, quanto a outros pontos, uma análise conjunta, pois participam de regimes comuns ou muito próximos.

Estão no primeiro caso, como facilmente se compreende, as matérias referentes à fixação da sua noção e modalidades e, em alguns aspectos, das classificações que delas se podem fazer.

Por isso, elas serão abordadas em separado, num primeiro momento quanto às situações jurídicas activas e de seguida quanto às passivas.

Razões de ordem diversa impõem também o tratamento autónomo de aspectos ligados ao que se pode designar como dinâmica das situações jurídicas. Os poderes jurídicos e as vinculações não existem como um fim em si mesmos, mas como instrumentos adequados à regulação de interesses de pessoas individualmente consideradas. A realização destes interesses alcança-se, nas situações jurídicas activas, mediante a actuação do poder jurídico e, nas situações jurídicas passivas, através da adopção de comportamentos adequados à concretização da posição de vantagem do titular da situação jurídica activa correspondente. Para significar esta realidade, diz-se que os poderes jurídicos *se exercem* e que as vinculações *se cumprem* ou *se suportam*, consoante os casos. Como é manifesto, nestes dois tipos de comportamentos está envolvida, em cada modalidade de situações, uma problemática significativamente diversa, justificativa do seu tratamento em separado. Acontece, porém, que, quanto às situações jurídicas passivas, a manifestação mais significativa do regime do seu cumprimento verifica-se no domínio das obrigações; por isso, no *curriculum* dos cursos de Direito, o seu estudo é reservado tradicionalmente para a *cadeira* que se ocupa do correspondente ramo de Direito Civil. Deste modo, só será estudado o exercício dos poderes jurídicos, em função da sua mais relevante manifestação – o direito subjectivo.

III. Ao contrário dos aspectos específicos referidos na alínea anterior, outras matérias apresentam grande proximidade no regime das situações jurídicas activas e passivas. Isso acontece, desde logo, com os vários fenómenos que se podem identificar durante a sua vida, na cena jurídica, e que é corrente estudar por subordinação ao tema das respectivas *vicissitudes*.

Em geral, a matéria é versada em função do direito subjectivo[1], facto desde logo revelado nas próprias designações que correntemente identificam

[1] Esta razão, e também outras já antes ditas, explicam, por certo, a pouca atenção que a doutrina, sobretudo a mais antiga, correntemente dedicava à vinculação no objecto imediato da relação jurídica. Elucidativo, a este respeito, é o exemplo de José Tavares: estudando longamente o direito subjectivo, dedicava pouco mais de três páginas ao dever jurídico (*Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1929, págs. 253-256).

esses fenómenos. Como adiante melhor se verá, para além de se tornar necessário, em certos casos, manter, em relação a algumas dessas vicissitudes, uma terminologia específica, para as vinculações, nas suas linhas fundamentais o regime é comum às duas modalidades de situações jurídicas.

Também em conjunto se pode fazer o tratamento da influência do tempo nas situações jurídicas, que encerra a exposição do regime do conteúdo da relação jurídica. Aí serão abordados, para além de algumas notas de ordem geral, orientadas para a caracterização do tempo, enquanto facto jurídico *stricto sensu*, dois dos institutos mais significativos através dos quais se manifesta a influência do tempo nas situações jurídicas: a *prescrição* e a *caducidade*.

655. Sede legal da matéria

O Código Civil, revelando a influência dos tratadistas que se ocuparam dos Anteprojectos da sua Parte Geral, partidários de uma concepção restrita do objecto da relação jurídica, não contém uma teoria geral, nem do direito subjectivo, nem do dever jurídico. Nem define, sequer, estes institutos, diferentemente do que sucedia com o Código de Seabra.

É, na verdade, sintomático o facto de, no seu primeiro Livro, em particular no Título II, a seguir ao Subtítulo I, dedicado às pessoas jurídicas, o Subtítulo II, que deveria ocupar-se do objecto da relação jurídica, ser exclusivamente destinado às coisas e como tal epigrafado. Só no último Subtítulo (o IV), reservado à tutela das relações jurídicas, sob a epígrafe «Do exercício e tutela de direitos», se encontram algumas disposições dispersas sobre os direitos subjectivos[1], pois o grande volume das normas nele incluídas respeita à matéria da prova. Ainda assim, esses preceitos referem-se sobretudo ao exercício do direito subjectivo.

Quanto à vinculação, nada se contém de específico na Parte Geral do Código Civil. O legislador só se ocupa da obrigação – uma das modalidades do dever *lato sensu* – no Livro II do Código, dedicado ao Direito das Obrigações.

É, pois, muito escasso o suporte legal quanto ao regime do conteúdo da relação jurídica.

[1] O Subtítulo IV engloba os arts. 334.º a 396.º, repartidos por dois capítulos, o primeiro de «Disposições gerais» e o segundo «Das provas». É no primeiro capítulo que se situam os preceitos referidos no texto.

TÍTULO II
AS SITUAÇÕES JURÍDICAS

SUBTÍTULO I
AS SITUAÇÕES JURÍDICAS ACTIVAS

CAPÍTULO I
O DIREITO SUBJECTIVO

SECÇÃO I
Noção de Direito Subjectivo

656. Colocação do problema

I. A noção de direito subjectivo pode considerar-se uma *vexata quaestio* do Direito Civil. São múltiplas e da mais diversa índole as construções formuladas a tal respeito pela doutrina, não deixando, sequer, de haver autores que negam o próprio direito subjectivo como categoria jurídica[1].

Não cabe nestas lições, naturalmente, analisar, nem mesmo referir (nem teria interesse fazê-lo) as múltiplas facetas por que o problema tem sido apreciado. Assim, a exposição subsequente será limitada às teorias mais significativas, agrupando-as segundo os seus pontos mais relevantes, não

[1] Quanto ao conceito de direito subjectivo e às várias posições sobre ele sustentadas, *vd.*, por todos, Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, págs. 63 e segs.; e Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I., T. I, págs. 311 e segs.

Sobre «as raízes do direito subjectivo», *vd*. P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 250 e segs.

deixando, porém, de fazer uma breve apreciação das próprias teses negativistas. Dois objectivos fundamentais norteiam este estudo: facultar o contacto com algumas concepções de juristas que mais largamente influenciaram o pensamento civilista moderno; carrear, na exposição e crítica das teses alheias, os elementos tidos como mais válidos para a construção do conceito.

II. Para melhor compreensão da matéria, antes de entrar no desenvolvimento do esquema definido, importa fazer sobre ela algumas considerações de ordem geral, embora sumárias.

Para tanto, e como ponto de partida, convém assentar numa noção, mesmo provisória, de direito subjectivo. Não facultando o Código vigente qualquer definição, é ajustado ter em conta a estabelecida no proémio do art. 2.º do C.Civ.67: «entende-se por direito [...] a *faculdade moral* de praticar ou deixar de praticar certos factos».

Esclarecido que por faculdade moral se pretende significar uma faculdade conferida pela lei, logo normativa, pode assentar-se em que esta noção liga o direito subjectivo à ideia de um *poder* atribuído a certa pessoa. Esse poder confere ao seu titular uma situação de vantagem no mundo do Direito, pois, segundo a mesma norma, permite-lhe optar entre praticar ou não certos actos jurídicos. Essa possibilidade (lícita) de agir ou não agir assegura ao titular do direito subjectivo meios de realização dos seus interesses, tutelados pela norma jurídica, em detrimento de outros que são vistos, pelo Direito, como ilegítimos ou menos dignos da sua protecção.

Deste modo, apura-se uma ideia preliminar, segundo a qual o direito subjectivo é uma *faculdade normativa* de agir, atribuída a certo indivíduo em função da realização dos seus interesses. Como se caracteriza essa *faculdade*, como se alcança, através dela, a satisfação do fim tutelado pela norma é o que a discussão do conceito de direito subjectivo vai permitir esclarecer.

657. Teorias negativistas

I. É compreensível que se inicie a análise das construções jurídicas relativas ao direito subjectivo pelas teorias negativistas; em verdade, se essas teses merecessem acolhimento, passariam a ter mero interesse académico as teorias dirigidas a explicar um instituto sem consistência jurídica própria.

A ideia comum aos autores que põem em causa o direito subjectivo é a de ele não corresponder à realidade, sendo uma mera construção técnica, que deve ser varrida da ciência do Direito.

Entre os defensores deste pensamento apontam-se correntemente Duguit e Kelsen, dois conhecidos juristas que larga influência exerceram na ciência jurídica, nomeadamente em Portugal.

II. Ao iniciar a exposição da tese de Léon Duguit[1], é de todo o interesse ter presente a influência que no seu pensamento exerceu a orientação positivista de Augusto Comte. Esta filiação explica o facto de Duguit procurar fundamentalmente atingir a realidade jurídica.

Ora, a realidade que a observação do mundo do Direito primeiramente oferece são as normas jurídicas, como comandos dirigidos aos homens. Em face de tais normas, os homens encontram-se em diferentes posições, às quais correspondem o que Duguit chamou as *situações jurídicas*, ideia depois retomada e desenvolvida por Jèze[2]/[3].

Procurar a explicação desta realidade na figura do direito subjectivo é utilizar uma daquelas construções ou artifícios metafísicos da razão a que o espírito positivista de Duguit não podia aderir.

Na verdade, segundo ele, a norma não confere direitos subjectivos a quem quer que seja; o que a realidade jurídica mostra é que, se alguém deixa de a cumprir e assim afecta a situação jurídica de outrem, a norma intervém mediante certas vias («voies de droit») que permitem repor a realidade tal como a lei a pretendia.

III. É bem diverso o caminho percorrido por Kelsen na sua negação da figura de direito subjectivo. Parte este brilhante jurista da sua conhecida concepção da ordem jurídica como um simples conjunto de normas a que o Estado fornece a coacção; o próprio Estado, de resto, vem a coincidir com o Direito, não sendo mais do que a representação das normas como sistema.

---

[1] A posição de Duguit foi definida numa das edições do seu *Traité de Droit Constitutionnel*.

[2] *Les Principes Généraux de Droit Administratif*. Para exposição da posição de Jèze, cfr. José Tavares, *Os Princípios Fundamentais*, vol. I, págs. 219 e segs. Na doutrina portuguesa, esta orientação veio a ser seguida por Fézas Vital, *Do acto jurídico*. Também Jaime Gouveia se manifestou como um dos defensores das posições negativistas do direito subjectivo *(Construção jurídica da propriedade)*.

[3] Outra tentativa de superar o conceito de direito subjectivo pelo de *situação jurídica* pode ver-se nos estudos de P. Roubier. A este respeito, escreve P. Roubier que a ordem jurídica se caracteriza pelo entrecruzar dos direitos e dos deveres. «C'est cet entrecroisement qui a abouti, chez les auteurs contemporains, à prendre pour base de leurs constructions la notion de la situation juridique plutôt que celle de droit subjectif. La situation juridique ce présente à nous comme constituant un complexe de droits et de devoirs; or, c'est là une position infiniment plus frèquente que celle de droits existant à l'ètat de prérogatives franches, ou de devoirs auxquels ne correspondait aucun avantage» (*Droits Subjectifs et Situations Juridiques*, Dalloz, Paris, 1963, pág. 52). As situações jurídicas seriam de dois tipos: *situações jurídicas subjectivas*, nas quais o elemento prerrogativa ocupa o primeiro plano, e que são as que tendem a criar direitos, mais do que deveres; e *situações jurídicas objectivas*, em que predomina o dever, tendendo a reconhecer deveres mais do que direitos (*ibidem,* págs. 53 e 54). Em rigor, esta concepção não prescinde do conceito de direito subjectivo, só que o enquadra no conjunto de uma certa posição jurídica do seu titular, de que ele é elemento.

No entendimento de Kelsen, as normas jurídicas encontram-se hierarquizadas a partir de uma superior e fundamental, que designa como «Grundnorm», e até os actos de regulamentação concreta e particular, como sejam o contrato celebrado entre particulares, o regulamento de uma associação ou a sentença judicial. Dessa organização hierarquizada, em pirâmide, retiram as normas jurídicas a sua validade, fundada, em última análise, na «Grundnorm»[1].

Reduzindo todo o Direito a esta pirâmide de normas, facilmente se compreende que na teoria de Kelsen não caiba o conceito de direito subjectivo, tal como ele é geralmente entendido. «Este direito subjectivo, tão-pouco se coloca, como o dever jurídico, face ao Direito (objectivo), como algo dele independente. É, tal como o dever jurídico, uma norma jurídica, a norma jurídica que confere um específico poder jurídico, que atribui um poder ou uma competência a um determinado indivíduo. Dizer que este indivíduo «tem» um direito subjectivo, isto é, um determinado poder jurídico, significa apenas que uma norma jurídica faz de uma conduta deste indivíduo, por ela determinada, pressuposto de determinadas consequências»[2].

A tese de Kelsen conduz, pois, ao que ele mesmo designa como superação do dualismo Direito em sentido objectivo e Direito em sentido subjectivo, que na *concepção clássica* se traduzia em situar o direito subjectivo em face do Direito objectivo, ou seja, de um sistema de normas, «como se formasse um domínio distinto». Não é essa a visão de Kelsen, para quem «a Teoria Pura do Direito afasta este dualismo ao analisar o conceito de pessoa, como a personificação de um complexo de normas jurídicas, ao reduzir o dever e o direito subjectivo (em sentido técnico) à norma jurídica que liga uma sanção a determinada conduta de um indivíduo e ao tornar a execução de uma sanção dependente de uma acção judicial a tal fim dirigida; quer dizer: *reconduzindo o chamado direito em sentido subjectivo ao Direito objectivo*»[3].

---

[1] Interrogando-se sobre o fundamento da validade das normas jurídicas, Kelsen considera que «o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento da validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior». Esta ideia leva, assim, a conceber o Direito como uma pirâmide de normas, cada vez mais abstractas, mas coloca também o problema do fundamento último do Direito. Na verdade, como escreve Kelsen, «a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental *(Grundnorm)*», (*Teoria Pura do Direito*, 4.ª ed., trad. port. de J. Baptista Machado, Arménio Amado Editor, Sucessor, Coimbra, 1976, págs. 267 e 269; os itálicos são do texto).

[2] Kelsen, ob. cit., págs. 196-197.

[3] *Idem, ibidem*, pág. 265 (o itálico é nosso).

A realidade a que se atribui a designação de direito subjectivo, não passa, na concepção de Kelsen, do poder de fazer uma norma individual, como manifestação da vontade que se integra na previsão da norma geral e que, assim, desencadeia a sua aplicação.

IV. A apreciação das teorias negativistas de direito subjectivo leva, desde logo, à verificação de que, em rigor, o que nelas é posto em causa é uma certa conceptualização da realidade e não a realidade em si mesma.

Nem Duguit, nem Kelsen negam que, no exame da vida social e jurídica, se reconhece a certos indivíduos uma posição de vantagem em relação a certos bens, que não é atribuída a outros. Somente aqueles autores concebem doutrinalmente esta realidade em termos tão afastados do conceito corrente de direito subjectivo que na prática isso equivale à sua negação.

Por outro lado, como observação comum às duas orientações analisadas, pode afirmar-se que elas atacam sobretudo uma concepção individualista e voluntarista do direito subjectivo, pelo que os seus reparos perdem alguma da sua pertinência perante uma concepção diferente.

Esta observação é particularmente pertinente pelo que respeita à tese de Duguit, sendo esta a primeira crítica que se lhe pode mover[1]. Com efeito, Duguit visou particularmente a concepção individualista do Direito e a teoria que, no seguimento de Savigny e Windscheid, formulava o direito subjectivo como um poder de vontade. Para Duguit, tal concepção implicava uma graduação ou hierarquização de vontades. A vontade a que correspondesse o direito subjectivo teria de ser uma vontade superior, a que se subordinariam outras vontades humanas. Ora, não é concebível a existência de vontades superiores e inferiores, pois todas as vontades humanas são iguais, por natureza.

A justeza desta observação de Duguit não permite, porém, levar tão longe, como ele faz, as consequências a extrair do seu ponto de partida. Demonstrar que o direito subjectivo não pode ser construído como um poder de vontade não significa que não seja admissível e válida outra concepção.

Por outro lado, mesmo no plano positivista de que parte Duguit, alguns reparos podem ser feitos à sua tese. Na verdade, a observação da realidade jurídica revela que as normas atribuem a certos indivíduos, em determinadas circunstâncias, meios de agir (faculdades) não reconhecidas a outros.

[1] Para maior desenvolvimento da tese de Duguit e sua crítica, cfr., *v.g.,* José Tavares, *Os Princípios Fundamentais*, vol. I, págs. 216 e segs. São também de grande interesse as considerações de Cabral de Moncada, *Lições*, vol. I, págs. 59 e 65, que, de resto, não deixava de dar algum acolhimento à ideia de situação jurídica, ainda que em contraposição à de direito subjectivo: «convém notar que muitos dos vulgarmente chamados direitos subjectivos outra coisa não são senão meras *posições*, *qualidades* ou *situações jurídicas objectivas* das pessoas, como manifestação da sua simples personalidade jurídica», pág. 64; os itálicos são do texto).

Ora, essas faculdades podem ser tomadas isoladamente e, sobretudo, não se reconduzem às vias de direito tais como Duguit as concebia, como simples meios de reposição da situação jurídica violada. De resto, o esquema dessas vias de direito, segundo o entendimento adiante perfilhado, é perfeitamente conciliável com a ideia de direito subjectivo.

Doutro ponto de vista, não pode desconhecer-se o relevo que o direito subjectivo assume na dogmática jurídica. Este argumento não permite, como é evidente, só por si, afastar as teses negativistas. Mas, em face de um conceito tão enraizado no sistema jurídico como o de direito subjectivo, com tão profunda influência na construção jurídica e na própria formulação do Direito objectivo, não se vê razão para o pôr de lado, a menos que se reconhecesse a sua substancial inadequação à realidade e se apresentasse outro instituto jurídico que cabalmente o substituísse na descrição dessa mesma realidade. E, a este respeito, cabe referir que, apesar das críticas negativistas, o conceito de direito subjectivo é correntemente aceite ou pressuposto na construção jurídica. Há-de reconhecer-se, por outro lado, que, em muitos aspectos, a técnica do direito subjectivo é ainda a que melhor explica a realidade jurídica.

658. A teoria da vontade

I. A figura do direito subjectivo, como instrumento técnico fundamental na dogmática jurídica, é de há muito aceite pela doutrina dominante, sem embargo das profundas divisões que a repartem na construção da figura.

Uma das formulações clássicas neste domínio foi estabelecida pela escola histórica alemã, sendo correntemente conhecida como *teoria da vontade*.

A *concepção voluntarista* do direito subjectivo – aquela a que Duguit principalmente se reportou – teve como principais defensores Savigny, Windscheid, Puchta e, em geral, os pandectistas, embora com algumas variantes[1].

A teoria da vontade, na sua ideia central, formula-se nos seguintes termos: o direito subjectivo é um *poder* ou *soberania da vontade* reconhecido pela norma jurídica.

II. A crítica mais corrente dirigida à teoria da vontade mostra a sua inadequação, quando se trata de explicar a atribuição de direitos subjectivos a pessoas sem vontade juridicamente relevante, como sejam os incapazes. De igual modo, a teoria da vontade não consegue enquadrar o facto de haver direito subjectivo mesmo quando o respectivo titular ignora a sua existência.

[1] Cfr. José Tavares, *Os Princípios Fundamentais*, vol. I, págs. 186 e segs.

Ficou já referida a contestação de Duguit, quanto a não ser admissível uma hierarquia de vontades, como a concepção voluntarista pressupõe. Esta crítica, correcta no plano psicológico, deixa já margem para dúvidas no campo normativo, pois aí nada impede que uma vontade se apresente como juridicamente mais relevante que outra.

A crítica mais acertada desta teoria é, porém, a que aponta para a sua visão deformada da realidade. A teoria da vontade não define direito subjectivo, antes descreve a realidade subjacente; mesmo assim, essa descrição é passível de reparos, pois, se no direito subjectivo se pode identificar um *poder de vontade*, o direito subjectivo não é esse poder. Por isso mesmo, a teoria da vontade não consegue dar explicação cabal a alguns aspectos do regime jurídico do direito subjectivo[1], como seja o da sua transmissão. Não se vê, na verdade, como na transmissão o direito se pudesse manter idêntico, quando há a substituição de um poder de vontade por outro.

659. A teoria do interesse

I. Os reparos feitos à concepção voluntária do direito subjectivo levaram a doutrina a procurar uma construção que o desvinculasse de uma formulação *subjectivista*.

Na doutrina alemã, em contraposição à teoria voluntarista, formulou Jhering[2], também ele pandectista, como muitos dos seguidores daquela orientação, uma concepção fundada na noção de interesse; daí, ter ficado conhecida como *teoria do interesse*.

Para Jhering e seus seguidores, o *direito subjectivo é o interesse juridicamente tutelado ou protegido.* «A verdadeira substância do direito subjectivo encontra-se no proveito, na utilidade, no interesse *(Genuss)* do sujeito. O sujeito do direito é aquele a quem a lei destina a utilidade do mesmo direito. A missão do direito não é outra senão garantir-lhe esta utilidade. Os direitos não existem para realizar a ideia da vontade jurídica abstracta; servem, pelo contrário, para garantir os interesses da vida, para prover às suas necessidades, para realizar os seus fins. A utilidade *(Genuss)*, e não a vontade *(Willen)* é a substância do direito subjectivo»[3].

[1] Cumpre, neste plano, recordar como ela influenciou perniciosamente a construção do instituto da personalidade colectiva.

[2] A tese de Jhering foi exposta no seu estudo *Geist des römischen Rechts*; em tradução portuguesa, *O Espírito do Direito Romano*, III, trad. de Rafael Benaion, Alba, Rio de Janeiro, 1943.

[3] José Tavares, ob. e vol. cits., págs. 192-193 (os itálicos são do texto).

II. Como frequentemente acontece com teorias que reagem contra concepções extremas, a teoria de Jhering teve o mérito de chamar a atenção para a relevância do elemento *interesse* na noção de direito subjectivo – que a teoria da vontade ignorava –, que a partir deste Autor ficou adquirido como dado relevante na definição do instituto. O direito subjectivo tem, efectivamente, de corresponder a alguma *utilidade* para o seu titular e não a uma simples vontade, que pode, nomeadamente, ser arbitrária. Contudo, a construção de Jhering cai em vício correspondente à da teoria da vontade, dando uma ideia unilateral do direito subjectivo, centrada agora no interesse do seu titular. É que, por outro lado, o direito subjectivo envolve uma actuação da vontade que, dentro de certos limites, fixados pelo direito objectivo, é legítima[1].

Assim, também a teoria do interesse peca por uma visão particularista, além de descritiva, do instituto. Na verdade, o que ela fornece é uma descrição do fenómeno que pretende definir, mas centrando-o agora no interesse. Ora, se no direito subjectivo existe uma protecção jurídica de interesses, o direito subjectivo não se reduz a isso; nem é essa a sua substância, nem o seu fim[2].

Por outro lado, a teoria do interesse levaria a identificar todo o interesse juridicamente protegido com o direito subjectivo. Contudo, a análise da realidade mostra que a ordem jurídica se serve de técnicas diversas para tutelar os interesses humanos, além da do direito subjectivo[3]. Como adiante se dirá mais de espaço, isso verifica-se em relação aos chamados interesses reflexa e indirectamente protegidos.

660. As teorias eclécticas

As insuficiências destas duas concepções e os reparos de que foram alvo levaram alguns autores, numa tentativa de suplantar o seu carácter exclusivista, a formulações da noção de direito subjectivo que procuram aproveitar os elementos verdadeiros de cada uma delas. Essas teorias eclécticas põem, por vezes, o acento tónico na vontade e, noutras, no interesse.

---

[1] *Vd*. C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, pág. 179.

[2] Cfr., neste sentido, Ruggiero, *Instituições*, vol. I, pág. 206.

[3] É a crítica corrente: cfr., por exemplo, C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, pág. 180, e Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, págs. 64-65. Ver, contudo, Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. I, págs. 319-320, e José Tavares, ob. e vol. cits., págs. 195-196. Castro Mendes assinalava que Jhering demarcava, no conceito de direito subjectivo, um momento *substancial*, relativo ao interesse, e outro *formal*, que é a tutela jurídica. Por isso, no seu entender, a teoria de Jhering aproxima-se das concepções eclécticas (ou intermédias) de direito subjectivo. Seria, pois, injusta a crítica feita no texto. Salvo o devido respeito, não parece ser assim. A crítica do texto não ignora que Jhering identificava o direito subjectivo como um *interesse juridicamente protegido*; pretende é assinalar o facto de poder haver tutela de interesses para além dos *meios* próprios do direito subjectivo, nomeadamente sem a acção judicial, referida por Jhering.

Os autores que partem do elemento vontade adoptam fórmulas como as de Ruggiero, definindo o direito subjectivo como «o poder da vontade do homem de agir, para satisfação dos interesses próprios, em conformidade com a norma jurídica»[1]. Esta orientação foi adoptada por Jellineck, numa fase do seu pensamento, e por vários autores italianos, como Coviello e Ferrara.

Uma segunda modalidade de combinação das duas teorias, pondo em evidência o interesse, apresenta noções, como a defendida por Michoud, para quem o direito subjectivo «é o interesse de um homem, ou de um grupo de homens juridicamente protegido por meio do poder reconhecido a uma vontade de o representar ou de o defender»[2]. Em Portugal adoptaram este entendimento Guilherme Moreira e Rocha Saraiva[3].

O mérito destas concepções, quando atendem a elementos verdadeiros do instituto, é, porém, suplantado pelos vícios inerentes a cada uma das concepções que constituem o seu ponto de partida e que, de alguma maneira, se cumulam, numa visão ecléctica.

661. A teoria do Prof. Gomes da Silva

I. Na doutrina portuguesa, o saudoso e insigne civilista, que foi o Prof. Manuel Gomes da Silva, reelaborou o conceito de direito subjectivo, a partir de uma profunda e arguta análise da realidade. Para além do seu mérito intrínseco, a concepção de M. Gomes da Silva justifica ainda uma menção particular pela larga influência exercida em sucessivas gerações de civilistas da Faculdade de Direito de Lisboa. Sem prejuízo de algumas observações críticas, por vezes fundadas, de resto, reconhecidas em escritos posteriores de Gomes da Silva, também a noção de seguida adoptada nele recebeu inspiração, como se exporá.

Com base na análise levada a efeito num dos seus estudos[4], M. Gomes da Silva define direito subjectivo como «a afectação jurídica dum bem à realização dum ou mais fins de pessoas individualmente consideradas»[5].

II. Numa fase do seu pensamento, Castro Mendes, aceitando no essencial a noção de M. Gomes da Silva, introduziu-lhe, porém, uma nota de subjectividade ao definir direito como «a posição pessoal de vantagem» resultante da

[1] *Instituições*, vol. I, pág. 206.

[2] *La Théorie de la personalité morale*, vol. I, pág. 105.

[3] Guilherme Moreira, *Instituições de Direito Civil Português*, vol. I, pág. 4; e Rocha Saraiva, *Construção jurídica do Estado*, vol. I, pág. 51.

[4] Cfr. *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, págs. 27 e segs.

[5] Ob. cit., pág. 79.

afectação de um bem. Em sentido muito próximo, mas sem ir tão longe na subjectivação do conceito de M. Gomes da Silva, Oliveira Ascensão adopta a seguinte fórmula: «posição concreta de vantagem de pessoas individualmente consideradas resultante da afectação de meios jurídicos para permitir a realização de fins que a ordem jurídica aceita como dignas de protecção»[1].

Na linha de pensamento de Gomes da Silva e de Oliveira Ascensão, se insere, confessadamente, a noção proposta por P. Pais de Vasconcelos: «posição jurídica pessoal de vantagem, de livre exercício, dominantemente activa, inerente à afectação, com êxito, de bens e dos correspondentes meios, isto é, de poderes jurídicos e materiais, necessários, convenientes ou simplesmente úteis, à realização de fins específicos do seu concreto titular»[2].

III. Menezes Cordeiro, que começou por perfilhar uma concepção de direito subjectivo com base na construção de M. Gomes da Silva[3], veio posteriormente, sem deixar de reconhecer a atenta reflexão que aquele civilista dedicou à matéria – e os seus méritos –, perfilhar uma posição de carácter normativista. O direito subjectivo confunde-se com uma valoração normativa e representa o que resulta da sua análise.

Na definição de direito subjectivo, cumpre, segundo Menezes Cordeiro, assumir «a dimensão significativa profunda do direito subjectivo, enquanto bastião da liberdade – ou seja: livre arbítrio – de cada um». Está aqui implícita, segundo o Autor, uma ideia de uma liberdade concreta, de disfrutar das vantagens decorrentes da afectação de um bem. Mas não de uma liberdade entendida em termos individualistas puros, antes a complementar com ideias de cooperação, de participação e de responsabilidade e de deveres imanentes. Essa situação de liberdade decorre de normas permissivas, pelo que Menezes Cordeiro a identifica como «permissão normativa» destinada a possibilitar o aproveitamento de um bem, no sentido mais lato do termo, através de meios jurídicos postos ao seu dispor. Nesta base, e numa visão sintética, Menezes Cordeiro assenta na seguinte noção de direito subjectivo: «permissão normativa específica do aproveitamento de um determinado bem»[4].

IV. A noção de M. Gomes da Silva recolhe aspectos decisivos na fixação do conceito de direito subjectivo; por certo, este implica uma afectação de bens, feita pela norma jurídica, à realização de fins de certa pessoa. Nesta

---

[1] No texto reduzem-se a uma fórmula unitária os elementos indicados em *Teoria Geral,* vol. III, pág. 79. É em Oliveira Ascensão intencional a manutenção do cariz objectivo da noção de M. Gomes da Silva, sendo mesmo, para ele, este «um grande mérito» da concepção deste A. (ob. e vol. cits., págs. 80-81).

[2] *Teoria Geral*, pág. 284.

[3] *Direitos Reais*, vol. I, págs. 296 e segs.

[4] *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 328 e 332, respectivamente.

medida, a esta noção corresponde uma atenta descrição de fenómenos que ocorrem no direito subjectivo, mas este, em si mesmo, não consiste, na sua adequada construção, nessa afectação, que é, de algum modo, *instrumental*. Bem ponderadas as coisas, esta mesma ideia está reflectida nas formulações de Castro Mendes e Oliveira Ascensão, ao conceberam o direito como uma posição de vantagem *resultante* (isto é: *alcançada por meio*) da afectação de um bem aos fins de certa pessoa.

Por outro lado, como M. Gomes da Silva reconheceu noutro estudo[1], a sua teoria «incorre na falta de privar aquela figura do *quid* de subjectividade que ela apresenta como essencial na noção vivida espontaneamente pelos homens». Esta autocrítica levou-o a reformular a sua posição; configurando agora o fim como um elemento decisivo do conceito, Gomes da Silva conclui, nesta obra, que «o direito subjectivo consiste num aspecto ou manifestação da exigência ontológica da actuação da personalidade que a lei explícita e garante mediante a afectação jurídica de certo bem a uma finalidade capaz de integrar esse aspecto da mesma exigência»[2].

Como atrás já foi assinalado, a excessiva objectivação a que conduz a primitiva noção de M. Gomes da Silva foi determinante na reformulação de Castro Mendes e levou-o a centrar a ideia do direito subjectivo numa «posição de vantagem pessoal». Entende não dever ir tão longe Oliveira Ascensão – por isso prescinde do qualificativo «pessoal» –, mas o simples facto de partir da ideia de posição de vantagem já atenua a excessiva objectivação da noção de M. Gomes da Silva.

Fica em aberto a questão de saber se o direito subjectivo se identifica com uma posição de vantagem e até onde se deve ir na *objectivação* do conceito.

Quanto à noção de Menezes Cordeiro, peca por adoptar uma *concepção normativa* da figura. Como assinala Oliveira Ascensão, cujos reparos merecem ser perfilhados, ao falar em permissão normativa não caracteriza uma posição concreta ou específica, pois se refere a normas (permissivas) que são genéricas. «Não há normas específicas, há aplicações de normas genéricas a casos concretos». Por outro lado, a ambiguidade do termo *aproveitamento* não contribui para o esclarecimento do instituto[3].

662. A teoria do poder jurídico

I. Os reparos feitos às concepções atrás expostas afastam as teorias clássicas da vontade e do interesse, bem como as chamadas teorias intermédias

[1] Esboço de uma concepção, págs. 153 e segs.
[2] Ob. cit. na nota ant., pág. 156.
[3] *Teoria Geral*, vol. III, pág. 67 e respectivas notas (96) a (99).

e deixam nas mãos elementos úteis recolhidos nas fórmulas adaptadas por M. Gomes da Silva e pelos seus seguidores, para fixar a noção correcta de direito subjectivo.

Contudo, antes de avançar nesse sentido, importa fazer a análise de uma tese que tem feito carreira, identificando o direito subjectivo como um *poder jurídico*.

II. A primeira nota a assinalar, nesta concepção do direito subjectivo como *poder jurídico*, isto é, como poder tutelado pela norma (por isso se diz *jurídico*), é a de assim se procurar demarcá-la da teoria do poder de vontade do seu titular. Tal não significa que o direito subjectivo não pressuponha uma vontade, mas esta interfere com o instituto apenas no seu plano dinâmico, isto é, de actuação daquele poder. Neste sentido, José Tavares, sintetizando a noção de direito subjectivo na bem conhecida fórmula «poder jurídico do interesse»[1], logo esclarecia não ser a vontade elemento essencial do direito subjectivo, interessando apenas ao seu estado dinâmico, não ao seu estado estático. No estado estático, o direito subjectivo «não carece de intervenção de qualquer vontade, mas apenas do seu reconhecimento e garantia pelo poder da lei ou do direito objectivo».

Também Paulo Cunha, dando corpo a esta mesma ideia, segundo a qual a vontade não é elemento essencial do conceito, formulava a seguinte noção sintética de direito subjectivo: «*poder de realização de um interesse juridicamente protegido, mediante a intervenção de uma vontade capaz de o representar e proteger*»[2].

Esta tese é aceite por parte da doutrina portuguesa[3] e pode ligar-se à construção de Salleiles[4], que definia o direito subjectivo «como um poder posto ao serviço de interesses de carácter social e exercido por uma vontade autónoma».

Seguindo esta ordem de considerações na primeira edição deste estudo, seguindo de perto a Lição de Paulo Cunha, consta a seguinte definição de direito subjectivo: *poder conferido e protegido pela norma jurídica para realizar um interesse, mediante a intervenção de uma vontade capaz de o representar e o defender*[5].

---

[1] Os Princípios Fundamentais, vol. I, pág. 211-212. A fórmula completa adoptada por José Tavares é a seguinte: «poder de existência e realização reconhecido e garantido pela lei aos interesses pessoais, quer de carácter individual quer de carácter social» (em itálico no texto).

[2] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 21 (o texto em itálico está sublinhado no original).

[3] Cfr. Castro Mendes (*Teoria Geral*, vol. I, págs. 324-325); C. Mota Pinto (*Teoria Geral*, págs. 181-182); e Bigotte Chorão (*Teoria Geral*, vol. II, pág. 26).

[4] *De la personalité juridique.*

[5] *Teoria Geral*, vol. II, 1.ª ed., pág. 25.

663. Posição adoptada

I. Ao rever a noção de direito subjectivo, sem afastar substancialmente a posição antes defendida, torna-se necessário fixar previamente algumas notas essenciais à compreensão do instituto.

A primeira respeita a um aspecto, já assinalado, expresso na ideia de o direito subjectivo traduzir uma posição de vantagem do seu titular relativamente a determinado bem, posto à sua disposição pela ordem jurídica para a satisfação de determinados fins jurídico-privados.

Essa posição de vantagem implica um *juízo valorativo* desses fins, pois significa que o Direito considerou certos interesses mais relevantes, ao ponto de a sua realização justificar a atribuição, a uma pessoa determinada, de certo bem, com exclusão de outras pessoas. Mas, envolve também uma *limitação funcional*, porquanto o aproveitamento das utilidades de certo bem, para além de ser fundado nessa valoração, só *é legítimo* enquanto orientado para a realização de determinado fim.

O segundo ponto a assinalar funda-se na circunstância, já posta em destaque a propósito da autonomia privada, enquanto princípio fundamental do Direito Civil português, de o direito subjectivo ser um dos seus instrumentos privilegiados.

Isto significa que, ressalvados certos limites, também já sumariamente expostos, o titular do direito subjectivo é o juiz do modo como vai prevalecer-se da posição de vantagem em que o direito subjectivo se consubstancia. Traduzida em linguagem jurídica, esta ideia significa que ao titular do direito subjectivo cabe decidir se o exerce ou não e, em caso afirmativo, o modo como o exerce, nomeadamente até onde entende dever ir no aproveitamento das utilidades do bem, para a prossecução de certos fins.

II. Para os pontos atrás realçados terem sentido jurídico, a simples ideia de posição de vantagem, decorrente de uma norma jurídica, não é suficientemente significativa.

A realização autónoma de interesses pela via do direito subjectivo só pode ser alcançada se a ordem jurídica puser à disposição do seu titular vários meios de agir em relação ao bem, adequados à prossecução do fim em função do qual o direito foi atribuído.

Partindo assim da definição para o definido, a essa disponibilidade de meios corresponde, na construção de M. Gomes da Silva, o *poder jurídico*. Perfilhava Castro Mendes uma ideia equivalente quando afirmava que «*poder* significa a situação pessoal de vantagem que advém da existência de meios que tornam atingível um fim»[1]. Dito por outras palavras, *poder implica*, pois, *disponibilidade de meios jurídicos aptos para atingir certo fim*.

[1] Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. I, pág. 324 (o itálico é do texto).

A disponibilidade de meios jurídicos pode ser considerada em dois momentos. Num primeiro, cabe apurar quais os meios em cuja disponibilidade o poder consiste; no segundo, tem de se verificar os processos técnico-jurídicos através dos quais aqueles meios se concretizam.

Neste sentido era a expressão *poder* já entendida na noção antes perfilhada, pelo que, quanto a este ponto, nada há a alterar.

III. Retomando e desenvolvendo, na sequência destas considerações, ideias então defendidas, o direito subjectivo não se pode definir apenas a partir da ideia de *poder*, pois este é conferido pela ordem jurídica, não como um fim em si mesmo, mas para a realização de um interesse. A noção de interesse que releva para este efeito é objectiva, ou seja, refere-se à relação estabelecida «entre uma pessoa e um bem capaz de satisfazer necessidades dela»[1] e, neste sentido, apto a prosseguir um interesse que, como é evidente, é fundamentalmente do titular do direito.

A prossecução do interesse pode alcancar-se por mais de uma via. Uma consiste em *adjudicar* bens aptos para a satisfação da necessidade do titular do direito. Este é o processo mais corrente, tendo nos direitos reais de gozo o seu exemplo mais acabado. Ser titular do direito de propriedade significa que a ordem jurídica atribui a certa pessoa o *domínio* sobre uma coisa para dela se servir na realização de interesses legítimos. A coisa *está adjudicada* pela ordem jurídica àquela pessoa.

Mas nem sempre a prossecução do interesse se realiza por este meio. Noutros casos, *basta colocar o bem à disposição do interessado*, para este a ele recorrer se tal se vier a mostrar adequado à realização dos seus fins. Nos direitos reais de garantia, o credor alcança a satisfação do seu interesse pelo simples facto de, sendo caso disso, ter ao seu dispor meios para realizar o seu direito à custa do valor de determinado bem, sobre o qual não tem *domínio*, não sendo sequer indispensável que ele esteja na sua posse.

Em qualquer caso, como bem põe em evidência a fórmula de M. Gomes da Silva, sem haver, genericamente, a *afectação* de um bem ao serviço da realização de um fim (lícito) de certa pessoa não há direito subjectivo. Por isso, torna-se necessário aditar um segundo elemento ao poder – que é jurídico, pois resulta do Direito objectivo –, para preencher rigorosamente o conceito de direito subjectivo.

IV. O total esclarecimento da relevância do elemento *interesse*, na fixação do conceito de direito subjectivo exige, desde já, uma tomada de posição

[1] Cfr. Castro Mendes, *idem*, *ibidem*, pág. 324.

sobre a questão de saber se é essencial, para o efeito, que o interesse a realizar seja do próprio titular ou se pode ser de outrem.

Consoante a resposta dada, assim se adoptará uma concepção restrita ou ampla de direito subjectivo. Para além disso, e com mais relevo, no primeiro caso, nesta questão está envolvida a destrinça entre *direito subjectivo stricto sensu*, ou *direito de conteúdo egoísta*, e *poder funcional*, ou *direito de conteúdo altruísta*. Como também facilmente se compreende, a concepção adoptada levará, respectivamente, a ver o poder funcional como uma simples modalidade de direito subjectivo ou como uma figura afim desta categoria jurídica.

A solução mais adequada é a de limitar o conceito de direito subjectivo aos casos de coincidência entre a titularidade do poder e do interesse tutelado. A razão que fundamentalmente a determina é a de só então o exercício ou não exercício do direito estar, de modo significativo, na disponibilidade do titular do direito e de este ser o entendimento mais ajustado à noção de direito subjectivo, enquanto instrumento da autonomia privada.

Por isso, quando adiante forem identificadas as modalidades do direito subjectivo não será incluído nelas o poder funcional, sendo reservado o seu estudo para o campo das suas figuras afins.

V. Finalmente, levando às últimas consequências a nota já pressuposta na fórmula antes adoptada, quanto à interferência da vontade apenas no momento dinâmico do direito subjectivo, é dispensável a sua menção na definição. A vontade não é, pois, em rigor, elemento do conceito, uma vez que o direito subjectivo se pode conceber – na sua existência – sem dependência de uma vontade organizada juridicamente para o representar e defender. Só num plano descritivo a referência à vontade se podia justificar e sempre ligada ao exercício do direito.

Ao eliminar o elemento *vontade* da noção de direito subjectivo, não se ignora a circunstância de o poder jurídico carecer de ser actuado por alguém, através de uma vontade juridicamente atendível. Mas o facto de essa vontade não ter de ser, necessariamente, a do próprio titular do direito mostra que este existe e subsiste inalterado, mesmo quando a vontade do seu titular não seja considerada relevante para o seu exercício, sendo este cometido a outrem.

VI. Deste modo, fazendo a síntese dos elementos recolhidos nas alíneas anteriores, e tendo em conta o sentido atribuído a cada um deles, define-se direito subjectivo como o *poder jurídico de realização de um fim de determinada pessoa, mediante a afectação jurídica de um bem*.

SECÇÃO II

Modalidades do Direito Subjectivo

664. Direitos subjectivos absolutos e direitos subjectivos relativos

I. A repartição dos direitos subjectivos por estas duas modalidades – *absolutos* e *relativos* – é feita pelos autores segundo mais de um critério, para além de dar lugar a muitas dúvidas; importa aqui esclarecer qual o perfilhado, não sem deixar de chamar a atenção para o facto de já ter sido abordado problema afim, ao tratar da distinção entre relações jurídicas absolutas e relativas, o que, todavia, não dispensa aqui alguns desenvolvimentos, pois é por referência às situações jurídicas que o problema tem a sua manifestação significativa.

Os *direitos absolutos*[1] caracterizam-se pela sua eficácia *erga omnes*, isto é, por o correspondente poder ser oponível contra todos, enquanto os *direitos relativos* se projectam fundamentalmente na esfera jurídica de uma ou mais pessoas determinadas, ou, pelo menos, determináveis e emergem de um facto jurídico que estabelece um vínculo entre o titular da situação activa e a da situação passiva correspondente. Nos direitos absolutos não se identifica esta realidade; entre o seu titular e aquele contra quem ele o pretende fazer valer não há qualquer vínculo particular: a pessoa contra quem o direito absoluto é exercido pode nem sequer ser quem o violou.

É fácil demonstrar quanto fica exposto com exemplos relativos a direitos subjectivos paradigmáticos de cada uma destas categorias.

Assim, no direito de crédito, entre o credor e o devedor subsiste um vínculo entre eles existente que emerge de um acto jurídico, de natureza

---

[1] À expressão direito subjectivo absoluto atribui-se ainda o sentido de *direito não susceptível de abuso*, logo ilimitado (cfr. Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, págs. 87 e 265). Pretende-se assim traduzir a ideia de que há direitos em relação aos quais se não pode verificar abuso do direito. Ao tratar desta figura, a propósito dos limites do exercício dos direitos, melhor se compreenderá o significado de direito subjectivo absoluto, neste sentido, e a sua inadequação.

Sobre a distinção entre direitos absolutos e relativos, além das obras aditante citadas, *vd*. Miguel Galvão Teles, *Direitos Absolutos e Relativos*, sep. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha, ed. FDUL, Coimbra Editora, 2005.

negocial ou não. A pretensão do titular do direito de crédito funda-se no seu incumprimento, que o credor tem de invocar e provar para a sua pretensão proceder.

No direito de propriedade, diversamente, o seu titular pode reivindicar a coisa que dele é objecto de quem seja o seu detentor, e este pode não ser, sequer, o autor do esbulho, mas aquele a quem este a alienou.

II. Esta construção dogmática do direito absoluto não é prejudicada pela *eficácia externa* que a doutrina hoje tende a reconhecer aos direitos relativos por excelência, que são os de crédito, nem pelo facto de o simples reconhecimento de um direito subjectivo pela ordem jurídica impor, a terceiros, a necessidade de se absterem de com ele interferir ou de se envolverem na sua violação. A partir destas ideias tem sido posta em causa a contraposição entre direitos absolutos e direitos relativos, em particular dos direitos reais e dos direitos de crédito, como é o caso, na doutrina nacional mais recente, de Menezes Cordeiro[1]. Mas esta ideia encontrava-se já em Cabral de Moncada, ao salientar que os chamados direitos relativos não deixam de impor, «a todos os restantes homens, e não só ao devedor, a obrigação de não obstar à sua efectivação; se o credor tem um direito especial, a pretensão, só contra o devedor (o direito relativo à prestação), não deixa contudo de ter também, como o titular do direito real, um direito geral *erga omnes*, isto é, o direito a que todos respeitem a relação jurídica existente entre ele e o devedor. Quer dizer: todos os direitos, mesmo relativos, são também absolutos para um outro lado: o mundo constituído pelos terceiros»[2]. Deste ponto de vista, a absolutidade não poderá ser entendida como oponibilidade contra todos, mas «como reserva de um espaço jurídico que todos têm de respeitar»[3], sendo este um aspecto comum a todos os direitos.

Menezes Cordeiro estabelece a distinção, na perspectiva das situações jurídicas em geral, nos seguintes termos: a situação absoluta não depende de outra situação de sinal contrário, enquanto a relativa depende, isto é, «consubstancia-se na medida em que, frente a ela, se equacione uma outra, de teor inverso». Só quanto a estas situações faz sentido falar em relação jurídica[4].

III. O sentido relevante, na fixação do conceito de direito absoluto, a menos que se negue a sua operacionalidade, é o acima exposto: oponibilidade *erga omnes*. Tal não significa que Cabral de Moncada e Menezes Cordeiro

[1] *Direitos Reais*, vol. I, págs. 347 e 426 e segs.
[2] *Lições*, vol. I, pág. 72.
[3] Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, vol. I, pág. 347.
[4] *Tratado*, vol. I, T. I, pág. 306.

não tenham razão ao afirmar que, noutro sentido, os *direitos seriam sempre absolutos*, por todas as pessoas terem de os respeitar. Nem por isso se deve deixar de entender que a oponibilidade *erga omnes* confere aos direitos que dela participam uma posição particular, quando posta em confronto com a tutela conferida pela ordem jurídica com base na «reserva de um espaço jurídico » de que falam aqueles autores. A demonstração é, em particular, clara por referência aos direitos reais, como sustentado noutro estudo[1].

Se se analisar comparativamente o regime do direito de preferência, quando dotado de eficácia real, com o de igual direito, se for *meramente* obrigacional, facilmente se expõe e ilustra a diferença. Assim, se for violada uma preferência real, o preferente pode fazer sua a coisa alienada e forçar o terceiro adquirente a abrir mão dela em seu favor, para além de poder exigir do alienante e do adquirente a reparação dos danos emergentes da violação. Na preferência obrigacional, quando violada, ao preferente só cabe o direito à reparação dos danos e, em princípio, este é apenas dirigido contra o alienante. Em relação ao adquirente a pretensão indemnizatória do preferente preterido só existe se o terceiro for *conivente* na preterição da violação – o chamado *terceiro cúmplice*.

Note-se, porém, como bem assinala Oliveira Ascensão[2], que o *terceiro cúmplice* não incumpre a obrigação, embora viole a situação jurídica do titular do direito relativo, o que demarca a sua actuação da daquele que a ele está vinculado.

665. Direitos a uma conduta de outrem e direitos potestativos

I. Na sua configuração normal, o direito subjectivo envolve um poder de algum modo dirigido a um comportamento de outra pessoa, sobre quem recai a necessidade jurídica de o adoptar, em vista da satisfação do interesse protegido. Por isso se fala, a este respeito, em *direitos a uma conduta de outrem*.

Noutros casos, porém, como resulta de elementos antes adquiridos, o direito subjectivo consiste no poder de produzir efeitos na esfera de outrem, sem que este o possa impedir. Estas situações jurídicas activas dizem-se *direitos potestativos*, *direitos constitutivos*[3] ou de *produção jurídica*[4].

---

[1] *Lições de Direitos Reais*, págs. 46-49 e 53-55.

[2] *Teoria Geral*, vol. III, pág. 89.

[3] Fala-se, a este respeito, em *facultas constituendi*, como elemento típico de tais direitos.

[4] *Vd*. Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. I, págs. 12 e segs.; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. I, págs. 363 e segs.; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 178 e segs.; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, págs. 97 e segs.; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 335 e segs.; P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, pág. 248; R. Capelo de Sousa, *Teoria Geral*, vol. I, págs. 182-183; e Bigotte Chorão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 66 e segs. Para uma análise crítica do conceito de direito potestativo, Cabral de Moncada, *Lições*, vol. I, págs. 67 e segs.

Em tais situações existe, no lado passivo, não a adstrição a um *dever jurídico*, mas uma *sujeição*, figura que a seu tempo será desenvolvida como uma das modalidades da vinculação jurídica.

A característica do direito potestativo consiste, assim, em o poder atribuído a certa pessoa lhe permitir, pela simples manifestação da sua vontade, produzir efeitos jurídicos que se projectam inelutavelmente na esfera jurídica de outra pessoa.

Também se usa contrapor *direito subjectivo stricto sensu* a *direito potestativo*. Mas esta terminologia deve ser evitada, nomeadamente para não criar confusão com a distinção entre direito subjectivo *stricto sensu* e poder funcional.

II. Algumas vezes, no direito potestativo, a manifestação de vontade do titular do direito vale por si, enquanto noutros casos o legislador exige que ela se conjugue com uma decisão de uma autoridade judicial (que será o caso mais corrente), ou mesmo de uma autoridade administrativa. Esta intervenção de uma entidade estranha não prejudica o decisivo papel da vontade do titular do direito potestativo, acima referido. Acontece apenas que, por razões ligadas à tutela de certos interesses, que podem mesmo ultrapassar o círculo das pessoas envolvidas na correspondente relação jurídica, uma daquelas autoridades seja chamada a intervir na produção dos efeitos. Fala-se, então, em *direito potestativo de exercício necessariamente judicial ou administrativo*.

Nalgumas hipóteses, a intervenção de uma das referidas autoridades destina-se apenas a apurar a verificação dos requisitos de que a existência do próprio direito potestativo depende; noutras, pode ir ao ponto de ser a decisão da entidade em causa a autorizar a produção dos efeitos. Este segundo caso ocorre, em regra, no domínio de relações jurídicas relativas a interesses indisponíveis. Ainda assim, mesmo quando tal ocorre, na produção dos efeitos jurídicos toma-se sempre em conta a vontade do titular do direito: só se ele o desejar se verificam os correspondentes efeitos. Continua, pois, a valer aqui a noção acima apresentada.

III. Noutro plano, a construção da figura jurídica do direito potestativo coloca dúvidas quanto à sua configuração como uma situação jurídica autónoma ou como *faculdade* integrada no conteúdo de uma situação jurídica mais vasta[1].

Na mais acertada construção, esta questão não pode receber resposta universal.

Assim, o direito potestativo, atribuído ao titular do prédio encravado, de constituir servidão de passagem sobre o prédio encravante, ou o reconhecido

[1] Cfr., quanto a este ponto, Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, pág. 98; e Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 337.

ao comproprietário, como preferente, de fazer sua a quota alienada a terceiro, por outro comproprietário, surgem como conexos ao direito de propriedade de quem deles é titular.

Mas, quanto ao direito de anular o negócio jurídico anulável ou de aceitar uma proposta negocial, não se vê que dependa de outra situação jurídica.

IV. Conexa com esta questão, cumpre distinguir, no direito potestativo, situações em que é atribuído imediatamente – ou *em primeiro grau*, por assim dizer –, de outras em que só se constitui como efeito da violação de um poder dirigido, primariamente, a uma conduta de outrem. Nesta base, distinguia Castro Mendes entre *direitos potestativos puros* e *direitos potestativos mistos*, posição desde há muito perfilhada.

São exemplos da primeira modalidade o direito a invocar a invalidade de um negócio ou o direito de aceitar uma proposta negocial. O direito a constituir uma servidão legal de passagem ilustra a segunda modalidade. Resulta do art. 1547.º, conjugado com o n.º 1 do art. 1550.º, ambos do C.Civ., que o direito a constituir uma servidão de passagem se configura como um direito dirigido à conduta do proprietário do prédio encravante, devendo este colaborar com o dono do prédio dominante na sua constituição. Só se assim não acontecer («na falta de constituição voluntária», diz o n.º 2 do art. 1547.º), surge o direito potestativo; cabe, então, ao dono do prédio encravado a faculdade de, por mera declaração da sua vontade, obter a constituição da servidão por meio de sentença judicial ou de decisão administrativa[1].

Nem se pense que a distinção tem mero interesse académico. Se o dono do prédio dominante recorrer *logo* a tribunal – sem procurar previamente o acordo –, poderá, ainda assim, obter ganho de causa. Mas, se o dono do prédio encravante invocar o facto de não ter negado a sua colaboração na constituição da servidão, o primeiro terá dado causa a uma acção inútil, pelo que deverá ser condenado no pagamento das respectivas custas [art. 449.º, n.º 2, al. *a*), do C.P.Civ., a menos que a finalidade da acção seja de proteger o réu vencido – n.º 3 do mesmo preceito].

V. De outro ponto de vista, os direitos potestativos podem repartir-se por várias categorias, em função do tipo de efeitos que a actuação do seu titular desencadeia.

Assim, em certos casos, esses efeitos consistem na constituição de uma relação jurídica, como acontece no direito a uma servidão. Exercido o direi-

[1] Cabe salientar que, exercido o direito potestativo, o efeito jurídico produzido se vai traduzir na constituição de um direito real menor (direito de servidão), surgindo, assim, um direito subjectivo.

to, nasce um novo direito subjectivo, *constitui-se* uma nova relação jurídica. Dizem-se estes *direitos potestativos constitutivos*.

O efeito produzido na esfera jurídica de outrem pode, porém, traduzir-se na modificação de uma relação jurídica anterior. Assim acontece com o direito à modificação do contrato por alteração das circunstâncias (art. 437.º do C.Civ.), ou à modificação do contrato usurário (art. 283.º do mesmo Código). Está-se, então, perante um *direito potestativo modificativo*.

Finalmente, pode o exercício do direito potestativo envolver a extinção de uma relação jurídica já existente, como acontece com o direito ao divórcio sem consentimento de um dos cônjuges (art. 1773.º, n.º 3, do C.Civ.). O *direito potestativo* diz-se então *extintivo*.

VI. Conjugando vários elementos recolhidos ao longo da exposição anterior o direito potestativo define-se, portanto, como *o poder de produzir efeitos jurídicos que vão afectar, inelutavelmente, a esfera jurídica de outrem, constituindo, modificando ou extinguindo uma relação jurídica, de que este é também sujeito*.

666. Direitos subjectivos patrimoniais e direitos subjectivos não patrimoniais

I. A repartição dos direitos subjectivos por estas duas categorias, *patrimoniais* e *não patrimoniais*, ou *pessoais*, assenta num critério – o da patrimonialidade – já usado em mais de um campo, noutros domínios da relação jurídica; daí, sem necessidade de mais desenvolvimento, definem-se os *direitos subjectivos patrimoniais* como os susceptíveis de avaliação pecuniária; os não patrimoniais determinam-se por exclusão de partes.

Também neste campo faz sentido reservar a expressão *direitos pessoais* para outros critérios classificativos, como se passa a demonstrar sucintamente.

II. Os *direitos pessoais,* contrapondo-se aos *não pessoais*, num dos sentidos possíveis destas expressões, são aqueles em que há uma inerência indestrutível do direito ao seu titular. É certo que os direitos pessoais são normalmente não patrimoniais (como é, por exemplo, o caso dos direitos da personalidade), mas a correspondência não é necessária, nem total.

À expressão direito pessoal são atribuídos sentidos mais particulares, como o de direito não transmissível, em vida ou por morte do seu titular, ou por qualquer desses títulos[1/2].

[1] Cfr. Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. I, págs. 370-371; e José Tavares, *Princípios Fundamentais*, vol. I, págs. 272 e segs.

[2] Quando os direitos não são transmissíveis em absoluto usa falar-se em *direitos pessoalíssimos*.

Usa-se ainda a expressão *direito pessoal*, por contraposição a *direito real*, terminologia consagrada pelo legislador quando regula *direitos pessoais de gozo* (ver arts. 507.º e 1682.º-A, n.º 2, do C.Civ.), para os demarcar dos *direitos reais de gozo*.

Finalmente, identificam-se ainda como direitos pessoais os que, por manterem uma intensa ligação com a pessoa a quem estão atribuídos, só admitem exercício por esta e não por representante, não podendo ser delegados.

Esta polissemia da expressão *direito pessoal* aconselha que se evite o seu uso na contraposição a direitos patrimoniais.

667. Direitos subjectivos transmissíveis e direitos subjectivos não transmissíveis

Os qualificativos desta classificação são por si só elucidativos: atende-se, nela, à possibilidade de o direito subjectivo transitar de uma esfera jurídica para outra, mantendo, no mais, a sua identidade.

Cabendo a essa mudança de esfera jurídica a designação técnica de *transmissão*, o direito diz-se transmissível quando existe a possibilidade de ocorrer este fenómeno jurídico. A benefício de desenvolvimento posterior, em sede de vicissitudes das situações jurídicas, cabe por ora assinalar apenas que a grande regra é a de os direitos subjectivos privados serem transmissíveis; há, porém, múltiplos casos em que a lei estabelece a intransmissibilidade, como acontece no Direito de Família, com alguma frequência (responsabilidade parental, poderes conjugais, direito a alimentos, etc.).

A transmissibilidade do direito pode ser avaliada em relação a actos *inter vivos* – e fala-se em *alienabilidade* – ou a actos *mortis causa* e diz-se *hereditabilidade*. Relacionando esta classificação com a anterior, verifica-se que os direitos patrimoniais são, em geral, transmissíveis, não só *inter vivos*, como *mortis causa* (cfr. arts. 2024.º e 2025.º do C.Civ.), enquanto para os direitos pessoais vigora regra de sinal oposto.

Estas correspondências traduzem, porém, apenas regimes tendenciais, sendo exemplos clássicos de direitos patrimoniais não transmissíveis o usufruto, que é só alienável *inter vivos* (arts. 1443.º e 1444.º do C.Civ.), e o direito real de uso e habitação, intransmissível em absoluto (art. 1488.º do C.Civ.).

668. Referência a outras classificações

Para além destas classificações mais importantes, outras de menor interesse se podem identificar; delas destacam-se as que distinguem entre *direitos renunciáveis* e *irrenunciáveis* ou entre *direitos prescritíveis* e *imprescritíveis.*

Os direitos subjectivos podem também classificar-se segundo a modalidade do seu exercício, matéria adiante tratada.

Finalmente, poderia referir-se a chamada *classificação germânica* dos direitos subjectivos; esta, para além de não corresponder a uma verdadeira classificação, foi sobejamente analisada, não se justificando retomá-la neste domínio.

SECÇÃO III

Conteúdo do direito subjectivo

669. Noção de conteúdo

I. Conteúdo do direito subjectivo é, primariamente, o *conjunto de faculdades em que se analisa o poder jurídico* (tomando esta expressão no sentido acima exposto), ou seja, que neste se contêm[1].

À palavra *faculdade*, para além de nem sempre ser usada com muito rigor[2], são atribuídos sentidos diversos que convém ter presentes para apurar aquele que se socorre da noção acima estabelecida.

Por faculdade identifica-se, por vezes, uma situação jurídica activa diferente do direito subjectivo. *Hoc sensu*, para C. Mota Pinto, «não são também direitos subjectivos os *poderes jurídicos* «stricto sensu» ou *faculdades* (p. ex., a faculdade de testar, de contratar, de ocupar as «res nullius», etc.). Nestes casos não existem relações jurídicas (não há uma contraparte vinculada a um dever jurídico, em face do direito de testar). São manifestações imediatas da capacidade jurídica do sujeito de direitos»[3].

---

[1] É corrente distinguir entre *faculdade* e *pretensão,* ainda que a delimitação dos conceitos na doutrina portuguesa não seja nítida, até pelas razões expostas no texto quanto à noção de faculdade. Por *pretensão* (do vocábulo jurídico alemão «Anspruch»), entende-se o poder de «*exigir de uma outra pessoa que perante nós faça ou que não faça uma certa coisa*» [Cabral de Moncada, *Lições*, vol. I, nota (2) da pág. 57 (em itálico no texto); *vd.*, também, Castro Mendes, (*Teoria Geral*, vol. I, pág. 326); segundo parece, a mesma ideia é perfilhada por Oliveira Ascensão, quando identifica como pretensão «o poder de exigir a demolição» de um muro que impede o gozo de uma servidão de vistas (*Teoria Geral*, vol. III, pág. 61)]. Noutro sentido, usava C. Mota Pinto a expressão «poder de pretender» (a que corresponde no lado passivo uma obrigação natural), por contraposição a «poder de exigir» (a que corresponde um dever), na sua noção de direito subjectivo (*Teoria Geral*, págs. 182-183). Na doutrina portuguesa, a noção de pretensão foi objecto de estudo monográfico por M. Teixeira de Sousa, *O Concurso de Títulos de Aquisição da Pretensão. A Dogmática da Pretensão e do Concurso de Pretensões*, Almedina, Coimbra, 1988.

[2] Cfr., a este respeito, Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I., T. I, pág. 345.

No Direito positivo, é corrente o legislador identificar como *direitos* o que adiante se qualifica como *faculdades* (*v.g.*, arts. 1305.º, 1355.º e 1405.º do C.Civ.), embora também use esta designação para situações jurídicas elementares (art. 1348.º, n.º 1, do C.Civ.).

[3] *Teoria Geral*, págs. 179-180. Cumpre, porém, referir que C. Mota Pinto assinala também a identificação de faculdades como «os vários tipos de poderes que formam o conteúdo de um direito subjectivo» [nota (175) da pág. 179].

Segundo Menezes Cordeiro, a sinonímia entre *faculdades* e *poderes stricto sensu* é de evitar, identificando estes como realidades analíticas e aquelas como realidades compreensivas. Assim, *a faculdade de construir,* atribuída ao titular de um direito sobre uma coisa, engloba muitos poderes e outras realidades diversas, para prosseguir esse fim[1].

Salvo no que respeita à identificação de faculdades como poderes elementares, ou seja, como situações activas mais simples, próximo desta construção de Menezes Cordeiro se desenvolve o pensamento de Oliveira Ascensão, quando afirma que se tem um poder «quando se dispõe dos meios que permitem atingir um objectivo»[2].

Por razões que decorrem da noção de direito subjectivo formulado, importa demarcar *faculdade* de *poder* (mesmo *elementar*); assim na noção de conteúdo acima exposta, por faculdade entende-se o conjunto de meios jurídicos (de agir) postos na disponibilidade do sujeito do direito, em vista da realização do seu interesse.

Esses meios jurídicos podem corresponder a situações jurídicas mais simples ou elementares que integram certa faculdade. Assim, na faculdade de fruição cabem meios de agir que se traduzem no aproveitamento directo, pelo próprio, da capacidade frutífera da coisa (através de *frutos naturais*), ou no seu aproveitamento indirecto *(frutos civis)*.

II. A definição do conteúdo como conjunto de *faculdades* atribuídas ao seu titular justifica-se por o direito subjectivo constituir uma situação jurídica activa.

Contudo, para uma perfeita compreensão da realidade em análise tem de se ir um pouco mais longe.

Desde logo, importa não confundir o *plano abstracto*, em que neste momento necessariamente a questão coloca, com o *plano concreto* de cada direito efectivamente atribuído a determinada pessoa. Assim, se no conteúdo do direito de propriedade se identifica uma faculdade de reivindicação, visto o problema em relação à situação jurídica do proprietário ***A***, essa faculdade, em concreto, pressupõe que alguém ofendeu o seu direito de propriedade.

De qualquer modo, quando genericamente se indaga o conteúdo de certo tipo de direito subjectivo, a sua caracterização faz-se, pois, pelo tipo de faculdades em que ele se analisa. Todavia, isto não deve levar a esquecer que o conteúdo do direito é, em geral, complexo, identificando-se nele, ao lado de faculdades, também situações passivas, como ónus ou mesmo verdadeiros

[1] *Tratado*, vol. I. T. I, pág. 345.

[2] *Teoria Geral*, vol. III, pág. 61, abonando-se na noção de M. Gomes da Silva, que identificava poder como «a disponibilidade de meios para atingir determinado fim ou um conjunto de fins, cuja utilização o direito regula de modo unitário».

deveres. Só a consideração conjunta de todos estes elementos permite uma adequada configuração do conteúdo do direito. Para além disso, se assim se obtém a *configuração positiva* do conteúdo do direito, torna-se ainda necessário atender ao facto de, na exacta identificação do conteúdo, se dever fazer a sua *delimitação negativa*, por via de limitações ou restrições impostas ao seu titular, justificadas pela ponderação de interesses alheios.

Esta realidade é mais facilmente perceptível nos direitos reais, em que limitações decorrentes de interesses de ordem privada ou de ordem pública, impõem, por exemplo, ao proprietário, deveres gerais, ónus ou sujeições que não podem ser ignorados sob pena de não se obter o desenho completo do conteúdo do direito. Assim, o proprietário de um prédio rústico tem a faculdade de nele fazer plantações; contudo, a tutela dos interesses do proprietário de um prédio vizinho não lhe permite fazê-lo, em certos casos, até o limite do seu terreno (art. 1366.º, n.º 2, do C.Civ.).

Fenómeno análogo identifica-se também nos direitos de crédito. Assim, por exemplo, nas obrigações genéricas, como nas alternativas, a fixação do direito do credor pode depender de acto do devedor ou de terceiro (respectivamente arts. 539.º e 543.º do C.Civ.). Nestes casos, o credor está *sujeito* ao exercício desta faculdade. Por outro lado, satisfeito o crédito, o credor tem de dar quitação e, se o devedor o exigir, tem de restituir o título da obrigação ou de mencionar nele o cumprimento (arts. 787.º e 788.º, n.º 1, do C.Civ.).

III. O estudo do conteúdo do direito subjectivo não justifica grande desenvolvimento no plano da sua *teoria geral*, sendo em relação a cada direito, em concreto, que este problema ganha interesse. A determinação dos meios de agir postos pela ordem jurídica na disponibilidade do seu titular é o modo mais adequado de fazer a caracterização do direito. O próprio legislador releva a importância deste problema, no plano específico de cada direito, quando estabelece a sua noção legal através da identificação dos *poderes* que o integram, como com frequência acontece nos direitos reais de gozo (cfr. arts. 1305.º, 1439.º, 1484.º, n.º 1, e 1524.º do C.Civ.).

Ainda assim, alguns problemas de ordem geral merecem ser aqui considerados.

Em primeiro lugar, justifica-se uma identificação das várias faculdades que podem integrar o conteúdo dos diversos direitos subjectivos. Por outro lado, importa tomar posição sobre a questão de saber qual a relação entre a faculdade de disposição e o conteúdo do direito subjectivo. Finalmente, e como complemento desta matéria, convém esclarecer, neste momento, o alcance da faculdade de disposição, por referência aos actos em que se pode concretizar, para os distinguir dos actos de administração.

670. Análise do conteúdo do direito subjectivo

I. Os meios de agir que a ordem jurídica põe à disposição do titular do direito (faculdades) podem revestir modalidades muito diversas. Torna-se, porém, possível reduzi-las a alguns tipos fundamentais que se passam a individualizar, segundo um quadro clássico recebido de Paulo Cunha[1]: *facultas exigendi*, *facultas agendi*, *facultas dominandi* e *facultas constituendi*.

II. A *facultas exigendi* traduz-se, como bem se compreende, na possibilidade que o sujeito activo tem de exigir de outrem certa conduta. O bem aqui garantido ao titular do direito é, pois, essa conduta alheia. É simples individualizar esta faculdade numa relação obrigacional; aí, a exigência da conduta reporta-se a pessoa certa *(facultas exigendi específica)*. Mas já ela se encontra como modalidade diferente e com um valor muito diverso nos direitos reais. Neste caso, o comportamento exigível a outrem surge sob a forma difusa de não interferir ou não perturbar o exercício do direito pelo seu titular *(facultas exigendi genérica)*.

A faculdade de agir *(facultas agendi)* significa uma liberdade de acção, ou seja, a possibilidade de desenvolver, sem entraves, certa actividade. O bem encontra-se aqui na disponibilidade directa do próprio titular, sendo o seu interesse realizado através de comportamentos seus que incidem sobre esse bem, mediante o aproveitamento das respectivas utilidades, ou à custa dele e do seu valor. Esta faculdade caracteriza fundamentalmente os direitos de tipo absoluto, como sejam os direitos reais e os direitos da personalidade.

A *facultas constituendi*, por seu turno, corresponde à disponibilidade de meios que asseguram a produção de efeitos jurídicos[2], mediante uma conduta do seu titular, no exercício desta faculdade. É típica dos direitos potestativos.

Pode ainda considerar-se, como distinta das demais faculdades, a que se traduz, para o seu titular, no uso e fruição de uma coisa. O titular do direito tem aqui, antes do mais, em relação a essa coisa, o poder de a considerar e tratar como sua, de sobre ela exercer o seu *domínio*. Por isso, ela se designa por *facultas dominandi*; como logo se deixa ver, é nos direitos reais de gozo que surge como típica.

---

[1] A este quadro das faculdades acrescentava Paulo Cunha a *facultas essendi*, que consiste na faculdade de ser, de existir incólume. Segundo este Autor, esta faculdade caracteriza *poderes* como os que se encontram no direito de existência (*Teoria Geral*, vol. II, pág. 29).

[2] A expressão *produzir efeitos jurídicos* é preferível à de *constituir efeitos jurídicos*, sugerida pela designação latina, pela razão de o exercício da *facultas constituendi* se poder traduzir tanto na constituição, como na modificação ou extinção de relações jurídicas. Ora, a primeira fórmula permite cobrir todos esses fenómenos.

III. A distinção entre estas várias faculdades, em particular no que se refere às duas primeiras, nem sempre é tida como incontroversa, sustentando-se que a faculdade de agir e a de exigir se resumem numa só; dir-se-ia, então, que o exigir uma conduta é ainda uma forma de agir. Mas, a este respeito, a distinção justifica-se e esclarece-se se, como acima se referiu, for tomado em conta o bem que, num e noutro caso, é assegurado ao titular do direito.

Por outro lado, a análise do direito subjectivo mostra que duas modalidades distintas de meios de agir nele se podem identificar. Assim, a norma jurídica, em certos casos, confere ao titular do direito um poder de agir como meio de realizar directamente o seu interesse. A faculdade de exigir o respeito alheio aparece, então, num segundo plano, a título instrumental, tendo fundamentalmente em vista assegurar a eficácia do poder de agir[1].

Deste modo, tendo presente o exemplo de um direito relativo, é de identificar nele – na sequência da distinção estabelecida entre direitos absolutos e relativos –, além da faculdade de exigir uma certa conduta de pessoa determinada a ela vinculada, uma faculdade genérica de exigir a terceiros que se abstenham de interferir na relação jurídica estabelecida entre o titular do direito e a pessoa a que se dirige a faculdade de exigir específica. Como atrás explicado, além da sua característica de oponibilidade *erga omnes*, também nos direitos absolutos, como os reais, esta ideia é válida. Neste sentido, pode dizer-se que *o direito ao respeito alheio* é apanágio de todos os direitos subjectivos.

IV. A exposição anterior deixa perceber que as diversas faculdades não se encontram sempre, em globo, no conteúdo de cada direito subjectivo. Por outro lado, ainda quando em direitos diferentes se localizam os mesmos tipos de faculdades, pode dar-se o caso de elas *se organizarem* em termos diversos no conteúdo de cada um deles. Neste sentido, cada tipo de direito subjectivo caracteriza-se pelas modalidades de faculdades que nele se contêm e pelo *peso específico* de cada uma delas, no respectivo conteúdo.

Assim, no direito de crédito, a *facultas exigendi* é dominante, enquanto a *facultas agendi* ocupa um lugar secundário. Pelo contrário, no direito de propriedade, são as *facultas agendi* e *dominandi* a tomar a primazia, situando-se a *facultas exigendi* num plano instrumental.

[1] Visando, embora, preocupações distintas, afigura-se sugestiva a seguinte afirmação de M. Gomes da Silva, que, afinal, se refere a uma ideia equivalente à expressa no texto: «A verdade é, contudo, que ninguém que seja desprovido de preconceitos poderá admitir que o direito a viver se reduza a não ser morto, ou que a propriedade de um belo parque ou de um bom livro não consista acima de tudo na possibilidade de passear e fruir o primeiro ou de se recrear com a leitura do segundo» *(Esboço de uma Concepção Personalista*, pág. 160).

671. A faculdade de disposição e o conteúdo do direito subjectivo

I. É problema controvertido o de saber se entre as faculdades que constituem o conteúdo do direito subjectivo se deve incluir, além de outras, a de disposição. Ou, pelo contrário, ela deve ser considerada como uma *faculdade* autónoma, no sentido de poder jurídico *stricto sensu* muitas vezes colocado, pela doutrina, ao lado dos direitos subjectivos[1]?

Para ilustrar esta interrogação e para maior facilidade de explanação da matéria toma-se, como exemplo, o direito de propriedade. O titular deste direito tem, entre outras, a *faculdade* de usar e fruir a coisa objecto desse direito. Mas o proprietário pode também vender, trocar, doar[2] a mesma coisa. O primeiro conjunto de faculdades identifica-se correntemente como faculdade de gozo e o segundo como faculdade (ou direito, na terminologia legal) de disposição (cfr. art. 1305.º do C.Civ.).

II. No pensamento de Paulo Cunha[3], que é o correcto, o bom entendimento vai no sentido da autonomia da faculdade de disposição. Ela configura-se, assim, como um denominador comum da atribuição de direitos subjectivos. A faculdade de disposição não entra, pois, no conteúdo específico de cada direito, fazendo parte autonomamente da esfera jurídica de todas as pessoas, como manifestação imediata da sua capacidade jurídica, para usar a terminologia, já citada, de C. Mota Pinto.

Neste sentido, a faculdade de disposição, existindo na esfera jurídica de cada pessoa, refere-se a todos os direitos subjectivos de que ela seja titular. Assim, dizendo as coisas de um modo sugestivo, cada pessoa não tem tantas faculdades de disposição quanto os direitos (disponíveis) de que seja titular; mas uma faculdade de disposição genérica, *alheia* ou *exterior* àqueles direitos, embora a eles se reportando, e conferindo ao respectivo titular a possibilidade de deles dispor, juridicamente[4].

672. Distinção entre actos de disposição e actos de administração

I. A distinção entre negócios de disposição e de administração, que agora se aborda na sequência da posição tomada no número anterior, é uma das

---

[1] Cfr., a este respeito, C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, pág. 179, e nota (177).

[2] Por vezes, engloba-se na faculdade de disposição também a de modificação.

[3] *Teoria Geral*, vol. II, págs. 40-41.

[4] Cfr., por referência a *poderes*, M. Gomes da Silva, *Esboço de uma Concepção*, pág. 151, e Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, pág. 59; e no sentido do texto, Bigotte Chorão, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 51. Parecia seguir entendimento diverso Castro Mendes, ao colocar no mesmo plano, quanto ao exercício dos direitos, as faculdades de uso, fruição e disposição (*Teoria Geral*, vol. I, págs. 346-347).

que facilmente se pode alargar aos actos jurídicos em geral. Trata-se de duas categorias fundamentais, a que, de resto, houve já necessidade de recorrer em momentos anteriores, na exposição do regime jurídico de vários institutos, no que se revela o seu interesse prático. A este acresce o dogmático, pois a delimitação entre estas duas categorias de negócios não é fácil, dando lugar a frequentes dúvidas e hesitações da doutrina.

II. Tendo presentes estas considerações preliminares, não é de estranhar que a doutrina comece por debater o próprio critério classificativo.

Ponto que se pode ter como corrente, na doutrina portuguesa, é o de ser esta uma classificação de negócios essencialmente relativa. Era este o pensamento de Manuel de Andrade[1], que C. Mota Pinto citava e perfilhava[2], para quem a destrinça entre actos de administração e de disposição assenta, não tanto na diferente natureza dos respectivos tipos, mas sim «no risco ou na importância patrimonial dos mesmos»[3]. Este aspecto é também destacado por Oliveira Ascensão[4] e Menezes Cordeiro[5].

Esclarecedora a este respeito é a noção dada por Manuel de Andrade. Segundo ele, «*actos de mera administração* serão pois os que correspondem a uma gestão patrimonial limitada e prudente em que não são permitidas certas operações – arrojadas e ao mesmo tempo perigosas – que podem ser de alta vantagem, mas que podem ocasionar graves prejuízos para o património administrado. Ao mero administrador são proibidos os *grandes voos*, as manobras audaciosas, que podem trazer lucros excepcionais, mas também podem levar a perdas catastróficas»[6].

Por seu turno, Castro Mendes, sem deixar de assinalar o quanto há de relativo na distinção, sustentava, ainda assim, a possibilidade de estabelecer a diferença entre negócios de disposição e de administração com base nos seus efeitos. Neste sentido deve ser entendida a sua noção, segundo a qual actos de administração são «aqueles que se traduzem na conservação, uso e fruição normal do mesmo património»[7]. Também Oliveira Ascensão, ao procurar uma orientação que presida à distinção, situa no âmbito dos actos de administração os de frutificação, de conservação e de alienação de frutos excedentes[8].

---

[1] *Teoria Geral*, vol. II, págs. 61-62.

[2] *Teoria Geral*, pág. 407.

[3] É a expressão usada por C. Mota Pinto (loc. cit. na nota ant.).

[4] *Teoria Geral*, vol. III, págs. 295.

[5] *Tratado*, vol. I, T. I, pág. 475, quando assinala a necessidade de, na distinção, se atender «à esfera jurídica global que vá ser atingida».

[6] *Teoria Geral*, vol. II, págs. 61-62 (os itálicos estão no texto)

[7] *Teoria Geral*, vol. I, pág. 348.

[8] Ob. e vol. cits., na nota (4) da pág. ant.

III. Ponto de partida, ao estabelecer os termos que devem presidir à distinção entre estes actos, é o de não haver categorias de negócios jurídicos que sejam, em definitivo, actos de administração ou actos de disposição; ao assinalar este ponto, fica assente o carácter relativo da distinção. Mas, para além desta, outras notas interessa ter presentes.

Por um lado, como melhor se verá de seguida, a distinção não abrange todos os tipos de actos jurídicos, havendo alguns em relação aos quais ela não faz sentido; essencialmente, estão em causa actos de conteúdo patrimonial. Para além disso, mesmo nos seus termos relativos, a distinção nem sempre é levada em conta pelo legislador, que em certos casos a afasta pela necessidade de serem ponderados interesses específicos, a cujo tratamento ela não se acomoda, ou qualifica expressamente certos actos como de administração ou de disposição. Finalmente, deve ainda atentar-se na existência de uma categoria intermédia, os chamados *actos de administração extraordinária*, por contraposição à generalidade dos actos de *administração ordinária*.

Os termos da distinção devem, pois, ter em conta todas estas particularidades e contingências.

IV. As observações de Manuel de Andrade, que são de acolher, levam a apurar o que se pode identificar como a *ratio legis* da distinção. Na verdade, ela interessa sobretudo para fixar os poderes de certas pessoas na gestão de bens alheios.

Sem dúvida, este aspecto não pode deixar de ser tomado em conta na fixação do conceito. Mas não deve, em si mesmo, constituir o seu critério definitivo, desde logo por o problema não se esgotar nesses termos: *poderes de administração* e *negócios de administração* não identificam realidades inteiramente sobreponíveis. Deste modo, a distinção assim estabelecida exige desenvolvimentos.

Em particular, nem a opinião de Manuel de Andrade nem a de Castro Mendes deixam perfeitamente claro o facto de caberem na categoria de actos de administração certos actos de alienação de bens que, a um primeiro exame, se diriam mais próximos dos de disposição.

Para melhor esclarecimento, tornam-se necessárias algumas observações adicionais à análise de Manuel de Andrade. São aspectos, a que, de algum modo, Castro Mendes atendia, mas que não desenvolveu em todas as suas consequências.

Estão aqui em causa aspectos ligados à função económico-social do património[1]. A sua análise revela que este se compõe de elementos que não se

[1] Próxima da ideia a seguir exposta se afigura a de Oliveira Ascensão, quando qualifica como actos de disposição «os que alterem a base da situação, como seja dispor do capital, ou mudar a destinação económica da coisa» (*Teoria Geral*, vol. III, pág. 295).

comportam sempre do mesmo modo, quando encarados da perspectiva dos respectivos gozo ou gestão pelo seu titular.

Assim, alguns elementos patrimoniais, pela sua natureza (envolvendo, por exemplo, o risco de deterioração ou de perda), ou pela sua afectação económico-social, comportam-se como *instáveis*; enquanto outros se comportam como *elementos estáveis*[1]. Os primeiros tendem a não subsistir no património, antes a sair dele, quer por consumo imediato e directo pelo próprio titular, quer por alienação. Por qualquer dessas vias se realiza a sua função económica e social. Assim acontece com a generalidade dos bens consumíveis, em sentido material ou jurídico. A segunda categoria de elementos patrimoniais acima referida, pelo contrário, tende a perdurar na titularidade da pessoa, constitui o que na linguagem corrente se chama o seu *capital*, e a sua função económico-social realiza-se pelo uso ou fruição, directos ou indirectos, pelo seu titular.

Antes de prosseguir, importa salientar que também estas considerações não podem ser tomadas em termos absolutos. Em muitos casos, uma coisa do mesmo tipo pode integrar-se em qualquer dos termos daquela distinção, não só se for tomada em conta a sua posição no património de pessoas distintas, como até no património da mesma pessoa.

Há, porém, uma nota saliente nas considerações feitas, qual seja a do *carácter funcional* da distinção: releva nela, sobretudo, o fim a que a coisa está afectada. Assim, dir-se-ia que as coisas imóveis estariam, pela sua natureza mesma, destinadas a constituir elemento estável do património; contudo, isto não é verdade, em absoluto. A afirmação anterior vale, sem dúvida, para o caso do andar adquirido por certa pessoa para habitação própria; mas já não é assim, como logo se compreende, se se tratar dos andares que essa mesma (ou outra) pessoa construa ou adquira para revender, no exercício de uma actividade comercial[2].

Se forem devidamente atendidas as exigências da vida económica, nem custa compreender que os negócios jurídicos relativos aos elementos do património não podem deixar de ser marcados pela sua função económico-social. Quanto aos elementos estáveis, na normalidade dos casos da vida, impõe-se fundamentalmente regular o seu uso ou fruição e, para a sua função se realizar cabalmente, assegurar a sua conservação e, eventualmente,

[1] Parecem sensíveis a esta ideia, ainda que num campo mais restrito (o dos poderes do cônjuge empresário na alienação de imóveis da empresa), Vasco Lobo Xavier e M. Henrique Mesquita, quando salientam que uma interpretação literal do art. 1682.º-A, n.º 1, al. *a*), do C.Civ., não leva em conta «o papel que os bens a alienar assumem na empresa [*Sobre o art. 1682, n.º 1, al. a), do C.Civ.: desnecessidade do consentimento do cônjuge do empresário para a alienação de imóveis que se integrem no objecto da empresa*, *in* RDES, ano XXVI, n.os 1, 2, 3 e 4, pág. 60].

[2] Cfr. Vasco Lobo Xavier e Henrique Mesquita, est. e loc. cits. na nota ant., pág. 69, onde se realça não estar em causa o valor dos bens, mas a sua função na empresa.

o seu melhoramento. De modo diferente, a função dos elementos instáveis do património é prosseguida mediante actos que se traduzem no seu consumo ou na sua alienação.

V. Conjugando estas observações com as expendidas por Manuel de Andrade quanto à *ratio* da distinção, conduzem elas a delimitar, em geral, como *actos de administração os que se traduzem no uso, fruição, conservação e melhoria* dos elementos estáveis do património e no *consumo* ou *alienação normais* dos seus elementos *instáveis*.

Por seu turno, o acto de disposição define-se como *o que envolve a alienação de elementos estáveis do património ou a alienação anormal dos seus elementos instáveis*.

Importa ilustrar a distinção com exemplos.

Entendem-se geralmente como actos de administração os que importam o consumo da coisa, quer pelo próprio, quer por terceiro; o mesmo vale para negócios que visam a sua frutificação, sendo aqui relevante recordar que tanto podem estar em causa frutos naturais, como civis. É acto de administração o contrato de locação [cfr. art. 1024.º do C.Civ.[1]], como o é a exploração de um prédio rústico, segundo o seu uso normal.

Noutro plano, é acto de frutificação normal o cultivo da terra, segundo o fim a que é destinada, a substituição de árvores que se tornem improdutivas ou que morram. Mas não já, para usar os exemplos de Manuel de Andrade, a conversão de um pinhal em vinha, ou em terra de semeadura, ou de uma terra de semeadura em olival, ou a exploração de uma pedreira em terra de cultivo[2].

Já se podem levantar algumas dúvidas quanto aos actos relativos à conservação e, sobretudo, à melhoria da coisa. Neste domínio, o problema esclarece-se mediante o recurso ao conceito de benfeitorias e às modalidades que estas podem revestir[3].

Deste modo, são ainda negócios de administração os que envolvem a realização de benfeitorias necessárias (por exemplo, reparar um telhado, que apresenta infiltrações, ou uma parede, que ameaça ruína), pois são impostos pela conservação da coisa. No mesmo sentido se deve decidir quanto a actos respeitantes a benfeitorias úteis (*v.g.*, abrir um poço ou fazer uma represa de água, para melhorar o cultivo do prédio, ou modernizar a instalação eléctrica, para permitir um melhor uso da casa ou o seu arrendamento por renda mais elevada), neste caso por importarem melhoramento da coisa. Mas, em

[1] Sem prejuízo do que adiante se diz quanto à categoria de actos de administração extraordinária.

[2] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 63.

[3] Cfr. uma outra forma de ver o problema, ligada sobretudo aos meios utilizados na realização do melhoramento, *apud* Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, págs. 296-297.

particular quanto a este segundo caso, parece oportuno acolher a ideia de Manuel de Andrade[1], segundo a qual deixam de ser normais esses actos quando não se limitam à aplicação do rendimento, mas se torna necessário, para o efeito, atingir o *capital*. Em tal caso, os actos em causa não cabem na gestão prudente e cautelosa, sem rasgos, nem grandes voos, de que este autor falava.

Finalmente, estão ainda no domínio dos negócios de administração os que têm por efeito a alienação normal de elementos instáveis do património. Tal será o caso da alienação da fruta de um pomar, da resinagem de um pinhal, etc. Também aqui cabe chamar a atenção para o facto de exorbitarem desta categoria os actos que não sejam de alienação onerosa. Assim, é acto de disposição a doação, seja o seu objecto elemento estável ou instável de património[2].

VI. Ajuda à compreensão dos termos adoptados na distinção entre acto de disposição e de administração o apuramento do seu verdadeiro campo de aplicação.

A este respeito cabe assinalar que não se trata de uma classificação universal, ou seja, que não abrange todos os tipos de negócios, importando aqui recordar que só faz sentido quanto a actos de conteúdo patrimonial e mesmo assim não em relação a todos.

Por outro lado, a distinção em análise, tendo marcado carácter relativo, é, por vezes, perturbada pela interferência de interesses que impedem a sua aplicação em termos rigorosos.

Considere-se o exemplo significativo das relações patrimoniais entre os cônjuges, não havendo separação absoluta de bens. Se o marido for comerciante e exercer a actividade de compra de prédios para revenda, segundo o critério exposto, seria de admitir a possibilidade de ele alienar livremente os bens que adquirisse no exercício do seu comércio, já que estes têm, por definição, a natureza de elementos instáveis do seu património, ou, como escrevem Vasco Lobo Xavier e Henrique Mesquita, da sua empresa. Contudo, este acto carece de autorização do outro cônjuge [cfr. art. 1682.º-A, n.º 1, al. *a*), do C.Civ.].

Será por se tratar de coisa imóvel? Não parece, uma vez que nesse preceito se referem outros direitos, que estão sujeitos ao mesmo regime, tendo por objecto bens de outra natureza.

---

[1] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 63.

[2] Estão a ser referidas, naturalmente, as doações *proprio sensu*. Uma dádiva segundo os usos sociais é acto de administração. Em sentido diferente, entendia Manuel de Andrade, na lógica do seu critério e da ligação da distinção aos poderes de administração, que «as doações não são actos de administração nem de disposição porque são estranhas à gestão ou gerência do património do doador, e estranhas portanto à nossa distinção» (*Teoria Geral*, vol. II, pág. 64).

Será, como referia Castro Mendes[1], por o legislador só se ocupar da situação corrente *(id quod plerumque fit)*? Também não deve entender-se ser esse o caso.

A solução acertada é antes a de, nesta como noutras hipóteses similares, ocorrer a necessidade de tutela de certos interesses – aqui os da comunidade familiar – que interfere com a distinção entre actos de disposição e de administração e perturba o seu regime normal. Não suscita dúvidas a afirmação, segundo a qual, em rigor, o negócio do exemplo anterior é de administração; só que a lei põe aqui de lado a distinção para ter em conta interesses tidos por mais relevantes[2].

VII. A fluidez que caracteriza as fronteiras entre os negócios de disposição e de administração faz nascer a necessidade de estabelecer como que uma *terra de ninguém*, onde alguns actos participam de elementos do regime das duas categorias.

Assim, é acto de administração a substituição das árvores *doentes* de um pomar, ou das cepas *mortas* numa vinha; mas caberá ainda no conceito o corte de todo o pomar para plantar um eucaliptal? Ou a substituição da vinha por uma cultura de regadio?

Prosseguindo no mesmo rumo de investigação, constitui, em regra, como antes sustentado, acto de administração a realização de certas benfeitorias úteis. Mas já aí não cabem despesas avultadas ou extraordinárias, por exemplo, o alçar de grandes muros de suporte para permitir o nivelamento de uma propriedade a fim de facilitar o uso de meios mecânicos de cultura, se implicar gastos significativos em relação ao rendimento do prédio[3].

VIII. Relacionada com esta ordem de considerações, surge a categoria dos *actos de administração extraordinária*, de que tanto a doutrina como a lei se socorrem com alguma frequência.

Não é tarefa fácil estabelecer a sua noção, até por ser agora ainda mais premente a natureza relativa do conceito[4], situado, como está, na fronteira instável entre duas categorias de negócios de alcance relativo. Em geral, só casuisticamente se poderá fazer a sua delimitação. Castro Mendes apontava, como elemento distintivo, a maior importância dos actos de administração extraordinária[5], mas não é este o único aspecto relevante.

---

[1] *Teoria Geral*, vol. I, pág. 348 e nota (807).

[2] Neste sentido, mas só quanto a este ponto, não são de perfilhar as considerações de Vasco Lobo Xavier e Henrique Mesquita, no estudo que tem vindo a ser citado.

[3] Pode ver-se uma aplicação desta ordem de considerações na distinção entre reparações ordinárias e extraordinárias, no usufruto (art. 1472.º do C.Civ.).

[4] A dificuldade acrescida emergente desta categoria, na distinção entre actos de administração e de disposição, é assinalada por Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, pág. 296.

[5] *Teoria Geral*, vol. I, pág. 351.

Sem a preocupação de fazer uma análise exaustiva, devem ser tidos em consideração, neste domínio, alguns preceitos do Código Civil, onde se faz aplicação da distinção entre actos de administração ordinária e extraordinária.

Assim, no mandato geral, o mandatário só tem poderes para a prática de negócios de administração ordinária (art. 1159.º, n.º 1). A mesma solução aplica o Código ao fixar os poderes do curador provisório e dos curadores definitivos, na ausência (arts. 94.º, n.º 1, e 110.º). Noutro plano, a eficácia retroactiva da verificação da condição não prejudica os actos de administração ordinária praticados, durante a sua pendência, por aquele a quem incumbe o exercício do direito (art. 277.º, n.º 1). É também com base no conceito de administração ordinária que se afere a eficácia de certos actos do proprietário quanto ao credor hipotecário (art. 700.º). Por seu turno, no regime das relações patrimoniais entre os cônjuges, o legislador recorre também, por mais de uma vez, ao conceito de administração ordinária, em nítida contraposição ao de administração extraordinária [arts. 1678.º, n.º 3, e 1682.º, n.os 1 e 3, al. *b*)]. Finalmente, o contrato de locação é, em geral, um acto de administração ordinária; mas passa a ser tido como de administração extraordinária se o respectivo prazo exceder seis anos (art. 1024.º, n.º 1).

Em nenhuma das situações identificadas o legislador fornece, em rigor, um critério para apurar o seu entendimento do que sejam actos de administração extraordinária. Por outro lado, a diversidade dos casos a que faz aplicação da categoria, em função da multiplicidade dos interesses neles envolvidos, não torna fácil descortinar uma ideia comum, que a todos presida na fixação do conceito.

Algumas notas, ainda assim, se podem apontar. A primeira respeita ao facto de o legislador limitar, com frequência, os poderes de quem gere interesses alheios à prática de negócios de administração ordinária.Valem aqui os comentários de Manuel de Andrade quanto à preferência, do legislador, por uma gestão prudente sobre uma administração de largos voos, mas arriscada, ou que comprometa mais profundamente os bens.

Como primeiro corolário, isso implica a ideia de *a administração extraordinária envolver a prática de actos que ultrapassam os limites de uma administração corrente*.

Como segundo corolário, estando em causa actos de administração, mas sujeitos a um regime especial, quando este não esteja especificamente fixado pelo legislador, tem de se entender que eles *ficam subordinados ao regime dos actos de disposição*[1].

[1] Neste sentido, cfr. Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, pág. 296.

IX. Os exemplos analisados ao longo da exposição anterior dão já uma ideia da importância prática da distinção entre negócios de disposição e de administração, em particular, de administração ordinária.

Assim, ela preside, com frequência, à delimitação dos poderes das pessoas que, por força da lei, exercem a administração de bens alheios.

Começando por referir exemplos já estudados, assim acontece com o curador provisório, na ausência presumida, com os curadores definitivos, na ausência justificada, com os pais, na administração de bens dos filhos, sendo este último regime aplicável aos tutores e administradores de bens de menores e interditos e aos curadores de inabilitados, quando tenham poderes de administração.

Por outro lado, embora com particularidades inerentes ao regime próprio da instituição familiar, a distinção é levada em conta, em múltiplos aspectos, na regulamentação das relações patrimoniais entre os cônjuges.

Finalmente, ela interessa também aos casos de representação voluntária. Assim, se alguém confere a outrem poderes de representação geral, estes valem apenas para actos de administração ordinária (art. 1159.º, n.º 1, do C.Civ.). O que significa, *a contrario sensu*, que para actos de disposição e de administração extraordinária se torna necessário conferir poderes especiais.

SECÇÃO IV
Exercício do Direito Subjectivo

DIVISÃO I
NOÇÃO E MODALIDADES

673. Noção de exercício do direito

I. O poder jurídico, que caracteriza o direito subjectivo, analisa-se em comportamentos correspondentes aos meios postos pela norma na disponibilidade do seu titular. Deste modo, *exercer o direito vem a ser actuar essas faculdades em vista da realização de fins que satisfazem o interesse do seu titular*[1].

Esta noção preliminar do exercício do direito impõe, porém, alguns esclarecimentos, tanto mais que a expressão pode ser tomada em mais de um sentido.

Num *sentido amplo*, há exercício do direito sempre que o seu titular adopta um comportamento conforme a qualquer faculdade integrada no conteúdo do direito subjectivo, independentemente do modo por que o faça ou do fim que vise. Neste sentido, tanto exerce o direito o credor quando concede ao devedor uma prorrogação do prazo de cumprimento da obrigação, como quando exige o cumprimento da mesma obrigação. Num sentido amplo, há ainda exercício do direito quando o seu titular, legitimamente, se abstém de o usar (*não exercício* ou *não uso* do direito).

A noção apresentada no início deste número corresponde a um *sentido restrito* – e também mais rigoroso e correcto – da expressão. Assim, nos exemplos antes dados, só a conduta do credor destinada a obter o efectivo cumprimento da obrigação se pode considerar, *hoc sensu*, exercício do direi-

---

[1] Sobre o exercício dos direitos e algumas questões por ele levantadas, cfr. o breve, mas interessante, estudo de E. Gómez Orbaneja, *El ejercicio de los derechos*, Cuadernos Civitas, Editiones Civitas, 1975.

to. Por, nessa acepção, o exercício do direito visar a realização do interesse do titular, é adequado usar, para o designar, a expressão *exercício efectivo do direito*.

II. O exercício do direito, na sua acepção própria, restrita, envolve sempre um comportamento do seu titular, um acto jurídico; mas este nem sempre apresenta a mesma configuração, ponto a que não é estranha a própria modalidade do direito subjectivo exercido.

O exercício do direito constitui por vezes um acto material, como ocorre no uso da coisa que tem por objecto; mas também pode revestir a modalidade de negócio jurídico, como acontece na sua fruição indirecta, mediante locação, ou de acto jurídico simples, como é o caso da interpelação do devedor. Nos direitos potestativos, o exercício é sempre jurídico[1].

674. Modalidades de exercício do direito; enunciação

O exercício do direito reveste diversas modalidades[2], naturalmente relacionadas com o tipo de direito a que respeitam. Isso explica que, por vezes, com base na modalidade do seu exercício se classifiquem os próprios direitos. Vai de seguida ser analisado o problema do ângulo das modalidades do exercício do direito, distinguindo entre:

a) exercício instantâneo e exercício duradouro;

b) exercício facultativo e exercício obrigatório;

c) exercício pessoal e exercício representativo;

d) exercício individual e exercício colectivo;

e) exercício causal e exercício formal.

Postas de lado as modalidades de exercício referidas na al. *e*), sem relevância para o fim aqui tido em vista, podem agrupar-se os direitos subjectivos consoante a modalidade dos seus exercícios.

Deste modo cumpre distinguir entre:

a) direitos de exercício instantâneo e duradouro (permanente ou de trato sucessivo);

b) direitos de exercício facultativo e de exercício obrigatório;

c) direitos de exercício pessoal e de exercício representativo;

---

[1] *Vd*. Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, pág. 264; e Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. IV, págs. 10-11.

[2] Sobre as modalidades, em geral, do direito subjectivo, *vd*. Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. I, págs. 12 e segs.; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. I, págs. 363 e segs.; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 181 e segs.; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, págs. 134 e segs. (em sede de contitularidade); Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 335 e segs.; e R. Capelo de Sousa, *Teoria Geral*, vol. I, págs. 184-185.

d) direitos de exercício individual e direitos de exercício colectivo.

O sentido de cada uma destas categorias de direitos e a sua relevância aferem-se pelas próprias modalidades de exercício em que se fundam. Por isso, analisada cada uma dessas modalidades, não se tornam necessários mais desenvolvimentos quanto aos critérios que presidem às classificações acima referidas e quanto ao seu alcance.

675. Exercício instantâneo e exercício duradouro[1]

Em certos casos, o exercício do direito resume-se a um só acto e importa a sua perda, quer absoluta quer relativa, ou seja, a sua extinção ou a sua transmissão. Assim, se o credor recebe a quantia que lhe é devida, o direito realiza-se e extingue-se no mesmo acto. Por isso se diz que o exercício é *instantâneo* ou *consumptivo*. Há direitos que se caracterizam mesmo por só admitirem esse tipo de exercício. Exemplo flagrante é o do direito potestativo.

Mas o exercício do direito nem sempre se esgota num só acto e num só momento, desenvolvendo-se antes em várias *actuações*, ao longo do tempo. Identifica-se então um exercício *duradouro*, pois o direito não se extingue em cada acto de exercício. Exemplo característico é o do direito de propriedade; mas é também o do direito do locatário.

O exercício duradouro assume duas submodalidades.

Em certas hipóteses, o exercício do direito desenvolve-se mediante actos que se sucedem ininterruptamente no tempo. Assim acontece, por exemplo, com o direito do proprietário de usar a coisa de que é dono, ou o do locatário de usar a coisa locada. O exercício diz-se, então, *duradouro* e *permanente*.

Mas também existem direitos cujo exercício se prolonga no tempo, mas através de actos que se renovam periodicamente. Esta hipótese verifica-se no contrato de arrendamento, quanto ao direito do senhorio à renda [cfr. arts. 1038.º, al. *a*), *a contrario*, e 1075.º do C.Civ.]. O exercício do direito é então *duradouro* e *de trato sucessivo*.

676. Exercício facultativo e exercício obrigatório

Outra distinção relativa ao modo de exercício dos direitos atende à relevância da vontade do seu titular quanto à realização, ou não, do interesse tutelado. Nessa base distingue-se entre *exercício facultativo* e *obrigatório.*

[1] A terminologia não é uniforme quanto a este ponto. Oliveira Ascensão distingue entre exercício *unissubsistente* e *plurissubsistente* (*Teoria Geral*, vol. III, pág. 265).

Se se tiver presente tanto a noção de direito subjectivo como a de exercício do direito, ou seja, a actuação das faculdades nele contidas em vista da realização do interesse do titular, logo se vê que, na grande maioria dos casos, no Direito privado, o exercício do direito é *facultativo*.

Entretanto, situações há em que o titular do direito não pode deixar de realizar as faculdades que lhe estão atribuídas. Em tais hipóteses, o direito diz-se de exercício *obrigatório*. Assim acontece quando o direito visa, não só o interesse do seu titular, mas também o de terceiros, ou mesmo, primariamente, o interesse de outrem, situação que ocorre nos *direitos de conteúdo altruísta*, *poderes funcionais*, ou *poderes-deveres*[1].

Para alguns autores, o exercício livre é da essência do direito subjectivo, posição que acarreta o já conhecido corolário de se negar a existência de direitos de exercício obrigatório e se excluírem os poderes funcionais do âmbito do direito subjectivo.

677. Exercício pessoal e exercício representativo

Conhecimentos adquiridos em vários pontos deste estudo permitem abordar sucintamente a distinção entre *exercício pessoal* e *exercício representativo* dos direitos, sem necessidade de considerações preliminares explicativas.

Por razões ligadas à sua capacidade, o titular do direito não é sempre admitido a exercê-lo; por isso, o exercício não é necessariamente pessoal. Para além desta necessidade de intervenção de terceiros decorrente da lei, o titular do direito pode incumbir outrem de o exercer, em nome e no interesse dele. Ocorre, em qualquer destes casos, a figura da representação.

Em regra, os direitos subjectivos privados admitem uma dupla modalidade de exercício: *pessoal* e *representativo*. Mas nem sempre assim acontece. Para além das hipóteses de representação legal, a ligação existente entre o direito e a pessoa a quem ele está atribuído pode ser tão profunda que não seja admissível o seu exercício por representante, sendo necessariamente pessoal; então, se o titular o não fizer, ninguém mais o pode fazer. Exemplo desta modalidade de exercício verifica-se no direito de testar (cfr. art. 2182.º, n.º 1, do C.Civ.), pois só a própria pessoa pode fazer testamento, não lhe sendo lícito nomear representante para o efeito; deste modo, se a pessoa for incapaz, não existe para ela, em princípio, qualquer meio de praticar esse acto[2].

---

[1] Sobre os poderes funcionais, cfr. C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, pág. 180; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, págs. 59-60; e Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 349-350.

[2] Sem prejuízo do que fica dito, saliente-se, porém, que o legislador escogitou uma forma de obviar, de algum modo, a este regime, embora se não possa falar em verdadeira representação: *substituição pupilar* e *quase-pupilar* (arts. 2297.º e segs. do C.Civ.).

Os exemplos de direitos que não admitem exercício representativo encontram-se com maior incidência nos direitos de conteúdo não patrimonial, como sejam os direitos da personalidade e certos direitos associativos (cfr. art. 180.º do C.Civ.).

Caso especial ocorre no casamento, pois só um dos nubentes se pode fazer representar por procurador (art. 1620.º, n.º 1, do C.Civ.). Entretanto, como este se limita a transmitir a vontade do nubente, sem liberdade de configuração do acto em que vai intervir, em rigor não é esta uma situação de representação propriamente dita, actuando o procurador como *núncio*.

678. Exercício singular e exercício colectivo

I. A distinção entre as modalidades do exercício *singular* e *colectivo* é menos corrente na doutrina[1], mas é necessária para explicar alguns casos particulares de exercício do direito.

Os direitos envolvem, normalmente, exercício individual, ou seja, o seu titular pode actuar as correspondentes faculdades por si, sem interferência de outrem, e isoladamente, sem ter de concorrer para o efeito a vontade de mais ninguém[2]. Assim, se ***A*** é credor de ***B***, ou proprietário de uma coisa ***X***, para se valer dos meios que o Direito põe na sua disponibilidade basta que a sua vontade se dirija nesse sentido e ele aja em conformidade com as faculdades que lhe estão atribuídas. Este regime vale mesmo, em certa medida, para casos de contitularidade de direitos. Por exemplo, na compropriedade, cada um dos consortes pode exercer, por si só, a sua faculdade de uso da coisa comum ou de disposição da sua quota (arts. 1406.º, n.º 1, e 1408.º, n.º 1, do C.Civ.). E se várias pessoas forem credoras de outra, cada uma pode exercer o seu direito, sem intervenção das restantes, seja o crédito solidário seja conjunto (art. 519.º do C.Civ.).

Mas nem sempre assim acontece, podendo ser imposta ao titular do direito a necessidade de o exercer em conjunto com outros. Identificam-se estes casos sob a designação de *exercício colectivo de direitos*. O exercício colectivo do direito é imposto, por vezes, pela sua natureza, enquanto noutros está relacionado com a circunstância acidental de esse direito concorrer com outros sobre um mesmo objecto.

---

[1] Oliveira Ascensão e P. Pais de Vasconcelos fazem-lhe referência a propósito das situações de contitularidade (*Teoria Geral*, vol. III, págs. 136-137; e *Teoria Geral*, pág. 287, respectivamente).

[2] Abstrai-se, como é compreensível, de certas situações de suprimento da incapacidade, pois aí dominam causas não relevantes para este problema. Em rigor, mesmo havendo assistência, a vontade do assistente conjuga-se com a do incapaz para o acto ser validamente praticado. Mas tudo se passa como se fosse o incapaz a agir isoladamente; não deixa de haver exercício singular.

A modalidade de exercício colectivo de direitos pode verificar-se nos mais diversos ramos de Direito[1], cabendo aqui localizar algumas das suas manifestações no Direito Civil[2].

II. Desde logo, relevam, nesta matéria, noções já adquiridas sobre actos praticados por órgãos colegiais das pessoas colectivas, nomeadamente de tipo associativo. Assim, os membros de uma associação têm o direito de participar na formação da vontade colectiva, através do exercício do seu direito de voto nas assembleias gerais, nomeadamente quando a lei, embora em termos diferentes, exige valores mínimos de votos conformes. O exercício do direito de voto de cada um só faz sentido se concorrer com o exercício de igual direito de outro ou outros associados, pois só assim se formará a maioria exigida. O direito é individual mas o seu exercício pressupõe o exercício de outros direitos análogos.

No património colectivo, por exemplo, há direitos que os seus titulares só podem exercer em conjunto. Já antes foram identificados exemplos dessa situação na comunhão conjugal; pode acrescentar-se o caso da comunhão hereditária, na herança indivisa, uma vez que, nos termos do art. 2091.º, n.º 1, do C.Civ., certos direitos «só podem ser exercidos conjuntamente por todos os herdeiros».

Na compropriedade a regra é a do exercício individual do direito de cada consorte. Mas, ainda assim, podem citar-se nesta matéria vários exemplos de exercício colectivo, como ocorre na administração da coisa comum, pois aí prevalece a posição da maioria (cfr. art. 1407.º, n.º 1, do C.Civ., que manda aplicar subsidiariamente as regras das sociedades, contidas no art. 985.º do mesmo Código), na alienação da coisa comum, que depende da vontade de todos os consortes (art. 1408.º, n.º 1, do C.Civ.).

III. A diferenciação entre estas duas modalidades de exercício do direito não é puramente académica, antes envolve consequências práticas de significativo relevo.

---

[1] No Direito Público, encontram-se exemplos desta situação no campo dos direitos políticos, por exemplo, quando a lei imponha o concurso de um certo número de vontades individuais, como seja o caso de apresentação de candidaturas para órgãos do poder local. Do que se diz no texto deve também aproximar-se, em matéria do exercício do direito de acção judicial, o regime do instituto do litisconsórcio necessário (cfr. art. 28.º do C.P.Civ.). Sobre o conceito de litisconsórcio, *vd*. Castro Mendes, *Direito Processual Civil*, 1980, vol. II, págs. 225 e segs. Para maior desenvolvimento, Palma Carlos, *Ensaio sobre o litisconsórcio*, Lisboa, 1956.

[2] Quanto a outros ramos de Direito Privado, valem, por exemplo, no Direito Comercial, certas observações a seguir feitas no texto sobre o exercício de direitos associativos, relativamente à formação de maiorias, quando estas dependam, não apenas da detenção de um certo valor de capital social (que pode caber a um só sócio), mas também da vontade de um certo número de sócios.

Assim, o exercício singular de um direito de exercício colectivo acarreta consequências negativas de diversa ordem. A sanção mais corrente e adequada será a da invalidade do acto praticado no exercício do direito, por falta de legitimidade de quem actuou desacompanhado. Para ilustrar esta afirmação serve o regime dos negócios de alienação da coisa comum por um dos consortes sem o consentimento de todos (art. 1408.º, n.º 2, do C.Civ.). Mas podem dar-se consequências de outra ordem[1].

679. Exercício causal e exercício formal

I. Uma importante classificação das modalidades de exercício dos direitos distingue entre *exercício causal* e *exercício formal*. O critério desta distinção é o da correspondência ou não correspondência do exercício do direito com a sua titularidade.

Importa desenvolver esta ideia básica.

Na vida corrente, sempre que alguém adopta um comportamento correspondente à actuação das faculdades *típicas* de certo direito subjectivo, há uma tendência natural para se ver, em quem o exerce, o verdadeiro titular desse direito. Justifica-se tal entendimento pela razão de, em regra (e felizmente), a esse comportamento corresponder, de facto, na prática corrente, a titularidade do direito exercido: tal comportamento traduz *id quod plerumque accidit*. Mas nem sempre assim acontece.

Seria de admitir, num primeiro momento, que o Direito não tinha de se ocupar da actuação de faculdades jurídicas não atribuídas, efectivamente, ao agente, a não ser para a sancionar, isto é, para fixar as consequências negativas a ela inerentes. Dito por outras palavras, os actos jurídicos assim praticados deveriam ser considerados inválidos por falta de legitimidade e ilícito o comportamento do pretenso titular do direito. Contudo, por vezes, a necessidade de acautelar certo tipo de interesses leva o Direito a valorar as situações de exercício do direito não acompanhadas da correspondente titularidade.

A estas realidades se atende quando se distingue entre *exercício causal* e *formal* dos direitos. O exercício diz-se causal quando corresponde à titularidade efectiva do direito respectivo. Caso contrário, há exercício formal.

---

[1] No campo do processo, o exercício individual do direito de acção, quando a intervenção de outras pessoas seja necessária, determina ilegitimidade processual (do autor ou do réu), impedindo o conhecimento da matéria de fundo [cfr. arts. 494.º, n.º 1, al. *b*), e 493.º, n.º 2, do C.P.Civ.]. Em Direito do Trabalho, é ilícita a greve que seja decretada por um só trabalhador ou por alguns trabalhadores não reunidos em assembleia, nos termos da lei, envolvendo falta injustificada do trabalhador a não comparência ao trabalho com fundamento na greve indevidamente decretada (cfr. arts. 531.º, n.º 2, e 541.º, n.º 1, do C.Trab.).

Em rigor, não caberia a este segundo caso a designação de exercício, pois ninguém pode exercer um direito que não tem. Com mais propriedade se devia distinguir entre *exercício efectivo* e *exercício aparente*; mas as expressões exercício formal e causal são clássicas, largamente usadas, não deixando de ser sugestivas. Nem há mal no seu uso, desde que se tenha esclarecido prévia e devidamente o fenómeno em causa.

II. É bem compreensível a importância da determinação da relevância do exercício formal de direitos, pois nele se tem em conta o aspecto exterior da actuação das faculdades nele contidas; é dessa actuação que na vida prática as pessoas imediatamente se podem aperceber. Ao contrário, a determinação da efectiva titularidade do direito envolve, sem dúvida e em geral, averiguações muito mais morosas e complexas.

Protege-se, assim, no exercício formal, a aparência, como indício normal da efectiva existência do direito exercido por parte de quem actua, chegando mesmo a lei a fixar, em seu benefício, uma presunção de titularidade, como acontece na *posse* (art. 1268.º, n.º 1, do C.Civ.), instituto definido e regulado nos arts. 1251.º e seguintes do C.Civ.

DIVISÃO II
LIMITES AO EXERCÍCIO DO DIREITO

680. Generalidades

Um problema fundamental do exercício dos direitos subjectivos é o da fixação dos seus limites, porquanto, como já incidentalmente referido, não há direitos *absolutos*, no sentido de ilimitados; nem os direitos da personalidade têm essa qualidade, pois o próprio direito à vida cede em caso de legítima defesa[1]. A determinação dos limites do direito significa, assim, apurar até onde pode ir a actuação do seu titular, sem esse comportamento deixar de se considerar *legítimo*. A este respeito, e no plano geral deste estudo, podem assinalar-se dois tipos de limites.

Por um lado, o direito é delimitado em função de si mesmo, ou seja, tem os limites inerentes aos elementos que o constituem. Ora, como o direito se caracteriza por um conjunto de faculdades dirigidas ao aproveitamento de um bem, posto, pela ordem jurídica, ao serviço dos interesses do seu titular, o exercício está confinado em função do seu conteúdo e do seu objecto. Um modo de significar a maneira de ser de tais limites é qualificá-los como *intrínsecos* ou *internos*.

Para além destas, outras restrições podem, porém, ser impostas ao titular do direito, em plano diferente do atrás referido. O problema situa-se agora para além do conteúdo ou do objecto do direito e por isso se fala aqui – em contraposição à ideia acima referida – de *limites extrínsecos* ou *externos*[2]. Quanto a este tipo ocorrem fundamentalmente duas situações.

Por um lado, não está excluída a possibilidade de um mesmo bem estar afectado ao interesse de mais de uma pessoa; contudo, no plano das relações

---

[1] Sobre a legítima defesa, *vd.*, *infra*, n.º 735.

[2] A contraposição entre limites intrínsecos e limites extrínsecos já tem sido posta em causa. Na doutrina portuguesa, Pessoa Jorge prefere falar em *limites do direito* e em *limites ao exercício do direito*, entendendo que não há coincidência entre estes termos e os das modalidades de limites referidos no texto (*Ensaios sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, pág. 196). Mas alguma doutrina aceita a terminologia e a construção adoptada no texto. Nesse sentido, ver Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. I, págs. 353 e segs.

intersubjectivas pode haver direitos com objectos diferentes, mas em que o exercício de um deles interfira com interesses tutelados por outro. Em qualquer destas situações há que saber até onde cada um dos titulares de tais direitos pode actuar, ou seja, como se resolve essa situação de (aparente) conflito[1] que entre eles se estabelece; é a questão da *colisão de direitos*.

Por outro lado, interessa averiguar se o titular do direito, enquanto se contiver no âmbito dos poderes que lhe estão conferidos e os exercer sobre o bem que constitui o seu objecto, goza de *total* liberdade no seu exercício. Toma-se agora esta palavra em sentido amplo, pois a questão pode colocar-se, nomeadamente, quanto à legitimidade da pura abstenção de actuar as faculdades correspondentes. É este o domínio do *abuso do direito*.

Na análise subsequente será tomada em atenção, primariamente, a distinção entre limites intrínsecos e extrínsecos; quanto aos segundos, torna-se necessário tratar, de seguida, em separado, a colisão e o abuso, já que são matérias fundamentalmente distintas.

681. Limites intrínsecos: contenção no conteúdo

I. Ao configurar o problema dos limites intrínsecos ao exercício dos direitos, a primeira restrição a assinalar decorre do seu *conteúdo*. Se o poder jurídico se analisa num conjunto mais ou menos amplo de faculdades, é manifesto que a actuação do seu titular só é admissível enquanto se contiver no respectivo conteúdo; se o ultrapassar, entra no campo do acto ilícito. Caracteriza-se, pois, este limite do exercício do direito pela sua *contenção no respectivo conteúdo*.

A fixação deste limite do direito reconduz-se, assim, à definição da extensão das faculdades que ao seu titular cabem. Ora, como tais faculdades são determinadas pela norma, em última análise, o apuramento deste limite do seu exercício implica a interpretação da lei.

Isso explica o facto de, com alguma frequência, se encontrarem normas que enunciam as faculdades atribuídas ao titular do direito (*vd*., *v.g.,* arts. 1305.º, para o direito de propriedade, 1446.º, para o direito de usufruto). Mas essa é apenas uma técnica jurídica de fixar o seu conteúdo; este pode resultar, por via indirecta, do fim em função do qual é afectado certo bem à satisfação dos interesses do titular do direito.

Assim, se a servidão legal de águas regulada no art. 1557.º do C.Civ. é estabelecida para a obtenção da água necessária aos gastos domésticos do titular deste direito – verificados certos requisitos –, ele pode exigir que

[1] *Aparente*, uma vez que se vai resolver pela *harmonização* dos interesses em presença, ainda que tal possa envolver vantagem para algum dos direitos e, mesmo, o afastamento de um deles.

os proprietários de prédios vizinhos permitam o aproveitamento de águas sobrantes de reservatórios ou nascentes desses prédios, para as afectar a esse fim. Mas já haverá excesso, ultrapassando-se este limite do direito, se o titular utilizar essa água para fins agrícolas, pois esse aproveitamento segue regime diferente (art. 1558.º do C.Civ.): o correspondente direito de servidão tem outro conteúdo.

II. A limitação do exercício do direito inerente ao conjunto de faculdades que o integram – normativamente fixado –, situa-se num plano abstracto.

Em concreto, para *cada* direito subjectivo, há que atender a múltiplas circunstâncias que rodeiam a actuação dessas faculdades e que se manifestam em situações compreendidas na realidade complexa que caracteriza o conteúdo. Essas situações, revestindo diversas modalidades – deveres jurídicos, ónus ou, mesmo, sujeições –, limitam o exercício do direito, quer quando se configuram como contrapartida de faculdades atribuídas a outrem, quer quando se destacam como direitos autónomos de terceiros[1].

682. Limites intrínsecos: confinação ao objecto

I. Outro dos limites do exercício do direito é estabelecido em função do bem posto na disponibilidade do seu titular – o seu objecto. Traduz-se nos seguintes termos: o exercício do direito só é legítimo enquanto se refira ao seu objecto, ao bem que a ordem jurídica assegura ao seu titular. Há, aqui, *confinação do direito ao seu objecto*.

A importância deste limite do exercício do direito leva o legislador, também com alguma frequência, a caracterizar, com rigor, o objecto das faculdades atribuídas ao titular do direito (*vd.*, por exemplo, art. 1344.º, para o direito de propriedade, art. 1449.º, para o direito de usufruto, ou arts. 688.º e 691.º, para o direito de hipoteca).

Retomando o exemplo anterior, logo se verifica que o objecto daquele direito legal de servidão são as águas sobrantes das nascentes ou dos reservatórios de prédios vizinhos (art. 1557.º, n.º 1). Excede este limite do exercício do direito, quanto ao objecto, o titular da servidão que, embora para os seus gastos domésticos, aproveite águas não sobrantes.

Confrontando este exemplo com o do número anterior, facilmente se compreende que na primeira situação o que está em causa são as faculdades do titular do direito (ele só tem a de aproveitar águas para gastos domésticos), em si mesmas, e, no segundo, o objecto desse direito, certo bem, sobre que ele incide: no caso concreto, *águas sobrantes*.

[1] Neste caso existe uma situação de convergência de direitos sobre o mesmo bem.

II. Também o limite que confina o exercício do direito ao seu objecto pode ser entendido num plano abstracto – o que preside à descrição da alínea anterior – e num plano concreto.

Assim, em certos casos, verificadas determinadas circunstâncias normativamente previstas, o titular do direito, em nome próprio e no seu interesse, pode exercer faculdades que o integram sobre um bem objecto de um direito atribuído a outrem.

Por exemplo, o dono do prédio ***X***, em que existam árvores contíguas a prédio ***Y***, ou com ele confinante, tem a faculdade de exigir do seu proprietário permissão para a apanha dos frutos que não possam ser colhidos do seu lado, embora tenha o dever de indemnizar os danos que daí resultem (art. 1367.º do C.Civ.). Não configurando esta situação um poder autónomo do direito de propriedade sobre o prédio ***X***, verifica-se que este é exercido, a título excepcional, sobre um bem que dele não é objecto.

Como é manifesto, visto o problema do lado do dono do prédio ***Y***, a faculdade de apanha dos frutos envolve uma limitação do seu direito de propriedade.

III. Importa finalmente chamar a atenção para o facto de um mesmo bem poder não estar sempre afecto, na sua totalidade, a um só direito. Dito por outras palavras, um direito pode recair apenas sobre parte da coisa, estando a restante *adjudicada* a outros direitos, como acontece nas fracções autónomas no direito de propriedade horizontal. Por outro lado, um direito pode incidir, a título momentâneo, sobre coisa alheia, isto é, sobre coisa primariamente afectada a outro direito, como ocorre na passagem forçada prevista e regulada no n.º 1 do art. 1349.º do C.Civ., que configura um tipo especial do direito de servidão legal de passagem.

Convém não confundir esta realidade com a que se verifica em situações de comunhão. Nesta, há vários direitos que incidem sobre um mesmo bem, mas este está, *na sua totalidade*, afecto a esse conjunto de direitos.

683. Limites extrínsecos: a colisão de direitos[1]

I. Ocorrem na vida jurídica, com alguma frequência, a que não é estranha a escassez dos bens, situações em que dois ou mais direitos incidem sobre um mesmo objecto.

[1] Sobre a matéria da colisão de direitos, *vd.*, em geral, Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. I, págs. 354-355; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, págs. 293-297; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. IV, págs. 379 e segs.; P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 291-292; e R. Capelo de Sousa, *Teoria Geral*, vol. I, págs. 214-232. Em particular, Miguel Galvão Teles, *Espaços Marítimos, Delimitação e Colisão de Direitos*, sep. de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes, ed. FDUL, Coimbra Editora, 2005, págs. 626 e segs.; e Elsa V. Sequeira, *Dos Pressupostos da Colisão de Direitos no Direito Civil*, UCE, Lisboa, 2004.

Este fenómeno, que, em termos genéricos, se pode identificar como *concurso* ou *convergência* de direitos, nem sempre assume a mesma configuração.

Em certos casos, os direitos em presença são conciliáveis, coexistindo e sendo exercidos sem sacrifício uns dos outros. É o que acontece, nomeadamente, no caso de sobre uma mesma coisa recaírem um direito de propriedade limitado, *a nua-propriedade*, e um *usufruto*. Em hipóteses como esta, cada um dos direitos *começa* onde o outro *acaba*, em função dos respectivos limites e todos coexistem, exercendo-se plenamente no âmbito do respectivo conteúdo: não há conflito, nem colisão.

Tal não significa, porém, que a harmonização entre os direitos em presença assuma sempre a mesma feição. Em certos casos, o exercício de um direito, no âmbito do seu conteúdo, afasta o exercício de iguais poderes em relação ao outro, como acontece nas relações entre o usufruto e a nua-propriedade, quanto ao gozo da coisa. Noutros, porém, a um dos direitos é atribuído um exercício *primário*, que não exclui plenamente o exercício *secundário* do outro, como acontece nas relações entre o direito real de uso e habitação e a propriedade ou entre uma primeira e uma segunda hipotecas. No primeiro caso identifica a doutrina relações de *hierarquia* e no segundo relações de *prevalência*.

Podem, contudo, os direitos em presença não admitir, em absoluto, um exercício simultâneo ou, pelo menos, o seu exercício pleno, como sucede com os direitos de cada um dos comproprietários, quanto ao uso da coisa comum (art. 1406.º do C.Civ.), na coexistência de dois direitos hipotecários do mesmo grau sobre o mesmo bem, sendo este insuficiente para satisfação dos créditos, ou de dois direitos de servidão de passagem sobre o mesmo local, quando não seja possível a passagem simultânea de todos os utentes, etc. Em casos como estes, verifica-se uma *colisão de direitos* e há que determinar qual pode ser exercido ou o modo por que se podem exercer os direitos em presença.

O fenómeno da colisão de direitos não se esgota, porém, em situações de concurso de direitos sobre o mesmo objecto; o conflito pode verificar-se entre direitos que têm por objecto bens diferentes. Exemplos típicos neste segundo domínio ocorrem no confronto de um direito da personalidade de certa pessoa com o direito da personalidade de outra, de direitos da personalidade com direitos de outra natureza, patrimonial, nomeadamente. A título de exemplo, considere-se, respectivamente, o direito à vida de várias pessoas, que, numa situação de acidente, não possam ser assistidas ao mesmo tempo, e o direito ao sossego, de um lado, e o direito à exploração de uma actividade ruidosa, do outro.

II. A colisão de direitos, em qualquer das situações descritas, respeita a limites para além dos que resultam do conteúdo de cada direito; não são

postas em causa as faculdades que o integram, mas sim, no plano concreto, o seu exercício. Em suma, ocorre, nesse plano, ou a impossibilidade de o titular de um dos direitos em presença o exercer, ou a de o fazer de modo pleno ou imediato, segundo critérios normativamente fixados.

Por assim ser, a colisão de direitos não assume necessariamente a mesma configuração, antes esta varia em função das modalidades que as situações jurídicas activas podem revestir: direitos reais, de crédito, da personalidade, potestativos, expectativas jurídicas.

No plano da *Teoria Geral*, é a determinação dos critérios que presidem à resolução do conflito envolvido na colisão que cabe ter em conta. E mesmo aí, como adiante se verificará, há ainda que distinguir.

III. No sistema jurídico português identificam-se dois tipos de solução para a colisão de direitos: uma *específica*, outra *genérica*.

A primeira consiste, como a sua designação sugere, em a norma jurídica fixar os critérios de resolução do conflito para casos concretos de colisão de direitos ou para certos casos típicos. São exemplos característicos desta solução, as normas que regem a circulação rodoviária (prioridade de passagem) e muitos preceitos dispersos pelo Código Civil. Um destes, é o do art. 407.º, relativo às situações de incompatibilidade entre direitos pessoais de gozo sobre uma mesma coisa. Mas cabem também neste tipo de soluções normas como as do art. 747.º do C.Civ., ao estabelecer a ordem de prioridade dos privilégios creditórios mobiliários, ou do art. 1406.º, n.º 1, do mesmo diploma legal, relativa ao uso da coisa comum, na compropriedade.

Como é manifesto, normas como as identificadas no texto são de aplicação casuística, interessam em particular ao regime das matérias em que se situam e não a uma *Teoria Geral*, que se ocupa dos critérios genéricos de resolução da colisão de direitos.

Cabe apenas uma nota para esclarecer como se conjugam, na sua aplicação, estas duas soluções. Não custa compreender que à solução genérica só se deve recorrer quando para determinada colisão de direitos não esteja estatuído critério específico.

IV. A solução genérica dos conflitos de direitos, estatuída no art. 335.º do C.Civ., reeditando a consagrada no art. 15.º do Código de Seabra[1], assenta

[1] Dispunha esse preceito o seguinte: «Em concurso de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os interessados ceder reciprocamente o necessário, para que esses direitos produzam o seu efeito, sem maior detrimento de uma ou de outra parte.» Não contemplava, pois, este Código a regra contida no n.º 2 do art. 335.º do diploma vigente, mas a solução neste estatuída resultava dele *a contrario*.

O Código Civil de 1867 dispunha, ainda, no seu art. 14.º: «Quem, exercendo o próprio direito, procura interesses, deve, em colisão e na falta de providência especial, ceder a quem procura evitar prejuízos.»

na distinção entre duas modalidades que eles apresentam, consoante estejam em presença «direitos iguais ou da mesma espécie», ou «direitos desiguais ou de espécie diferente».

Assim, questão prévia, na aplicação de cada um dos números do preceito, é a do critério que preside à distinção neles estabelecida: como se afere se os direitos em colisão são *iguais* ou *da mesma espécie* ou *desiguais* ou *de espécie diferente*?

O apuramento pode ser feito em abstracto, em termos axiológicos, em função dos interesses que presidem à afectação do bem que é objecto do direito e tendo em conta a sua estrutura e o seu conteúdo. Nesta perspectiva, não sendo os direitos iguais ou da mesma espécie, estabelece-se entre eles uma *hierarquia* que, traduzindo a desigualdade ou a diferença de espécie entre eles existente, conduz à determinação de qual deles é «superior», na terminologia do n.º 2 do art. 335.º

Deste ponto de vista, são iguais ou da mesma espécie os direitos de propriedade, os direitos à vida, ou ao nome; e um direito real é superior a um direito de crédito, como um direito da personalidade é a um direito patrimonial.

Todavia, uma vez que a questão envolvida na colisão de direitos respeita aos limites do seu exercício, a definição dos critérios que presidem à sua resolução tem de ser feita em concreto. Relevam aí as circunstâncias relativas ao exercício do direito, como a faculdade específica que se pretende actuar e o interesse a cuja satisfação ela é dirigida. Concretizando: na compropriedade, os direitos dos consortes são qualitativamente iguais (art. 1403.º, n.º 2, do C.Civ.), pelo que, no exercício da faculdade de uso da coisa comum, cada consorte se pode servir dela, desde que não prive os outros de um uso equivalente, em função do valor das respectivas quotas (n.º 1 do art. 1406.º). Todavia, segundo um exemplo corrente na doutrina, sendo a coisa comum um automóvel, se um dos comproprietários pretender *servir-se dele* para conduzir um familiar doente ao hospital e outro para dar um passeio ou para se dirigir ao local de trabalho, prevalece a posição do primeiro. A superior hierarquia abstracta dos direitos da personalidade sobre os direitos patrimoniais ou sobre direitos pessoais de outra natureza não exclui a possibilidade de, em concreto, dados os interesses em presença, os seus titulares deverem ceder, para cada um deles não sofrer «maior detrimento» do que o outro, ou, mesmo, prevalecer o direito dito *inferior*.

Sem perder de vista estas considerações genéricas, algumas notas particulares se justificam ainda para cada uma das modalidades de conflito desenhadas no art. 335.º

V. Para a colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, estatui o n.º 1 do art. 335.º que os seus titulares devem «ceder na medida do necessário para

que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes».

Cabe esclarecer, desde logo, no seguimento das considerações anteriores, que se trata de uma *igualdade qualitativa* e não necessariamente *quantitativa* dos direitos.

Verificada essa igualdade dos direitos em presença, segundo o regime do n.º 1 do art. 335.º, devem as partes harmonizar-se para, no seu exercício, cada uma estar em posição idêntica à da outra, tomando em conta a eventual desigualdade quantitativa; por exemplo, na hipótese da servidão acima configurada, o exercício parcelar igualitário dos direitos em presença pode resultar da fixação de um regime de passagem alternada ou em horas preestabelecidas, para cada um dos utentes.

O exercício igualitário dos direitos pressupõe a sua divisibilidade, porquanto só então é viável a actuação parcelar envolvida na *cedência* estatuída no n.º 1 do art. 335.º, que assegure, correspondentemente, igualdade na vantagem ou detrimento de cada um dos titulares.

Mas tal nem sempre ocorre. Suponha-se, por referência ao direito à vida, a situação de várias vítimas de um naufráugio que não podem ser socorridas em simultâneo. Sendo os direitos em presença iguais e da mesma espécie, o seu exercício dá-se com prevalência de uns sobre os outros, logo, segundo o n.º 2 do art. 335.º Por outro lado, não sendo provável o recurso a critérios que, no plano do *Direito estrito*, se mostrem aptos a, em concreto, estabelecer uma hierarquia dos direitos à vida dos náufragos, na prevalência de uns sobre os outros podem ser atendidos valores normativos não-jurídicos, de ordem moral, de cortesia ou de carácter social. Por exemplo, segundo uma prática secular e reiterada, crianças e mulheres, primeiro[1].

VI. Se os direitos em colisão forem qualitativamente desiguais, determina o n.º 2 do art. 335.º a prevalência do que deva considerar-se superior. Por vezes, pode, para o efeito, ser suficiente atender à hierarquia abstracta dos direitos em presença. Tome-se o exemplo de duas pessoas terem direito ao aproveitamento das águas sobrantes das nascentes ou dos reservatórios de um prédio vizinho, uma para fins agrícolas e a outra para gastos domésticos (arts. 1557.º e 1558.º do C.Civ.); num momento de escassez, prevalece, como «direito que deve considerar-se superior», o referido em segundo lugar.

A hierarquização abstracta dos direitos, como resulta de considerações anteriores, não constitui o critério definitivo ou único, na determinação do direito prevalente, que tem de ser feita em concreto, segundo as circunstâncias do caso.

[1] Cfr., em sentido próximo do sustentado no texto, Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. IV, págs. 390 e segs., na conjugação do exposto relativamente à colisão de direitos iguais e à de direitos desiguais.

Tal não significa, porém, que a hierarquia abstracta não deva ser atendida; ela funciona como ponto de partida ou critério básico, a *corrigir*, eventualmente, com recurso a vários elementos, relativos aos direitos subjectivos em presença, em si mesmos, ao modo do seu exercício e aos meios para tanto disponíveis e às consequências do exercício ou não-exercício do direito.

Relevam, quanto aos primeiros, a antiguidade de cada um dos direitos e, quando o seu objecto não seja o mesmo, a sua modalidade e relevância económico-social. Em sede do modo e dos meios do exercício dos direitos em colisão, tem-se em mente a circunstância de este implicar um único tipo de actuação ou admitir uma diversidade de comportamentos, ainda que sucedâneos ou alternativos do que representa a plena satisfação do interesse do seu titular.

O atendimento das consequências do exercício do direito superior e do não-exercício do inferior significa a ponderação, em termos próximos dos previstos no art. 14.º do Código de Seabra, dos benefícios e dos danos deles emergentes, da sua natureza e intensidade, não só em termos absolutos, mas relativos, por referência à esfera jurídica ou ao património dos respectivos titulares, ou até de pessoas deles dependentes, nomeadamente por relações familiares ou laborais.

Estes elementos podem funcionar a título isolado ou em articulação, sendo que neste caso o seu peso não é necessariamente o mesmo.

Na sua insuficiência, como já antecipado a propósito da colisão entre direitos iguais ou da mesma espécie, é viável o recurso a elementos de ordens normativas não jurídicas. E, se ainda assim, se chegar a uma situação de *non liquet*, em termos de prevalência, há que recorrer, por aplicação correspondente, ao disposto no n.º 1 do art. 335.º

A encerrar o regime da colisão entre direitos desiguais ou de espécie diferente, resta assinalar o significado da prevalência do direito considerado superior. Como corolário, de algum modo, das diferentes circunstâncias que a hierarquização dos direitos revista, em concreto, dela pode resultar a exclusão do exercício do direito inferior, o seu exercício limitado ou diferente do admissível, em abstracto, ou do que vinha a verificar-se. Concretizando, a definição, como superior, do direito dos residentes num prédio urbano, sobre o de exploração de um estabelecimento de diversão vizinho, muito ruidoso, pode determinar o seu encerramento, a redução do seu período de funcionamento, ou a instalação de equipamento ou a realização de obras que limitem o volume do ruído ou a sua audibilidade.

684. Limites extrínsecos: abuso do direito; caracterização

I. O art. 334.º do C.Civ., ao regular expressamente o abuso do direito[1], sem curar aqui do seu mérito, pôs termo a dúvidas que na vigência do Código de Seabra dividiam a doutrina quanto à consagração da figura no Direito positivo, emergentes do art. 13.º desse diploma legal.

Dispunha, com efeito, essa norma que «quem, em conformidade com a lei, exerce o próprio direito, não responde pelos prejuízos que possam resultar desse mesmo exercício». Num entendimento estrito e literal, via-se nele a consagração do velho adágio romano, *qui iure suo utitur neminem laedit*, segundo o qual, se a ordem jurídica atribui a alguém, em seu benefício exclusivo, um direito para a realização dos seus interesses, o seu titular, ao actuar em conformidade com as faculdades que lhe são reconhecidas, não lesa outrem. E se, eventualmente, causar danos, tal facto não pode ser desfavoravelmente valorado pelo Direito, pois isso não é senão o corolário lógico da tutela conferida pela ordem jurídica ao seu interesse e do consequente desfavor com que ela encara os interesses do lesado, não titular de direito relativo ao bem em causa[2].

Neste sentido ia justamente a posição restritiva defendida por Guilherme Moreira[3].

Todavia, outros autores invocavam aquele mesmo preceito para defender a admissibilidade do abuso do direito perante o Direito positivo português. Esta era a opinião dominante, sendo defendida por José Tavares[4], Cunha

---

[1] Como obras de ordem geral, *vd*. Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. I, págs. 355 e segs.; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, págs. 264 e segs.; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 241 e segs.; P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 265 e segs.; R. Capelo de Sousa, *Teoria Geral*, vol. I, págs. 201-206 e 211-213; e Heinrich E. Hörster, *A Parte Geral*, págs. 280 e segs. Para referências mais desenvolvidas, *vd*. obs. cits. por Menezes Cordeiro, *Tratado*, loc. cit., e *Da Boa fé*, vol. II, págs. 661 e segs. Cfr., também, Cunha de Sá, *Abuso do Direito*, Cadernos de CTF, Lisboa, 1973; e J. Coutinho de Abreu, *Do Abuso do Direito. Ensaio de um critério em Direito Civil e nas deliberações sociais*, Coimbra, 1983. Como estudo preparatório do actual Código, Vaz Serra, *Abuso do direito (em matéria de responsabilidade civil)*, *in* BMJ, n.º 85, págs. 243 e segs.

[2] Cumpre, contudo, salientar que ao apurado sentido dos juristas romanos não escaparam os excessos a que podia conduzir a aplicação rígida do princípio formulado naquele brocardo e a necessidade de admitir desvios, sobretudo levando em conta a intenção do autor do comportamento, ao exercer o seu direito. Podia, na verdade, a intenção *(animus)* do autor do acto ser a de lesar outrem e isso justificar uma censura do Direito; daí a teoria dos *actos emulativos (ad aemulationem)*, em que a doutrina ainda hoje filia, por vezes (com discutível acerto), a teoria do abuso do direito. Cfr., a este respeito, Cunha de Sá, *Abuso do Direito*, pág. 49 e notas (7) e (8). Sobre a categoria dos *actos emulativos*, *vd*. Vaz Serra, *Os actos emulativos no direito romano*, *in* BFDUC, no ano X, págs. 529 e segs.

[3] *Instituições de Direito Civil Português*, vol. I, págs. 632-639.

[4] *Princípios Fundamentais*, vol. I, págs. 542-543, que refere mesmo a aparente consagração da referida máxima romana.

Gonçalves[1], Cabral de Moncada[2] e Paulo Cunha[3]. Com efeito, uma leitura mais atenta deste preceito permitia sustentar não ser qualquer forma de exercício do direito a considerada lícita e não geradora de responsabilidade; só o exercício *em conformidade com a lei* cabia na previsão legal; ora, um direito pode ser usado em conformidade ou em desconformidade com a lei. Outras disposições do Código de Seabra mostravam que a lei atribui os direitos em vista de certo fim pessoal. Ao próprio direito real máximo estabelecia o Código limitações deste tipo, quando definia o direito de propriedade como «a faculdade que o homem tem de aplicar à conservação da sua existência e ao melhoramento da sua condição, tudo quanto para esse fim legitimamente adquiriu e de que, portanto, pode dispor livremente» [art. 2167.º do C. Civ.67[4]]. De resto, era, para o efeito, sugestivo o confronto deste preceito com o correspondente art. 544 do *Code*[5] para a compreensão do alcance da norma do Direito português, consagrando uma *função pessoal* da propriedade, na formulação da teoria do abuso do direito.

Também a jurisprudência a acolheu, no domínio do anterior Código Civil, embora de forma não muito clara e rigorosa, segundo informa Cabral de Moncada.

II. O art. 334.º do C.Civ. consagrou, em termos genéricos, sob a designação de «abuso do direito», segundo a epígrafe do preceito, uma figura jurídica do sistema jurídico francês, no qual surgiu por criação da jurisprudência[6],

[1] *Tratado*, vol. I, págs. 423 e segs.

[2] *Lições*, vol. II, nota (1) da pág. 354, com referências doutrinais e de jurisprudência.

[3] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 75.

[4] De resto, noutros diplomas legais, no domínio desse Código, em fase mais avançada do seu período de vigência, continham-se disposições que permitiam enquadrar a teoria do abuso do direito a partir da consagração da *função social* da propriedade. A própria Constituição de 1933, embora em princípio de carácter geral, salientava a ideia de limitação do direito subjectivo pelo seu fim, ao consignar que «a propriedade, o capital e o trabalho desempenham uma função social, em regime de cooperação económica e solidariedade, podendo a lei determinar as condições do seu emprego ou exploração conformes com a finalidade colectiva» (art. 35.º). Mas, como bem salientava Paulo Cunha, eram sobretudo o § 1.º do art. 8.º da própria Constituição e o art. 13.º do Estatuto do Trabalho Nacional (aprovado pelo Dec.-Lei n.º 23048, de 23/SET./33, constituindo um dos diplomas básicos do sistema corporativo, então vigente, e revestido de dignidade constitucional material), que forneciam maior contributo para a consagração do abuso do direito na ordem jurídica portuguesa, nesse tempo. Assim, o § 1.º do art. 8.º da Constituição, reportando-se aos direitos e garantias especificados no corpo do preceito, determinava que «os cidadãos deverão sempre fazer uso deles sem ofensa dos direitos de terceiros, sem lesão dos interesses da sociedade, ou dos princípios da moral». Paralelamente, o citado preceito do Estatuto do Trabalho Nacional especificava que «o exercício dos poderes do proprietário é garantido quando em harmonia com a natureza das coisas, o interesse individual, e a utilidade social expressa na lei podendo esta sujeitá-lo às restrições que sejam exigidas pelo interesse público e pelo equilíbrio e conservação da colectividade».

[5] «La propriété est le doit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage proibi par les lois ou par les règlements.»

[6] A corrente jurisprudencial em causa assenta em dois arestos, correntemente citados. O primeiro, de 1855, do tribunal da 1.ª instância de Colmar, respeitava à construção feita

e que nos sistemas jurídicos de raiz germânica recebe tratamento dogmático como *exercício inadmissível de posições jurídicas* (§ 826 do BGB).

Cabe, porém, assinalar que o Código Civil, embora sob essa designação, não acolheu a configuração do instituto que lhe subjaz[1], porquanto o regime jurídico do art. 334.º foi recebido do art. 281 do Código Civil grego.

III. O esclarecimento do alcance do instituto do abuso do direito, no Direito português, impõe a necessidade de, desde logo, o confrontar com as duas concepções fundamentais em debate neste campo (uma *subjectivista* e outra *objectivista*).

Para a *concepção subjectivista*, importa atender à intenção do titular: se, ao exercer o direito, ele visa apenas prejudicar outrem *(animus nocendi)*, ou alcançar um fim injusto ou imoral, há abuso do direito. Releva, pois, o fim visado pelo autor do acto. Procura, pelo contrário, a orientação de tipo *objectivista* definir o abuso do direito com base em critérios de tipo objectivo, *maxime*, o fim económico e social visado pela norma. Outros critérios deste tipo exigem que o exercício do direito, sem abuso, seja conforme a ditames emergentes de ordens normativas não jurídicas ou da boa fé. Não releva aqui, como elemento do conceito, a intenção do agente, embora lhe possa

---

pelo proprietário de uma casa, sobre o seu tecto, de uma falsa chaminé de altura enorme, sem nenhuma utilidade e destinada a tornar sombria a casa do vizinho. O tribunal condenou o proprietário a demolir a falsa chaminé; no segundo, conhecido como caso Clément-Bayard, julgado em 1913 pelo Tribunal da 1.ª instância de Compiègne, estava em causa a construção de imensas e altas armaduras de madeira, encimadas de varas de ferro com pontas aceradas, feitas por um proprietário rural, na vizinhança de um hangar, no qual um construtor de dirigíveis guardava os seus aparelhos. O intuito do construtor era o de pôr em risco os dirigíveis, cujas paredes exteriores podiam ser rasgadas, como efectivamente sucedeu a um dos aparelhos, ao ser ensaiado. O tribunal ordenou, além da demolição das obras, a condenação do construtor no pagamento de uma indemnização ao dono dos dirigíveis.

Em qualquer destes casos, o tribunal entendeu haver excesso na actuação dos proprietários, que abusaram do seu direito de propriedade, afastando assim o seu carácter *absoluto*, atribuído pelo art. 544 do *Code*. Na primeira decisão acentua-se mesmo que, sendo «dos princípios que o direito de propriedade é um direito de alguma maneira absoluto, autorizando o proprietário a usar e a abusar da coisa, no entanto o exercício deste direito, como o de qualquer outro, deve ter como limite a satisfação de um interesse sério e legítimo». Cfr. as descrições de Castro Mendes (*Teoria Geral*, vol. I, págs. 357-358), assentes em texto de Josserand (*De l'esprit des lois*, págs. 24 a 26).

Cabe notar que nem toda a doutrina francesa acolheu a *teoria do abuso do direito*, tendo ficado bem conhecida a observação de Michel Planiol, que afirmou a impossibilidade lógica da figura: ou se exerce o direito, e então não é possível falar em abuso; ou se abusa, mas em tal caso já não se pode falar em exercício do direito, pois, realmente, não há direito. Para exposição e crítica da posição de Planiol, cfr. Cunha de Sá, ob. cit., págs. 321 e segs.

A posição de Planiol esquece que a questão dos limites do direito não se resume a saber se certa actuação cabe no seu conteúdo; desde logo, pode verificar-se essa conformidade formal e, contudo, a finalidade prosseguida ser contrária a valores ou a fins considerados relevantes pelo Direito para justificar a sua atribuição.

[1] Para a concepção francesa, como se extrai das decisões descritas na nota ant., os actos de exercício do direito são abusivos quando com eles se prossiga um fim injusto ou danoso, o que reconduz o abuso do direito à categoria dos actos emulativos.

ser atribuída relevância no regime do acto abusivo, quanto às consequências que dele emergem.

Como resultará da exposição subsequente, a concepção objectiva é a adequada à construção adoptada pelo legislador português, nomeadamente quanto ao âmbito por ele definido, para o instituto, ao atribuir-lhe, não um sentido restrito, mas amplo.

Com efeito, no primeiro caso, só há abuso do direito quando a actuação do seu titular exceda (ou se não conforme com) os fins de ordem económico-social determinantes da sua criação pela ordem jurídica. Pelo contrário, no seu sentido lato, o abuso do direito comporta, além dos casos abrangidos no sentido restrito, os actos «de violação de ordens normativas e valores não primariamente jurídicos», mas acolhidos pela ordem jurídica[1], como expressamente estatui o art. 334.º, quando manda atender aos bons costumes.

IV. Segundo este preceito, há abuso do direito, «quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito».

O preceito identifica como abusivo o exercício de um direito com manifesto excesso dos limites que assim lhe são impostos. Esta nota, que, num exame preliminar, parece conduzir o abuso a uma figura unitária, não tem, porém, esse significado, porquanto das diferentes fontes desses limites resultam múltiplas e diversas situações de exercício abusivo, que não é possível reduzir a uma única categoria dogmática, pelo que respeita às suas modalidades e às suas consequências[2].

E isto sem curar de, em coerência com a ideia que preside ao art. 334.º, não poder deixar de se entender que *ilegítimo* é também o exercício do direito que ofenda valores que presidem à ordem pública.

Cumpre, portanto, para correcta compreensão do alcance do preceito, identificar os modos de exercício que são sancionados como abusivos, por referência a cada um dos limites nele elencados.

V. Ao definir, *a contrario*, como *legítimo* o exercício do direito que respeite os limites impostos pelo seu *fim social ou económico*, o art. 334.º atende a uma concepção finalista do direito como situação jurídica funcional. Os direitos subjectivos são reconhecidos em vista de certos valores e fins que têm de ser prosseguidos na sua actuação; se tal não ocorrer, o exercício é abusivo.

O carácter funcional dos direitos subjectivos tem de ser considerado em dois planos distintos: o pessoal e o social. Embora com alcance dife-

[1] Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. I, pág. 361.

[2] Perfilha-se, assim, o reparo de Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, pág. 267.

rente qualquer deles releva na determinação do exercício *ilegítimo* do direito[1].

No *plano pessoal*, a funcionalidade do direito significa que é criado pela ordem jurídica, não como um fim em si mesmo, mas dirigido à realização de certos interesses da pessoa a quem é atribuído, mediante o reconhecimento de uma posição de vantagem no aproveitamento da utilidade de certo bem.

Nesta base, é abusivo o exercício de um direito, formalmente adequado a faculdades que integram o seu conteúdo, mas que não corresponda a um interesse atendível do seu titular (actos *chicaneiros*) ou de que resulte a lesão de outrem (actos *emulativos*). Por exemplo: o art. 1356.º do C.Civ. atribui ao proprietário o direito de tapagem, conferindo-lhe a faculdade de «a todo o tempo murar, valar, rodear de sebes o seu prédio ou tapá-lo de qualquer modo». É, pois, inegável que o proprietário, ao construir em redor do seu terreno um muro, mesmo de altura desmedida, está a exercer o seu direito de propriedade, não excedendo os limites intrínsecos, ao fazê-lo. Mas tal comportamento constitui um acto abusivo, por disfuncional, se a altura excessiva do muro não trouxer qualquer benefício atendível ao seu proprietário e ensombrar um prédio vizinho, ou tirar-lhe as vistas.

O carácter funcional dos direitos subjectivos manifesta-se também, na concepção moderna, numa *função social*, que faz prevalecer interesses colectivos sobre o interesse egoístico do titular, *logo*, com restrição, nomeadamente, da função pessoal.

Da função social, consagrada constitucionalmente, como exposto noutro estudo[2], decorrem limites ao exercício dos direitos[3] que tanto se manifestam na proibição de alguns dos seus *possíveis modos* de exercício, como na imposição de outros não primariamente decorrentes do seu conteúdo. Há abuso do direito se, com manifesto excesso de tais limites, isto é, com afectação dos interesses sociais relevantes, inerentes à função social, se adoptarem os *comportamentos proibidos* ou se omitirem os *impostos*.

Assim, como já sustentado noutra sede, o art. 334.º constitui, a um tempo, «o prolongamento, na lei ordinária, da função social subjacente ao sistema constitucional e [contribui], conjugando-se com ele, para a firmar no sistema jurídico português. Neste segundo aspecto, dá consistência à extrapolação […] da função social do campo da propriedade dos meios de produção para o dos direitos reais, em geral»[4]. Levando a afirmação às suas últimas

[1] Sobre as funções pessoal e social, no domínio do abuso do direito e a sua interferência com o instituto, *vd*. Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, págs. 267 e segs.

[2] Cfr. *Lições de Direitos Reais*, págs. 206-208.

[3] Só estes valem em termos de abuso do direito. Há a considerar limites que, no plano funcional, respeitam a razões de ordem pública, ligados ao conteúdo do direito e que se manifestam noutros institutos como a expropriação, a requisição ou as servidões administrativas.

[4] *Lições de Direitos Reais*, pág. 208.

consequências, para além da matéria que a determinou, a função social releva ainda, embora em termos menos significativos, quanto a outras categorias de direitos subjectivos.

VI. O exercício do direito é abusivo quando sejam manifestamente excedidos os limites impostos pelos *bons costumes*.

Retomando, por razões de coerência dogmática e sistemática, o sentido oportunamente atribuído aos bons costumes em sede de idoneidade do objecto negocial, estão aqui em causa regras de comportamento no domínio de relações familiares e sexuais (logo, de moral social) e regras deontológicas[1].

Há abuso, por violação de tais regras, se o exercício do direito exceder manifestamente os limites por elas impostos.

Atende-se, assim, ao significado objectivo do comportamento adoptado, não relevando, portanto, para a qualificação do abuso, a intenção do titular do direito. Não é, sequer, exigível que ele tenha consciência de o seu acto envolver violação de limites impostos pelos bons costumes.

VII. O art. 334.º considera também abusivo o exercício do direito que «exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé».

É entendimento corrente, no sistema jurídico português, que está aqui em causa a *boa fé objectiva*[2]; logo, são atendíveis critérios que estabelecem regras de conduta, no plano das relações intersubjectivas. O exercício conforme à boa fé envolve um comportamento próprio de pessoas de bem e honestas, que agem com correcção e lealdade, respeitando as razoáveis expectativas dos outros e a confiança que eles depositam na actuação alheia. Se o titular do direito, no seu exercício, exceder *manifestamente* os limites decorrentes destes padrões de conduta, há abuso.

O carácter amplo e fluido destes padrões, se fossem relevantes sem atender a aplicações específicas, conduziria ao resultado de abranger nos actos de violação dos limites impostos pela boa fé situações de abuso do direito atrás identificadas no domínio da função pessoal e social do direito e, mesmo, dos bons costumes.

Justifica-se, assim, a definição de um âmbito próprio da boa fé, identificando modalidades de comportamentos que traduzam aplicações significativas do princípio em sede de abuso do direito.

No seguimento dos estudos de Menezes Cordeiro[3], é hoje corrente no sistema jurídico português, na doutrina como na jurisprudência, caracterizar

[1] Cfr., *supra*, n.º 431.II.

[2] Cfr. Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, pág. 288; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. IV, pág. 241; e R. Capelo de Sousa, *Teoria Geral*, vol. I, pág. 212.

[3] *Da Boa fé*, vol. II, págs. 661 e segs., e *Tratado*, vol. I, T. IV, págs. 265 e segs.

como abusivos certos tipos de actos, que se delimitam por recurso a várias figuras sob a designação da *exceptio doli generalis*, do *venire contra factum proprium*, das inalegalibilidades formais, da *suppressio* e da *surrectio*, do *tu quoque* e do desequilíbrio no exercício.

Com ressalva das inalegalibilidades formais, matéria já antes abordada[1], de cada uma destas figuras será de seguida feita a sua caracterização e indicada a sua relevância, em termos sumários ajustados a uma *Teoria Geral*, e com identificação da formulação considerada mais correcta.

VIII. O dolo, no domínio do abuso do direito, consiste em sugestões ou artifícios com carácter fraudulento de que o titular do direito se prevaleça no seu exercício. Assim, a *excepção de dolo*[2] actuaria como reacção, pela via de paralisar ou impedir o exercício com dolo, logo, abusivo, mediante a atribuição de uma faculdade potestativa àquele contra quem o direito é exercido.

Segundo Menezes Cordeiro, o carácter fluido, muito extenso, e a escassa compreensão da *exceptio doli generalis* conduziram ao seu «uso decrescente, por parte da jurisprudência e [a] certo desinteresse doutrinário»[3]. Identifica ainda dificuldades quanto à sua admissão, por o Código Civil não fornecer elementos mínimos que permitam a definição de um sistema coerente de excepções materiais.

Diverso é o pensamento de Oliveira Ascensão que admite a utilidade da excepção de dolo, em sentido restrito, como comportamento que leva a outra parte a cair em situação desvantajosa; identifica mesmo uma aplicação específica desta figura no n.º 2 do art. 321.º do C.Civ.: suspensão da prescrição se, por dolo do devedor, o titular do direito não o tiver exercido[4].

Por seu turno, P. Pais de Vasconcelos admite a invocação da excepção, no âmbito do art. 334.º, em casos não previstos na lei; e, com base no seu carácter muito amplo, sustenta que ele permite ao juiz «a assunção de um papel e de uma atitude quase pretórios na busca da justiça material»[5].

Como solução mais acertada, é de seguir a orientação restritiva de Oliveira Ascensão, sem, todavia, identificar uma aplicação deste tipo de abuso no art. 321.º, n.º 2, do C.Civ., cujo regime quadra ao *tu quoque*[6], porquanto o devedor não pode invocar a prescrição por ter adoptado, com o seu dolo,

---

[1] Cfr., *supra*, n.º 508.IV.

[2] Sobre a *exceptio doli*, *vd*. Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, págs. 288-289; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. IV, págs. 265 e segs.; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, pág. 272.

[3] *Tratado*, vol. I, T. IV, pág. 274; cfr., também, pág. 233.

[4] *Teoria Geral*, vol. III, pág. 289.

[5] *Teoria Geral*, págs. 272.

[6] É também neste domínio que Menezes Cordeiro situa o preceito (*Tratado*, vol. I, T. IV, pág. 328).

um comportamento antinormativo que conduziu à obtenção indevida de uma posição jurídica.

IX. A ideia geral que preside ao tipo *venire contra factum proprium*[1] é a da proibição de comportamentos contraditórios que, no plano do exercício do direito, considera inadmissível uma actuação contrária a outra antes assumida pelo seu titular.

Os comportamentos em presença podem ser – e, em regra, são –, em si mesmos lícitos, mas o anteriormente adoptado e que se contraria verificou-se em circunstâncias tais que criam na outra parte a *confiança* de ele ser mantido e de o titular do direito agir, na sua actuação futura, em conformidade com o seu significado objectivo.

Em geral, a situação de abuso assenta na verificação destes dois elementos; não é, porém, de excluir que ele ocorra também no exercício contraditório sem exigência da confiança[2].

X. O tipo identificado pela expressão latina *tu quoque* demarca-se do *venire* por duas notas[3].

Desde logo, o exercício inadmissível do direito, neste tipo, pressupõe uma relação entre o titular do direito e a pessoa adstrita à correspondente vinculação.

Em regra, essa relação é de fonte negocial e, normalmente, sinalagmática; mas pode não ter qualquer dessas naturezas, isto é, ser extranegocial. Todavia, como facilmente se compreende, a configuração da figura apresenta algumas notas particulares, consoante o domínio em que funciona, ainda que em ambos se verifique, por parte de quem exerce o direito, um comportamento anterior que constitui a violação de um *comando*, contratual ou legal.

No plano contratual, a parte que violou obrigações que certo negócio lhe impõe não deve ser admitida a exercer um direito que nele lhe é reconhecido, invocando um facto da parte contrária a cuja verificação aquele comportamento culposo não foi alheio. Exemplo recorrente na doutrina, é o do senhorio que não realizou obras de conservação do local arrendado, o que determinou o encerramento, pelo locatário, do estabelecimento nele existente; invocar este facto como fundamento de despejo constitui abuso.

No plano extracontratual, o comportamento violador está na origem da situação jurídica que se pretende exercer e que tira vantagem dessa violação.

---

[1] Da locução: *venire contra factum proprium nulli concidetur*.

Sobre o *venire*, *vd*. Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, pág. 290; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. IV, pág. 275 e segs.; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 273-274.

[2] Cfr., neste sentido, Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, pág. 290.

[3] Sobre o *tu quoque*, *vd*. Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, págs. 289-290; e Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. IV, págs. 327 e segs.

Ocorrem aqui situações do tipo da expressamente regulada na al. *a*) do art. 756.º do C.Civ.: não tem direito de retenção quem, por meio ilícito, tendo no momento conhecimento da ilicitude, obteve a coisa que dele seria objecto; ou do n.º 2 do art. 321.º do C.Civ., já atrás citado e analisado.

No sistema jurídico português identifica Menezes Cordeiro uma significativa lista de normas que consagram soluções em que domina a ideia que preside ao *tu quoque*. A solução a adoptar nesta matéria, sem negar a pertinência da dúvida que este A. coloca a respeito do seu significado sistemático, dados o número e a variedade das situações previstas, é a de admitir que neles se filie uma regra geral. O que conduz ao entendimento de nessa base serem admitidas outras situações de *tu quoque*, ainda que não seja fácil identificar, para além das legalmente reguladas, outras aplicações desta figura.

XI. Sob a designação de *desequilíbrio no exercício*[1] identifica Menezes Cordeiro subtipos residuais de abuso do direito por contrariedade à boa fé, caracterizados, como ideia comum, pelo confronto do modo concreto do exercício com os efeitos ou consequências que dele resultam. São eles: o exercício danoso inútil; a exigência do que de imediato deve ser restituído – *dolo agit qui petit quod statim redditurus est*; e a desproporção entre a vantagem do exercício para o titular e o sacrifício dele resultante para outrem.

Em síntese, e no seguimento da análise que deles leva a cabo, quanto ao significado desses subtipos, afirma aquele A. que eles constituem manifestações informes dos «grandes vectores que concretizam a boa fé e que correspondem a dados básicos do sistema»; a sua clarificação conduz a um depuramento do exercício em desequilíbrio «a favor de casos comuns de *venire*, de *surrectio* ou do *tu quoque*»[2].

Entende-se ser possível aditar, a esta construção do *desequilíbrio*, que no exercício danoso inútil se identificam situações de abuso que se reconduzem a desvios funcionais inadmissíveis, por referência, em particular, à função pessoal, mas também à social. E na desproporção no exercício, em que está em causa uma situação de lesão, pelo confronto entre a vantagem auferida pelo titular do direito e o sacrifício imposto a outrem, com base no disposto nos arts. 802.º, n.º 2, 566.º, n.º 1, e 829.º do C.Civ., citados por Oliveira Ascensão[3] a que se acrescenta, no mesmo diploma, os arts. 763.º, n.º 1, e 437.º,

[1] Sobre o desequilíbrio no exercício, cfr. Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, págs. 286-288; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. IV, págs. 341 e segs.; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 275-276.

[2] *Tratado*, vol. I, T. IV, págs. 341 e 349; os textos citados são desta últ. pág.

[3] *Teoria Geral*, vol. III, págs. 286-287.

n.º 1[1], e, a título adjuvante, o art. 282.º[2], deve entender-se, no seguimento deste A., que se pode enunciar um princípio, segundo o qual «*o exercício do direito encontra o seu limite quando houver uma grave desproporção entre o benefício recebido e o prejuízo imposto a outrem*»[3].

XII. A *suppressio* (*Verwirkung*, na terminologia alemã, ou *preclusão*, na proposta de Oliveira Ascensão) e a *surrectio (Erwirkung)* constituem como que as duas faces da relevância jurídica de certa situação jurídica[4]. Trata-se, na verdade, de encarar o fenómeno da perspectiva da esfera jurídica do titular do direito ou da daquele a quem cabe a correspondente vinculação.

À *suppressio*, enquanto tipo de abuso do direito, por contrário à boa fé, corresponde, como ideia básica, um não-exercício do direito durante um prolongado período de tempo. Para esta omissão poder valer como causa autónoma de *impedimento* do exercício do direito, ao lado da prescrição e da caducidade, sem pôr em causa estes institutos, em particular o primeiro[5], que, como bem assinala Oliveira Ascensão, não admitem *redução teleológica*, o exercício tardio do direito tem de ser acompanhado de outro elemento.

Vista a situação do lado do titular do direito, o não-exercício prolongado tem de significar, em termos objectivos, a intenção de não o exercer, para poder criar, na outra parte, uma situação que justifica a tutela da confiança, segundo os seus elementos comuns, de o direito não ser exercido.

Verificados estes requisitos, de apuramento casuístico, segundo as circunstâncias do caso, o *exercício serôdio* é inadmissível ou abusivo. Daqui decorre, visto o fenómeno do lado do devedor, a *aquisição – surrectio –* de uma excepção material peremptória que pode ser oposta à pretensão de exercício do titular.

685. Limites extrínsecos: regime jurídico do acto abusivo

I. São de duas ordens as questões fundamentais suscitadas pelo acto abusivo, quanto ao seu regime jurídico: no plano substantivo, as *sanções* que

[1] Estes preceitos são também referidos por Menezes Cordeiro na análise do significado do subtipo desproporção no exercício (*Tratado*, vol. I, T. IV, pág. 347).

[2] *A título adjuvante*, porquanto, não respeitando embora ao exercício inadmissível de um direito, ao preceito preside a ideia de não serem tolerados negócios jurídicos, cujos efeitos, verificados certos requisitos, envolvem *lesão* de uma das partes.

[3] *Teoria Geral*, vol. III, pág. 288; em itálico no texto.

[4] Em verdade, nenhuma das expressões identificadas no texto significa o acto em que consiste o abuso ou o exercício inadmissível do direito, mas as situações jurídicas que deles emergem, respectivamente, para o titular do direito e para outrem.

[5] O período de não-exercício do direito tem de ser prolongado, o que limita a relevância da *suppressio* no campo da caducidade, cujos prazos são, em regra, curtos; por seu turno, no domínio da prescrição, a duração da situação subjacente à *suppressio* tem de ser inferior ao prazo prescricional.

do abuso emergem, ou seja, as suas consequências ou efeitos; no adjectivo, o *modo* da sua invocação e do seu conhecimento, em particular no plano processual.

Todavia, dada a multiplicidade e variedade de manifestações que o acto abusivo pode revestir, importa, como introdução a tais matérias, fixar o seu campo de aplicação.

II. A origem histórica do instituto aponta no sentido de ele se relacionar primariamente com o exercício do direito subjectivo *stricto sensu*; mas não restam hoje dúvidas de que vale para a generalidade das situações jurídicas activas: direitos subjectivos *stricto sensu* e de conteúdo altruísta (poderes-deveres) e, ainda, para os direitos potestativos e expectativas jurídicas[1].

A evolução recente, na doutrina, tem sido, porém, a de alargar o âmbito do instituto a outras figuras, abrangendo múltiplos institutos como sejam poderes elementares, faculdades jurídicas ou ainda simples liberdades de agir, mesmo quando estas não sejam mais do que manifestações da própria capacidade jurídica. Para abarcar todas estas situações fala-se em *prerrogativas privadas*, conceito significativamente amplo para abranger também o direito subjectivo[2].

Alguma doutrina portuguesa admite mesmo um maior alargamento do campo de aplicação do abuso do direito, ao afirmar que o princípio estabelecido no art. 334.º do C.Civ. vale, por maioria de razão, para qualquer comportamento material, que não seja uma manifestação da capacidade jurídica em geral, mas corresponda a uma actuação formalmente coberta pelo quadro das normas legais[3]. Não se afigura, em verdade, falho de valor o argumento para tanto invocado, segundo o qual, podendo ser abusivo o exercício de um direito, mesmo se formalmente adequado ao seu conteúdo, não deve deixar de se fazer igual valoração negativa de um comportamento que, embora coberto pelo quadro geral das normas jurídicas e com ele conforme, não configura sequer um direito *proprio sensu*. Faz sentido falar aqui de maioria de razão, para fundar o raciocínio que preside ao entendimento referido.

A partir da construção que preside a esta formulação do âmbito do abuso do direito, é ainda de admitir o *abuso de situações passivas*, no seu cumprimento, posição que encontra suporte normativo no n.º 2 do art. 762.º do C.Civ.: o devedor deve proceder de boa fé. Não se pauta por esta bitola,

[1] Neste sentido, Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. IV, págs. 372-373.

[2] Cfr., a este respeito, Ferrer Correia e Vasco Lobo Xavier, *Efeito externo das obrigações; abuso do direito; concorrência desleal (A propósito de uma hipótese típica)*, *in* RDE, ano V, n.º 1, págs. 8 e segs.

[3] Assim, Ferrer Correia e Vasco Lobo Xavier, est. cit. na nota ant., pág. 12.

o devedor que, com observância formal do regime do cumprimento, ofereça a prestação em condições de tempo ou de lugar excessivamente gravosas para o credor.

Em termos de Direito objectivo, a localização sistemática do instituto no Código Civil não significa a sua limitação ao Direito Civil ou mesmo ao Privado. Embora com particularidades de formulação ou de regime, a doutrina admite o abuso do direito no campo do Direito Administrativo (desvio do poder), do Direito Penal (denúncia caluniosa, art. 365.º do C.Pen.) ou do Direito Processual (ao lado do dolo ou da má fé processual, art. 456.º do C.P.Civ.).

III. Ponto de grande importância, na teoria do abuso do direito, é o da fixação das suas consequências jurídicas. O art. 334.º do C.Civ., contido na parte geral do diploma, limita-se a estatuir a «ilegitimidade» do exercício abusivo do direito. Mas não determina as *sanções* que lhe correspondem.

À qualificação de ilegitimidade não pode ser atribuído o sentido que esta palavra tem, por referência à actuação jurídica das pessoas[1], reparo de técnica legislativa que é recorrente na doutrina[2].

Esclarecido este ponto, não pode, por outro lado, entender-se que o acto *ilegítimo* significa *ilícito* ou *inválido*, pois, como a exposição de seguida deixará perceber, pode ser lícito e válido, para além de em certos casos este valor não estar, sequer, em causa.

O art. 281 do Código Civil grego que, como já assinalado, é a fonte do art. 334.º, diz que o exercício abusivo é *proibido*, fórmula que sem preocupações de rigor técnico, traduz a ideia de ser *antijurídico*[3].

A antijuridicidade do abuso, nos termos do art. 334.º, só se verifica quando o *modo* de exercício do direito exceda *manifestamente* os limites consagrados nesse preceito.

Este qualificativo, que o Código recebeu da sua já citada fonte, mas tem correspondência na terminologia de Manuel de Andrade[4], não pode ser tomado no seu significado literal[5]; todavia, tem ainda o sentido útil atribuído por Oliveira Ascensão: por referência à autonomia privada que tem uma das suas aplicações mais significativas no direito subjectivo, «impede uma intromissão cerrada no controlo» do seu exercício[6].

---

[1] Cfr., *supra*, vol. I, n.º 56.

[2] Cfr. Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, pág. 278; e Menezes Cordeiro, vol. I, T. IV, págs. 239-240.

[3] É este o termo proposto por Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, pág. 278.

[4] *Teoria Geral das Obrigações*, vol. I, c/col. de Rui de Alarcão, Coimbra Editora, Coimbra, 1958, págs. 63 e segs.

[5] Cfr. os reparos de Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. IV, págs. 240-241.

[6] *Teoria Geral*, vol. III, pág. 277.

IV. O silêncio do Código Civil quanto às consequências negativas do abuso do direito, para além de ser justificável, dada a multiplicidade das suas manifestações, abre caminho a uma solução diferente da sustentada pela concepção clássica e da propugnada pelos defensores da teoria do abuso do direito, fundada no art. 13.º do Código de Seabra. Com efeito, quem, então, se orientasse nesse sentido não poderia razoavelmente sustentar que esse preceito não legitimava mais do que um dever de indemnização, imposto ao autor do acto abusivo.

A formulação ampla do Código actual permite solução diferente, menos restritiva, quanto às consequências do exercício *anormal* do direito, se outra for a sanção adequada às múltiplas modalidades que tal exercício pode revestir; essa diversidade só se satisfaz mesmo com uma significativa flexibilidade das sanções aplicáveis.

Sem perder de vista esta ideia, e tendo antes bem presente a necessidade de se deixar a um exame casuístico a selecção da consequência mais ajustada, convém identificar a gama das mais relevantes[1].

A este respeito importa atentar no facto de o exercício do direito implicar sempre a adopção de certo comportamento que, no sentido atrás exposto, é *antijurídico*. Pode, contudo, o acto correspondente ser lícito, pois o carácter abusivo do exercício é avaliado em termos objectivos e não subjectivos; não pode, todavia, deixar de se entender que, havendo danos causados a outrem, o princípio geral da responsabilidade civil, contido no n.º 1 do art. 483.º do C.Civ., impõe a sua reparação.

Esta consequência pode existir isoladamente ou em cumulação com outras de cariz mais diverso. E estas, por sua vez, podem verificar-se ainda quando o autor do acto abusivo não esteja vinculado a indemnizar.

Desde logo, em vista do princípio da reparação específica, dominante no Direito português (art. 562.º do C.Civ.), a sanção do acto abusivo pode consistir na necessidade de repor a situação anterior ao abuso. Se ***A***, com abuso do direito de propriedade, fizer captações de água no seu terreno, por meio de poço, e daí resultar ficar seca a nascente que abastecia o prédio confinante de ***B***, além da eventual reparação dos danos daí emergentes para ***B***, ou independentemente deles, pode ser imposta a ***A*** a eliminação da sua obra.

Noutro plano, há que reter o facto de, por vezes, o abuso do direito resultar da prática de actos jurídicos, de negócios jurídicos, em particular; assim, a sanção adequada pode consistir na invalidade do negócio celebrado. Se o abuso envolver vício do objecto negocial, o acto será nulo por força

[1] Sobre a diversidade das consequências do abuso, cfr. Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, págs. 279-281; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. IV, págs. 373-374; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 276-277. Para maior desenvolvimento, Cunha de Sá, *Abuso do Direito*, págs. 647 e segs.

do regime do art. 280.º Mas não é de excluir a hipótese de se verificar uma mera anulabilidade.

Outras consequências do carácter abusivo do exercício do direito, a merecer destaque, são a de se constituir, a favor do lesado, uma pretensão de omissão de tal exercício ou a de paralisação de certos efeitos jurídicos pela via de uma excepção material peremptória. Serve para ilustrar esta solução, o seguinte exemplo: ***A*** induz ***B*** a não celebrar por escritura pública um negócio que deve revestir essa forma; o negócio é por tal motivo nulo (art. 220.º do C.Civ.). Se ***A*** pretender, mais tarde, valer-se da nulidade, quando, em determinadas circunstâncias, tal constituir exercício abusivo do correspondente direito potestativo, cabe a ***B*** a faculdade potestativa de se opor a esse exercício. Pode traduzir-se esta mesma ideia dizendo que fica aqui paralisado o efeito jurídico decorrente da falta de observação do correspondente ónus de respeitar a forma legal.

Próxima desta hipótese é a de se considerar constituída, a favor de quem é atingido pelo exercício abusivo, uma situação jurídica de sinal contrário à materialmente decorrente desse exercício. Manifestação desta *sanção* encontra-se no regime da condição potestativa (art. 275.º, n.º 2): se aquele de quem depende a verificação da condição a impedir, contra as regras da boa fé, quando com a sua verificação for prejudicado, a condição não se verificou; todavia, a primeira parte do preceito acima citado estatui que a condição se tem por verificada.

V. Um dos pontos controvertidos no regime do abuso do direito respeita à sua invocação e ao seu conhecimento pelo Tribunal.

Segundo Vaz Serra, está em causa, nesta matéria, uma «questão de direito susceptível de conhecimento oficioso pelo tribunal». Nesta mesma base, pode, nomeadamente, o abuso do direito ser apreciado e decidido em recurso de revista, mesmo que o não tenha sido pelas instâncias, porquanto, «tratando-se de uma questão de direito e de interesse e ordem pública, não dependem de invocação das partes uma tal apreciação e decisão»[1]. No mesmo sentido se pronuncia Menezes Cordeiro, para quem basta que no processo estejam alegados e provados factos que qualifiquem os correspondentes pressupostos e as consequências que se retirem do abuso estejam compreendidas no pedido. Se tal ocorrer, salvo se se tratar de direitos indisponíveis, o tribunal pode conhecer o abuso do direito, mesmo que «o interessado não o tenha expressamente mencionado»[2].

Este parece ser, também, o entendimento de P. Pais de Vasconcelos que não exclui o conhecimento oficioso, quando, sem tomar partido expresso,

[1] Anotação ao ac. do STJ, de 19/OUT./78, *in* RLJ, ano 112.º, pág. 132.
[2] *Tratado*, vol. I, T. IV, pág. 373.

refere que «já tem sido decidido que o abuso do direito é de conhecimento oficioso»[1].

Diversamente, Oliveira Ascensão, invocando a heterogeneidade das situações cobertas pelo abuso do direito, a que correspondem diversas figuras jurídicas, sustenta que não pode ser adoptada uma solução uniforme. Há que distinguir, e apurar se o exercício abusivo interfere com regras de interesse e de ordem pública. Tal ocorre na violação de limites impostos pelos bons costumes, pelo fim social ou económico do direito ou pela ordem pública. Mas não já quando esses limites são impostos pela boa fé; neste caso, em geral, os litígios decorrentes do abuso respeitam a interesses de ordem particular, cabendo ao interessado o ónus de invocar e de fazer valer o princípio e a sua violação; disso depende o conhecimento do abuso pelo tribunal[2]. Embora em termos sucintos e sem expressamente tomarem posição na questão, afigura-se adequado entender que Pires de Lima e Antunes Varela acolhiam a solução que atribuíam ao Supremo Tribunal de Justiça: este não pode conhecer do abuso se não tiver sido invocado nas instâncias[3].

A partir do princípio do dispositivo que domina em processo civil (art. 264.º do C.P.Civ.), deve ser perfilhada uma solução próxima da de Oliveira Ascensão: é admissível o conhecimento oficioso do exercício abusivo do direito, quando sejam excedidos os limites impostos pelos bens costumes, pela ordem pública e pelo fim social ou económico do direito em causa. Em sede de boa fé, à regra geral, segundo a qual não é de admitir o conhecimento oficioso do abuso do direito, há que fazer uma reserva. O Tribunal pode, *ex officio,* conhecer do abuso do direito por manifesto excesso dos limites impostos pela boa fé, se respeitar a questão em que o conhecimento oficioso seja admitido; exemplo paradigmático é, nesta matéria, o da inalegabilidade da nulidade do negócio jurídico por vício de forma.

A completa dilucidação do sentido da posição que fica exposta aconselha duas observações complementares.

De um lado, há que ter em conta que o conhecimento oficioso do abuso do direito pressupõe, como é manifesto, que no processo estejam apurados factos que o qualifiquem. Para além disso, e segundo o n.º 3 do art. 3.º do C.P.Civ., «salvo caso de manifesta desnecessidade», o juiz não pode conhecer, mesmo a título oficioso, questões de direito ou de facto, «sem que as partes tenham tido possibilidade de sobre elas se pronunciarem».

---

[1] *Teoria Geral*, pág. 277.

[2] *Teoria Geral*, vol. III, págs. 282 e segs., em particular, 284-285.

[3] *Código Civil*, vol. I, nota 9 ao art. 334.º, pág. 300.

CAPÍTULO II
FIGURAS AFINS DO DIREITO SUBJECTIVO

686. Interesses reflexamente protegidos, interesses indirectamente protegidos e interesses difusos

I. Ao fixar a noção de direito subjectivo foi evidenciado que a protecção dos interesses juridicamente relevantes se pode atingir por vias diversas, sem ocorrer sempre a atribuição do poder que caracteriza aquela figura. Na verdade, em determinadas situações, a protecção do interesse individual não é acompanhada da atribuição, ao seu titular, de meios de realização do interesse.

A razão de ser de situações desse tipo decorre do facto de certas normas visarem, *primariamente*, a protecção de outros interesses, normalmente de carácter colectivo ou da comunidade em geral, ou mesmo de outras pessoas, que se apresentam como principais destinatários desses comandos. Contudo, se estes forem observados, resultam também protegidos, ainda que por *via não directa*, interesses particulares ou individuais de determinadas pessoas.

É corrente a doutrina ocupar-se globalmente dos casos de protecção de interesses sem atribuição de direito subjectivo, tomando-se então, como sinónimas, as duas primeiras expressões que servem de epígrafe a este número[1]. Pesa, sem dúvida, neste entendimento, a ausência, em qualquer dos casos, dos elementos caracterizadores do direito subjectivo. Contudo, para usar de mais rigor, convém distinguir, nessa protecção de interesses, duas modalidades, que demarcam os *interesses reflexamente protegidos* dos *interesses indirectamente protegidos*[2]. Pelas razões que constam da exposição subsequente, deve ser mantida a distinção entre estas duas figuras.

---

[1] Cfr. Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. I, págs. 374-375; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, págs. 106 e segs.; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 345-347; e Bigotte Chorão, *Teoria Geral*, vol. I, págs. 52-53.

[2] M. Gomes da Silva *(Esboço de uma Concepção*, págs. 162-163), numa distinção próxima da exposta no texto, identifica os interesses reflexamente protegidos como «direitos reflexos» e os interesses indirectamente protegidos como «interesses legítimos».

Para além disso, há que identificar, nas suas linhas fundamentais, o instituto do interesse difuso.

II. Cabe, porém, salientar, antes de prosseguir, que o tratamento dos interesses reflexa e indirectamente protegidos, como figura afim do direito subjectivo, assenta num enquadramento privatístico do problema. É sob o ponto de vista do Direito Privado que não cabe aqui falar em direito subjectivo.

Não deve, todavia, entender-se esta construção em termos absolutos, porquanto ao titular do interesse reflexa ou indirectamente protegido pode estar reconhecido o poder, dirigido contra o Estado ou outras entidades públicas, de exigir a adopção de medidas adequadas ao cumprimento das normas que asseguram a satisfação do seu interesse: *direito subjectivo público*[1].

O âmbito deste tipo de direitos subjectivos públicos não se limita aos casos de protecção privatística reflexa ou indirecta de interesses. Eles podem acompanhar verdadeiros direitos subjectivos privados, como se demonstra com um exemplo simples. Nos termos do art. 1360.º, n.º 1, do C.Civ., no domínio das relações de vizinhança[2], no direito de propriedade, um proprietário, na construção de edifícios no seu prédio rústico, «não pode abrir janelas ou portas que deitem directamente sobre o prédio vizinho sem deixar entre este e cada uma das obras o intervalo de metro e meio».

Contudo, as referidas limitações não se aplicam já se os prédios estiverem separados por estrada, caminho, rua, travessa ou outra passagem por terreno do domínio público (art. 1361.º). Existem, porém, noutro plano, por razões que devem presidir ao urbanismo moderno, limitações de ordem pública, impostas à construção, que fixam distâncias mínimas entre os prédios separados por ruas.

Pelo que respeita às limitações de ordem privada, resultantes do regime fixado no Código Civil, o dono do prédio vizinho pode impor judicialmente ao infractor a demolição das obras violadoras. Não acontece assim no caso das limitações decorrentes de interesses gerais. Contudo, é-lhe reconhecido o *direito subjectivo público* de exigir da Administração Pública a adopção de medidas para fazer cumprir as regras do urbanismo.

III. A *protecção reflexa de interesses* ocorre quando certa norma é orientada por razões puramente de ordem geral. A protecção do interesse privado, em sede de Direito Privado, é então obtida, dir-se-ia, *acidentalmente, por mero reflexo* dos efeitos emergentes da aplicação daquela norma. Serve de exemplo a situação que ilustra a exposição da alínea anterior. É evidente que, sendo

[1] Sobre a configuração dos direitos subjectivos públicos, *vd*. Vasco Pereira da Silva, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Lisboa, 1995, págs. 212 e segs., *maxime*, 217-220.

[2] Sobre as relações de vizinhança, cfr. as nossas *Lições de Direitos Reais*, págs. 216 e segs.

respeitadas as regras do urbanismo, respeitado fica o interesse dos donos dos prédios vizinhos. Não lhes cabe, porém, por exemplo, o poder de exigir do infractor a demolição da obra violadora.

Noutros casos, porém, a norma, visando em primeira linha interesses de ordem geral, não deixa de levar também em conta os interesses particulares. Somente a protecção destes é feita, *indirectamente*, através da tutela do interesse da comunidade. Exemplo característico encontra-se em normas que estabelecem regras de segurança do trânsito ou protegem a saúde pública (vacinação contra certos morbos, etc.).

Também aqui o titular do interesse indirectamente protegido pela norma não pode exigir, por si, do outro particular, o comportamento por ela imposto. Mas, ainda assim, a distinção se impõe, não tendo relevância meramente académica. Na verdade, neste caso, se o destinatário da norma a não cumprir e daí resultarem danos para outrem, cabe ao lesado o direito de exigir a sua reparação. É este o alcance do n.º 1 do art. 483.º do C.Civ. quando impõe ainda o dever de indemnizar a quem violar «qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios».

IV. Os *interesses difusos*[1] são interesses colectivos ou comunitários ou de conjuntos mais ou menos extensos de indivíduos, mas de que participam os respectivos membros nessa simples qualidade. Estes interesses são primariamente tutelados na al. *a*) do n.º 3 do art. 52.º da Const.[2], através da chamada *acção popular* (cfr. Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto, que regula este meio judicial).

Nos termos do citado preceito constitucional, a acção popular é dirigida a «promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural».

A tutela destes interesses é feita nessa perspectiva colectiva, mas projecta-se no plano individual, nomeadamente pela via da reparação dos danos sofridos a esse título, emergentes da violação das normas correspondentes.

Nos termos da al. *a*) do n.º 3 do art. 52.º da Const., o direito de acção popular é atribuída a *todos*, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses difusos.

Por *todos* deve entender-se as pessoas que se integrem na comunidade portadora desses interesses e não *quaisquer pessoas* indiscriminadamente[3].

---

[1] Sobre os interesses difusos, *vd*. Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 110 e segs.; e Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa*, T. I, anotação ao art. 52.º (Jorge Miranda), notas VII e segs., págs. 496 e segs. Para maior desenvolvimento, Miguel Teixeira de Sousa, *A legitimidade popular na defesa de interesses difusos*, Lisboa, 2003.

[2] A al. *b*) desta norma é dirigida à defesa de bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais.

[3] Cfr., neste sentido, Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 116-117.

Exemplo de associações com legitimidade para fazer seguir a acção popular é o das associações de consumidores [cfr. art. 60.º, n.º 3, da Const. e art. 18.º, n.º 1, al. *l*), da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho].

687. Expectativa jurídica

I. Diz-se *expectativa de direito* ou *expectativa jurídica*[1] *a situação juridicamente relevante de tutela de interesses durante o curso de constituição (ou aquisição) de um direito, cuja constituição (ou aquisição) depende de um facto complexo de produção sucessiva*[2].

Releva, no apuramento desta situação jurídica, a seguinte ordem de considerações.

A aquisição de direitos nem sempre se verifica nos mesmos termos. Em alguns casos, ela depende de um só facto e decorre dele imediatamente; noutros, torna-se necessária a verificação de vários eventos, mais ou menos distanciados no tempo, encadeados entre si, ou seja, um *acto complexo de produção sucessiva*. Nesta segunda hipótese, só pela conjugação de todos esses elementos e, consequentemente, após a ocorrência do último, a constituição (ou aquisição) do direito se verifica.

Ilustra esta distinção o confronto entre o que se passa na apreensão de uma *res nullius* e na sucessão legitimária. Quem apreende uma *res nullius* torna-se *ipso facto* seu proprietário, isto é, adquire nesse momento, e por efeito desse simples acto, o respectivo direito de propriedade [C.Civ., art. 1317.º, al. *d*)]. Na sucessão legitimária, pelo contrário, só pela conjugação de diversos factos, nomeadamente, do que constitui o correspondente vínculo de parentesco, da morte do *de cuius* e da aceitação da herança e sua partilha, o direito subjectivo sobre determinado bem da herança se adquire. Todavia, em vida do autor da sucessão, o sucessível legitimário beneficia já de alguma tutela (cfr. art. 242.º, n.º 2, do C.Civ.), e, como tal, é titular de uma expectativa jurídica.

Outro exemplo clássico de expectativa jurídica ocorre na posição do adquirente condicional (art. 273.º do C.Civ.), na pendência da condição

---

[1] Sobre esta matéria, em geral, *vd*. Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. I, págs. 375-376; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, págs. 84-87; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 347-349; P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 289-290; e R. Capelo de Sousa, *Teoria Geral*, vol. I, págs. 237-242. Para maiores desenvolvimentos, I. Galvão Telles, *Expectativas Jurídicas*, *in O Direito*, 90, págs. 2 e segs.; e Maria Raquel Rei, *Da Expectativa Jurídica*, *in* ROA, ano 54, I, 1994, págs. 149 e segs.

[2] Sugestiva é a noção apresentada por Santoro-Passarelli: «posição de espera do sujeito a que o ordenamento atribui relevância jurídica, favorecendo a sua conservação e a aptidão para transformar-se no direito subjectivo (expectativa jurídica, em contraposição a expectativa *de facto*)» (*Teoria Geral*, págs. 54-55; em itálico no texto).

suspensiva, por exemplo, porquanto a lei o admite a praticar actos conservatórios do seu futuro e eventual direito, o que envolve tutela do adquirente.

II. Nos casos de aquisição dependente de facto complexo, embora o direito subjectivo não haja ainda sido adquirido, existe já uma situação preliminar, um *embrião de direito*, a que a norma jurídica atribui, por vezes, alguma protecção em favor do titular do interesse correspondente. Essa protecção consiste, em regra, na atribuição de meios de conservação dos bens a que o interesse se reporta, por forma a assegurar ao correspondente direito subjectivo, caso venha a constituir-se e quando tal se verifique, conteúdo e valor jurídico e prático efectivos. Assim, quanto ao sucessível legitimário, cabe-lhe o poder de, ainda em vida do autor da sucessão, pedir a declaração de nulidade dos negócios simulados por aquele feitos com a intenção de o prejudicar (art. 242.º, n.º 2, do C.Civ.).

A esta situação de tutela de um direito em vias de constituição corresponde a expectativa jurídica; se não existir tutela, pode falar-se de *expectativa de facto*, mas não *de direito*.

Deve ter-se bem presente que a expectativa de direito não é uma simples *esperança* de vir a adquirir um direito, uma *spes iuris*. É algo mais, como decorre de duas notas que a exposição anterior revela. De um lado, só existe expectativa jurídica quando se verificou já um dos factos do ciclo complexo de cuja total ocorrência depende a aquisição do direito subjectivo; de outro, concorrendo este requisito, tem de existir alguma forma de tutela jurídica do interesse do futuro e eventual adquirente do direito.

Assim, por exemplo, os sucessíveis legítimos – ao contrário dos legitimários – não participam, em vida do autor de sucessão, de qualquer tutela quanto aos bens da herança; não são, por isso, titulares de uma expectativa de direito.

688. Poder funcional

I. O *poder funcional*[1], como categoria autónoma do direito subjectivo *próprio sensu*, foi já anteriormente referido, por exigências da exposição de certas matérias. Cumpre agora apenas desenvolver as noções preliminares então fornecidas.

Há *poder funcional, poder-dever, direito-função,* ou, ainda, *direito de conteúdo altruísta*[2], quando existe uma *situação de dissociação subjectiva entre a titularidade do poder e a titularidade do interesse protegido*.

---

[1] Sobre o poder funcional, C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 167-168; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, págs. 59-60; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 349-350; e R. Capelo de Sousa, *Teoria Geral*, vol. I, págs. 185-187.

[2] Estas várias designações são de uso corrente na doutrina; qualquer delas é sugestiva, porquanto deixa perceber, como a exposição seguinte revela, que a atribuição do poder jurídico é feita em função de interesses alheio.

Esta dissociação traduz-se em o interesse, em função do qual ocorre a afectação jurídica de certo bem, ser, exclusiva ou, pelo menos, predominantemente, de outrem, não do titular do poder.

Exemplo de escola, nesta matéria, no domínio do Direito Civil, é a responsabilidade parental, com ressalva de, como antes sustentado[1], enquanto instituto global e meio de suprimento da incapacidade dos menores, dever ser qualificado como uma situação jurídica complexa; em qualquer caso, vários dos poderes que o integram devem ser configurados como verdadeiros poderes funcionais, pois são dirigidos à realização predominantemente do interesse dos filhos.

Foi também assinalado, em momento anterior[2], não ser líquida a posição da doutrina quanto a considerar o poder funcional como uma modalidade de direito subjectivo ou como figura afim dele. Os seguidores da primeira orientação distinguem, no direito subjectivo *lato sensu*, o direito subjectivo *stricto sensu* e o poder funcional.

II. Uma consequência imediata da dissociação acima referida é a de os poderes funcionais serem, em geral, de exercício obrigatório ou condicionado e não de exercício livre, como é a regra nos direitos subjectivos.

Facilmente se compreende a razão de ser deste regime particular, por o interesse alheio protegido não poder ficar na livre disponibilidade do titular do direito, ainda que lhe seja admitida alguma liberdade na selecção dos termos concretos do seu exercício, variável em função da relevância reconhecida (também) ao interesse do titular do poder funcional.

[1] Cfr., *supra*, vol. I, n.º 114.
[2] Cfr., *supra*, n.º 663.IV.

SUBTÍTULO II
AS SITUAÇÕES JURÍDICAS PASSIVAS

CAPÍTULO I
NOÇÃO E MODALIDADES DA VINCULAÇÃO JURÍDICA

689. Noção de vinculação

Não se torna fácil formular uma noção geral de *vinculação*, pela razão de ela poder revestir modalidades por vezes bem distintas entre si. De resto, a principal vantagem em adoptar esta expressão reside no facto de assim designar globalmente o conjunto das situações jurídicas passivas, sem ter de recorrer, como é mais frequente na doutrina, a outras expressões com sentido técnico mais preciso, como sejam *dever jurídico* ou mesmo *obrigação*[1].

Pode, contudo, formular-se a noção geral de vinculação na seguinte fórmula: *necessidade jurídica de adoptar um comportamento ou de suportar certos efeitos jurídicos*.

Esta noção tem fundamentalmente a preocupação de fixar um ponto de partida para a investigação subsequente, mas não deixa de cobrir as modalidades de vinculação mais relevantes e, por isso, correntemente tratadas pela doutrina: o dever jurídico, a obrigação e a sujeição. Na verdade, como de seguida se dirá em pormenor, as posições do *sujeito passivo* no dever e na obrigação cabem na primeira parte da noção, enquanto a segunda se dirige à sujeição.

---

[1] São considerações similares que levam Oliveira Ascensão a adoptar, também, a *vinculação* (*Teoria Geral*, vol. III, págs. 101-102).

690. Dever jurídico

I. À semelhança do que acontece com o direito subjectivo, debalde se procurará no Código Civil uma noção de dever jurídico. Também a este respeito era diferente a posição do Código de Seabra, pois na segunda parte do seu art. 2.º (já citado quanto ao direito subjectivo) se encontra uma definição que quadra, ainda hoje, com rigor, ao conceito de dever jurídico[1]. Segundo este preceito, por dever jurídico deve entender-se a «necessidade moral de praticar ou não praticar certos factos».

À fixação da noção de dever jurídico importa, primariamente, o esclarecimento dos diversos sentidos comummente atribuídos a esta expressão.

II. Num *sentido amplo*, a palavra dever é empregada como sinónimo de vinculação, abrangendo mesmo, por vezes, na linguagem dos juristas, embora com menos propriedade, figuras afins da vinculação[2]. Não é, naturalmente, este sentido o relevante, mas sim um mais restrito e próprio; por isso, também se contrapõe a esta noção ampla a de dever *stricto sensu*.

Hoc sensu, dever jurídico pode definir-se como a *necessidade normativa de adoptar determinado comportamento*[3].

Esclarecendo esta ideia, por *necessidade normativa* (a necessidade moral do Código de 1867) entende-se a situação, imposta pela norma, em que se encontra certa pessoa, de *ter de adoptar uma conduta*. Mas a imposição dessa conduta situa-se no plano normativo, isto é, do *dever ser*, sendo, assim, por essência, violável.

A pessoa adstrita ao dever *tem de* adoptar um comportamento; se ela o fizer, satisfaz o comando legal, realizando o interesse do titular do correspondente direito. Contudo, é livre de adoptar um comportamento diverso, violando a norma. Como é evidente, a sua adopção envolve ilicitude e, portanto, sujeita o violador às inerentes sanções; mas nem por isso se pode deixar de dizer que, *de facto*, o devedor pode não adoptar a conduta imposta pela norma. Ainda assim, saliente-se, a violabilidade natural do dever jurídico não faz perder o carácter de comando ou ordem à norma que o impõe, nem afecta a juridicidade dessa norma. Esse carácter e esta juridicidade manifestam-se na sanção imposta ao violador.

---

[1] Saliente-se que o preceito citado falava em obrigação e não em dever.

[2] Veja-se um exemplo desta acepção ampla (e também da de obrigação, no mesmo sentido) *apud* Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, págs. 65-67.

[3] No mesmo sentido vai a noção exposta por Antunes Varela: «necessidade imposta pelo direito (objectivo) a uma pessoa de observar determinado comportamento» (*Das Obrigações em Geral*, vol. I, pág. 52; em itálico no texto).

III. A palavra dever é ainda usada num *sentido intermédio*, situado entre aquela acepção ampla e esta noção estrita. Então abrange-se tanto o dever *stricto sensu* como a obrigação.

Não muito longe destas considerações se movia Antunes Varela quando escreveu:

«Ora, o *dever jurídico*, correspondente aos *direitos subjectivos*, não se confunde com o lado passivo das obrigações que é sempre um dever de prestar. Ao *dever jurídico* podem contrapor-se, no lado activo da relação, não só os *direitos públicos*[1] (haja em vista os antigos deveres militares, os deveres sancionados pelo direito penal, os encargos fiscais, as prestações aduaneiras, os deveres de ordem constitucional e administrativa, etc.), mas ainda, no âmbito restrito do direito privado, tanto *os direitos de crédito* como os *direitos reais*, os *direitos de personalidade*, os *direitos conjugais* e os *direitos de pais e filhos*. Também na propriedade e no usufruto, por exemplo, há o *dever* difusamente imposto pela ordem jurídica a *todos* aqueles que não sejam o proprietário ou usufrutuário da coisa de se absterem da prática de actos que possam impedir, perturbar ou dificultar as faculdades de uso, fruição ou disposição atribuídas ao titular do direito. É a violação desse dever que explica logicamente a *ilicitude da agressão contra os direitos sobre as coisas*»[2].

Assim, usada neste sentido intermédio, a palavra dever abrange tanto os *deveres de prestação*[3], específicos – *obrigações em sentido técnico* – como os *deveres de comportamento genérico* – correspondentes aos direitos absolutos (reais, da personalidade, etc.).

O comportamento exigido ao devedor pode, em qualquer das modalidades abrangidas no seu sentido intermédio, revestir uma forma positiva, e traduzir-se numa acção, ou uma forma negativa, e consistir numa abstenção ou omissão.

691. Obrigação

I. A palavra *obrigação* é utilizada em Direito em diversas acepções como já resulta, em certa medida, das observações anteriores sobre a noção de dever, justificando um pouco mais de atenção no seu esclarecimento.

Por vezes, a palavra obrigação é usada com o mesmo sentido amplo e impróprio atrás referido quanto ao dever jurídico, sendo então os dois termos tidos como sinónimos. Encontrava-se esta identificação no art. 2.º do

[1] Antunes Varela refere-se aqui a direitos atribuídos a entes públicos.

[2] *Das Obrigações em Geral*, vol. I, pág. 54; os itálicos estão no texto.

[3] Toma-se esta expressão de Antunes Varela (ob. cit., pág. 54) e a ela se contrapõe a de deveres de comportamento genérico, a seguir usada no texto.

Código de Seabra. É conveniente evitar esta sinonímia, por ser frequente fonte de dúvidas e confusões[1/2].

Em *sentido próprio*, a palavra *obrigação* identifica um *dever de prestação* e corresponde à situação do devedor numa relação de tipo obrigacional ou creditícia, ou seja, à situação jurídica passiva contraposta a um direito de crédito.

A este respeito convém anotar o uso da palavra obrigação para designar a relação obrigacional em si mesma. Nesta acepção é ela tomada no art. 397.º do C.Civ., quando define obrigação como «o *vínculo jurídico* por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação».

II. Na delimitação do conceito rigoroso de obrigação algumas dúvidas se levantam na doutrina quanto às características que deve revestir um dever de prestação para merecer tal qualificação.

Para a doutrina clássica, só se deveria falar em obrigação em sentido próprio quando se tratasse de um dever autónomo e de conteúdo patrimonial. Nesta corrente se inseria Paulo Cunha, ao definir obrigação *stricto sensu* «como o vínculo jurídico patrimonial e autónomo, por força do qual certa ou certas pessoas estão adstritas para com outra ou outras ao cumprimento de dada prestação»[3].

Importa esclarecer com alguns exemplos este sentido de obrigação. Assim, no dever de fidelidade entre os cônjuges (art. 1672.º do C.Civ.) não existe obrigação, *hoc sensu*, por tal dever não ter conteúdo patrimonial. Também, segundo este entendimento, não se pode falar em obrigação em sentido próprio no dever de assistência entre cônjuges (art. 1675.º do C.Civ.). Embora tal dever tenha carácter patrimonial não tem autonomia, pois se integra numa relação familiar, da qual é dependente.

A questão pode hoje considerar-se pacificada, ao menos no plano do Direito constituído, quanto ao requisito da patrimonialidade. Com efeito, o n.º 2 do art. 398.º do C. Civ. expressamente afirma que «a prestação não necessita de ter valor pecuniário», afastando assim o requisito da patrimonialidade do vínculo obrigacional. Basta, como acrescenta a parte final daquele mesmo preceito, que a prestação corresponda a um interesse do credor «digno de protecção jurídica», embora não patrimonial.

Quanto ao problema da autonomia, foram identificados nos exemplos anteriores casos de relação obrigacional fundada num vínculo de outro tipo,

[1] Sobre os diversos sentidos da palavra, cfr. Antunes Varela, *Das Obrigações*, vol. I, págs. 51 e 62 e segs., e Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, págs. 65 e segs.

[2] *Vd*. outros sentidos, mais afastados das preocupações de uma *Teoria Geral*, *apud* Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. I, pág. 377.

[3] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 53.

preexistente, enquanto noutros a obrigação existe por si, sem relação ou dependência de outra relação jurídica. Para caracterizar estas últimas fala-se em *obrigações autónomas*.

Na resposta à questão de saber se as obrigações não autónomas se devem incluir no conceito de obrigação, a primeira nota a assinalar é a de elas não terem estrutura diferente das autónomas. Em rigor, tudo está em saber se se devem subordinar as obrigações não autónomas ao regime geral das autónomas. No entendimento de Antunes Varela, «desde que a disciplina legal das obrigações em geral considera deliberadamente as relações creditórias na sua natureza *intrínseca, abstraindo* do fenómeno vital *(fonte)* de onde elas emergem, a resposta não pode, em princípio, deixar de ser afirmativa»[1].

Em sentido oposto, não pode ser esquecido o facto de as obrigações não autónomas viverem na dependência de outra relação jurídica, o que pode importar, em alguns aspectos, especialidades de tratamento que afectem o regime geral das obrigações autónomas.

O entendimento correcto é o seguinte. As obrigações não autónomas não eixam de ser verdadeiras obrigações e seguem, em princípio, o regime das obrigações em geral. Quanto se justifique tratamento especial, determinado pelo carácter do instituto em que a obrigação se integra, este prevalece sobre o regime geral. Adopta-se, assim, a orientação defendida por Antunes Varela[2].

692. Sujeição

I. Outra modalidade da vinculação é a *sujeição*.

A sujeição corresponde, no lado passivo da relação jurídica, ao direito potestativo[3].

Partindo do conceito de direito potestativo, é fácil fixar o de sujeição: *situação, em que se encontra certa pessoa, de ter de suportar a produção, na sua esfera jurídica, dos efeitos jurídicos decorrentes da actuação unilateral do titular do direito potestativo*.

---

[1] *Das Obrigações*, vol. I, pág. 70 (itálicos do texto).

[2] *Das Obrigações*, vol. I, págs. 71-72. Bem vistas as coisas, esta é ainda uma das consequências da dualidade de critérios da *classificação* germânica, em que assenta a sistematização do Código Civil.

[3] Oliveira Ascensão identifica também a sujeição como figura contraposta ao ónus, no seu aspecto activo, que distingue do passivo (*Teoria Geral*, vol. III, págs. 104-105). Como melhor resulta da caracterização do ónus como situação jurídica passiva (*infra*, n.º 695.III e IV), ao optar pela observância do ónus, o onerado fica investido num poder de natureza potestativa, que deve ser mandito distinto do ónus em si mesmo.

II. Comparando esta noção de sujeição com a de dever, as suas notas características são as de *passividade* e *inviolabilidade*.

Com efeito, enquanto à pessoa adstrita ao dever é exigida uma acção ou uma abstenção, o vinculado a uma sujeição nada pode fazer para evitar a produção dos efeitos jurídicos na sua esfera jurídica. Mas também nada tem a fazer para eles se produzirem. A sua situação é a de suportar os efeitos desencadeados automaticamente pela actuação do titular do correspondente direito potestativo, não podendo impedir a sua verificação. Dito por outras palavras, os efeitos produzem-se *independentemente* da vontade do sujeito passivo. Daí a ideia de *passividade*.

Mas esta ideia envolve a de *inviolabilidade*. Se a vontade da pessoa sujeita ao poder potestativo não releva, isso implica a impossibilidade de, por sua parte, haver violação. Manifestada a vontade do titular do direito, os efeitos jurídicos produzem-se *inelutavelmente*.

Por tudo o exposto, é claramente inadequado reconduzir a sujeição a um dever jurídico, na modalidade de abstenção. Segundo tal entendimento, a sujeição consistiria no dever de nada fazer para impedir a produção dos efeitos jurídicos[1]. Como acima se demonstrou, esta concepção não corresponde à realidade, pois a situação da pessoa em estado de sujeição define-se, não como a *necessidade de não agir para não evitar os efeitos*, mas antes como a *impossibilidade de agir para os evitar*.

III. Dois esclarecimentos complementares se impõem, no desenvolvimento da noção de sujeição.

Não se deve confundir a relação jurídica, cujo conteúdo consiste no binómio direito potestativo-sujeição[2], com a relação jurídica que emerge do exercício daquele direito.

Para ilustrar a situação configura-se o seguinte exemplo.

O proprietário de um prédio encravado tem o direito potestativo de obter a constituição da servidão de passagem sobre o prédio encravante, quando o proprietário deste prédio não colabore na sua constituição voluntária (art. 1547.º, n.º 2, do C.Civ.). Correspondentemente, é de sujeição a situação do proprietário do prédio encravante, pois ele nada pode fazer para evitar a constituição da servidão como efeito do exercício daquele direito.

Contudo, uma vez exercido o direito potestativo e constituída a servidão, nasce um direito real, logo um direito subjectivo *stricto sensu* a que se contrapõe

[1] Embora a sua posição não se revele muito clara, parece ser esta a posição de Santoro-Passarelli quando escreve que «a sujeição correspondente à "potestas", constitua esta ou não um direito subjectivo, embora possa correctamente designar-se como dever, não é um dever de *conduta*, como é precisamente a obrigação, mas, quando muito, um dever de *respeito*, isto é, um *não poder não respeitar*» (*Teoria Geral*, pág. 53; os itálicos são do texto).

[2] Menezes Cordeiro afasta aqui a aplicação da relação jurídica (*Tratado*, vol. I, T. I, pág. 358).

um dever jurídico. Com efeito, o dono do prédio serviente tem agora a faculdade de passar pelo prédio encravante e o dono deste deve abster-se de impedir ou perturbar o seu exercício. Este dever é violável, pois o dono do prédio encravante pode (materialmente, já se vê) impedir a passagem, sofrendo, muito embora, as *consequências* do seu acto ilícito.

O segundo esclarecimento respeita à situação do autor de actos ilícitos, em matéria de responsabilidade, em geral.

Na generalidade dos casos, no domínio da responsabilidade civil, a situação do autor da violação corresponde a um dever *stricto sensu*. Entretanto, no campo da responsabilidade criminal encontram-se situações próximas das de sujeição, como acontece na «perda de instrumentos, produtos e vantagens», relacionados com o crime (arts. 109.º a 112.º do C.Pen.).

693. Submissão

I. O dever *stricto sensu* e a sujeição não permitem, porém, enquadrar todas as situações jurídicas passivas, identificáveis sob a designação genérica de vinculação.

Para melhor esclarecimento, há que considerar a posição jurídica em que se encontra certo indivíduo que comete um crime e é condenado a uma pena de prisão.

Na situação do réu condenado a essa pena, não se pode identificar um dever de estar preso, estando excluída a execução espontânea. Mas também a situação não deve ser configurada como mera sujeição, pois a pena não se torna efectiva por mero automatismo. Por outro lado, falta a característica da inviolabilidade própria da sujeição, pois o réu pode furtar-se à aplicação da pena, evadindo-se, constituindo tal conduta um novo ilícito – o crime de evasão[1].

Como qualificar esta situação jurídica?

II. O problema foi abordado por M. Gomes da Silva, ao analisar os chamados direitos sobre pessoas. Pondo em realce alguns pontos acima referidos, chama M. Gomes da Silva a atenção para o facto de, «mesmo nos aspectos em que a pena é independente da vontade do delinquente, ela não lhe pode ser aplicada quando ele não esteja na posse das suas faculdades mentais, o que significa que a lei exige dele, pelo menos, um sofrer, um *pati consciente*»[2].

Continuando a analisar o problema dos direitos sobre pessoas, esclarece adiante M. Gomes da Silva a sua ideia, afirmando que certos direitos têm

[1] Cfr. art. 352.º do C.Pen.

[2] *Esboço de uma Concepção*, pág. 170.

por objecto actos de execução susceptíveis de provocar nas pessoas reacções desejadas pelo titular (sentimentos de expiação, arrependimento, regeneração, intimidação), reacção própria da pessoa como tal, e que a execução deve procurar atingir como a sua finalidade e justificação últimas; daí a necessidade do *pati consciente*.

Existem, pois, casos de situações jurídicas, que, num símile, se diriam a *meio caminho entre o dever jurídico e a sujeição*, pois o comportamento é imposto, mas torna-se necessária uma certa colaboração consciente da pessoa a ele adstrita.

Para designar esta realidade, identificada por M. Gomes da Silva pela palavra *pati*, é preferível usar o termo *submissão*.

CAPÍTULO II
FIGURAS AFINS DA VINCULAÇÃO

694. Obrigação natural

I. Com base no art. 402.º do C.Civ. pode definir-se obrigação natural[1] como o *vínculo que, fundando-se num mero dever de ordem moral, representa a realização de um dever de justiça, não sendo o seu cumprimento judicialmente exigível.*

Sendo esta uma matéria tradicionalmente versada no Direito das Obrigações, passam a alinhar-se apenas alguns esclarecimentos, para tomar clara a sua afinidade com a vinculação.

II. Primeiramente, o facto de a prestação não poder ser coactivamente realizada não retira ao cumprimento espontâneo da obrigação natural relevância jurídica, pois o credor goza da *soluti retentio*[2] e, consequentemente, o devedor não tem a faculdade de *repetir o indevido*[3]. É o regime consagrado no art. 403.º do C.Civ.

Por outro lado, e salvo nos aspectos ligados à não realização coactiva da prestação, a lei civil manda aplicar, como regra, às obrigações naturais o regime das obrigações civis (cfr. art. 404.º do mesmo Código).

No conjunto, estes preceitos mostram, portanto, que o regime da obrigação natural se desenvolve em redor dos três princípios seguintes:

a) incoercibilidade do cumprimento;

b) *soluti retentio*;

c) aplicação genérica do regime das obrigações civis.

---

[1] Sobre esta matéria, *vd*. Antunes Varela, *Das Obrigações*, vol. I, págs. 719 e segs.; Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, págs. 171 e segs.; e Vaz Serra, *Obrigações Naturais*, *in* BMJ, n.º 53, págs. 10 e segs.

[2] *Soluti retentio* significa a faculdade, atribuída ao credor, de conservar (fazer seu) aquilo que lhe foi pago.

[3] A palavra *repetir* é usada nesta expressão técnico-jurídica no seu sentido etimológico próprio. Na verdade, *repetir*, do latim *re* + *petere*, significa pedir para trás, pedir a devolução. A faculdade de *repetir o indevido* significa, assim, *grosso modo*, a possibilidade de pedir a devolução do que se tenha prestado sem ser devido (art. 476.º do C.Civ.).

III. O Código Civil vigente, ao definir, nos arts. 402.º a 404.º, um regime genérico para as obrigações naturais, resolveu um problema que no domínio do Código de 1867 muito ocupou a doutrina. Com efeito, na falta de disposições do tipo das do novo Código, o Código de Seabra aludia às obrigações naturais em preceitos concretos, relativos ao empréstimo feito a menores, às dívidas de jogo e aos créditos prescritos.

Daí, ser largamente discutido, na vigência desse Código, se a figura das obrigações naturais se podia construir como um instituto geral do direito das obrigações ou se era de aplicação específica aos casos concretamente previstos na lei[1].

Se essa questão está hoje suplantada, continua, contudo, perfeitamente pertinente outra *vexata quaestio* desta matéria, a da natureza da obrigação natural.

Ainda neste caso, para o efeito deste estudo, não se torna necessário mais do que equacionar os termos da questão e indicar alguns elementos para o seu esclarecimento, segundo o que se entende ser a construção correcta do instituto.

IV. A opinião clássica via na obrigação natural uma obrigação imperfeita, com fundamento na circunstância de o credor só não dispor do meio de coacção normal das obrigações civis, que é a acção judicial. A favor desta orientação poderia invocar-se o facto de o credor apenas beneficiar da *soluti retentio* (ainda uma forma de coacção) e de ser aplicável, como regra, o regime das obrigações civis. Contra tal entendimento pesava, porém, o argumento da falta de coercibilidade do cumprimento, em especial para os autores que vejam na coercibilidade a característica diferencial do Direito.

Outra teoria concebe a obrigação natural como uma *mera obrigação de facto*, sempre com fundamento na falta de coercibilidade. Esta visão do problema assenta numa curiosa posição, pois os seus defensores afirmam que a obrigação natural ganha juridicidade por efeito do cumprimento espontâneo, procurando assim pôr em evidência os seguintes traços do seu regime: por um lado, o credor não pode exigir o cumprimento judicialmente, mas, por outro, se ele se verificar por iniciativa do devedor, tem-se por devidamente feito e atribui à obrigação natural plena relevância jurídica. Esta opinião, apresentada por Carnelutti, teve seguidor no ensino de Guilherme Moreira. É certo que o elemento significativo da diferença entre o regime da obrigação civil e o da obrigação natural – a acção como meio de coac-

[1] A opinião dominante ia, porém, no sentido de só admitir a figura nos casos especialmente contemplados. Contra se pronunciou José Tavares (*Os Princípios Fundamentais*, vol. I, págs. 552-553), mas a sua opinião não teve seguimento. Cfr., também, Manuel de Andrade, *Teoria Geral das Obrigações*, I, c/col. de Rui de Alarcão, Almedina, Coimbra, 1958, págs. 86 a 89.

ção – deixa de ser relevante uma vez verificado o cumprimento. Há, porém, algo de artificioso nesta concepção, ao atribuir uma juridicidade *póstuma*[1] à obrigação natural. Em contrapartida, ela tem o grande mérito de chamar a atenção para o significado que não pode deixar de se atribuir à circunstância de não estarem as obrigações naturais dotadas dos meios de coacção próprios das obrigações civis.

A tese correcta concebe hoje a obrigação natural como um dever moral ou social juridicamente relevante. Para bem se compreender o alcance desta posição tem de se ter presente a possibilidade de o Direito se socorrer, com alguma frequência, de certas ordens normativas extrajurídicas, para acolher no seu seio valores e institutos não primariamente jurídicos, que, assim, ganham relevância. Acontece isso nos mais diversos sectores da vida jurídica, sendo correntes as interpenetrações entre as várias ordens normativas. A relevância jurídica desses deveres de ordem moral ou social manifesta-se no facto de a prestação da obrigação natural ser vista como um verdadeiro *pagamento*, enquanto *título jurídico* da vantagem patrimonial atribuída ao credor. A favor desta tese, que no sistema jurídico português encontra algum apoio na letra da própria lei – a obrigação natural funda-se «num mero dever de ordem moral ou social», mas correspondente a um «dever de justiça» –, pronunciava-se Antunes Varela[2]; este é o entendimento que melhor espelha a realidade.

Contudo, esta tese não pode ser aceite sem uma referência à questão de saber donde vem essa relevância jurídica a um dever, em si mesmo de ordem moral, e, em particular, quando surge essa relevância.

V. Sem entrar em indagações que ultrapassam o campo da *Teoria Geral*, deve realçar-se, desde logo, que não é qualquer dever de ordem moral ou social que pode ganhar a relevância jurídica própria da obrigação natural. A resposta a esta questão esclarece a razão de se não incluírem no conceito de obrigação natural os deveres de caridade, de beneficência e, muito menos, os deveres de cortesia; e, ainda, a de os donativos segundo os usos sociais ou as doações remuneratórias constituírem uma liberalidade – seja ou não doação *próprio sensu* (cfr. arts. 940.º, n.º 2, e 941.º do C.Civ.) – e não o cumprimento de uma obrigação natural.

No sistema jurídico português, a própria lei fornece o critério para a determinação do âmbito das obrigações naturais. Necessário se torna que os deveres sociais ou morais correspondam a «um dever de justiça». Continua, porém, a questionar-se quando ganham esses deveres relevância jurídica: no

[1] Dando seguimento à mesma imagem, já se tem denominado esta construção como a tese da relevância jurídica *in articulo mortis* do vínculo natural.

[2] *Das Obrigações*, vol. I, págs. 738 e segs.

momento da verificação dos requisitos de que depende a sua natureza de dever de justiça? Ou no momento do seu cumprimento?

A relevância jurídica da obrigação natural existe desde o primeiro momento, colocando-se de imediato o problema da determinação do critério de avaliação dos requisitos que tornam certo dever social relevante como obrigação natural. A segunda solução implica, parece, uma orientação de tipo subjectivista na determinação do conceito de obrigação natural. De acordo com ela, só se poderia identificar uma obrigação natural quando *o vinculado a certo dever de ordem social o cumprisse como obrigação natural*. Uma orientação desse tipo não se pode aceitar, nomeadamente por não se conciliar com o regime do art. 403.º do C.Civ.[1]

A favor do entendimento acima defendido pode extrair-se ainda um argumento do regime estatuído no art. 495.º, n.º 3, do C.Civ. Na verdade, ao atribuir direito de indemnização a pessoas a quem o lesado prestava alimentos no cumprimento de uma obrigação natural, num momento em que o seu cumprimento espontâneo, por definição, se mostra inviabilizado, esta norma revela que o dever social ou moral a que corresponde a obrigação natural tem relevância por si mesmo.

695. Ónus

I. *O ónus*, também designado *encargo*, mas com menos propriedade, como figura afim da vinculação, é aqui considerado enquanto situação jurídica. Noutro sentido, a expressão identifica uma figura jurídica real de controvertida e difícil qualificação – o *ónus real*[2].

O *ónus* surge no Direito nos mais diversos campos, tendo particular incidência em matéria de prova e de acção judicial, logo, em sede processual. No domínio substantivo, e, assim, mais próprio deste estudo, surgiu já por

[1] A este respeito escreveu Antunes Varela: «A existência do *dever moral* ou *social* pode depender de circunstâncias subjectivas (as relações entre as pessoas, a situação económica de uma delas ou de ambas, a sua condição social, etc.), mas não do juízo que o autor da prestação faça acerca dele. Quem decide sobre a existência (objectiva) do dever, no caso de controvérsia, é o julgador, baseado na consciência colectiva (Oppo, ob. cit., n.º 52). Isso não impede, porém, que a prestação *deva ser efectuada* com a intenção de cumprir o dever existente: o próprio artigo 403.º, 1, fala no que for «*prestado… em cumprimento* de obrigação natural …».

«Quer dizer que tanto o elemento *objectivo* (existência do dever de justiça), como o elemento *subjectivo* correspondente (intenção de cumprir o dever: cfr., todavia, o art. 403.º, 2), são requisitos essenciais da obrigação natural» [*Das Obrigações*, vol. I, nota (4) de págs. 724-725; os itálicos são do texto].

Cabe acrescentar apenas a seguinte nota, contida, afinal, na exposição anterior: o elemento subjectivo consiste na intenção de cumprir o dever, como tal, mas não de cumprir o dever enquanto obrigação natural.

[2] Sobre o conceito de *ónus real*, cfr. o nosso est. *Lições de Direitos Reais*, págs. 190 e segs.

referência, por exemplo, ao ónus de diligência e ao de observar a forma legal.

A doutrina não se mostra uniforme quanto ao enquadramento do *ónus* jurídico. A orientação dominante constrói-o como figura afim da vinculação[1], mas há quem o conceba como afim do direito subjectivo. Segundo Castro Mendes, adepto desta concepção, «o ónus pertence ao domínio da posição activa, do direito subjectivo, e não da vinculação – representa a situação de dualidade de direitos subjectivos ou faculdades, de exercício alternativo e resultados diferentes (um desfavorável, um favorável)»[2].

Como bem se compreende, só após tomar partido neste diferendo doutrinal se pode formular, com rigor, a noção de ónus.

II. No esclarecimento desta figura jurídica é de interesse ter presente as noções kanteanas de *imperativo categórico* e de *imperativo hipotético*, relacionando-as, respectivamente, com o dever jurídico e com o ónus. Assim, enquanto no dever jurídico há a necessidade de *incondicionalmente* adoptar certa conduta, no ónus essa necessidade está relacionada com a intenção de atingir certo resultado, tido como favorável por aquele a quem o ónus é imposto.

Correspondentemente, enquanto a não adopção do comportamento imposto, no dever, se traduz na violação de uma norma, gerando ilicitude, o *não acatamento*[3] do ónus só acarreta, para aquele a quem é imposto, consequências desfavoráveis, traduzidas, justamente, em não se atingir o resultado tido como desejável.

A ideia de ónus jurídico representa, assim, a relevância, no campo do Direito, da noção corrente de esforço com a contrapartida, quando realizado, da obtenção de certo resultado vantajoso ou desejado pelo agente.

III. Para melhor se compreender o funcionamento do ónus podem figurar-se dois exemplos.

A propôs contra ***B*** acção judicial para obter a sua condenação no pagamento de certa quantia, mas ***B*** pretende que nada deve. Contudo, nos termos da lei processual, se ***B*** não vier a juízo contestar a acção, ver-se-á, em certos casos, condenado de preceito (cfr. arts. 484.º e 485.º do C.P.Civ.). Há, assim, uma conduta que ***B*** precisa de adoptar se pretender evitar a condenação imediata. Essa conduta não é, porém, imposta a ***B*** no sentido de um

[1] Cfr. Antunes Varela, *Das Obrigações*, vol. I, pág. 57 e segs.; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, pág. 188; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, pág. 105; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 358-360; e Santoro-Passarelli, *Teoria Geral*, pág. 54.

[2] *Teoria Geral*, vol. I, págs. 379-380 (o texto citado é da últ. pág.). Para maior desenvolvimento cfr., do mesmo A., *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, pág. 438 e segs.

[3] Usa-se intencionalmente esta fórmula *descomprometida*, pois, ainda quando deva ser vista como situação jurídica passiva, nunca faz sentido falar em *não cumprimento* do ónus.

dever jurídico, mas como um *ónus*: se ele não contestar não pratica um acto ilícito; produz-se somente o resultado, desfavorável, de ***B*** ser condenado.

Suponha-se agora que ***C*** vendeu a ***D*** uma coisa com defeitos que conferem a este um dos direitos previstos e regulados nos arts. 913.º a 915.º do C.Civ.; se ***D*** pretender exercer algum desses direitos, «deve denunciar» o defeito dentro de certo prazo, salvo se o vendedor tiver usado de dolo (art. 916.º do mesmo diploma legal). Apesar da letra da lei, não há aqui um *dever* de denúncia, mas um *ónus*. Se o comprador não fizer a denúncia atempada, daí decorre a consequência, que lhe é desfavorável, de o seu direito caducar, como expressamente resulta do art. 917.º do C.Civ.

Em qualquer destes casos, a configuração normal da posição de ***B*** e ***D*** é a de eles adoptarem o comportamento que impede a condenação ou permite o exercício do direito emergente do vício da coisa comprada. Todavia, podem verificar-se circunstâncias particulares que justifiquem da parte do interessado um comportamento diverso. Assim, no domínio processual, como escreveu Antunes Varela, «as partes podem realmente ter interesse legítimo (compreensível, justificável) em não contestar ou em não impugnar, quer porque os factos sejam verdadeiros, quer porque, sendo falsos embora, não conduzam a qualquer resultado vantajoso para a contraparte, quer porque o abreviamento da lide lhes traga mais vantagens do que prejuízos (com o que poupem em custas da acção, despesas, e incómodos de outra ordem)»[1].

O Direito trata aqui o interessado como juiz do seu próprio interesse, por nenhuma imposição de ordem geral justificar a solução de criar um dever jurídico e de estatuir para a sua violação uma sanção adequada. Mas, nem por isso o ónus deixa de consistir numa necessidade de agir, continuando a existir, nele, uma adstrição a uma conduta, embora sob forma hipotética. Superada essa hipoteticidade, isto é, quando a pessoa adstrita ao ónus queira atingir certo resultado (que, em regra, é o desejável, por ser favorável), a necessidade de adoptar determinada conduta surge de pleno e desaparece a possibilidade de opção.

Em rigor, a opção não respeita às condutas, como sugere a construção de Castro Mendes, mas sim aos resultados. Perante uma situação de ónus, o interessado pode escolher entre dois resultados, que se lhe apresentam possíveis. Nas hipóteses acima formuladas, entre evitar a condenação de preceito ou deixar-se condenar de imediato, ou entre exercer ou não o direito que lhe é reconhecido. Uma vez feita a opção, a alternativa de conduta não existe: se escolher a condenação, o interessado *não deve* contestar para alcançar esse resultado; pelo contrário *deve* contestar se quiser evitar a condenação

[1] *Das Obrigações*, vol. I, pág. 60.

naqueles termos. Se, em qualquer dos casos, adoptar a conduta oposta, o resultado alcançado não é o escolhido.

Exprime sugestivamente esta ideia Santoro-Passareili, ao afirmar que o «comportamento é *livre*, no sentido de que não constitui objecto duma obrigação cuja observância determine uma sanção, mas é, no entanto, *necessário*, no sentido de que é condição da realização do interesse»[1].

IV. A especialidade do ónus, em relação ao dever jurídico, reside, portanto, no facto de se deixar nas mãos da pessoa adstrita à conduta a escolha do interesse a realizar, podendo, nomeadamente, optar por aquele que, segundo a normalidade das coisas *(id quod plerumque fit)*, é considerado desfavorável. O problema da configuração do ónus, enquanto situação jurídica, deve, pois, equacionar-se em função do *resultado desejado* e não do resultado *favorável e desfavorável*.

Deste modo, o ónus é figura afim da vinculação e, nesta base, adopta-se a seguinte definição: *necessidade de observar certo comportamento como meio de realização de certo interesse do onerado*, por este seleccionado.

[1] *Teoria Geral*, pág. 54 (os itálicos são do texto).

SUBTÍTULO III
VICISSITUDES DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS

CAPÍTULO I
GENERALIDADES

696. Modalidades das vicissitudes

I. As situações jurídicas, em geral, são realidades dinâmicas, desde logo, no sentido de implicarem comportamentos humanos dirigidos ao seu exercício ou cumprimento; mas são-no também no sentido de poderem evoluir, sofrendo mudanças, durante o período da sua existência no mundo do Direito. O conjunto de fenómenos que podem ocorrer na *vida* das situações jurídicas é correntemente designado por *vicissitudes*[1].

Nas suas linhas fundamentais, as vicissitudes das situações jurídicas activas e passivas são homólogas, pelo que podem ser estudadas conjuntamente. Contudo, para mais facilidade da sua exposição, convém centrar a atenção no direito subjectivo, fazendo a partir dos fenómenos a ele relativos a anotação das particularidades próprias das vinculações.

II. Os fenómenos relativos às vicissitudes das situações jurídicas, ganham em ser considerados de dois pontos de vista.

Assim, se se tomar o direito em si mesmo e se determinar a sua evolução na vida jurídica, nesse plano *objectivo*, cumpre distinguir três vicissitudes: a sua *constituição*, *modificação* e *extinção*. A este respeito se fala em *evolução objectiva* do direito[2].

---

[1] Sobre esta matéria, *vd*. Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 14 a 23; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. I, págs. 337 e segs.; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, pág. 359; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, pág. 140; P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, pág. 297; Bigotte Chorão, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 97 e segs.; Ruggiero, *Instituições*, vol. I, págs. 232 e segs.; e Santoro-Passarelli, *Teoria Geral*, págs. 67 e segs.

[2] Oliveira Ascensão refere a possibilidade de autonomizar outras modalidades de vicissitudes: a publicidade, a violação e a defesa, cujo tratamento faz no campo dos Direitos Reais (*Teoria Geral*, vol. III, pág. 141). Trata-se, porém, de matérias que quadram menos a uma *Teoria Geral*. Assim,

Podem, contudo, as vicissitudes do direito ser consideradas numa perspectiva *subjectiva*, em função da pessoa do seu titular. As vicissitudes do direito são então vistas segundo as diversas posições por ele assumidas na esfera jurídica do seu titular. Neste enquadramento, cabe distinguir entre a *aquisição*, a *modificação* e a *perda* do direito, identificadas como a sua *evolução subjectiva*.

III. Qualquer que seja a modalidade das vicissitudes, elas pressupõem sempre a ocorrência de um facto jurídico, cuja eficácia reage sobre a realidade existente e gera uma nova. As diferentes manifestações dessa eficácia correspondem às várias vicissitudes acima enunciadas.

697. Fixação da terminologia

I. A matéria das vicissitudes das situações jurídicas é caracterizada por uma diversidade de posições, na doutrina, a aconselhar alguns esclarecimentos quanto à terminologia adoptada.

As diferenças em causa derivam logo do facto de nem sempre os autores estabelecerem as distinções fixadas no número anterior. Mas, ainda quando o fazem, como é o caso de Castro Mendes, nem sempre as designações são comuns. Assim, este Autor distingue entre *evolução absoluta* e *relativa*, o conjunto de vicissitudes para que atrás foram reservadas, respectivamente, as designações *de objectiva* e *subjectiva*.

Mas nem sempre estas duas modalidades, sob uma ou outra designação, são separadas e então identificam-se apenas as vicissitudes, segundo uma das mencionadas perspectivas, como constituição, modificação, transmissão e extinção[1] ou como aquisição, modificação e extinção[2].

Trata-se, fundamentalmente, de modelos diferentes de enquadramento da mesma realidade, sendo, porém a acima adoptada a que se mostra mais compreensiva. De qualquer modo, importa sobretudo estar para elas alertado, para bem compreender, nas várias construções, o diferente sentido das designações das vicissitudes. A seu tempo, a respeito de cada uma delas, e sempre que tal se justifique, não deixarão de se fazer as devidas chamadas de atenção.

---

a publicidade ganha o seu maior relevo no domínio dos Direitos Reais, e aí é correntemente estudada. Quanto à violação e à defesa, embora mantenham com as várias categorias de situações jurídicas uma mais íntima relação do que a publicidade, são matérias em geral desenvolvidas noutras disciplinas jurídicas, nomeadamente, nos Direitos Reais.

[1] É o esquema adoptado por Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, págs. 140-141.

[2] Neste sentido, C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 359 e segs.

II. Razões de ordem diversa impõem ainda outra nota de ordem terminológica, referente às designações de algumas das mencionadas vicissitudes no campo das situações jurídicas passivas. Nem todas, na verdade, quadram indistintamente a estas e às situações jurídicas activas.

A questão só se coloca quanto à evolução subjectiva.

Assim, pelo que respeita à aquisição de direitos, também nas vinculações ocorre um fenómeno correspondente; mas não é adequado designá-lo como *aquisição*, pois esta palavra tem um sentido próprio (sugere uma posição de vantagem) que não quadra ao conceito geral de vinculação. Para marcar a diferença, tem sido sugerida a palavra *vinculação*, usada em sentido dinâmico, como acto de se vincular. Não se considera, porém, conveniente o emprego de vinculação nesta acepção, por estabelecer confusão com vinculação, no sentido antes adoptado[1]. Poderia também usar-se *assunção*, que aparece, embora não especificadamente para este fim, na doutrina e até na lei (cfr. epígrafe do art. 595.º do C.Civ.). Era o termo proposto por Castro Mendes[2]. Parece mais compreensiva a palavra *adstrição*, sendo *assunção* adequada para significar os casos em que a vontade do sujeito passivo é determinante na entrada da vinculação na sua esfera jurídica; já não parece correcto falar-se em assunção, quando esse fenómeno surge como efeito directo de uma norma jurídica. Não é adequado, em Direito, dizer que o autor do acto ilícito *assume* a obrigação de indemnizar. Neste aspecto *adstrição* tem um sentido neutro, podendo referir-se a essas duas fontes desta vicissitude da vinculação. E beneficia da consagração da lei, que a usa para definir um conceito tão significativo, nesta matéria, como é o de obrigação (art. 397.º do C.Civ.).

Esta diversa designação não significa, porém, que não valham para a *adstrição* a vinculações muitas das distinções e dos pontos de regime da *aquisição* de direitos.

De igual modo, é inadequado falar de *perda* quando se trata de significar o fenómeno a ela correspondente no plano das vinculações. A palavra *perda* envolve uma ideia de desvantagem, que é contrária ao fenómeno ocorrido quando alguém deixa de estar adstrito a uma vinculação. Usando uma palavra significativa, mesmo na linguagem corrente, recorre-se, quanto a esta vicissitude, a *liberação,* pois traduz a ideia de *se ficar liberto* de um *encargo*.

[1] Cfr. I. Galvão Telles, *Algumas Considerações*, pág. 42.

[2] *Teoria Geral*, vol. I, pág. 377.

CAPÍTULO II
EVOLUÇÃO OBJECTIVA

698. Constituição

I. A *constituição* de uma situação jurídica define-se como o *seu nascimento* para a ordem jurídica, por efeito da verificação de certo facto, dito constitutivo, como seja, um contrato de compra e venda quanto ao direito ao preço. Isto significa, correspondentemente, ser a constituição deste direito efeito de tal contrato.

A evidência do fenómeno dispensa mais desenvolvimentos, para além de uma chamada de atenção no sentido de esclarecer que está a ser feita referência a situações jurídicas em concreto e não em abstracto, *como categoria jurídica*. Concretizando, nesta vicissitude não está em causa a categoria *direito de crédito*, mas *um direito de crédito*, *v.g.,* o direito ao preço, constituído, por virtude de certo contrato. Se se tratasse de situações jurídicas, enquanto categoria, então devia falar-se na sua *criação*, e esta cabe ao Direito.

Facilmente se apreende esta diferença de perspectiva, se se tiver presente que a *criação* de uma nova categoria jurídica não significa necessariamente a constituição de qualquer situação jurídica concreta. Assim, por exemplo, a entrada em vigor do diploma legal que *criou* a nova categoria *direito real de habitação periódica* não determinou, por si só, a *constituição* de qualquer direito subjectivo deste tipo; isso só ocorreu quando se produziu um facto, apto, segundo aquele diploma, a desencadear esse efeito.

II. O modo como as situações jurídicas surgem na vida do Direito pode revestir várias modalidades, relevantes para o seu regime jurídico.

Assim, em certos casos, a constituição do direito é efeito imediato de um facto jurídico de estrutura simples, como é o caso do direito de crédito ao preço, na compra e venda. Pode, contudo, a constituição do direito só se verificar após o preenchimento de vários momentos ou fases integradores de um facto jurídico complexo. Será o caso do direito de suceder, que se

constitui quando se mostram preenchidas certas fases de um processo, dito *fenómeno sucessório*. Já antes ficou assinalada uma importante consequência destas diversas modalidades de constituição dos direitos, ao caracterizar a figura da expectativa jurídica.

Também não é indiferente ao regime do direito subjectivo a circunstância de a sua constituição ser efeito imediato da lei ou depender da manifestação da vontade das pessoas. Em qualquer dos casos, é certo, a constituição do direito pressupõe a verificação de um facto jurídico; difere, porém, a natureza do facto constitutivo. Assim, voltando ao exemplo do direito de suceder, ele pode constituir-se por simples efeito da morte de certa pessoa, como ocorre na sucessão legal, ou ter por fonte uma manifestação de vontade do autor da sucessão (verificada a sua morte), como é o caso da sucessão testamentária. Neste sentido, se pode falar em *constituição legal (ex lege)* e em *constituição voluntária (ex voluntate)*.

Atendendo ainda ao modo como se produz o efeito constitutivo dos factos jurídicos, verifica-se que, independentemente da sua natureza, certos eventos jurídicos têm, por si só, aptidão para desencadear a constituição do direito. Noutros, porém, esse resultado depende da verificação de certa qualidade jurídica, que tem de estar presente na pessoa que vai ser titular desse direito, ou de certa relação estabelecida entre ela e outra pessoa. A primeira forma de constituição é a mais corrente; dela é exemplo o contrato de compra e venda. A segunda ocorre, quanto ao primeiro dos aspectos referidos, na constituição do direito legal de preferência, na compropriedade, pois ela não depende apenas da alienação da quota de um dos comproprietários a terceiro (art. 1409.º, n.º 1, do C.Civ.), antes pressupõe, no seu titular, a qualidade de comproprietário; quanto ao segundo aspecto, pode citar-se a constituição do direito de suceder, na sucessão legitimária, ou do direito a alimentos, pois ambos dependem da existência de um vínculo familiar entre o herdeiro e o *de cuius*, ou entre o alimentado e o alimentante. Nesta base, cabe distinguir entre *constituição autónoma* e *constituição subordinada*.

699. Modificação

I. A vida das situações jurídicas pode ser mais ou menos efémera. Se algumas surgem e com alguma brevidade desaparecem da ordem jurídica, outras há que se destinam a subsistir por períodos de tempo mais ou menos longos. Quando se atenta nesta realidade no plano dos direitos subjectivos, isso pode resultar de o respectivo exercício ser diferido no tempo ou não se esgotar num só acto.

Com particular relevo, nestes casos, entre a constituição e a extinção, as situações jurídicas não se mantêm necessariamente inalteradas; bem pelo contrário, entre os dois momentos podem ocorrer, na sua vida, várias vicissitudes. Em geral, traduz-se esta realidade dizendo que os direitos podem *sofrer modificações*.

II. A modificação das situações jurídicas reveste diversas modalidades, consoante o elemento atingido: sujeito, conteúdo ou objecto. Como os dois segundos casos se podem contrapor, em globo, ao primeiro, é corrente dizer-se que há modificações *subjectivas* e *objectivas*. Deste modo, por exemplo, é subjectiva a modificação relativa ao titular do direito e objectiva a relativa ao seu conteúdo ou objecto. A primeira hipótese verifica-se quando o direito muda de titular, mediante *cessão*, por exemplo. Na segunda, alteram-se, ou os poderes contidos no direito, ou o bem sobre que ele incide. Assim acontecerá se, e respectivamente, o direito ficar onerado com um encargo (hipoteca), ou se se verificar destruição parcial da coisa sobre que incide.

Em qualquer destas modalidades de modificação podem ainda fazer-se subdivisões, que de seguida se identificam.

III. A *modificação subjectiva* pode respeitar à condição jurídica do sujeito do titular ou à sua identidade e, neste segundo caso, ser *substitutiva* ou *quantitativa*.

Verifica-se uma *modificação subjectiva* quanto à condição jurídica do titular quando, por exemplo, ele se torna incapaz. Na modificação subjectiva substitutiva, como a designação sugere, o sujeito do direito é substituído por outro. No fundo, este fenómeno corresponde, noutro ângulo de visão, a uma transmissão[1] ou, quanto às pessoas envolvidas, a uma perda (relativa) do direito, por parte do titular substituído, e a uma aquisição (derivada), quanto ao sujeito substituto – modalidades de vicissitudes adiante abordadas –, de que se encontra exemplo na cessão de um crédito.

Na modificação subjectiva quantitativa é o número dos titulares do direito que se altera, aumentando ou diminuindo. Ocorre isso quando a titularidade do direito passa de singular a plural ou vice-versa. Assim, se um dos comproprietários compra os quinhões dos restantes consortes, há uma modificação subjectiva quantitativa do direito de propriedade.

IV. As modalidades de *modificação objectiva*, como resulta do atrás exposto, podem referir-se ao conteúdo e ao objecto.

[1] A seu tempo se verá mais detidamente que uma das notas características da transmissão é a da identidade objectiva do direito; mas não é de todo irrelevante, no seu regime, a mudança verificada quanto ao sujeito.

A modificação objectiva quanto ao conteúdo acompanha a chamada aquisição derivada constitutiva, como acontece na constituição, pelo proprietário de um prédio, de um usufruto ou de uma servidão de passagem. Como de seguida melhor se demonstrará, o titular do direito sofre uma redução ou oneração dos poderes, que o integram, em favor do adquirente. Para significar este tipo de modificação fala-se em *limitação* ou *oneração* do direito.

As modificações objectivas quanto ao objecto resultam de alteração do bem que constitui o objecto do direito. Como exemplo, podem citar-se, no direito de propriedade, a destruição parcial da coisa, ou a acessão natural[1].

700. Extinção

I. No pólo oposto à constituição das situações jurídicas situa-se a sua *extinção*. Pode definir-se extinção do direito *como o seu desaparecimento da ordem jurídica*.

À semelhança do que acontece com a constituição, também a extinção depende da verificação de um facto jurídico, que agora se diz *extintivo*, como seja o cumprimento da obrigação pelo devedor.

Valem para a extinção do direito, com as adaptações decorrentes da diferente natureza dos fenómenos, a generalidade das notas expostas sobre a sua constituição.

Tal como se disse a respeito desta, na extinção está em causa um fenómeno relativo a situações jurídicas concretas e não a categorias abstractas. Assim valem aqui, *mutatis mutandis*, as considerações atrás feitas. Desde logo, a extinção de certa categoria pelo legislador *(rectius: abolição)* não implica necessariamente a extinção das situações a ela correspondentes. Será o caso de a abolição determinar apenas a proibição de futura constituição de novas situações jurídicas do tipo das abolidas, mantendo-se as já existentes até a sua extinção. Cabe, contudo, reconhecer que, por vezes, a abolição da categoria é acompanhada da extinção das situações jurídicas concretas já constituídas, sendo então o facto normativo de abolição, a um tempo, extintivo. Assim, o art. 8.º, n.º 1, da Lei Preambular do Código Civil aboliu os privilégios e garantias legais conferidas por legislação anterior e não reconhecidos no novo Código. Mas nem todos os privilégios já constituídos

[1] A acessão (arts. 1325.º e segs. do C.Civ.) dá-se quando há união de duas coisas ou incorporação de uma coisa, que é propriedade de certa pessoa, em outra coisa que a essa pessoa não pertencia. Ora, nos termos do art. 1327.º do mesmo Código, tudo o que, por efeito da natureza (*v.g.,* aluvião de um rio), acrescer a uma coisa passa a pertencer ao seu proprietário; nisto consiste a acessão natural.

ficaram extintos, pois esse mesmo preceito ressalvou os já invocados em acções pendentes.

II. Um aspecto relevante do regime da extinção prende-se com a influência da ligação existente entre a situação jurídica e o seu titular. Há, na verdade, situações jurídicas que, pela sua natureza ou pela sua função económico-social, mantêm tal ligação com a pessoa do seu titular, que a seguem no seu próprio destino: morrem com ela. É esse, por exemplo, o regime normal dos direitos de conteúdo não patrimonial; mas o fenómeno também ocorre, embora menos frequentemente, com direitos patrimoniais. Para significar essa inerência do direito à pessoa do seu titular, tais situações jurídicas são designadas *pessoais* (numa das acepções que a este qualificativo é atribuído em Direito), ou *pessoalíssimas*. Algumas vezes, essa estreita afectação a certa pessoa envolve também a intransmissibilidade da situação jurídica em vida do seu titular. Adiante serão expostos exemplos, a respeito da transmissão.

De modo semelhante ao da constituição, não é de excluir a hipótese de a relevância extintiva de certo facto estar dependente da verificação de determinada posição ou qualidade jurídica do seu titular. Assim, se, em geral, a realização da prestação, mesmo quando feita por terceiro, extingue o direito de crédito (art. 767.º, n.º 1, do C.Civ.), casos há em que esse efeito só se verifica, quando a prestação seja feita pelo devedor (n.º 2 do mesmo preceito).

Outro aspecto relevante, a referir, prende-se com a possibilidade de a eficácia de um facto normalmente apto a extinguir uma situação jurídica ser paralisada por virtude de certa posição em que se encontra investido o titular do direito; é o caso da suspensão da prescrição a favor de incapazes (cfr. art. 320.º do C.Civ.).

Em regra, o facto extintivo de uma situação jurídica principal determina a extinção dos seus acessórios, como se pode ver do regime dos arts. 651.º e 730.º, al. *a*), do C.Civ., respectivamente, para a fiança e a hipoteca, sendo este último regime aplicável aos privilégios creditórios (art. 752.º do mesmo Código).

III. A extinção do direito pode revestir várias modalidades. A regra é, aqui, a de a extinção da situação jurídica resultar imediatamente da verificação de um facto jurídico. O exemplo do cumprimento é típico deste regime. Pode, todavia, a extinção depender do encadeamento de vários factos, que em relação a este efeito se comportam como se fossem um facto jurídico complexo. Como exemplo, veja-se o regime da realização da prestação a terceiro que, em geral, só extingue o direito de crédito quando esse facto se conjugue com outros, como seja a ratificação do próprio credor [art. 770.º, al. *b*), do C.Civ.].

Importa não confundir estes casos com o que, embora impropriamente, se pode designar *extinção parcial*. Assim, se o devedor faz pagamentos parciais, quando permitidos (art. 763.º, n.º 1, do C.Civ.), não há verdadeiramente extinção do direito, mas uma modificação objectiva, quanto ao objecto.

Também faz sentido, em matéria de extinção do direito, distinguir consoante ela se dá por efeito da lei ou por vontade de certa pessoa.

Assim, a lei pode atribuir a um facto jurídico *stricto sensu* o efeito de extinguir, *ipso facto*, o direito: exemplo característico é o da morte, quanto à generalidade dos direitos pessoais do falecido. Contudo, a extinção pode depender da verificação de um acto voluntário, seja do titular do direito ou de pessoa adstrita à vinculação, seja até de terceiro. Destas situações são exemplos, respectivamente, os casos de remissão (art. 863.º do C.Civ.), de cumprimento pelo devedor (art. 762.º do C.Civ.) e de cumprimento por terceiro, quando este seja liberatório (art. 767.º do C.Civ.).

Quando a extinção tem por fonte um facto jurídico *stricto sensu*, usa-se designá-la por *caducidade*. Mas a palavra é também usada em sentido mais limitado para identificar apenas os casos de extinção por simples decurso do tempo. Exemplo flagrante do uso da palavra no primeiro sentido (lato) encontra-se no art. 2317.º do C.Civ. Mais correcto é reservá-la para o sentido estrito, como se faz na secção do Código Civil que começa no art. 328.º[1] e em vários preceitos nele dispersos (cfr., *v.g.,* arts. 411.º e 618.º do C.Civ.).

[1] A caducidade será ainda referida, em sentido estrito, a propósito da influência do tempo nas situações jurídicas (cfr., *infra*, n.os 721 e segs.).

CAPÍTULO III
EVOLUÇÃO SUBJECTIVA

701. Aquisição; noção e modalidades

I. O primeiro momento a considerar na vida das situações jurídicas, quando é considerada a sua evolução por referência à esfera jurídica em que se integram, é, naturalmente, o da sua *aquisição*. Esse fenómeno consiste na *imputação da situação jurídica a uma certa pessoa*. Dito de outro modo, a *aquisição consiste na entrada da situação jurídica na esfera de certa pessoa*.

Nas vinculações, a figura jurídica correspondente é a *adstrição*.

II. A análise do fenómeno da aquisição permite apurar que ela se verifica em duas circunstâncias fundamentalmente distintas, constituindo outras tantas modalidades: *originária* e *derivada*.

Em determinados casos, o momento da atribuição do direito a certa pessoa coincide com o da sua constituição. Acontece assim quando *esse direito* nunca tenha pertencido a outrem, pelo que é adquirido sem ligação a qualquer situação jurídica anterior. Diz-se, neste caso, a *aquisição originária*.

Tal não significa, porém, que o direito adquirido tenha de ser o primeiro a constituir-se sobre certo bem; pode ter havido outros direitos, que o tiveram por objecto mas se perderam para a vida jurídica; importante é *aquele direito* ser adquirido *ex novo*, sem qualquer ligação com esses direitos anteriores ou sem dependência deles, e como tal entrar na esfera jurídica do seu titular.

Exemplo clássico desta modalidade é a aquisição do direito de propriedade por ocupação de uma *res nullius* (arts. 1316.º e seguintes do C.Civ.). Mas o fenómeno da aquisição originária pode ter lugar em muitas outras hipóteses, como seja, no campo do Direito das Obrigações, quando, por efeito de negócio jurídico, se constituem direitos e obrigações, que antes não existiam na esfera jurídica de qualquer outra pessoa. É exemplo deste fenómeno a aquisição dos direitos ao preço ou à entrega da coisa e das obrigações correspondentes,

na compra e venda [art. 879.º, als. *b*) e *c*)], do direito à entrega da coisa e da respectiva obrigação, na doação [art. 954.º, al. *b*)], ou do direito à renda e correspectiva obrigação, no arrendamento [art. 1038.º, al. *a*)].

Diversamente se passam as coisas na *aquisição derivada*. Agora, no momento da sua aquisição, o direito já existe na esfera jurídica de outrem, ou, pelo menos, o adquirente recebe um direito que retira a sua legitimidade de outro preexistente.

A este respeito cumpre fazer um esclarecimento. É corrente, a propósito da aquisição derivada, referir-se apenas a hipótese de o direito adquirido existir antes na esfera jurídica de certa pessoa, diferente do seu novo titular. Sem deixar de reconhecer ser esta a situação mais frequente, tal entendimento do problema não dá, todavia, uma descrição completa do fenómeno da aquisição derivada. Com efeito, a aquisição derivada pode consistir em o adquirente ver entrar na sua esfera jurídica uma situação que retira a sua legitimidade de outra de que ele mesmo era titular e que se extinguiu ou se modificou.

III. Por ser menos corrente, justifica esta ideia algum desenvolvimento com exemplos de aquisição derivada em que o direito adquirido se funda noutro anteriormente existente na esfera jurídica do próprio titular. Este fenómeno ocorre, por exemplo, em situações como as de aquisição de bens próprios de um dos cônjuges, da prescrição e do *commodum representationis*, como se explica de seguida.

Na primeira situação, está em causa a aquisição, no regime de comunhão de adquiridos, como próprio de um dos cônjuges, do direito sobre bens adquiridos na constância do matrimónio por virtude de direito próprio anterior [art. 1722.º, n.º 1, al. *c*), e n.º 2, do C.Civ.; cfr. hipótese similar no art. 1723.º].

Na prescrição (extintiva), e segundo o regime do art. 304.º, n.os 1 e 2, do C.Civ., completado o prazo prescricional, o credor passa a ter uma mera pretensão à prestação, que se configura como uma obrigação natural do primitivo devedor. A verdadeira explicação do fenómeno está na extinção do crédito primitivo e na aquisição daquela pretensão, que do antigo crédito retira a sua legitimidade. Há aquisição derivada e será este um exemplo da modalidade adiante identificada por modificativa.

Situação análoga se verifica no *commodum* de representação, segundo o regime do art. 794.º do C. Civ. O caso é agora o seguinte: ***A*** é credor de ***B*** por uma prestação que se impossibilitou, nomeadamente por destruição do objecto: ardeu, por exemplo, de forma irrecuperável, o veículo que ***B*** devia entregar. Se este risco estiver coberto por seguro, ***B*** vai ter o direito de receber, por virtude do facto que impossibilitou a prestação, certa indemnização a pagar pela entidade seguradora. Em casos como os deste exemplo, diz

aquele preceito que ***A*** se pode substituir a ***B*** «na titularidade do direito que este tiver adquirido contra terceiro»[1]. Que tipo de aquisição ocorre quanto a ***A***[2]? A resposta rigorosa é a de ser derivada e modificativa, pois o seu novo direito radica no antigo direito de crédito, ora extinto por impossibilidade da prestação (cfr. art. 794.º do C.Civ.).

IV. A aquisição derivada constitui, sem dúvida, um caso muito vulgar de aquisição de direitos, podendo revestir, por seu turno, diversas modalidades. As significativas diferenças entre elas existentes justificam o seu tratamento autónomo.

702. Modalidades de aquisição derivada

I. O primeiro elemento da noção de aquisição derivada – entrada na esfera de certa pessoa de situação jurídica anteriormente atribuída a outra pessoa – identifica a sua mais significativa e frequente modalidade: a *aquisição derivada translativa*.

Como a própria designação sugere, a situação jurídica *transita* de uma esfera jurídica para a outra, tal como existia na anterior. Constituem exemplos significativos desta modalidade a cessão de créditos (arts. 577.º e seguintes do C.Civ.) e a aquisição da propriedade de coisa ou da titularidade do direito de propriedade na compra e venda [al. *a*) do art. 879.º do mesmo Código].

II. A aquisição derivada assume uma modalidade diversa, quando do direito existente na titularidade de certo indivíduo se destacam algumas faculdades com as quais se constitui um novo direito, de imediato atribuído a outra pessoa. Fala-se aqui em *aquisição derivada constitutiva*.

Exemplifica este tipo de aquisição o fenómeno que ocorre na constituição do direito de usufruto à custa do direito de propriedade plena[3]. As faculdades contidas no direito de propriedade repartem-se, organizando-se dois conjuntos. Um deles subsiste na esfera jurídica do primitivo titular, constituindo o que se designa como *nua-propriedade* ou *propriedade de raiz*;

---

[1] Ver outra aplicação deste instituto no caso do art. 1126.º do C.Civ.

[2] Quanto a ***B***, a aquisição é originária, pois se trata de um direito novo não existente antes na titularidade de ninguém; o facto constitutivo e aquisitivo é aqui complexo, sendo constituído pelo contrato de seguro e pelo sinistro que destruiu o veículo; esse direito novo, já se deixa ver, é o direito de crédito à prestação devida pela companhia seguradora.

[3] É necessário esclarecer que esta não é a única modalidade de aquisição derivada do direito de usufruto, pois pode dar-se a sua aquisição derivada translativa, *inter vivos*, quanto a usufruto já existente, fenómeno que a lei designa por *trespasse* no art. 1444, n.º 1, do C.Civ.

o outro constitui o conteúdo do direito de usufruto que vai ser adquirido pelo usufrutuário.

Neste caso, a constituição do direito acompanha a sua aquisição, havendo aqui, sem dúvida, um elemento de aproximação deste fenómeno ao da aquisição originária. Somente, enquanto, nesta, o direito adquirido vale por si, na aquisição derivada constitutiva ele depende de direito anterior, dele retirando a sua legitimidade. Se quem constitui o usufruto não for o verdadeiro proprietário, aquele direito não foi validamente adquirido.

A doutrina não identifica, no sistema jurídico português, casos de aquisição derivada constitutiva de vinculações[1].

III. A doutrina corrente limita as modalidades de aquisição derivada às translativas e à constitutiva. Em rigor, porém, elas são insuficientes para dar um desenho completo daquela vicissitude.

Podem, na verdade, identificar-se casos em que o direito adquirido retira a sua legitimidade de um direito anterior, mas nem é o mesmo direito, nem se constitui à custa da limitação do seu conteúdo ou da sua oneração.

A análise da realidade revela a possibilidade de se verificar outro fenómeno, qual seja o de, concomitantemente com a aquisição, se produzirem modificações no direito adquirido, que o demarcam do *direito legitimante*. Para identificar esta modalidade de aquisição derivada, inspirada na Lição de Paulo Cunha, e seguindo uma terminologia por ele proposta[2], designa-se a *aquisição* como *derivada modificativa*. É exemplo simples, mas menos relevante, desta vicissitude a aquisição, por várias pessoas, em regime de compropriedade, de um prédio anteriormente pertencente, em propriedade singular, ao vendedor; mas também a que se verifica quando dois comproprietários vendem a uma só pessoa a coisa comum.

Esta modalidade de aquisição derivada é absolutamente necessária para alcançar uma explicação correcta de certos fenómenos de aquisição não qualificáveis em qualquer das duas classicamente apontadas. Não tanto os dos exemplos acima apontados, em que se produz, no direito adquirido, uma modificação subjectiva, não meramente substitutiva[3]. Há, em verdade, outras hipóteses mais relevantes, mas de igual modo flagrantes, perante as quais a doutrina clássica se debate justamente com dúvidas quanto à qualificação da modalidade de aquisição nelas verificada.

---

[1] Neste sentido, cfr. I. Galvão Telles, *Algumas Considerações*, pág. 42.

[2] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 62.

[3] Deve desconsiderar-se, para este efeito, o caso de mera modificação subjectiva substitutiva, pois, se assim não fosse, toda a aquisição derivada seria modificativa, por tal alteração do direito nela sempre ocorrer.

Pode indicar-se como exemplo significativo, o fenómeno identificado na aquisição do direito de regresso, nas obrigações solidárias (art. 524.º do C.Civ.), para além de outros que ocorrem, nomeadamente, na aquisição sucessória[1].

A respeito do direito de regresso são elucidativas as dificuldades sentidas e expostas por Castro Mendes na qualificação da correspondente aquisição. Configurando-a – e bem – como derivada, sustentava ser constitutiva, com o argumento de o direito de regresso não ser o crédito satisfeito, nomeadamente por constituir um crédito conjunto e não solidário[2]. Não pode, porém, acolher-se essa qualificação, porquanto, nesta modalidade de aquisição, o direito antigo subsiste, embora limitado ou onerado. Não é isso que se verifica no direito de regresso, pela simples razão de o crédito antigo se ter extinguido, como claramente estatui o art. 523.º do C.Civ.

No caso do direito de regresso, o devedor solidário que satisfaz totalmente a dívida (o *credor de regresso*) adquire um direito diferente do do credor primitivo, mas que neste se funda. Só assim se compreende o regime dos arts. 522.º e 525.º do C.Civ. Não pode deixar de se entender ser este um caso de aquisição derivada, mas esta não pode ser vista nem como translativa nem como constitutiva, pelas razões acabadas de expor. O direito de regresso depende da existência do direito do credor originário e refere-se a uma obrigação solidária, por definição. Pelo contrário, no crédito de regresso, a dívida, como se vê da parte final do art. 524.º, é conjunta e não solidária: o credor de regresso só pode exigir a cada um dos devedores a «parte que a estes compete». Também não se mantêm as garantias de que beneficiava o credor primitivo. Finalmente, o objecto do crédito de regresso é diferente (por ser quantitativamente menor) do que o do credor satisfeito. Há, pois, a aquisição de um direito que retira a sua legitimidade de um direito anterior, mas diferente dele quanto ao conteúdo (poderes do credor de regresso) e quanto ao objecto.

IV. Importa, finalmente, relacionar com as modalidades de aquisição derivada um fenómeno que, numa imagem, se configura de algum modo inverso ao da aquisição derivada constitutiva, identificado, no seguimento da terminologia proposta por Manuel de Andrade[3], como *aquisição derivada restitutiva*.

[1] Exemplo de aquisição derivada modificativa ocorre quando, na partilha sucessória, se constitui a propriedade horizontal sobre um prédio da herança e os herdeiros venham a ser investidos no direito de condomínio sobre fracções autónomas do prédio (cfr. art. 1417.º, n.º 1, do C.Civ.), ou quando o autor da sucessão atribui, sobre uma coisa da herança, a nua-propriedade a um sucessor e o usufruto a outro (cfr. as nossas *Lições de Direito das Sucessões*, págs. 59-61).

[2] *Teoria Geral*, vol. I, pág. 339.

[3] Cfr. Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 16; e C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 363-364.

Exemplo clássico é o do proprietário, cujo direito se encontrava limitado ou onerado por virtude da aquisição derivada constitutiva, por outrem, de um direito real menor, quando se vê *restituído* à plenitude dos seus poderes por efeito da extinção deste segundo direito. Assim, se se extinguir o direito de usufruto constituído por ***A*** a favor de ***B***, o direito de propriedade de ***A***, por efeito da natureza expansiva dos direitos reais, readquire a sua plenitude.

Só na aparência o fenómeno se poderia reconduzir a uma aquisição derivada translativa, pois, em rigor, o proprietário de raiz não passa a ser titular do direito de usufruto; esta não é a construção correcta do fenómeno, que não pode configurar-se como um mero caso de trespasse do direito de usufruto, nos termos do art. 1444.º do C.Civ.

Nem a situação do proprietário da raiz, reinvestido nos poderes do usufrutuário, corresponde à de um proprietário de raiz *somada à* de usufrutuário do mesmo bem. Esta explicação não é verdadeira, pela simples razão de o direito de usufruto, *qua tale*, se ter extinguido, não podendo, portanto, transmitir-se. Se, retomando o exemplo anterior, ***A*** quiser agora atribuir o usufruto daquela coisa a ***C***, é *outro direito*, e não o anteriormente adquirido por ***B***, que ***C*** vai adquirir.

Embora toda a explicação do fenómeno se encontre na acima referida característica dos direitos reais, e sem perder de vista que não se trata de uma verdadeira transmissão, a expressão *aquisição derivada restitutiva* não deixa de ser sugestiva, embora, em rigor, não correcta – não há verdadeira aquisição – e só nessa medida se pode aceitar.

703. Perda e liberação

I. A vicissitude oposta à aquisição é, para os direitos, a *perda* e, para as vinculações, a *liberação*. Alguns autores usam aqui outra terminologia, identificando como *extinção subjectiva* a que aqui se designa por perda. Nesta terminologia à extinção subjectiva contrapõe-se a *extinção objetciva*, que identifica a vicissitude designada *extinção*[1].

A perda do direito ou a liberação da vinculação consiste na *cessação da sua titularidade ou da sua adstrição em relação a certa pessoa*. Por outras palavras, *há perda do direito ou liberação da vinculação quando estas situações jurídicas saem da esfera jurídica de determinada pessoa*.

II. Tanto a perda dos direitos como a liberação das vinculações podem revestir mais de uma modalidade. Elas são homólogas nos dois casos, pelo

[1] C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, pág. 373.

que, seguindo o método atrás indicado, vão ser estudadas em função dos direitos.

Primeiramente, como *antípoda* da aquisição originária, situa-se *a perda absoluta*. Ocorre esta vicissitude quando, ao deixar de estar na titularidade de certa pessoa, o direito subjectivo desaparece da vida jurídica sem, portanto, ser atribuído a outrem.

Deste modo, à perda absoluta do direito corresponde a sua extinção. Assim, se certa pessoa abandona uma coisa móvel, com intenção de se desfazer do seu direito de propriedade sobre ela, há uma perda absoluta desse direito (art. 1318.º do C.Civ.).

Mas a perda do direito pode ser também *relativa*[1], ocorrendo esta quando o direito deixa de estar na titularidade de uma pessoa mas é adquirido por outra. Esta modalidade de perda verifica-se no exemplo, já citado, da cessão do direito de crédito. Por efeito deste negócio, o direito sai da esfera jurídica do credor originário mas é adquirido por outrem. O direito perde-se para o cedente mas não desaparece da vida jurídica; há, aqui, uma aquisição derivada translativa por parte do cessionário.

704. Relações entre a evolução objectiva e a evolução subjectiva; noção de transmissão

I. A análise, em separado, da evolução objectiva e subjectiva das situações jurídicas foi imposta por razões de ordem sistemática e, em particular, didáctica, mas não pode levar a esquecer as estreitas relações existentes entre esses dois aspectos das suas vicissitudes.

Para não perder de vista a realidade das coisas, importa verificar como os vários momentos da evolução objectiva e subjectiva das situações jurídicas se relacionam. Mais uma vez a matéria será tratada por referência ao direito subjectivo.

II. Assim, se se considerar o primeiro de cada um desses momentos, à constituição do direito corresponde, em geral[2], um fenómeno de aquisição, seja ela originária (caso mais frequente), seja derivada constitutiva.

Por seu turno, e correspondentemente, a aquisição originária e a derivada constitutiva sempre pressupõem a constituição do direito. Nas outras

[1] Com a perda relativa não se deve confundir a limitação ou oneração do direito, que consistem numa modificação objectiva, como acima ficou assinalado. Cfr. I. Galvão Telles, *Algumas Considerações*, págs. 23-24.

[2] A ressalva do texto é feita a pensar na hipótese de o direito constituído não ser logo adquirido, ficando numa situação temporária de direito sem sujeito (*v.g.*, aquisição sucessória de usufruto por nascituro).

modalidades de aquisição ocorrem casos de modificação. Na aquisição derivada translativa essa modificação é subjectiva e substitutiva; na derivada modificativa pode haver modificação subjectiva quantitativa, que não meramente substitutiva, ou objectiva, quer quanto ao objecto, quer quanto ao conteúdo, quer a ambos.

Sobre a modificação do direito já se verificou não haver particularidades significativas a assinalar, consoante se tome este momento da evolução na perspectiva objectiva ou na subjectiva. Contudo, a modificação do direito relaciona-se ainda com as outras fases da sua dinâmica, quer com a sua aquisição, como já referido, quer com a sua perda, como a seguir se dirá.

Se se tomar o último momento da dinâmica dos direitos, à perda absoluta corresponde a extinção. A perda relativa envolve uma modificação subjectiva substitutiva, quando se lhe contrapõe uma aquisição derivada translativa. Se a aquisição é constitutiva, o direito não se perde, mas fica limitado ou onerado. No caso de aquisição derivada modificativa, o direito pode extinguir-se ou ocorrer apenas uma modificação, sendo esta de tipo diverso do da subjectiva substitutiva.

III. Pela sua importância vai ser dedicada um pouco mais de atenção às relações entre a perda relativa e a aquisição derivada do direito. Ocorre aqui uma vicissitude das situações jurídicas que se chama *transmissão*[1/2].

Se se analisar esta vicissitude por outro prisma, verifica-se que ela corresponde ao efeito conjunto de uma perda relativa e de uma aquisição derivada. Na verdade, na transmissão o direito deixa de existir na esfera jurídica de certa pessoa, o *transmitente*; quanto a esta verifica-se, pois, uma perda. Contudo, o direito subsiste na ordem jurídica e vai ingressar noutra esfera jurídica: a perda é relativa. Correspondentemente, aquele em cuja esfera jurídica o direito ingressa – *o transmissário* – recebe um direito antes existente na titularidade de outrem: por isso, a sua aquisição é derivada.

Em sentido amplo, a transmissão comporta duas modalidades, consoante haja ou não identidade do direito que transita do transmitente para o trans-

---

[1] É também designado este fenómeno da dinâmica dos direitos por *transferência* ou *translação*; são, porém, menos correntes estas designações, sem prejuízo de ser justamente a segunda a justificar o qualificativo da correspondente modalidade de aquisição derivada. Também por vezes são usadas outras designações para identificar fenómenos de transmissão do direito, como seja *alienação* ou *cessão*. Mas qualquer destes termos tem mais correntemente um sentido limitado a certas modalidades de transmissão. Assim, é usual falar-se em *alienação* quando se trata de transmissão a título oneroso e já não gratuito; por seu turno, *cessão* usa-se sobretudo para a transmissão de créditos e seus acessórios ou garantias (cessão de crédito, art. 577.º do C.Civ.; cessão de hipoteca, art. 727.º do C.Civ.; ou de penhor, art. 676.º do C.Civ.; cessão de certos direitos associativos, art. 995.º do C.Civ.; ou cessão da posição contratual, arts. 424.º, 1057.º, 1120.º do C.Civ.).

[2] Sobre a transmissão, na sua caracterização geral, *vd*. Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, págs. 144-148; e Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. I, págs. 426-428 e 439-440.

missário. No fundo, a questão prende-se com a modalidade de aquisição do direito.

Mantendo-se o direito *idêntico*, há *transmissão stricto sensu*, *representativa* ou *por sucessão,* e o direito não sofre outra modificação além da que respeita ao seu titular, seguindo, na esfera jurídica do transmissário, o mesmo regime que tinha na do transmitente. Como se compreende, existe então uma aquisição derivada translativa, pois só neste caso o direito adquirido é o *mesmo*.

No segundo caso, o direito transmitido aparece na esfera jurídica do transmissário como se fosse um direito novo. Por tal razão se denomina esta modalidade como *transmissão autónoma* ou *constitutiva*. Aqui haverá, correntemente, uma aquisição derivada constitutiva, ou, em certos casos, uma aquisição derivada modificativa.

Segundo o entendimento corrente, só havendo *identidade* do direito se verifica verdadeira transmissão, convindo reservar esta expressão para designar o fenómeno que então ocorre. É, de resto, em correspondência com esse sentido que se enuncia um importante princípio nesta matéria, segundo o qual ninguém pode transmitir mais direitos do que aqueles que possui *(nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet)*. Assim se traduz a referida identidade das posições do transmitente e do transmissário.

A determinação do sentido em que se usa a palavra *transmissão* – lato ou próprio – faz-se, portanto, em função do próprio regime do direito transmitido.

IV. No regime da transmissão interfere, todavia, ainda outro ponto, relacionado agora com o objecto da transmissão.

Distingue-se, nessa base, entre *transmissão singular* (ou a *título singular*) e *transmissão universal* (ou a *título universal*), consoante ela respeita só a algum ou alguns direitos tomados isoladamente, ou se refere a um complexo de posições jurídicas[1].

Adoptando uma terminologia recebida do Direito Romano, usa-se também designar o primeiro caso como *successio in rem*, ou *in singulam rem* e o segundo como *successio in universum ius*, ou *successio per universitatem*.

[1] Cfr., sobre esta distinção, I. Galvão Telles, *Direito das Sucessões*, págs. 33 e segs.

TÍTULO III
INFLUÊNCIA DO TEMPO NAS SITUAÇÕES JURÍDICAS

CAPÍTULO I
O TEMPO COMO FACTO JURÍDICO

705. Razão de ordem

I. O *tempo*, ou, com mais rigor, o *decurso do tempo* é, em si mesmo, um facto jurídico *stricto sensu*. Deste modo, a sua relevância jurídica anda ligada a *períodos de tempo*, em função dos quais se constituem ou extinguem situações jurídicas ou se modificam outras já existentes[1].

Esses períodos de tempo podem ser determinados em função de datas certas de calendário ou através da fixação de um número de unidades de (contagem do) tempo: ano, mês, semana, dia, hora, etc… Assim, para figurar um exemplo muito simples, e atendendo apenas a uma das fontes de relevância jurídica do tempo, as partes, ao estabelecerem o início da eficácia de um negócio jurídico, celebrado a termo, podem socorrer-se das seguintes fórmulas:

a) «o negócio começa a produzir efeitos no dia 1 de Junho de 2011»; ou

b) «o negócio começa a produzir efeitos vinte dias após a sua data».

Em qualquer dos casos, o período de tempo decorrido entre o momento da celebração do negócio, neste exemplo, e o do início da sua eficácia designa-se por *prazo*.

---

[1] Sobre a influência do tempo nas relações jurídicas, *vd*. Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 439 e segs.; Cabral de Moncada, *Lições*, vol. II, págs. 429 e segs.; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 357-358; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 659-662; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, págs. 341 e segs.; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. IV, págs. 115 e segs.; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 357 e 377 e segs.

II. Estas notas introdutórias dão já uma ideia das principais questões que se colocam no tratamento jurídico do tempo.

Desde logo, importa determinar as possíveis fontes da sua relevância jurídica e o modo como se conta o decurso do tempo (*cômputo* do tempo). De seguida, há que analisar as várias modalidades da sua relevância jurídica.

Quanto a este último ponto, para além das referências de ordem geral, justifica-se o estudo de dois institutos, que, pela sua relevância genérica, quadram bem à índole da *Teoria Geral* e merecem referência particular, como causas de extinção de situações jurídicas: a *prescrição* e a *caducidade*.

III. A um primeiro exame, dir-se-ia que o estudo do tempo caberia nas fontes das relações jurídicas, como uma das modalidades do *facto (constitutivo)*[1].

Duas razões determinam, porém, a inclusão do seu regime no tratamento jurídico do conteúdo da relação. Desde logo, quanto aos factos jurídicos *stricto sensu*, de que o decurso do tempo é uma das modalidades mais relevantes, pela sua infindável multiplicidade, não se mostra muito viável traçar uma teoria geral. Ainda assim, o decurso do tempo seria aquele que mais facilmente se poderia submeter a esse tratamento. A verdade, porém, é que a relevância jurídica do decurso do tempo, como facto, na perspectiva deste estudo, se projecta sobretudo no conteúdo da relação jurídica.

706. Fontes de relevância do tempo

A relevância jurídica do tempo manifesta-se em campos muito diversos, de ordem substantiva e processual. A esta multiplicidade de efeitos anda ligada a variedade de fontes que os podem estabelecer: lei, convenção das partes e decisão judicial (art. 296.º do C.Civ.).

O estudo anterior fornece alguns relevantes exemplos da eficácia do tempo determinada pela lei. Basta recordar o termo da menoridade, o requisito temporal da instauração das diferentes fases da ausência, o chamado *termo legal*, o prazo de arguição da invalidade. Todos eles respeitam a efeitos legais e substantivos do tempo. No campo do Direito Processual, em geral, os actos que integram um processo judicial dependem de prazos, na sua grande maioria estabelecidos pela lei.

A relevância do decurso do tempo pode também ter como fonte uma estipulação das partes, logo, por via de cláusulas negociais. O caso mais significativo, neste campo, é o da cláusula acessória *termo*, já estudada. A grande

[1] Esta é, de resto, uma arrumação clássica da matéria, na sistematização dos elementos da relação jurídica.

liberdade de aposição do termo a um número significativo de negócios jurídicos dá a medida da importância desta fonte.

Não está, porém, excluída a hipótese de o tempo interferir com o regime do negócio jurídico noutro plano, por exemplo, como elemento modificador dos seus efeitos jurídicos. Suponha-se o caso, que por vezes ocorre, de as partes, num contrato de arrendamento para comércio, fixarem uma renda para certo tempo de duração do contrato e, por actualização, outra para vigorar para além desse período (art. 1077.º, n.º 1, do C.Civ.).

Finalmente, há a considerar a possibilidade de uma decisão judicial conferir relevância ao tempo como facto jurídico. Em certos casos, o juiz pode fixar prazos que condicionem o exercício de um direito (subjectivo ou potestativo), ou que constituam um limite dentro do qual podem ser praticados actos judiciais (art. 144.º, n.º 1, do C.P.Civ.).

707. Cômputo do tempo

I. Um dos aspectos mais significativos do regime do facto jurídico *tempo*, por este, afinal, consistir no seu *decurso*, é o do modo como ele se conta e corre, no mundo do Direito. É o que se designa por *cômputo do tempo*.

A importância deste problema manifesta-se logo no facto de o legislador ter sentido necessidade de estabelecer, ele próprio, normas gerais sobre a contagem do tempo (cfr. arts. 279.º e 297.º do C.Civ.).

Antes de passar à analise dessas regras impõe-se, porém, fazer alguns esclarecimentos de ordem geral.

II. O primeiro respeita ao modo como o decurso do tempo releva para fins jurídicos, desenvolvendo, assim, as referências preliminares atrás feitas.

Em certos casos, fixa-se o tempo por referência a determinada data de calendário. Por exemplo, diz-se, num negócio, que ele só começa a produzir efeitos no dia 11 de Novembro de 2011. Mas também se pode fixar o termo, num negócio jurídico, por referência a uma determinada unidade de contagem do tempo (hora, dia, mês ou ano): «5 dias», «dentro de 8 dias», «no meio do mês de Janeiro», ou outras correspondentes.

Já se deixa ver que no primeiro caso, em rigor, não se coloca um problema de cômputo do tempo, havendo apenas que aguardar a ocorrência da *data* fixada; já o mesmo se não passa no segundo.

Nesta segunda hipótese a própria fonte de relevância do tempo, seja ela legal, convencional ou judicial, pode estabelecer regras sobre o cômputo do período de tempo nela previsto. A análise da realidade jurídica revela, porém, que nem sempre assim acontece e que, mesmo quando tais regras

existem, elas nem sempre usam o mesmo critério ou o referem com suficiente clareza.

Assim se explica o facto de o Código Civil ter estabelecido, no art. 279.º, regras de contagem do tempo aplicáveis à generalidade dos casos, independentemente da sua fonte.

Deste modo, essas regras legais são, simultaneamente, *supletivas*, *subsidiárias* e *interpretativas*. São *supletivas*, por, nos casos de relevância convencional do tempo, só se aplicarem se as partes não convencionarem outro modo de contagem. Mas também são *subsidiárias*, agora por referência à relevância legal do tempo, uma vez que o Código Civil só as manda aplicar na falta de disposição legal especial em contrário. Finalmente, para além de tudo isto, são ainda *interpretativas*, pois o art. 279.º diz claramente que elas se aplicam em caso de dúvida.

III. Feitos estes esclarecimentos, resta analisar como se calcula o decurso do tempo quando ele haja sido fixado por referência a certa unidade de medida. São viáveis dois sistemas de contagem entre os quais o legislador pode optar: o *cômputo natural* e o *cômputo civil*.

O sistema de *cômputo natural* consiste em se considerar o decurso do tempo momento a momento *(a momento ad momentum)*. Neste caso, o tempo conta-se desde o momento da verificação do evento, que funciona como *terminus a quo*, e até outro momento, que funciona como *terminus ad quem*. Como é natural, essa contagem faz-se, então, segundo a respectiva unidade de medida: dia, hora, minuto, segundo.

No sistema de *cômputo civil*, a contagem faz-se por referência ao *dia de calendário*, desprezando-se, em geral, as unidades inferiores. Haverá aqui que ressalvar os casos de relevância de períodos de tempo não coincidentes com o dia de calendário, em que se toma como unidade de medida a hora.

Na computação natural do tempo, uma vez produzido o acontecimento que *põe em movimento* o prazo, este começa logo a contar-se e vai terminar no dia próprio, naquele momento preciso, hora, minuto e segundo em que começou. Suponha-se que o prazo é de 15 dias. Se começou às 15 horas e trinta minutos do dia 2 de Janeiro, vai terminar às 15 horas e trinta minutos do dia 17 do mesmo mês.

Na computação civil não é assim. Toma-se como unidade elementar de tempo o dia inteiro, não se considerando, por isso, o que constitui o *terminus a quo*. O último dia do prazo conta-se por inteiro: se o prazo é *extintivo* ou *peremptório*, durante todo esse dia pode ser exercido o direito; se o prazo é *suspensivo* ou *dilatório*, o direito surge no dia seguinte àquele em que o prazo termina.

A favor do cômputo civil do tempo militam razões de certeza e de facilidade na sua contagem. Por isso, ele é o dominante no sistema de compu-

tação fixado pelo legislador; mas diga-se que a lei não exclui[1] o cômputo momento a momento quando o tempo seja fixado em horas e o seu número não coincida com a duração de um dia civil ou seus múltiplos.

IV. O art. 279.º do C.Civ. contém, em rigor, regras de diferente significado quanto à contagem do tempo, recondutíveis, porém, a dois tipos: modo de computar o tempo, propriamente dito; determinação do sentido de certas fórmulas mais correntes de fixar a relevância do tempo.

O modo de computar o tempo estabelecido naquele diploma assenta em quatro regras gerais:

a) o momento a partir do qual o tempo começa a correr não é contado, seja ele o dia ou a hora;

b) o tempo conta-se em dias civis, salvo quanto a certos prazos de horas;

c) o tempo conta-se ininterruptamente;

d) os domingos ou feriados, quando coincidentes com o último dia do prazo, não se contam.

Importa esclarecer, embora rapidamente, o alcance destas regras.

V. A primeira significa que, na contagem do tempo, não se atende, por exemplo, num prazo de cinco dias, àquele em que o prazo começa. Assim, se esse prazo começar no dia 10 de certo mês, ele acaba no dia 15, ou seja, contam-se os dias 11, 12, 13, 14 e 15. Por outro lado, se o prazo for de cinco horas e começar às nove horas de certo dia, só acaba quando se completem as 14 horas do mesmo dia, ou seja, contam-se as seguintes horas: 10, 11, 12, 13 e 14[2]. Esta regra vem consagrada na al. *b*) do art. 279.º

Mas também, já ficou dito, como regra geral, no Direito português, o prazo não se conta momento a momento. Embora esta regra não conste directamente de qualquer das alíneas do art. 279.º, deduz-se de certas formas de contagem nele estatuídas. Desde logo, o regime da al. *b*) só se concilia com tal sistema e não com a contagem momento a momento. Por outro lado, aquele sistema harmoniza-se com o que se estatui na primeira parte da al. *c*) e com a parte final da al. *d*) do mesmo artigo. Assim, no primeiro exemplo acima dado, é indiferente a hora do dia 10 em que ocorra o facto desencadeador do prazo: ele vem sempre a terminar às 24 horas do dia 15.

---

[1] No domínio do Código Civil de Seabra havia um preceito que expressamente excluía o cômputo natural. Por força do art. 560.º desse diploma, «o tempo da prescrição conta-se por anos, meses e dias e não de momento a momento, excepto nos casos em que a lei expressamente o determinar».

[2] Numa fórmula prática e expedita de computação do tempo neste sistema, o seu término apura-se adicionando as suas unidades de contagem ao momento em que começa a contar. Assim, tomando os exemplos do texto: prazo de 5 dias a contar do dia 10, termina a 15 (10 + 5); prazo de cinco horas a contar das nove horas termina no fim das 14 horas (9 + 5).

Este princípio sofre um importante desvio quando o tempo se refere a actos que tenham de ser praticados em repartições públicas, uma vez que, em geral, são condicionados pelas suas horas de funcionamento (cfr., *v.g.*, art. 143.º, n.º 4, do C.P.Civ.). Esta regra sofreu, recentemente[1], importante desvio, emergente das novas técnicas de comunicação; na verdade, o n.º 4 do preceito citado admite a prática de actos processuais «através de telecópia ou de correio electrónico, em qualquer dia e independentemente da hora da abertura e do encerramento dos tribunais».

A aplicação da mesma regra ao prazo de horas obriga a fazer uma distinção, como melhor se verá no desenvolvimento da matéria. Se as horas do prazo correspondem à duração de um ou mais dias civis (24, 48 horas), o prazo entende-se referido a dias civis [al. *d*) do art. 279.º]; mas se o prazo de horas se refere a períodos inferiores a um dia civil ou não coincidentes com a duração de um ou mais dias civis (*v.g.,* 18, 36 ou 52 horas), será contado hora a hora, mas desperdiçando o momento exacto (minutos, segundos), em que o *terminus a quo* ocorre. Assim, no segundo exemplo acima dado, qualquer que seja o minuto da sua verificação, o prazo só terminará quando se completam as 14 horas desse dia.

Outra regra se deduz de todo o regime do art. 279.º, ainda que também nele se não contenha expressamente. Manda ela contar o prazo sem interrupções, ou seja, seguidamente, segundo cada uma das fracções de tempo (hora, dia, mês, ano) correspondente[2]. Isto significa que se não descontam, por exemplo, os dias feriados ou domingos que ocorram *medio tempore*, no decurso do prazo. Daí, na forma de contagem dos prazos no exemplo dado, tem de se levar em conta este regime.

Tais dias apenas relevam – e é esse o sentido da quarta regra enunciada – quando coincidam com o termo do prazo. Assim, suponha-se um prazo de cinco dias, com início no dia 20 de Abril; terminaria, pela aplicação das regras anteriores, a 25 de Abril. Mas, como este dia é feriado, o referido prazo só vem a terminar quando se completarem as 24 horas do dia 26.

708. Interpretação de certas regras de fixação do tempo

I. Na fixação do tempo, sobretudo na via convencional, é usual o emprego de certas fórmulas tradicionais que têm, por vezes, mesmo na linguagem

[1] Por força do Dec.-Lei n.º 183/2000, de 10/AGO.

[2] Esta regra sofre, neste momento, uma importante excepção, em matéria de actos processuais, por força do art. 144.º do C.P.Civ. Com efeito, esse preceito determina que o prazo judicial se suspende em determinadas situações (cfr., a sua última redacção, introduzida pelo Dec.-Lei n.º 35/2010, de 15/Abr.).

corrente, um alcance não correspondente ao sentido literal das expressões usadas. Todos têm conhecimento de, na linguagem comum, se estabelecer, por exemplo, um prazo pela fórmula «daqui a 8 dias», querendo significar um prazo de uma semana e não propriamente de 8 dias de calendário. Indo ao encontro de tal realidade, o legislador fixou no art. 279.º a interpretação de algumas fórmulas mais frequentes nesta matéria, para afastar as dúvidas que sobre o seu sentido se poderiam suscitar.

Ao analisar especificamente esta matéria, importa salientar que, feita a interpretação legal de tais expressões, a contagem dos respectivos prazos se faz segundo as regras acima enunciadas, o que dispensa mais exemplificações. Note-se ainda que, como já resulta da exposição anterior, estas regras podem ser afastadas pela lei ou por convenção das partes de que resulte ser outro o sentido que se lhe quer atribuir, ou por não corresponderem, em verdade, às fórmulas interpretadas na lei.

Assim, por exemplo, quando na lei processual se diz que o prazo geral de recurso é de oito dias, entende-se mesmo como oito dias (contados, de resto, nos termos próprios dos actos judiciais) e não como prazo de uma semana.

II. As regras interpretativas do art. 279.º do C.Civ. conduzem aos seguintes modos de contagem do tempo:

a) o prazo de 24 ou 48 horas vale como prazo de um ou dois dias civis, respectivamente [al. *d*), 2.ª parte];

b) o prazo designado por oito ou quinze dias é havido, respectivamente, como prazo de uma ou duas semanas, pelo que termina no mesmo dia da primeira ou da segunda semana seguintes [al. *d*), 1.ª parte];

c) o prazo fixado em semanas, meses ou anos, a contar de certa data (*v.g.*, de 5.ª feira a duas semanas; do dia 15 de Fevereiro a dois meses; ou do dia 15 de Dezembro de 2010 a um ano), finda às 24 horas do dia correspondente da semana, mês ou ano em que termine o prazo, com a ressalva de, se tal dia não existir no último mês, o prazo finda no último dia desse mês [por exemplo, prazo de um ano a contar do dia 29 de Fevereiro, num ano bissexto, ou prazo de 18 meses a contar de 31 de Agosto: terminam no dia 28 de Fevereiro[1], al. *c*)];

d) o prazo referido ao princípio, meio ou fim do mês termina no primeiro dia, no dia 15 ou no último dia do mês respectivo [al. *a*), primeira parte];

e) o prazo referido ao princípio, ao meio ou ao fim do ano termina no primeiro dia de Janeiro, no dia 30 de Junho ou no dia 31 de Dezembro do ano respectivo [al. *a*), segunda parte].

[1] Naturalmente, no segundo exemplo dado no texto, se o prazo terminar num ano bissexto, o último dia será 29 de Fevereiro.

709. Modalidades dos prazos

I. Com as regras de contagem do tempo interferem algumas distinções fundamentais, a estabelecer por referência ao *nascimento* e ao exercício dos direitos.

Nesta base há a distinguir entre *prazos dilatórios* e *prazos peremptórios*, por um lado; *prazos progressivos* e *prazos regressivos*, por outro.

Para completo esclarecimento, cumpre expor alguns aspectos de regime relativos às diferenças entre estas modalidades de prazos e à sua relevância.

II. O tempo pode ter uma relevância suspensiva, só se constituindo ou só se podendo exercer o direito após o decurso de certo período de tempo. Diz-se então o *prazo dilatório*. Por exemplo, se há um prazo dilatório de 5 dias a partir do dia 10 de Junho, isso significa que só a partir das zero horas do dia 16 o direito nasce ou se pode exercer, pois esse prazo termina, como atrás exposto, às 24 horas do dia 15. Pode ver-se uma aplicação deste regime no art. 145.º, n.º 2, do C.P.Civ.: «o prazo dilatório difere para certo momento a possibilidade de realização de um acto ou o início de contagem de um outro prazo».

Deve, contudo, ter-se em atenção que, neste caso, não é, em geral, inválido ou ineficaz o acto praticado antes do termo do prazo, se este for estabelecido em benefício do seu autor.

Mas também pode acontecer que a relevância do tempo seja extintiva. Neste caso, uma vez decorrido o prazo respectivo, o direito extingue-se ou deixa de poder ser exercido. Existe, então, um *prazo peremptório*. Por exemplo, se o prazo peremptório é de 5 dias a partir do dia 11 de Junho, isso significa que o direito correspondente se extingue ou deixa de poder ser exercido às 24 horas do dia 16, momento em que o prazo termina. Também a lei processual civil fornece uma definição desta modalidade de prazo no art. 145.º, n.º 3, do C.P.Civ.: «o decurso do prazo peremptório extingue o direito de praticar o acto»[1].

Estas duas modalidades de prazos podem cumular-se, seguindo-se a um prazo dilatório um prazo peremptório. A lei processual estabelece também o regime desta cumulação de prazos, que nela ocorre com alguma frequência e tem significativa relevância. Em tal caso, os dois prazos contam-se seguidamente, como se fossem um só, somando-se os respectivos períodos de

[1] Em certos casos, como acontece nos actos processuais, admite-se, a título excepcional, a prática do acto para além do termo do prazo (cfr. art. 145.º do C.P.Civ.), quando ocorra justo impedimento de realizar o acto no prazo correspondente, ou mesmo, independentemente da verificação de justo impedimento, mas, neste caso, mediante o pagamento de multa (cfr. n.os 4 a 8 do art. 145.º e art. 146.º do C.P.Civ.).

tempo (art. 148.º do C.P.Civ.). Assim, se o prazo geral de contestação, de 30 dias – peremptório (art. 486.º, n.º 1, do C.P.Civ.) –, vem na sequência de um prazo dilatório (ou *dilação*) de 8 dias, tudo se passa como um prazo para contestar de 38 dias.

III. Em função da modalidade de contagem do tempo, a distinção entre *prazos progressivos* e *prazos regressivos* estabelece-se nos seguintes termos.

O mais corrente é a contagem do prazo se fazer para o futuro, a partir de certo evento, que funciona como *terminus a quo*. Isto significa que o termo final ocorrerá *mais tarde*, contando-se o tempo, segundo a linguagem corrente, *de trás para diante*. O prazo diz-se então *progressivo*. Exemplos de prazos deste tipo encontram-se, com frequência, na lei processual. Assim, o prazo para contestar uma acção comum de processo ordinário é de 30 dias a contar da citação do réu (art. 486.º, n.º 1).

Mas, casos há em que a contagem se faz em sentido inverso, *de diante para trás*, a partir de certa data futura e até um momento cronologicamente anterior àquele que funciona como *terminus a quo*, mas, naturalmente, também futuro em relação ao momento da fixação do prazo. Este é um prazo *regressivo*.

Para mais completo esclarecimento desta modalidade de prazo, pode recorrer-se a uma situação concreta do seu uso que causou alguma discussão na prática jurídica portuguesa[1], Por força do art. 21.º, n.º 1, da Lei n.º 14/79, de 16 de Maio, «as candidaturas são apresentadas pelos partidos políticos, isoladamente ou em coligação, desde que registados até ao início do prazo de apresentação das candidaturas… ». Por seu turno, segundo o art. 23.º dessa mesma Lei, a apresentação das candidaturas devia ser feita entre os 70 e os 55 dias anteriores à data prevista para a eleição. No caso concreto, a eleição estava marcada para o dia 5 de Outubro de 1980; a partir desta data, contavam-se os 70 dias *para trás*, iniciando-se, portanto, o prazo para apresentação de candidaturas no dia 27 de Julho de 1980.

710. Modalidades da influência do tempo nas situações jurídicas

I. A mais superficial observação da vida quotidiana logo deixa compreender que o tempo é, necessariamente, um facto de grande relevância na vida jurídica, projectando-se nomeadamente os efeitos em alguns princípios ou valores de Direito[2].

[1] Cfr. Assento do STJ, n.º 1/82, de 14/JAN./82, *in* BMJ, n.º 313, págs. 159 e segs., e Parecer do Ministério Público nele emitido, *idem*, *ibidem*, págs. 150 e segs.

[2] Cfr., sobre este ponto, P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 377-380.

Na verdade, se, por um lado, o devedor se devia considerar sempre vinculado à sua prestação, enquanto não a realizar, seja a que tempo for, por outro não seria razoável que certos créditos, pelo seu pequeno valor ou pelas condições do seu exercício normal, pudessem ser exigidos a todo o tempo. Noutro plano, seria também causa de grave perturbação, na vida jurídica, manter indefinidamente a situação precária que é própria do negócio anulável, deixando, sem limitação no tempo, uma das partes na dependência da outra quanto à invocação do vício que o afecta. Noutro campo, razões de ordem semelhante explicam que o exercício formal de um direito (posse), por tempo razoável, conduza à aquisição do direito exercido em detrimento do seu verdadeiro titular, que, nomeadamente pela sua inércia, tornou possível a manutenção desse exercício.

Estão aqui em causa razões de certeza e de segurança das relações jurídicas, que exigem a sua estabilização dentro de certos limites temporais, variáveis, como bem se compreende, em função da natureza das situações jurídicas em causa. O tempo – *rectius*, certos períodos de tempo – constitui um dos elementos estabilizadores de tais situações.

Os exemplos acima enunciados dão uma ideia, embora *pálida*, da múltipla relevância do tempo. Tomando por base um critério apontado por Manuel de Andrade[1], a influência do tempo nas relações jurídicas pode respeitar à *constituição de direitos*, ao *diferimento do seu exercício* e à sua *extinção*.

Para ilustrar estes vários efeitos, recorre-se a institutos já conhecidos do estudo anterior, dado que, por esta via, sem prejuízo da sua compreensão, se torna possível a sua exposição com brevidade.

Como na maioria dos casos é fácil de apurar, o facto de se colocar a questão sob o ponto de vista do direito subjectivo não significa que efeitos correspondentes se não possam produzir quanto a outras situações jurídicas activas, e que, quanto a situações passivas, não se verifiquem efeitos homólogos.

II. Em certos casos, o direito subjectivo só se constitui após o decurso de certo período de tempo, como ocorre, a título de exemplo, num contrato a que foi aposto um termo suspensivo. Tendo presente o regime desta cláusula acessória, só após o decurso do tempo nela estipulado se constitui o correspondente direito. Enquanto esse tempo não decorrer, há uma situação de expectativa jurídica.

Como exemplo do mesmo tipo indica-se a aquisição, por usucapião, do direito possuído. Só após a posse ter durado pelo tempo estatuído na lei, e dando como verificados os demais requisitos, o possuidor se vê investido na titularidade desse direito (cfr., *v.g.*, art. 1294.º do C.Civ.).

[1] *Teoria Geral*, vol. II, págs. 439 e segs.

Situação equivalente ocorre com os direitos potestativos, que, em certos casos, só se adquirem após ter corrido algum tempo sobre a verificação de determinado facto. Assim, na ausência qualificada, o direito potestativo dos herdeiros a requerer a justificação da ausência só se constitui depois de passarem dois anos desde o início da ausência, se o ausente não tiver deixado procurador nem representante legal (art. 99.º do C.Civ.). Outro exemplo: o senhorio pode resolver o contrato de arrendamento para habitação, se o inquilino deixar o prédio desabitado; mas tal direito só nasce se essa situação durar mais de um ano consecutivo [al. *d*) do n.º 2 do art. 1083.º, salvo se ocorrer uma das situações previstas no n.º 2 do art. 1072.º, ambos do C.Civ.].

III. O tempo pode não interferir com a constituição do direito, mas funcionar como requisito do seu exercício.

Assim, constituído um direito de crédito sem se ter estipulado prazo para o cumprimento da obrigação, o credor tem, em geral, a faculdade de o exigir a todo o tempo (n.º 1 do art. 777.º do C.Civ.). Contudo, da natureza da prestação, por exemplo, pode resultar que essa faculdade só possa ser exercida após o decurso de certo prazo (n.º 2 do mesmo preceito). Encontra-se uma aplicação concreta deste regime no art. 1148.º, n.º 1, do citado Código, relativo ao mútuo gratuito. Em casos como este, o direito à prestação existe, mas só pode ser exercido após decorrer o prazo dilatório correspondente.

IV. Um primeiro exemplo da relevância do decurso do tempo na extinção de direitos encontra-se no *termo final* ou *resolutivo*. Decorrido o período de tempo fixado na convenção, o direito constituído a termo extingue-se.

Também na prescrição se verifica outro exemplo de extinção de direitos por efeito do decurso do tempo. Assim, se o senhorio não exigir a renda vencida, o direito e a correspondente obrigação civil[1] extinguem-se, passados cinco anos sobre o vencimento [cfr. art. 310.º, al. *b*), do C.Civ.].

Fenómeno semelhante se verifica nos direitos potestativos. Para dar um exemplo já conhecido de outras matérias, o direito de pedir a anulação de negócio já cumprido caduca no prazo de um ano subsequente à cessação do vício (art. 287.º, n.º 1, do C.Civ.).

[1] Diz-se *obrigação civil*, pois a vinculação do devedor subsiste, após ser invocada a prescrição, como *obrigação natural*.

CAPÍTULO II
PRESCRIÇÃO

SECÇÃO I
Noção e Modalidades

711. Noção de prescrição

I. A palavra *prescrição*, no sentido em que hoje é tomada pelo Código Civil e, no seguimento da sua terminologia, pela doutrina, identifica apenas um dos institutos jurídicos que tradicionalmente ela designava[1]. Assim, no domínio do Código Civil de 1867, era correntemente usada, na lei como na doutrina, com dois sentidos diferentes, demarcados por dois qualificativos que então lhe eram apostos. Através da expressão *prescrição extintiva* referia-se, em termos gerais, o fenómeno de extinção de um direito e, correspondentemente, de uma obrigação, pelo seu não exercício, durante certo tempo; reservava-se a expressão *prescrição aquisitiva* – ou *usucapião* – para referir o fenómeno de aquisição de um direito real por efeito da manutenção da respectiva posse, verificados determinados atributos da mesma, durante certo período de tempo. Esta terminologia vinha consagrada no § único do art. 505.º desse Código, e o sentido correspondente a cada uma dessas expressões continha-se nas duas partes de uma definição estabelecida no *corpo* do mesmo preceito que, no seu todo, pretendia fixar a noção geral de *prescrição,* nos seguintes termos: «Pelo facto da posse adquirem-se coisas e direitos, assim como se extinguem obrigações pelo facto de não ser exigido o seu cumprimento.»

---

[1] Sobre a prescrição, *vd*., em geral, Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, págs. 341-342; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. IV, págs. 133 e segs., em particular, 159 e segs.; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 380 e segs. Para maior desenvolvimento, Dias Marques, *Prescrição Extintiva*, Coimbra Editora, 1953; Antunes, *Prescrições e Caducidade*, Coimbra Editora, 2008; Vaz Serra, *Prescrição e caducidade*, *in* BMJ, n.º 105, págs. 5 e segs., n.º 106, págs. 45 e segs., e n.º 107, págs. 159 e segs., e Ana Filipa Morais Antunes, *Prescrição e Caducidade*, Coimbra Editora, 2008.

O Código Civil actual reserva a palavra *prescrição,* sem mais qualificativos, para referir o primeiro instituto (arts. 300.º e 327.º) e recorre, para a chamada prescrição aquisitiva, ao termo clássico de *usucapião* (cfr. arts. 1289.º e seguintes).

A usucapião interessa à matéria de Direitos Reais, como se vê até pelo lugar que o legislador lhe dedica na sistematização do Código Civil; não vai ser aqui tomado em conta o seu regime, sendo apenas tratada a prescrição (extintiva), porquanto, embora o seu campo de eleição seja o dos direitos de crédito, não deixa de ser um instituto geral de Direito Civil (cfr. n.º 1 do art. 289.º do C.Civ.), logo merecedor de análise no estudo da relevância geral do tempo.

II. Para além de atribuir à palavra prescrição um sentido específico, o Código Civil vigente distancia-se ainda do Código Civil de Seabra, por não apresentar uma noção legal do instituto.

Na doutrina, é corrente definir-se a prescrição, *hoc sensu*, através de fórmulas como a proposta por Manuel de Andrade: «*instituto por via do qual os direitos subjectivos se extinguem quando não exercitados durante certo tempo fixado na lei e que varia conforme os casos*»[1].

A noção contida nesta fórmula fornece uma ideia geral do instituto, mas não é isenta de dúvidas, nomeadamente quanto a saber se o decurso do prazo prescricional extingue – em todos os casos – o correspondente direito. O esclarecimento deste problema exige a análise de alguns aspectos do regime da prescrição, primeiramente no seu fundamento e, em seguida, na regulamentação que lhe é reservada pelo Direito positivo. Por isso, fica reservada a fixação do conceito de prescrição para momento ulterior.

III. O fundamento último da prescrição encontra-se na negligência do titular do direito, ao não o exercer dentro de certo período de tempo, tido como razoável pelo legislador, e durante o qual seria legítimo esperar o seu exercício, se nisso estivesse interessado.

O decurso desse período de tempo, fixado pela lei em função da natureza de cada direito, importa várias consequências. Por um lado, a inércia do titular do direito pode levar o devedor a admitir, com razoabilidade, não estar o credor já interessado na sua invocação, considerando-se, em consequência, liberto de cumprir; por outro, essa mesma inércia faz com que o credor deixe de merecer tutela jurídica, pois lhe foi dada oportunidade razoável para exercer o seu direito e não o fez.

Como facilmente se deixa ver, este problema situa-se numa *rota de colisão* entre valores jurídicos contraditórios. No plano da *Justiça*, a prescrição

[1] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 445 (em itálico no texto).

não tem razão de ser, pois o devedor, que não realizou, *de facto*, a prestação, havia de considerar-se vinculado até o credor lha exigir; por muito tempo que passe, nesta perspectiva, ele nunca pode dizer que não deve, se ainda não cumpriu. Mas razões de *certeza* ou *segurança* nas relações jurídicas impõem, bem compreensivelmente, consequências desfavoráveis para a inércia prolongada do credor, pelo não exercício do direito ou pelo seu exercício tardio. Pesa, aqui, a necessidade de tutela da *esperança* de o devedor não ter de cumprir e, ainda, de prevenção de consequências decorrentes da eventual dificuldade de, passado *muito tempo*, se fazer prova do cumprimento, porventura, já realizado.

Sendo estas as coordenadas que balizam o problema, a eficácia da prescrição só é legítima até onde se obtenha a conciliação dos valores em conflito. Esta alcança-se, em termos gerais, pela seguinte via: por um lado, é de admitir a possibilidade de o devedor se opor a um pedido de cumprimento por parte do credor menos diligente; mas se o devedor, embora tardiamente, cumprir, há-de admitir-se que cumpriu bem.

O entendimento contrário, atribuindo à prescrição o efeito de extinção automática do direito não exercido, conduziria a consequências exorbitantes e não justificadas[1].

IV. Importa apurar se as considerações acima expostas presidem ao regime da prescrição, tal como está consagrado no Código Civil.

Segundo o disposto no n.º 1 do seu art. 304.º, o decurso do prazo prescricional dá ao devedor «a faculdade de recusar o cumprimento da prestação ou de se opor, por qualquer modo, ao exercício do direito prescrito». A um primeiro exame, esta norma poderia sugerir uma extinção do direito, mas o n.º 2 do mesmo preceito logo introduz uma nota complementar que afasta radicalmente tal entendimento. Assim, mesmo depois de declarada a prescrição, se o devedor cumprir, cumpre bem e não pode obter a repetição da prestação feita[2].

Configura-se, portanto, o regime próprio de uma obrigação natural. Dito por outras palavras, o cumprimento da obrigação prescrita corresponde a um dever de justiça, mas não pode ser judicialmente exigido.

V. Deste modo, a solução do Direito positivo acomoda-se à adequada, *de iure condendo*, e à justa composição dos valores e interesses em conflito. Mas, para além disso, fornece elementos que permitem fazer uma análise crítica da noção preliminar acima exposta. A ideia que a ela preside é fun-

[1] Cfr. est. cit. de Vaz Serra, *in* BMJ, n.º 105, págs. 32-34.

[2] O mesmo regime vale para os demais casos de satisfação do crédito prescrito, como expressamente estatui a segunda parte do citado n.º 2.

damentalmente correcta, se lhe for aditada uma nota tendente a significar a subsistência de uma obrigação natural. Por outro lado, por não ser essencial ao conceito, pode eliminar-se o elemento relativo à variabilidade dos prazos de prescrição.

Tendo presentes estas observações, define-se prescrição como *a extinção de direitos por efeito do seu não exercício dentro do prazo fixado na lei, sem prejuízo de se manter devido o seu cumprimento como dever de justiça.*

712. Âmbito da prescrição e não uso

I. O âmbito da prescrição fixa-se mediante a delimitação dos direitos que se podem extinguir se o seu exercício não ocorrer durante um certo período de tempo.

A este respeito, e retomando observações já antes feitas, cabe reconhecer que o instituto tem como seu campo natural o Direito das Obrigações, mas não é privativo deste ramo de Direito. A este respeito não se podem levantar dúvidas sérias no plano do direito legislado, pois se encontra a consagração deste entendimento no n.º 1 do art. 298.º do C.Civ.

Esta configuração da prescrição como *instituto geral*, aplicável ao exercício da generalidade dos direitos, só sofre duas limitações; nos termos da parte final do citado artigo, há direitos imprescritíveis, por natureza e por disposição da lei.

II. Na primeira categoria situam-se os *direitos indisponíveis*, ou seja, aqueles em relação aos quais é irrelevante a vontade do titular para efeito da sua renúncia ou do seu exercício. Como bem se compreende, as considerações que presidem à indisponibilidade de um direito impõem a sua imprescritibilidade. Nem podia ser doutro modo, mesmo no plano prático, sob pena de se correr o risco de o credor alcançar, pela via da prescrição, o que não podia obter directamente pela renúncia do direito.

Situam-se nesta categoria de direitos imprescritíveis, enquanto indisponíveis, em geral, os direitos da personalidade, os direitos inerentes ao estado e capacidade das pessoas, os direitos da família de conteúdo não patrimonial …

Para além destes, a imprescritibilidade dos direitos pode resultar directamente de disposição da lei, como logo acontece no n.º 3 do art. 298.º Estão aí compreendidos os direitos de propriedade, usufruto, uso e habitação, superfície e servidão, ou seja, a generalidade dos direitos reais de gozo. Note-se, porém, que estes direitos se podem extinguir pelo *não uso,* como nesse mesmo preceito se diz.

O *não uso*, como exposto noutro local[1], «consiste no *não exercício* reiterado do direito, sendo, em geral, indiferente a causa de abstenção do seu titular». Em regra, o período de não exercício relevante é de 20 anos [cfr. art. 1476.º, n.º 1, al. *c*), do C.Civ.].

III. Como adiante melhor se dirá, a prescrição aproxima-se, em alguns aspectos, da caducidade, nem sempre sendo fácil estabelecer as fronteiras entre os dois institutos.

Reside aí a razão de ser da fixação, no n.º 2 do art. 298.º, de um critério de destrinça prática das duas figuras. Embora a função da lei não seja a de estabelecer as noções de prescrição e de caducidade ou, sequer, a de demarcar estas figuras, sob o ponto de vista dogmático, nem por isso ela deixa de fornecer uma boa pista para o efeito.

Na verdade, o preceito manda aplicar o regime da caducidade quando, por força da lei ou da vontade das partes, se imponha o exercício de certo direito dentro de certo prazo[2]. No seu entendimento adquado, este preceito chama a atenção para os seguintes aspectos. Na caducidade está em causa um verdadeiro prazo, peremptório, de exercício do direito. Na prescrição, em rigor, não se fixam prazos de exercício do direito, mas apenas prazos a partir dos quais o devedor se pode opor ao exercício do direito, por não ser mais *razoável*, embora seja possível, exercê-los. Por isso, invocada a prescrição, a obrigação subsiste como *natural*, enquanto na caducidade o direito se extingue, sem mais.

713. Modalidades da prescrição

I. A doutrina e a lei apontam duas modalidades de prescrição: a *presuntiva* e a *ordinária*.

À *prescrição ordinária* cabe plenamente a noção de prescrição acima dada. Na exposição subsequente vai ser tida em conta, em particular, esta modalidade de prescrição, pelo que apenas são, de seguida, fixados os traços mais relevantes da prescrição presuntiva.

II. A *prescrição presuntiva*, como se deduz do art. 312.º do C.Civ., consiste numa mera presunção de cumprimento. Isto significa que, uma vez decorridos os prazos estatuídos na lei, nesta modalidade de prescrição *apenas* se presume que o devedor cumpriu. Em geral, trata-se de dívidas que é habitual

[1] *Lições de Direitos Reais*, págs. 267-268.

[2] Este regime só é afastado se a própria lei se referir expressamente à prescrição.

satisfazer em prazos muito curtos [arts. 316.º e 317.º[1]] e em que é frequente também não passar documento de quitação.

Deste modo, a nota dominante e justificativa da prescrição presuntiva é a de, por este meio, pôr o devedor a coberto dos riscos ou dificuldades da prova do pagamento, passado certo tempo, tido como razoável para o cumprimento. Este desiderato alcança-se pela inversão do ónus da prova, própria das presunções. Em regra, caberia ao devedor provar o cumprimento; contudo, como ele beneficia da presunção, tem o credor de provar o não cumprimento (art. 342.º, n.º 2, do C.Civ. e, ainda, arts. 786.º e 787.º do mesmo Código).

Seria, porém, injusto que a presunção envolvesse a liberação absoluta do devedor, quando ele não houvesse efectivamente cumprido. Atendendo a este aspecto, a presunção de cumprimento é ilidível, por prova feita pelo credor no sentido de não ter havido pagamento. São, porém, muito limitados os meios de prova de que o credor se pode socorrer, pois se reduzem à confissão do devedor, seja ele o originário ou o que sucedeu na dívida (art. 313.º, n.º 1, do C.Civ.).

A confissão do devedor – consistindo no reconhecimento de não ter cumprido – pode ser judicial ou extrajudicial, conforme seja ou não feita em juízo. A confissão judicial pode ser *expressa* ou *tácita*. A primeira consiste em o devedor declarar – de modo directo – que não pagou; a segunda deduz-se de certos comportamentos adoptados pelo devedor, em juízo, incompatíveis com a prescrição. A lei enumera dois casos de confissão tácita e dá uma noção geral da mesma.

Há confissão tácita, ficando ilidida a presunção de cumprimento, como se diz no art. 314.º, se o devedor se recusar a prestar depoimento ou a prestar juramento em tribunal. Mas há também confissão tácita, nos termos desse mesmo artigo, se o devedor praticar em tribunal «actos incompatíveis com a presunção de cumprimento». Integrando esta norma por recurso à noção de declaração tácita, há confissão se da conduta do devedor em juízo se deduzir, «com toda a probabilidade», que ele ainda não cumpriu (art. 217.º, n.º 1, do C.Civ.).

714. Prazos prescricionais

I. A duração do prazo prescricional é um dos pontos comuns do regime da prescrição para além de, como resulta da exposição anterior, manter estreita ligação com as modalidades da prescrição. Cabe, por isso, fazer-lhe

[1] Por isso, também se designa esta modalidade como *prescrição de curto prazo*.

referência na sequência dessa matéria. Como bem se compreende, nem todos os direitos devem prescrever ao fim do mesmo lapso de tempo, estando a sua diferente duração em relação com a própria natureza do direito. Em termos gerais, pode dizer-se que interferem com este problema a importância do próprio crédito, nomeadamente quanto ao seu valor, e os hábitos sociais correntes quanto à sua normal exigência.

Em função destas considerações, existem no Direito Civil português três tipos de prazos: *prazo ordinário*, *prazos especiais* e *prazos presuntivos* ou *curtos prazos*. Os dois primeiros tipos referem-se à prescrição ordinária; o último é próprio da prescrição presuntiva.

II. O *prazo ordinário* da prescrição é de vinte anos, como se estatui no art. 309.º do C.Civ. Na prescrição ordinária há, porém, ainda casos de prazos especiais, inferiores a vinte anos, entre os quais avulta o prazo de cinco anos, estabelecido no art. 310.º para vários créditos, ligados pelo traço comum de os respectivos direitos terem, em geral, por objecto prestações periódicas. Por outro lado, estes prazos valem para cada uma das prestações que se vão vencendo e não para a obrigação no seu todo.

Os prazos presuntivos caracterizam-se por serem muito curtos, prevendo o C.Civ. dois tipos: prazos de seis meses (art. 316.º) e de dois anos (art. 317.º).

SECÇÃO II
Regime Jurídico

715. Razão de ordem

Os problemas fulcrais da prescrição reconduzem-se, no essencial, ao regime do prazo prescricional. Nesse domínio, por seu turno, tudo gira em redor do modo como o prazo prescricional se conta. Embora prevaleçam, em princípio, as regras já conhecidas sobre a contagem do tempo em geral, algumas particularidades há a assinalar pelo que respeita ao início da contagem do prazo e à sua suspensão e interrupção.

São estes os pontos que, de seguida, vão ser objecto de exposição.

Contudo, como questão prévia a esta matéria, importa saber se a vontade das pessoas envolvidas na prescrição pode interferir – e até que ponto – com o seu regime.

Quanto a este, para além das questões directamente ligadas à noção de prescrição presuntiva e à particular duração dos respectivos prazos, vale indistintamente para as suas duas modalidades.

716. Relevância da vontade na fixação do regime da prescrição

A prescrição é um instituto subtraído em larga medida à autonomia privada, por razões que se prendem com o seu próprio fundamento. Esta nota projecta-se, como é manifesto, no valor dos actos jurídicos relativos ao seu regime.

Assim, segundo o art. 300.º do C.Civ., são feridos de nulidade os negócios jurídicos destinados a modificar os prazos prescricionais fixados na lei e a facilitar ou a dificultar os requisitos de que depende a eficácia da prescrição.

Este tratamento da matéria tem projecção imediata sobre a possibilidade de o beneficiário da prescrição a ela renunciar. Por força do n.º 1 do art.

302.º – *a contrario* –, está-lhe vedada a possibilidade de renúncia, quer antes de iniciado o respectivo prazo, quer no decurso dele.

Deste modo, desenha-se, neste domínio, uma total indisponibilidade do beneficiário da prescrição, quanto a esta. Assim, ele não pode renunciar a ela previamente, como não pode, validamente, aceitar prazos mais longos, ou fixar prazos mais curtos, ou estabelecer causas de suspensão ou interrupção não fixadas na lei, ou retirar relevância às nela previstas.

717. Contagem do prazo prescricional

I. O primeiro problema levantado pela contagem do prazo de prescrição consiste em saber quando ele começa a correr. A esta matéria referem-se especificamente os arts. 306.º e 318.º a 320.º do C.Civ.

Em termos gerais, a contagem do prazo de prescrição começa no momento em que o direito pode ser exercido. Este princípio, contido na primeira parte do n.º 1 do art. 306.º, tem a sua justificação última na própria razão de ser do instituto da prescrição; com efeito, se esta se funda na inércia injustificada do credor, quando não exerce atempadamente o seu direito, só a partir do momento em que ele está em condições de o fazer se justifica começar a contar o prazo que, uma vez preenchido, vai determinar a prescrição.

Este regime é de aplicação menos nítida quando o momento a partir do qual o direito se pode exercer está dependente de circunstâncias especiais, como acontece na prestação sem prazo ou sujeita a condição ou termo suspensivos, e, ainda, na obrigação sujeita a condição potestativa *cum potuerit*. A tais casos particulares se referem os vários números do art. 306.º Em todos, o problema a resolver é o da fixação do momento a partir do qual se deve considerar que o credor está em condições de exigir o cumprimento.

II. Razões de ordem diversa podem interferir com o início do prazo prescricional. Trata-se agora de a obrigação ser exigível, mas ocorrerem circunstâncias particulares que dificultam ao credor o exercício do direito, ou que justificam a sua inércia, decorrentes da existência de relações especiais que o ligam ao devedor. Compreende-se que em tais casos a prescrição não possa começar a correr, sendo, por isso, irrelevante o simples facto de a obrigação ser exigível. A eles se referem os arts. 318.º a 320.º do C.Civ.

As causas de impedimento do início do curso do prazo prescricional reconduzem-se a três tipos:

a) existência de relações especiais entre o credor e o devedor (várias alíneas do art. 318.º);

b) falta ou insuficiência da representação de incapazes, quando se trate de direitos compreendidos no âmbito da sua incapacidade (art. 320.º);

c) outras situações relevantes, justificativas do não exercício do direito (caso do serviço militar, em determinadas circunstâncias), previstas no art. 319.º

Em termos gerais, pode assim dizer-se que, nos casos expostos, o prazo prescricional só começa a correr quando cesse a causa justificativa do não início de contagem do prazo.

III. Uma vez iniciado o seu curso, a contagem do prazo prescricional segue as regras gerais da contagem do tempo, como resulta, de resto, de forma inequívoca, do art. 296.º do C.Civ. Assim, nomeadamente, iniciado o curso do prazo prescricional, ele conta-se, em princípio, ininterruptamente. Há, porém, duas importantes excepções, decorrentes do regime de *suspensão* e *interrupção* da prescrição.

718. Suspensão da prescrição

I. A *suspensão* do prazo prescricional consiste em não se contar o período de tempo decorrido enquanto se verificar a causa que a determina. Estas causas podem revestir várias modalidades e dividir-se em categorias, quanto ao seu efeito. Com base em tal critério, há a distinguir[1]:

a) causas suspensivas do curso da prescrição;

b) causas suspensivas do termo da prescrição.

A diferença entre elas decorre do facto de, no primeiro caso, o prazo da prescrição deixar de correr, enquanto a situação se mantiver. Assim, se o credor e o devedor contraírem casamento entre eles, a prescrição não corre, enquanto o matrimónio não se dissolver [al. *a*) do art. 318.º].

No segundo caso, a causa suspensiva impede o preenchimento do prazo prescricional, enquanto não decorrer certo período de tempo para além do momento da cessação da respectiva causa. Assim, sendo o credor menor, ainda que tenha representante legal ou quem administre os seus bens, a prescrição não se tem por verificada antes de decorrido um ano sobre o termo da sua incapacidade (n.º 1 do art. 320.º, *in fine*).

II. As causas suspensivas da prescrição podem ainda ordenar-se em função da sua própria natureza. Cabe então distinguir, seguindo a Lição de Manuel de Andrade[2]:

---

[1] A lei fala também em suspensão da prescrição a propósito de situações que impedem o início da contagem do prazo prescricional. Não parece, porém, muito correcto falar-se em suspensão de um prazo que ainda não começou a contar-se; daí a autonomização dessa matéria.

[2] *Teoria Geral*, vol. II, págs. 456-457.

a) *causas suspensivas subjectivas*, as quais podem ainda ser *bilaterais* ou *unilaterais*;
b) *causas suspensivas objectivas*[1].

Como a própria designação sugere, as primeiras correspondem a situações referidas às pessoas do credor e do devedor (bilaterais) ou só à pessoa do credor (unilaterais). As causas suspensivas objectivas respeitam a factos não relativos à qualidade ou situação da pessoa do credor, ou do devedor, mas que decorrem de situações exteriores a eles.

São causas suspensivas subjectivas bilaterais as enumeradas no art. 318.º do C.Civ. São causas suspensivas subjectivas unilaterais as referidas nos arts. 319.º e 320.º Finalmente, são causas objectivas a força maior e o dolo provocado pelo devedor, referidos no art. 321.º

719. Interrupção da prescrição

I. Diferente é o regime da *interrupção* da prescrição. Nesta, não se considera o tempo decorrido até o momento da verificação do facto interruptivo, que fica inutilizado, iniciando-se a contagem de novo prazo a partir da ocorrência desse facto ou do termo da sua relevância (art. 327.º do C.Civ.).

O novo prazo é igual ao primeiro, salvo o regime especial do art. 311.º (art. 326.º do C.Civ.).

As causas interruptivas da prescrição podem ser de duas modalidades, consoante resultem de acto do credor ou de acto do devedor.

II. Pelo que respeita à *interrupção da prescrição por acto do credor*, o primeiro aspecto a salientar é o de ele ter de envolver a intenção de exercer o direito, como, de resto, o próprio legislador impõe no n.º 1 do art. 323.º do C.Civ. Mas, não é qualquer acto do credor, mesmo revestindo esta natureza, que tem o efeito de interromper a prescrição. Por razões de certeza, compreensíveis em matéria tão delicada, a lei impõe a necessidade de esse acto revestir certa forma, para ser relevante. Daí que só interrompam a prescrição:

a) a *citação*[2] do devedor para qualquer acção destinada a fazer valer o direito (n.º 1, primeira parte, do art. 323.º);

b) a *notificação*[3] judicial de qualquer acto que exprima, directa ou indirectamente, a intenção de exercer o direito (n.º 1, *in fine*, do mesmo preceito);

---

[1] Esta classificação pode aplicar-se às causas impeditivas do início da contagem do prazo prescricional.

[2] «A citação é o acto pelo qual se dá conhecimento ao réu de que foi proposta contra ele determinada acção e se chama ao processo para se defender. Emprega-se ainda para chamar, pela primeira vez, ao processo alguma pessoa interessada na causa» (art. 228.º, n.º 1, do C.P.Civ.).

[3] A notificação é o acto judicial pelo qual se chama alguém a juízo ou se lhe dá conhecimento de um facto, sempre que não seja caso de citação (n.º 2 do art. 228.º do C.P.Civ.).

c) *qualquer outro meio judicial* pelo qual se comunique ao devedor um acto que envolva intenção de exercer o direito (n.º 4 do art. 323.º);

d) o *compromisso arbitral* (art. 324.º)[1].

Note-se que, nos casos das als. *a*) e *b*), é indiferente o tipo de acção onde se verifica a comunicação do acto, pelo que o efeito interruptivo se produz mesmo que o tribunal não seja competente e ainda quando ocorra a intervenção de tribunal arbitral.

Por outro lado, em qualquer dos casos, a subsequente anulação da citação ou notificação não invalida o efeito interruptivo da prescrição. Este regime resulta, de forma clara, dos n.os 1 e 2 do art. 323.º e do n.º 2 do art. 324.º do C.Civ.

Outro aspecto relevante do regime da interrupção da prescrição funda-se na circunstância de a citação e a notificação serem, em geral, actos judiciais demorados. Torna-se, por isso, necessário acautelar o credor contra as consequências do seu eventual retardamento, pois, em princípio, só com a sua realização efectiva a interrupção deve operar, não sendo relevante o momento em que tenham sido requeridas. Daí, o n.º 2 do art. 323.º estabelecer que, não se verificando a citação ou a notificação, sem culpa do requerente, até 5 dias após terem sido requeridas (prazo tido pelo legislador como normal e razoavelmente suficiente para a realização de tais actos), a interrupção se verifica logo que decorram esses cinco dias.

III. A *interrupção por acto do devedor* verifica-se quando este reconheça, perante o credor, o direito que lhe assiste (art. 325.º). Esse reconhecimento pode ser expresso ou tácito, sendo de interesse ter aqui presente a distinção entre declaração expressa e tácita. Contudo, a lei é neste segundo caso mais exigente quanto à natureza dos factos concludentes, porquanto, nos termos do n.º 2 do art. 325.º, só há reconhecimento tácito quando este «resulta de *factos que inequivocamente o exprimam*». A razão de ser deste agravamento, em relação ao regime geral da declaração tácita (art. 217.º do C.Civ.), reside, *in casu*, numa necessidade de certeza, bem compreensível em matéria de tão marcada importância no regime das situações jurídicas.

Dois exemplos ajudam a esclarecer o sentido destas modalidades de interrupção. Há reconhecimento expresso, se o devedor escrever uma carta ao titular do direito, afirmando estar a dever-lhe a prestação em causa. Haverá reconhecimento tácito se o devedor pagar os juros do crédito, à medida do seu vencimento.

[1] A notificação é o acto judicial pelo qual se chama alguém a juízo ou se lhe dá conhecimento de um facto, sempre que não seja caso de citação (n.º 2 do art. 228.º do C.P.Civ.).

IV. Importa finalmente realçar, com exemplos, a diferença entre a suspensão e a interrupção da prescrição. Para tanto, considere-se o caso de um direito com prazo de prescrição de cinco anos, sendo ***A*** credor e ***B*** devedor.

Vencido o crédito, em termos gerais, começa a correr o prazo de prescrição. Suponha-se agora que, passado um ano, ***A*** casa com ***B***. Nos termos da al. *a*) do art. 318.º do C.Civ., *suspende-se* então a prescrição e a suspensão mantém-se enquanto o casamento subsistir. Assim, se ao fim de 6 anos o casamento se dissolver, começa então a correr, de novo, o prazo prescricional, que se completará passados 4 anos sobre a dissolução do casamento. Ou seja, o período de tempo já decorrido antes da suspensão conta-se e soma-se ao que venha a decorrer uma vez finda a suspensão.

Considere-se, noutro exemplo, também relativo a um prazo prescricional de 5 anos, que, vencido o crédito e tendo começado a correr o prazo de prescrição, no fim de um ano ***B*** reconhece o crédito de ***A***; ocorre interrupção da prescrição. A partir desse momento o prazo já decorrido fica inutilizado e começa a correr novo prazo de 5 anos.

720. Invocação da prescrição

I. Outro aspecto fundamental do regime da prescrição respeita a saber como ela actua. Rigorosamente, estão aqui em causa três questões: como opera a prescrição, como se invoca e quem a pode invocar.

Quanto ao primeiro ponto, a prescrição opera *ipso iure* ou *ipso facto*. Significa isto que, decorrido o prazo prescricional, o seu efeito se produz, sem necessidade de qualquer acto do devedor, como seja, por exemplo, a comunicação ao credor de que ocorreu a prescrição.

Questão distinta desta é a de saber se, para se valer da prescrição, o devedor tem de a invocar, ou se ela pode ser conhecida oficiosamente pelo juiz. Segundo dispõe o art. 303.º do C.Civ., o juiz não pode conhecer da prescrição *ex officio*, tendo a pessoa interessada de a invocar para ser eficaz. Assim, proposta uma acção para exigir o cumprimento duma obrigação, ainda que do processo resulte ter já decorrido o respectivo prazo prescricional, o juiz não pode declarar extinta a dívida. O devedor, se quiser valer-se da prescrição, tem de vir a tribunal invocar o decurso do prazo prescricional, devendo fazê-lo por via de excepção [art. 487.º, n.º 2, do C.P.Civ.].

II. Finalmente interessa saber quem pode invocar a prescrição.

Como é natural, este direito cabe, primariamente, ao devedor ou ao seu representante e, sendo ele incapaz, ao Ministério Público (art. 303.º, *in fine*).

Há, porém, outras pessoas interessadas em se valer da prescrição, entre as quais se destacam os credores do beneficiário da prescrição. A lei faculta o poder de invocar a prescrição às pessoas com «*legítimo interesse*» em a fazer operar, se o devedor não tomar a iniciativa de a invocar e, mesmo, quando ele haja renunciado à prescrição (n.º 1 do art. 305.º) e haja sido condenado em acção em que a pudesse invocar (n.º 3 do mesmo preceito). Contudo, no caso de o devedor ter renunciado à prescrição, os credores interessados só se podem valer dela se no caso ocorrerem os requisitos próprios da impugnação pauliana (art. 610.º do C.Civ.).

III. A renúncia à prescrição, quando não admitida, é nula, mas não desprovida de qualquer eficácia em todos os casos.

Se o prazo de prescrição estiver já a correr, o acto de renúncia poderá valer como reconhecimento do crédito, com o consequente efeito interruptivo da prescrição[1]. Em suma, a renúncia nula funciona como *facto concludente* do reconhecimento tácito, nos termos do art. 325.º, n.º 2, do C.Civ.[2]

IV. Por força do regime exposto, a lei só admite a possibilidade de o devedor renunciar à prescrição após o preenchimento do respectivo prazo (art. 302.º, n.º 1). A razão de ser deste regime logo se compreende, quando relacionado com o da invocação da prescrição. Como atrás exposto, a prescrição só vale se o devedor a invocar; ora, sendo assim, não faria sentido negar-lhe o direito de a ela renunciar, pois poderia alcançar o mesmo resultado prático não a fazendo valer.

Quando admitida, a renúncia à prescrição pode ser expressa ou tácita e não depende da aceitação do credor. Por outro lado, tem legitimidade para renunciar «quem puder dispor do beneficio que a prescrição tenha criado» (n.os 2 e 3 do art. 302.º). Em geral, esse poder cabe ao devedor, mas, no seguimento do atrás exposto, os credores do beneficiário da prescrição podem atacar a renúncia quando ocorram os requisitos da impugnação pauliana.

[1] Assim o defendia, no domínio do Código de Seabra, Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 455, que fundava a sua opinião no art. 552.º, n.º 4, daquele Código.

[2] Como está sustentado em *A Conversão*, págs. 391-398, afastando expressamente a possibilidade de ver no caso uma aplicação da conversão comum.

CAPÍTULO III
CADUCIDADE

721. Noção de caducidade

I. A *caducidade*, também dita *preclusão*[1], é o instituto pelo qual os direitos, que, por força da lei ou de convenção, se devem exercer dentro de certo prazo, se extinguem pelo seu não exercício durante esse prazo.

Esta noção, extraída, como antes ficou dito, do n.º 2 do art. 298.º do C.Civ., exige, porém, alguns desenvolvimentos.

II. O fundamento da caducidade aproxima-se, de algum modo, do da prescrição, pois em ambos os casos se leva em conta a inércia do titular do direito. Contudo, no caso da caducidade prevalecem sobretudo considerações de certeza e de ordem pública, no sentido de ser necessário que, ao fim de certo tempo, as situações jurídicas se tornem certas e inatacáveis. Considere-se o exemplo, já conhecido, de certos valores negativos do negócio. Seria inadequado que, sendo anulável o negócio jurídico, a parte interessada na anulação pudesse obtê-la a todo o tempo, deixando a contraparte (e mesmo terceiros) na incerteza quanto ao destino do negócio. Impõe-se que o contraente a quem o vício respeita tenha um tempo limitado para optar pela manutenção do negócio ou pela sua destruição.

Ora, esta prevalência de considerações de ordem pública explica que, como de seguida se dirá mais largamente, o prazo de caducidade corra sem suspensão nem interrupção. Pela mesma ordem de razões, em princípio, só o exercício do direito dentro do prazo respectivo impede a sua caducidade.

---

[1] Sobre a caducidade, *vd*. Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, págs. 342-345; e P. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, págs. 391-398. Para maior desenvolvimento, Dias Marques, *Teoria Geral da Caducidade*, Lisboa, 1953; o estudo citado de Vaz Serra, *in* BMJ, n.º 107, págs. 163 e segs.; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. IV, págs. 207 e segs., e *Da Caducidade no Direito português*, *in* Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques, Almedina, 2007, págs. 7 e segs.; e Ana Filipa Morais Antunes, *Prescrição e Caducidade*, já cit.

Assim, e correspondentemente, embora a caducidade apresente algumas semelhanças de regime com a prescrição, verificam-se várias diferenças fundamentais. Estas serão mais bem compreendidas no seguimento da exposição, mas há aspectos gerais que interessa desde já salientar.

III. O prazo de prescrição conta-se, em princípio, a partir do momento em que o direito pode ser exercido pelo seu titular. Por seu lado, a caducidade pressupõe que esteja estabelecido, legal ou convencionalmente, um prazo para o exercício do direito, sendo o decurso deste, sem o direito ser exercido, a causa determinante da sua extinção.

Na sequência desta diferença, importa realçar que, ao contrário da prescrição, a caducidade pode ter fonte convencional e não só legal. É, pois, lícito às partes estipularem, por exemplo, que certo direito, atribuído a uma delas, se extingue se não for exercido dentro de certo período de tempo.

Por outro lado, na prescrição (sem curar agora da presuntiva), extingue-se o direito e a correspondente vinculação, mas apenas como institutos civis; o devedor permanece vinculado em termos de uma obrigação natural. Diferentemente, a caducidade determina a extinção do direito e da correspondente vinculação, sem mais.

Manuel de Andrade concebia a prescrição como instituto próprio dos direitos subjectivos e a caducidade como respeitante a direitos potestativos[1]; mas tal não corresponde totalmente à forma como a lei constrói estes dois institutos. Nesta base, a distinção assenta no diferente sentido dos prazos de prescrição e de caducidade. Nesta, há um verdadeiro prazo peremptório de exercício do direito; naquela, um prazo a partir do qual o exercício do direito deixa de estar na pura dependência da vontade do seu titular, dispondo o devedor de uma *excepção material* de não exercício.

IV. Em face do exposto, a prescrição e a caducidade aplicam-se a casos distintos, segundo o seu regime próprio.

Por isso, o n.º 2 do art. 298.º manda aplicar as regras da caducidade, «quando, por força da lei ou da vontade das partes, um direito deve ser exercido dentro de certo prazo». Contudo, como a parte final desse mesmo preceito deixa perceber, não está excluída a possibilidade de a lei entender aplicável o regime da prescrição e não o da caducidade ao exercício de um direito dependente de prazo. Exemplo significativo desta situação é o do regime do n.º 3 do art. 2308.º do C.Civ., segundo o qual são aplicáveis, ao prazo de anulação ou de declaração da nulidade do testamento, as regras da suspensão e da interrupção da prescrição. Além disso, como ainda melhor se

[1] Cfr. *Teoria Geral*, vol. II, pág. 463.

dirá, tendo a caducidade fonte convencional, havendo dúvida sobre a vontade das partes, são aplicáveis à contagem do respectivo prazo as disposições relativas à suspensão da prescrição.

V. O Código Civil de 1867 não se ocupava da caducidade, muito embora tratasse, como ficou já salientado, a prescrição sob a designação de prescrição extintiva.

O Código vigente regula a matéria da caducidade na última Secção (arts. 328.º a 333.º) do Capítulo dedicado ao tempo e às suas repercussões nas relações jurídicas. Mas, além dessas disposições, ao regime da caducidade interessam ainda alguns preceitos reguladores de aspectos gerais relativos à matéria dos efeitos do tempo nas relações jurídicas, incluídos na primeira secção desse mesmo Capítulo. Entre eles destaca-se o já citado art. 298.º

Finalmente, salvas as correspondentes particularidades de regime, pode ainda haver recurso a disposições relativas à prescrição, que, por vezes, o próprio legislador manda aplicar como normas subsidiárias.

722. Modalidades de caducidade

I. A noção de caducidade aponta de imediato para a possibilidade de haver *caducidade legal* e *caducidade convencional*. Esta distinção, deduzida logo da primeira parte do n.º 2 do art. 298.º, tem o seu seguimento lógico no regime do art. 330.º, n.º 1, onde expressamente se estatui a validade dos negócios «pelos quais se criem casos especiais de caducidade». A liberdade de fixação da caducidade por via convencional sofre, porém, duas limitações.

Desde logo, como bem se compreende, o negócio não é válido quando estejam em causa direitos indisponíveis, por força do n.º 1 do art. 298.º Exemplos flagrantes de tais matérias são os negócios relativos ao estado das pessoas. Assim, por exemplo, as partes não podem convencionar prazos de caducidade diferentes dos legais para o exercício da acção de impugnação da paternidade (art. 1842.º de C.Civ.).

Mas a lei comina também a invalidade dos negócios relativos à caducidade, quando eles importem «fraude às regras legais da prescrição». Dada a proximidade existente entre os dois institutos, havia que prevenir este aspecto, sob pena de as partes poderem, pela via da caducidade, afastar normas inderrogáveis em matéria de prescrição. Exemplo sintomático é o relativo ao prazo de prescrição que não pode ser alterado (art. 300.º); ora, não fora esta limitação, tornava-se menos clara a validade do negócio que estipulasse um prazo de caducidade para o exercício de certo direito, superior ao

correspondente prazo de prescrição. Nos termos expressos da parte final do n.º 1 do art. 330.º do C.Civ., tal negócio é nulo.

II. Para além destes limites, é válida a estipulação de prazos de caducidade por vontade das partes. O n.º 1 do art. 330.º reconhece ainda às partes ampla liberdade de convencionarem o regime da caducidade que melhor entenderem, pois admite, sem outras restrições além das já referidas, que «se modifique o regime legal da caducidade».

Em face desta norma, o regime da caducidade convencional depende também de estipulação das partes; só se estas nada regularem a tal respeito lhe serão aplicáveis as normas que regem a caducidade legal. Mas, ainda assim, com uma importante diferença, contida na disposição do n.º 2 do art. 330.º

Para bem se compreender o alcance deste preceito, importa ter presente que, em princípio, o prazo de caducidade não se suspende. Ora, no caso de caducidade convencional, se as partes nada estipularem a esse respeito, ou na dúvida sobre o sentido da sua vontade, «são aplicáveis […] as disposições relativas à suspensão da prescrição».

Segundo a Lição de Pires de Lima e Antunes Varela[1], como o n.º 2 do art. 330.º do C.Civ. nada diz quanto à interrupção, não vale este preceito para aplicação das regras sobre a interrupção da prescrição. Assim, salvo o regime contido no art. 331.º desse Código, a interrupção é irrelevante em matéria de caducidade (cfr. art. 328.º).

Deste modo, na subsequente análise do regime da caducidade só faz sentido atender à legal. Contudo, o seu regime aplicar-se-á supletivamente aos casos de caducidade convencional. Vão, pois, de seguida ser referidos os traços mais salientes da caducidade legal. Para maior facilidade de estudo – e até de confronto entre os dois institutos – segue-se o esquema adoptado para matéria equivalente em sede de prescrição.

723. Regime da caducidade

I. A lei não estabelece prazos gerais de caducidade ao contrário do que sucede quanto à prescrição. A fixação do prazo de caducidade legal é casuística, ou seja, feita pelo legislador para cada caso concreto. Daqui resulta, como é natural, uma grande diversidade de prazos, consoante as exigências de cada direito, não se tornando viável a sua redução a casos típicos.

Alguns exemplos de caducidade foram encontrados ao longo deste estudo; entre eles ressaltam os prazos para exercício do direito potestativo

[1] *Código Civil*, vol. I, pág. 295.

de anulação ou de modificação de negócios jurídicos afectados de certos vícios.

II. Um dos aspectos de maior afastamento do regime da caducidade, no seu confronto com o da prescrição, respeita ao poder dispositivo do beneficiário da caducidade, relativamente ao seu regime jurídico.

Com efeito, o art. 330.º do C.Civ. deixa um amplo campo, onde a vontade das partes se pode manifestar validamente. Para além do já exposto sobre a livre criação de casos de caducidade convencional, são válidos os negócios jurídicos relativos à modificação do regime legal da caducidade e à renúncia da caducidade.

Os únicos limites legais nesta matéria são precisamente os mesmos antes enumerados quanto à caducidade convencional. Deste modo, os negócios modificativos do regime legal da caducidade e de renúncia não são válidos quando respeitem a direitos indisponíveis, ou quando envolvam fraude às regras legais da prescrição; assim resulta da parte final do n.º 1 do citado art. 330.º

724. Contagem do prazo de caducidade

I. À semelhança do sistema adoptado para a prescrição, em matéria de contagem do prazo de caducidade, será referido, num primeiro momento, o problema do seu início.

O legislador estabeleceu a tal respeito, no art. 329.º, um princípio geral, nos seguintes termos: «o prazo de caducidade […] começa a correr no momento em que o direito puder legalmente ser exercido […]». Contudo, este mesmo preceito ressalva a hipótese de a lei fixar outra data para começo de contagem do prazo. Cabe reconhecer, neste domínio, que, com alguma frequência, o legislador afasta aquele princípio geral e disso foram encontrados também vários exemplos no regime dos valores negativos do negócio jurídico.

II. Em matéria de contagem do prazo de caducidade aplicam-se, em princípio, tal como na prescrição, as regras gerais, com uma importante diferença. Na caducidade vale muito mais plenamente o princípio segundo o qual o tempo se conta ininterruptamente. Com efeito, como resulta do art. 328.º do C.Civ., «o prazo de caducidade não se suspende nem se interrompe, senão nos casos em que a lei o determine». Assim, se a lei, em cada caso concreto, não admitir, expressamente, a suspensão e a interrupção do prazo de caducidade (ou algum destes institutos), o prazo corre sempre sem intermitências de qualquer ordem.

Este princípio acarreta um importante corolário; a única forma de evitar a caducidade é praticar, dentro do prazo correspondente, o acto que tenha o efeito impeditivo. Assim, por exemplo, se o prazo respeita ao exercício de acção judicial de anulação de um negócio jurídico, a única forma de evitar a caducidade de tal direito é propor a acção judicial dentro do prazo correspondente.

Note-se que a prática do *acto impeditivo* da caducidade tem um sentido diferente do *facto interruptivo*, na prescrição. No caso de interrupção, após cessar o efeito interruptivo, conta-se novo prazo; na caducidade a prática do acto impeditivo resolve, em geral[1], o problema, pois ele implica o exercício do direito, não mais fazendo sentido falar em caducidade do mesmo.

Este regime sofre uma atenuação no caso de a caducidade respeitar a direitos disponíveis. Em tal hipótese, por força do n.º 2 do art. 331.º, a caducidade também é impedida pelo «reconhecimento do direito por parte daquele contra quem deve ser exercido». Vale para este reconhecimento o regime exposto quanto ao acto impeditivo, no seu confronto com a interrupção da prescrição. Também aqui se não justifica a abertura de novo prazo de caducidade[2]. Quando muito, pode surgir outro direito, a que corresponda novo prazo, de prescrição ou de caducidade, como sucede no regime de denúncia de defeitos no contrato de empreitada (arts. 1220.º e 1224.º do C.Civ.)[3].

Compreende-se este regime se se atentar na própria natureza do acto de reconhecimento, no campo da caducidade, como se demonstra com um exemplo simples, relativo ao direito de anular um negócio viciado por dolo; se o deceptor reconhecer o direito à anulação e as partes anularem o negócio por acordo (n.º 1 do art. 291.º), o direito à anulação foi satisfeito e não faz mais sentido falar na sua caducidade.

725. Invocação da caducidade

I. O regime de invocação da caducidade apresenta algumas diferenças quando confrontado com o da prescrição, embora também possam ser encontrados certos pontos de contacto. Assim, é igualmente aplicável o regime exposto sobre a relevância do decurso do prazo. Também na caducidade esse facto vale por si mesmo, não carecendo o beneficiário de comunicar ao titular do direito que dela se pretende valer.

Mas em tudo o mais há significativas diferenças.

---

[1] Cfr., contudo, art. 332.º do C.Civ., que importa certo desvio a este regime.

[2] *Vd.*, neste sentido, Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil*, vol. I, pág. 296.

[3] Cfr. outro exemplo *apud* AA. cits. na nota ant.

II. Assim, diversamente do que sucede na prescrição, domina, em certos casos, em matéria da caducidade, o princípio do seu conhecimento oficioso pelo juiz. Tal implica a possibilidade de a caducidade ser apreciada pelo juiz, se o processo lhe facultar para tanto elementos, mesmo quando a parte interessada não a invoque (n.º 1 do art. 333.º), com as limitações, já referidas noutras sedes, decorrentes do disposto no n.º 3 do art. 3.º do C.P.Civ. Este regime só se aplica, porém, em matérias que não estejam na disponibilidade das partes.

Se a caducidade respeitar a matérias que estão na disponibilidade das partes, o n.º 2 do art. 333.º manda aplicar o art. 303.º do C.Civ.; assim, nesses casos, o juiz não pode conhecer, de ofício, da caducidade, carecendo a mesma de ser invocada pelo interessado.

III. E quanto ao momento da invocação?

Na sequência do regime exposto quanto à posição do tribunal, é compreensível que, no primeiro caso, a invocação da caducidade não dependa de formalidade especial. Este regime extrai-se do n.º 1 do art. 333.º, quando nele se afirma que a caducidade «pode ser alegada em qualquer fase do processo». No segundo caso, aplica-se o regime equivalente ao da invocação da prescrição.

A lei não toma posição quanto ao problema de saber quem pode invocar a caducidade. O problema não tem relevância prática quando a caducidade é de conhecimento oficioso; mas o mesmo não se pode dizer quando o seu regime, neste aspecto, é coincidente com o da prescrição. A remissão do n.º 2 do art. 333.º para o art. 303.º não resolve totalmente o problema, que consiste aqui em saber se é então aplicável o disposto no art. 305.º, ou seja, se os credores do devedor interessado em invocar a caducidade, ou terceiros com legítimo interesse na sua declaração, se podem valer da caducidade. Com algumas dúvidas, a similitude das situações que neste caso se desenha entre os dois institutos – mesmo ao nível da lei – justifica identidade de tratamento do problema.

PARTE IV
A Garantia

TÍTULO I
PRELIMINARES

726. Generalidades

I. A garantia da relação jurídica constitui a *diferença específica* que a demarca das relações da vida social, dando-lhe o tom próprio da juridicidade. Traduz, no plano da relação jurídica, a coercibilidade das normas de Direito. Através dela, fica assegurada ao titular dos poderes jurídicos que integram o conteúdo da relação a tutela jurídica, em vista da realização, tanto quanto possível efectiva, do seu interesse[1].

A garantia acompanha, assim, as relações jurídicas, numa forma latente mas pronta a actuar, quando a realização do correspondente interesse seja posta em causa. Deste modo, se a relação jurídica se desenvolver com normalidade, se, *v.g.*, o devedor cumprir pontualmente a vinculação a que está adstrito, a garantia jurídica passa despercebida.

II. Para a garantia surgir com mais evidência e passar de potência a acto, há-de ocorrer uma circunstância anómala na relação jurídica, a qual consiste, em termos gerais, numa violação ou, ao menos, numa ameaça de violação do direito.

---

[1] Sobre a matéria da garantia, *vd.*, em geral, Cabral de Moncada, *Lições*, vol. II, págs. 451 e segs.; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 359 e segs.; C. Mota Pinto, *Teoria Geral*, págs. 663 e segs.; Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, vol. III, págs. 316 e segs.; Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. IV, págs. 401 e segs.; e P. Pais de Vasceoncelos, *Teoria Geral*, págs. 292 e segs. Em particular, Oliveira Ascensão, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 13.ª ed. ref., Almedina, 2005, quanto às sanções jurídicas, págs. 64 e segs., e, quanto à coercibilidade e aos meios de tutela jurídica, págs. 89 e segs.

Em tal caso, pode o seu titular recorrer a diversos meios de agir, postos ao seu dispor pelo Direito, e que visam, justamente, assegurar a cessação da violação ou da ameaça e a realização do seu interesse, que por tal motivo estava posto em causa.

Por assim ser, já o estudo da garantia há-de ser orientado para a análise dos meios técnicos que o Direito constrói e põe na disponibilidade do titular do poder jurídico, em vista da efectiva realização do seu interesse, quando ela não seja obtida pela actuação voluntária do sujeito passivo.

727. Modalidades da garantia

A intervenção da garantia jurídica, para realização efectiva do interesse, quando não assegurado espontaneamente pelo sujeito passivo, ou para o repor, quando violado ou ameaçado, apresenta-se sob múltiplas facetas, que se prendem com a diversidade de formas de que a violação do direito se pode revestir e, também, com a sua diferente natureza.

Mais uma vez, nesta matéria, o âmbito do estudo se clarifica pelo recurso à classificação das várias modalidades em que a garantia se manifesta. Vão, por isso, ser expostas as mais relevantes no Direito Civil, segundo vários critérios que atendem ao *modo*, ao *momento* e à *forma* como a garantia actua, deixando desde já referido tratar-se de classificações relativas a vários aspectos sobreponíveis, como melhor resulta da exposição subsequente.

Com base naqueles critérios, são distintas, segundo a ordem indicada, as:

a) *garantia* (ou *justiça*) *privada* e *garantia* (ou *justiça*) *pública*;

b) *garantia preventiva* e *garantia repressiva*;

c) *garantia específica* e *garantia substitutiva*; *garantia directa* e *garantia indirecta*.

728. Garantia pública e garantia privada

I. Tomando em conta o modo como actua a garantia, é clássica a distinção entre *garantia pública* e *garantia privada* ou, como mais correntemente se diz, entre *justiça pública* e *justiça privada*. São sugestivas, em si mesmas, as designações destas modalidades, pelo que se podem definir em termos simples.

A *garantia* diz-se *privada* quando é o próprio titular do direito, carecido de defesa, que, pelos seus próprios meios, nomeadamente pelo recurso à força física, assegura a satisfação do interesse violado ou ameaçado. Por isso, se identifica esta modalidade como *justiça privada*, *autodefesa* ou *autotutela*.

Há *garantia pública* quando a tutela do direito se obtém pelo recurso à força pública, do Estado, organizada em vista da defesa dos interesses particulares,

quando ameaçados ou violados. Essa força pública apresenta-se sob várias modalidades (desde as forças de segurança pública – polícia – aos tribunais), constituindo em qualquer caso uma manifestação do próprio poder de mando do Estado. No âmbito da *Teoria Geral* releva em particular o poder judiciário (e os seus órgãos, os tribunais), actuando então a garantia pela intervenção desse poder na resolução dos conflitos emergentes da violação dos direitos e na sua realização efectiva, quando necessária, a solicitação (em termos gerais) do próprio interessado.

II. Constitui, sem dúvida, um marco fundamental da evolução jurídica – se não mesmo da evolução da civilização – a progressiva passagem de um sistema de autotutela dos direitos, dominante nas formas mais antigas de sociedade, para um regime de predominância da tutela pública, actuando a justiça privada só quando, a título excepcional, é admitida. Nesta fase actual da civilização e dos sistemas jurídicos, o lesado, para ele próprio agir legitimamente, não pode restituir-se, por suas próprias mãos, à situação anterior à lesão; antes tem de recorrer à força pública, *maxime*, ao tribunal, para obter a protecção ou a reparação que lhe seja devida.

Já se deixa ver, este é também o sistema dominante na ordem jurídica portuguesa, consagrado em mais de um diploma legal, nomeadamente no texto constitucional (arts. 202.º e 203.º). No plano do Direito ordinário, cumpre salientar o art. 1.º do C.P.Civ. que, de forma muito incisiva, prescreve: «a ninguém é lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, salvo nos casos e dentro dos limites declarados na lei». Em consonância com este princípio, só nos casos especialmente previstos na lei é legítimo o recurso à autotutela; no campo do Direito Civil, em geral, é nos arts. 336.º e seguintes do C.Civ. que esses meios de tutela são enumerados.

De acordo com este sistema, o n.º 2 do art. 2.º do C.P.Civ., na sua actual versão, afirma outro princípio fundamental, segundo o qual «a todo o direito […] corresponde a acção adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da acção». Esta afirmação de correspondência do direito de acção judicial a cada direito atribuído às pessoas é a via de assegurar a eficácia da justiça pública, na garantia dos direitos de cada um.

O princípio enunciado tem várias manifestações concretas, algo redundantes, em preceitos do Código Civil (cfr. arts. 817.º, 827.º, 828.º e 1311.º).

729. Garantia preventiva e garantia repressiva

I. A distinção entre *garantia preventiva* e *garantia repressiva* atende ao *momento* em que a tutela jurídica opera.

A intervenção tutelar do Direito, em relação aos interesses por ele assegurados, pode traduzir-se em medidas tendentes a evitar ou prevenir a verificação da violação. Há, então, *garantia preventiva*.

A função das forças de polícia pode dizer-se orientada primariamente nesse sentido. Nos termos do n.º 1 do art. 272.º da Const., a polícia tem por funções «defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos». Este mesmo preceito estabelece algumas normas fundamentais sobre o regime das forças de polícia.

Em termos gerais, tais normas são determinadas pela preocupação de evitar a prática de actos violadores dos interesses alheios, dirigidas à eliminação das circunstâncias que podiam permitir ou facilitar a violação. Para além disso, prevêem-se meios de dissuasão do eventual violador.

II. Contudo, como é do conhecimento geral, os meios de garantia preventiva são, infelizmente, em muitos casos, ineficazes. O Direito tem, então, de intervir após a consumação da ameaça ou da violação dos direitos, ou seja, a título repressivo, e procurando obviar aos inconvenientes dela resultantes. Neste caso, há *garantia repressiva*.

Estas duas modalidades de garantia podem verificar-se tanto no caso da tutela privada como no de tutela pública, sendo certo que os meios de garantia repressiva, quando eficazes, podem também desempenhar uma função preventiva geral, sobretudo como elementos de dissuasão de comportamentos violadores, pelo receio da sua aplicação e dos inconvenientes dela resultantes.

730. Garantia específica e garantia substitutiva

I. A garantia, pública ou privada, deve revestir várias formas, para melhor se ajustar às particularidades de cada caso de ameaça ou de violação dos direitos. Considerando este aspecto, estabelece-se uma primeira distinção entre o que se designa por *garantia específica* e por *garantia substitutiva*.

A intervenção da garantia na relação jurídica visa, como modelo ideal – quando não consiga evitar a violação do direito –, repor a situação tal como ela existiria se a satisfação do interesse do sujeito activo houvesse sido pontualmente realizada pelo sujeito passivo. Tal meta é em muitos casos possível e obtém-se então uma realização (coactiva) *específica* do interesse do credor.

A esta modalidade de garantia se refere o Código Civil, quando se ocupa da «*execução específica*» (cfr. arts. 827.º e 830.º). Assim, se uma pessoa se

obrigou a entregar certa coisa e não o fez, é possível, em muitos casos, pelo recurso à força pública, nomeadamente aos tribunais, *ir buscar* a coisa a quem a possui, para a entregar ao credor. Neste caso, ocorre a *reconstituição* ou *reconstrução natural*, a *restituição* ou *execução específica*.

II. Mas, a garantia específica nem sempre é possível; em muitos casos, pela própria natureza das coisas, noutros, pela configuração jurídica da situação criada com a violação do direito, como se demonstra com dois exemplos significativos.

Assim, se alguém, obrigado a entregar certa coisa, a destruir, já não é possível alcançar essa entrega. A tal se opõe a natureza da situação criada pela violação. Por outro lado, quando a reparação específica pode ter lugar, em termos materiais, verifica-se, em certos casos, que o seu custo, ou até os prejuízos daí decorrentes para o autor da violação desaconselham juridicamente a execução específica. Aplicação característica deste regime ocorre no n.º 2 do art. 829.º do C.Civ., que funciona precisamente como excepção a um caso de execução específica contemplado no seu n.º 1.

Finalmente, em certas hipóteses, a execução específica, contrariamente ao que se poderia pensar, não permite alcançar a recomposição da situação anterior à violação, tal como existiria se esta não tivesse ocorrido. Pense-se no exemplo de entrega tardia da coisa devida, por o devedor não ter cumprido atempadamente e a execução específica só ter sido obtida muito tempo após a data prevista para o cumprimento. Quando assim aconteça, a execução específica não assegura a reparação integral do dano sofrido pelo lesado, derivado da privação da disponibilidade da coisa durante esse tempo.

Em todos estes casos, a garantia específica não pode funcionar em absoluto ou em termos adequados. Sendo assim, o Direito não pode ir além de atribuir ao lesado algo em substituição daquilo a que ele tinha direito. A garantia funciona, aqui, portanto, por *via substitutiva*. Por isso, se mostra ajustada, para abarcar este conjunto de situações, a designação de *garantia substitutiva*.

III. A *garantia substitutiva* pode assumir, por seu turno, modalidades diversas, segundo o grau de equivalência do resultado emergente do seu funcionamento, quando comparado com a situação que realmente ocorreria se tivesse havido realização voluntária do direito.

Assim, em certos casos, é possível assegurar ao lesado uma situação equivalente à resultante do cumprimento efectivo do dever jurídico. Tem então lugar a modalidade de garantia identificada como *indemnização*[1] ou, também,

[1] *Indemnizar* significa justamente reparar o prejuízo mediante valor adequado. Sobre esta obrigação, cfr., por todos, Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, págs. 876 e segs.

restituição ou *execução por equivalente*. Essa indemnização é feita em dinheiro, que corresponderá, em princípio, aos danos susceptíveis de avaliação pecuniária sofridos pelo lesado. Essa soma em dinheiro atribuída ao lesado diz-se *equivalente ao dano*, porquanto, não repondo em espécie a situação anterior à lesão, atribui-lhe, contudo, um valor da mesma natureza – pecuniário, patrimonial – do direito violado.

A indemnização cobre então os danos patrimoniais do lesado, em que «estão compreendidos o *dano emergente*, ou seja, o prejuízo imediato sofrido pelo lesado, e o *lucro cessante*, quer dizer, as vantagens que deixaram de entrar no património do lesado em consequência da lesão (art. 564.º, n.º 1)»[1].

Assim, a entrega tardia de uma coisa, ao privar temporariamente o credor da disponibilidade dela, não repara, só por si, os danos correspondentes a essa privação. Por exemplo, terá, nomeadamente, causado ao credor o prejuízo correspondente à perda do rendimento que a coisa estava apta a produzir. Mas o dano tem aqui expressão pecuniária e fica reparado por uma equivalente prestação em dinheiro.

Nem sempre é possível, porém, obter a reparação por equivalente pecuniário. A violação do direito envolve, por vezes, danos não susceptíveis de avaliação em dinheiro, mas que nem por isso são menos merecedores da reparação e da tutela do Direito. Têm-se aqui em mente os chamados *danos morais* ou *não patrimoniais*. A lei portuguesa dá relevo a tais danos quando, «pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito»[2]. A violação refere-se, nestes casos, a bens que não têm, em si mesmos, valor patrimonial: pense-se no sofrimento físico ou moral, ou na violação da integridade física da pessoa. A ideia de reparação por equivalente, nos termos atrás referidos, não faz agora sentido, pois não se pode dizer qual o valor pecuniário da dor ou da limitação da integridade física. O mais que o Direito pode fazer é atribuir ao lesado uma certa quantia em dinheiro que, de algum modo, o *compense* da perda (irreparável) do bem que foi afectado. Em tal sentido a reparação da ofensa faz-se mediante *compensação* e não indemnização.

731. Garantia directa e garantia indirecta

Se se atender à forma como a garantia actua, embora sob perspectiva diferente da referida no número anterior, pode ainda estabelecer-se a distinção entre *garantia directa* e *indirecta*.

---

[1] C. Mota Pinto, *Teoria* Geral, pág. 129 (os itálicos são do texto).
[2] Cfr. art. 496.º, n.º 1, do C.Civ.

Seguindo de perto a Lição de Castro Mendes, que se mostra ajustada[1], há *garantia directa* quando a tutela jurídica se traduz numa acção que visa, em si mesma, a satisfação do interesse do titular do direito. Exemplo flagrante deste tipo de garantia verifica-se quando ela é específica.

A *garantia indirecta* consiste na tutela reflexa obtida pelo titular do direito, por efeito de medidas impostas coactivamente ao sujeito passivo, mas não orientadas, em si mesmas, para a satisfação do interesse do lesado. Ocorre um exemplo característico de tais formas de garantia na imposição de sanções penais. Quando o tribunal aplica uma pena de prisão a quem se apodera ilicitamente de coisa alheia, não visa a satisfação do interesse do credor em si mesmo; mas essa satisfação pode vir a obter-se reflexamente, quer por o autor do acto ilícito restituir a coisa, visando a atenuação da própria incriminação *(efeito repressivo indirecto)*, quer por o receio da pena poder actuar como dissuasor de futuras infracções *(efeito preventivo indirecto)*.

732. Indicação de sequência

Das modalidades da garantia apenas algumas vão ser objecto de análise mais pormenorizada, porquanto só as várias manifestações da privada justificam referência sucinta.

Quanto à garantia pública, situa-se fundamentalmente em ramos de Direito Público, Administrativo (função de polícia) e Processual, *maxime* processual civil, o mais próximo da matéria da *Teoria Geral*. Nesta base, a sua explanação limitar-se-á a algumas noções gerais sobre o direito de acção judicial, nas suas várias modalidades.

Poderiam ainda caber neste estudo, por referência à modalidade de garantia substitutiva, algumas considerações gerais sobre a garantia patrimonial. Duas razões levam a afastá-la da exposição subsequente. Por um lado, as noções fundamentais nessa matéria já foram expostas a propósito da noção de património e das suas funções. Por outro lado, esse tema situa-se no âmbito tradicional do Direito das Obrigações, sendo também esse o tratamento sistemático que lhe dá o Código Civil.

[1] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 359.

TÍTULO II
GARANTIA PRIVADA

733. Generalidades

I. A *garantia privada* – já houve oportunidade de o dizer – constitui hoje um meio de tutela que o Direito só legitima em casos excepcionais. Razões diversas impõem essa solução.

Antes do mais, a autodefesa deixa a tutela do interesse jurídico na dependência da própria força do seu titular, ou de terceiros que com ele se solidarizem (familiares, amigos, vizinhos). Ora, esta solução não é, de modo algum, a forma adequada de prossecução da finalidade visada pela tutela jurídica, por razões de sinal diferente. Na verdade, essa tutela pode não vir a alcancar-se por insuficiência da força do titular do interesse em relação à do violador; ou pode exorbitar o razoavelmente exigido pela garantia de realização do interesse violado, se a relação de forças for a inversa.

Para além disso, deve ter-se presente que a tutela privada não permite, sequer, assegurar a garantia do direito em todos os casos de violação. Ela poderá funcionar – com mais ou menos adequação – quando se trate de violação, ou ameaça de *violação material* de um direito. Mas é de todo inoperante nos casos de *violação intelectual*. Assim, o indivíduo, a quem seja furtada ilicitamente certa coisa, pode alcançar a sua restituição por meios de tutela privada. Tais meios já se revelam, porém, de todo inoperantes se a violação se traduzir na negação ou no não reconhecimento da titularidade do direito sobre essa coisa.

Por isso, constitui uma importante conquista da civilização a progressiva evolução dos meios de tutela privada para os de tutela pública. Não deixa, de resto, de ser sintomático verificar como, em épocas de crise da autoridade, de que infelizmente a sociedade moderna continua a fornecer alguns exemplos, se nota certa tendência para renascerem formas de autotutela, ainda mesmo sob modalidades reprováveis (tentativas de linchamento, medidas de retaliação, nomeadamente pelo recurso a terceiros, «esquadrões da morte», etc.).

II. A tutela pública constitui, sem dúvida – *deve constituir* –, o meio normal de garantia jurídica. Contudo, o Direito não pode ignorar que a tutela pública nem sempre se mostra operacional ou eficaz; por vezes, o lesado não tem meios de a fazer funcionar em tempo útil e está, por outro lado, em condições de obter a restituição do interesse lesado pelos seus próprios recursos. Ora, em tais casos, e acautelados os justos limites de actuação do particular, não há também razão para não se legitimarem certos meios de tutela privada.

São estes, no seu campo de actuação no Direito Privado, que justamente se passam a analisar[1].

Os institutos correntemente identificados nesta matéria são a *legítima defesa*, a *acção directa*, e o *estado de necessidade*. A eles será dedicada atenção especial, sem prejuízo de se averiguar se cabem na tutela privada outros institutos – o *direito de retenção* e a *excepção de não cumprimento*. Finalmente, será feita referência a alguns casos específicos de tutela privada[2].

734. Acção directa

I. O Código Civil ocupa-se da *acção directa* nos arts. 336.º e 338.º[3] Estes preceitos fixam o regime geral do instituto; para além deles, há ainda a considerar vários outros que lhe dão aplicação específica. São exemplos destes últimos casos o art. 1036.º, na locação, quanto à realização de reparações, ou outras despesas urgentes; o art. 1277.º, quanto à defesa da posse; e os arts. 1314.º e 1315.º relativos a casos de acção directa no direito de propriedade e noutros direitos reais.

A acção directa pode consistir, como se vê do n.º 2 do art. 336.º, na apropriação, destruição ou deterioração de uma coisa, na eliminação da resistência irregularmente oposta ao exercício de um direito e ainda em outros meios análogos de assegurar o exercício do direito.

Há, assim, acção directa, quando, por exemplo, o titular de um direito de servidão de passagem elimina os obstáculos físicos, levantados pelo dono do prédio serviente para impedir o exercício desse direito.

---

[1] Note-se, porém, que o problema se coloca num campo mais vasto, como seja, *v.g.*, no *direito de resistência*, consagrado no art. 21.º da Const.

[2] Sobre esta matéria, cfr. Vaz Serra, *Causas Justificativas do Facto Danoso*, *in* BMJ, n.º 85, págs. 13 e segs.; Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 360 e segs.; e Heinrich E. Hörster, *A Parte Geral*, págs. 218-220. Para as causas de justificação no Direito Penal, *vd.*, por todos, Germano Marques da Silva, *Direito Penal Português, Parte Geral*, vol. II, *Teoria do Crime*, Verbo, 1998, págs. 342 e segs.

[3] Sobre a acção directa *vd.* Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. IV, págs. 447 e segs. No Direito Penal [cfr. art. 31.º, n.º 2, al. *b*), do C.Pen.], *vd.*, Germano Marques da Silva, *Direito Penal*, vol. II, pág. 104 e segs.

II. A acção directa pressupõe a verificação de certos requisitos, cuja análise permite fazer melhor a sua caracterização. Da conjugação dos citados arts. 336.º e 338.º resulta só ser legítimo o recurso à acção directa, desde que se verifique:

a) impossibilidade de recurso aos meios coercivos normais;

b) violação efectiva do direito;

c) racionalidade dos meios utilizados.

Antes de passar à análise destes vários requisitos, fica dito que, em certos casos, a acção directa gera o dever de indemnizar.

III. Segundo o art. 336.º, n.º 1, só é legítimo recorrer à acção directa quando o titular do direito se encontre perante uma violação e não tenha possibilidade de recorrer aos meios de coacção normais para evitar os danos daí emergentes. Este requisito acentua o carácter excepcional da acção directa.

A impossibilidade de recurso aos meios coercivos normais, como primeiro requisito da legitimidade da acção directa, não pode ser entendida em termos muito exigentes, sob pena de inutilizar o instituto. Na verdade, com mais ou menos demora, com mais ou menos eficácia, existe, em geral, a possibilidade de recurso a meios de coerção pública. Só em casos excepcionais eles se revelarão de todo inoperantes. Em regra, será viável fazer intervir as forças de segurança pública ou propor uma acção judicial.

Contudo, por vezes, impor ao titular do direito a necessidade de aguardar por tais meios pode vir a revelar-se inoperante, em vista da tutela efectiva do direito. Por isso o legislador, além de relacionar o instituto da acção directa com a ideia de evitar «*a inutilização prática*» *do direito*, realça ainda que se deve ter por verificada a impossibilidade de uso dos meios coercivos normais quando eles não possam actuar «*em tempo útil*». Isso significa ser legítimo recorrer à acção directa se os meios de coacção normais não puderem actuar em termos de evitar o prejuízo; ou se esses meios, permitindo, embora, a reparação da lesão, não puderem, contudo, assegurar o uso prático, efectivo, do direito.

IV. O segundo requisito da acção directa – *violação efectiva do direito* – suscita um dos problemas clássicos desta matéria, ou seja, o da delimitação dos institutos da acção directa e da legítima defesa.

Alguns autores[1] não consideram este requisito como elemento caracterizador da acção directa, em relação à legítima defesa; segundo eles, a acção

[1] Cfr., a este respeito, autores citados por Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, págs. 360-362.

directa configura-se como um meio de autotutela que consiste num *ataque*, enquanto a legítima defesa se caracteriza por uma defesa *(autodefesa)*.

Deve seguir-se, porém, a posição defendida por Castro Mendes[1] quando estabelece a diferenciação com base na natureza da violação. Deste modo, há acção directa quando se verifica uma agressão do interesse do titular, já finda ou consumada. Pelo contrário, deve falar-se em legítima defesa quando a violação é *actual*, ou seja, já iniciada, mas não consumada. Desta caracterização dos institutos resulta outra nota relevante: a acção directa é uma forma de tutela repressiva, enquanto a legítima defesa é preventiva. Era ainda neste carácter repressivo e preventivo dos institutos que Castro Mendes filiava o facto de ser permitida a legítima defesa de outrem, mas não a acção directa em relação a direito alheio. A este respeito é nítido e significativo o facto de o n.º 1 do art. 336.º falar em «*próprio direito*»[2].

Tal como defendia Castro Mendes, é ajustado o entendimento, segundo o qual esta construção da acção directa, enquanto meio de reagir a uma violação já consumada, se harmoniza com a própria letra da lei, quando o art. 336.º, n.º 1, diz que ela tem por fim «*realizar ou assegurar o próprio direito*». Cabe acrescentar, contudo, como argumento a favor do carácter preventivo da legítima defesa, o regime decorrente do art. 337.º, n.º 1, quando nele se identifica, como seu requisito, o prejuízo «que pode resultar da agressão».

Ao estabelecer a noção de *violação actual*, a propósito da legítima defesa, é ainda oportuno dizer algo mais para esclarecimento deste ponto.

V. Do requisito da *racionalidade dos meios utilizados* resulta que a acção directa só é, porém, legítima quando o agente, ao usar a própria força para realizar ou assegurar o seu direito, «não exceda o que for necessário para evitar o prejuízo» resultante da violação.

De acordo com este limite, o agente não pode ele mesmo causar, com a sua acção, um dano superior ao prejuízo que visa reparar. Neste aspecto o legislador define, para a acção directa, um requisito mais exigente do que para a legítima defesa, pois nesta apenas se impõe que o «prejuízo causado pelo acto não seja manifestamente superior ao que pode resultar da agressão» (art. 337.º, n.º 1).

O carácter ilícito da acção directa, quando sejam afectados interesses superiores aos que com ela se visam realizar ou assegurar, está ainda declaradamente afirmado no n.º 3 do art. 336.º do C.Civ.

VI. Um dos requisitos da licitude da acção directa impõe, como resulta da exposição anterior, que tanto o dano por ela causado, como o interesse

[1] Ob. e vol. cits., pág. 362.
[2] *Idem, ibidem*.

por ela sacrificado sejam inferiores ao dano que se quer evitar ou ao interesse que se quer realizar. Deste modo, a acção directa lícita não gera, como bem se compreende, o dever de reparar os danos eventualmente causados.

Pode, porém, acontecer que o agente actue no errado convencimento de se verificarem os pressupostos da licitude da acção directa. Ocorre aqui um caso particular de relevância do erro vício. A pessoa que actua pensa, por exemplo, não ser possível assegurar, em tempo útil, os meios normais de defesa do seu direito, mas isto não é verdade.

A lei manda distinguir consoante o erro seja desculpável ou não. Se o erro é desculpável[1], ainda aqui não há dever de indemnizar; se o erro não é desculpável, o autor da acção directa deve indemnizar os danos causados.

É este o regime estatuído no art. 338.º do C.Civ.

735. Legítima defesa

I. A legítima defesa consiste em alguém afastar pela força qualquer agressão actual e ilícita contra a sua pessoa ou património, ou contra a pessoa ou o património de terceiro.

O Código Civil também se ocupa do regime geral deste instituto nos arts. 337.º e 338.º Importa relacionar o regime destes preceitos com o dos que regulam figura homóloga no Direito Penal (arts. 32.º e 33.º do C.Pen.)[2].

De modo semelhante à acção directa, hão-de concorrer alguns requisitos para a legítima defesa ser lícita. São eles:

a) impossibilidade de recurso aos meios coercivos normais;

b) violação actual do direito;

c) adequação da legítima defesa à violação.

II. O primeiro requisito da legítima defesa – *impossibilidade de recurso aos meios coercivos normais* – marca o carácter excepcional do instituto e corresponde, em termos gerais, ao requisito correspondente da acção directa.

A sua caracterização resulta do art. 337.º, quando nele só se admite o recurso à legítima defesa «desde que não seja possível fazê-lo [afastar a agressão] pelos meios normais». Valem, por isso, aqui, sem necessidade de maiores desenvolvimentos, as considerações feitas quanto a matéria homóloga, na acção directa.

---

[1] Verifica-se assim que, neste caso, e diferentemente do seu regime geral, a desculpabilidade ou indesculpabilidade do erro tem relevância no regime do instituto.

[2] Sobre a legítima defesa, no Direito Civil, *vd*. Oliveira Ascensão, *O Direito*, págs. 93-96; e Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. IV, págs. 409 e segs. No Direito Penal, Germano Marques da Silva, *Direito Penal*, vol. II, págs. 88 e segs.

III. Como segundo requisito do instituto, a lei faz depender a licitude da legítima defesa da existência de uma *violação actual do direito*. Por este elemento, já atrás ficou evidenciado, a legítima defesa demarca-se da acção directa. Importa dizer algo mais sobre o seu significado.

Violação *actual* significa uma agressão do interesse do titular do direito já iniciada, mas não consumada.

A primeira dúvida, a este respeito, consiste em saber quando deve entender-se já ter sido iniciada a violação. Interessa ter aqui presente o regime estatuído, em lugar paralelo, pela lei penal. O n.º 1 do art. 46.º do C.Pen. de 1886 falava, a tal respeito, em violação «iminente ou em começo de execução». O actual Código Penal usa, no seu art. 32.º, a fórmula «agressão actual», correspondente, portanto, à do Código Civil. Deixa, pois, o problema no mesmo ponto.

Contra um entendimento literal deste preceito, deve ter-se como decisiva a circunstância de a conduta geradora do perigo – contra o qual a legítima defesa previne – ser ou não adequada, justamente, a criar uma situação de ameaça do interesse do agente ou de terceiro. Deste modo, se o começo de execução é já em si mesmo susceptível de criar uma situação de perigo, que urge prevenir, a legítima defesa justifica-se. Por outras palavras, se a agressão contra que se reage for iminente ou previsível, isso basta para se dar como verificado o requisito em análise[1]; ele não estará, porém, preenchido se esse perigo for futuro ou remoto.

Embora escritas no domínio de anterior Código Penal, continuam a ser a este respeito esclarecedoras as observações de Cavaleiro de Ferreira[2].

«O defendente não tem de aguardar o início da agressão para se defender, sob pena de em muitos casos a defesa se tornar ineficaz. Mas não basta um perigo futuro ou remoto, que eventualmente se não concretizará; para prevenir um perigo futuro há meios mais racionais, e a reacção defensiva não é necessária. A agressão tem de ser um perigo actual e não um perigo de perigo.

E, assim, agressão, para os efeitos do n.º 1 do art. 46.º[3], começa com o perigo iminente de lesão do bem jurídico ou direito defensável e termina com a consumação da lesão».

IV. A posição defendida implica a rejeição do sentido mais restrito que se pode atribuir à palavra *actual*. A violação não pode estar já consumada, em termos de não ser possível prevenir a verificação do mal dela resultante.

---

[1] Cfr., neste sentido, Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág 362-363. Em sentido diferente, Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil*, vol. I, pág. 300.

[2] *Direito Penal Português. Parte Geral*, vol. I, Verbo, 1981, pág. 342.

[3] Cavaleiro Ferreira referia-se, como é evidente, ao preceito do Código Penal então vigente.

Ainda aqui, portanto, o alcance desta expressão deve ser relacionado com a natureza preventiva do instituto. Se a agressão já está consumada, a legítima defesa só poderá ter lugar se se verificar o perigo de a agressão continuar ou se agravar.

Suponha-se o exemplo clássico de ***A*** furtar a carteira a ***B.*** Se ***B*** reage imediatamente e obriga ***A***, pela força, a restituir-lhe a carteira, age em legítima defesa. Se ***B*** persegue ***A***, que tenta escapar-se com a coisa furtada, o alcança e o agride até ***A*** lhe restituir a carteira, continua a agir em legítima defesa. Ainda neste último caso não houve consumação, pois a possibilidade de ***B*** afastar imediatamente a agressão não se extinguiu. Se ***A***, porém, consegue escapar à perseguição de ***B***, a violação consumou-se e não há já legítima defesa, quando ***B***, passadas horas, encontra ***A*** e o agride para este lhe restituir a carteira.

Nesta última situação poderá haver, se ocorrerem os demais requisitos, um caso de acção directa. Ora, a distinção entre estas duas situações não é puramente académica, precisamente por ser diferente o tratamento dado, em cada um desses institutos, ao requisito da adequação da defesa à violação.

V. Este requisito impõe que a legítima defesa seja proporcionada ao prejuízo emergente da violação. Quando tal não aconteça, há *excesso de legítima defesa*. Importa esclarecer estas ideias gerais.

O legislador usa, na legítima defesa, nesta matéria, de critério menos rigoroso do que na acção directa, como resulta, desde logo, do regime contido no n.º 1 do art. 337.º do C.Civ. Nos termos deste preceito, o prejuízo causado em legítima defesa pode ser superior ao resultante da violação, quando consumada. Só não pode ser «*manifestamente superior*». Assim, e retomando um exemplo anterior, o indivíduo a quem é furtada a carteira pode em legítima defesa agredir ou mesmo ferir o autor da violação, para recuperar o objecto furtado. Se o interesse violado for essencial para o titular, a doutrina não exclui a possibilidade de caber ainda no conceito de legítima defesa a conduta que leve à morte do violador.

Quando o acto de pretensa legítima defesa ultrapassar os limites impostos por este preceito, há *excesso de legítima defesa*. Em princípio, o excesso de legítima defesa não justifica o acto praticado pelo ofendido; por isso, ele deve ser considerado como ilícito. Contudo, o n.º 2 do art. 337.º considera justificado o excesso quando este «for devido a perturbação ou medo não culposo do agente». Verificada esta situação, a legítima defesa excessiva é ainda lícita.

VI. A legítima defesa *justifica* um acto que, analisado em si mesmo, seria ilícito, ficando, por isso, afastado, em princípio, o dever de indemnizar. Ainda

assim, é devida a indemnização, na legítima defesa, em dois casos: excesso de legítima defesa e erro indesculpável quanto aos seus pressupostos.

O dever de indemnizar surge, como se compreende, quando há excesso de legítima defesa. O seu regime extrai-se da conjugação dos n.os 1 e 2 do art. 337.º do C.Civ. Mas, ainda neste caso, o dever de indemnizar cessa «se o excesso for devido a perturbação ou medo não culposo do agente» (art. 337.º, n.º 2, *in fine*). A razão de ser deste regime reside no facto de, nesta situação, como acima ficou dito, o acto praticado em legítima defesa continuar a ser considerado justificado.

Fora da hipótese anterior, e de modo análogo ao que ocorre na acção directa, é devida indemnização se o defendente, ao agir, supôs, erradamente, que se verificavam os requisitos da legítima defesa. Também aqui não há indemnização se é desculpável o erro, nos termos do art. 338.º do C.Civ. Valem, pois, sem necessidade de mais desenvolvimentos, as considerações feitas sobre esta matéria, quanto à acção directa.

736. Estado de necessidade

I. O *estado de necessidade* consiste no perigo actual de verificação de um dano para o agente ou para terceiro[1]. Este dano pode ter origem diversa, consistindo, ou numa causa natural (doença), ou humana (fogo posto). Neste último, a causa do perigo actual de um dano pode resultar de acto do próprio agente ou de terceiro (art. 339.º do C.Civ.).

O estado de necessidade justifica que o necessitado destrua ou danifique uma coisa ou, mesmo, bens pessoais de outrem (autor do perigo ou terceiro) para remover o perigo, desde que o dano a prevenir seja manifestamente superior ao resultante da actuação do agente[2]. Por assim ser, o estado de necessidade justifica a conduta que, noutras circunstâncias, qualificaria um acto ilícito ou mesmo criminoso.

Deste modo, age em estado de necessidade uma pessoa que, para evitar o risco de a sua habitação ser consumida pelo fogo, destrói uma cultura alheia para ter rápido acesso à água de um poço, com o propósito de extinguir o incêndio.

Já se tem escrito que o estado de necessidade não se configura como um caso próprio de autotutela por não haver aqui diferendo entre as pessoas en-

[1] Surge, pois, aqui o instituto do estado de necessidade em plano diferente do dos vícios na formação da vontade no negócio jurídico – coacção moral, usura –, como então logo se assinalou.

Sobre o estado de necessidade (ou direito de necessidade), *vd.*, no Direito Civil, Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. I, T. IV, págs. 439 e segs. No Direito Penal (arts. 33.º e 34.º do C.Pen.), cfr. Germano Marques da Silva, *Direito Penal*, vol. II, págs. 106 e segs.

[2] Cfr. Oliveira Ascensão, *O Direito*, pág. 93.

volvidas, embora haja conflito de interesses[1]. Contudo, em qualquer caso, no entendimento mais acertado, o estado de necessidade é ainda uma forma de certa pessoa, sem recurso a meios públicos, assegurar a tutela do seu interesse; daí que seja adequada a sua inclusão na lista dos casos de tutela privada.

II. São elementos caracterizadores do estado de necessidade:

a) a actualidade do perigo;

b) a superioridade do dano previsto em relação ao dano causado;

c) o dever de indemnizar.

Quanto aos dois primeiros aspectos, vale, *mutatis mutandis*, o regime exposto para requisitos homólogos na legítima defesa.

A maior particularidade do acto praticado em estado de necessidade reside no dever, que recai sobre o autor da acção, de indemnizar os danos causados a terceiros. O regime desse dever de indemnizar é o seguinte.

Se o autor do dano emergente da actuação tiver sido também o causador exclusivo do estado de necessidade, a obrigação de indemnizar apura-se nos termos gerais de Direito (primeira parte do n.º 2 do art. 339.º).

Se o estado de necessidade tiver qualquer outra causa, a obrigação de indemnizar fica na dependência do livre arbítrio do juiz, podendo, por isso, ser ou não devida indemnização. Mas, ainda quando a indemnização seja devida, a fixação do seu montante deve sempre ser feita em termos de equidade e não de acordo com os deferidos critérios gerais (segunda parte daquele preceito).

Interessa ainda chamar a atenção para o facto de as pessoas a quem incumbe o dever de indemnizar serem aquelas que contribuem para o estado de necessidade, seja ele o agente ou terceiro, ou as que tiraram proveito do acto, seja o agente ou terceiro.

Em face da ampla redacção do art. 339.º e dos largos poderes nele conferidos ao tribunal, não se deve ter como excluída a possibilidade de a indemnização recair sobre estas várias pessoas, na proporção do seu contributo para o estado de necessidade ou na medida do benefício retirado da acção.

737. Direito de retenção

I. A respeito do *direito de retenção*[2] coloca-se primeiramente a questão de saber se pode ser considerado mais um caso de tutela privada[3].

---

[1] Neste sentido Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 364.

[2] Vaz Serra, *Direito de Retenção*, *in* BMJ, n.º 65, págs. 103 e segs., e Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, págs. 973 e segs.

[3] Neste sentido, Cabral de Moncada, *Lições*, vol. II, pág. 493.

O Código Civil vigente dedica ao direito de retenção um tratamento genérico, diferentemente do que acontecia no Código de Seabra. Este Código apenas se referia ao instituto em preceitos isolados, criando, assim, algumas dificuldades à doutrina e à jurisprudência na fixação do seu regime[1]. Referem-se hoje a esta matéria os arts. 754.º e seguintes, sendo certo que o legislador, além do regime geral do direito de retenção, previu ainda no art. 755.º casos especiais que são consagrados independentemente de se verificarem os requisitos gerais do instituto.

II. O direito de retenção consiste na faculdade de o credor por despesas feitas com certa coisa, ou de o credor de indemnização por danos por ela causados, quando tenha licitamente a coisa em seu poder, não cumprir a obrigação de a restituir enquanto não for pago do seu crédito arts. 754.º e 756.º do C.Civ.).

Identificam-se, assim, como requisitos do direito de retenção:

a) posse lícita de certa coisa;

b) crédito do possuidor, em relação ao proprietário da coisa, por despesas por aquele feitas com a coisa ou por danos por ela causados;

c) obrigação de restituição da coisa[2].

Verificados tais requisitos, a pessoa obrigada à restituição de certa coisa pode não a fazer, enquanto não for paga de um crédito que revista as características acima referidas: por exemplo, o dono de uma oficina de automóveis, quanto ao crédito por reparações dos mesmos. O seu crédito emerge de despesas feitas com uma coisa, que o dono da oficina tem em seu poder, mas deve restituir, uma vez reparada; se o preço devido pela reparação não for satisfeito – e enquanto o não for –, o dono da oficina pode reter o veículo.

III. Há, aqui, um meio de coacção muito significativo, deixado na disponibilidade do titular do interesse ofendido, uma vez que a privação do uso da coisa, em regra, funcionará como meio de levar o devedor a fazer o pagamento, que voluntariamente não fez em tempo devido.

Só neste sentido, porém, se pode ver no direito de retenção uma forma de tutela privada, pois, se ainda assim o cumprimento não for alcançado, o titular do direito de retenção – que constitui também um caso de garantia especial real – não tem poderes diferentes dos atribuídos, consoante os casos, ao credor pignoratício (se a coisa retida for móvel, art. 758.º do C.Civ.), ou

[1] *Vd.* Vaz Serra, loc. cits., págs. 104 e segs., fazendo uma análise geral das posições da doutrina no domínio desse Código.

[2] Este instituto não se confunde com a excepção de não cumprimento a seguir referida, nomeadamente por não haver vínculo sinalagmático entre a obrigação de restituir a coisa e o débito do proprietário da mesma. Sobre este ponto, cfr. Cabral de Moncada, *Lições*, vol. II, pág. 495, nota (1), e Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, págs. 977-979.

ao credor hipotecário (se a coisa retida for imóvel, art. 759.º do mesmo Código). Por outras palavras, o titular do direito de retenção não tem a faculdade de fazer sua a coisa retida, como meio de pagamento, estando antes sujeito aos meios judiciais de execução, próprios do penhor ou da hipoteca.

Deste modo, só como *meio compulsivo do cumprimento* se pode falar, no direito de retenção, de mais um exemplo de autotutela.

738. Excepção de não cumprimento

Também a excepção de não cumprimento – *exceptio non adimpleti contractus* –, regulada nos arts. 428.º e seguintes do C.Civ., merece ser atendida nesta matéria da defesa privada dos direitos. De resto, este instituto, como antes já ficou anotado, apresenta alguma proximidade do direito de retenção, embora dele se autonomize por elementos bem definidos.

A excepção de não cumprimento é instituto próprio dos contratos bilaterais, pressupondo o seu regime a existência do chamado *vínculo sinalagmático* entre as obrigações desses negócios emergentes. Em tais contratos, quando as prestações devam ser cumpridas no mesmo prazo[1], se um dos devedores não efectuar aquela a que está obrigado, ou não oferecer o cumprimento simultâneo, o outro devedor tem a faculdade de recusar o cumprimento da sua prestação.

Suponha-se que ***A*** e ***B*** celebraram um contrato de compra e venda, devendo a entrega da coisa por parte de ***A*** e o pagamento do preço por parte de ***B*** ser feitos na mesma data. Se na data convencionada ***B*** não cumprir, tem ***A*** a faculdade de não entregar a coisa vendida, enquanto ***B*** não pagar o preço.

A excepção de não cumprimento pode ser vista como meio de autotutela em sentido próximo do referido para o direito de retenção, ou seja, enquanto constitui uma forma de, por simples iniciativa do titular do direito, sem necessidade de recurso a meios judiciais, determinar o devedor a cumprir, para, por seu turno, obter o que lhe é devido. Em certa medida, a excepção de não cumprimento assegura até ao credor um meio de tutela dotado de eficácia que a tutela pública não tem, pois o credor pode dizer ao seu credor – por sua simples iniciativa – «cumpre se quiseres que eu cumpra», não sendo, pelo contrário, em geral, lícito subordinar a discussão do direito do credor, em juízo, ao prévio cumprimento da obrigação – *solve et repete*[2].

---

[1] A excepção pode ainda ter lugar quando as prestações não devam ser cumpridas ao mesmo tempo, se o contraente que devia cumprir em segundo lugar perder o beneficio do prazo (cfr. arts. 429.º e 780.º a 782.º do C.Civ.).

[2] Segundo a chamada cláusula *solve et repete*, o devedor que ponha em causa o direito do credor tem de começar por cumprir e só depois pode discutir a legitimidade do crédito em tribunal, em vista da eventual restituição *(repetição)* do que houvesse prestado indevidamente.

739. Meios específicos de tutela privada

I. Os casos de autolutela até agora analisados são regulados na lei como institutos gerais. Mas, com alguma frequência, o legislador faculta ao titular do direito meios de tutela privada, com carácter específico, isto é, que só podem funcionar nas circunstâncias particulares para eles estabelecidas. Sem preocupação de fazer uma análise exaustiva, passam a referir-se alguns meios de tutela privada deste tipo, mais relevantes em Direito Civil.

A generalidade desses meios situa-se no campo dos direitos reais, *maxime* do direito de propriedade, e configura-se muitas vezes como medidas afins de alguns meios gerais de justiça privada. Contudo, mantendo, embora, algo de comum com eles, não dependem de todos os requisitos atrás enunciados.

Todos a seguir analisados vêm consagrados no Código Civil, diploma a que pertencem os preceitos de seguida citados.

II. O n.º 1, *in fine*, do art. 1320.º permite que os animais selvagens com guarida própria, quando mudem de guarida, sejam recuperados pelo antigo dono, contanto que este o faça sem prejuízo «do dono da nova guarida» e desde que possam ser individualmente reconhecidos. Há aqui um meio de autotutela similar à acção directa.

Caso também assimilável à acção directa é o do n.º 1 do art. 1322.º Nos termos deste preceito, o dono do enxame de abelhas pode persegui-lo e capturá-lo em prédio alheio, ainda que deva responder pelos danos assim causados. Ainda com referência a animais – agora no caso de serem ferozes e maléficos –, o art. 1321.º permite a sua destruição ou ocupação por quem os encontrar, quando eles se evadirem da sua clausura. Verifica-se, nesta medida, afinidade com a legítima defesa.

Outra hipótese de tutela privada encontra-se na faculdade atribuída ao dono de um prédio, em construção ou em reparação, por força da qual lhe é permitido levantar andaimes ou colocar objectos em prédio alheio, fazer por ele passar materiais para obras ou praticar actos análogos, quando tal for indispensável para o aludido fim (n.º 1 do art. 1349.º)[1]. Há nestas hipóteses meios de agir que se aproximam dos admitidos em estado de necessidade.

Ainda um caso próximo do estado de necessidade ocorre no regime previsto nos n.os 1 e 2 do art. 1352.º, para obras defensivas relativamente ao escoamento de águas. Segundo estes preceitos, os donos dos prédios que sofram danos, ou a eles estejam expostos por motivo do escoamento de águas, podem realizar em prédio vizinho:

[1] Situação próxima da descrita no texto é a prevista no n.º 2 desse artigo, quanto ao direito de acesso a prédio alheio para recolher coisas pertencentes ao invasor, que se encontrem acidentalmente naquele prédio, se o proprietário deste não as restituir voluntariamente.

a) reparações necessárias das obras defensivas existentes;

b) novas obras defensivas;

c) remoção de materiais cuja acumulação ou queda estorve o curso da água.

Em qualquer caso, essa acção só é possível quando o dono do prédio em causa não faça ele mesmo as obras e haja prejuízo ou risco de dano iminente para a pessoa que realiza as obras defensivas.

Finalmente, merecem citação os casos de arrancamento e corte de raízes e de troncos e ramos de árvores plantadas em prédio vizinho, junto à respectiva linha divisória, quando a ultrapassem (art. 1366.º, n.º 1), e de apanha de frutos que caiam em prédio vizinho (art. 1367.º). Em todos eles, há medidas próximas da acção directa.

TÍTULO III
GARANTIA PÚBLICA

740. Generalidades

A justiça pública constitui hoje a forma largamente dominante de tutela de direitos, afirmação bem ilustrada e confirmada na análise do regime dos meios de tutela privada. Para além do seu carácter excepcional, a prevalência da tutela pública é ainda assegurada por estar subtraída à disponibilidade das partes a possibilidade de a afastarem ou restringirem. Isto acarreta uma série de consequências significativas:

a) só há direito sem acção judicial, nos casos estabelecidos por lei (art. 2.º, n.º 2, do C.P.Civ.)[1];

b) não são válidos os pactos de exclusão do recurso à via judicial [*pacto de non petendo*[2]];

c) não são válidos os pactos de condicionamento de discussão judicial de um direito à sua prévia satisfação *(solve et repete)*.

Contrapartida destes princípios é, por seu turno, o que consiste em não se poder convencionar cláusula penal, como sanção para a improcedência da acção. Note-se, contudo, constituir acto ilícito o litigar de má fé, deduzindo pretensão ou defesa cuja falta de fundamento não se ignorava, alterando ou omitindo factos, ou fazendo uso manifestamente reprovável dos meios processuais (cfr. arts. 456.º e 457.º do C.P.Civ.). Fora desses casos, a sanção para a improcedência do pedido (ou da defesa) é de Direito Público e consiste em ter de suportar os encargos da acção *(custas judiciais*[3]*)*.

---

[1] *Vd*. Castro Mendes, *Teoria Geral*, vol. II, pág. 365.

[2] Caso excepcional, que importa desvio desta regra, consubstancia-se na possibilidade de as partes convencionarem a venda extrajudicial da coisa empenhada (art. 675.º, n.º 1 do C.Civ.). Ainda que em sentido diverso, também a mesma regra sofre uma excepção por efeito do regime da cláusula compromissória e do compromisso arbitral, mas agora apenas por se substituir o tribunal arbitral aos tribunais judiciais; em qualquer caso, mantém-se a necessidade de recorrer à via judicial.

[3] Cfr. o respectivo Regulamento, aprovado pelo Dec.-Lei n.º 34/2008, de 26/Fev.; alterado pela Lei n.º 43/2008, de 27 /Ago., pelo Dec.-Lei n.º 181/2008, de 28/Ago. E pela Lei n.º 64-A/2008, de 31/Dez..

São múltiplos os meios de tutela pública; não cabendo aqui fazer uma análise completa de tal matéria, são de seguida salientados os de mais interesse para a *Teoria Geral*.

741. Razão de ordem

I. Ao entrar na exposição do regime dos meios de tutela pública, impõem-se algumas considerações de ordem geral.

Em primeiro lugar, interessa recordar que valem para a tutela pública algumas classificações atrás feitas, nomeadamente a que distingue entre *tutela preventiva* e *repressiva*. Do seguimento da exposição, resultará que a essas duas formas de tutela correspondem modalidades diferentes de acção judicial.

Mas também interessa aqui referir que os meios de tutela pública têm de se adaptar ainda às diferentes situações de violação do direito. Assim, em certos casos, esta traduz-se apenas na impugnação ou contestação da sua existência ou do seu conteúdo *(violação intelectual)*, enquanto noutros está em causa a não satisfação efectiva do interesse do credor no plano das realidades de facto *(violação material)*. No primeiro caso, a satisfação do interesse violado alcancar-se-á pela declaração ou reconhecimento do direito; no segundo tais medidas são insuficientes, tornando-se necessário o recurso a providências que assegurem a realização efectiva do interesse do seu titular.

Exemplo do primeiro tipo de violação ocorre quando ***A*** não reconheça ***B*** como titular do direito de propriedade da coisa ***X***, ou quando lhe negue o direito a exigir-lhe a entrega dessa coisa. No segundo caso, cabem situações como as de alguém se recusar a entregar ou a restituir a outrem determinada coisa, a que a segunda diz ter direito.

II. Em correspondência com este esquema, vão ser referidas, nas suas linhas gerais, os seguintes meios de tutela pública:

a) no plano *repressivo*, a *acção de declaração* (para os casos de violação intelectual) e a *acção de execução* (para os casos de violação material);

b) no *plano preventivo*, os *procedimentos cautelares*.

742. Acção de declaração

I. Segundo o disposto do n.º 1 do art. 4.º do C.P.Civ., a *acção de declaração*, ou *acção declarativa*, como aí se designa, pode revestir diversas modalidades. Assim, essas acções podem ser de *simples apreciação*, de *condenação*, ou *cons-*

titutivas. Estas várias modalidades de acção declarativa prendem-se com as diversas modalidades de violação dos direitos[1].

II. Assim, em certos casos, a violação consiste apenas em pôr em causa a existência de certo direito ou até de um facto. ***A*** diz, por exemplo, que ***B*** não é titular de um direito, de que este se arroga. ***B*** tem, naturalmente, interesse em recorrer ao tribunal para este dirimir o conflito. O seu interesse ficará, em regra, plenamente satisfeito mediante uma decisão declarativa da existência de tal direito ou facto. A decisão final vem, assim, a traduzir-se numa *simples declaração* da existência ou inexistência dos mesmos; daí a designação de *simples apreciação*, dada por lei a estas acções [cfr. art. 4.º, n.º 2, al. *a*), do C.P.Civ.].

Em determinados casos, porém, a tutela do interesse do titular do direito exige outro tipo de intervenção do tribunal. Considere-se o seguinte exemplo: ***A*** alega ter vendido certa coisa a ***B*** e pretende naturalmente obter deste o pagamento do preço; mas ***B***, por seu turno, alega defeitos da coisa para justificar a redução do preço (art. 911.º do C.Civ.) e recusa-se a pagar a quantia pretendida por ***A***. Em casos como este, para ***A*** alcançar a tutela do seu interesse não lhe basta que o juiz se limite a apreciar se o seu direito existe ou não. Na hipótese de ***A*** estar na razão, isto é, ter o direito invocado, ele pretende naturalmente exigir o cumprimento da correspondente prestação. Assim, justifica-se que, reconhecido o direito de ***A***[2], o juiz ordene a ***B***, na sentença, o pagamento daquilo a que ***A*** tenha direito. Diz-se, em técnica processual, que o juiz *condena* então ***B*** a realizar esta prestação, pelo que a acção se denomina de *condenação* [art. 4.º, n.º 2, al. *b*), do C.P.Civ.].

Finalmente, em certos casos, como acontece no domínio de direitos potestativos, a violação do interesse do sujeito activo da relação jurídica dá-lhe a faculdade de interferir na esfera jurídica de outrem, produzindo nela efeitos jurídicos. Verificado algum dos fundamentos de ruptura do casamento (art. 1781.º do C.Civ.), qualquer dos cônjuges tem o direito de requerer o divórcio (n.º 3 do art. 1773.º do mesmo Código). Ora, em situações como a desta hipótese, a produção dos correspondentes efeitos impõe a intervenção do tribunal, nomeadamente para verificar se ocorrem os fundamentos do direito invocado. A sentença então proferida vai *autorizar* o divórcio, ou seja, uma mudança na situação jurídica dos cônjuges, anteriormente existente: eles passam do estado civil de casado ao de divorciado. Estas acções dizem-se *constitutivas* [art. 4.º, n.º 2, al. *c*), do C.P.Civ.].

---

[1] Sobre as acções de declaração e de execução, *vd*. Antunes Varela, J. Miguel Bezerra e Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil*, págs. 73 e segs.

[2] As acções que agora se referem comportam também, como pressuposto lógico da decisão final, um juízo sobre a existência ou inexistência do direito.

743. Acção de execução

I. A violação do interesse do titular do direito nem sempre se apresenta sob uma das modalidades referidas no número anterior. Por vezes sucede que, mesmo após estar judicialmente convencido do direito que assiste ao seu titular, o devedor se nega a satisfazê-lo, ou não toma a iniciativa de o fazer.

Retoma-se aqui o exemplo dado a respeito da acção declarativa de condenação, por ser o mais flagrante. O devedor foi já condenado pelo juiz a realizar a prestação devida ao credor; contudo, ainda assim, recusa-se, sob qualquer pretexto, ou sem pretexto algum, a cumprir.

Para o credor obter a efectiva realização do seu direito, tem o tribunal de tomar agora outro tipo de providências, «adequadas à reparação efectiva do direito violado», como se diz no n.º 3 do art. 4.º, que tem vindo a ser citado. Esses meios consistem na *acção de execução* ou *acção executiva* como na lei processual também se designa.

II. O recurso à execução pressupõe, contudo, que o direito esteja previamente fixado em títulos tidos, pela lei, como idóneos para determinar o fim e os limites da acção executiva. Esses meios constituem um *título executivo*. Título executivo é, por excelência, a sentença proferida numa acção declarativa de condenação, mas outros documentos têm o mesmo valor, como sejam os autênticos ou autenticados e certos documentos particulares, que satisfaçam, em qualquer dos casos, os requisitos enumerados na lei (arts. 45.º a 52.º do C.P.Civ.).

As providências adequadas à efectiva realização do direito variam, naturalmente, com a prestação a que o devedor está vinculado. Por isso, além de outros casos especiais, a lei processual distingue vários tipos de acções executivas: *execução para pagamento de quantia certa; execução para entrega de coisa certa; execução para prestação de um facto*, positivo ou negativo (art. 45.º, n.º 2).

Para além disso, importa ter presente que a efectiva realização do interesse do credor não se alcança sempre pela mesma forma, embora, em última análise, como oportunamente foi salientado, seja no património do devedor que o titular do direito violado encontra a garantia de realização do seu interesse. Exemplo característico desse regime contém-se no art. 817.º do C.Civ.

III. Interessa analisar, embora rapidamente, os meios através dos quais se pode obter a execução do direito do credor.

O mais adequado para alcançar tal fim consiste na execução específica, sendo esta a tendência geral da lei, como se dispõe no art. 562.º do C.Civ. Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que

existiria, se não se tivesse verificado o evento danoso. Mas este resultado nem sempre é possível e por isso existem também casos de execução não específica.

Conjugando vários preceitos do Código Civil, estabelecia Castro Mendes o seguinte quadro de casos de execução específica:

a) obrigação pecuniária;

b) obrigação de entrega de coisa determinada (art. 827.º);

c) obrigação de prestação de facto fungível, pois o «credor […] tem a faculdade de requerer, em execução, que o facto seja prestado por outrem à custa do devedor» (art. 828.º);

d) obrigação de prestação de facto negativo, quando violada através de construção de certa e determinada obra, pois «tem o credor o direito de exigir que a obra […] seja demolida à custa do que se obrigou a não fazer» (art. 829.º n.º 1);

e) obrigação de negociar, nos casos previstos no art. 830.º, por a parte poder obter do tribunal uma sentença que produza efeitos de declaração negocial do faltoso[1].

Em complemento desta enumeração, deve dizer-se que nos restantes casos a execução é não específica. Para além disso, em algumas das hipóteses acima enunciadas pode a execução específica não ser o meio adequado, embora seja possível, se não reparar integralmente os danos, ou se for excessivamente onerosa para o devedor. Assim o estatui o art. 566.º, n.º 1, do C.Civ., em parte confirmado pelo art. 829.º, n.º 2, para o caso de prestação de facto negativo. Por outro lado, ainda quando a execução específica seja possível, não fica excluída a possibilidade de o credor optar por uma execução não específica (arts. 933.º, n.º 1, e 941 .º, n.º 1, do C.P.Civ.), salvo se daí resultar a ofensa de interesses legítimos do devedor.

IV. Feitas estas ressalvas, cabem ainda alguns esclarecimentos sobre os vários casos de execução acima referidos.

Quanto aos considerados nas duas primeiras alíneas, poderia pensar-se serem eles recondutíveis a uma única categoria, por o dinheiro também ser uma coisa. Contudo, os meios de execução, no caso de a prestação se referir a dinheiro ou a outras coisas não fungíveis, não são necessariamente os mesmos, como bem se compreende, se se atentar na sua diferente natureza. E isso explica também que o Código de Processo Civil haja criado formas diferentes de execução, consoante ela respeite ao pagamento de certa quantia ou à entrega de coisa determinada. Além do mais, há a considerar que, no caso de se tratar de coisa determinada, que não dinheiro, pode a execução

[1] *Teoria Geral*, vol. II, pág. 367.

específica inviabilizar-se, se a coisa se tiver destruído. Então, a prestação virá a consistir numa prestação pecuniária – susceptível de execução específica –, objecto da correspondente obrigação de indemnizar[1].

À execução específica de facto fungível referem-se os arts. 933.º e seguintes do C.P.Civ. Nos termos do n.º 1 do primeiro desses preceitos, o credor pode então requerer a prestação do facto por outrem; mas pode ainda requerer, em substituição, indemnização pelo dano causado pela não realização do facto. Na primeira hipótese o devedor deve suportar o custo da prestação, seguindo a execução para tal fim, se o não fizer voluntariamente. Assim, se certa pessoa se obrigou a pintar uma casa e não o fez, o credor tem o direito de obter, em execução, que outrem realize a pintura, suportando o devedor o custo correspondente.

Se se tratar de prestação de facto negativo, a execução específica consiste na destruição da obra que, porventura, tenha sido feita, como se estatui nos arts. 941.º e 942.º do C.P.Civ. Assim, se ***A*** estava obrigado, perante ***B***, a não edificar em certo terreno e fizer nele alguma construção, ***B*** tem o direito de exigir a destruição da construção feita. Mas, neste caso, a simples destruição pode não reparar inteiramente o dano resultante da existência da obra durante certo tempo. Daí, o titular do direito ter ainda a faculdade de exigir a reparação desse dano (n.º 1 do art. 941.º). Para além disso, à semelhança do que acontece no caso anterior, ***B*** pode optar, *apenas*, pela indemnização do dano resultante da violação da prestação de facto negativo[2].

744. Procedimentos cautelares

I. A tutela do interesse do titular do direito nem sempre se alcança, de forma expedita, pelos meios indicados nos números anteriores. Já se deixa ver que eles são com frequência demorados, podendo daí resultar a sua ineficácia, em termos práticos, quando finalmente actuem. Assim, durante o curso das acções declarativa ou executiva pode o devedor praticar actos que venham a inviabilizar a execução final, destruindo, ocultando ou mesmo alienando bens[3].

Torna-se, portanto, necessário, para a garantia pública ter eficácia, assegurar o seu funcionamento a título preventivo, acautelando os interesses do ti-

[1] Não se considera, naturalmente, o caso de a destruição da coisa extinguir a obrigação, por impossibilidade da prestação (art. 790.º, n.º 1, do C.Civ.).

[2] Note-se que este dever de indemnizar não tem o mesmo conteúdo do antes referido no texto, para a hipótese de vir a ser destruída a obra feita.

[3] Sobre a noção de procedimento cautelar, *vd*. Antunes Varela, J. Miguel Bezerra e Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil*, págs. 22 e segs.

tular do direito contra actos daquele tipo, nomeadamente através dos meios de conservação da garantia patrimonial (arts. 605.º e seguintes do C.Civ.).

II. Há também meios judiciais especialmente voltados para esta função preventiva. A eles se refere genericamente logo o art. 2.º, n.º 2, do C.P.Civ., quando faz corresponder à tutela judicial dos direitos, em geral, «aos procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da acção».

Em geral[1], essas providências vêm reguladas nos arts. 381.º e seguintes do C.P.Civ., sob a designação de *procedimentos cautelares*. Neles se compreendem meios processuais muito diversos, orientados para a tutela preventiva de interesses também muito diversificados.

A sua finalidade comum de assegurar o resultado útil de uma acção impõe que estes procedimentos sejam «sempre dependência da causa que tenha por fundamento o direito acautelado», podendo ser requeridos antes da correspondente acção ou já no decurso desta, como seu incidente (art. 383.º, n.º 1, do C.P.Civ.).

[1] Diz-se *em geral*, uma vez que outros meios processuais deste tipo existem noutros ramos de Direito e em legislação especial.

ÍNDICE IDEOGRÁFICO[1]

A

Abuso do direito – 684, 685
- âmbito – 685.II
- boa fé – 684.VII a XII
  - desequilíbrio em exercício – 684.XI
  - *dolo agit* – 684.XI
  - *exceptio doli generalis* – 684.VIII
  - exercício inadmissível de posições jurídicas – 684.II
  - inalegabilidades formais – 508.II, 684.VII
  - preclusão – 684.XII
  - *suppressio (Verwirkung)* – 684.XII
  - *surrectio (Erwirkung)* – 684.XII
  - *tu quoque* – 684.X
  - *venire contra factum proprium* – 684.IX
- bons costumes – 684.VI
- caracterização – 684
- concepção objectivista – 684.III
- concepção subjectivista – 684.III
- conhecimento oficioso – 685.V
- consequências – 685.IV
- fim económico-social – 684.V
- função pessoal – 684.V
- função social – 684.V
- ordem pública – 684.IV

Acção – 370.II, 377.II
Acção de declaração – 742
Acção de execução – 743
Acção directa – 734
Acção sub-rogatória – 487.II
Acessão natural – 369.II
Acto jurídico – 372 e ss.
- adstritivo – 375.I
- aquisitivo – 375.I
- complexo – 372.II, 373
- confirmativo – 375.II
- constitutivo – 375.I
- de formação instantânea – 373.III
- de formação sucessiva – 373.III
- plurissubsistente – 373.III
- unissubsistente – 373.III
- determinado – 378, 380.III
- ilícito – 376
- impeditivo – 375.II
- indeterminado – 378, 380.III
- intencional – 377, 380.IV
- liberativo – 375.I
- lícito – 376
- modificativo – 375.I
- negativo – 374
- permissivo – 375.II
- positivo – 374
- principal – 375.I
- secundário – 375.II
- simples – 372, 373

Actos de administração – 672
Actos de comércio – 4.II e III
Actos de disposição – 672
Actos jurídicos simples – 646 e ss.
- modalidades – 648
- noção – 647
- operações jurídicas – 651
- quase-negócios jurídicos – 652
- regime – 649 e ss.

Administração de bens – 133-135
- administrador de bens – 133.II
- como se institui – 133.II
- noção – 133.I
- quando se institui – 133.II
  - em conjunto com a responsabilidade parental – 133.III, 134
  - em conjunto com a tutela – 133.III, 135

Adopção – 21.I e V, 76.V, 131.IV

[1] São identificados números de ordem e não de páginas; a partir do n.º 367, inclusive, pertencem ao vol. II.

Adstrição – 45
Aeronaves – 349.II
Afinidade – 21.I e IV
Agências – 265.VI
Agentes ou auxiliares – 214.IV
Agrupamentos complementares de empresa – 279.III
Águas – *vd*. coisas imóveis (categorias)
Alcoolismo – *vd*. inabilitação, incapacidade de facto, incapazes do art. 131.º do C.Civ.
Alcunha – 77.III
Alteração de circunstâncias – 607
Andares – 345.III
Animais – 347.IV
Animus personificandi – 275, 280
Anomalia psíquica – *vd*. inabilitação, incapacidade de facto, incapazes do art. 131.º do C.Civ., interdição
Anulabilidade – 141.II, 142-146, 155-158, 175.IV, 618, 620.III, 621.II, 622.II a IV, 623, 624
Apuramento da identidade – *vd*. individuação
Aquisição de direitos – *vd*. situações jurídicas (vicissitudes)
Arbustos – *vd*. coisas imóveis (categorias)
Arresto – 20.II, 65.V
Árvores – *vd*. coisas imóveis (categorias)
Associações – 244, 245, 247, 281-285
  constituição
    formalidades – 283
    natureza do acto constitutivo – 283.II
    reconhecimento – 285.I
    registo – 285.II
  denominação social – 277.III
  extinção – 290, 292
    dissolução – 290
    liquidação – 291
    sucessão – 292
  modalidades – 245
  modificação – 300
  noção – 244
  organização e funcionamento – 315-321
    associados – 315
      aquisição da qualidade – 315.I e II
      de indústria – 317.III
      direitos – 317
      fundadores – 315.I
      natureza do direito – 316
      obrigações – 317
      perda da qualidade – 315.III e IV
    órgãos sociais – 318-321
      administração – 319
      assembleia geral – 318.V, 321
      conselho fiscal – 320
Associações de beneficiários (ou de regantes) – 230.IV
Associações de classe – 239
Associações de municípios e de freguesias – 230.IV
Associações de socorros mútuos – 279.III
Associações desportivas – 233.III
Associações de empregadores – 61.IV, 239, 279.II e III
Associações políticas – 238
Associações profissionais – 230.IV
Associações públicas – 230.IV
Associações sem personalidade – 67.III, 271
Associações sindicais – 61.IV, 239, 279.II e III
Ausência – 124.III e IV, 190-206
  direitos eventuais do ausente – 196.IV, 200.IV e 206
  fases – 193 – *vd*. ausência declarada (justificada), ausência presumida, declaração de morte presumida
  noção – 190, 191.I, 192
  qualificada – 192
  simples – 191.I e II
Ausência declarada (ou justificada) – 198-201
  curadores definitivos – 200
    designação – 200.III
    poderes – 200.III
  declaração – 199
  direitos eventuais do ausente – 200.IV
  efeitos – 200.II
  requisitos – 198
  termo – 201
Ausência presumida – 194-197
  declaração – 195
  direitos eventuais do ausente – 196.IV
  efeitos – 196
    administração de bens – 196.II
    curador provisório – 196.II a IV
  requisitos – 194
  termo – 197
Autarquias locais – 230.I e II
Auto-estradas – 345.III
Automóveis – 349.II
Autonomia privada – 380
Auto-serviço – *vd*. formação do negócio jurídico (contrato)

B

Baldios – 344.V
Base do negócio – 463, 607
Benfeitorias – 359.V
  necessárias – 359.V
  noção – 359.V
  úteis – 359.V
  voluptuárias – 359.V
Bens – 333, 334 – *vd*. bens da personalidade, cadáver, coisas, direito subjectivo, efeitos jurídicos, pessoas, prestações, universalidades de direito
  noção – 334
Bens da personalidade – 93.II, 97.IV a VI, 335, 365
Bibliotecas – 345.III
Bilhete de Identidade – 79.III e IV
Boa fé – 24.I, 396.V, 407, 409.I, 413.II, IV e VI, 437.III e V, 438.II, 463.I e III, 465.IV, 488.III, 494.III, 508.IV, 518, 521.II, 522.II a V, 523.III, 524.II e III, 532.II, 535.II, 570.II e IV, 571.IV, 572.II, 576.II, 594.I a III, 607.I e II, 611, 623.V a VII, 631.III, 633.II, 634.II – *vd*. abuso do direito
Bons costumes – 430.II, 529.II, 532.II. 544.III, 564.II – *vd*. abuso do direito, objecto negocial

C

Cadáver – 92, 363
  colheita de órgãos e tecidos – 363.III

destino – 92.II e III
extracomercialidade – 363.III
natureza jurídica – 92.I, 363.I
noção – 363.II
Caducidade – 721 e ss.
contagem do prazo – 724
invocação – 725
modalidades – 722
noção – 721
regime – 723
Câmara dos solicitadores – 230.IV
Capacidade jurídica – 48-50, 109, 110, 153, 154, 163, 164
particular – 50.I e III
de exercício – 49, 110, 153 e 164
de gozo – 49, 109, 152, 163
específica – 50.I e II
genérica – 50.I e II
noção – 48
Capacidade negocial – 428
Cartão de cidadão – 75.IV e 79.III
Cartão de contribuinte – 75.IV
Cartão electrónico – 79.III e VII
Cartão de eleitor – 75.IV
Cartão de empresa – 79.III e VII
Cartão de identificação de pessoa colectiva – 79.III e VII
Casa do Douro – 230.IV
Casamento putativo – 604
Causa – 538 e ss.
e fim mediato – 542
e motivos antecedentes – 542
importância da causa – 544
noção – 538, 539
objectiva – 540, 541
requisitos – 543
subjectiva – 540, 541
Cegueira – *vd*. inabilitação, incapacidade de facto, incapazes do art. 131.º do C.Civ., interdição
Centros de gestão da empresa agrícola – 236
Certificado de admissibilidade – 276.IV, 277.IV
Certificado de vida e de identidade – 79.III e VI
Cessão de bens aos credores – 56.III, 182
Classificação das pessoas colectivas – 218-254
comunitárias – 219
estrangeiras – 220
fim altruísta ou desinteressado – 240, 241
fim económico – 240, 242
fim egoísta ou interessado – 240, 241
fim ideal ou cultural – 240, 242
fim lucrativo – 240, 243
fim não lucrativo – 240, 243
internacionais – 219
internas – 219
nacionais – 220
privadas – 222 e ss.
públicas – 222 e ss. – *vd*. associações, distinção entre pessoas colectivas públicas e privadas, fundações, sociedades
Classificação germânica das relações jurídicas civis – 9
Cláusula – 546.I
Cláusula compromissória – 583.IV
Cláusula de equidade – 582
Cláusula modal – *vd*. modo
Cláusula penal – 581
Clausula rebus sic stantibus – 607.II
Cláusulas contratuais gerais – *vd*. formação do negócio jurídico (contrato), interpretação e integração do negócio jurídico (contrato de adesão)
Coacção física – 445, 446
efeitos – 446
noção – 445
Coacção moral – 470, 471 e ss.
noção – 471-474
ameaça (de um mal) – 472
ilicitude (da ameaça) – 473
intencionalidade (da ameaça) – 474
requisitos – 475
Código Civil de 1966 – 15-18
Código Civil de 1867 – 14
Coisas
classificações – 339 e ss.
critérios – 340
necessidade da classificação – 339
sentido das classificações – 341
noção – 337, 338.IV
noção legal – 338.I a III
Coisas acessórias – 358, 359
noção legal – 358.II e III
sentido amplo – 359 – *vd*. benfeitorias, frutos, pertenças, produtos
sentido restrito – 358.II
Coisas colectivas – 355.III
Coisas complexas – 355.II e III
Coisa componente – 346.VI, 347.II, 357
Coisas compostas – 355
Coisas consumíveis – 351
Coisas corpóreas – 342, 343
Coisas deterioráveis – 352
Coisas divisíveis – 353
Coisas fora do comércio – 344, 346.III
no domínio público – 344.III
por natureza – 344.IV
Coisas fungíveis – 350
Coisas imateriais – 342
Coisas imóveis – 345-347
águas – 346.III
arbustos – 346.IV, 347.II
árvores – 346.IV, 347.II
critério de classificação – 345
direitos sobre coisas imóveis – 346.V
frutos – 346.IV, 347.II
partes integrantes – 346.VI
por natureza – 346.I
por relação – 346.I
prédios rústicos – 346.II e VI
prédios urbanos – 346.II e VI
relevância – 348
Coisas inconsumíveis – 351
Coisas incorpóreas – 342, 343
Coisas indivisíveis – 353
Coisas futuras – 354
Coisas materiais – 342
Coisas móveis – 345, 347, 348
animais – 347.IV

critério de classificação – 345
por natureza – 347.I
por relação – 347.I
relevância – 348
semoventes – 347.IV
Coisas não deterioráveis – 352
Coisas não fungíveis – 350
Coisas não registáveis – 347.III, 349
Coisas no comércio – 344
Coisas presentes – 354
Coisas principais – 358
Coisas registáveis – 347.III, 349
Coisas simples – 355
Colisão de direitos – 683
Comércio electrónico – *vd.* formação do negócio jurídico (contrato)
Comissão – 487.I
Comissões especiais – 265.IV, 271.III
Commodum representationis – 701.III
Comoriência – 88.II
Compromisso arbitral – 583.IV
Compropriedade – 67.II
Computador – 355.V
Comunidades intermunicipais – 230.IV
Concepturos – *vd.* nascituros
Concordata com a Santa Sé – 14.III
Concurso – *vd.* formação do negócio jurídico (contrato)
Condição – 558 e ss.
importância – 560
modalidades – 561-566
de momento certo e incerto – 565
idóneas e inidóneas – 564
potestativas, casuais e mistas – 566
próprias e impróprias – 562
suspensivas e resolutivas – 563
noção – 558
regime – 567-572
aponibilidade – 567
efeitos da aposição – 569
efeitos da verificação e não verificação – 572
pendência – 570
relevância na eficácia do negócio – 568
verificação e não verificação – 571
Condição resolutiva tácita – 389.VII
Confirmação – *vd.* invalidade (convalescença do negócio)
Confissão – 652.II a VI
Conjugação de vontades – 485
Contrato – 389, 396.III
bilateral (sinalagmático) – 389.III a VII, 396.III
bivinculante – 389.V
unilateral (não sinalagmático) – 389.III a VII, 396.III
univinculante – 389.V
Contrato à distância – *vd.* formação do negócio jurídico (contrato)
Contrato ao domicílio – *vd.* formação do negócio jurídico (contrato)
Contrato com declarações conjuntas – *vd.* formação do negócio jurídico (contrato)
Contrato consigo mesmo – 490
Contrato de adesão – *vd.* formação do negócio jurídico (contrato), cláusulas contratuais gerais, interpretação, integração do negócio jurídico
Contrato de trabalho – 5.III
Contratos celebrados por autómatos – *vd.* formação do negócio jurídico (contrato)
Convenção antenupcial – 394.III e IV
Convenção colectiva de trabalho – 5.III
Conversão – 284 – *vd.* invalidade (aproveitamento do negócio)
comum – 284.II
de conteúdo – 284.II
formal – 506.V
Convite a contratar – 403.I
Cooperativas – 251.II, 279.II e III
Cremação – *vd.* cadáver (destino)
Cruz Vermelha Portuguesa – 230.IV
Culpa in contrahendo – 407, 458.II, 467.I
Curador – *vd.* ausência declarada, ausência justificada, inabilitação (suprimento)
Curadores especiais – *vd.* representantes especiais
Curadoria – *vd.* ausência justificada, ausência presumida
Curatela – *vd.* inabilitação (suprimento)

D

Dactiloscopia – 79.III
Declaração negocial – 496 e ss.
modalidades – 497, 500
expressa – 498.I a III e V
ficta – 499.II e III
por silêncio – 499.III, 500
presumida – 499.II e III
tácita – 498.IV a VII, 499.I e II
noção – 496
Declarações não sérias – 449, 450
efeitos – 450
graça pesada – 449.I
noção – 449
Deficiências físicas e mentais – 147 e ss. – *vd.* inabilitação, incapacidade de facto, incapacidade do art. 131.º do C.Civ., interdição
Delegações – 265.VI
Demência – *vd.* inabilitação, incapacidade de facto, incapazes do art. 131.º do C.Civ., interdição
Denominação social – 75.III, 277
Denúncia – 611
Desequilíbrio em exercício – *vd.* abuso do direito (boa fé)
Deserdação – 369.II
Dever jurídico – 690
Direito à educação e à cultura – *vd.* direitos da personalidade (bens instrumentais)
Direito a escritos confidenciais – *vd.* direitos da personalidade (bens da personalidade)
Direito à habitação – *vd.* direitos da personalidade (bens instrumentais)
Direito à honra – *vd.* direitos da personalidade (bens da personalidade)
Direito à identidade – *vd.* direitos da personalidade (bens da personalidade)
Direito à imagem – *vd.* direitos da personalidade (bens da personalidade)

Direito à integridade física – *vd.* direitos da personalidade (bens da personalidade)
Direito à intimidade – *vd.* direitos da personalidade (bens da personalidade)
Direito à liberdade – *vd.* direitos da personalidade (bens da personalidade)
Direito à nacionalidade – *vd.* direitos da personalidade (bens da personalidade)
Direito à personalidade e capacidade jurídica – *vd.* direitos da personalidade (bens da personalidade)
Direito à segurança social – *vd.* direitos da personalidade (bens instrumentais)
Direito à vida – *vd.* direitos da personalidade (bens da personalidade)
Direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado – *vd.* direitos da personalidade (bens instrumentais)
Direito ao próprio corpo – *vd.* direitos da personalidade (bens da personalidade)
Direito ao trabalho – *vd.* direitos da personalidade (bens instrumentais)
Direito de retenção – 737
Direito Civil – 3, 4.I, 5.I, 6.I e II, 8
Direito Canónico – 1.II
Direito Comercial – 4
Direito Constitucional – 6
Direito da Família – 17.III, 21
Direito das Coisas (Direitos Reais) – 2.IV, 17.III, 20
Direito das Obrigações – 2.IV, 17.III, 19
Direito das Sucessões – 2.IV, 17.III, 22
Direito do Trabalho – 5
Direito Fiscal – 7.III
Direito geral de personalidade – 97.I e II
Direito institucional – 2.I
Direito Internacional Privado – 8
Direito Penal – 7.II
Direito potestativo – 665
Direito Privado – 2
Direito Privado comum – 3
Direito Processual Civil – 7.I
Direito Público – 2
Direito subjectivo – 656 e ss.
  conteúdo – 669 e ss.
  exercício – 673-679
  limites extrínsecos – 683, 685
  limites intrínsecos – 681, 682 – *vd.* abuso do direito,
  colisão de direitos
    modalidades – 673-679
    noção – 673
  figuras afins – *vd.* expectativa jurídica, interesses difusos, interesses reflexa e indirectamente protegidos, poder funcional
  modalidades – 664 e ss.
  noção – 656 e ss.
    posição adoptada – 663
    teoria da vontade – 658
    teoria do interesse – 659
    teoria do poder jurídico – 662
    teoria do Prof. Gomes da Silva – 661
    teoria normativa – 661.IV
    teorias eclécticas – 660
    teorias negativistas – 657
Direitos da personalidade – 26, 93 e ss.
  assento legal da matéria – 96
  bens da personalidade – 93.I, 97.IV e V
  bens instrumentais da personalidade – 97.IV e VI
  características – 94
  figuras afins – 95
  modalidades – 97.III a VI
  noção – 93
Direitos fundamentais – 6.VI, 95.II
Direitos do Homem – 95.II
Direitos inatos – 93.II
Direitos, liberdades e garantias – 6.VI, 96.IV
Direitos originários – 93.II, 95.II
Direitos pessoalíssimos – 95.II
Direito potestativo – 364
Direitos reais – 20, 63.III
  de aquisição – 20.II
  de garantia – 20.II, 63.III
  de gozo – 20.II
Direitos sobre direitos – 361
Distinção entre Direito Público e Direito Privado – 2
  critério da posição dos sujeitos na relação jurídica – 2.II
  critério do interesse – 2.II
  critério dos sujeitos da relação jurídica – 2.II
Distinção entre pessoas colectivas públicas e privadas – 222-239
  critérios de distinção – 222-229
    adoptado – 228
    criação – 225
    eclécticos – 227
    fim – 223
    integração – 226
    titularidade de poderes de autoridade – 224
    tratamento jurídico – 228
  regime das pessoas colectivas públicas – 229
  tipos de pessoas colectivas públicas – 230-239
    associativo – 230.IV
    institucional – 230.III
    população e território – 230.II – *vd.* associações políticas, associações de classe, centros de gestão de empresa agrícola, empresas públicas, instituições de segurança social, instituições particulares de solidariedade social, pessoas colectivas de utilidade pública, unidades colectivas de exploração
Divergências entre a vontade e a declaração – 511 e ss.
  modalidades – 512 – *vd.* erro na declaração, erro na transmissão, erro no entendimento, reserva mental, simulação
  noção – 511
Documentos – 506.III a V
  assinatura digital – 506.IV
  autenticados – 506.IV
  autênticos – 506.IV
  electrónicos – 506.IV
  particulares – 506.IV
  noção – 506.IV
Dolo agit – *vd.* abuso do direito (boa fé)
Domicílio – 183-189
  importância – 183.I, 189
  modalidades – 186-188
    da família – 188.III

electivo – 187.II, 583.II
especial – 187.II, 188.I
geral – 186, 187.I, 188.I
legal (necessário)
inabilitado – 188.V
interditos – 188.II a IV
menores – 188.II a IV
profissional – 187.II
voluntário – 187.I e II, 188
noção – 183.II, 185 – *vd.* ausência, paradeiro, residência

E

Efeitos jurídicos – 364
Eficácia directa (ou imediata) dos princípios constitucionais – 6.III a VI
Eficácia mediata das normas imperativas – 557 – *vd.* invalidade parcial (aproveitamento do negócio inválido)
Empresa – 272
Empresa comercial – 4.II
Empresas nacionalizadas – 232.IV
Empresas públicas – 232, 279.II
entidades públicas empresariais – 232.II – *vd.* sector empresarial local
Enterramento – *vd.* cadáver (destino)
Errada qualificação do negócio jurídico – 526
Erro na declaração – 533 e ss.
efeitos – 535
modalidades – 533.III a VI
noção – 533.II e VI
requisitos – 534
validação do negócio – 535.II – *vd.* erro na transmissão da vontade, erro no entendimento
Erro na formação da vontade – 454 e ss.
modalidades – 454.II e III, 462 e ss.
de facto e de direito – 454.III
simples – 454.II e 462-464
sobre a base do negócio – 463
sobre a pessoa do declaratário – 462
sobre o objecto – 462
sobre os motivos – 464
qualificado por dolo – 454.II, 465-468
efeitos – 467, 468
modalidades – 465.III e IV
noção – 465.II
relevância – 466
noção – 454.II
requisitos – 455-461
causalidade – 456
desculpabilidade – 458
individualidade – 459
propriedade – 457
relativos ao declaratário – 461
tipicidade – 460
Erro na transmissão – 536
Erro no entendimento – 537
Esfera jurídica – 57, 58
divisões – 58
noção – 57
Estabelecimento comercial – 273
Estabelecimento individual de responsabilidade limitada – 66.II, 274
Estado civil – 70, 105, 107.VIII
Estado de necessidade – 470.II, 477, 478.II, 480.II, 736
noção – 477
relevância – 478
Estado pessoal – 68-72
modalidade – 72
noção – 69
relevância – 71
Estatuto – 276.III
Estradas – 345.III
Estrutura do negócio jurídico – 435 e ss.
papel da vontade e da declaração – 436-438
o problema no Código Civil – 439
posição adoptada – 438
teoria da boa fé ou confiança – 437.V
teoria da *culpa in contrahendo* – 437.IV
teoria da declaração – 437.III
teoria da responsabilidade – 437.VI, 438
teoria da validade *(Geltungstheorie)* – 437.VII e VIII
teoria da vontade – 437.II
teoria performativa – 437.IX
Eutanásia – 362.VI
Excepção de não cumprimento – 389.VII, 738
Exceptio doli generalis – *vd.* abuso do direito (boa fé)
Exercício em desequilíbrio – *vd.* abuso do direito (boa fé)
Expectativa jurídica – 373.III, 687
Exumação – *vd.* cadáver (destino)

F

Facto jurídico – 367 e ss.
modalidades – 367-371
extravoluntário – 369.II, 371
humano – 369, 370
não voluntário – 369.II, 370
natural – 369, 370
normativo – 368.II
simples – 373
stricto sensu – 370.II
voluntário – 369.I e II, 371
noção – 367
Facto jurídico simples (o tempo) – 705 e ss.
cômputo – 707
fontes de relevância – 706
influência na relação jurídica – 710
modalidades dos prazos – 709
normas interpretativas – 708 – *vd.* caducidade, não uso, prescrição
Facto jurígena – 367.III
Falência – *vd.* insolvência
Falido – *vd.* insolvente
Falta de consciência da declaração – 141.IV, 447, 448
efeitos – 448
noção – 447
Falta de vontade – *vd.* coacção física, declarações não sérias, falta de consciência da declaração
Federações de turismo – 230.IV
Federações desportivas – 233.III

Ficheiro central de pessoas colectivas – 279.II
Filiais – 265.VI
Firma – 75.III
Fontes da relação jurídica – 367 e ss.
Forma – 390.II e III, 501 e ss.
  e formalidades – 502, 503
  ad probationem – 503
  ad substanciam – 503
  inalegabilidades formais – 508.II
  modalidades – 504-510
    convencional – 505, 510
    legal – 505-507
    voluntária – 505, 509
  noção – 501
  princípio da liberdade de forma – 504
  regime do vício de forma – 508 – *vd*. documentos
Formação do negócio jurídico – 400-420
  atipicidade – 400.I
  contrato – 402 e ss.
    aceitação – 405.I
    auto-serviço – 420.III
    cláusulas contratuais gerais – 408-414
      âmbito de aplicação – 411
      características – 410.II
      contrato de adesão – 409.I
      formação do contrato singular – 412
      noção – 410.I
      tutela do aderente – 413, 414
        acção inibitória – 414
        cláusulas proibidas – 413
    consenso – 406
    contraproposta – 405.III
    contrato ao domicílio – 415
      forma – 415.IV
      noção – 415.II e III
      tutela do consumidor – 415.V
    contrato com declarações conjuntas – 420.II
    contrato mediante concurso – 420.IV
    contrato à distância – 417
    contrato celebrado por autómatos – 416
    contratos do comércio electrónico – 418
    contratos proibidos – 419
      fornecimento de bens e serviços não encomendados – 419.I e V
      vendas de bola de neve – 419.I e II
      vendas em cadeia – 419.I e II
      vendas em pirâmide – 419.I e II
      vendas forçadas – 419.I e III
      vendas ligadas – 419.I e IV
    convite a contratar – 403.I
    culpa in contrahendo – 407
    oferta ao público – 403.II
    proposta – 403
      eficácia – 404
        cessação – 404.IV-VII
      modalidades – 403.II
      natureza jurídica – 403.IV
      noção – 403.I
      requisitos – 403.III
    rejeição – 405.II
    vendas especiais esporádicas – 415.VI
  negócio unilateral – 401
Fraude à lei – 431.III, 528.V a VII, 529.II
Frutos – 346.IV, 359.III
  naturais – 359.III
  noção – 359.III
  pendentes – 359.III
  percebidos – 359.III
Fundações – 244, 245, 247
  constituição – 286-288
    formalidades – 287
    natureza do acto constitutivo – 286
    reconhecimento – 288
      fim sem relevância social – 288.IV
      impossibilidade do fim – 288.V
      insuficiência do património – 288.II e III
    registo – 288.VI
  denominação social – 277.III
  extinção – 296-298
    dissolução – 296
    liquidação – 297
    sucessão – 298
  organização – 330-332
    administração
      composição – 331.I e II
      convocação e funcionamento – 331.III
    conselho fiscal – 332

G

Garantia da relação jurídica – 726 e ss.
  privada – 733-739 – *vd*. acção directa, direito de retenção, estado de necessidade, excepção de não cumprimento, legítima defesa
  pública – 740-744 – *vd*. acção de declaração, acção de execução, procedimentos cautelares
Geltungstheorie – 437.VII
Gestão de negócios – 487.III
Greve – 370.II

H

Hábitos de vida – 147 e ss. – *vd*. inabilitação, incapacidade de facto, incapazes do art. 131.º do C.Civ.
Herança jacente – 44.II, 265.III
Herdeiro – 22.III
Homicídio – 369.II

I

Ilegitimidade – *vd*. legitimidade
Identidade – 73.II
Identificação – 73, 78, 79
  meios -79
    confronto de manuscritos – 79.III
    conhecimento pessoal – 79.II
    exibição de documentos de identidade – 79.III e IV
    sinalética – 79.III
  noção – 78

Impressões digitais – 75.II, 79.III
Impugnabilidade – 645
Impugnação pauliana – 65.IV
Inabilitação – 124.III, 160-167 – *vd*. insolvente
  âmbito – 162-164
  capacidade de exercício – 164, 165
    actos de administração – 164, 165.III
    actos de disposição – 164.II, 165.II
  capacidade de gozo – 163
  causas – 160
    modalidades – 160.II
    requisitos – 160.III e IV
  cessação – 167
  como se decreta – 161
  formas de suprimento
    actos de administração – 165.III
    actos de disposição – 165.II
    assistência – 164.II
    representação – 164.II
  meio de suprimento (curatela)
    órgãos da curatela – 165
    poderes do curador – 165.II e III
  noção – 160.I
    relevância da sentença – 162.I
    valor dos actos do inabilitado – 166
Inalegabilidades formais – *vd*. forma legal, abuso do direito (boa fé)
Incapacidade acidental – 174, 175
  campo de aplicação – 175.I
  requisitos – 174.II e III
  valor dos actos – 175.IV
Incapacidade de facto – 172-175
  como situação atomística – 174
  como situação estável – 173
  noção – 172.II e III
Incapacidade jurídica – 51, 52, 55
  absoluta de gozo – 51.II
  de exercício – 51.II e III
  de gozo – 51.II e III
  noção – 51.I e 55
  suprimento – 52-54
    formas – 54
    meios – 53
      assistência – 54.IV
      representação – 54.III
Incapacidades matrimoniais – 101.II,VI e VII
Incapaz – 55.II
Incapazes do art. 131.º do C.Civ. – 168-171
  campo de aplicação – 168
  regime jurídico – 169-171
    apreciação crítica – 171
    meios de suprimento – 170
    tipo de incapacidade – 169.II e III
Indignidade – 369.II
Individuação – 73.I
Individualização – 73 e ss.
  elementos – 75
    naturais ou intrínsecos – 75.II
    circunstanciais ou extrínsecos – 75.II a IV, 76, 77
  noção – 74
  registo – 80
Inexistência jurídica – 141.IV, 599.II, 613
Inoponibilidade – 644
Insolvência – 176 e ss.
  culposa – 180.V
  declaração – 178
    fases do processo – 178.I e II
  efeitos – 179, 180
  noção – 177
  situação jurídica do insolvente – 180, 181
    encerramento – 180.VI
    limitações à capacidade – 180
    natureza – 181
    suprimento – 180.III
  valor dos actos – 180.IV
Insolvente – 55.II – *vd*. insolvência
  inabilitação – 180.V
  curador – 180.V
Instituições de Segurança Social – 234
Instituições particulares de solidariedade social – 235, 279.II e III
Institutos públicos – 230.II
Integração do negócio jurídico – 592 e ss.
  admissibilidade – 593
  contratos de adesão – 597
  elementos – 594
  negócios formais – 595
  noção – 592
  testamento – 596
Interdição – 124.III, 149 e ss.
  âmbito – 151-153
    capacidade de exercício – 153
    capacidade de gozo – 152
    inimputabilidade – 153.II
  anulabilidade dos actos do interdito – 155-158
    antes do anúncio da acção – 156
    após registo da sentença – 158
    na pendência da acção – 157
  causas – 149
    modalidades – 149.II
    requisitos – 149.III
  cessação – 159
  como se decreta – 150
    legitimidade – 150.II e III
    meio judicial – 150.I e IV
  noção – 149.I
  suprimento – 154
    administração de bens – 154.I
    tutela – 154.II e III
      pai-tutor – 154.III
      saúde do interdito – 154.II
Interesses difusos – 686.IV
Interesses indirectamente protegidos – 686.I a III
Interesses reflexamente protegidos – 686.I a III
Interposição real de pessoas – 487.I, 527
Interpretação do negócio jurídico – 439.III, 584 e ss.
  contratos de adesão – 591
  elementos – 587
  indeterminação do sentido – 588
  negócios formais – 589
  noção – 585
  objecto – 585, 586
  testamento – 590
Inumação – *vd*. cadáver (destino)

Invalidade – 615 e ss.
aproveitamento do negócio jurídico – 628 e ss.
invalidade parcial – 629 e ss.
e integração – 631
eficácia mediata das normas imperativas – 630
redução – 633-634
conversão – 284.II, 390.IV, 391.IV
convalescença do negócio jurídico – 624-627
caducidade do direito de arguir o vício – 626
confirmação – 627
modalidades – 644
validação – 625
distinção entre nulidade e anulabilidade – 618
efeitos – 623
invalidades mistas – 616, 618.II
modalidades – 617 – *vd.* anulabilidade, inexistência, irregularidade, nulidade
noção – 615
Inoponibilidade – 644
Irregularidade – 376.I, 614
Iura in se ipsum – 362.III
Ius imperii – 2.III

J

Justificação judicial de óbito – 90, 91.I

L

Legatário – 22.III
Legítima defesa – 735
Legitimidade – 56, 429
e capacidade – 56.IV
indirecta – 56.III
noção – 56.V
Lei da Boa Razão – 13.III
Lesão – 452.I, 481.I
Liberalidade – 396.I
Liberdade de celebração – 550
Liberdade de estipulação – 380.II, 552
Liberdade de selecção do tipo negocial – 551

M

Mandato sem representação – 487.I
Medo – 469 e ss.
causas – 470 – *vd.* coacção moral, estado de necessidade, temor reverencial
noção – 469
Menores abandonados – *vd.* tutela (casos especiais)
Menoridade – 102 e ss.
âmbito da incapacidade – 108-111
capacidade de exercício – 110
capacidade de gozo – 109
inimputabilidade dos menores – 111
duração
começo – 104.I
termo – 104.II e III
emancipação – 107, 126, 131.II, 144.II e III
plena – 107.I e II
restrita – 107.III a VII
maioridade – 106, 124.III, 131.II, 144.II e III
estado civil de menor – 105, 107.III e VIII
sede legal – 103
suprimento
formas – 112
meios – 113
regimes especiais – 136-140
agente do Ministério Público – 139
protutor – 138
representantes de facto – 140
representantes especiais – 137
regime geral – 112 e ss. – *vd.* administração de bens, responsabilidade parental, tutela
valor dos actos dos menores – 141-146
anulabilidade – 141.II, 142 e ss.
dolo do menor – 146
forma de arguição – 145
inoponibilidade – 146
legitimidade – 143
prazo – 144
inexistência jurídica – 141.IV
nulidade – 141.III e IV
Minas – 345.III
Ministério Público – *vd.* menoridade (suprimento – representantes especiais)
Modo – 577-580
aponibilidade – 578
e condição – 580
regime – 579
Monumentos – 345.III
Morte – *vd.* pessoas singulares (personalidade)
Morte fetal – 86.IV
Morte presumida – 91.II, 202-206
declaração – 203
efeitos – 204-206
bens do ausente – 204.III, 206.II
casamento do ausente – 205.II
equiparação à morte – 204.I
regresso do ausente – 205
requisitos – 202.II e III
Museus – 345.III

N

Nacionalidade
pessoas colectivas – 218, 220
pessoas singulares
determinação – 99.II
influência na capacidade – 99.III e IV
noção – 99.I
Nado-morto – 82.II
Nado-vivo – 82.II
Não uso – 712.II
Nascimento – *vd.* pessoas singulares (personalidade jurídica)
Nascituro – 44.II, 83
Naturalidade – 75.II e V
Navios – 349.II
Negócio de pura obsequiosidade – 383.III e IV

Negócio jurídico – 378 e ss.
conteúdo – 546 e ss.
eficácia – 599.I e II, 601 e ss.
cessação dos efeitos – 608-611 – *vd*. caducidade, denúncia, resolução, revogação
mera (simples) ineficácia – 599.III, 643, 645 – *vd*. impugnabilidade, inoponibilidade
modalidades dos efeitos – 604
modificação dos efeitos – 606, 607 – *vd*. alteração das circunstâncias
oponibilidade dos efeitos – 605
produção dos efeitos – 602, 603
modalidades
a título singular ou universal – 398
abstracto – 399.II, 545
acessório – 399.I
aleatório – 397
bilateral – 388, 393.III
causal – 399.II, 545
comutativo – 397
conjunto – 387
consensual – 390, 391
entre presentes e entre ausentes – 402
familiar – 392
fiduciário – 528
formal – 390
gratuito – 396
indirecto – 529
inter vivos – 394
mistos – 553.III
mortis causa – 394
não patrimonial (pessoal) – 395
nominado ou inominado – 399.II, 553.I e II
obrigacional – 392
oneroso – 396
parciário – 396.IV
patrimonial – 395
plural – 387
plurilateral – 388, 389.II
principal – 399.I
real quoad constitutionem e *quoad effectum* – 390.I, 391, 392, 605.III
recipiendo e não recipiendo – 393
singular – 387
solene – 390
sucessório – 392
típicos e atípicos – 553.I e II
união de negócios – 553.IV
unilateral – 388, 389.II, 393.III
noção – 378.III, 379 e ss.
objecto jurídico – 546.I
papel da lei – 554 e ss.
normas dispositivas – 555
normas imperativas – 556 e 557 – *vd*. eficácia mediata das normas imperativas
papel da vontade – 549 e ss. – *vd*. liberdade de celebração, de estipulação, de selecção do tipo negocial
validade – 599
valores negativos – 599.I, 612 e ss. – *vd*. anulabilidade, inexistência, invalidade, irregularidade, nulidade
N.I.P.C. – 75.IV
Nome artístico ou literário – 77.II
Nome civil – 75.III, 76, 77
alteração – 76.V
atribuição – 76.III
composição
apelidos – 76.IV
nome próprio – 76.IV
direito ao nome
natureza – 76.II
tutela – 76.VI
figuras afins – 77
Nulidade – 618, 620.II, 621.I, 622.II a IV, 623
Número de identificação fiscal – 75.IV
Número nacional de identificação – 75.IV
Núncio – 426.VI, 487.III, 536.I e II

O

Objecto negocial – 430 e ss.
bons costumes – 431.II
fraude à lei – 431.III
noção – 430.I
ordem pública – 430.II, 431.II
requisitos – 430.II, 431-434
determinabilidade – 433
efeitos da falta de – 434
licitude – 431
possibilidade – 432
sentido material e jurídico – 430.I, 462.II
Obrigação – 691
Obrigação natural – 114.I, 115.VI, 694
Ocupação – 651.III e IV, 701.II
Oferta ao público – 403.II
Ónus – 375.I e II, 383.III, 419.II, 437.VI, 438.II e III, 439.II e IV, 500.II a IV, 506.V, 537.I, 577.I, 585.III, 586.III, 634.II, 639.IV, 669.II, 681.II, 685.IV e V, 695, 713.II
Operações jurídicas – 651
Operações materiais – 370.IV
Ordem pública – 506.II, 508.IV, 529.II, 544.III, 564.II, 611, 686.II, 721.II – *vd*. abuso do direito, objecto negocial
Ordenações – 13.II e III
Ordens – 230.IV
Organismos corporativos – 230.III
Órgãos da pessoa colectiva – 214
competência – 214.III, 307
modalidades – 214.VI e VII
noção – 214.I
titulares ou suportes – 214.I e III

P

Pacto de aforamento – 583.III
Pacto leonino – 324.I, 325.II
Pacto sucessório – 394.II a V
Paradeiro – 183.II, 184.I, 192.I
Parentesco – 21.I e III
Parte integrante – 346.VI, 347.II, 357
Partes (do negócio jurídico) – 388.I, 424.I, 425, 427, 428

Partidos políticos – 238, 279.II e III
Passaporte – 79.III e V
Património – 59-67
  funções – 60
    externa – 60, 62-65
    interna – 60, 61
    noção – 59.I
Património autónomo – 66, 265.IV
Património colectivo – 67
Penhora – 20.II, 62.I
Perfilhação – 652.II a VI
Personalidade colectiva – 28, 275 e ss.
  constituição – 275 e ss.
    organização do substrato – 276
    registo – 279 – *vd.* associações, fundações, sociedades civis simples
  extinção – 289
    dissolução – 289.II, 290, 293, 296
    liquidação – 289.II, 291, 294, 297
    sucessão – 289.II, 292, 295, 298
  modificação – 299-302
Personalidade judiciária – 44.II, 264, 265, 266.II e III
Personalidade jurídica – 47, 82
Pertenças – 358.I e II, 359.II
Pessoas – 362
  colheita de órgãos ou tecidos – 362.V
  direitos sobre – 362.II e III
  internamento compulsivo – 362.IV
  intervenções cirúrgicas – 362.IV
  tratamento médico – 362.IV
Pessoas colectivas – 46, 207 e ss.
  agentes – 214.IV
  auxiliares – 214.IV
  capacidade – 303 e ss.
    de exercício – 308-314
      posição dos órgãos – 310
      responsabilidade civil – 311, 312
    de gozo – 303-307
      âmbito – 304-306
      princípio da especialidade do fim – 303
    elementos – 212-217
      fim – 216
      objecto – 217
      organização formal – 213, 214 – vd. órgãos da pessoa colectiva
      reconhecimento – 215
      substrato – 212
    figuras afins – 266, 270-273
      aproveitamento da técnica individual – 270.IV
      associações sem personalidade – 271.I e II
      comissões especiais – 271.I e III
      empresa – 272
      estabelecimento comercial – 273
      estabelecimento individual de responsabilidade limitada – 274
      perpetuação no tempo – 270.V
      tratamento global do colectivo – 266.III, 270.III
      unificação do colectivo – 270.II
    funcionamento – 315 e ss. – *vd.* associações, fundações, sociedades civis simples
    mandatários – 214.IV
    nacionalidade – 218, 221
    natureza – 258-262, 263, 266, 268
      teorias negativistas – 258
      teorias positivistas – 259-262
      ficção – 259
      normativista – 261
      realidade – 260
      realidade jurídica – 262
    noção – 207, 208, 268 – *vd.* classificações das pessoas colectivas, personalidade colectiva
    organização – 315 e ss. – *vd.* associações, fundações, sociedades civis simples
Pessoas colectivas de utilidade pública – 233
Pessoas colectivas irregulares – 265.IV
Pessoas colectivas rudimentares – 263.I, 264.II e III
Pessoa jurídica – 43 e ss.
  colectiva – 46, 207 e ss.
  noção – 45
  singular – 46, 81 e ss.
Pessoas singulares – 46, 81 e ss.
  capacidade jurídica – 98, 102 e ss. – *vd.* inabilitação, incapacidade de facto, incapazes do art. 131.º do C.Civ., insolvência, interdição, menoridade, nacionalidade, sexo, situação familiar
  personalidade jurídica – 82 e ss.
    começo – 82-84
      nascimento – 82
      registo do nascimento – 84
    termo (morte) – 85-91
      registo do óbito – 86 e ss.
      ignorância da causa da morte – 87, 89
      morte com suspeita de crime – 87, 89
      morte conjunta de várias pessoas – 87, 88
      morte não registada no prazo legal – 87, 90
      morte sem possibilidade de identificação do cadáver – 87, 91 – *vd.* cadáver
      tutela da personalidade após a morte – 85.II a IV – *vd.* direitos da personalidade, ausência, domicílio
Poder funcional – 114.I, 362.II, 676, 688
Poder paternal – vd. responsabilidade parental
Preclusão – *vd.* abuso do direito (boa fé)
Prédios rústicos – *vd.* coisas imóveis (categorias)
Prédios urbanos – *vd.* coisas imóveis (categorias)
Premoriência – 88.II
Prescrição – 701.III, 711 e ss.
  âmbito – 712
  modalidades – 713
  noção – 711
  prazos prescricionais – 714
  regime – 715 e ss.
    contagem do prazo – 717
    interrupção – 719
    invocação – 720
    suspensão – 718
Pressuposição – 463.II, 559
Prestações – 360
Princípio da autonomia privada – 6.V, 30
Princípio da especialidade do fim – *vd.* pessoas colectivas (capacidade de gozo)
Princípio da igualdade – 6.V, 27, 81.IV
Princípio da tipicidade ou do *numerus clausus* – 20.I
Princípios fundamentais do Direito Civil – 23 e ss.
  autonomia privada – 30

boa fé – 24.I
igualdade dos homens perante a lei – 27
personalidade colectiva – 28
personificação jurídica do Homem – 25
propriedade privada – 32
reconhecimento da família como instituição fundamental – 29
reconhecimento do fenómeno sucessório – 33
reconhecimento dos direitos da personalidade – 26
responsabilidade civil – 31
Procedimentos cautelares – 744
Procuração – 492, 493
noção – 492
regime – 493
capacidade – 493.I
extinção – 493.III
forma – 493.II
Prodigalidade – *vd.* inabilitação, incapacidade de facto, incapazes do art. 131.º do C.Civ.
Produtos – 359.IV
Propriedade horizontal – 265.VII, 345.III
Pseudónimo – 77.III

Q

Quase-negócios jurídicos – 652

R

Recuperação da empresa – *vd.* insolvência
Redução – *vd.* invalidade (aproveitamento do negócio)
Regiões administrativas – 230.II
Regiões autónomas – 224.II, 230.II
Regiões de turismo – 230.IV
Registo civil – 70, 80.II, 84, 86-91, 107.VIII, 119
Registo Nacional de Pessoas Colectivas – 75.IV, 80.II, 277.IV, 279.II, 285.II
Relação colectiva de trabalho – 5.III
Relação jurídica – 35, 36, 40-42
legitimidade da técnica da – 37
modalidades – 39 e ss.
noção – 34
Relação jurídica sem sujeito – 44.II
Relação matrimonial – 21.I e II
Remoção de restos mortais – *vd.* cadáver (destino)
Representação – 486 e ss.
abuso – 495
efeitos – 488
elementos – 486, 487
figuras afins – 487
modalidades – 489
noção – 486
sem poderes – 494
voluntária – 491 e ss. – *vd.* contrato consigo mesmo, procuração
Representantes de facto – *vd.* menoridade (suprimento)
Representantes especiais – *vd.* menoridade (suprimento)
Residência – 183.II, 184, 185.I
habitual – 184.II, 185.I, 187.I
ocasional – 184.II, 185.II
noção – 184.I
permanente – 184.II
Responsabilidade civil das pessoas colectivas – *vd.* pessoas colectivas (capacidade de exercício)
Res communes omnium – 344.IV, 346.III
Res extra commercium – 344.II e IV
Res in commercio – 344.II
Res nullius – 377.I
Res quae tangi possunt – 343.I
Res quae tangi non possunt – 343.I
Reserva mental – 530-532
efeitos – 532
modalidades – 531
noção – 530
Resolução – 609
Responsabilidade parental – 114 e ss.
âmbito – 115
cessação – 126
inibição – 124, 125, 127.II, 131.III
modalidades – 124.II a IV
noção – 114.II
limitações – 125
noção – 114.I
regulação do exercício – 119.I a III, 122.II
titularidade e exercício – 116, 125
progenitores casados – 116, 122
progenitores não casados – 123
Revogação – 610

S

Sector empresarial local – 232
empresas intermunicipais – 232.III
empresas metropolitanas – 232.III
empresas municipais – 232.III
entidades empresariais locais – 232.III
Sede das pessoas colectivas – 278
Semoventes – 347.IV
Serviços públicos – 230.III
Sexo – 100
Silêncio – *vd.* declaração negocial (modalidades)
Simples acordo – 383.III e IV
Simulação – 513 e ss.
figuras afins – *vd.* errada qualificação, interposição real de pessoas, negócio fiduciário, negócio indirecto
modalidades – 514-516
absoluta e relativa – 515, 518, 519
fraudulenta e inocente – 514, 521.II
subjectiva e objectiva – 516
noção – 513
regime jurídico – 517 e ss.
conflitos de terceiros – 523, 524
inoponibilidade – 522
legitimidade para arguir – 520, 521
prova – 517
valor do negócio dissimulado – 519
valor do negócio simulado – 518
Situações jurídicas – 656 e ss.
modalidades – *vd.* direito subjectivo, vinculação
vicissitudes – 696 e ss.

aquisição – 701.II, 702
derivada – 701.II, 702
originária – 701.II
constituição – 698
extinção – 700
liberação – 703
modificação – 699
perda – 703
transmissão – 704
Situações familiares – 101
incapacidades matrimoniais – 101.II a VII
influência na capacidade – 101.I
Sociedades – 247-257
comerciais – 252.I, 253, 265.V
civis simples – 252.I, 254 – *vd*. sociedades civis simples
civis simples antigas – 252.I a III
civis sob forma comercial – 252.I, 254
fim – 251
objecto – 250
noção – 249
registo – 279.II e III
Sociedades civis simples – 67.III, 252.I, 255-257, 265.IV, 284, 285, 293-295, 322-329
constituição – 282-284, 285
formalidades – 284
natureza do acto constitutivo – 282, 388.IV
reconhecimento – 285.I
registo – 285.II
denominação social – 277.III
extinção – 293-295
modificação – 301
noção – 249
órgãos – 327-329
administração social – 327
assembleia geral – 329
fiscalização – 328
personalidade jurídica – 256, 257
sócios – 322-325
aquisição da qualidade – 322
de indústria – 322.II
deveres – 325
direitos – 324
perda da qualidade – 323
Sociedades de advogados – 249.I, 279.II e III
Sociedades de agricultura de grupo – 249.I
Sociedades de capitais públicos – 232.IV
Sociedades de revisores de contas – 249.I, 279.II e III
Sociedades desportivas – 249.I, 279.II e III
Sociedades irregulares – 265.V
Sociedades mútuas de seguros – 251.III
Submissão – 693
Sub-rogação do credor ao devedor – 65.III
Substância do negócio jurídico – *vd*. negócio jurídico (conteúdo)
Substituição de vontades – 485 – *vd*. representação
Sucessão – 22.II
Sucursais – 265.VI
Suicídio – 369.II
Sujeição – 692
Superação da pessoa colectiva – 267
Suppressio (Verwirkung) – *vd*. abuso do direito (boa fé)
Surdez-mudez – *vd*. inabilitação, incapacidade de facto, incapazes do art. 131.º do C.Civ., interdição
Surrectio (Erwirkung) – *vd*. abuso do direito (boa fé)

T

Temor reverencial – 476, 483.II
Tempo – *vd*. factos jurídicos simples
Teoria da imprevisão – 607.II
Terceiros – 424.I, 426
Termo – 573 e ss.
aponibilidade – 575
modalidades – 574
noção – 573
regime – 576
Testamento de mão comum – 387.I
Titularidade – 45
Toxicomania – *vd*. inabilitação, incapacidade de facto, incapazes do art. 131.º do C.Civ.
Tradição *(traditio)* – 391.II e ss.
Transmissão – 361.III – *vd*. situações jurídicas (vicissitudes)
Transladação – *vd*. cadáver (destino)
Tribunal arbitral – 583.IV
Tu quoque – *vd*. abuso do direito (boa fé)
Tutela – 127-132
âmbito – 129
casos especiais – 132
cessação – 131
como se institui – 128
modalidades – 130.IV
órgãos
conselho de família – 130.I e IV a IX
protutor – 130.I e IX
tribunal – 130.I e X
tutor – 130.II a V
quando se institui – 127

U

Unidades colectivas de exploração – 237
Universalidades de direito – 366
Universalidades de facto – 355.I e IV, 356
Usucapião – 711.I
Usura – 479 e ss.
autonomia – 483
elementos – 480-482
excessividade ou injustificação do benefício – 481
intenção ou consciência de explorar – 482
situação de inferioridade – 480, 482
noção – 479
regime – 484

V

Vendas especiais esporádicas – *vd*. formação do negócio jurídico (contrato)

Vendas proibidas – *vd.* formação do negócio jurídico (contrato)
Venire contra factum proprium – *vd.* abuso do direito (boa fé)
Viabilidade – 82.II
Vícios redibitórios – 452.II
Vinculações – 689 e ss.
  figuras afins – *vd.* obrigação natural, ónus
  modalidades – *vd.* dever, obrigação, submissão, sujeição
  noção – 689
Vinculações da personalidade – 93.III
Vontade – 378, 381-384
  de acção – 378.II, 381.II
  de declaração – 378.II, 381.II
  funcional – 378.II, 381.II e III, 382-384
Vontade negocial – 440 e ss.
  declaração de ciência – 442
  declaração de vontade – 442
  noção – 440, 441
  regime no Código Civil – 444
  requisitos – 443
  vícios na formação – 451 e ss.
    consequências – 453
    modalidades – 451, 454 e ss. – *vd.* coacção moral, erro na formação da vontade, estado de necessidade, incapacidade acidental, lesão, temor reverencial, usura, vícios redibitórios
Vontade normativa – 438.IV, 441

ÍNDICE

BIBLIOGRAFIA DO AUTOR

PRINCIPAIS ABREVIATURAS

PARTE II
FONTES DA RELAÇÃO JURÍDICA

TÍTULO I
O FACTO JURÍDICO EM GERAL

367. Noção de facto jurídico 13
368. Diversidade dos factos jurídicos 15
369. Factos jurídicos naturais e factos jurídicos humanos 16
370. Factos jurídicos humanos não voluntários e factos materiais 17
371. Factos jurídicos voluntários e factos jurídicos extravoluntários 20
372. Noção e âmbito da categoria *acto jurídico* 20
373. Actos jurídicos simples e actos jurídicos complexos 21
374. Actos jurídicos positivos e actos jurídicos negativos 23
375. Actos jurídicos principais e actos jurídicos secundários 24
376. Actos jurídicos lícitos e actos jurídicos ilícitos 25
377. Actos jurídicos simples ou não intencionais e actos jurídicos intencionais 27
378. Actos jurídicos determinados e actos jurídicos indeterminados 28

TÍTULO II
O NEGÓCIO JURÍDICO

SUBTÍTULO I
Preliminares

CAPÍTULO I
NOÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO

379. A formação da categoria 31
380. O negócio jurídico como acto da autonomia privada 32

381. Papel da vontade no negócio jurídico: preliminares . . . 36
382. O conteúdo da vontade funcional: o debate doutrinal . . . 38
383. O conteúdo da vontade funcional: posição adoptada . . . 45
384. Súmula da posição adoptada: noção de negócio jurídico . . . 50
385. Importância do negócio jurídico . . . 51

CAPÍTULO II
MODALIDADES DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

386. Razão de ordem . . . 55
387. Negócios singulares e negócios plurais . . . 56
388. Negócios unilaterais, negócios bilaterais e negócios plurilaterais . . . 57
389. Noção de contrato . . . 63
390. Negócios solenes e negócios não solenes . . . 66
391. Negócios reais e negócios não reais (consensuais) . . . 68
392. Negócios reais, obrigacionais, familiares e sucessórios . . . 73
393. Negócios recipiendos e negócios não recipiendos . . . 75
394. Negócios inter vivos e negócios mortis causa . . . 77
395. Negócios patrimoniais e negócios não patrimoniais . . . 81
396. Negócios onerosos e negócios gratuitos . . . 82
397. Negócios comutativos e negócios aleatórios . . . 85
398. Negócios a título universal e negócios a título singular . . . 86
399. Referência a outras classificações . . . 87

CAPÍTULO III
A FORMAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

SECÇÃO I
Generalidades

400. Razão de ordem . . . 89

SECÇÃO II
O Sistema do Código Civil

401. Formação do negócio unilateral . . . 92
402. Formação do contrato: negócios entre presentes e entre ausentes . . . 92
403. Formação do contrato: a proposta; noção, modalidades, requisitos e natureza jurídica . . . 94
404. Formação do contrato: a proposta; eficácia . . . 95
405. Formação do contrato: aceitação, rejeição e contraproposta . . . 98
406. Formação do contrato: o consenso . . . 100
407. O princípio da boa fé na formação do negócio e a noção de *culpa in contrahendo* . . . 104

SECÇÃO III
O Sistema das Cláusulas Contratuais Gerais

408. Colocação do problema . . . 106
409. O problema no sistema jurídico português . . . 108
410. Noção e características . . . 109
411. Âmbito de aplicação . . . 111
412. Formação do contrato singular . . . 113
413. A tutela do aderente: cláusulas proibidas . . . 116
414. A tutela do aderente: a acção inibitória . . . 119

SECÇÃO IV
OUTROS SISTEMAS

415. Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial . . . 121
416. Contratos celebrados por autómatos . . . 125
417. Contratos à distância . . . 127
418. Contratos do comércio electrónico . . . 128
419. Contratos proibidos . . . 133
420. Referência sumária a processos de contratação legalmente atípicos . . . 136

CAPÍTULO IV
SISTEMATIZAÇÃO DA MATÉRIA

421. Sistematização adoptada . . . 139
422. Sistematização e sede legal da matéria . . . 140
423. Plano de estudo . . . 142

SUBTÍTULO II
Pressupostos do negócio jurídico

424. Generalidades . . . 145

CAPÍTULO I
AS PARTES

425. Noção de *parte* . . . 147
426. Noção de *terceiros* . . . 149
427. Requisitos relativos às partes; remissão . . . 153
428. Autonomia do conceito de capacidade negocial . . . 153
429. Consequências da falta de legitimidade . . . 155

CAPÍTULO II
O OBJECTO NEGOCIAL

430. Noção e requisitos do objecto negocial . . . 159
431. A licitude . . . 160
432. A possibilidade . . . 162
433. A determinabilidade . . . 165
434. Efeitos da falta de requisitos do objecto negocial . . . 165

SUBTÍTULO III
Estrutura do negócio jurídico

CAPÍTULO I
PRELIMINARES

435. Os elementos da estrutura do negócio jurídico . . . 167
436. Papel da vontade e da declaração: colocação do problema . . . 168
437. Papel da vontade e da declaração: o debate doutrinal . . . 169

438. Papel da vontade e da declaração: posição adoptada 176
439. O problema no Código Civil. 179

CAPÍTULO II
A VONTADE

SECÇÃO I
Noção e requisitos

440. O negócio jurídico como acto voluntário 183
441. A noção de vontade normativa 184
442. Declarações de vontade e declarações de ciência 186
443. Requisitos da vontade negocial 187
444. Regime da vontade no Código Civil 189

SECÇÃO II
Falta de Vontade

445. Coacção física: noção 190
446. Coacção física: efeitos. 191
447. Falta de consciência da declaração: noção 192
448. Falta de consciência da declaração: efeitos 194
449. Declarações não sérias: noção e modalidades 194
450. Declarações não sérias: efeitos 195

SECÇÃO III
Vícios na Formação da Vontade

DIVISÃO I
Generalidades

451. Modalidades de vícios na formação da vontade 198
452. Breve referência à lesão e aos vícios redibitórios 199
453. Consequências dos vícios na formação da vontade 200

DIVISÃO II
Modalidades de vícios na formação da vontade

SUBDIVISÃO I
O Erro

§ 1.º
Regime comum

454. Noção e modalidades do erro 202
455. Requisitos comuns de relevância do erro: generalidades 205

456. Requisitos comuns de relevância do erro: a causalidade 206
457. Requisitos comuns de relevância do erro: a propriedade 209
458. Requisitos comuns de relevância do erro: a desculpabilidade 210
459. Requisitos comuns de relevância do erro: a individualidade 211
460. Requisitos comuns de relevância do erro: a tipicidade 212
461. Requisitos relativos ao declaratário 213

§ 2.º

O erro simples

462. Erro sobre a pessoa do declaratário e erro sobre o objecto negocial 215
463. Erro sobre a base do negócio 217
464. Erro sobre os motivos 220

§ 3.º

O erro qualificado por dolo

465. Noção e modalidades do dolo 222
466. Relevância do dolo 226
467. Efeitos do dolo; regime do dolo irrelevante 228
468. Confronto com o regime do erro simples 230

SUBDIVISÃO II

O medo

§ 1.º

Noção e causas do medo

469. Noção de medo 232
470. Causas do medo 233

§ 2.º

A coacção moral

471. Noção 234
472. Elementos da coacção moral: a ameaça de um mal 235
473. Elementos da coacção moral: a ilicitude da ameaça 236
474. Elementos da coacção moral: a intencionalidade da ameaça 238
475. Requisitos de relevância da coacção moral 238
476. Temor reverencial 240

§ 3.º

O estado de necessidade

477. Noção 241
478. Relevância do estado de necessidade 242

SUBDIVISÃO III
A Usura

479. Noção 244
480. Elementos da usura: a situação de inferioridade do declarante 245
481. Elementos da usura: a excessividade ou injustificação do benefício 247
482. Elementos da usura: a intenção ou consciência de explorar a situação de inferioridade 248
483. Autonomia do vício da usura 249
484. Regime do negócio usurário 250

SECÇÃO IV
A Substituição e a Conjugação de Vontades

485. Generalidades 254

DIVISÃO I
A representação em geral

486. Noção de representação e suas modalidades 256
487. Figuras afins da representação 257
488. Efeitos da representação 261
489. Modalidades da representação 262
490. Contrato consigo mesmo 263

DIVISÃO II
A representação voluntária

491. Noção e fontes da representação voluntária 266
492. Noção de procuração 267
493. Regime da procuração 268
494. Representação sem poderes 271
495. Abuso de representação 274

CAPÍTULO III
A DECLARAÇÃO

SECÇÃO I
Noção e Modalidades da Declaração

496. Noção de declaração 277
497. Modalidades da declaração 279
498. Declaração expressa e declaração tácita 280
499. Declaração tácita, declaração presumida e declaração ficta 284
500. Valor declarativo do silêncio 286

SECÇÃO II

FORMA DA DECLARAÇÃO

501. Noção de forma . . . 289
502. Distinção entre forma e formalidades . . . 290
503. Formalidades *ad substantiam* e formalidades *ad probationem* . . . 291
504. O princípio da liberdade de forma . . . 292
505. Forma legal, forma convencional e forma voluntária . . . 294
506. Regime da forma legal . . . 295
507. Âmbito da forma legal . . . 299
508. Regime do vício de forma . . . 300
509. Regime da forma voluntária . . . 303
510. Regime da forma convencional . . . 304

CAPÍTULO IV
DIVERGÊNCIAS ENTRE A VONTADE E A DECLARAÇÃO

SECÇÃO I

PRELIMINARES

511. Colocação do problema . . . 307
512. Modalidades de divergências; razão de ordem . . . 308

SECÇÃO II

DIVERGÊNCIAS INTENCIONAIS ENGANOSAS

DIVISÃO I

A SIMULAÇÃO

§ 1.º

NOÇÃO E MODALIDADES

513. Noção de simulação . . . 310
514. Simulação fraudulenta e simulação inocente . . . 311
515. Simulação absoluta e simulação relativa . . . 312
516. Simulação subjectiva e simulação objectiva . . . 315

§ 2.º

REGIME JURÍDICO

517. Prova da simulação . . . 316
518. Valor do negócio simulado . . . 319
519. Valor do negócio dissimulado . . . 319
520. Legitimidade para arguir a simulação: regime geral . . . 325
521. Regime de arguição da simulação por terceiros . . . 326
522. Inoponibilidade da simulação a terceiros . . . 330
523. Conflitos entre terceiros perante a simulação: exposição do problema . . . 335
524. Conflitos entre terceiros perante a simulação: posição adoptada . . . 339

§ 3.º

Figuras afins da simulação

525. Razão de ordem. . . . 344
526. A errada qualificação do negócio jurídico 345
527. A interposição real de pessoas 346
528. O negócio fiduciário 347
529. O negócio indirecto. . . . 358

DIVISÃO II

A reserva mental

530. Noção 361
531. Modalidades 362
532. Efeitos 362

SECÇÃO III

Divergências não Intencionais

533. O erro na declaração: noção e modalidades 364
534. Erro na declaração: requisitos de relevância 368
535. Erro na declaração: efeitos 369
536. Erro na transmissão da vontade 371
537. Erro no entendimento 373

CAPÍTULO V
A CAUSA

538. Delimitação da matéria; polissemia da palavra *causa* 377
539. A causa do negócio jurídico; preliminares 378
540. Causa objectiva e causa subjectiva 379
541. Causa objectiva e causa subjectiva: posição adoptada 380
542. Causa, motivos antecedentes e fim mediato 381
543. Regime da causa 382
544. Importância da causa 384
545. Negócios causais, negócios abstractos e negócios com causa presumida 386

SUBTÍTULO IV

Conteúdo do negócio jurídico

CAPÍTULO I
PRELIMINARES

546. Noção de conteúdo 389
547. Razão de ordem. . . . 390
548. Sede legal da matéria 391

CAPÍTULO II
FORMAÇÃO DO CONTEÚDO

SECÇÃO I
O Papel da Vontade na Formação do Conteúdo

549. Generalidades . . . 393
550. Liberdade de celebração . . . 394
551. Liberdade de selecção do tipo negocial . . . 397
552. Liberdade de estipulação . . . 398
553. Classificação dos negócios jurídicos em função do papel da vontade . . . 398

SECÇÃO II
O Papel da Lei na Formação do Conteúdo

554. Colocação do problema . . . 402
555. O papel das normas dispositivas . . . 403
556. A eficácia sancionatória das normas imperativas . . . 405
557. A eficácia mediata das normas imperativas . . . 406
558. Noção . . . 409
559. Condição e pressuposição . . . 410
560. Importância da condição . . . 412
561. Modalidades das condições . . . 413
562. Condições próprias e condições impróprias . . . 414
563. Condições suspensivas e condições resolutivas . . . 415
564. Condições idóneas e condições inidóneas . . . 415
565. Condições de momento certo e condições de momento incerto . . . 417
566. Condições potestativas, casuais e mistas . . . 418

DIVISÃO II
Regime da condição

567. Aponibilidade da condição . . . 420
568. Relevância da condição na eficácia do negócio . . . 421
569. Efeitos da aposição da condição: generalidades . . . 422
570. Pendência da condição . . . 423
571. Verificação e não verificação da condição . . . 424
572. Efeitos da verificação e da não verificação da condição . . . 426

SECÇÃO II
O Termo

573. Noção . . . 428
574. Modalidades do termo . . . 429
575. Aponibilidade do termo . . . 431
576. Regime do termo . . . 432

SECÇÃO III
O Modo

577. Noção 434
578. Aponibilidade do modo 435
579. Regime do modo 435
580. Distinção entre modo e condição 436

SECÇÃO IV
Outros Elementos Acidentais do Negócio Jurídico

581. A cláusula penal 439
582. A cláusula de equidade 440
583. Outras cláusulas acessórias 441

CAPÍTULO IV
DETERMINAÇÃO DO CONTEÚDO

SECÇÃO I
Interpretação do Negócio Jurídico

584. Colocação do problema 443
585. Noção e objecto da interpretação 445
586. A solução de direito positivo; regime geral 447
587. Elementos da interpretação 450
588. A indeterminação do sentido do negócio 451
589. Especialidades dos negócios formais 452
590. Especialidades do testamento 454
591. Especialidades dos contratos de adesão 455

SECÇÃO II
Integração do Negócio Jurídico

592. Noção de integração 457
593. Admissibilidade da integração 459
594. Elementos da integração 460
595. Especialidades dos negócios formais 462
596. Especialidades do testamento 462
597. Especialidades dos contratos de adesão 463

SUBTÍTULO V
Função do negócio jurídico

CAPÍTULO I
PRELIMINARES

598. Colocação do problema 465
599. Distinção entre validade e eficácia 466
600. Razão de ordem. 468

CAPÍTULO II
EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO

601. Generalidades 469

SECÇÃO I
Produção dos Efeitos

602. Sentido da expressão 471
603. Modo de produção dos efeitos; remissão 472
604. Modalidades dos efeitos 472
605. Oponibilidade dos efeitos 473

SECÇÃO II
Modificação dos Efeitos

606. Sentido da expressão e modalidades 475
607. Modificação por alteração das circunstâncias 476

SECÇÃO III
Cessação dos Efeitos

608. Razão de ordem. 479
609. Resolução 480
610. Revogação 481
611. Denúncia 482

CAPÍTULO III
INEFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO

SECÇÃO I
Valores negativos

SUBSECÇÃO I
Noções Gerais

612. Quadro dos valores negativos 485
613. Autonomia da inexistência jurídica e seu regime jurídico 487
614. Irregularidade 491

SUBSECÇÃO II
Invalidade do Negócio Jurídico

DIVISÃO I
Noção e modalidades

615. Noção de invalidade 492
616. As chamadas *invalidades mistas* 494
617. Modalidades da invalidade 495
618. Distinção entre nulidade e anulabilidade 498

DIVISÃO II
Regime jurídico da invalidade

619. Razão de ordem 500

SUBDIVISÃO I
Arguição da invalidade

620. Legitimidade de arguição 502
621. Tempo de arguição 503
622. Modo de arguição 504
623. Efeitos da invalidade e tutela de terceiros 507

SUBDIVISÃO II
Convalescença do negócio jurídico inválido

624. Modalidades 513
625. Validação 513
626. Caducidade do direito de arguir o vício 514
627. Confirmação 515

SUBDIVISÃO III

Aproveitamento do Negócio Jurídico Inválido

628. Generalidades 517

§ 1.º

A invalidade parcial

629. Colocação do problema 518
630. Invalidade parcial e eficácia mediata de normas imperativas 519
631. Invalidade parcial e integração 521
632. A redução como modalidade da invalidade parcial 522
633. Regime jurídico da redução 525
634. Redução comum e redução legal 527

§ 2.º

A conversão do negócio jurídico

635. Breve nota histórica; colocação do problema 528
636. Construção jurídica da conversão 531
637. Âmbito de aplicação 533
638. Pressupostos da conversão 534
639. Requisitos da conversão 535
640. Arguição da convertibilidade 537
641. Conversão comum e conversão legal 539
642. Figuras afins da conversão 540

SECÇÃO II

Ineficácia *stricto sensu*

643. Noção e modalidades 542
644. Inoponibilidade 543
645. Impugnabilidade 544

TÍTULO III
O ACTO JURÍDICO SIMPLES

CAPÍTULO I
NOÇÃO E MODALIDADES

646. Generalidades 547
647. Noção de acto jurídico simples 548
648. Modalidades do acto jurídico simples 550

CAPÍTULO II
REGIME DO ACTO JURÍDICO SIMPLES

649. Generalidades . . . 553
650. Sede legal da matéria . . . 554
651. Regime das operações jurídicas . . . 555
652. Regime dos quase-negócios jurídicos . . . 558

PARTE III
CONTEÚDO DA RELAÇÃO JURÍDICA

TÍTULO I
PRELIMINARES

653. Noção de conteúdo . . . 563
654. Razão de ordem. . . . 564
655. Sede legal da matéria . . . 566

TÍTULO II
AS SITUAÇÕES JURÍDICAS

SUBTÍTULO I
As situações jurídicas activas

CAPÍTULO I
O DIREITO SUBJECTIVO

SECÇÃO I
Noção de Direito Subjectivo

656. Colocação do problema . . . 567
657. Teorias negativistas . . . 568
658. A teoria da vontade . . . 572
659. A teoria do interesse. . . . 573
660. As teorias eclécticas . . . 574
661. A teoria do Prof. Gomes da Silva . . . 575
662. A teoria do poder jurídico . . . 577
663. Posição adoptada . . . 579

SECÇÃO II
Modalidades do Direito Subjectivo

664. Direitos subjectivos absolutos e direitos subjectivos relativos . . . 582
665. Direitos a uma conduta de outrem e direitos potestativos . . . 584
666. Direitos subjectivos patrimoniais e direitos subjectivos não patrimoniais. . . . 587
667. Direitos subjectivos transmissíveis e direitos subjectivos não transmissíveis . . . 588
668. Referência a outras classificações . . . 588

SECÇÃO III
Conteúdo do Direito Subjectivo

669. Noção de conteúdo 590
670. Análise do conteúdo do direito subjectivo 593
671. A faculdade de disposição e o conteúdo do direito subjectivo 595
672. Distinção entre actos de disposição e actos de administração 595

SECÇÃO IV
Exercício do Direito Subjectivo

DIVISÃO I
Noção e modalidades

673. Noção de exercício do direito 604
674. Modalidades de exercício do direito; enunciação 605
675. Exercício instantâneo e exercício duradouro 606
676. Exercício facultativo e exercício obrigatório 606
677. Exercício pessoal e exercício representativo 607
678. Exercício singular e exercício colectivo 608
679. Exercício causal e exercício formal 610

DIVISÃO II
Limites ao exercício do direito

680. Generalidades 612
681. Limites intrínsecos: contenção no conteúdo 613
682. Limites intrínsecos: confinação ao objecto 614
683. Limites extrínsecos: a colisão de direitos 615
684. Limites extrínsecos: abuso do direito; caracterização 621
685. Limites extrínsecos: regime jurídico do acto abusivo 630

CAPÍTULO II
FIGURAS AFINS DO DIREITO SUBJECTIVO

686. Interesses reflexamente protegidos, interesses indirectamente protegidos e interesses difusos 637
687. Expectativa jurídica 640
688. Poder funcional 641

SUBTÍTULO II
As situações jurídicas passivas

CAPÍTULO I
NOÇÃO E MODALIDADES DA VINCULAÇÃO JURÍDICA

689. Noção de vinculação 643
690. Dever jurídico 644

691. Obrigação 645
692. Sujeição 647
693. Submissão. 649

CAPÍTULO II
FIGURAS AFINS DA VINCULAÇÃO

694. Obrigação natural 651
695. Ónus 654

SUBTÍTULO III
Vicissitudes das situações jurídicas

CAPÍTULO I
GENERALIDADES

696. Modalidades das vicissitudes. 659
697. Fixação da terminologia. 660

CAPÍTULO II
EVOLUÇÃO OBJECTIVA

698. Constituição. 663
699. Modificação 664
700. Extinção. 666

CAPÍTULO III
EVOLUÇÃO SUBJECTIVA

701. Aquisição; noção e modalidades 669
702. Modalidades de aquisição derivada 671
703. Perda e liberação 674
704. Relações entre a evolução objectiva e a evolução subjectiva; noção de transmissão. 675

TÍTULO III
INFLUÊNCIA DO TEMPO NAS SITUAÇÕES JURÍDICAS

CAPÍTULO I
O TEMPO COMO FACTO JURÍDICO

705. Razão de ordem. 679
706. Fontes de relevância do tempo. 680
707. Cômputo do tempo 681
708. Interpretação de certas regras de fixação do tempo 684
709. Modalidades dos prazos 686
710. Modalidades da influência do tempo nas situações jurídicas 687

CAPÍTULO II
PRESCRIÇÃO

SECÇÃO I
Noção e Modalidades

711. Noção de prescrição 691
712. Âmbito da prescrição e não uso 694
713. Modalidades da prescrição 695
714. Prazos prescricionais 696

SECÇÃO II
Regime Jurídico

715. Razão de ordem 698
716. Relevância da vontade na fixação do regime da prescrição 698
717. Contagem do prazo prescricional 699
718. Suspensão da prescrição 700
719. Interrupção da prescrição 701
720. Invocação da prescrição 703

CAPÍTULO III
CADUCIDADE

721. Noção de caducidade 705
722. Modalidades de caducidade 707
723. Regime da caducidade 708
724. Contagem do prazo de caducidade 709
725. Invocação da caducidade 710

PARTE IV
A GARANTIA

TÍTULO I
PRELIMINARES

726. Generalidades 713
727. Modalidades da garantia 714
728. Garantia pública e garantia privada 714
729. Garantia preventiva e garantia repressiva 716
730. Garantia específica e garantia substitutiva 716
731. Garantia directa e garantia indirecta 718
732. Indicação de sequência 719

TÍTULO II
GARANTIA PRIVADA

733. Generalidades 721
734. Acção directa 722
735. Legítima defesa. 725
736. Estado de necessidade 728
737. Direito de retenção 729
738. Excepção de não cumprimento 731
739. Meios específicos de tutela privada 732

TÍTULO III
GARANTIA PÚBLICA

740. Generalidades 735
741. Razão de ordem. 736
742. Acção de declaração 736
743. Acção de execução 738
744. Procedimentos cautelares 740

Índice Ideográfico 743