Capítulo IV

Os Negócios Unilaterais

**57. Noção**

Os nj’s unilaterais são actos da autonomia privada que são da autoria de uma parte apenas e que vinculam e põem em vigor uma consequência ou uma regulação jurídicas, independentemente da concordância ou consenso da outra parte., sendo que se distinguem dos nj’s plurilaterais ou contratos por serem de autoria singular. A unilateralidade exige que seja uma parte.

A teorização dos nj’s unilaterais (NJU) tem sido algo difícil por se desenvolver num ambiente habituado a pensar o nj sob o paradigma do contrato cuja vinculação emergente assenta num acordo, num consenso, no concurso de uma pluralidade de vontades livremente determinadas. Num contrato, uma parte vincula-se perante a outra, sendo o contrato um acto plural. É este o chamado princípio do contrato.

No NJU, a regulação negocial é posta em vigor sem o concurso de uma aceitação de uma outra parte sendo que daqui resulta um desvio ao princípio contratual o que tem suscitado dificuldades. Exemplo é dado pela doação que sendo embora, tipicamente, uma atribuição patrimonial, é configurada na lei como um contrato para cuja aceitação é necessária a aceitação do donatário. Contudo, no caso previsto no art. 951º n.º 2 CC (doação pura a um incapaz) pode a mesma ser concluída sem aceitação, constituindo esta uma concessão à unilateralidade. Ainda a tradição da coisa doada, referida no n.º 2 do mesmo art., considerada como colocação da coisa doada no domínio do donatário não traz necessariamente implícita uma aceitação, segundo disposto no art. 217º CC.

Através de um NJU, o seu autor pode vincular-se a si próprio mas não pode vincular outrem sem seu consentimento.O NJU vincula o seu autor mas, salvo preceito em contrário na lei, não vincula terceiros. Ex. será o art 262º CC referente ao caso da procuração. O procurador pode representar o principal mas não fica vinculado a fazê-lo. A vinculação só pode emergir de um mandato ou outro contrato ou título.

E poder-se-á constituir situações jurídicas activas na esfera jurídica de terceiros de outrem sem o seu consentimento?

Costuma invocar-se a contrário o brocardo “*invito non datur beneficium”*, com o sentido de que a ninguém pode ser imposto um benefício contra sua vontade mas, segundo PPV, este não é um argumento convincente. Para tal refira-se o contrato a favor de terceiros, em que se constitui na esfera de um terceiro – o beneficiário – um direito sem o seu consentimento, ou até mesmo sem o seu conhecimento. Do mesmo modo, a doação pura feita a um incapaz transfere para a esfera jurídica do incapaz a propriedade da coisa doada, sem o seu consentimento ou mesmo conhecimento. O mesmo sucede mutatis mutandis no caso da instituição de um herdeiro por testamento, que sendo um típico NJU, pode ser aceite ou rejeitada pelo beneficiário.

Contudo, decorre da autonomia privada que todas as pessoas são livres de proteger a sua esfera jurídica contra intromissões alheia não desejadas, pelo que o art 447º CC prevê expressamente que o beneficiário de um contrato a favor de terceiros rejeite a promessa, ou que a ela adira. Mas esta adesão não o torna parte do contrato. O direito potestativo que o terceiro tem de rejeitar o direito que lhe foi atribuído tem que ser reconhecido, salvo disposição em contrário e, uma vez mais, decorre da autonomia privada. Outro caso: a procuração. Ainda que a lei não preveja, aquele a quem é atribuído o poder de representação é livre de o rejeitar.

Os limites à Autonomia Privada e ao conteúdo dos njs unilaterais são os mesmos que se põem aos contratos: Lei, Moral, Natureza, Ordem Pública... Os limites estabelecidos nos arts. 280º e segs CC aplicam-se a todos os nj’s, uni ou plurilaterais. Se determinado NJU violar um destes limites será inválido, por força do referido art. 280º e segs. CC.

Os NJU’s costumam ser tratados no âmbito do Direito das Obrigações e na perspectiva das fontes das obrigações, o que constitui, segundo PPV, uma perspectiva redutora porquanto desconsidera uma eficácia não obrigacional dos NJU’s. É que estes, geram outros efeitos para além da constituição, modificação e extinção de obrigações. O testamento (NJU) tem efeitos muito amplos, a instituição de fundação (NJU) tem a eficácia constitutiva de uma pessoa colectiva e a procuração dá origem a uma relação de representação.

**58. Promessas Unilaterias Nuas: a Promessa de Cumprimento e o Reconhecimento da Dívida**

Constitui doutrina dominante a atribuição de tipicidade taxativa aos NJU. Funda-se no preceito do art. 457º CC, segundo o qual a promessa unilateral de uma prestação só obriga nos casos previstos na lei. O art. 457º CC, na sua letra, não se aplica a todos os NJU’s, mas apenas àqueles que correspondam à promessa unilateral de uma prestação. Refira-se que muitos NJU’s constituem sujeições para os seus autores como sucede no caso da proposta e contraproposta. Os demais NJU’s que não sejam promessas unilaterais de prestação não são abrangidas pela regra deste artigo.

Para além do âmbito restrito das promessas unilaterais de uma prestação não vigora o regime da tipicidade dos NJU’s.

No art. 458º CC faz-se alusão à promessa unilateral de cumprimento e ao reconhecimento da dívida para estatuir que, quando sejam invocados sem indicação da respectiva causa, fica o credor dispensado de provar a relação fundamental que se presume até prova em contrário. Assim, pode concluir-se do referido artigo. Que são a promessa de cumprimento ou reconhecimento de dívida, unilaterais e nus (sem invocação da respectiva causa), que constituem fonte ou o fundamento jurídico, isto é, a causa das obrigações a que se referem. As obrigações cujo cumprimento é unilateralmente prometido e as dívidas que são unilateralmente reconhecidas *ad natum* foram geradas ou constituídas por uma outra causa, que constitui o seu fundamento jurídico originário. A invocabilidade de excepções ex causa pelo devedor, consagrada no art. 458º CC não significa que as declarações e promessas unilaterais a que se refere não são abstractas mas sim causais.

As promessas unilaterais de uma prestação ou incumprimento e os reconhecimentos unilaterais de dívida, feitos sem indicação da respectiva causa, não são originariamente constituintes das obrigações a que se referem e que têm subjacente uma relação fundamental ou relação subjacente que lhes constitui a respectiva *causa civilis obligandi*. Após aquelas declarações unilaterais nuas e em consequência delas, as posições jurídicas do credor e do devedor modificam-se, reforça-se a posição do credor, presume-se a causa, inverte-se o ónus da prova. Estes actos unilaterais não referem nem abrangem a totalidade do conteúdo da relação subjacente e autonomizam uma parte que corresponde ao reconhecimento de uma dívida ou à promessa de cumprimento de uma prestação, que são deste modo separados da globalidade regulativa que é a relação fundamental ou subjacente. A eficácia acrescida das declarações unilaterais nuas é tributária da Autonomia Privada e não simples consequência de lei, pelo que se deve concluir que existe em si algo de negocial, negociabilidade a qual pode ser mais ou menos intensa consoante a declaração negocial seja mais ou menos inovadora relativamente à declaração que lhe está subjacente.

Os NJU’s abstractos correspondem à previsão do art. 457º CC e estão submetidos ao regime do numerus clausus. O seu regime jurídico típico consta da lei a propósito de cada um dos tipos aí previstos. Ex: negócios cambiários.

Os NJU’s causais correspondem à previsão do art. 485º CC e têm natureza jurídica de negócio declaratório. Este é um nj causal com carácter misto, em parte declarativo em parte constitutivo sendo declaratório naquilo em que documenta uma dívida ou uma obrigação emergente de um título constitutivo que é a sua relação subjacente (causa). Por outro lado, é um nj constitutivo naquilo que separa e autonomiza o débito ou um crédito emergente dessa relação subjacente.

O regime jurídico das promessas de cumprimento e de reconhecimento de dívida, unilaterais e nus, está ligado à sua natureza jurídica. Os que tenham natureza abstracta, referidos no art. 457º CC, encontram o seu regime jurídico na lei que especialmente os preveja (ex. nj’s cambiários). Os que tenham natureza causal, referidos no art. 458º CC, têm o seu regime legal contido nesse preceito. No que respeita à substância, é dispensada a invocação pelo credor da relação subjacente (causa) cuja existência e licitude se presume. Esta presunção é ilidível – tantum iuris – pelo respectivo obrigado.

Uma vez que vigora o regime de *numerus clausus* dos nj’s unilaterais abstractos, consagrado no art. 457º CC, todos os que não estiverem previstos na lei são causais e seguem o respectivo regime previsto no art. 458º CC.

**59. Atipicidade dos Negócios Jurídicos Unilaterais**

Não há uma razão juridicamente imperiosa que imponha um agravamento dos limites da Autonomia Privada especificamente em relação aos negócios jurídicos unilaterais. A autonomia Privada limita, por um lado, o poder do autor do nj unilateral de perturbar a esfera jurídica alheia e, por outro lado, confere a quem vir a sua esfera jurídica afectada por nj unilateral alheio o poder de rejeitar as situações jurídicas activas ou passivas que não deseje.

Heck (Grundriss des Schuldrecht) acusa de anacronismo a submissão dos nj’s unilaterais a um regime de numerus clausus legal. A tipicidade taxativa dos nj’s unilaterais é, na perspectiva deste autor, um resíduo do regime de tipicidade taxativa dos tipos contratuais vigente no direito antigo, sendo uma característica dos direitos primitivos.

O consensualismo ganhou mais força na Idade Média, com a influência do pensamento Cristão e do Direito Canónico, e veio a triunfar com os grandes juristas do jusracionalismo. Os regressos posteriores do formalismo são retrocessos históricos, induzidos pela burocracia e pelo estatismo consequentes da massificação da sociedade.

Os regimes de tipicidade taxativa são induzidos no sistema legal por razões de cautela, de defesa contra os perigos que se receia possam resultar de um regime de numerus apertus, da liberdade autónoma de criação de novos tipos. Com o regime de numerus clausus, o sistema jurídico confia à lei o monopólio da criação de novos tipos de figuras jurídicas com a finalidade de garantir a justiça e a adequação social das novas figuras assim criadas.

Os argumentos contra o regime de numerus apertus são:

* Permitiria a constituição de vinculações com um conteúdo injusto ou inadequado sob o ponto de vista económico-social
* Permitira a constituição de vinculações ocultas e de regimes jurídicos pouco claros, com perigo para a segurança na vida jurídica e no tráfego social

Os perigos atinentes ao conteúdo das vinculações atípicas constituídas em nj’s unilaterais estão acautelados pelos limites estabelecidos, em geral, quanto ao conteúdo dos nj’s, nos art. 280º e segs. do CC. O argumento da incerteza e insegurança na aplicação do direito, também não conduz a uma resposta diferente da que resulta da atipicidade dos contratos, sendo que deveria conduzir à instituição de um regime de tipicidade taxativa também aos tipos contratuais mas a tipicidade taxativa dos nj’s unilaterais e dos contratos seria obtida à custa de um preço excessivamente elevado em termos de perda de liberdade para as pessoas e de acréscimo de rigidez para o sistema. A evolução histórica e social que determinou o afastamento da tipicidade taxativa dos contratos exige também a consagração do numerus apertus dos nj’s unilaterais. PPV defende que deve, assim, concluir-se, na senda de Heck, que a tipicidade taxativa dos nj’s unilaterais é um anacronismo residual.

O CC contém regras quanto à tipicidade das promessas unilaterais, como contém quanto à tipicidade dos contratos, como dos direitos reais e das convenções antenupciais. No art. 405º admite a atipicidade dos contratos, no art. 1306º impõe a tipicidade dos direitos reais, no art. 1698º estabelece a atipicidade das convenções antenupciais. No art. 457º estatui que a promessa unilateral de uma prestação só obriga nos casos previstos na lei.

Para melhor compreender os arts. 457º e 458º CC, é útil fazer uma referência aos títulos de crédito. O acto pelo qual o devedor de uma prestação procede à subscrição de um documento escrito, que entrega ao respectivo credor ou à sua ordem, no qual reconhece a dívida ou promete solvê-la, podendo ser um nj causal ou abstracto. Os títulos de crédito são documentos escritos e subscritos que, como os referidos nos arts. 457º e 458º CC, titulam promessas e declarações unilaterais e nuas que têm como causa uma relação subjacente, e da qual é isolado um crédito ou um débito, que pode ser pecuniário (ex. títulos cambiários) mas pode também ser um direito real sobre mercadorias. No caso dos títulos de créditos abstractos, as declarações e as promessas cartulares são nj’s unilaterais abstractos que criam direitos diferentes e separados dos que emergem da relação subjacente. No caso dos títulos de crédito causais, essas promessas e declarações unilaterais são negócios declaratórios que a partir da relação subjacente e com fundamento originário nela, não criam direitos completamente novos e autónomos mas autonomizam e conferem um diferente regime jurídico a direitos que têm fundamento (causa) na relação subjacente.

A diferença está no regime da invocabilidade da relação subjacente que nos títulos de crédito abstractos está, em princípio, vedada. Nos títulos de crédito causais o credor, portador do título, não tem de invocar nem de provar a relação subjacente, que se presume.

Ambos os arts 457º e 458º se referem a promessas unilaterais de prestações. Qual a diferença, então, existente entre as respectivas previsões? O art. 457º tem como âmbito de aplicação as promessas unilaterais abstractas, enquanto o art. 458º CC se aplica às promessas unilaterais causais. Nas primeiras, a relação subjacente (causa) não é invocável; nas segundas a causa presume-se, mas pode ser invocada a título de excepção pelo devedor.

As promessas unilaterais abstractas só obrigam nos casos previstos na lei. As promessas unilaterais nuas que sejam causais são negócios declaratórios unilaterais que apenas acarretam uma presunção de causa. O fortíssimo regime de protecção do credor que é característico dos negócios abstractos justifica o seu carácter excepcional e a tipicidade legal taxativa consagrada no art. 457º CC.

A tipicidade taxativa e o regime de *numerus clausus*, previsto no art. 457º CC, só deve ser aplicado a promessas unilaterais abstractas. O regime do art. 458 CC, que se aplica a promessas unilaterais causais, não deve ser entendido como de tipicidade taxativa ou de numerus clausus. As promessas unilaterais abstractas são excepcionais e só obrigam nos casos previstos na lei; as demais declarações unilaterais e nuas de promessa de cumprimento ou de reconhecimento de dívida não especialmente previstas, não estão submetidas a um regime de numerus clausus e têm um regime causal, que se traduz numa mera presunção de causa, mas não inibe o respectivo obrigado a invocar excepções ex causa em sua defesa.

Este regime jurídico tem semelhanças com o que o CC estatui no art. 1306º CC acerca da tipicidade dos direitos reais.

**60. A Promessa ao Público**

Nos arts 459º a 462º CC, o Código contem a regulação típica das promessas públicas. São nj’s unilaterais pelos quais os seus autores prometem publicamente uma prestação a quem se encontrar numa certa situação ou praticar certo facto, positivo ou negativo. Por ex, quando alguém oferece alvíssaras a quem encontrar um objecto perdido.

Como é próprio dos nj’s unilaterais, o promitente fica vinculado desde que emite a promessa. O nº 2 do art. 459º contém expressamente esta regra, que submete todavia à reserva da falta de declaração em contrário. Se da interpretação da declaração do promitente se concluir que o promitente não quer ficar desde logo vinculado, tal não sucederá.

A promessa pública tem de ser formulada mediante anúncio público. A lei não estatui em geral quanto ao meio de comunicação. Na prática são muito utilizados os anúncios publicados em jornais.

A duração da vinculação do promitente não deve ser interminável. O art. 460º do CC, refere-se incorrectamente ao prazo de validade da promessa. Não se trata de um prazo de validade da promessa porque a questão não é propriamente de validade ou de invalidade, mas sim de limite temporal de duração da vinculação do promitente à promessa. O promitente pode, na promessa, limitar o tempo pelo qual se quer vincular. Se assim não suceder, se o promitente não limitar a duração da sua vinculação e se um limite não resultar da natureza ou fim da promessa, o promitente tem a faculdade de a revogar a todo o tempo. Se a promessa tiver um limite temporal de duração, ela só pode ser licitamente revogada antes de esgotado esse tempo, desde que ocorra justa causa (art. 461º CC). A revogação deve ser feita pela mesma forma, sendo que se esta regra não for acatada Ter-se-á como consequência a ineficácia da revogação, cfr. Disposto no art 462º nº 2 CC.

No art. 463º CC, prevê-se a possibilidade de concurso de várias pessoas na produção do resultado previsto na promessa. Se tiverem sido prometidas, por ex., alvíssaras a quem recuperar uma obra de arte furtada e ela vier a ser descoberta e restituída ao promitente por várias pessoas agindo concertadamente, a recompensa será, segundo a solução legal, partilhada de acordo com a equidade.

Com a promessa pública não deve ser confundida a proposta pública (art 230º CC). A proposta pública é também um negócio jurídico unilateral, mas com um conteúdo e uma eficácia jurídica muito diferente da promessa pública. A proposta pública é uma proposta contratual dirigida ao público. Como proposta contratual que é, deve satisfazer todos os requisitos de uma proposta: Completude, firmeza e suficiência formal. Em vez de ser dirigida a uma pessoa determinada, tem como destinatário todas e quaisquer pessoas ou uma pluralidade de pessoas determinadas segundo um critério geral que deve ser suficientemente aberto para que se não conheça de antemão a sua identidade.

A eficácia jurídica traduz-se numa sujeição do proponente à aceitação e num correspectivo direito potestativo dos destinatários da proposta a aceitar a mesma, provocando assim a conclusão do contrato.

**61. Os Contratos**

No art. 463º CC, o Código refere-se a concursos públicos estatuindo que a oferta da prestação como prémio de um concurso só é valida quando se fixar no anúncio público o prazo para a apresentação dos concorrentes e que a decisão sobre a admissão dos concorrentes ou a concessão do prémio a qualquer deles pertence exclusivamente às pessoas designadas no anúncio ou, se não houver designação, ao promitente. O regime contido neste art. Refere-se apenas a concursos públicos para a atribuição de prémios. Existem outros tipos de concursos públicos, jurídica e socialmente mais relevantes, por ex., os :concursos públicos para o provimento de cargos no Direito Administrativo e no Dt do Trabalho, concursos públicos para a celebração de contratos, mormente de empreitada, de prestação de serviços e de fornecimento, de privatizações das empresas públicas etc...

O CC ao estatuir, no art 463º sobre concursos públicos, não o faz na perspectiva de dar uma regulamentação típica a todos os concursos públicos. No art. 463º não se contém um tipo de nj.

A ratio do artigo 463º é menos ambiciosa. Traduz-se na regulação na perspectiva dos nj’s unilaterais, da promessa pública de prémio. Na perspectiva da promessa pública de um prémio, como nj unilateral, o CC, no art. 463º, estatui 2 regras injuntivas:

* A promessa só é válida quando, no próprio anúncio público do concurso for fixado um prazo para a apresentação dos concorrentes
* A decisão sobre a admissão dos concorrentes e sobre a concessão do prémio cabe exclusivamente às pessoas que para isso tenham sido designadas no anúncio público.

Mais importante é o concurso para celebração de um contrato, que não está previsto nem regulado na lei civil, correspondendo a um dos tipos de processo de contratação - a contratação em leilão, mas não o esgota: constitui apenas um dos modos de contratar em leilão. Em Direito Administrativo, o concurso é o modo privilegiado de contratar. Em Direito Civil, o concurso para a formação do contrato não está regulado na lei, é facultativo e é regido pela Autonomia Privada. A relevância jurídica do concurso em Direito Civil não se confunde com a dos actos de que é preparatório. A atribuição do prémio e a celebração do contrato resultantes do concurso têm uma relevância jurídica própria que pode ser separada e autonomizada da que é específica do concurso.

O concurso é um processo. Só é concebível o concurso em situações de diversidade possível. Diversidade de pessoas a quem atribuir o prémio ou com quem contratar – diversidade subjectiva – e diversidade de obras ou propostas a submeter a concurso – diversidade objectiva.

A distinção entre concursos públicos e concursos limitados, oriunda do Direito Administrativo mas cada vez mais utilizada nos concursos privados, assenta na limitação das pessoas admitidas a concurso.

O critério de determinação das pessoas admitidas a concorrer deve ser objecto de publicidade: no anúncio de abertura de concurso deverá constar o critério de determinação ou a referência do local e do modo do conhecimento desse critério.

Os critérios de determinação subjectiva e objectiva, nos concursos privados, são livremente fixados pelo autor dentro do âmbito da Autonomia Privada. Dentro da sua margem de liberdade, o autor do concurso pode estabelecer critérios mais rígidos ou mais elásticos e pode, mesmo, reservar-se a faculdade de não adjudicar. O critério de apreciação das propostas pode ser puramente objectivo, ou pode inserir factores subjectivos como sejam a melhor reputação, confiança etc...

Nos concursos mais sofisticados e à imagem dos concursos administrativos, assumem importância dominante 3 documentos: a anúncio do concurso, o programa do concurso e o caderno de encargos.

Os concursos devem respeitar os princípios da concorrência, da igualdade, da imparcialidade e da publicidade. O concurso tem como função típica promover a escolha do melhor concorrente com a melhor proposta. A igualdade é um corolário da concorrencialidade: sem uma igual posição de partida de todos os concorrentes, não existe verdadeira concorrência entre eles. Esta igualdade, todavia, é apenas formal e processual, porque os critérios de decisão podem envolver componentes subjectivas.

A imparcialidade exige que não sejam tomadas decisões no concurso com base em critérios que não sejam aqueles que foram publicitados como tais. A imparcialidade exigida traduz-se assim na efectiva não interferência nas decisões tomadas no concurso, de outros factores, para além daqueles que tiverem sido estipulados e publicitados perante todos os concorrentes. A publicidade exige que os actos do concurso sejam conhecidos ou, pelo menos, conhecíveis de todos os eventuais interessados e de todos os concorrentes visando desta forma, por um lado, obter a mais ampla participação de interessados. Por outro lado, a publicidade dos actos do concurso, permite que este revista uma transparência que constitui um meio de controlo pelos próprios interessados dos procedimentos concorrenciais.

Os princípios da boa fé e da paridade desempenham um papel crucial nos concursos, como nas demais acções jurídico – privadas. Devem respeitar os deveres de protecção, de esclarecimento e de lealdade que são exigíveis tanto na preparação como na celebração e na execução dos contratos e no agir jurídico-privado. Desvios a estes princípios (conluios, concursos fictícios etc...) sujeitam quem neles participar a responsabilidade civil, nos termos do arts 227º e 762º CC.

62. As Ofertas públicas de Aquisição, de Venda e de Troca. Remissão

Nos arts 523º a 584º CMVM, a lei prevê as ofertas públicas de aquisição, de venda e de troca de valores mobiliários. Estas ofertas são NJU’s e têm natureza jurídica de propostas ao público. Estas ofertas são irrevogáveis por um período de tempo que varia normalmente entre os 30 e os 40 dias. As ofertas públicas de aquisição, de troca ou de venda de valores mobiliários são matéria específica de Direito Comercial.

**Capítulo V**

Os Contratos

**63. Noção**

Os Contratos são nj’s bilaterais ou plurilaterais. Correspondem a acordos ou convenções que são estabelecidas entre diferentes partes, que podem ser duas ou mais, e que assim regem entre si os seus interesses como entendem e dentro do âmbito da Autonomia Privada. Os contratos costumam ser tratados como matéria do Direito das Obrigações mas não são apenas fones de obrigações pelo que restringi-los a tal dimensão seria excessivamente redutor. Os contratos têm efeitos reais, como por exemplo, a compra e venda, têm eficácia constitutiva de novas pessoas colectivas, como por exemplo, a sociedade, têm efeitos familiares etc... A recente doutrina constitucionalista reconhece até a existência de contratos políticos. O contrato deve ser reconhecido um estatuto de direito comum, que é seu, e que leva a transferir a sua localização dogmática do Direito das Obrigações para a TGDC.

É tradicional na Doutrina incluir no conceito de contrato uma característica segundo a qual o consenso deve corresponder à harmonização de interesses contrários. Esta nota do conceito geral abstracto de contrato seria hábil a distingui-lo de outras figuras como o pacto e os actos colectivos.

A distinção entre contrato como harmonização de interesses contrapostos e o contrato como consenso de vontades negociais paralelas, de que o acto constitutivo da sociedade constituiria um exemplo, é mais susceptível de criar dificuldades do que de facilitar o entendimento, a teorização e a concretização do direito dos contratos.

**64. Tipos de Contratos**

O conceito geral abstracto de contrato é um instrumento metodológico que, todavia, não tem um conteúdo material regulativo. O CC, no título II, Livro II, Dos contratos em Especial, contém um catálogo de tipos contratuais. Assim:

* Compra e venda arts. 874º a 938º
* Doação arts. 940º a 979º
* Sociedade arts. 980º a 1021º
* Locação arts. 1022º a 1036º
* Parceria pecuária arts. 1121º a 1128º
* Comodato arts. 1129º a 1141º
* Mútuo arts. 1142º a 1151º
* Contrato de trabalho arts. 1152º e 1153º
* Mandato arts. 1157º a 1184º
* Depósito arts. 1185º a 1206º
* Empreitada arts. 1207º a 1230º
* Renda perpétua arts. 1231º a 1237º
* Renda vitalícia arts. 1238º a 1244º
* Jogo e aposta arts. 1245º
* Transacção arts. 1248º a 1250º

Nos artigos 1154º a 1156º, o CC refere e o contrato de prestação de serviço, como se de um tipo contratual se tratasse, o que é incorrecto porque essa categoria não corresponde a um tipo, mas sim a uma classe de contratos e que inclui, entre outros, os tipos de contrato de mandato, depósito e empreitada. É uma classe e não um tipo porque não contém um modelo regulativo típico. A finalidade foi estatuir no art. 1165º que os contratos de prestação de serviços que a lei não regule especialmente são regidos pelas regras do mandato, com as necessárias adaptações.

O catálogo de tipos não passa de uma simples colecção de tipos contratuais correntes e tradicionais que razões de utilidade aconselharam a fazer constar do CC. Muitos outros tipos contratuais estão contidos noutras leis.

**65. O Tipo Contratual**

Os tipos contratuais são modelos de contratos que se celebram reiteradamente na vida de relação e que servem para a referência na contratação e na concretização da disciplina contratual. Como modelos, permitem que se contrate por referência, sem necessidade de estipular completamente toda aquela regulação. A contratação por referência ao tipo, dispensando as partes de estipular especificadamente uma enorme massa de regras que constam do modelo regulativo típico torna mais fácil, mais segura e mais expedita a contratação.. As regras que constituem o modelo regulativo do tipo foram geralmente sedimentadas progressivamente pela prática, constituindo um direito contratual consuetudinário.

Esta recolha pelo Legislador na Lei de certos tipos contratuais que existem na prática, suscita a distinção entre os tipos contratuais legais e os tipos contratuais sociais. Os tipos legais são aqueles que constam na Lei e que aí encontram uma disciplina, pelo menos tendencialmente completa e suficiente para a contratação por referência . É necessário que aí se contenha um modelo de disciplina típica que seja suficiente para permitir que as partes possam contratar através da remissão para o tipo. A Lei menciona, por ex., o tipo contratual do trespasse, para estatuir que a sua forma legal é a escritura pública e que a transmissão da posição contratual de arrendatário por trespasse não carece de autorização pelo senhorio (art 115º RAU).

Os tipos sociais são os modelos de contratos que existem e vigem na sociedade, na vida de relação, na prática. Nem todos os tipos sociais são recolhidos pelo Legislador na Lei e existem na prática da contratação, nos usos e costumes do tráfego, onde são celebrados, de acordo com o princípio da Autonomia Privada.

É que o tipo social é mais rico, mais elástico e mais próximo da vida fornecendo um critério de integração e de concretização do tipo legal na decisão de casos concretos. Exemplo desta dualidade é o tipo de consórcio, que o Legislador recolheu no DL 231/81 de 28 de Julho, e que continua a ser celebrado mais frequentemente de acordo com o tipo social corrente do que nos termos muito restritivos do tipo legal. Para que haja um tipo contratual social é necessária uma pluralidade de casos, reconhecida no meio social em que se insere como uma prática estabilizada reconhecida e assumida como vinculativa e que seja suficientemente completa para permitir a contratação por referência.

Os tipos de contrato são tipos normativos (que nascem da realidade e da prática social, da qual são recolhidos e com qual mantém uma relação) tendo inerentes critérios de dever ser e que, nesse sentido, têm normatividade. Os tipos normativos, quando referem na lei certos tipos de relações jurídicas em especial designam-se tipos jurídicos estruturais, que são construídos pelo legislador a partir da realidade. No exercício jurídico as pessoas não são forçadas a obedecer estritamente aos tipos jurídicos estruturais e podem estipular, quando a matéria não seja totalmente indisponível, modificações aos seus conteúdos. As características que compõem os tipos jurídicos estruturais são importantes, mas não exclusivamente determinantes. O que é determinante e decisivo para a concretização e o exercício jurídico é o quadro, a estrutura interna, o modo como se relacionam isto é, a configuração e o sentido. Os tipos jurídicos estruturais constituem um instrumento hábil e adequado para a apreensão e o entendimento e para a descrição e a expressão de relações jurídicas.

**66. Contratos Típicos e Atípicos**

Os contratos distinguem-se em típicos e atípicos, consoante correspondam ou não, a um tipo contratual. Se corresponderem a um tipo legal, são legalmente típicos, se corresponderem a um tipo social, são socialmente típicos.

Dado que muitas vezes, os tipos legais têm subjacente os tipos sociais que lhes estão na origem, pode haver contratos que sejam legalmente e socialmente típicos. Pode haver contratos socialmente típicos mas legalmente atípicos. Pode haver contratos legal e socialmente atípicos e pode haver contratos legalmente típicos mas socialmente atípicos (quando o tipo legal é integralmente inventado ou importado de um ordenamento estrangeiro pelo Legislador, o tipo do contrato de subordinação previsto nos arts 493º CC).

Com a classificação dos contratos em típicos e atípicos não deve ser confundida a tradicional classificação dos contratos em nominados e inominados. Nos nossos dias, o atributo nominado deve ser dado aos contratos aos quais é atribuída uma designação, ainda que na lei não exista o seu modelo regulativo típico como sucede. O trespasse, pelas razões já expostas, é um contrato legalmente nominados, mas não legalmente típico.

**67. Contratos Mistos**

Os contratos atípicos distinguem-se em puros e mistos. São contratos atípicos puros aqueles que, além de não corresponderem a qualquer tipo contratual, sejam construídos sem o recurso à modificação ou à combinação de um ou mais tipos contratuais. Os contratos atípicos mistos são aqueles que são construídos através da modificação ou mistura de tipos contratuais, embora não correspondam a qualquer deles. Os contratos atípicos são geralmente construídos pelas partes através de modificações e combinações de tipos contratuais. Os contratos atípicos puros são possíveis, mas não frequentes, sendo os contratos atípicos geralmente mistos.

**a) A Classificação Tipológica: Contratos Mistos de Tipo Múltiplo e de Tipo Modificado**

Os contratos mistos podem ser de tipo modificado ou de tipo múltiplo, consoante a sua construção é feita pela combinação ou pela mistura de 2 ou mais tipos, ou pela modificação de um tipo. No caso dos contratos mistos de tipo modificado, as partes elegem um tipo contratual que desempenha o papel de instrumento de base e a cuja disciplina típica as partes referem na contratação. A este tipo (tipo de referência) acrescentam uma convenção (pacto de adaptação) na qual estipulam o necessário para modificar a disciplina do tipo de referência de modo a torná-lo apto a satisfazer o seu interesse.

No caso dos contratos mistos de tipo múltiplo, o contrato não é construído a partir da modificação de um modelo típico, mas da conjunção de mais de um tipo.

**b) Classificação Tradicional: Contratos Mistos Combinados, de Tipo Duplo e em Sentido Estrito**

A classificação assenta o seu critério, não no modo de construir os contratos, como a doutrina tipológica, mas no seu conteúdo. Seguindo Antunes Varela, os contratos mistos classificam-se em contratos combinados, contratos de tipo duplo e contratos mistos em sentido estrito.

Os contratos mistos combinados são aqueles em que a prestação global de uma das partes se compõe de 2 ou mais prestações, integradoras de contratos (típicos) diferentes. Exemplo: o contrato realizado entre o campista e a entidade titular do parque de campismo, neste contrato há, de um lado, uma prestação correspondente a mais de um tipo contratual e, do outro, uma prestação pecuniária unitária.

Os contratos mistos de tipo duplo são aqueles em que uma das partes se obriga a uma prestação de certo tipo contratual, mas a contraprestação do outro contraente pertence a um tipo contratual diferente. Exemplo quando uma das partes cede à outra uma casa para habitação em troca da prestação de serviços que integram, por exemplo, o contrato de trabalho.

Os contratos mistos em sentido estrito são aqueles, como a doação mista, em que o contrato de certo tipo é o instrumento de realização de um outro. O contrato serve de meio ou instrumento . a sua estrutura está aperfeiçoada de forma a que o contrato sirva, ao lado da função que lhe compete, a função própria de m outro contrato.

Os contratos mistos são contratos atípicos que se situam numa posição intermédia entre tipos. não se trata propriamente da mistura num mesmo contrato de cláusulas ou características próprias de mais do que um tipo contratual, mas sim da intermediação entre esses tipos. Como formas de transição que são, têm semelhanças e diferenças com os tipos com que se aparentam. Assim, a doação mista, por ex., não é propriamente um contrato em que ocorre a conjunção de uma venda e uma doação, mas sim um contrato que, numa série bipolar, se situa numa posição intermédia entre a compra e venda e a doação.

Os tipos contratuais são simplesmente modelos e não esgotam de modo algum a matéria contratual. Os tipos, como modelos que são, contêm a disciplina de referência que serve de padrão na contratação e que fornece critérios de comparação e de decisão de casos que lhes sejam referíveis directamente, no caso dos contratos típicos, ou indirectamente, por analogia, no caso dos contratos mistos.

A doutrina refere como modos de concretização da disciplina dos contratos mistos, a teoria da absorção, a teoria da combinação, a teoria da analogia e a teoria da criação.

Segundo a teoria da absorção, atribuída geralmente a Lotmar, quando as diferentes prestações, apesar de conjuntamente convencionadas, se mantêm independentes e com um peso relativamente equivalente, sem que entre si se possa descortinar uma relação de acessoriedade, o caso é de comulação, de pluralidade de contratos e não de contrato misto. Sempre, porém, que num único contrato se concentrem regimes que sejam alheios ao tipo legal sem que se deva estar perante uma pluralidade contratual, deverá o contrato ser subsumido às normas legais concernentes ao tipo dominante.

A teoria da combinação, proposta por Höniger, no desenvolvimento da obra de Rümelin, parte da constatação de que nem sempre é possível determinar o elemento principal do contrato, nem sempre existe um tipo claramente dominante. As parcelas de regime legal de cada tipo são transtípicas, ou seja, podem ser aplicadas para além das fronteiras do tipo sempre que num outro contrato, seja ele misto ou de outro tipo, se verifique a mesma situação de facto que no tipo de origem desencadeia a sua vigência. Conclui-se que a solução do problema dos contratos mistos deve ser encontrada de acordo com o princípio da combinação das consequências jurídicas. A combinação, no caso, por exemplo, de onerosidade mista, será feita através da gradualidade da aplicação das parcelas de regime a combinar.

A disciplina de cada tipo não tem de ser aplicada ao contrato em termos tais que cada contrato tenha de ser disciplinado na sua totalidade e apenas por um tipo e pode ser desmontada. Os modelos regulativos típicos podem, nesta perspectiva, fornecer critérios de decisão também a aspectos parcelares de contratos e assim, um contrato concreto pode encontrar a sua disciplina em mais do que um tipo. A disciplina concreta desse contrato será então procurada na combinação de elementos e de preceitos legais originários de diferentes tipos contratuais.

Schreiber vem dar um passo em frente e construir uma nova teoria, a da aplicação analógica. Reagindo contra a teoria da absorção e no desenvolvimento da teoria da combinação, não aceita que os grupos de normas inseridos pela lei nos tipos contratuais sejam simples somas e defende que os preceitos legais dos tipos contratuais estão integrados num organismo. Schreiber entende os contratos mistos como atípicos e considera-os também integrados em “organismos” de tal modo que tenham com a disciplina legal dos tipos algum parentesco, essa disciplina legal só lhes pode ser aplicada através de um processo analógico. O recurso aos tipos legais semelhantes passa a ser um exercício jurídico analógico (analoge Rechtsanwendung).

A doutrina propõe ainda um outro processo de resolução de problemas que surjam na concretização da disciplina dos contratos mistos, a doutrina da criação (kreationtheorie). Quando falte um tipo de referência, quando a analogia não seja possível, será necessário recorrer à criação de uma solução concreta, com base nos princípios, clausulas gerais etc... Não se trata propriamente de criar direito, de criar uma solução jurídica “ad hoc” para um problema isolado, mas antes de concretizar princípios, cláusulas gerais ou standards, e de construir ou reconstruir, a disciplina contratual, nunca deixando de ter em mente que essa concretização é feita sempre a partir do próprio contrato e atentas as circunstâncias do caso, num processo de interpretação complementadora.

Como distinguir, então, os casos em que é adequada a analogia e os casos em que esta não é já possível e há que recorrer à criação? Quando a solução proposta pela analogia for ou resultar intoleravelmente injusta ou inadequada, deverá ser ensaiada uma solução criada para o caso do modo descrito, como se nenhuma possibilidade da analogia houvesse. As soluções propostas para o caso pela analogia e pela criação devem depois ser comparadas e contrapostas, de modo a se conseguir o aperfeiçoamento e a afinação da analogia. Se o processo for improdutivo, a solução terá de ser aquela que é proposta pelo processo de criação.

A absorção, a combinação, a analogia e a criação não são verdadeiramente “teorias” que se excluam reciprocamente. Trata-se antes de vários processos de resolução de questões problemáticas, todos eles, em princípio, igualmente hábeis e cada um com um campo de aplicação próprio. A absorção é claramente mais adequada para resolver as questões emergentes de contratos mistos de tipo modificado e a combinação para os problemas suscitados pelos contratos mistos de tipo múltiplo. Em qualquer dos casos, a analogia é o processo próprio se o contrato for verdadeiramente atípico e, quando a analogia não seja possível, será necessário construir uma solução concreta para o caso.

A estipulação de cláusulas acessórias e adicionais ao tipo não transforma necessariamente e sem mais o contrato de típico em atípico. O tipo é elástico e suporta a estipulação adicional. A elasticidade do tipo não é, no entanto, ilimitada. Quando exceda o limite de elasticidade do tipo, a estipulação adicional torna o contrato atípico.

A absorção é o processo de concretização que protagoniza a fluidez da transição entre o contrato de tipo modificado e o tipo de referência.

A combinação torna-se necessária perante os contratos de tipo múltiplo. Os contratos de tipo múltiplo são já mais atípicos que os de tipo modificado. A coexistência de disciplinas características de mais de um tipo, afasta com nitidez o contrato de qualquer dos tipos de referência e impede a absorção. Quando não seja possível descortinar no contrato um tipo dominante, a absorção é impossível, a presença dos outros obriga à combinação.

A analogia é necessária sempre que o contrato seja efectivamente atípico. A atipicidade impede a aplicação directa do direito legal do tipo. A definição legal do tipo tem uma função de delimitação do âmbito de aplicação directa da disciplina legal. Se fosse possível a aplicação directa, tal significaria que o contrato não era afinal misto, mas sim típico. Para que haja analogia é necessário que exista um caso semelhante.

Quando não exista caso semelhante, a analogia é impossível, mas não deixa de ser necessário dar solução às questões suscitadas e impõe-se então a criação para o caso de uma solução concreta que seja justa e adequada. A criação fecha o círculo iniciado com a absorção. Assim como a absorção representa a vizinhança dos contratos com a tipicidade, a criação é o modo característico de concretização da disciplina dos contratos atípicos puros. Serve também para a resolução de questões que surgindo embora em contratos mistos, sejam de tal modo atípicas que se revelem rebeldes à analogia.

**68. União de Contratos**

Os contratos mistos devem distinguir-se da união de contratos. Na união de contratos há uma pluralidade de contratos, enquanto nos contratos mistos há unidade contratual.

Externa

Dependência Unilateral

União de contratos

Interna

Dependência bilateral

Alternativa

A união de contratos (uc) pode ser interna, externa ou alternativa. É interna quando entre Os contratos unidos existe um vínculo de dependência funcional; é externa quando esse vínculo não existe. A união interna pode distinguir-se em união com dependência bilateral e dependência unilateral, quando o vínculo funcional que liga os contratos é de molde a tornar cada contrato dependente do outro, ou com dependência unilateral, quando o vínculo funcional é de ordem a tornar um dos contratos dependente do outro, mas não a inversa. É alternativa quando a relação entre os contratos é tal que têm vigência alternativa, ou um ou o outro, mas nunca simultânea. Nos casos de união externa, 2 ou mais contratos encontram-se titulados no mesmo documento ou não são celebrados simultaneamente, embora nenhum vínculo de dependência funcional exista entre eles.

A união interna constitui o modo, em princípio, natural de UC. O vínculo de ligação entre os contratos unidos suscita todavia a dúvida sobre a pluralidade contratual. A existência de um nexo de carácter funcional que desempenhe um papel tal que lhe possam ser imputados efeitos ou consequências jurídicas novas e diferentes daquelas que são próprias de cada um dos contratos unidos entre si postula a necessidade para as partes de recorrer à vinculação entre contratos para alcançarem o intento pretendido. A união alternativa é outra figura que, tal como a união externa, pouca realidade encontrará na prática. Conceptualmente possível, a estipulação da vigência alternativa de contratos mal consegue distinguir-se da configuração unitária de um contrato com estipulação de preceitos ou regimes com eficácia alternativa.

A união externa e a união alternativa são úteis para balizar: a categoria da união alternativa serve para enfatizar que nem sempre que as partes acordem em 2 contratos eles virão a ter vigência simultânea. Em sentido substancial, a união de contratos só existe verdadeiramente na união interna. Não é possível, sem desrespeitar a vontade negocial, fazer vigorar separadamente os contratos internamente unidos. Mas não é possível, também, reduzir a união interna à unidade contratual, ao contrato misto de tipo duplo ou múltiplo.

Quando a matéria contratada se resuma a mais de um tipo contratual legal, a doutrina tradicional classifica-a como união de contratos ou como contrato misto consoante o relacionamento entre ambos. Se o relacionamento entre os tipos for tal que ambos possam subsistir e vigorar como contratos completos separados, não obstante o vínculo que os liga, a classificação é a da união de contratos. Se o relacionamento entre os tipos não permitir a separação, o contrato é classificado como misto. A chamada doação mista pode, nesta perspectiva, ser qualificada de ambos os modos, consoante se entenda que nela podem subsistir uma compra e venda completa de uma parte da coisa e uma doação completa de outra parte da coisa, ou se conclua que, sendo uno e único o objecto, não é possível separar no todo estipulado 2 contratos estruturalmente completos. Esser e Schmidt reconhecem que a transição entre a união de contratos e os contratos mistos é fluída.

**Capítulo IV**

A Qualificação dos Negócios Jurídicos

**69. As Definições Legais dos Tipos Negociais**

# a) O Problema das Definições

Os tipos negociais legais constam na lei geralmente através de definições construídas “per genus et differentiam”. O valor jurídico dessas definições é discutido. Desde sempre, a maior parte da doutrina desvaloriza, de uma maneira ou outra, o valor jurídico das definições legais.

**b) Definições Lexicais, Definições Estipulativas e Redefinições**

As definições legais devem distinguir-se em definições lexicais ou reais, em definições explicativas ou redefinições e em definições estipulativas

**definições lexicais ou reais (dl)**

**Definições definições estipulativas (de)**

**definições explicativas ou redefinições (der)**

As dl enunciam o significado de um certo termo, exprimem o modo como uma palavra é usada num dado grupo social e numa certa época. Com as definições estipulativas introduz-se um símbolo novo, quer cunhando uma nova palavra para um objecto até então desconhecido ou indicado diversamente, quer empregando uma palavra já existente, de um modo novo. O que distingue as definições lexicais das de é que as primeiras são simplesmente declarativas, isto é, limitam-se a expor o significado de um “quid” sem nada lhe modificar, ao passo que as segundas são constitutivas, no sentido em que criam o significado que atribuem ao definido. As der são intermédias entre as outras porque têm algo de declarativo e algo de constitutivo.

As definições, em Direito, só muito dificilmente serão totalmente lexicais, porque não será fácil encontrar uma definição jurídica que consiga exprimir totalmente a verdade do definido; e só muito dificilmente serão totalmente estipulativas, porque não será fácil encontrar definições jurídicas que não se liguem à realidade do definido.

## c) Síntese

As definições legais dos tipos negociais correspondem, salvo casos raros, à conceptualização e ao fecho dos tipos sociais correspondentes. É em relação aos casos mais frequentes que as definições são construídas pelo Legislador, que lhes introduz precisões e restrições, de modo a delimitar com maior certeza o campo de aplicação da disciplina do tipo legal.

As noções legais dos contratos em especial, por ex., não têm por finalidade descrever, enunciar as características do tipo, nem definir, isto é, delimitar o âmbito material de aplicação da respectiva disciplina legal. O legislador evita, assim, a fluidez de fronteiras que é característica dos tipos negociais sociais. Por ex., a definição do tipo legal de sociedade civil simples, no art 980º CC, é sem dúvida mais restrita do que o correspondente tipo social. Ao introduzir como notas da definição o exercício em comum e o intuito lucrativo, o legislador excluiu do tipo legal as sociedades não lucrativas e até as sociedades de capitais.

O tipo legal fica assim mais restrito do que o tipo social. Às sociedades que, correspondendo ao tipo social, não correspondam ao tipo legal, não poderá ser aplicada directamente a disciplina legal dos arts 890º e segs. , mas apenas por analogia. A manipulação pelo legislador das definições legais dos tipos negociais legais tem por finalidade e por consequência. Significa apenas que, no que respeita àquela regulação jurídica específica, se têm como sociedades civis apenas os casos que correspondam àquela definição, quer dizer, que correspondam àquele tipo jurídico legal.

**70. A Qualificação**

## a) A Qualificação como Juízo Predicativo

A qualificação é um juízo predicativo que tem como objecto um nj concretamente celebrado e que tem como conteúdo a correspondência de um negócio a um ou mais tipos negociais. A qualificação de um certo negócio como deste ou daquele tipo tem consequências determinantes no que respeita à vigência da disciplina que constitui o modelo regulativo do tipo, o modelo regulativo do tipo dá sempre um contributo importantíssimo para a disciplina do negócio julgado típico. É indesmentível a tendência paara a recondução dos negócios a um tipo. A recondução de um negócio a um tipo negocial implica a sua qualificação como negócio desse tipo. Na metodologia tradicional, esta qualificação vai, por sua vez, possibilitar a subsunção desse negócio, assumido como facto jurídico, ao tipo legal, colocado como norma, para fazer emergir. Este é o processo de qualificação próprio da doutrina dos elementos do negócio: a verificação da existência no negócio de todos os elementos essenciais do tipo determina a qualificação e esta vigência dos elementos naturais.

A qualificação legal traz consigo sempre um processo de relacionação e de comparação entre a regulação negocial subjectiva estipulada e o ordenamento legal objectivo onde o catálogo de tipos negociais se contém. Este relacionamento implica um movimento espiral e hermenêutico, assente numa pré-compreensão que se traduz em pré-qualificações experimentais precárias feitas com apoio na cultura jurídica e na experiência do mundo de quem qualifica.

O problema da escolha do tipo candidato à qualificação tem semelhanças com o da “escolha da norma aplicável” tratado por *Larenz* . É que a qualificação é um processo problemático e as questões que com ela se prendem surgem quase sempre delimitadas no seu âmbito a um nº restrito de tipos elegíveis. A controvérsia suscitada tem geralmente a virtualidade de delimitar o campo das alternativas possíveis. A qualificação final pode, assim, ser precedida de uma ou mais qualificações tentadas.

A segunda questão tem a ver com o modo de ser do juízo predicativo em que a qualificação se encerra. O juízo predicativo não precisa de ser de correspondência exacta e total entre o caso e o tipo e só raramente o será. A correspondência entre o caso e o tipo é graduável e poderá ser maior ou menor.

A medida de semelhança necessária para a qualificação não é susceptível de ser determinada exactamente nem em geral. A qualificação, como juízo predicativo, não se traduz assim, num juízo binário de correspondência total ou não correspondência, de inclusão ou de exclusão, mas sim num juízo graduável e ponderado de maior ou menor correspondência.

## b) Os Índices do Tipo

A comparação necessária à qualificação é feita com recurso a índices do tipo. Os indices do tipo são aquelas qualidades ou características que têm capacidade para o individualizar, para o distinguir dos outros tipos e para o comparar, quer com os outros tipos. São características que dão alguma contribuição útil, quer à individualização, quer à distinção, que à comparação, ainda que esse contributo não seja por si só determinante. As características simplesmente coadjuvantes que só na presença de outras adquirem significado indiciário, constituem índices do tipo, sempre que tenham qualidade indiciária, sempre que dêem indício ou constituam sintoma da presença deste ou daquele tipo de negócio e que sejam hábeis para contribuir para o juízo de correspondência ao tipo.

Os índices do tipo são plurais. Devem ser postas de parte as tentativas de unificar o critério as tentativas de unificar o critério de individualização e distinção dos tipos num único elemento. Os índices do tipo mais comuns são a causa, entendida objectivamente como função, o fim, a estipulação do tipo, o objecto, a contrapartida, a configuração, o sentido, as qualidades das partes e a forma.

## c) O Juízo Primário e o Juízo Secundário

A qualificação desdobra-se em 2 juízos, um juizo primário e um juízo secundário. A principal dificuldade que se coloca no que respeita à qualificação é a de ajuizar se um certo negócio é típico ou atípico. Os tipos não contêm uma cadeia de características cuja verificação no caso possa fundar com segurança um juízo de tipicidade ou atipicidade. O limite de elasticidade do tipo é aquele para além do qual o contrato deixa de lhe corresponder, deixa de ser típico, ou deixa de ser daquele tipo. A questão da qualificação coloca-se em termos acentuadamente diferentes quanto aos tipos negociais legais. Por um lado, só no que concerne aos tipos negociais legais. Por um lado, só no que concerne aos tipos negociais legais é que é possível um juízo binário de tipicidade; por outro lado, só em relação aos tipos negociais legais é que é necessário esse juízo binário, porque só em relação a estes é que se coloca a questão da aplicabilidade de uma disciplina legal, injuntiva ou dispositiva.

No que respeita aos negócios legalmente atípicos, ainda que social e extralegalmente típicos, não é possível um juízo binário de tipicidade que responda simplesmente, em termos de sim ou não, à pergunta sobre a tipicidade ou atipicidade isto porque os tipos extralegais, os tipos sociais, não têm limites definidos uma vez que as suas fronteiras são fluidas. Não é necessário porque não existe um modelo regulativo legal que lhes seja aplicável, injuntiva ou dispositivamente.

Esta dificuldade exige a distinção do juízo de qualificação num juízo primário e num juízo secundário. O juízo primário de qualificação é um juízo de natureza tipológica, fluida e gradativa, e é feito numa perspectiva de justiça e de adequação materiais. É um juízo de semelhança que não dá uma resposta certa sobre se o contrato é típico ou se é atípico, mas antes sobre se é mais ou menos típico, mais ou menos atípico, mais típico neste aspecto e menos naquele. A resposta dada pelo juízo primário permite ao intérprete ou ao aplicador do Direito discernir as semelhanças e dissemelhanças que existam entre e o contrato a qualificar e o tipo.

O juízo secundário, diferentemente, é feito numa perspectiva de certeza e segurança, é um juízo binário de sim ou não. Permite ao intérprete e aplicador do Direito discernir se o contrato a qualificar está dentro ou fora dos limites do tipo, se é típico ou não.

Os tipos sociais, extra legais, com as fronteiras fluídas e imprecisas que têm, não suportam um juízo secundário. Atenta a elasticidade dos seus limites, os tipos sociais mantêm sempre áreas de ambiguidade, dentro das quais se não pode dizer com certeza, que o contrato a qualificar é típico ou atípico.

Na qualificação dos negócios devem ser utilizados ambos os juízos: o primário e o secundário. Se o tipo tiver limites imprecisos ou fluidos, como sucede na generalidade dos tipos sociais, o juizo secundário não é possível, mas também não é necessário, porque dele não resulta a aplicação subsuntiva de um regime legal. Se o tipo tiver fronteiras precisas, o que sucede geralmente com os tipos legais, o juízo secundário torna-se possível, ma não dispensa o juízo primário, porque este lhe dá a possibilidade de discernir. O juízo primário pode fornecer dados preciosos para a concretização do regime do negócio concreto, designadamente na integração, na interpretação integrativa e na determinação de conceitos indeterminados e de cláusulas gerais.

## d) A Correspondência ao Tipo e a Ordenação no Tipo

Da dualidade do juízo primário e do juízo secundário, resulta a dualidade entre a correspondência ao tipo e a ordenação no tipo. O juízo secundário permite apenas decidir sobre a correspondência ao tipo, se o negócio a qualificar corresponde ou não ao tipo em questão. O juízo primário permite a ordenação no tipo, isto é, o discernimento da colocação do negócio a qualificar no seio do tipo. O juízo secundário, ao informar o intérprete e o aplicador do direito sobre se o negócio é típico ou atípico não lhe fornece toda a informação de que ele necessita para a concretização. É o juízo primário que lhe permite discernir, em relação aos negócios típicos, o modo como o são, se são francamente típicos, ou seja, se correspondem ao modelo regulativo do tipo, o que permite a aplicação d pleno do modelo regulativo típico, ou se existem diferenças e particularidades que exijam adaptações e modificações na concretização.

**Capítulo VII**

Interpretação e Integração de Negócios Jurídicos

**71. Interpretação e Integração**

## a) A Interpretação das Declarações Negociais

Os nj’s são actos de autonomia privada através dos quais as pessoas regem entre si os seus interesses, são acções humanas com sentido, que instituem e põem em vigor regulações queridas pelos seus autores.

Tal como sucedeu com a interpretação das leis, também a interpretação dos nj’s foi objecto de uma querela doutrinária em que se contrapuseram posições subjectivistas e objectivistas

As posições subjectivistas, ligadas à teoria da vontade, foram dominantes no séc XIX e assentaram num pressuposto ligado à concepção do nj como acto de vontade jurígena, em consequência da qual o negócio jurídico não podia valer sem o suporte da vontade do seu autor e, seria de acordo com a vontade subjectiva desse seu autor que devia valer. Deveria prevalecer o sentido que lhe houvesse sido dado pelo seu autor, pois, de outro modo, não lhe poderia ser negocialmente imputada. No processo tendente a discernir, através das palavras declaradas, qual o pensamento, a vontade e o sentido que as originou e que lhe está subjacente.

As posições objectivistas, surgiram historicamente mais tarde e o seu principal representante foi Danz. A declaração negocial, na perspectiva objectivista, deveria ser interpretada, não necessariamente de acordo com o sentido que o seu autor lhe quis imprimir, mas segundo o sentido que da própria declaração se depreendesse, de acordo, com as circunstâncias do caso.

As posições subjectivas e objectivas correspondem a pólos numa série de posições mais subjectivistas ou mais objectivistas nas quais a Doutrina se foi situando. Castro Mendes considera que a interpretação será a fixação do que em face da declaração e da sua circunstância, objectivamente se há-de ter por vontade real do declarante e posições dominantemente objectivistas como, por ex., a de Ferreira de Almeida que professa a opinião de que, na interpretação há que atender não só ao contexto objectivo mas também àquele subjectivo.

Na doutrina tradicional, a interpretação tem como objecto declarações negociais e tem como função a fixação do seu sentido juridicamente relevante. A técnica tradicional de decompor o nj nas declarações negociais das partes, como modo de possibilitar uma teoria que possa ser comum aos nj’s unilaterais e aos nj’s plurilaterais (contratos) conduziu à construção de uma teoria da interpretação e da integração de declarações negociais, em vez de uma teoria da interpretação dos nj’s, que, acaba por desconsiderar o facto de, nos contratos, ambas as partes serem simultaneamente declarante e declaratário.

Pela interpretação deve ser discernido o sentido juridicamente relevante do agir jurídico negocial, do nj entendido como acção e como regulação, o que é algo de diferente da simples interpretação da declaração negocial. Na interpretação deve ser procurado o sentido juridicamente relevante do complexo regulativo que é o negócio jurídico como um todo, como acção de autonomia privada.

O legislador plasmou na lei um sistema no qual se evidenciam 2 traços dominantes. Por um lado, a interpretação tem como objecto as declarações negociais e não os nj’s; e, por outro lado, exprime uma tentativa de compromisso razoável entre subjectivismo e objectivismo, numa síntese que, partindo de um subjectivismo moderado, se aproxima à chamada “teoria da impressão do destinatário”.

## b) A Integração das Declarações Negociais

A doutrina tradicional distingue em interpretação e integração a tarefa hermenêutica de compreensão e discernimento do sentido dos nj’s. A interpretação tem como objecto a declaração negocial e como finalidade a compreensão do seu conteúdo e sentido; a integração a determinação e preenchimento das suas lacunas.

A interpretação da declaração negocial e a sua integração são uma tarefa hermenêutica unitária. Se o negócio for perspectivado como um todo, deixa de haver lugar à separação da interpretação e da integração de declarações negociais que o compõem e passa a haver lugar a uma única tarefa hermenêutica global. A interpretação e a integração das declarações devem ser feitas em relação à globalidade do nj ou do contrato concreto em questão.

A interpretação tem como objecto o nj global tendo por fim o discernir do conteúdo e do sentido da completa regulação autónoma que o constitui. A integração transcende a mera fixação do sentido juridicamente relevante das declarações negociais dos autores do negócio; vai mais longe na apreensão do seu conteúdo regulativo.

A mera interpretação das declarações dos autores do negócio nunca é suficiente. É sempre necessário integrar o conteúdo e o sentido do negócio como globalidade de regulação autónoma e extrair os critérios de concretização da sua disciplina. A superação da concepção do nj como declaração negocial impõe que se conceba a interpretação e a integração numa perspectiva globalizante, em que as designadas interpretação e integração, passem a ser entendidas como interpretação declarativa e interpretação integrativa.

A interpretação integrativa representa um passo em frente, um desenvolvimento da interpretação declarativa do nj ou do contrato. Passa-se da interpretação das estipulações das partes para a descoberta e concretização do conteúdo do contrato como regulação. A interpretação integrativa temlugar, não propriamente quando subsistam dúvidas quanto ao sentido de cada uma das declarações negociais dos autores do negócio, mas antes quando haja dificuldades de compreensão do conteúdo e do sentido do regulamento negocial global.

A interpretação integrativa não é necessária apenas quando os autores do negócio não tenham estipulado sobre uma certa matéria. Nos negócios duradouros que podem vigorar durante anos, a evolução das circunstâncias e a evolução da atitude das partes perante o negócio e do modo como o vão executando dão também lugar à interpretação integrativa.

A evolução das circunstâncias envolventes do negócio, as soluções que as partes vão dando às dificuldades imprevistas fornecem dados preciosos para compreender o sentido que as partes vão dando ao negócio. O conteúo e o sentido juridicamente relevantes dos nj’s duradouros evoluem tanto mais quanto mais longamente perdurarem no tempo e quanto mais evoluírem as circunstâncias que os envolvem.

**72. Critérios Gerais**

## a) O Critério Geral do art. 236º do Código Civil

O regime legal da interpretação dos nj’s está concentrado nos arts 236º a 239º que estabelecem as regras gerais. Para além destas regras gerais, existem ainda na lei regras especiais, como o art 2188º, relativo à interpretação dos testamentos, e os arts. 10º e 11º do DL nº 446/85 de 25 de Outubro.

O sentido juridicamente relevante de uma declaração negocial é, segundo o nº1 do art. 236º, aquele que do comportamento do declarante possa ser deduzido por um declaratário normal, colocado na posição do autor da declaração, desde que esse sentido não contrarie a expectativa razoável do autor da declaração. O nº 2 do mesmo art. Acrescenta que “sempre que o declaratário conheça a vontade real do declarante, é de acordo com ela que vale a declaração emitida”. Não parece dever concluir-se que a lei portuguesa tenha tomado partido pela doutrina objectivista da interpretação.

Na normalidade dos casos, não há sequer qualquer divergência ou desentendimento entre as partes, ou entre declarantes e declaratários, quanto à vontade real de cada um, quanto ao sentido com que as declarações negociais devem ser entendidas. Na gigantesca maioria dos casos em que são celebrados nj’s não suscita qualquer divergência entre as partes. O 1º critério de interpretação é, pois, a vontade subjectiva comum das partes, ou de declarante ou declaratário. Ainda que o sentido objectivo das declarações negociais não coincida com o seu sentido subjectivo, é de acordo com este (sentido subjectivo) que a declaração negocial deve valer, sempre que o declaratário conheça a vontade real do declarante.

A vontade real do declarante só poderá ser desconsiderada quando o sentido objectivo da declaração for diferente do seu sentido subjectivo e o declaratário não conhecer o seu real sentido subjectivo.

A 1ª regra de interpretação não está sequer expressa na lei e é a seguinte: sempre que haja consenso das partes, ou de declarante e declaratário, sobre o sentido da declaração, deve ser de acordo com ele que esta deve ser interpretada. O critério primeiro é o da vontade real comum, do sentido subjectivo comum.

A 2ª regra está contida no nº 2 do art 236º CC: em caso de divergência entre o sentido subjectivo da declaração e o seu sentido objectivo, prevalece o sentido subjectivo desde que o declaratário o conheça.

No caso de divergência entre o sentido subjectivo e o objectivo, em que o declaratário desconheça a vontade real do declarante, pode o sentido objectivo prevalecer, salvo se o declarante não puder contar com ele.

Cabe ainda esclarecer como é determinado o sentido objectivo da declaração, segundo o art. 236º CC. A lei fala do sentido que um declaratário normal, colocado na posição do declaratário real, possa deduzir do comportamento do declarante. Isto implica o recurso a uma forma de tipicidade: não interessa o sentido que o declaratário real, que aquele declaratário concreto, tiver entendido; o que releva é o sentido típico que um declaratário típico teria tipicamente entendido naquela situação típica.

O declarante tem, pois, o dever de boa fé de se pôr na posição da parte contrária, na posição do declaratário, e de prever como é que esse declaratário irá entender a declaração que lhe vai fazer.

A divergência poderá suscitar-se ainda que o declarante tenha agido sem culpa. Ter-se-á então criado uma situação de divergência entre o sentido real subjectivo e o sentido objectivo, em que a declaratário não conhece o sentido real subjectivo.

A divergência deverá então ser resolvida mas no seu sentido objectivo típico. O critério da lei corresponde a uma interpretação de acordo com a Natureza das Coisas, num sentido semelhante ao que lhe é dado por Maihofer.

Não se trata da determinação de qual foi de facto a expectativa do declarante em relação ao entendimento do declaratário, mas sim a expectativa que o mesmo declarante, posto na posição típica do declaratário, deveria ter tido razoavelmente perante aquela declaração, segundo os padrões éticos da regra de ouro e do imperativo categórico.

**b) A Relevância do Carácter Gratuito ou Oneroso na Interpretação**

No art 237º CC está contida uma regra segundo a qual em caso de dúvida sobre o sentido da declaração, prevalece, nos nj’s gratuitos, o menos grave para o disponente e, nos nj’s onerosos, o que conduzir a um maior equilíbrio das prestações. Com esta regra pretendeu-se oferecer ao juiz um critério que o oriente nessa função de criar normas singulares para a resolução de problemas que as partes não conseguiram elas próprias resolver”. Por ex., no caso de uma doação pura, a dúvida é resolvida no sentido que for menos pesado para o doador e, no caso de uma compra e venda ou de uma troca, no sentido que maior equilíbrio económico consiga entre comprador e vendedor. Mas, e os casos intermédios?

A gratuitidade e a onerosidade são 2 pólos numa série infinitamente graduável. Há realmente uma afloração bastante rica de figuras com laivos aparentes de uma e outra, formas criadas espontaneamente pela vida social. O critério do art. 237º CC, se não levanta (e até resolve) problemas na interpretação de contratos francamente típicos, é já insuficiente para dar solução directa a problemas semelhantes que se suscitem na interpretação de contratos menos típicos e contratos atípicos. Exemplo: no caso de uma associação em participação, ou de um contrato de seguro, ou de um reporte de bolsa, em que da equação económica do contrato participa tipicamente uma álea, o critério do art. 237º CC, na sua simples letra, é de pouco préstimo.

Se a letra do art. 237º CC é restrita e redutora, limitando a sua aplicação directa aos casos de onerosidade e gratuitidade perfeitas, já o seu espírito é rico de sentido. O espírito do art. 237º CC, o sentido que lhe é imanente, é o de recorrer à equidade. O regime do art. 237º CC pode ser desenvolvido no sentido da interpretação de acordo com a equidade, da qual o preceito legal constitui um simples afloramento. Os critérios do art. 237º só são adequados aos casos de gratuitidade ou onerosidade perfeitas. No caso de contratos atípicos ou menos típicos, que não sejam nem perfeitamente gratuitos, nem perfeitamente onerosos, há que recorrer à interpretação de acordo com a equidade.

**c) A Interpretação de Negócios Formais**

No art. 238º CC contém uma regra especial para a interpretação dos nj’s formais. Segundo esta regra, nos negócios formais não pode a declaração valer com um sentido que não tenha o mínimo de correspondência no texto do respectivo documento, ainda que imperfeitamente expresso; esse sentido pode todavia, valer, se corresponder à vontade real das partes e as razões determinantes da forma do negócio se não opuserem a essa validade.

A razão de ser deste regime especial está na tutela da aparência e da confiança que tenha sido ou venha a ser depositada por terceiros no sentido objectivo do negócio. A tutela dos terceiros seria frustrada se os negócios formais pudessem valer com um sentido que não tivesse o mínimo de correspondência no texto do respectivo documento. Nem sempre a razão de ser da exigência de forma está ligada à protecção da aparência. A solenidade do negócio está ligada à tutela de terceiros sempre que o contrato em questão seja público e esse carácter público seja fundado na necessidade da sua publicidade. Nestes casos, o círculo de pessoas envolvidas na questão de interpretação alarga-se e não se circunscreve já às partes ou, na técnica da lei, a declarante e declaratário: a tutela dos terceiros e as exigências de publicidade, exigem uma maior objectivação da interpretação. Outros casos existem em que a solenidade da forma não está ligada à exigência de publicidade e não tem como função assegurar a cognoscibilidade do negócio por parte de terceiros. A solenidade da forma pode ter sido exigida por convenção – forma convencional.

Sempre que a solenidade da forma, em relação ao negócio ou à parcela do negócio em questão, se não funde em exigências de publicidade, em todos os casos em que não seja posto em causa o conhecimento ou a cognoscibilidade por terceiros do negócio ou da concreta estipulação de cuja interpretação se trate, já não haverá fundamento para a objectivação consagrada no nº1 do art. 238º CC.

**d) A Interpretação dos Testamentos**

Uma especialidade muito importante está consagrada no art. 2187º nº 1 CC, que consagra, na interpretação das disposições testamentárias, o que parecer mais ajustado com a vontade do testador conforme o contexto do testamento. O nº 2 do mesmo preceito permite que na interpretação seja usada prova complementar, com a reserva de que não surtirá efeito a vontade do testador que não tenha no contexto um mínimo de correspondência, ainda que imperfeitamente expresso. O respeito escrupuloso pela vontade real do testador em tudo aquilo que não seja contrário à lei imperativa e à Moral ou à Natureza. Nesta perspectiva, a interpretação dos testamentos deve ser subjectiva. É nesta perspectiva que o preceito do art. 2187º CC exige que a vontade negocial subjectiva do testador seja conforme com o contexto do testamento e que, embora seja admitido o recurso a prova extrínseca na interpretação, ela tenha de ter um mínimo de suporte textual.

## e) A Interpretação das Clásulas Contratuais Gerais

Uma última especialidade foi estabelecida recentemente pelo legislador, a propósito das ccg. Nos arts. 10º e 11º do DL 446/85 de 25 de Outubro, a lei estatui que as ccg são interpretadas e integradas de harmonia com as regras relativas à interpretação e integração dos nj’s, mas sempre dentro do contexto de cada contrato singular em que se incluam; que as ccg ambíguas têm o sentido que lhes daria o contraente indeterminado normal que se limite a subscrevê-las ou aceitá-las, quando colocado na posição do aderente real e que na dúvida prevalece o sentido mais favorável ao aderente.

A massificação da contratação padronizada, com a fixação unilateral do texto das ccg pelo proponente, vem conferir-lhes características muito próximas das que são próprias das leis. Daqui decorre uma maior objectivação. Ao contrário do que sucede no regime geral do art. 236º CC, o art. 11º nº 1 do DL 446/85 consagrou, como critério de interpretação, o sentido objectivo com que a declaração seja entendível por um declaratário normal, colocado na posição do declaratário real. O critério do legislador resulta da intencionalidade legal de protecção do cliente, tido como parte mais fraca. A 2ª especialidade está contida no nº 2 do art. 11º do DL 446/85 , de 25 de Outubro e traduz-se na prevalência do sentido mais favorável ao aderente.

## f) Regras sobre a Integração das Declarações Negociais

No art. 239º, o CC fixa os critérios para a integração das declarações negociais. De acordo com este preceito, na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omisso, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta. Partindo de uma leitura simplesmente literal do art 239º CC, pareceria haver ainda uma hierarquia. Na integração da declaração negocial teria assim de ser seguido um iter rígido.

Um novo problema acresceria: na falta de disposição especial o que deveria ser integrado: a lei ou o contrato? A falta de disposição especial traduzir-se-ia em lacuna legal ou em lacuna negocial?

Para Larenz, a aplicação do direito dispositivo só pode ser afastada pela integração sempre que com fundamento no fim e no sentido do contrato concreto.

O direito dispositivo do tipo negocial é o complexo regulativo que contém ou que conforma o modelo de negócio que constitui o tipo legal. Este é um modelo de negócio que o legislador recolheu da prática e que reconstruiu na lei, de modo a tornar mais fácil e mais segura a contratação. Sempre que as partes contratam pressupõe-se em boa fé , que adoptam o clausulado típico em tudo aquilo que não modificaram.

Este recurso ao modelo regulativo do tipo legal deixa de ser justificado quando se conclua que as partes não o teriam querido, que com ele não teriam concluído o negócio.

No recurso ao tipo para a integração dos nj’s, é necessário fazer ainda uma precisão. Pode constituir ainda critério de integração do negócio o modelo regulativo do tipo social subjacente. È normalmente com base nesse tipo social que o tipo legal é construído pelo legislador. Mesmo quando não sejam legalmente típicos, mas sejam socialmente típicos.

Faltando as regras e os critérios típicos (contidos no tipo legal e no tipo social) restará integrar o negócio de acordo com as soluções que as partes teriam negocialmente construído se houvessem previsto o ponto omisso. A vontade que todas as partes no negócio teriam concordante e consensualmente tido.

O art. 239º CC não aponta para uma hierarquia de 3 critérios de integração, que seriam, por ordem de importância, o direito dispositivo do tipo legal, a boa fé e a vontade hipotética. A referência à “disposição especial” corresponde ao contributo do direito dispositivo do tipo legal. A “vontade que as partes teriam tido se tivessem previsto o ponto omisso” corresponde, por um lado, ao contributo do tipo social e por outro lado, ao desenvolvimento do regulamento negocial. Os ditames da boa fé traduzem uma referência ética global aos padrões de honesidade e seriedade exigíveis que devem reger o comportamento das pessoas no agir negocial

**73. Relevância da Tipicidade ou Atipicidade. A Importância dos Tipos de Referência e dos Tipos-Padrão**

A concretização e o desenvolvimento do regulamento negocial e do contrato, de acordo com o seu o seu sentido e a sua justiça interna, vão ser influenciados determinantemente pela sua tipicidade ou atipicidade. Os negócios e os contratos típicos têm um modelo regulativo típico. Quando o negócio seja típico, a interpretação e a integração encontram muito do seu critério no modelo regulativo do tipo. Nos preceitos dispositivos da lei; se for legalmente atípico, mas socialmente típico, encontrarão o seu modelo regulativo nos usos e costumes. Na normalidade dos casos, os negócios jurídicos legalmente típicos não deixam deter, subjacente ao tipo legal, o seu tipo social. Consoante os negócios sejam mais ou menos típicos, o modelo regulativo do tipo contribuirá mais ou menos para a interpretação e para a integração. No caso dos negócios atípicos mistos, o contributo terá de ser encontrado nos tipos de referência, naqueles tipos que se encontram mais próximos.

Pode suceder que, embora o negócio seja típico, não exista no modelo regulativo do seu tipo legal, ou do seu tipo social, uma regulação adequada a reger a questão; e pode também acontecer que o contrato seja atípico, quer legal quer socialmente. Não existirá sequer um direito dispositivo típico que possa contribuir para a interpretação e para a integração.

Também os tipos padrão podem influenciar a interpretação e a integração dos nj’s. O CC contém 3 remissões imperativas para tipos padrão. No art. 588º estende as regras da cessão de créditos à cessão de quaisquer outros direitos. No art. 939º, considera as normas da compra e venda aplicáveis a outros contratos onerosos pelos quais se alienem bens ou se estabeleçam encargos sobre eles. No art. 1156º CC considera as disposições sobre o mandato extensivas, às modalidades do contrato de prestação de serviços que a lei não regule especialmente.

As remissões feitas nos arts 588º, 939º e 1156º CC são modeladas por cláusulas de adaptação. As limitações feitas (no art. 588º, à parte aplicável, entre outras) trazem a estas referências condicionamentos semelhantes aos que se verificam nas remissões convencionais para os tipos de referência. Os tipos padrão são aplicáveis por remissão legal e não directamente. Tal facto postula uma diferença justificativa da sua não aplicação directa.

O recurso aos tipos padrão para a interpretação e integração dos nj’s não pode ser feita rigidamente e tem de levar em consideração a diferença entre o caso e o tipo.

### Capítulo VIII

O Conteúdo dos Negócios Jurídicos

**74. O Conteúdo dos Negócios Jurídicos**

O conteúdo dos negócios jurídicos é a regulação que nele é posta em vigor, no âmbito da autonomia privada. O conteúdo do nj é essa regulação que os seus autores puseram em vigor e nos termos da qual se autovincularam. É constituído formalmente pela estipulação das partes e substancialmente pela auto regulamentação contratada. Numa perspectiva formal, o conteúdo dos nj’s é formado pela estipulação das partes, pelo conjunto das cláusulas que nele foram inseridas. Numa perspectiva substancial, o conteúdo do negócio corresponde à regulação que as partes criaram através do negócio e puseram em vigor como direito vigente na Ordem Jurídica.

Para além da disciplina estipulada no negócio, haveria uma outra que dela seria consequência e que entraria em vigor por referência.

A diferença entre o conteúdo numa perspectiva formal e o conteúdo numa perspectiva substancial é o reflexo da diferença entre o clausulado e a regulação negocial. Embora seja concebível um negócio em que esteja clausulada toda a disciplina contratual, tal não será nem frequente nem normal. É muito variável a medida entre o clausulado e a regulação negocial. Em alguns negócios o clausulado pode ser mais completo do que noutros, consoante as partes tenham confiado mais a sua disciplina ao direito dispositivo, ou tenham querido regulamentar directamente essas matérias. A medida da diferença entre o clausulado e a regulação negocial varia também com o carácter típico ou atípico do contrato, consoante ele seja mais ou menos típico, ou mais ou menos atípico. Nos negócios típicos, principalmente nos negócios francamente típicos, as partes precisam de clausular relativamente pouco. Por exemplo, na compra e venda de coisa móvel com pagamento da totalidade do preço e entrega da coisa no acto do contrato, as partes não precisam de clausular mais do que a identificação da coisa e o montante do preço. Nada impede que as partes clausulem no contrato aspectos variados da disciplina contratual, tais como, por ex., o regime dos vícios ocultos. Os negócios que, embora ainda típicos, sejam menos típicos, como, por ex., a compra e venda com reserva de propriedade ou a doação modal, já exigem um clausulado mais desenvolvido que terá de incluir, pelo menos a estipulação da reserva de propriedade ou a cláusula modal.

Em termos gerais, pode dizer-se, no entanto, que é tendencialmente maior o âmbito material do clausulado nos negócios menos típicos do que nos mais típicos. É semelhante o que se passa com os negócios atípicos. Nos negócios atípicos puros, as partes têm a necessidade de clausular praticamente toda a disciplina negocial, salvo apenas naquilo que a lei regular injuntiva ou dispositivamente para todos os nj’s.

**75. Distinção entre Conteúdo e Objecto**

A doutrina mais antiga adoptava uma noção ampla de objecto do nj que abrangia a de objecto propriamente dito e a do seu conteúdo. Distinguia depois esse género amplo de objecto de 2 espécies: objecto mediato e objecto imediato. O objecto mediato referia o que hoje se entende por objecto, isto é, o quid sobre o qual incide a disciplina negocial; o objecto imediato referia a disciplina instituída pelo nj, isto é, o seu conteúdo. Andrade é muito claro e escreve. “Podemos distinguir aqui o objecto imediato ou conteúdo, isto é, os efeitos jurídicos a que o negócio tende, conforme as declarações de vontade das partes e a lei aplicável; e o objceto mediato ou objecto stricto sensu, que tem a ver com o quid sobre que recaem aqueles efeitos.

Numa compra e venda, por ex., o objecto (objecto mediato) é a coisa que é comprada e vendida; é esta coisa que é objecto stricto sensu da compra e venda. O conteúdo (objecto imediato) dessa mesma compra e venda é a auto regulação estipulada entre o comprador e vendedor, é a disciplina jurídica instituída. O objecto é a coisa; o conteúdo é a regulação posta em vigor.

Não devem ser confundidas com o conteúdo do negócio as regras legais que se aplicam ao negócio, que se aplicam a propósito ou em consequência dele, ou cuja entrada em vigor é determinada pela sua celebração. A compra e venda de um imóvel, por ex., determina o dever de pagar a SISA. Todavia, o regime jurídico-fiscal do negócio não faz parte do seu conteúdo. Por vezes pode não ser fácil apurar se certa disciplina que entra em vigor com a celebração do negócio pertence ao seu conteúdo. O facto dse um regime jurídico constar na lei não significa só por si que não faça parte do conteúdo do negócio. O critério de distinção encontra-se na ratio da sua força ou vigência jurídica, da sua juridicidade. Pertencem ao conteúdo do nj e têm natureza negocial os regimes jurídicos cuja vigência é tributária da autonomia privada e não da heteronomia legal. De um modo geral, pode concluir-se que têm natureza negocial os preceitos cuja disciplina faz parte do modelo regulativo do tipo negocial. Em caso de dúvida há que perguntar pela ratio juris do regime ou do preceito em questão. Se se concluir que a sua razão de ser vem de imperativos de ordem pública, o preceito ou o regime jurídico em questão terá natureza legal heterónoma e não fará parte do conteúdo do negócio; se se concluir que a sua razão de ser não é de ordem pública mas de ordem privada então dever-se-á concluir que essa disciplina faz parte integrante do conteúdo negocial

**76. A Ilicitude do Conteúdo**

A autonomia privada não significa liberdade de estipulação de quaisquer conteúdos negociais. São vários os preceitos legais, no CC, que limitam a liberdade de estipular o conteúdo dos nj’s. Desde logo o art. 405º fixa a orientação de estar dentro dos limites da lei. Ainda que geral, os arts. 280º, 294º e 398º a 401º CC limitam a liberdade de estipulação e submetem-na à Lei, à Moral, à Ordem Pública e à Natureza.

A existência de limites à liberdade de construir o conteúdo dos nj’s postula um juízo de mérito em relação a cada negócio que se celebra. O espaço deixado à autonomia privada tem limites para cuja determinação só se pode contar com critérios que carecem muitas vezes de ser concretiza dos através de juízos de valor. O juízo de mérito é um juízo de licitude sendo que a licitude é geralmente entendida em 2 sentidos: um amplo que corresponde ao espaço próprio da autonomia privada e um restrito delimitado pela não colisão com as normas jurídicas injuntivas. É no sentido amplo que o juízo de mérito é um juízo de licitude. O juízo de mérito incide sobre o conteúdo do nj, sobre a regulação, sobre a disciplina posta em vigor no negócio. É esse sentido do art. 280º do CC. Com a licitude do conteúdo não deve todavia ser confundida a licitude do fim com que as partes celebram o negócio. O art. 281º CC comina com nulidade o negócio que seja celebrado, por ambas as partes, com fim contrário à lei, à ordem pública ou aos bons costumes.

A ilicitude do negócio só afecta a validade do negócio se for comum a todos os seus autores.

## a) Não Contrariedade à Lei

O 1º critério do juízo de mérito consiste na não contrariedade à Lei. No art. 405º CC restringe a liberdade de fixar o conteúdo dos contratos aos limites da lei. No art. 280º CC, é cominada com nulidade a contrariedade do objecto negocial à lei e, no art. 294º, no fecho do capítulo sobre os nj’s, são julgados nulos os nj’s celebrados contra disposição legal. O próprio art. 294º CC admite que a contrariedade entre a lei e o conteúdo do nj não tenha como consequência a nulidade. Os preceitos da lei que estatuem acerca do conteúdo dos nj’s nem sempre são normativamente mais fortes. Desses preceitos da lei, uns são injuntivos e outros são dispositivos. Sempre que houver colisão ou incompatibilidade entre o conteúdo negocial e a lei, será necessário aferir da natureza injuntiva ou dispositiva do preceito legal em questão. O juízo sobre a natureza injuntiva ou dispositiva do preceito legal que dispõe acerca do conteúdo do nj é muitas vezes delicado.

Por vezes é a própria lei que determina a sua natureza injuntiva. Tal sucede, por exemplo, no art 946º CC que proíbe a doação por morte salvo nos casos especialmente previstos na lei (ex. art. 1307º nº2 CC).

A referência à impossibilidade legal tem õ sentido de que a lei , para além de outras consequências jurídicas, impede o efeito pretendido com o negócio ou com a cláusula negocial em questão. Só tem sentido distinguir a impossibilidade legal da ilegalidade nesta perspectiva de quando s lei considere legalmente impossível alguma estipulação... não poderá produzir efeitos porque a lei o impede.

Por vezes, a lei é clara em determinar o seu carácter dispositivo, através de expressões como, por exemplo, “salvo convenção em contrário” como sejam o art. 878º CC. Devem, assim, considerar-se injuntivos os preceitos legais qualificados como de ordem pública.

## b) Não Contrariedade à Moral

O 2º critério consubstancia-se na não contrariedade à moral. A referência aos bons costumes contida no art. 280º CC deve ser entendida como referência à Moral, dado que só uma predicação de natureza ética permite distinguir de entre os costumes os que são bons e os que são maus. A moral é uma poderosa condicionante da vida, da atitude e do comportamento das pessoas. Ela é determinante e impositiva ao nível da própria criação do Direito, antes de o ser no domínio da sua aplicação e concretização; e, mais do que tudo, na modelação da Justiça que funda o Direito e que lhe dá existência como tal. A Moral actua ao nível da interrogativa “quid jus” já antes de actuar ao nível da concretização do “quid juris” . são valores que, mesmo que não reconhecidos conscientemente pelas pessoas, não deixam todavia do o ser. É também o ambiente axiológico efectivamente difundido, assumido e aceite actualmente numa dada sociedade.

A submissão dos nj’s e do seu conteúdo à Moral não é um efeito da lei, do art. 280º CC, mas antes uma exigência da Ideia de Direito que se impõe pela Natureza das Coisas.

A moralidade exigida envolve um juízo de não colisão da regulação projectada com as coordenadas axiológicas fundantes da Ordem Jurídica. A lei injusta ou imoral, tal como o contrato ou negócio injusto ou imoral, são ajurícos e não vinculam. A intervenção da Moral nos nj’s não se resume a fundar o juízo de validade ou invalidade. Na fase pré-negocial ou pré contratual, a exigência moral é formulada na lei através da referência à boa fé.

O papel da regra moral começa a manifestar-se logo no momento da fixação do sentido juridicamente relevante e da concretização das consequências e comportamentos concretos que deles decorrem para as partes. Antes de se julgar um nj imoral. É preciso esgotar todos os meios para que se possa evitar a imoralidade. Não é diferente o que se passa ao nível da execução e cumprimento dos nj’s nem no domínio da modificação dos nj’s por alteração de circunstâncias.

## c) Não Contrariedade à Natureza

O 3º critério de juízo de mérito encontra-se na própria natureza. A causa da chamada impossibilidade física não é verdadeiramente a física, mas a Natureza, no sentido cosmológico ou físico, no sentido dos entia physica. A natureza limita a autonomia privada do mesmo modo que limita a liberdade das pessoas. A autonomia é uma faceta da liberdade e sofre das mesmas limitações às imposições da Natureza. A Natureza limita tanto o negócio como a lei e como, em geral, o Direito, pela simples razão de que o Direito só rege condutas humanas e só pode o que as pessoas puderem. O domínio das pessoas sobra a natureza é ínfimo pelo que, naturalmente impossível é tudo o que as pessoas não consigam fazer.

O direito só rege acções humanas e não colide nem interfere com o domínio da natureza. Só quando a acção humana ordenada pelo negócio for ela própria impossível é que se poderá falar de verdadeira e própria impossibilidade. A impossibilidade não se deve confundir com a dificuldade ou a grande onerosidade da actividade que pelo negócio jurídico se está vinculado a fazer. A impossibilidade pode ser inicial ou superveniente. Se se verificar logo de início, o nj é desde logo nulo (art 401º CC) Se ocorrer posteriormente, o nj poderá ser modificado ou resolvido por alteração de circunstâncias (arts. 437º CC). Contudo sempre que a impossibilidade inicial seja assumida como não definitiva e que a vinculação se constitua para quando ou para o caso de se tornar possível, o negócio deve entender-se celebrado a termo inicial ou sob a condição suspensiva da cessação da impossibilidade.

A impossibilidade pode ser objectiva, isto é, atinente ao objecto do negócio, ou subjectiva, quer dizer, relativa à pessoa da parte vinculada. Segundo o art. 401º nº 3 CC, só é relevante em princípio a impossibilidade que esteja ligada ao objecto. A impossibilidade subjectiva só impede a vinculação quando seja infungível o comportamento em questão (arts 790º e 791º CC).

## d) Não Contrariedade à Ordem Pública

A Ordem Pública é o complexo dos princípios e dos valores que informam a organização política, económica e social da Sociedade e que são tidos como imanentes ao respectivo ordenamento jurídico. A OP faz de certo modo a ponte entre a Lei e a Moral, como critério de juízo de mérito. Com as leis injuntivas tem o parentesco de todas elas serem de ordem pública. A razão da inderrogabilidade da lei injuntiva reside precisamente no facto de ser de ordem pública, de reger matérias de interesse público que são tidas como hierarquicamente superiores às regulações negociais privadas negociais. Tem de comum com a Moral a sua configuração como constelação de valores mas que, em vez de decidirem do bem e do mal, regem sobre a utilidade e conveniência social. Nas sociedades politicamente não violentadas, a OP coincide, em princípio, com a Moral. A necessidade de distinguir a OP da Moral só se explicita com o advento da estatismo. Os grandes princípios morais são geralmente considerados também de OP, assim como os grandes princípios de OP são usualmente profundamente morais.

Quando insanavelmente contrária à moral, a OP é imoral e, como tal, é ajurídica e não vincunlante legitimando a resistência, a desobediência e a revolta. A OP é, substancialmente, uma moral de substituição, proposta pela política e fundada no Estado, que só pode ser válida e ter juridicidade quando não colida com a Moral. Como tal, é uma (sub)ordem moral.

**77. A Fraude à Lei e os Negócios Fraudulentos**

A colisão do conteúdo contratual com a lei injuntiva pode ser directa ou indirecta. Quando for indirecta designa-se fraude à lei. A fraude à lei torna-se possível sempre que o Legislador, ao redigir o texto legal, intenta impedir um resultado que considera indesejável, ou promover um resultado que considera desejável, através da proibição ou imposição de condutas tidas como causais desses resultados.

Este modo de legislar, em que providências legislativas são dirigidas directamente ao que se pensa serem as causas de algo que se pretende verdadeiramente alcançar envolve algum risco de ineficiência porque a previsão das causas e dos mecanismos causais nem sempre é perfeita. Dadas as deficiências da legislação, a flutuação das circunstâncias e o engenho humano, é possível por vezes frustrar a intenção legal através da adopção de comportamentos que, não colidindo formalmente com a lei e não sendo directamente ilegais, permitam ao seu autor obter o resultado indesejado pela lei ou evitar o resultado por ela almejado. A fraude à lei pode ser vista de um modo subjectivo ou de um modo objectivo. No modo subjectivo, o juízo de fraude não prescinde da imputação ao agente de uma intenção pessoal de iludir o mecanismo criado com a providência legislativa de modo a defraudar a lei. No modo objectivo, não é exigida a imputação subjectiva nem a prova de intenção, de tal modo que, para o juízo da fraude é suficiente que a actuação do agente produza o resultado que a lei quer evitar ou evite o resultado que a lei quer produzir. É no modo subjectivo que a fraude à lei está prevista no art. 21º do CC, que exige expressamente o intuito fraudulento, o animus fraudandi, sempre que o resultado prático seja o da frustração da intencionalidade legal. O modo objectivo da fraude à lei alarga, por isso, acentuadamente o seu campo de aplicação. Na qualificação de certos conteúdos negociais como fraudulentos é necessário discernir os princípios da OP subjacente à imperatividade daquela lei que se propõe como defraudada. Na fraude à lei, o conteúdo negocial não agride directamente a lei defraudada, mas antes colide com a intencionalidade normativa que lhe está subjacente e que justifica a sua imperatividade. O juízo de fraude à lei coloca-se assim no domínio da OP.

O intuito fraudatório, quando exista, não pode deixar de acarretar um juízo de reprovação. Este juízo de mérito terá por objectivo aferir se e como a acção e a intenção do agente colidem com os bons costumes, isto é, com a moral. O juízo de mérito pode ser então positivo ou negativo, consoante se conclua que a acção daquele agente, perante as circunstâncias do caso, é ou não moralmente inaceitável, é ou não contrária aos bons costumes.

Flume pronuncia-se no sentido de que a questão do negócio jurídico em fraude à lei se resolve em termos de interpretação do negócio e de interpretação da lei não simplesmente literal. Manuel de Andrade reconduz o problema à exacta interpretação da norma proibitiva, “haverá fraude relevante caso se mostre que o intuito da lei foi proibir não apenas os negócios que especialmente visou, mas quaisquer outros tendentes a produzir o mesmo resultado, só não os mencionando por não ter previsto a sua possibilidade, ou ter tido deliberadamente mero propósito exemplificativo”. “Não haverá fraude relevante caso se averigue que a lei especificou uns tantos negócios por só Ter querido combater certos meios. Em caso de dúvida e dado que as normas proibitivas constituem excepções ao princípio da liberdade negocial, parece aconselhável preferir-se a Segunda solução. A de concluir pela não existência de fraude à lei.

O problema coloca-se com uma grande acuidade quando sejam celebrados negócios atípicos e se questione se foram, ou não, celebrados em fraude à lei para copntornar a aplicação de preceitos que seriam aplicáveis a negócios típicos que tenham a mesma ou semelhante eficácia.. Um exemplo frequente deste problema é o da sociedade imobiliária que, em vez de comprar certo prédio que está arrendado, o adquire por entrada em espécie num aumento de capital subscrito pelo alienante, de modo a evitar a aplicação do art. 47º do RAU que dá ao inquilino direito de preferência da venda ou dação do pagamento” da casa arrendada.

Tendo em atenção o fundamento de OP que justifica a obrigatoriedade da preferência, parece muito claro que a preferência se deve alargar também às transmissões.

**78. A Dignidade de Protecção Legal**

O art 389º nº 2 CC exige-se que a prestação corresponda a um interesse do credor, digno de protecção legal. Sendo certo que grande parte dos contratos prevêem no seu conteúdo prestações, positivas ou negativas, de *facere*, ou de *dare*, a questão da exigência de dignidade de protecção legal suscita-se também em relação importante dos nj’s.

Do facto de a exigência de dignidade de protecção legal constar do CC a propósito da prestação e não do negócio ou do contrato não parece ser possível concluir a contrario que o conteúdo dos contratos ou dos nj’s que não originem prestações fique isento de tal exigência

A exigência de que a prestação corresponda a um interesse do credor digno de protecção legal consta no art 398º nº 2 CC. A questão que aqui se coloca pode ser abordada em 2 perspectivas diferentes: na da irrelevância jurídica das convenções que não tenham dignidade jurídica ou que insiram em ordens não jurídicas, e na perspectiva da OP. A 1ª é a que tem sido adoptada pela doutrina portuguesa em geral.

Vaz Serra não comunga desta opinião, aceita qualquer conteúdo que não colida com a OP ou os Bons Costumes, não sendo de exigir no seu entender.

É redundante a exigência legal de que a obrigação ou o nj sejam jurídicos. Do que se trata é de saber quais os limites da juridicidade. Afirmar que o Direito “desconhece o acto como juridicamente indiferente todas as vezes que justifique a tutela do direito, nem merecer a sua reprovação” é o mesmo que excluir do âmbito do jurídico aquilo que não tiver juridicidade: é tautológico.

A 2ª perspectiva enquadra esse regime no âmbito da OP. A funcionalização da autonomia privada nos parâmetros do interesse do Estado era um corolário da concepção fascista de direito e ficou cristalizada no art. 1322 do Código Italiano de 1942. Nesta perspectiva, às convenções privadas não chegaria que não fossem contraa Lei, a Moral e a OP; seria necessário que o seu conteúdo fosse concordante com a utilidade social tal como definida pelo Estado. Na actualidade, ultrapassada a ideologia que fundou o código italiano, a referência ao art. 1322º considera-se feita às coordenadas da ordem constitucional.

A utilidade social, tal como aqui fica colocada, não diverge, no fundo, da OP, como limite da liberdade de fixação do conteúdo negocial. A utilidade social e a Ordem Pública correspondem ambas às coordenadas fundantes da ordem social vigente.

Assim perspectivada, a exigência da “dignidade de protecção legal”, referida no art. 398º CC a propósito da prestação, revela uma transferência juscultural do código italiano a que uma certa proximidade ideológica e de regime político não terá sido totalmente estranha e funciona como concretização da exigência de não contrariedade à Moral e à OP consagrada no art. 280º CC.

**79. A Doutrina dos Elementos do Negócio Jurídico e o Processo Substantivo: Elementos Essenciais, Naturais e Acidentais**

É tradicional, em Direito Civil, classificar o conteúdo do nj em 3 classes de elementos: essenciais, naturais e acidentais.

Elementos essenciais são, por um lado, aqueles sem os quais o nj não existe ou não tem validade e, por outro lado, aqueles que determinam qual o seu tipo. Incluem os pressupostos e requisitos do nj, tais como a capacidade e a legitimidade das partes, o mútuo consenso e o objecto possível.

Elementos naturais são, na doutrina tradicional, “os efeitos que eles produzem sem necessidade de estipulação correspondente, mas podem ser excluídos por cláusula em contrário” os “que se produzem por força das disposições legais supletivas que “constituem direito meramente dispositivo”.

Elementos acidentais são as cláusulas ou estipulações negociais que, não sendo indispensáveis para caracterizar o tipo abstracto do negócio ou para individualizar a sua entidade concreta, não se limitam a reproduzir disposições legais supletivas, antes se tornam necessárias para que tenham lugar os efeitos jurídicos a que tendem (as chamadas cláusulas acessórias dos nj’s).

Do ponto de vista lógico jurídico, esta classificação é incorrecta e equívoca. Esta incorrecção e equivocidade vem, desde logo, do facto de os elementos essenciais a todos os negócios serem requisitos de existência e de validade do negócio, enquanto os elementos essenciais ao tipo respeitam ao seu conteúdo e correspondem à listagem das notas definitórias indispensáveis à subsunção do negócio a um tipo contratual legal.

Os elementos essenciais, afastado o que neles são pressupostos ou requisitos de existência e validade do nj, designam as características “sine quibus non” do conceito definitório de cada tipo de negócio. Trata-se, segundo a doutrina tradicional, das características cuja verificação é necessária e suficiente para a qualificação do negócio como de certo tipo, e cuja falta exclui essa qualificação. Num processo conceptual subsuntivo, os elementos essenciais fixam os limites da qualificação.

Os elementos naturais designam o direito dispositivo do tipo, todas as características que são inerentes ao tipo e que, conjuntamente com os elementos essenciais, constituem o seu tipo jurídico estrutural.

Existe uma ligação funcional entre os elementos essenciais e os naturais: verificada a existência de todos os elementos essenciais, entram em vigor os elementos naturais. Neste quadro é possível sustentar um dos dogmas do positivismo legalista: o de que, uma vez submida a estipulação negocial, tida como matéria de facto, ao conceito definitório da lei, entrariam em vigor, por força da lei, os efeitos que a lei lhe atribui. Opera-se assim uma cisão artificial entre estipulação e lei (que é inerente à doutrina dos elementos do negócio) que não deve ser aceite.

Os elementos acidentais definem-se por exclusão de partes. Designam tudo o que for estipulado e que não constitua elemento essencial ou natural. Para terem vigência, precisam de ser estipulados. Os elementos acidentais são o instrumento privilegiado para a construção dos negócios atípicos. São tradicionalmente considerados elementos acidentais típicos a condição, o termo e o modo. Os elementos acidentais atípicos são inseridos no negócio por estipulação das partes. O seu conteúdo e regime depende só e apenas da necessidade dos estipulantes.

**80. O Processo Tipológico: a Comparação, a Graduação, a Analogia e a Criação**

A doutrina dos elementos do nj pressupõe a adopção de um método conceptual para a determinação do conteúdo do negócio assente na prévia construção de uma definição legal do tipo negocial (elementos essenciais) de modo a permitir que a simples subsunção da estipulação negocial àquela definição ponha em vigor, como estatuição, o seu conteúdo típico (elementos naturais) ao qual poderão acrescer outros.

Este método tem acarretado para o exercício jurídico uma acentuada dificuldade em lidar com os contratos atípicos, sejam eles mistos ou puros. No caso dos contratos mistos de tipo múltiplo, a estipulação negocial das partes corresponde a mais de uma definição legal; no caso dos contratos mistos de tipo modificado, a estipulação negocial corresponde principalmente a uma definição legal. A subsunção da estipulação negocial à norma definitória falha, a subsunção fracassa, e a doutrina enfrenta então as dificuldades que são notórias na construção tradicional dos contratos mistos e da união de contratos.

**Num 1º momento**, a estipulação negocial deve ser comparada com os tipos negociais, quer legais quer extra legais. Não é necessário, e seria muito pouco prático, proceder a uma comparação exaustiva da estipulação com todos os tipos negociais.

Esta comparação permite discernir as semelhanças e diferenças que existam entre o caso e os tipos semelhantes. Semelhanças e diferenças que serão normalmente de diferentes intensidades. Quando o negócio for francamente típico, ele corresponderá a um só tipo negocial; quando for atípico misto terá semelhanças com mais de um tipo, quando for atípico puro, não terá semelhanças com qualquer tipo. Esta operação de comparação é necessária ainda que o negócio seja típico. O facto de o contrato ser típico não impede que no seu conteúdo se contenham estipulações que se afastem ou desviem do que é o seu regime jurídico típico.

**No segundo momento,** deve proceder-se à graduação da importância de semelhanças e diferenças que sejam apuradas na comparação. Estas semelhanças e diferenças e serão normalmente, de diferentes intensidades e relevâncias. Exemplo: a estipulação, por razões de amizade, de um desconto de metade do preço numa compra e venda, constitui um desvio que coloca o contrato numa posição intermédia entre o tipo da compra e venda e o da doação. No citado exemplo, há 2 desvios: o desconto no preço e o intuito desse desconto. Os critérios de ponderação são, no que respeita à compra e venda a equivalência económica que tipicamente deve haver entre o valor da coisa e o preço; na doação o intuito que deve ser afectivo, de liberalidade.

**O terceiro momento** é o da analogia que é um processo de concretização do direito por semelhança entre o caso e a norma. Segundo Kaufmann, a aplicação do Direito é radicalmente analógica; entre o caso e a previsão da norma nunca há perfeita igualdade, nunca há mais do que semelhança sendo que esta é algo de intermédio entre igualdade e desigualdade. No processo analógico, o regime jurídico do tipo é adaptado ao caso concreto em função das diferenças, mais exactamente, da relevância das diferenças. Por outro lado, as diferenças que existam entre o caso e o tipo, podem ter relevância em certos aspectos e não noutros. Assim, no caso da venda mista com doação, as diferenças são irrelevantes para o efeito de transmissão de propriedade, mas não o serão já em matéria de revogação por ingratidão.

**O quarto momento** é o da criação. Quando não exista regime semelhante que possa ser aplicado por analogia ao caso concreto, e haja a necessidade de encontrar uma disciplina para uma questão que não tenha sido estipulada, será necessário criar a solução, por integração, com base em princípios, cláusulas gerais ou standards (boa fé, equidade, bom pai de família). Na doutrina portuguesa, este processo de criação foi já proposto por Vaz Serra. Antunes Varela recorreu aos princípios que regem a integração de lacunas da lei (art 10º CC). Nos negócios de tipo modificado, o “pacto de adaptação” pode conter uma disciplina que seja típica de outro tipo, ou uma disciplina que seja atípica e que seja de tal modo nova que não encontre semelhança ou analogia possível ou relevante com alguma outra regulação já existente.

Para que seja necessário e legítimo recorrer à criação, é suficiente que o problema ou a questão suscitada seja, ela mesma, nova, no sentido de atípica, no sentido de não existir no arsenal da experiência jurídica um caso já resolvido. Quando a solução proposta pela analogia for ou resultar intoleravelmente injusta ou inadequada, deverá ser ensaiada uma solução criada para o caso do modo descrito, como se nenhuma possibilidade de analogia houvesse. As soluções propostas para o caso pela analogia pela criação devem depois ser comparadas e contrapostas, de modo a se conseguir o aperfeiçoamento e a afinação da analogia até que a solução por ela proposta deixe de sofrer os defeitos de injustiça ou inadequação.