

JOSÉ TAVARES, manifestamente impressionado por algumas hesitações patenteadas por COVIELLO¹¹⁸³ — autor italiano germanizado, muito influente, em Portugal, nas primeiras décadas do século XX, incluindo em autores como MANUEL DE ANDRADE — chega mesmo a argumentar desenhadamente contra a ideia de negócio jurídico¹¹⁸⁴.

Manteve-se, depois, uma certa oscilação terminológica¹¹⁸⁵, até que MANUEL DE ANDRADE popularizou a ideia de negócio jurídico¹¹⁸⁶. Nessa base, foi logo adoptada a categoria dos actos jurídicos em sentido estrito tal como, via ENNECCERUS/NIPPERDEY, ela foi firmada na justificação de motivos do BCB. Para ANDRADE, "...os *simples actos jurídicos*, embora eventualmente — ou até normalmente — concordantes com a vontade dos seus autores, não são todavia determinados pelo conteúdo desta vontade, mas directa e imperativamente pela lei, independentemente daquela eventual ou normal concordância. Nesse sentido se diz que os efeitos destes actos se produzem *ex lege* e não *ex voluntate*"¹¹⁸⁷.

IV. A concepção apontada da contraposição negócio/acto em sentido estrito surge como um arcaísmo: ela assenta no poder juridificador da vontade humana, o qual se manifestaria (apenas) no negócio. O abandono do dogma da vontade e as actuais doutrinas sobre as relações entre a vontade, o direito e o negócio¹¹⁸⁸ não permitem manter tal distinção nes-

jurídicos aqueles em que, como na ocupação ou no abandono duma coisa, apenas há um facto por que se revela ou manifesta a vontade". Quanto à recepção do negócio jurídico no Direito português, cf. FERRERA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, 1.º vol. (1990), 22 ss., nota 74 e PAULO MOTA PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico* (1995), 10 ss..

¹¹⁸³ NICOLA COVIELLO, *Manuale di diritto civil italiano* — Parte generale, 3ª ed. (1924), 317.

¹¹⁸⁴ JOSÉ TAVARES, *Princípios fundamentais* cit., 2, 375 ss.. No essencial, TAVARES contradita a ideia do negócio como "... a manifestação de vontade destinada a produzir consequências jurídicas, isto é, a fazer nascer, modificar ou extinguir uma relação jurídica" — *idem*, 377. Segundo explica, a vontade não poderia ser causa eficiente da produção de efeitos jurídicos.

¹¹⁸⁵ Por exemplo, BELEZA DOS SANTOS, *A simulação em Direito civil* 1 (1921), 3 ss., defende o negócio jurídico mas fala, de seguida, sempre em acto.

¹¹⁸⁶ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral* cit., 2, 8 ss..

¹¹⁸⁷ ANDRADE, *Teoria geral* cit., 2, 8 = MOTA PINTO, *Teoria geral*, 3ª ed. cit., 355. Cf. uma aplicação desta doutrina em STJ 9-Mai.-1995 (MARTINS DA COSTA), CJI/Supremo III (1995) 2, 66-68 (67-68), segundo o qual a resolução dum contrato é um "simples acto jurídico".

¹¹⁸⁸ Vide *infra*, 451 ss..

ses termos: no negócio como no acto há factos que, por voluntários, produzem efeitos *ex lege*.

As dificuldades no manuseio da categoria do negócio jurídico, quando contraposta à do acto em sentido estrito, filiam-se na particular técnica da elaboração periférica do Direito civil.

Ao contrário do que poderia parecer, o negócio jurídico não foi obtido pela pandectística através de classificações lógicas: ele desenvolveu-se na base de abstrações praticadas a partir de traços concretos e impressivos retirados do regime de várias figuras. É porque assim foi, o negócio jurídico não esgotou o universo dos actos jurídicos em sentido amplo; nem sequer foi, nele, recortado, em obediência a preocupações lógicas ou sinérgicas.

Os actos jurídicos em sentido estrito são, inicialmente, apenas todos os que se não possam reconduzir a negócios. Foi, depois, necessário todo um esforço de recuperação científica para, sem destruir os avanços já conseguidos, reconduzir a distinção a critérios lógicos.

V. Nesta linha, pode ser recuperada a solução de PAULO CUNHA. A presença de liberdade de estipulação, para além de dar um critério claro que assimila a maioria das situações já antes arrumadas no mundo dos negócios ou no dos actos, faculta ainda um arrimo útil, de evidente relevo dogmático: as regras aplicáveis ao negócio e ao acto jurídico são diferentes, uma vez que a liberdade de estipulação, simples no conteúdo e, sobretudo, nas consequências, conduz à aplicação de múltiplas normas e princípios jurídicos.

Mas a relevância do negócio jurídico transcende os aspectos técnicos referidos: expressão acabada da autonomia privada, o negócio jurídico compreende, em si, os vectores mais significativos do Direito civil¹¹⁸⁹.

137. Negócios jurídicos, vontade e Direito; teorias e posição adoptada

I. A posição fulcral que o negócio jurídico ocupa no domínio privado suscita problemas que transcendem os níveis técnicos mais imediatos: vêm bulir com temas profundos da Ciência do Direito. Acresce ainda

¹¹⁸⁹ Podem, ainda, efectuar-se claras conexões significativo-ideológicas entre o negócio jurídico, a concorrência e, daí, a economia do mercado — cf. ERNST-JOACHIM MEST-MÄCKER, *Über das Verhältniss der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht*, AcP 168 (1968), 235-262 (235).

que o negócio jurídico é uma questão relativamente recente — na prática ela data do 3.º volume do *System*, de SAVIGNY (1840) — e que a discussão em seu torno cessou prematuramente.

Particularmente em foco fica a problemática das relações existentes entre o negócio jurídico, a vontade e o Direito. As doutrinas explicativas desse inter-relacionar, que se adivinha complexo, não relevam da menção construção expositiva: elas assumem um papel particular no que toca à determinação de vários efeitos práticos, pela sua projecção no pré-entendimento do intérprete-aplicador e pela sua actuação na interpretação da lei e na integração das lacunas.

II. Na explicação para o articular entre o negócio jurídico, a vontade e o Direito têm sido apresentadas várias teorias, das quais importa ponderar quatro ¹¹⁹⁰; assim, o negócio tem sido tomado como:

- um acto de vontade dirigido a certos efeitos, produzidos porque queridos;
- um acto de vontade tendente a um fim protegido pelo ordenamento;
- um acto de auto-regulamentação de interesses;
- um acto de autonomia privada, a que o Direito associa a constituição, a modificação e a extinção de situações jurídicas.

A primeira orientação é tradicional e liga-se ao dogma da vontade savignyano e pandectístico. A vontade humana teria uma capacidade intrinsecamente juridificadora: ela actua e como produto dessa actuação surge a eficácia, que o Direito se limita a reconhecer ¹¹⁹¹. O negócio jurídico identifica-se com a declaração e os efeitos jurídicos provocados são — por a vontade os pretender ¹¹⁹², por isso, e em termos algo impor-

¹¹⁹⁰ Esta matéria conheceu um aprofundamento especial, nos finais do século XX e em Portugal, graças aos estudos de FERREIRA DE ALMEIDA e de PAULO MOTA PINTO; desses Autores cf., respectivamente, *Texto e enunciado* cit., 1, 69 ss. e *Declaração tácita* cit., 18 ss.

¹¹⁹¹ Cf. WINDSCHEID/KIPP, *Pandekten*, 9ª ed. cit., 1, 310-311, com largas indicações bibliográficas. Vide FRANCESCO FERRARA, *Teoria dei contratti* (1940), 37, ERNST KRAMER, *Grundfragen der vertraglichen Einigung* (1972), 43, FLUME, *Allgemeiner Teil*, 2, 4ª ed. cit., 25, e LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9ª ed. cit., 435 ss., bem como as importantes considerações de JULIUS BINDER, *Wille und Willensbetätigung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts*, ARSP 5 (1911/12), 266-282 e 6 (1912/13), 96-108 e 451-475 (5, 269 ss.).

¹¹⁹² Além dos citados e quanto a este ponto, vide MANIGK, *Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte* (1901), 4 ss., 54 e 224 ss.

tantes, esta orientação aparece ainda referida como a teoria dos efeitos jurídicos ¹¹⁹³.

A tese em causa claudica perante algumas considerações muito simples, de feição jurídico-filosófica e técnico-jurídica ¹¹⁹⁴.

Em termos jurídico-filosóficos, tudo repousa no dogma da vontade e na pretensão ingénua de que a vontade humana produz, por si, efeitos de Direito. Não é assim: o Direito surge do exterior, impondo-se às pessoas; a juridicidade deriva do sistema e não das consciências, numa posição antropológicamente demonstrável e rica em consequências.

Num prisma prático, a orientação em análise conduz a resultados inconvenientes. Nenhuma vontade, por esclarecida que seja, pode, quando da manifestação negocial, ponderar e querer todos os efeitos jurídicos que, daí, derivem ou venham a derivar. Mesmo juristas experientes ver-se-ão impossibilitados de seguir, até ao fim, uma eficácia negocial em progresso caleidoscópica. E quando o negócio seja celebrado por um leigo, fica, por maioria de razão, prejudicada a via de descortinar, nele, efeitos queridos pelo declarante, e porque o sejam. Todo o tráfego negocial ficaria, perante esta leitura, gravemente comprometido.

III. A segunda orientação procura corrigir alguns dos óbices acima apontados. Desta feita, a juridificação dos efeitos ocorre não mercê da vontade humana individual — no que mais não seria do que uma manifestação tardia do dogma da vontade — mas em consequência de uma protecção abstractamente conferida pelo Direito ao programa básico do declarante: na medida em que a vontade humana integre tal via protegida pelo ordenamento, desencadear-se-iam os efeitos jurídicos ¹¹⁹⁵.

Na verdade, evita-se desta forma a crítica que resulta da utilização do dogma da vontade. Mantém-se, contudo, os obstáculos de ordem prática: em caso algum poderá, com realismo, defender-se a presença de uma vontade suficientemente recortada para pretender todos os fins protegidos pelo Direito e que o negócio vai, de facto, proporcionar. Na generalidade

¹¹⁹³ Assim, MOTA PINTO, *Teoria geral*, 3ª ed. cit., 380.

¹¹⁹⁴ Cf., para maiores desenvolvimentos, FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado*, *passim*, com síntese, 1, 114 ss.

¹¹⁹⁵ ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituições de Direito Civil*, trad. port. de ARY DOS SANTOS, 1 (1934), 244. Trata-se duma orientação comum entre os autores que mantêm a fórmula savignyana, despidida do dogma da vontade; cf. LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9ª ed. cit., 438 ss. Entre nós vide MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral* cit., 2, 8, MOTA PINTO, *Teoria geral*, 3ª ed. cit., 355 e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Autonomia da vontade* cit., 11.

das hipóteses, em que os negócios jurídicos são celebrados por pessoas sem formação jurídica, pode mesmo adiantar-se que apenas existe uma ideia mais ou menos vaga dos objectivos a prosseguir.

IV. A terceira orientação — portanto: a da auto-regulamentação de interesses —, defendida por BETTI 1196 e, entre nós, por DIAS MARQUES 1197 tem um certo sabor normativista, de tipo kelseniano: seguindo uma pirâmide de normas, cujos níveis se iriam justificando mútua e sucessivamente; surgiria, na base, o simples negócio, capaz de regular interesses, como qualquer norma 1198. Tratando-se de uma regulação providenciada pelo próprio, apenas este poderia sofrer-lhe as consequências: donde a ideia de auto-regulamentação.

Estamos, sem dúvida, perante uma fórmula científica e bem conseguida: ela levanta, no entanto problemas diversos, que não a recomendamos. Como fórmula, ela deixa na sombra a origem do “poder de regulamentação”, facultando, pelo silêncio, brechas ao dogma da vontade. Enquanto referência a interesses, ela remete para uma noção que não define e que pode mesmo mostrar-se perniciosa: afinal, na ausência de interesse (objectivo ou subjectivo), ainda poderá haver negócio se a pessoa o quiser e o Direito o facultar. E ao mencionar a “regulamentação”, ela apela para uma ideia de norma que o negócio — em regra — por falta de generalidade, não pode proporcionar.

Finalmente, também a ideia de regulamentação própria suscita dúvidas: é tendência actual o admitir uma eficácia jurídico-negocial que transcenda o círculo estreito das partes, de que o exemplo mais claro é o contrato a favor de terceiro — artigos 443.º e seguintes. E atine-se, como faz FERRI, no testamento: trata-se de um importante negócio jurídico que, por definição, não regula os interesses do seu autor.

Censura-se ainda, a esta orientação, o não permitir distinguir os negócios dos actos jurídicos em sentido estrito: trata-se de uma contraposição útil, rica em consequências, que não se deve perder. Esta censura depende, naturalmente, do que se entenda por acto jurídico em sentido estrito. Algumas distinções são, de facto, atingidas. Mas não o cerne da nossa posição, na tradição de PAULO CUNHA: na falta de liberdade de estipulação, já não há verdadeira auto-regulamentação de interesses.

1196 EMILIO BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* (1943), 44.

1197 DIAS MARQUES, *Teoria geral* cit., 2, 27 ss.

1198 Cf. LUIGI FERRI, *Nozione giuridica di autonomia privata*, RTDPC 1957, 129-200 (195 ss.).

V. Resta, por tudo isto, a hipótese de considerar o negócio jurídico como um acto de autonomia privada, a que o Direito associa a constituição, a modificação e a extinção de situações jurídicas. Mas dentro dessa categoria, o negócio distingue-se ainda por, como foi visto, implicar liberdade de celebração e liberdade de estipulação.

Esta fórmula deixa claro que a jurídica positividade do negócio jurídico advém do Direito, que institui, regula e defende a autonomia privada. Os efeitos concretamente verificados são, no entanto, os indicados pelas partes, através das suas declarações.

Como acto (amplo) humano, o negócio jurídico tem uma estrutura final 1199, o declarante pretende a verificação de um certo efeito jurídico e pauta a sua actividade em função desse escopo 1200. A vontade deve ser dirigida ao efeito pretendido, enquanto jurídico: quem compra, por exemplo, quer tornar-se proprietário e por via jurídica. Para além de razões de ordem jurídico-positiva (o Direito português atribui relevância jurídica ao erro e à falta de consciência da declaração), abaixo estudadas, existe um motivo fundamental: ao reconhecer a autonomia privada, é de facto desta que se trata, em sentido próprio: as opções das pessoas produzem os efeitos por elas pretendidos. Doutra modo, não haveria verdadeira autonomia: tudo não passaria de um logro linguístico.

Quando se pergunta, depois, até onde deve ir a vontade de certos efeitos, para que eles se manifestem e designadamente, se é necessário que o autor da declaração preveja e pretenda alguns, muitos ou todos os efeitos que se vão produzir, coloca-se já uma questão diversa: a do regime aplicável ao negócio jurídico 1201. Não oferecerá dúvidas proclamar, à partida, que, perante um negócio jurídico, nem toda a liberdade de estipulação reconhecida pelo Direito tem, de modo necessário, de ser exercida: bastará

1199 A ideia impõe-se de tal modo que ela surge em clássicos como ALFRED MAWICK, *Das rechtswirksame Verhalten* cit., o qual, ultrapassando os finalistas, chega mesmo a proclamar a distinção entre negócio e delito como assentando na natureza final do primeiro e causal do segundo.

1200 Vide LARENZ/WOLFF, *Allgemeiner Teil*, 9ª ed. cit., 394, aceitando expressamente esta estrutura formal, ainda que com textos diversos dos da 8ª ed.

1201 Vale a pena registar uma sugestiva afirmação de BINDER, *Wille und Willensklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts* cit., 5, 266: “A questão de qual o significado assumido pela vontade do declarante na previsão normativa do negócio jurídico não é nem uma questão da Filosofia do Direito, nem uma questão de Psicologia; antes é, exclusivamente, uma questão de Ciência do Direito positivo”. Tenha-se presente que BINDER foi um nome importante da Filosofia do Direito, tendo sido um dos pensadores que asseguraram a transição do neo-kantismo para o neo-hegelianismo.

que o declarante faça as opções fundamentais com consciência: o Direito tratará do resto.

A vontade negocial deve abranger os efeitos — variáveis consoante o tipo de negócio considerado — fundamentais, podendo os demais ficar a cargo de regras supletivas. É da mesma forma — já que a autonomia tem limites — deve entender-se que em certos negócios, se provoca a aplicação de normas injuntivas, que o declarante não pode afastar. Por razões de coerência, os efeitos assim desencadeados não podem, contudo, assumir natureza negocial; a vontade opera, perante eles, como um facto jurídico em sentido estrito, ainda que funcionalmente subordinado a um negócio em sentido próprio.

VI. O fundamento do reconhecimento e da tutela do negócio jurídico não pode ser visto, apenas, na autonomia privada. Fora esse o caso, o “negócio” cessaria logo que o declarante mudasse de opinião. Na verdade, o Direito tutela (e cristaliza) o negócio jurídico pela necessidade de proteger a confiança que ele suscita nos destinatários e, em geral, nos participantes na comunidade jurídica. Tendo, voluntariamente, dado azo ao negócio, o declarante não pode deixar de ser responsabilizado por ele.¹²⁰²

138. Os problemas postos pela sistematização do Código Civil

I. A sistematização adoptada pelo Código Civil, nas matérias que, de modo directo, se prendam com o negócio jurídico, levanta alguns problemas. O Código Civil, seguro da sua opção doutrinária pela terceira sistemática, não teve dificuldades ou dúvidas em adoptar a figura do negócio jurídico, à qual consagrou múltiplas e operosas disposições — artigo 217.º e seguintes. Mas não abdicou totalmente da velha categoria, menos analítica e elaborada, mas ainda abstracta, dos contratos — artigos 405.º e seguintes.¹²⁰³

1202 Cf. LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9.ª ed. cit., 444 ss. Sobre toda esta problemática cumpre acusar a densa investigação de ALESSANDRO SOMMA, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale/Aspetti storico-comparativi di una vicenda contrattuale* (2000).

1203 Cf. *infra*, 551 ss. e 594, diversos aspectos desta junção, no mesmo Código, mas separadamente, de aspectos gerais do “negócio” e do “contrato”.

A matéria ainentemente aos negócios jurídicos foi inserida no Livro I do Código Civil — a discutível Parte geral, que antecede todo o Direito civil. A dos contratos, no entanto, em vez de surgir integrada no capítulo dedicado aos negócios, como uma subcategoria, ainda que de particular relevo, transitou para a Parte II, relativa ao Direito das obrigações.

Separou-se, pois, o que aparenta dever estar lado a lado. Os resultados são deste tipo: se se pretender seguir a formação dos contratos, há que recorrer aos artigos 224.º e seguintes; mas a sede de autonomia negocial reside no artigo 405.º.

II. Os contratos surgem explicitamente, no sistema do Código, no Livro II — Direito das obrigações. E aí dentro, operam ainda como “fontes das obrigações”.

Verifica-se, no entanto, que o contrato, como figura muitas vezes negocial e de âmbito alargado, pode actuar como fonte de outras figuras e, designadamente, como *fonte de direitos reais*, como resulta do artigo 1316.º¹²⁰⁴. O Livro II, nessa área como noutras, funciona assim como *Parte geral*, perante outras zonas do Código, numa situação sem dúvida anómala, quando se atente na existência, nesse mesmo diploma, de uma parte expressamente apelidada de geral.

O estudo do negócio jurídico obrigará, em certas ocasiões, a abandonar os estritos quadros do Livro I do Código Civil. No fundo, surge aqui mais uma consequência inconveniente da aceitação, pelo legislador de 1966, da repartição pandectística das matérias, com parte geral e da adopção, nessa mesma ocasião, da técnica, já superada, da relação jurídica.

III. A feição aparentemente desfocada que nos apresenta o Código Civil, ao usar as categorias “negócio jurídico” e “contrato” explica-se pela História, com recurso à teoria evolutiva dos sistemas. No Direito romano imperava uma ideia de tipicidade dos contratos¹²⁰⁵; estes vinculavam pela ocorrência das respectivas configurações. O Direito alemão antigo introduziu a ideia da lealdade à palavra. Num refluxo românico, os glosadores

1204 O artigo 1316.º refere-se explicitamente ao direito de propriedade; não oferece dúvidas, no entanto, a sua extensão. Vide, aliás, os artigos 1440.º (usufruto), 1528.º (superfície) e 1547.º/1 (servidões). O artigo 1417.º/1 (propriedade horizontal), em nova demonstração de interpenetração linguística de massas jurídico-culturais derivadas de períodos históricos distintos, fala em “negócio jurídico”.

1205 Sobre toda esta matéria cf. KLAUS-PETER NANTZ, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffen im 16. bis 18. Jahrhundert* (1985), 6 ss.

propugnaram a teoria da *vestitura (pactum vestitum)*¹²⁰⁶, complementada por fundamentos teológicos canónicos¹²⁰⁷. Os *nuda pacta* filiam-se no humanismo, aprofundados pelo Direito natural¹²⁰⁸. Em PUFENDORF, a matéria assumiria uma postura central¹²⁰⁹.

Pois bem: o contrato corresponde à evolução periférica do tema, com base romana e objecto de abstrações humanistas; o negócio advém do racionalismo, sendo acolhido, com a parte geral, pela pandectística. A obtenção do conceito de negócio implica deduções lógicas: tal o exercício a que nos temos vindo a dedicar. Já o contrato tem derivação histórica mais marcada.

A presença, no Código Vaz SERRA, dos dois instrumentos – contrato e negócio – tem origem na história dos sistemas. Resta acrescentar que, mau grado os inconvenientes assinalados, ela tem grande interesse dogmático. Num estudo sistemático do Direito civil, que principie pela parte geral, haverá que privilegiar a abordagem “negócio jurídico”. É possível, todavia, inverter o processo, principiando pelo contrato: nessa linha, cumpre apontar as obras importantes de INOCÊNCIO GALVÃO TELLES¹²¹⁰ e de CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA¹²¹¹.

Ação

¹²⁰⁶ NANZ, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffen* cit., 31 ss.

¹²⁰⁷ *Idem*, 46 ss.

¹²⁰⁸ *Idem*, 65 ss. e 135 ss.

¹²⁰⁹ *Idem*, 149 ss.

¹²¹⁰ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, 2002.

¹²¹¹ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I – Conceito, fontes, formação*, 2ª ed., 2003.

§ 33.º MODALIDADES DE NEGÓCIOS JURÍDICOS

139. Negócios unilaterais e multilaterais ou contratos

I. O negócio diz-se unilateral quando tenha uma única parte; é unilateral ou contrato quando, pelo contrário, se assuma como produto de duas ou mais partes¹²¹².

Na sua simplicidade, esta contraposição levanta dúvidas quando se pretenda desenvolvê-la em termos científicos. A ideia de *parte* não equivale à de pessoa: num negócio – unilateral ou multilateral – várias pessoas podem encontrar-se interligadas, de modo a constituir uma única parte.

Aproximar a ideia de parte da de declaração corresponde já a uma base mais promissora; dir-se-á, então, que nos negócios unilaterais há uma única declaração – ainda que eventualmente feita por diversas pessoas – enquanto nos multilaterais as declarações são várias¹²¹³. Verifica-se, no entanto, que distintas declarações podem dar azo a um mero negócio unilateral, desde que se encontrem ordenadas de modo paralelo: as declarações contratuais, teriam, assim, de ser contrapostas.

Trata-se, pois, de esclarecer a ideia de contraposição, quando aplicada a declarações negociais. Uma via seria a de aproximar a contraposição da multiplicidade de interesses opostos ou, pelo menos, divergentes: no contrato, eles seriam vários, enquanto no negócio unilateral, o interesse surgiria único, ainda que compartilhado por várias pessoas. A referência feita a interesses dá uma base extrajurídica à distinção agora em análise, numa explicitação que não deve ser ignorada. Mas há dificuldades quando,

¹²¹² Normalmente, serão duas, pelo que o contrato é, por vezes, considerado como um *negócio bilateral*; podem, porém, ser mais de duas: tal sucederá com frequência no contrato de sociedade.

¹²¹³ Cf. LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9ª ed. cit., 403 ss.

Na hipótese de várias pessoas fazerem uma única declaração – ou algo que, desta, materialmente possa ser aproximado – teríamos um acto conjunto (*Gesamtakt*); cf. LARENZ/WOLF, *idem*, 404.

del. unilater
negocio - unilater

unilateral

dos interesses, se pretenda retirar um critério firme de distinção. Pode suceder que os vários intervenientes num negócio unilateral tenham, sem prejuízo pela sua posição comum, interesses objectiva e subjectivamente diversos¹²¹⁴.

Estas dificuldades são típicas da metodologia conceptual: apenas uma renovação mais profunda permitirá superá-las.

II. A distinção entre negócios unilaterais e contratos não pode repouso em apregoadas diferenças genéticas — número de pessoas, de declarações ou de interesses — mas sim nos efeitos que venham a ser desencadeados:

- nos negócios unilaterais, os efeitos não diferenciam as pessoas que, eventualmente neles tenham intervindo¹²¹⁵; por isso — e ainda que não de modo fatal — tende, neles, a haver uma única pessoa, uma única declaração ou um único interesse; a inexistência de tratamentos diferenciados permite, em termos formais, considerar no seu seio a presença de uma única parte: apenas se distingue a situação desta da dos restantes — os terceiros;
- nos contratos, os efeitos diferenciam duas ou mais pessoas, isto é: fazem surgir, a cargo de cada interveniente, regras próprias, que devam ser cumpridas e possam ser violadas independentemente umas das outras; em moldes formais, há mais de uma parte; e em consequência, tendem a surgir várias declarações, várias pessoas e vários interesses.

Repare-se que a diferenciação de tratamentos presente nos contratos não pode ir tão longe que impeça uma convergência entre elas: há um regime conjunto, que absorve as posições em presença, originando, em regra, situações jurídicas plurissubjectivas complexas.

Assim, por exemplo:

- são unilaterais: o testamento — artigo 2179.º/1 — a renúncia — artigo 1476.º/1, e) 1216 — ou a confirmação 1217 — artigo 288.º;

¹²¹⁴ Cf. parcialmente contra: CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral* cit., 2, 3.ª ed., 57.

¹²¹⁵ Pode, depois, haver diferenciação entre elas; mas elas devem resultar não do próprio negócio unilateral em si, mas de outros factores.

¹²¹⁶ Não há um dispositivo genérico relativo à renúncia; esta vem referida em artigos diversos, com base nos quais é possível um princípio geral — *vide*, por exemplo o artigo 1569.º/1, d).

¹²¹⁷ Alguns destes actos — e, para já, a confirmação — têm natureza não-negocial; por falta de liberdade de estipulação.

- são contratuais: a compra e venda — artigo 874.º — a doação — artigo 940.º — a sociedade — artigo 980.º — ou o casamento — artigo 1577.º.

III. Os negócios unilaterais completam-se, por definição, com a declaração que os consubstancia; dispensa-se qualquer anuência de outros intervenientes. Com especificidades, a doutrina comum apresenta a sua sujeição a um princípio da tipicidade: com base no artigo 457.º, entende-se que apenas seria possível celebrar os negócios unilaterais expressamente previstos na lei, não podendo, pois, compor-se tipos negociais novos, ao abrigo da autonomia privada¹²¹⁸. Um melhor estudo das fontes revela, no entanto, que a tipicidade é, tão-só, aparente: o legislador permitiu, através de vários esquemas que os interessados engendrem, negócios não tipificados em leis¹²¹⁹.

IV. Os contratos resultam do encontro de duas vontades, através duma proposta e da sua aceitação.

Dentro dos negócios contratuais, importa, pelo seu relevo, referenciar as seguintes subdistinções:

- *contratos sinalmáticos e não sinalmáticos*, consoante dêem lugar a obrigações recíprocas, ficando as partes, em simultâneo, na situação de credores e devedores ou, pelo contrário, apenas facultam uma prestação; alguma doutrina chama ainda, aos contratos sinalmáticos e não sinalmáticos, respectivamente, bilaterais e unilaterais¹²²⁰, tal terminologia é, contudo, deficiente¹²²¹; todos os contratos são, no mínimo, bilaterais — por terem mais de uma parte — sendo menos correcto utilizar depois esses mesmos termos com outro significado;

- *contratos monovinculantes e bivalentes*, conforme apenas uma das partes fique vinculada ou ambas sejam colocadas nessa situação; esta classificação não se confunde com a anterior: um contrato

¹²¹⁸ Cf. MOTA PINTO, *Teoria geral*, 3.ª ed. cit., 388.

¹²¹⁹ Cf. *Direito das obrigações* cit., 1, 560 ss.. O nosso pensamento evoluiu, desde então, para uma ideia de tipicidade imperfeita: lado a lado surgem tipos de dimensão muito variada, aproximando-se, alguns, de verdadeiros conceitos abstractos.

¹²²⁰ A própria lei utiliza, por vezes, essa nomenclatura; cf. o artigo 410.º/2 do Código Civil, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 379/86, de 11 de Novembro.

¹²²¹ A mesma deficiência poderia ser apontada quando esta designação obrigasse o que abaixo vem designado como contratos monovinculantes e bivalentes.

pode ser sinalagmático, isto é, implicar prestações correlativas e não obstante, apenas uma das partes se encontrar vinculada à sua efectivação; assim, no *contrato-promessa "unilateral"* – artigo 411.º – há sinalagma uma vez que a sua concretização, através do contrato-definitivo, exige declarações de *ambas* as partes: mas apenas uma das partes deve prestar, se a outra quiser e esta presta quando quiser e caso queira que a outra preste.

140. Negócios conjuntos e deliberações

I. A classificação acima efectuada, entre negócios unilaterais e multilaterais ou contratos, atende ao número de partes envolvidas. Como, porém, então foi referido, um negócio pode envolver duas ou mais pessoas sem que de diversas partes se possa falar, por indiferenciação dos efeitos. Trata-se de um aspecto a aprofundar e que propicia novas distinções.

Quando, não sendo um contrato, um negócio jurídico implique várias pessoas, pode falar-se em negócio plural.

Há, então, duas possibilidades:

- o negócio conjunto: várias pessoas são titulares de posições jurídicas que só podem ser actuadas no seu conjunto, por todas elas; por exemplo, vários proprietários propõem uma denúncia do arrendamento da coisa comum 1222;
- a deliberação: várias pessoas são titulares de posições jurídicas confluentes que podem, no entanto, ser actuadas em sentido divergente, prevalecendo, então, a posição da maioria 1223; este esquema é habitual no domínio da formação orgânica da vontade depois imputada a pessoas colectivas – associações e sociedades – mas pode surgir independentemente desse tipo de personalização; assim

1222 Cf. VON TUHR, *Allgemeiner Teil* cit., 2, I, 231 e ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil* cit., 2, 911: os *Gesamtakte* que melhor traduzidos ficam por negócios conjuntos do que – como já sucedeu entre nós – por negócios plurais; esta última categoria pode, aliás, ser usada com mérito para traduzir a figura global da pluralidade não contratual de pessoas.

1223 Trata-se de uma ideia de VON TUHR, *Allgemeiner Teil* cit., 2, I, 232, que faria careira; assim, ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, 15ª ed. cit., 2, 911-912, STRAUßINGER/WEICK, *BGB*, 13ª ed., § 32 (1995), Nr. 37 (178-179) e LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9ª ed. cit., 406-408. Com mais elementos cf. o *Manual de Direito das sociedades* cit., I, 613 ss.

sucede no campo das associações sem personalidade jurídica ou das comissões especiais ou no da propriedade horizontal – artigo 1432.º/2, do Código Civil.

A contraposição acima efectuada coloca múltiplos problemas que só podem ser resolvidos em cada caso concreto, perante os dados aplicáveis do Direito objectivo. Por exemplo, o regime da invalidade das deliberações sociais segue regras próprias, previstas no CSC – artigos 56.º e seguintes – que não coincidem com as do negócio comum. Basta ver que não é possível impugnar uma deliberação por erro de um dos votantes. Razões de tutela de confiança, muito ponderosas, levam a uma forte objectivação das deliberações, particularmente quando sociais.

II. O negócio conjunto pode implicar vontades manifestadas em simultâneo ou sucessivamente, mas todas regidas pelas mesmas normas jurídicas, de modo a conseguir um determinado efeito. Quando elas integrem normas diversas – correspondendo, portanto, a regimes diferenciados – não cabe falar em negócio conjunto: antes ocorrem vários actos autónomos, ainda que conectados. Tal será o caso do acto sujeito a autorização, a qual se analisa, também, num acto jurídico: ambos os actos ficam interligados, conservando, porém, uma independência substancializada em regimes autónomos.

O fenómeno da conexão – a não confundir com o da pluralidade – pode ainda dar lugar a outras distinções. Assim, pense-se em conexões paritárias, subordinadas ou condicionantes, consoante o tipo de relação que se estabeleça entre os actos em presença. Caso particular de conexão é a processual: vários actos surgem articulados numa sequência para a obtenção de um fim.

III. Questão delicada é a da distinção entre negócio conjunto e a deliberação quando, para certa eficácia, se requiera uma concordância unânime dos membros de uma assembleia. Nessa eventualidade, em termos materiais, o negócio seria conjunto: cada participante teria, só por si, o direito de facultar a decisão comum. Porém, em moldes formais, tende a falar-se em deliberação, uma vez que a situação em causa vai encadear-se num todo onde avultam as deliberações propriamente ditas.

Trata-se de mais uma manifestação do dilema lógica-cultura que domina o universo jurídico.

141. Negócios *inter vivos* e *mortis causa*

I. Numa primeira abordagem, os negócios *inter vivos* destinam-se a produzir efeitos em vida dos seus celebrantes. Os negócios *mortis causa*, pelo contrário, manifestar-se-iam apenas depois da morte do seu autor. Esta simplicidade não satisfaz.

As partes, ao abrigo da sua autonomia privada, podem estipular que os seus negócios produzam efeitos com a morte de alguma delas. Não obstante, o negócio é *inter vivos* por assentar num tipo de regulação primordialmente destinado a reger relações entre vivos. Assim sucede com o contrato de seguro de vida, que produz efeitos com a morte do segurado.

O verdadeiro negócio *mortis causa* é intrinsecamente concebido pelo Direito para reger situações jurídicas desencadeadas com a morte de uma pessoa. Em termos práticos, ele é regulado pelo Direito das sucessões¹²²⁴. De novo há, pois, que partir dos efeitos, para explicar esta contraposição.

II. Como exemplos de negócios *mortis causa* ocorrem o testamento – artigo 2179.º – e os pactos sucessórios – artigos 1700.º e seguintes. A generalidade dos negócios é *inter vivos*.

A distinção tem um particular relevo, no tocante aos regimes aplicáveis. O negócio *mortis causa* não tem preocupações de equilíbrio, uma vez que surge como liberalidade, e assenta no valor fundamental da vontade do falecido – o *de cuius*. Na mesma linha, ele não envolve, de modo geral, um problema de confiança dos destinatários que, por isso, careçam de protecção. Implica, assim, regras próprias de interpretação e de aplicação, estranhas à generalidade dos negócios.

142. Negócios formais e consensuais

I. No antigo Direito romano, os negócios eram dominados pelo formalismo: a sua celebração só era reconhecida, pelo Direito, como válida, quando fossem observados determinados rituais exteriores.

Uma longa evolução posterior, iniciada ainda no próprio Direito romano, veio antes valorizar a vontade, em detrimento da forma exterior.

¹²²⁴ Por isso, certos autores como LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9.ª ed. cit., 409-410, referem esta contraposição a propósito dos negócios sucessórios, lado a lado com os obrigacionais, os reais e os familiares.

Impôs-se, assim, o consensualismo, isto é, o princípio de que os negócios se concluem pela simples manifestação de vontade, seja qual for o modo por que ela se exteriorize.

O Direito português recebeu esta evolução, consagrando o consensualismo negocial: segundo o artigo 219.º do Código Civil, os negócios só requerem uma forma especial quando a lei o exigir¹²²⁵.

II. Nestes termos, compreende-se a contraposição entre negócios formais e consensuais.

São consensuais os negócios que, por não cáírem sob a estatuição de normas cominadoras de forma especial, sejam susceptíveis de conclusão por simples consenso. São formais os negócios para cuja conclusão a lei exija determinado ritual na exteriorização da vontade.

As regras que, ainda hoje, impõem a categoria dos negócios formais, colocam-se um tanto ao arreio de uma evolução milenária, levantando dúvidas e perplexidades na sua justificação. O tema será abordado a propósito da formação dos negócios¹²²⁶.

143. Negócios reais *quoad constitutionem*; negócios sujeitos a registo constitutivo

I. Negócios reais são aqueles cuja celebração dependa da tradição de uma coisa¹²²⁷; aos negócios reais, nesta acepção, chama-se ainda reais *quoad constitutionem*, como modo de os distinguir dos negócios também ditos reais, mas por terem eficácia real – reais *quoad effectum*.

O Direito português vigente reconhece alguns negócios reais (*quoad constitutionem*): o penhor – artigo 669.º/1 “O penhor só produz os seus efeitos pela entrega da coisa empenhada...” –, o comodato – artigo 1129.º, “Comodato é o contrato gratuito pela qual uma das partes entrega à outra certa coisa...” –, o mútuo – artigo 1142.º, “Mútuo é o contrato pelo qual uma das partes empresta à outra dinheiro ou outra coisa fungível...” –, e depósito – artigo 1185.º, “Depósito é o contrato pelo qual uma das partes entrega à outra uma coisa, móvel ou imóvel...”.

¹²²⁵ RP 16-Fev-1998 (GONÇALVES FERREIRA), CJ XXIII (1998) 1, 213-217 (216ff), com uma interessante aplicação.

¹²²⁶ Cf. *infra*, 565.

¹²²⁷ Em Direito, diz-se *tradição* a entrega de uma coisa, de modo a transferir a sua posse; vide o artigo 1263.º b), do Código Civil.

Trata-se de uma categoria românica, que não desempenha hoje uma clara função útil 1228. A exigência de tradição não pode ser assimilada à forma do competente negócio: não há, na entrega duma coisa, qualquer manifestação de vontade negocial, minimamente identificável como correspondendo ao tipo de penhor, do comodato, do mútuo ou do depósito. Por isso, ela deve ser considerada como uma simples formalidade, a acrescentar à forma propriamente dita, que poderá ou não ser exigida para as declarações relativas a negócios formais 1229.

II. A natureza anquilosada dos negócios reais *quoad constitutionem* coloca a questão de saber se as partes não poderão vincular-se, independentemente da tradição, nos termos que, em princípio, seriam propiciados por eles. Deixando de parte o penhor, que por estar ligado a um direito real de garantia, obedece a princípios diferentes, que restringem o domínio da autonomia privada, pergunta-se se pode haver, ao lado dos comodatos, mútuos e depósitos reais, ou seja, perfeitos com o acordo das partes.

Entre nós, respondem pela afirmativa VAZ SERRA 1230 e MOTA PINTO 1231 numa posição que tem vindo a colher apoios alargados na doutrina e na jurisprudência 1232. Uma resposta negativa ocorre em ANTUNES VARELA 1233.

1228 Cf. MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual* (1970), 11-13; vide T. SÜSS, *Das Traditionsprinzip – Ein Atavismus des Sachenrechts*, FS M. Wolff (1952), 164 e BAUR/STÖRNER, *Sachenrecht*, 17ª ed. cit., 48 (Nr. 43).

1229 Por exemplo, o contrato de mútuo, independentemente de tradição, pode ser formal ou consensual, consoante a importância em jogo; cf. o artigo 1143.º do Código Civil.

1230 VAZ SERRA, *Notas acerca do contrato de mútuo*, RLJ 93 (1960), 65-69, 81-83, 97-100, 129-131, 161-164, 177-180 (178 e *passim*).

1231 MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual* cit., 14, *Direito das obrigações* (1973), 287 e *Teoria geral*, 3ª ed. cit., 398-399.

1232 Assim, ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 9ª ed. (2001, reimpr., 2005), 257 e CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral* cit., 2.ª ed., 69 ss. A orientação em causa foi acolhida pelo acórdão da RLx 12-Jun.-1984, Proc. n.º 20.833, 3ª secção, inédito, o qual foi confirmado por acórdão do STJ 10-Dez.-1985, também inédito, mas que, ao contrário do primeiro, não abordou expressamente esse aspecto.

1233 PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código anotado*, 2.º vol., 4ª ed. (1997), 761-763, retomando, no fundo, JOÃO VARELA, *Ensaio sobre o conceito do modo* (1955), 114.

A doutrina estrangeira que mais tem ponderado o tema inclina-se, com segurança, para a possibilidade de se prescindir da tradição 1234. Não se trata de corrigir a lei, por via interpretativa; apenas se reconhece, perante a evidência dos valores em presença, que as partes interessadas podem, ao abrigo da sua autonomia privada, constituir, ao lado dos tipos negociais reais, outros negócios, a ele semelhantes, mas sem a tradição.

III. Como foi dito, o penhor coloca-se numa posição diferente. Trata-se, desta feita, de um negócio real também *quoad effectum*, do qual resulta, pois, um determinado direito real. Por força do princípio da tipicidade 1235, o penhor deve assumir uma determinada configuração, indicada na lei, não podendo as partes – que nesse domínio vêem restringida a sua autonomia privada – estipular em plena liberdade. A configuração típica do penhor exige uma certa publicidade 1236, que se consegue, no caso vertente, através da posse, transferida, em princípio, para o titular do direito de penhor – o credor pignoratício.

Sem essa publicidade, não é possível constituir a competente situação pignoratícia – razão por que se depara aí um fenómeno de publicidade possessória constitutiva.

Noutros casos, essa mesma necessidade de dar a conhecer certas situações jurídicas consegue-se com recurso a diversos esquemas e, designadamente, ao registo predial.

1234 Assim, LARENZ, *Schuldrecht/Besonderer Teil*, 1, 13ª ed. (1986), 293 ss. e 300 ss., FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 9ª ed. (1997), 524 e ESSER/WYERS, *Schuldrecht II – Besonderer Teil*, 1, 8ª ed. (1998), 214. Esta posição, pacífica entre os obrigacionistas mais significativos da actualidade, é adoptada pela generalidade dos comentaristas e da jurisprudência, apesar de algumas hesitações; retenha-se ainda que ela corresponde a uma evolução há muito madura; cf. J. KOHLER, *Ueber das Konsensualdarlehen*, AbtR 2 (1889), 211-239 e GUSTAV BOEHMER, *Rechtsverträge im heutigen Rechte*, AbtR 38 (1913), 314-334. Cf., ainda, RICHARD HAASE, *Ist das Darlehen ein Realsvertrags?*, JR 1975, 317-319 e KARSTEN SCHMIDT, *Darlehen, Darlehensversprechen und Darlehensvertragsöffnung im Konkurs*, JZ 1976, 756-763, bem como a importante achiaga de CLAUD-WILHELM CANARIS, *Bankvertragsrecht*, 2ª ed. (1981), An. 1284.

1235 Recorde-se o artigo 1306.º e as considerações que, sobre ele, foram efectuadas a propósito da autonomia privada.

1236 Em Direito civil, diz-se publicidade o acto ou efeito de dar a conhecer ao público determinadas situações jurídicas, o que se consegue, de modo espontâneo, através da posse ou de forma racionalizada, com recurso ao registo. No penhor, compreende-se que ficando uma coisa sujeita a venda judicial para satisfação prioritária de um credor, seja conveniente prevenir a comunidade jurídica dessa particular afectação, retirando a coisa empenhada de um tráfego normal.

Assim, as situações jurídicas relativas a imóveis estão sujeitas a publicidade registal, através da inscrição, em serviços públicos competentes¹²³⁷, dos factos jurídicos constitutivos, transmissivos, modificativos ou extintivos, que se lhes reportem.

Em termos gerais, o registo, embora tenha efeitos substantivos, não é necessário para que operem os negócios a ele sujeitos: de novo domina neste campo, o princípio da consensualidade.

No caso particular da hipoteca, as especiais exigências de publicidade que ela coloca levam, contudo, a que o registo seja constitutivo: segundo os artigos 687.º do Código Civil e 4.º/2 do Código de Registo Predial, a hipoteca não produz quaisquer efeitos, nem mesmo entre as partes, enquanto não se mostrar registada.

Há, pois, um particular domínio do registo constitutivo, isto é, do registo necessário para que certos negócios jurídicos se produzam como tais. O fenómeno deve ser entendido à luz da publicidade jurídica, num paralelo com os negócios reais *quoad constitutionem*, quando justificados, como no caso do penhor.

IV. Uma situação diversa é a representada pela doação de bens móveis. Nos termos do artigo 947º/2, a doação de móveis deve ser feita por escrito salvo havendo imediata entrega da coisa¹²³⁸. Desta feita, trata-se de fazer entender ao doador o perigo, para o seu património, da operação realizada: ao fazê-lo por escrito ou ao despojar-se da coisa, ele ficará ao abrigo de ligeirezas e de precipitações.

Neste caso, a natureza real *quoad constitutionem* da doação de móveis não feita por escrito é justificada.

144. Negócios pessoais, obrigacionais e reais *quoad effectum*; outros tipos

I. Os negócios podem classificar-se em pessoais, obrigacionais e reais (*quoad effectum*), consoante a forma de eficácia a que dêem lugar seja pessoal, obrigacional ou real.

¹²³⁷ As conservatórias do Registo Predial: cf. MENEZES CORDEIRO, *Registo predial*, Enc. Pólis, 5 (1987), 259-266.

¹²³⁸ Cf. REV 14-Out.-1999 (MÁRIO PEREIRA), CJ XXIV (1999) 4, 284-286 (284ff).

Ainda em consonância com outros tipos de eficácia, novas modalidades de negócios podem ser isoladas¹²³⁹. Sem preocupações de exaustividade, cabe referir negócios comerciais, agrários, económicos ou de trabalho. Já o negócio de consumo será um verdadeiro negócio civil.

II. As regras aplicáveis a estes negócios variam bastante, sendo objecto de disciplinas diferenciadas, dentro do Direito civil.

Em princípio, a parte geral do Direito civil deveria ocupar-se do regime geral dos negócios jurídicos, fosse qual fosse o seu tipo de eficácia. Admitir-se-ia, naturalmente, a existência de desvios sectoriais, desde que impostos por normas específicas, a tanto dirigidas.

Contestar, com generalidade, essa afirmação seria tão irrealista como propugná-la. Impõe-se, na verdade, uma ponderação cuidadosa, perante cada tipo de negócio, a fim de indagar da aplicabilidade das regras negociais ditas gerais.

Adiante-se, no entanto, que as fraquezas dogmáticas da parte geral dos Códigos civis — quando exista, o que se sabe estar em franca regressão — reítram operacionalidade a uma teoria geral absoluta do negócio jurídico. Boa parte das regras que, como tal, são apresentadas têm, tão-só, imediata aplicação aos negócios obrigacionais.

145. Negócios causais e abstractos

I. A contraposição entre negócios causais e abstractos tem levantado dúvidas no Direito português. Essas dúvidas são provocadas pela menor clareza que enforma alguns dos quadros legais em jogo, pela proximidade com a complexa e duvidosa teoria da causa e pela transposição, nem sempre cuidada, de elementos estrangeiros.

Abrindo, de imediato, caminho por entre as múltiplas construções existentes, apresenta-se a contraposição em estudo como reportada à eficácia dos negócios, isto é: fala-se em causalidade ou abstracção dos negócios quando perante uma eficácia negocial em si — por exemplo, Abel deve entregar 100 contos a Bento, às tantas horas de certo dia, e em determinado local — se pergunte pela fonte (= causa) da situação jurídica originada — por exemplo, Abel pedira os 100 contos emprestados, ou deve-os, a título de preço.

¹²³⁹ Cf. LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9ª ed. cit., § 23.

O negócio é causal quando a sua fonte tenha de ser explicitada para que a sua eficácia se manifeste e subsista.

O negócio é abstracto quando essa eficácia se produza e conserve independentemente da concreta configuração que o haja originado.

Assim, no exemplo acima articulado, haveria negócio causal quando o dever de Abel adviesse de uma compra e venda — artigo 879.º, c) — ou da restituição implicada pelo mútuo — artigo 1142.º. Pelo contrário, ele seria causal quando tal dever subsistisse sem necessidade de indagar a sua proveniência.

No Direito civil português, os negócios são, em princípio, sempre causais¹²⁴⁰. A eficácia negocial tornar-se-ia, efectivamente, incompreensível quando desligada da fonte (= "causa") que lhe dera lugar: sendo totalmente abstracta, ela só se torna perceptível quando comunicada atra-

¹²⁴⁰ Julga-se poder defender uma hipótese de situação civil abstracta: a da assunção de dívidas, no caso do artigo 598.º — cf. *Direito das obrigações* cit., 2, 115; no Direito alemão, pelo contrário, há toda uma categoria de negócios reais abstractos, outro tanto sucedendo com as transmissões de créditos; cf. LARENZ/WOLFF, *Allgemeiner Teil*, 9ª ed. cit., 418 ss. e MEDICUS, *Allgemeiner Teil*, 8ª ed. cit., 90-91 ss..

Esta diferenciação filia-se em dois pontos fundamentais: na mera eficácia obrigacional dos negócios que visam actuar em situações jurídicas reais e no particular relevância atribuído pelo Direito civil alemão à *segurança na circulação de créditos*.

No Direito português, a eficácia real resulta, de imediato, da vontade negocial — artigo 408.º/1; por exemplo, na compra e venda, a propriedade passa da esfera do vendedor para a do comprador — artigo 879.º, a). Pelo prisma da eficácia, há causalidade. No Direito alemão, pelo contrário, e à semelhança do Direito romano, a eficácia real não deriva logo da vontade negocial: esta apenas faz surgir o dever de promover os efeitos reais, através da prática ulterior de diversos actos jurídicos; por exemplo, da compra e venda nasce tão-só o dever de promover a transferência do domínio — § 433.º do BGB — o que se consegue através de novos negócios: da tradição, quando o objecto de negócio seja uma coisa móvel, e da inscrição no registo, quando seja um imóvel — §§ 873.º/1 e 929.º do BGB. Cf. LARENZ/WOLFF, *Allgemeiner Teil*, 9ª ed. cit., 420 ss.. Estes últimos negócios, ditos "reais", são abstractos: sobrevivem independentemente dos primeiros.

Cf., ainda, CHRISTIAN BREYHAN, *Abstrakte Übereignung und Parteiliville in der Rechtsprechung* (1929), 1 ss., HECK, *Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft* (1937), 1 ss., e ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, 15ª ed. cit., 2, 914 ss.. Trata-se de uma particularidade do Direito alemão que deve ser procurada em SAVIGNY.

Ainda no Direito português, as transmissões de obrigações podem seguir múltiplas fórmulas — cessão de créditos, sub-rogação, assunção de dívidas e cessão da posição contratual; todas elas são, em princípio, causais, por dependerem das fontes que as hajam desencadeado; cf. os artigos 578.º e 425.º. A assunção de dívidas coloca-se, como foi referido, numa posição particular. No Direito alemão, pelo contrário, as transmissões de obrigações subsistem, em geral, sem conexão com as fontes que as hajam originado.

vés da fonte. Pense-se, por exemplo, no que seria comunicar os efeitos da compra e venda, sem referir o competente contrato.

Numa área dominada pela autonomia privada, apenas uma ligação estreita entre a eficácia e a sua fonte permite controlar, em termos sindicantes, a correlação entre as opções voluntárias das pessoas de cuja autodeterminação se trate e os efeitos desencadeados. Repare-se que problemas como os da validade ou dos pressupostos dos negócios só podem suscitar-se, de modo directo e com êxito, perante negócios causais; nos abstractos, isso torna-se impraticável.

Pelo contrário, numa zona onde impere a tutela da confiança no tráfico jurídico, impõe-se a abstracção como solução natural. É o que sucede nos negócios cartulares, isto é, naqueles cuja eficácia emerja de títulos de crédito: eles subsistem independentemente da fonte que os haja originado, apresentado-se, pois, como negócios abstractos¹²⁴¹.

II. Dos negócios abstractos há que distinguir os negócios *presuntivos de causa*.

Segundo o artigo 458.º/1 do Código Civil:

Se alguém, por simples declaração unilateral, prometer uma prestação ou reconhecer uma dívida, sem indicação da respectiva causa, fica o credor dispensado de provar a relação fundamental, cuja existência se presume até prova do contrário.

Perante uma promessa de cumprimento ou um reconhecimento de dívida (por exemplo, Abel declara dever 100 contos a Bento), não é necessário demonstrar a fonte (= causa) do débito (por exemplo, Abel deve a título de preço ou de restituição de um mútuo). Mas nem por isso se pode falar de uma situação abstracta: a questão torna-se causal desde o momento em que se prove o contrário do que resulta da declaração de cumprimento ou de reconhecimento.

III. A concluir, retenha-se que a classificação que distingue negócios causais e abstractos é, antes de mais, uma classificação que opera a nível de eficácia, isto é, que contrapõe obrigações ou, mais latamente, situações.

A sua transposição para o campo negocial — que não é isenta de dificuldades, quando atente apenas no negócio em si — corresponde apenas a uma tradição susceptível de revisão, pelas dúvidas que sempre suscita.

¹²⁴¹ Cf. *Direito das obrigações* cit., 2, 133.

146. Negócios típicos e atípicos; negócios nominados e inominados

I. O negócio jurídico é o produto da autonomia privada no seu mais elevado nível: implica liberdade de celebração e de estipulação.

Mas isso não impede que a lei fixe o regime de verdadeiros negócios jurídicos; fá-lo, porém, a título supletivo, disponibilizando figurinos que as partes poderão adoptar ou, pelo contrário, abandonar ou adaptar como entenderem.

O negócio é típico quando a sua regulação conste da lei; é atípico quando tenha sido engendrada pelas partes. Pode ainda suceder que as partes vertam, num determinado negócio que celebrem, elementos típicos e atípicos — nesse sentido depõe, de modo expresso, o artigo 405.º do Código Civil; fala-se, então, em negócio misto.

Figura diversa é a das uniões ou conexões de negócios, na qual dois ou mais negócios foram colocados, pelas partes, numa situação de interdependência. Tal interdependência ocasiona diversos efeitos jurídicos. O estudo dos negócios típicos e dos negócios coligados é, no entanto, feito em Direito das obrigações.

II. Os negócios típicos podem compreender elementos injuntivos, nessa área, porém, cessa a liberdade de estipulação. Quando a injuntividade seja total — por exemplo, o contrato de casamento — desaparece a natureza negocial.

A presença de regras negociais típicas — ou de tipos negociais — corresponde a uma elaboração histórica da matéria. O tipo negocial traduz, por um lado, a solução mais frequente, permitindo às partes o remeter para ele e, assim, poupar todo um esforço regulativo. Por outro, ele exprime uma saída normal, equilibrada, para os interesses em confronto, forçando as partes a ser explícitas quando, dele, se queiram desviar.

O catálogo negocial típico oferecido pela lei, ainda que ficando na disponibilidade das partes, não é neutro: antes suporta os valores que o sistema inseriu no competente domínio 1242.

III. Além dos tipos legais, podemos contar com tipos sociais. Desta feita, trata-se de negócios jurídicos que, embora não previstos na lei, são de tal forma solicitados pela prática que adoptam um figurino comum, por

1242 Cf. CARLO BEDUSCHI, *A proposito di tipicità e atipicità dei contratti*, RDCiv XXXII (1986), 351-381.

todos conhecidos. Desse modo, bastará uma simples referência ao "tipo social" para, de imediato, as partes se reportarem a todo um conjunto de regras bem conhecidas, na prática jurídico-social. Por exemplo: o contrato de concessão.

Os tipos sociais colocam regras próprias de interpretação e de aplicação, também analisadas em Direito das obrigações.

IV. O negócio típico é, em princípio, nominado: a lei designa-o pelo seu nome — *nomen iuris*. Por exemplo, a compra e venda, a doação e a sociedade são típicas e nominadas. Pode, porém, assistir-se a uma dissociação entre as duas características, como demonstrou PESSOA JORGE: um negócio que tenha regulação supletiva legal mas não seja apelidado senão pela doutrina será típico e inominado; aquele que merecer referência legal pelo seu *nomen* mas que não surja regulado, é nominado e atípico; assim sucede com os contratos de transporte e de hospedagem, referidos no artigo 755.º, a) e b), mas sem tratamento explícito no Código.

147. Negócios onerosos e gratuitos

I. Um negócio é oneroso quando implique esforços económicos para ambas as partes, em simultâneo e com vantagens correlativas 1243, pelo contrário, ele é gratuito quando cada uma das partes dele retire tão-só vantagens ou sacrifícios.

Exemplos claros de onerosidade e de gratuitidade são constituídos, respectivamente, pela compra e venda — artigos 874.º e seguintes — e pela doação — artigos 940.º e seguintes. Registe-se, contudo, que certos negócios podem surgir como onerosos ou gratuitos consoante o que seja estipulado pelas partes; cf., respectivamente, o artigo 1158.º/1 e o 1186.º, que remete, aliás, para o primeiro.

Da natureza onerosa ou gratuita dos negócios deriva a aplicação de múltiplas regras diferenciadas; para além das que se prendam com os respectivos tipos, registam-se clivagens no que toca aos pressupostos — artigo 951.º/2 — à interpretação — artigo 237.º — e aos casos de impugnação — artigo 612.º/1.

1243 Vide os clássicos PAUL OERTMANN, *Entgeltliche Rechtsgeschäfte* (1912) e LUIGI MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici, con particolare riguardo ai contratti* (1942), 81; cf. LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9ª ed. cit., 423 ss..

II. Nos contratos gratuitos, o empobrecimento do património de uma das partes corresponde, em regra, ao enriquecimento do património da outra. Pode, todavia, não ser sempre assim: por exemplo, nas chamadas doações onerosas – artigo 963.º – o próprio donatário suporta, também, sacrifícios. O negócio surge, então, oneroso para uma das partes – o donatário – e gratuito para a outra – o doador¹²⁴⁴.

Pode ainda suceder que os contratantes, ao abrigo da sua autonomia privada, componham um negócio misto que compreenda uma parte onerosa e outra gratuita.

III. A doutrina chama, por vezes, a atenção para o relevo da intenção das partes, quando se trata de determinar a natureza onerosa ou gratuita de um negócio¹²⁴⁵. Este aspecto deve, pela sua importância teórica e prática, ser melhor explicitado.

A problemática da onerosidade ou da gratuitidade de um negócio revela-se e releva na sua eficácia e através dela: quando se indagam os efeitos prosseguidos pela actuação de cuja natureza se trate, afloram as estruturas atributivas de base que os enformam. E assim sendo, poderia parecer que a vontade das partes surge relativamente irrelevante: afinal, perante as concretas consequências patrimoniais resultantes, para os intervenientes, da efectivação dos negócios, proceder-se-ia ao competente juízo de onerosidade ou de gratuitidade.

Não é assim. Um negócio pode vir a revelar-se como imensamente lucrativo para uma das partes e ruinoso para a outra; nem por isso haverá gratuitidade: se as partes o não tiverem querido como tal, antes se verificando a presença de um negócio em desequilíbrio.

No verdadeiro negócio gratuito, a vontade livre do sacrificado determinou-se pela intenção de dar – o *animus donandi*; apenas na presença deste factor têm aplicação as regras próprias das liberalidades¹²⁴⁶.

Trata-se de um aspecto da maior importância: como será ponderado em local oportuno, o Direito não admite, em certas condições, desequilíbrios excessivos entre as posições das partes; quando, porém, apareça um negócio gratuito, querido enquanto tal, o desequilíbrio é justo e admissível.

¹²⁴⁴ Cf. PESSOA JORGE, *Direito das obrigações*, I (1972), 223.

¹²⁴⁵ Por todos, MOTA PINTO, *Teoria geral*, 3.ª ed. cit., 402-403.

¹²⁴⁶ Cf. o excelente acórdão da RCb 11-Mar.-1997 (NUNO CAMERA), CJ XX (1997) 2, 19-25 (23).

Resta acrescentar que os negócios gratuitos têm um relevo social e económico considerável¹²⁴⁷; eles dão corpo a manifestações de solidariedade, fundamentais para a coesão ética e social de qualquer comunidade¹²⁴⁸.

148. Negócios de administração e de disposição

I. Em termos descritivos, a contraposição entre negócios de administração e de disposição é bastante simples: estando em jogo determinada situação jurídica – em regra um direito de dimensão significativa – o negócio de administração implicaria modificações secundárias ou periféricas no seu conteúdo, enquanto o negócio de disposição poria em causa a própria subsistência da situação.

Existe, no entanto, uma marcada relatividade entre as duas noções, que obriga a maiores cautelas. O corte de árvores de uma floresta poderá ser um acto de administração quando se trate de um prédio afecto à exploração de madeira; será, porém, um acto de disposição nas restantes hipóteses.

A contraposição em causa não pode, pois, ser feita apenas tendo em conta a situação jurídica atingida pelo negócio, mas antes a esfera jurídica global que vá ser atingida: a venda de um automóvel é um acto de administração para o estabelecimento da especialidade que tenha dezenas de automóveis para esse efeito; mas pode ser um acto de disposição para o cidadão comum.

II. Perante estas considerações, pode proclamar-se que os negócios de administração não atingem em profundidade, uma esfera jurídica, enquanto, pelo contrário, os de disposição o fazem.

A distinção fica mais clara se se atentar nos seus efeitos¹²⁴⁹. Em princípio, os actos de disposição só podem ser livremente praticados pelo próprio titular da esfera jurídica afectada e tendo ele capacidade para o fazer; quando um acto de disposição deva ser praticado por outrem, o Direito determina particulares precauções, como sejam a autorização judi-

¹²⁴⁷ STEFAN GRUNDMANN, *Zur Dogmatik der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte*, AcP 198 (1998), 457-488; este Autor – ob. cit., 457 – refere que, nos Estados Unidos, 2 a 3% dos rendimentos provêm de doações: uma cifra enorme.

¹²⁴⁸ PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà/Contributo allo studio della prestazione non onerosa* (1998).

¹²⁴⁹ Cf. MOTA PINTO, *Teoria geral*, 3.ª ed. cit., 406 ss.

cial – por exemplo, artigo 94.º/3 – ou do Ministério Público¹²⁵⁰ – por exemplo, artigo 1938.º. Pode ainda suceder que o próprio titular da esfera atingida, por ser incapaz, não possa praticar actos de disposição, a não ser através de particulares esquemas de cautela; cf., por exemplo, os artigos 153.º e 154.º.

Têm importância ainda outros preceitos, tais como os artigos 1159.º, 1446.º, 1678.º, 1922.º, 1967.º e seguintes e 2079.º e seguintes, com relevo para o artigo 2091.º.

Em suma: o acto que só possa ser praticado pelo próprio, não é um acto de administração¹²⁵¹. Para prevenir dúvidas e em certos casos, a lei define exactamente quais são os actos de administração: assim, na hipótese do artigo 1024.º/1, a locação constitui para o locador um acto de administração ordinária, excepto se estipulado por um prazo superior a 6 anos¹²⁵².

III. A panorâmica legal portuguesa, que torna difícil a definição abstracta das noções de administração e de disposição, confere um particular relevo a um factor, em si geral, da interpretação e da aplicação: a teleologia das normas em jogo. Perante determinada situação, um acto deverá ser considerado de disposição quando, pela especial gravidade que assumia no caso em jogo, apenas o próprio o possa praticar pessoal e livremente, sendo razoável exigir, quando outrem o pretenda levar a cabo, particulares cautelas.

A qualificação de um negócio como de disposição ou de administração não pode, pois, ser causal em relação ao regime em jogo: ela liga-se a esse regime, singrando quando ele deva ter aplicação.

149. Negócios parciários, de organização, de distribuição e aleatórios

I. O Direito vigente e a autonomia das partes promovem ainda numerosas outras modalidades de negócios jurídicos. Nuns casos, elas poderão apresentar um relativo grau de generalidade, surgindo em várias disciplinas jurídicas; noutros, elas surgirão particularmente acantonadas em determinadas áreas normativas.

¹²⁵⁰ Dado o Decreto-Lei nº 272/2001, de 13 de Outubro, artigo 2º(1, b) e d).

¹²⁵¹ RPI 14-Jul.-1988 (MÁRIO CANCELA), CJ XIII (1988) 4, 171-173 (173).

¹²⁵² REV 16-Jan.-1986 (PEREIRA CARDIGOS), CJ XI (1986) 1, 224-227 (226(1)).

Essas modalidades irão ocorrer à medida que se desenrole a matéria. No entanto – e pela sua relevância – faz-se, de seguida, breve menção a quatro delas: negócios parciários, de organização, de distribuição e negócios aleatórios.

II. Um negócio diz-se parciário quando implique a participação dos celebrantes em determinados resultados. Tal sucede no contrato de parceria pecuária – artigo 1121.º – e na sociedade – artigo 980.º. Não se confunde com esta modalidade a dos negócios de organização, categoria essa que se poderia contrapor à dos negócios de troca¹²⁵³. O negócio de organização visa montar uma estrutura que facilite a cooperação permanente, em certo quadro, de pessoas. O negócio de troca visa, apenas, a permuta de bens ou serviços por dinheiro ou por outras mercadorias. Exemplo paradigmático de negócio de organização será o contrato de sociedade. O moderno Direito comercial conhece outras modalidades enquanto, no Direito civil, podemos apontar o contrato de associação¹²⁵⁴.

III. Os negócios de distribuição podem contrapor-se aos de consumo¹²⁵⁵. Na distribuição, visa-se percorrer o circuito económico, na parte que liga a produção ao vendedor final. O negócio de consumo equivale à aquisição de bens pelo destinatário final: o consumidor. O Direito comercial documenta diversos contratos de distribuição, com relevo para a concessão, a agência e a franquia (*franchising*)¹²⁵⁶. A distribuição permanente tem elementos de organização.

IV. Um negócio é aleatório quando, no momento da sua celebração, sejam desconhecidas as vantagens patrimoniais que dele derivem para as partes.

Repare-se contudo que esse desconhecimento, que dá a margem de área, deve ser da própria natureza do contrato, em moldes tais que ele não faça sentido de outra forma. Por exemplo, um contrato de seguro é aleatório: ele pressupõe o desconhecimento da ocorrência e do montante do dano que a seguradora seja, eventualmente, chamada a suportar. Típicos

¹²⁵³ Cf. LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9ª ed. cit., 433-434.

¹²⁵⁴ *Tratado I/3*, 570 ss.

¹²⁵⁵ Cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contratos de distribuição comercial* (2002), 41 ss.

¹²⁵⁶ *Manual de Direito comercial cit.*, 1, 490 ss.

negócios aleatórios são, por excelência, os contratos de jogo ou de aposta – artigo 1245.º¹²⁵⁷.

A precisão é necessária porque qualquer negócio implica sempre flutuação ou riscos, em função de margens de álea que não se podem nunca evitar. Tais negócios são celebrados, dentro dum esquema de normalidade social, no entanto, não pela álea que possam conter, mas antes pela predeterminação das vantagens que acarretam.

150. Negócios instrumentais, preparatórios e acessórios

I. Os negócios podem valer por si ou, pelo contrário: podem fazer sentido por se articularem com outros negócios¹²⁵⁸. Nessa eventualidade, será possível apontar um negócio principal ou final, surgindo os restantes como negócios acessórios. Como instrumental, apontemos o contrato-quadro: irá definir os perfis de negócios ulteriores que – esses sim – regularão os interesses em jogo. Como preparatórios temos o contrato-promessa, o pacto de preferência, a opção, a carta de intenção e diversas outras figuras que inscreveremos no domínio da contratação mitigada¹²⁵⁹. Contrato acessório será a fiança bem como os diversos protocolos laterais.

II. A natureza instrumental, preparatória ou acessória de um negócio tem muito relevo para a administração do seu regime. Na verdade, esse regime tende a ser inflectido pelo do contrato principal ou definitivo. Os contratos em causa só ganham sentido dentro do conjunto mais amplo em que se inseram.

¹²⁵⁷ RPI 5-Jun.-1990 (MATOS FERNANDES), CJ XV (1990) 3, 212-215.

¹²⁵⁸ LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9.ª ed. cit., 424 ss.

¹²⁵⁹ *Infra*, 532 ss.

§ 34.º ACTOS JURÍDICOS EM SENTIDO ESTRITO

151. Aspectos gerais; modalidades; remissão

I. Na sequência da metodologia adoptada, o acto jurídico traduz o exercício da autonomia privada marcado pela presença, apenas, de liberdade de celebração.

O Direito associa, pois, efeitos jurídicos aos simples actos, por se tratar de manifestações de vontade humana – quando não, estar-se-ia perante factos jurídicos em sentido estrito; mas os efeitos em causa estão normalmente predeterminados, não podendo as pessoas interferir na sua concreta formulação¹²⁶⁰.

Os actos jurídicos em sentido estrito correspondem a uma forma menos elevada do exercício da autonomia privada. Assim se compreende que eles se documentem, sobretudo, no domínio do Direito das coisas – por exemplo, o apossamento, artigo 1263.º, a), a ocupação, artigo 1318.º ou a especificação, artigo 1338.º – do Direito da família – por exemplo, o contrato de casamento, nos aspectos pessoais, artigo 1577.º, ou a perfunção, artigo 1849.º – e do Direito das sucessões – por exemplo, a aceitação da herança, artigo 2050.º, ou o seu repúdio, artigo 2062.º. No Direito das obrigações, pelo contrário, dominam os negócios, como se depreende do artigo 405.º.

¹²⁶⁰ LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9.ª ed. cit., 396 ss.. A matéria foi particularmente estudada no princípio do século XX por ALFRED MANICK, *Willenserklärung und Willensgeschäft* cit., ss. (650 ss.) – e por KLEIN, *Die Rechtshandlungen im engeren Sinne* (1912), cit. Mais tarde, ela foi reponderada por dois autores italianos: GIUSEPPE MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano* (1955) e VINCENZO PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà* (1966), ambos já citados. Por fim, houve uma retoma, em torno dos "actos semelhantes a negócios", cf. BERNHARD ULRICH, *Geschäftsähnliche Handlungen* cit., 2053.

II. MANICK estabeleceu uma classificação de actos jurídicos em sentido estrito, bastante divulgada, mais tarde, por KLEN¹²⁶¹. Embora essencialmente descritiva, vale a pena referenciá-la:

- 1 – Puras actuações exteriores; por exemplo, os actos que integrem a ocupação de uma coisa ou a perseguição e captura de animais;
- 2 – Actuações que impliquem ainda certas opções interiores; por exemplo, a escolha de um domicílio ou de uma sede da pessoa colectiva;
- 3 – Actuações que traduzam matéria já prefixada; por exemplo, o acto de perfiar;
- 4 – Comunicações, sejam elas de conhecimentos ou de vontade.

Na verdade, todos estes actos têm em comum a ausência de liberdade de estipulação; no seu conjunto, eles dão uma ideia da realidade que se lhes abriga.

III. Aos actos jurídicos em sentido estrito são aplicáveis, com as competentes adaptações, as classificações acima efectuadas de negócios jurídicos. Importa apenas considerar distinções específicas dos actos jurídicos em sentido estrito.

A doutrina alemã contrapõe, como se referiu, nos actos jurídicos em sentido estrito, os “actos semelhantes a negócios” e os “actos reais”: os primeiros resultariam de manifestações de vontade a que o Direito associaria determinados efeitos, ainda quando elas não se constituíssem, de modo expresse, para os prosseguir; os segundos teriam a ver com puros comportamentos materiais, que desencadeariam, depois, efeitos a nível jurídico. Esta ideia pode ser adaptada, distinguindo-se:

- actos quase negociais, equivalentes aos actos jurídicos em sentido estrito, que se analisem numa pura manifestação de vontade – por exemplo, a perfição;
- actos materiais, correspondentes aos actos jurídicos em sentido estrito, que resultem de actuações materiais voluntárias – por exemplo, um apossamento¹²⁶².

¹²⁶¹ MANICK, *Willenserklärung und Willensgeschäft* cit., 651-652 e KLEN, *Die Rechtshandlungen im engeren Sinne* cit., 26-27 e, em especial, 29 ss., 63 ss., 104 ss. e 135 ss., respectivamente.

¹²⁶² MOTA PINTO, *Teoria geral*, 3ª ed. cit., 356, e PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA,

IV. Aos actos jurídicos em sentido estrito aplicam-se, na medida do possível, as regras respeitantes ao negócio jurídico; tal o regime defendido pela doutrina e consagrado no artigo 295.º. Reafirma-se, pois, a natureza paradigmática do negócio jurídico. Tal regra tem, no entanto escasso relevo no tocante aos actos materiais. Basta ver que, neste domínio, não operam as normas relativas à capacidade de exercício – veja-se, por exemplo, o artigo 1266.º – o que permite afastar, também, as regras relativas a declarações de vontade, aos seus requisitos e às suas condições de validade e eficácia.

Este aspecto, que tem passado despercebido, insere-se, como foi visto, no rol dos inconvenientes derivados da conceptualização da parte geral do Código Civil e do seu conteúdo.

V. Finalmente, o princípio geral do artigo 295.º pode ser aplicado a actuações humanas que, por serem devidas ou puramente funcionais, não possam considerar-se “actos”, marcados, como vimos, pela liberdade de celebração.

Tal será o caso duma sentença judicial. Esta, por via do artigo 295.º do Código Civil, deverá ser interpretada à luz do artigo 236.º¹²⁶³.

Código Civil Anotado cit., 1, 4ª ed., 270-271, na sequência de outra doutrina, utilizam, para designar estas realidades, as locuções “actos quase negociais” e “operações jurídicas”, respectivamente. A primeira expressão parece razoável; a segunda, pelo contrário, induz em erro, pelo que se prefere a articulação que figura no texto.

¹²⁶³ STJ 28-Jan-1997 (SILVA PAIXÃO), CJS/Supremo V (1997) 1, 83-85 (84/f).

§ 35.º ELEMENTOS E PRESSUPOSTOS NEGOCIAIS

152. Quadro geral na doutrina comum; A) Elementos essenciais, naturais e acidentais

I. O negócio jurídico, com o relevo dogmático e cultural que se viu competir-lhe, suscita a aplicação de numerosas regras jurídicas. Todas elas são necessárias para dar, dele, uma imagem exaustiva; discutem-se, no entanto, quais as suficientes para amparar minimamente a solução de casos concretos e como as articular, uma vez determinadas. Este último aspecto é imprescindível e interfere no primeiro, nos termos de um discurso metodológico já exposto, em que não cabe insistir.

II. A doutrina tradicional, desenvolvida no Direito comum e adoptada, por exemplo, por MANUEL DE ANDRADE, distinguia, com referência ao negócio jurídico, três tipos de elementos dos negócios jurídicos ¹²⁶⁴:

- elementos essenciais (*essentialia negotii*);
- elementos naturais (*naturalia negotii*);
- elementos acidentais (*accidentalia negotii*).

Os elementos essenciais, necessariamente presentes em cada negócio jurídico, poderiam, por seu turno, abranger elementos gerais e específicos: os primeiros, deveriam surgir em todos os negócios, enquanto os segundos seriam tão-só imprescindíveis para caracterizar um determinado tipo negocial, distinguindo-o dos demais.

Seriam elementos essenciais gerais a capacidade das partes, a declaração ou declarações de vontade e o objecto possível: qualquer negócio jurídico deveria, para existir em termos de validade, reunir estes elementos.

¹²⁶⁴ Cf. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral* cit., 2, 33. ss.. Vide COVIELLO, *Diritto civile* cit., 328-329.

Os elementos essenciais específicos variariam consoante o tipo negocial considerado; por exemplo, na compra e venda, o preço seria essencial para que se pudesse, sequer, encerrar a presença desse específico contrato.

III. Os elementos naturais são os efeitos que, por sua natureza, os diversos negócios deveriam produzir, mas que as partes podem, ao abrigo da sua autonomia privada, validamente afastar.

Em termos deónticos, os elementos naturais correspondem a normas supletivas, isto é, a normas cuja aplicação fica na disponibilidade das pessoas. Tais normas predominam no Direito das obrigações, ao contrário do que sucede nos restantes três sectores do Direito civil.

IV. Os elementos accidentais correspondem a estipulações que não sejam necessárias para a consistência de um negócio e que o Direito não preconiza, ainda que a título supletivo, para o tipo negocial considerado. As partes podem, contudo, ao abrigo da sua autonomia privada incluí-las nos negócios que celebrem; quando o façam, podem ainda utilizar algum dos figurinos que o Direito ponha, para o efeito, à sua disposição ou, pelo contrário, inventar, em moldes originais, um novo elemento accidental.

V. Esta sistematização — como aliás não deixou de notar o próprio MANUEL DE ANDRADE — não toma por base um critério uniforme. Particularmente censurável se apresenta a categoria dos elementos essenciais, que junta factores exteriores ao negócio com outros que têm a ver com os seus efeitos ¹²⁶⁵.

Descontando, desses elementos essenciais, os aludidos factores exteriores, verifica-se que o remanescente conjunto se reporta ao conteúdo do negócio, isto é, ao regime que, em concreto, ele venha estabelecer. Tal regime é onticamente justificante de toda a figura; mas ele torna-se, pela sua mobilidade extrema — pois impera, em toda a matéria, a autonomia privada — difícil de captar em termos descritivos. Afigura-se, pois, necessário apurar as referências de que flua o regime em jogo e que o legitimem.

¹²⁶⁵ MOTA PINTO, *Teoria geral*, 3.ª ed. cit., 383.

152. Continuação; B) Orientações da escola de Lisboa

I. Procurando resolver o problema aberto com as incongruências e a insuficiência da tripartição clássica, vários Autores da Faculdade de Direito de Lisboa apresentaram soluções alternativas, que cabe conhecer.

PAULO CUNHA descobria os seguintes *quatro elementos* do negócio jurídico:

- elementos necessários;
- elementos específicos;
- elementos naturais;
- elementos accidentais.

Os elementos necessários são os que a lei exija para a validade de todo e qualquer acto jurídico; subdividir-se-iam, ainda, em elementos essenciais, sem os quais não haveria negócio, e em elementos habilitantes, requeridos para a sua total validade.

Os elementos específicos correspondem aos requeridos para cada tipo de acto: o preço, na compra e venda, a renda, no arrendamento, etc..

Os elementos naturais derivam da lei: ela estabelece-os para, supletivamente, servirem os diversos tipos negociais, de acordo com a sua natureza.

Os elementos accidentais abrangem os introduzidos, em cada caso, pela vontade das partes; poderiam ainda ser típicos, quando já se encontram conceptualizados pela lei — v.g., o prazo ou a condição — ou variáveis, quando derivem da vontade das partes.

Trata-se, no fundo, de uma estruturação próxima da clássica; tem, sobre ela, a particular vantagem de evitar a categoria híbrida dos *essenciais negociais*, desdobrando-a, em termos substantivamente correctos.

II. DIAS MARQUES ¹²⁶⁶, adaptando um esquema de BETTI ¹²⁶⁷, preconiza:

- pressupostos;
- estrutura;
- função.

¹²⁶⁶ DIAS MARQUES, *Teoria geral* cit., 2, 33 ss..

¹²⁶⁷ EMILIO BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* (1955), 44 ss..

Os pressupostos seriam elementos extrínsecos, perante o próprio negócio; abrangeriam factores atinentes ao autor do negócio (v.g., capacidade), ao objecto do negócio (v.g., idoneidade) e à posição do autor do negócio em relação ao objecto (v.g., legitimidade).

A estrutura corresponde aos elementos intrínsecos, portanto, ao próprio acto do negócio; abrangeria elementos objectivos (a forma e o conteúdo) e subjectivos (vontade, consciência, etc.).

A função reportar-se-ia à "causa", a entender aqui, como o objectivo socialmente relevante procurado através do negócio ¹²⁶⁸.

DIAS MARQUES era, contudo, obrigado ainda a, depois deste quadro e fora dele, tratar sucessivamente os efeitos, o valor e a ineficácia do negócio jurídico.

Esta construção tinha a particular vantagem de separar, uma vez por todas, os pressupostos da "estrutura", isto é, os elementos extrínsecos ao negócio, dos intrínsecos. Trabalhava, no entanto, com uma ideia de "estrutura" excessivamente ampla e redutora e introduzia o impraticável elemento da causa.

III. Uma alternativa interessante era a figurada por GALVÃO TELLES. Este Autor, abdicando expressamente de excessivas conceptualizações, propôs-se encontrar um esquema simples, expedito e realista de expor a matéria.

Assim, e a propósito do contrato – mas num esquema que poderia ser generalizado ao negócio – apontava GALVÃO TELLES ¹²⁶⁹:

- elementos:
- acordo (formação);
- acordo (conteúdo);
- causa ou motivo;
- requisitos de validade;
- requisitos de eficácia.

¹²⁶⁸ Cf. DIAS MARQUES, *Teoria geral* cit., 2, 191 ss. A "causa" constitui um tema complexo, sendo duvidosa a sua consistência. Esta orientação foi a de CASTRO MENDES, *Teoria geral* (ed. 1968), 3, 43 ss. inspirando, ainda, a de CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral* cit., 2, 3ª ed., 91 (pressupostos, estrutura, conteúdo e função/valor do acto).

¹²⁶⁹ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, 3ª ed. (1965),

IV. Como balanço, pode, pois, referenciar-se a presença, na escola de Lisboa, de uma tradição realista que visa adaptar a temática do discurso relativo ao negócio jurídico, de modo a melhor lhe captar as particularidades. Como passos importantes nesse sentido cabe enfocar uma preocupação analítica (PAULO CUNHA), que separe, em definitivo, "pressupostos" e "estrutura" (DIAS MARQUES) e que ponha em relevo a natureza dinâmica da fenomenologia negocial.

Assinale-se, por fim, que a velha referência aos *essenciais* mantém, hoje, um alcance semântico diverso. Os "elementos essenciais" do negócio são aqueles que, *in concreto*, melhor o retratem, de modo a permitir uma rápida apreciação do seu mérito intrínseco. É o que se passa com os "elementos essenciais da alienação", que devem ser comunicados, para efeitos de exercício do direito de preferência ¹²⁷⁰.

154. Solução preconizada

I. A solução preconizada resultará dos factores apurados no decurso da evolução doutrinária e, designadamente, da tendência revelada pela escola de Lisboa.

A distinção tradicional entre elementos essenciais, naturais e acidentais, na medida em que mescle realidades diferentes, deve ser abandonada. Há que, sobre a realidade em causa, fazer incidir um esforço de análise que permita retratar, com maior fidelidade, as realidades em jogo.

II. Retomando uma contraposição já efectuada por PAULO CUNHA, há que atentar no alcance da noção de "elementos" do negócio jurídico. Duas acepções são possíveis:

- em sentido amplo, os elementos traduzem um conjunto de realidades necessárias para que exista uma outra;
- em sentido estrito, os elementos exprimem os factores que, num momento estaticamente considerado, compoem um *quid*.

Com esta posição, verifica-se que os pressupostos do negócio jurídico só podem ser considerados como seus elementos se, destes, se fizer uso em sentido amplo. Mas com isso chega-se a uma heterogeneidade menos conveniente.

¹²⁷⁰ Cf. RPT 1-Jul.-1991 (GUIMARÃES DIAS), CJ XVI (1991) 4, 229-231 (230).

Os pressupostos do negócio jurídico implicam regras relativas às pessoas, aos bens, ou às relações que entre ambos se estabeleçam. Só imediatamente têm a ver com negócios. Devem, pois, ser estudadas a propósito das realidades a que, de modo imediato, digam respeito¹²⁷¹.

Os elementos, pelo contrário, têm a ver com normas e princípios ligados, desde logo, à temática negocial: devem ser, assim, considerados.

III. Um estudo estático dos elementos negociais mal esconde uma opção conceptual. Tendo presente que todo o motor da fenomenologia em estudo reside na eficácia, há que ponderar, em termos preferenciais, o desenvolvimento dinâmico do negócio.

Tanto basta para justificar a sequência que se segue:

- formação do negócio;
- conteúdo do negócio;
- vícios da vontade e da declaração;
- ineficácia do negócio.

CAPÍTULO II A FORMAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

SECÇÃO I A SEQUÊNCIA FORMATIVA

§ 36.º O PROCESSO NEGOCIAL

155. A formação como processo

I. A categoria do negócio jurídico opera num nível de acentuada abstracção. A sua formação implica actividades de complexidade muito variável: em concreto, um negócio pode ocorrer de imediato, através de um simples assentimento ou, pelo contrário, implicar complexas actividades preparatórias, a tanto dirigidas.

Mesmo abdicando de hipóteses extremas, pode considerar-se que o negócio jurídico requer, para uma formação cabal, uma actividade composta de actos mininamente diferenciados. Basta pensar que os negócios mais frequentes são bilaterais ou contratos, implicando pois, só por isso, várias operações tendentes a proporcionar o acordo consonante das duas vontades.

II. A doutrina civil recuperou, com êxito, a ideia de processo, para explicar a formação do negócio jurídico¹²⁷².

Diz-se, em Direito, que há processo quando diversos actos jurídicos se encadeiem de modo a proporcionar um objecto final. A natureza processual de determinada sequência faculta, desde logo, duas conclusões:

¹²⁷² O conceito de *processo* foi desenvolvido no Direito público; para CASTRO MENDES, *processo civil* é "a sequência de actos destinados à justa composição de um litígio, mediante a intervenção de um órgão imparcial de autoridade, o tribunal" - *Direito Processual Civil*, 1.º vol. (1980), 34.

¹²⁷¹ É essa a razão porque é possível - em nossa opinião: conveniente - estudar a formação antes dos pressupostos; neste ponto, aliás, não há novidade. Contra: CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral* cit., 2, 3ª ed., 90.

- o resultado final depende - ainda que em grau variável - da verificação, pela ordem própria, dos diversos actos processuais;
- cada um dos actos processuais em si só faz sentido tendo em vista o resultado final para que tendam.

Ná mesma linha de pensamento, todas as normas jurídicas que intervenham num processo devem ser interpretadas e aplicadas em consonância com o objectivo em vista na sequência em causa ¹²⁷³.

III. Assim entendida, a ideia de processo aplica-se, com bons resultados, à formação do negócio jurídico: os diversos actos que ela possa implicar concatenam-se, efectivamente, com vista a esse resultado final ¹²⁷⁴.

Quando uma sequência de actividades conheça êxito, desembocando num negócio jurídico, todos os actos que ela compreenda se dissolvem perdendo autonomia, no resultado final. Não obstante, o seu estudo em separado é analiticamente útil, para efeitos de estudo e conhecimento: desde que, com isso, não se perca a ideia do conjunto.

Pode ainda suceder que os actos ocorridos na sequência processual não esgotem a sua eficácia apenas no esforço tendente à formação do negócio; cabe, então, determinar-lhe os termos e a extensão da ambivalência.

E quando os actos praticados numa ordenação destinada ao eventual aparecimento, no seu termo, de um negócio, não conheçam êxito, há que verificar o exacto alcance e a eficácia do processado.

IV. Um processo ou sequência processual analisa-se em factos ou em actos, quando assente em actuações humanas destinadas a prosseguir o objectivo final.

Esses actos podem ser agrupados ou ordenados em fases, tendo em conta critérios de funcionalidade. As fases - e, dentro delas, os próprios actos - podem ser necessárias ou eventuais, consoante, da sua ocorrência, dependa ou não a concretização do fim para que tendam.

¹²⁷³ No Direito substantivo, RAVAZZONI, *La formazione del contratto 1 - Le fasi del procedimento* (1973), 8, define processo como um "complexo de actos alguns dos quais produzindo efeitos próprios, mas sempre prodrômicos, parciais ou complementares em relação a um efeito central produzido por um acto final, no qual o procedimento se resolve".

¹²⁷⁴ Cf. GIUSEPPE TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto* (1991), 3 ss..

Trata-se de características que irão, de modo natural, aflorando à medida que se desenrole a exposição relativa a cada acto em si.

A sequência deverá contudo projectar, de modo dinâmico e, tanto quanto possível, fiel, a ordenação processual negocial.

136. A técnica de contratação

I. A captação do negócio jurídico na sua dimensão dinâmica tem o maior interesse. Só ela permite, de resto, surpreender o fenómeno da formação negocial, atribuindo às diversas figuras o papel que, de facto, lhes compete. Multiplicam-se os estudos de tipo metodológico e dogmático sobre esse tema ¹²⁷⁵.

Vamos documentar a afirmação com recurso a elementos bancários: eles permitem, em retorno, úteis ensinamentos civis. A doutrina tradicional isolava um certo número de "contratos bancários" que procurava explicar nos seus diversos elementos. Por exemplo: o contrato de depósito bancário, a convenção de emissão de cheque e o contrato de emissão de cartão bancário. Todavia, nenhuma dessas figuras se comporta, na efectividade que supostamente o Direito contemplava, regula, como um contrato autónomo, quer na sua formação, quer na sua subsistência, quer na sua execução. As situações jurídicas em jogo - depósito bancário, cheque ou cartão bancário - só são possíveis no âmbito de uma relação prévia complexa que uma o banqueiro ao seu cliente. E no âmbito dessa relação, elas acabam por não assentar em negócios autónomos. Com efeito, a relação bancária inicia-se pelo contrato de abertura de conta: figura bem conhecida, embora sem base legal, mas cujo perfil social é dominado pelos estudiosos e pelos práticos.

¹²⁷⁵ Assim, há já trinta anos surgiu o escrito de ECKARD REHBINDER, *Die Rolle der Vertragsgestaltung im zivilrechtlichen Lehrsystem*, AcP 174 (1974), 265-312 (267 ss.), seguido, anos volvidos, por uma primeira monografia: do mesmo E. REHBINDER, *Vertragsgestaltung* (1982), com 2ª ed. (1993). Temos, depois, múltiplos títulos, dedicados ora ao ensino, ora aos práticos do Direito: HARALD WEBER, *Methodenlehre der Rechtsgestaltung*, JuS 1989, 636-643; ROLF DIETER ZAWAR, *Neuere Entwicklung zu einer Methodenlehre der Vertragsgestaltung*, JuS 1992, 134-139, chamando (135) a atenção para a necessidade de reforçar a preparação dos advogados, GERT LANGENFELD, *Einführung in die Vertragsgestaltung*, JuS 1998, 33-37, 131-135, 224-227, 321-324, 417-420, 521-523 e 621-624, depois em livro monográfico com o mesmo título, 2001, KARL-OSKAR SCHMITTAT, *Einführung in die Vertragsgestaltung* (2000) e CHRISTOPH TEICHMANN, *Vertragsgestaltung durch den Anwalt*, JuS 2001, 870-874, 973-980, 1078-1082 e 1181-1186, bem como as obras gerats de JUNKER/KAMANABROU e de LANGENFELD, citadas na nota seguinte.

Aberta uma conta, podem, nela, ocorrer depósitos: trata-se de meros actos de execução, que o banqueiro não pode recusar e que operam no âmbito da conta-corrente resultante da abertura. Também no contrato de abertura de conta se fixará, como cláusulas habituais, se há lugar à emissão de cheques, e de cartão bancário e de que tipo.

Em suma: os elementos tradicionais de formação do contrato articulam-se em moldes criativos. Uma moderna exposição civil não deve divorciar-se destas realidades.

II. Em moldes descritivos, a formação cabal de um contrato minimamente complexo apresenta a seguinte sequência¹²⁷⁶:

- obtenção de informações;
- borrão de projecto de contrato;
- aplicação hipotética do contrato;
- concretização de critérios de decisão;
- superação de conflitos de objectivos;
- negociações contratuais;
- instrução e aconselhamento;
- elaboração do documento contratual.

Qualquer sequência contratual deverá principiar pela mútua obtenção de informações. Na base destas será possível a escolha dos parceiros e a própria intenção (prévia) de procurar um determinado negócio. As informações disponíveis permitirão proceder ao levantamento dos pontos que, subsequentemente, irão necessitar de regulação¹²⁷⁷.

III. Numa contratação complexa é frequente elaborar-se, desde muito cedo, um borrão de projecto de contrato. De outro modo, os negociadores nem se aperceberão do que está na mesa da discussão¹²⁷⁸. Nesta fase, podem aproveitar-se modelos elaborados por especialistas¹²⁷⁹ ou - prática habitual, entre nós - provenientes da experiência dos interessados ou dos

¹²⁷⁶ ABBO JUNKER/SUDABEH KAMANABROU, *Vertragsgestaltung/Ein Studienbuch* (2002), 6 ss. e GERRIT LANGENFELD, *Vertragsgestaltung*, 3ª ed. (2004); cf. LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9ª ed. cit., 614 ss.

¹²⁷⁷ HARALD WEBER, *Methodenlehre der Rechtsgestaltung* cit., 640.

¹²⁷⁸ JUNKER/KAMANABROU, *Vertragsgestaltung* cit., 9-11.

¹²⁷⁹ Há aqui um ponto que releva do pré-entendimento: LANGENFELD, *Einführung in die Vertragsgestaltung* (JuS) cit., 37.

seus mandatários¹²⁸⁰. Há que ter atenção a este ponto: muitas vezes questões ausentes do borrão acabam por não ter tratamento contratual, com todos os inconvenientes que isso implica.

Relaciona-se com o borrão a aplicação hipotética do contrato. Quer a prática quer os dados da moderna hermenêutica revelam que as partes se dedicam a exercícios ou simulações, de modo a apreender o funcionamento futuro do contrato¹²⁸¹. Podem intervir aqui negócios preparatórios, como a cláusula de conteúdo (923.º) ou de amostra (925.º)¹²⁸².

IV. A concretização de critérios de decisão implica uma avaliação do conjunto. A perspectiva relevante é de prognose, virando-se para o futuro: não se trata de determinar o que é, mas antes o que, com os elementos disponíveis, irá acontecer¹²⁸³.

Os estudiosos das técnicas de contratação apontam algumas máximas ou posturas que o negociador interessado deverá ter em conta. Assim¹²⁸⁴:

- a) A opção pelo caminho mais seguro: o juiz ou o estudioso poderão, em determinadas circunstâncias, ponderar novas vias e caminhos inovadores; o operador contratual, porém, não correrá riscos, antes trilhando as vias já experimentadas, que permitam mais segurança na previsão;
- b) O postulado da prevenção de conflitos: o contrato a negociar deve, para cada potencial conflito que possa ocorrer, prever saídas eficazes: pormenor na regulação, cláusulas penais dissuasoras e registos prévios;
- c) Métodos de resolução de conflitos: nos contratos de algum porte, há todo o interesse em inserir cláusulas de arbitragem: seja uma arbitragem pontual de tipo técnico (p. ex.: conduzida por engenheiros, para encerrar certos aspectos), seja uma arbitragem global, em boa e devida forma. Podem-se prever mediadores, perfidos de reflexão e outros esquemas;

¹²⁸⁰ Na Alemanha estão publicados inúmeros modelos, com relevo para o *Beck'sche Formularbuch*, 8ª ed. (2002), o *Münchener Vertragshandbuch*, 5ª ed. (a partir de 2000), totalizando 7 volumes e os *Heidelberger Musterverträge*.

¹²⁸¹ TEICHMANN, *Vertragsgestaltung durch den Anwalt* cit., 978.

¹²⁸² JUNKER/KAMANABROU, *Vertragsgestaltung* cit., 13, com uma enumeração perante o Direito alemão.

¹²⁸³ RAINER KANZLEITER, *Der Blick in die Zukunft als Voraussetzung der Vertragsgestaltung*, NJW 1995, 905-910 (905 ss.).

¹²⁸⁴ JUNKER/KAMANABROU, *Vertragsgestaltung* cit., 14-29.

d) Remoção de inseguranças: perante um contrato em estudo, o jurista experiente poderá antecipar os pontos de futuras dificuldades eventuais; deve procurar enfrentá-las. Por exemplo, eventuais nulidades parciais podem ser contidas com cláusulas de repescagem ou de salvação¹²⁸⁵ (a invalidade eventual de uma cláusula não atinge as demais); as alterações de circunstâncias podem ser encaradas com cláusulas de adaptação ou de renegociação.

V. Os conflitos de objectivos, aquando da contratação, são, muitas vezes, uma realidade. Em pontos importantes do contrato, as partes podem pretender prosseguir escopos opostos. Por exemplo: o futuro inquilino pretende um sistema que lhe dê segurança perpétua, enquanto o futuro senhorio procura, a todo o tempo, poder dispor do local arrendado, desembarrado. Uma boa contratação procurará solucionar tais conflitos. No exemplo do arrendamento: as partes podem ser aproximadas através de prazos de pré-aviso ou de compensações.

As negociações contratuais poderão seguir-se: as partes têm, sobre a mesa, os diversos aspectos sobre os quais deverão firmar um acordo. Neste ponto, será ainda importante verificar se se está perante alguma forma restritiva de contratação e *maxime* perante cláusulas contratuais gerais.

Ainda neste ponto poderão justificar-se operações de instrução e de aconselhamento: seja jurídicos, seja técnicos.

VI. Finalmente, será elaborado o texto do contrato ao qual as partes irão dar o seu acordo¹²⁸⁶. Deve usar-se terminologia técnica: mais segura e precisa¹²⁸⁷. Em regra, as partes apelam para a língua correspondente ao Direito aplicável. Independentemente disso, na contratação internacional, adopta-se, muitas vezes, o inglês. Perante textos bilingues, há que prever qual das versões prevalece, perante dissimelhanças. Também é habitual fixar-se o modo de notificação das partes, o seu domicílio contratual ou os seus representantes.

VII. As técnicas de contratação têm estado arredadas das exposições civis nacionais. O ensino e a investigação do Direito visam, na nossa Terra,

¹²⁸⁵ Cf. SCHMITTAT, *Einführung in die Vertragsgestaltung* cit., 154 e LANGENFELD, *Einführung* (livro), 68.

¹²⁸⁶ O texto poderá ser antecedido por um preâmbulo onde, se assim se entender, se poderão inserir antecedentes ou circunstâncias que expliquem o contrato; cf. SCHMITTAT, *Einführung in die Vertragsgestaltung* cit., 142 ss. e LANGENFELD, *Einführung* (livro), 51.

¹²⁸⁷ LANGENFELD, *Vertragsgestaltung*, 3ª ed., 70.

a preparação do juiz. Os juristas são treinados para a descoberta da solução correcta, tentando prever a opção do Tribunal. Recentemente, o agravamento do mercado tem levado a privilegiar outros ângulos de formação e, desde logo, o de advogado.

Na contratação, não se pretende ser "justo": apenas eficaz. A Ciência da contratação está, assim, numa posição de chaineira, fazendo a passagem do juiz para o advogado¹²⁸⁸. Por certo que este deverá ter sempre em vista a solução justa para os hipotéticos problemas: havendo dissensões, tudo acabará, necessariamente, perante o juiz. Mas ocorrem várias outras posturas que se contentarão com soluções adequadas e produtivas, pelo prisma de prosseguir os interesses do mandante.

157. Processos típicos e atípicos

I. Aquando da preparação de um contrato, as partes podem seguir os caminhos que lhes aprouverem, adoptando as mais diversas metodologias. A lei limita-se a prever o esquema mais geral – o da proposta e da aceitação, tendo em vista os ausentes e que abaixo estudaremos. A partir daí, será possível encontrar resposta aos mais diversos problemas.

Todavia, na prática da contratação, deparamos, em regra, com um procedimento diverso: as partes negociam e apuram o texto do contrato, de tal modo que tudo se passa entre presentes. Não é possível, no fim, apontar um "proponente" e um "destinatário da proposta", já que ambas assumem as duas qualidades.

II. Somos levados a distinguir, na contratação, os processos típicos e os atípicos. São típicos os procedimentos com sede legal e, ainda, aqueles que são habitualmente adoptados pelas partes interessadas (tipicidade social). São atípicos todos os demais.

Os processos atípicos podem prescindir de alguma das fases acima apontadas ou podem prever novas fases. Tais fases até poderão ser típicas – p. ex.: contratos preparatórios, concurso para a conclusão do contrato ou aplicação de regras especiais. O processo, enquanto tal, será atípico, até porque não há normas quanto à inserção, na sua sequência, de tais elementos eventuais.

¹²⁸⁸ Cf. LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9ª ed. cit., 612 ss.; já ZAWAR, *Neuere Entwicklung* cit., 136 ss. e TEICHMANN, *Vertragsgestaltung* cit., 973, tinham sublinhado esta perspectiva.

§ 37.º REGRAS NAS NEGOCIAÇÕES
E CULPA IN CONTRAHENDO

158. Regras nas negociações

I. A formação dos contratos domina a autonomia privada (405.º). A autonomia privada concretiza-se, desde logo, em termos positivos (liberdade de escolher um certo contrato) ou negativos (liberdade de não contratar). Ela depara com diversas delimitações que não a desvirtuam¹²⁸⁹. Pergunta-se, perante estas virtualidades, se no período anterior à definitiva conclusão do contrato existem já algumas regras a observar ou se, pelo contrário, as partes são totalmente livres.

A tendência actual vai no sentido de afirmar a existência de regras, ainda que mantendo a liberdade fundamental das partes.

II. Tais regras podem, em abstracto, apresentar algumas das seguintes origens:

- contratual;
- legal específica;
- legal genérica.

Elas terão origem contratual na medida em que as partes tenham decidido concluir pactos preparatórios. Trata-se de matéria abaixo examinada, a propósito da contratação mitigada¹²⁹⁰. Naturalmente: perante contratos preparatórios, as partes ficam vinculadas. Tais contratos preparatórios podem, aliás, apresentar processos autónomos de formação. Eles devem ser interpretados e aplicados dentro da lógica do processo a que pertenciam.

¹²⁸⁹ Cf. VOLKER EMERICH, no *Münchener Kommentar* 2 a (2003), § 311 Nr. 2 ss. (1477 ss.) e LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9ª ed. cit., 625 ss..

¹²⁹⁰ *Ibidem*, 532 ss..

III. As regras legais específicas surgem em diversos campos. Assim, a lei sobre cláusulas contratuais gerais, contém preceitos (artigos 5.º a 9.º) directamente aplicáveis à formação dos contratos que caíam sob o seu âmbito. Também as leis de defesa do consumidor abrangem regras pré-contratuais. Veja-se o direito à informação consignado no artigo 8.º da LDC e que tem a ver com as negociações e a celebração do contrato. No seu âmbito de aplicação e nos termos gerais, tais regras prevalecem sobre quaisquer outras. E caso a caso haverá que verificar as consequências do seu incumprimento. Esta matéria deve ser referida a propósito das regras nas negociações, embora deva ser estudada dentro dos institutos a que pertença.

IV. Finalmente, temos uma regra legal genérica: o dever de proceder segundo as regras da boa fé, inserido no artigo 227.º/1, do Código Civil. Trata-se de uma norma tradicional, de teor indeterminado e que se torna incompreensível se não seguirmos as suas origens e as linhas da sua concretização. Por aí iremos começar.

159. A descoberta de VON JHERING

I. O Direito obedece, na sua evolução, a um fluxo contínuo de elementos histórico-culturais. Mas sobre esses elementos incide, em termos constitutivos, a Ciência do Direito.

As múltiplas sínteses assim possibilitadas deixam entender a hipótese de "descobertas" jurídicas, isto é, de institutos ou explicações jurídico-científicos, nunca antes elaborados ou divulgados e que, mercê da actualização de um cientista do Direito, conheceram um alargado sucesso, viabilizando novas e mais perfeitas formas de solucionar problemas jurídicos¹²⁹¹.

Entre as descobertas jurídicas mais significativas da época contemporânea conta-se a da *culpa in contrahendo*, devida a JHERING¹²⁹², em 1861¹²⁹³.

¹²⁹¹ Cf. HANS DÖLLE, *Juristische Entdeckungen*, 42 DJT (1959), 2, B 1 - B 22 e KAI KINDERREIT, *Wer fühlt nicht, dass hier einer Schadensersatzklage bedarf?* (Rudolf von Jhering und die "culpa in contrahendo", em THOMAS HOEREN (publ. e intr.), *Zivilrechtliche Entdecken* (2001), 107-147 (120 ss.).

¹²⁹² HANS DÖLLE, *Juristische Entdeckungen* cit., B 8; cf. PETER GOTTWALD, *Die Haftung für culpa in contrahendo*, JuS 1982, 877-885 (877).

¹²⁹³ RUDOLF VON JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*, JhB 4 (1861), 1-113, com múltiplas reimpressões posteriores.

A novidade não foi absoluta: antes de JHERING, o fenómeno fora já visualizado: seja na jurisprudência comercial alemã, seja em certas leis territoriais, como o ALR prussiano; mas apenas depois dele, com o recurso muito sugestivo à fórmula *culpa in contrahendo*, se pôde falar numa sua inclusão no campo da Ciência do Direito.

II. JHERING demonstra que, na presença de contratos nulos por anomalias ocorridas na sua formação, podem ocorrer danos cujo não-ressarcimento seja injusto. Perante tal situação, o responsável, por via das regras gerais sobre danos e culpa, deveria indemnizar pelo interesse contratual negativo, colocando o prejudicado na situação em que ele se encontraria se nunca tivesse havido negociações e contrato nulo¹²⁹⁴.

O exacto alcance do texto de VON JHERING levanta dúvidas na doutrina especializada¹²⁹⁵, sendo discutível a utilização, por ele feita, de certos textos romanos. Como explica ESSER, ele não visa, no entanto, pesquisar a *verdade* histórica mas sim a *verdade* material¹²⁹⁶, isto é: não se trata de indagar, em termos rigorosos, o alcance das fontes, mas antes de apurar as soluções mais adequadas, perante a Ciência do Direito.

A descoberta de JHERING permite exemplificar o modo de funcionamento da terceira sistemática, quando confrontada com novas necessidades para as quais, num momento inicial, não haja, ainda, resposta.

A fase pré-contratual - que antecede a celebração de um negócio - é, em si, estranha ao sistema que assente na liberdade negocial: antes do contrato, não há normas que vinculem as partes; havendo-as, já não há contrato.

Tratava-se pois de, mercê das necessidades sentidas na periferia, criar um novo instituto que quebrasse a lógica implacável da dicotomia liberdade/adstricção. Esse instituto foi criado por JHERING: simplesmente, em vez de se conservar suspenso na periferia como uma manifestação isolada de empirismo, ele foi reduzido em termos centrais: apelou-se à *culpa* ou à responsabilidade para o justificar, desenvolver e melhor definir nos seus contornos.

¹²⁹⁴ A indemnização pelo interesse contratual positivo implicaria colocar o prejudicado na situação em que se encontraria se tivesse havido *contrato válido*.

¹²⁹⁵ Cf. o estudo realizado em *Da boa fé* cit., 528 ss. e a referência a várias outras opiniões idem, 530 ss. Uma análise sobre o pensamento de JHERING foi levada a cabo por CLAUDIO TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale* (1990), 39 ss..

¹²⁹⁶ JOSEF ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (1956), 164, nota 104.

III. A *culpa in contrahendo*, saída dos trabalhos de JHERING, conheceu um desenvolvimento notável na pandectística tardia 1297, insuficiente, contudo, para que o BGB se lhe reportasse. A jurisprudência alemã deste século estendê-la-ia, todavia, em larga escala, em termos a que haverá a oportunidade de regressar 1298.

No espaço jurídico francês, a *culpa in contrahendo* nunca conheceu grande desenvolvimento 1299; referências recentes que nele têm surgido e que, de modo manifesto, se filiam no pensamento alemão 1300, não devem ser tomadas por um influxo profundo que pressuporia, no mínimo, repercussões jurisprudenciais. Algumas decisões judiciais com interesse nessa matéria datam dos finais do séc. XIX e não tiveram seguimento. A incipiência pode explicar-se pela feição central da sistemática francesa, inune a inovações de tipo periférico e por particularidades da técnica napoleônica da responsabilidade civil 1301. Ainda hoje a "responsabilidade pré-contratual" é, em França, reconduzida a um instituto de responsabilidade civil 1302.

Em Itália, a *culpa in contrahendo* teve alguma divulgação doutrinária, por influência alemã, merecendo uma referência particular o nome de FAGGELA 1303, com reflexos na própria França, através de SALEILLES 1304.

1297 Assim, VON VANGEROW, *Pandekten*, 7ª ed. (1875), 165-166 e WINDSCHEID/KIPP, *Pandekten*, 9ª ed. cit., § 307, 1, (2, 250-251, nota 2).

1298 Refram-se, desde já, LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9ª ed. cit., 591 ss.

1299 Cf. MURAD FERID/HANS JÜRGEN SONNENBERGER, *Das französische Zivilrecht* 1/1, *Einführung und Allgemeiner Teil*, 2ª ed. (1994), 453 ss.; HANS STOL, *Tatbestände und Funktionen der Haftung für culpa in contrahendo*, FS von Caemmerer (1978), 435-474 (446-447, nota 48); DIETTER MEDICUS, *Verschulden bei Vertragsverhandlungen*, Gutachten (1981), 1, 479-550 (497).

1300 Cf. JOANNA SCHMIDT, *La sanction de la faute précontractuelle*, RTDC 72 (1974), 46-73 e *Négociation et conclusion de contrats* (1982). De todo o modo, cumpre salientar que no Direito civil do Quebec, tem vindo a desenvolver-se uma regra objectiva de boa fé na contratação; cf. BRIGITTE LEBEVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat* cit., 111 ss.

1301 Cf. *Da boa fé* cit., 564 (jurisprudência) e 565, nota 148 (a responsabilidade civil francesa).

1302 Cf. FRANÇOIS TERRÉ/PHILIPPE SIMLER/YVES LEQUETTE, *Droit civil/Les obligations*, 8ª ed. (2002), 428-429.

1303 GABRIELLE FAGGELA, *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, St. Fadda 3 (1906), 271-342 e *Fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali*, ArchG 82 (1909), 128-150. Quanto à não antiquidade do pensamento italiano nesta matéria, cf. DANIELA CARUSO, *La culpa in contrahendo/l'esperienza statunitense e quella italiana* (1993), 157 ss.

1304 RAYMOND SALEILLES, *De la responsabilité précontractuelle*, RTDC 6 (1907), 697-751 (705 ss.).

Mas não foi possível, no silêncio do Código Civil de 1865, promover uma sua implantação: um certo predomínio individualista, no Direito, a tanto terá conduzido 1305. O Código Civil de 1942 acolheu expressamente, apesar da falta de tradições práticas, a *culpa in contrahendo*, no seu artigo 1337.º; este preceito não foi tanto o fruto de uma elaboração prévia do instituto, que faltou 1306; surge antes como o produto da recepção do pensamento jurídico alemão da terceira sistemática. A jurisprudência tem feito uma aplicação tímida do novo texto legal 1307.

IV. A *culpa in contrahendo* pode considerar-se consolidada nos diversos ordenamentos permeáveis a evoluções jurídico-científicas.

Deve, contudo, ficar claro que a descoberta de VON JHERING, mais do que uma referência jurídico-positiva, terá de ser entendida como um *instrumento científico*: apenas a Ciência do Direito, devidamente utilizada, permite, dela, retirar algumas potencialidades.

160. Soluções negociais e soluções legais

I. A natureza jurídica da *culpa in contrahendo* suscita larga contro-
vérsia doutrinária, de que cabe dar breve nota 1308. O texto de VON JHERING era suficientemente elástico para, ao seu abrigo, facultar um largo desenvolvimento científico da matéria.

As diversas doutrinas explicativas têm sido agrupadas em dois pólos:

- soluções negociais;
- soluções legais.

1305 Cf. MARIA L. LOI/BRANCA TESSITORE, *Buona fede e responsabilità precontrattuale* (1975), 7.

1306 Cf. FRANCESCO BENATTI, *A responsabilità pre-contrattuale*, trad. port. VERA JARDIM/M. CAIRO (1970; mas ed. it. de 1963), 20.

1307 Cf. *Da boa fé* cit., 568-569, nota 166. Sobre o dispositivo legal italiano, vide TURCO, *Interesse negativo* cit., 96 ss.

1308 Para maiores desenvolvimentos, vide RUY DE ALBUQUERQUE, *Da culpa in contrahendo no Direito luso-brasileiro* (1961, dact.), MOTA PINTO, *A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão de contratos* (1963), ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato* (1984) e MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé* cit., 527 ss. Sobre o instituto, com indicações, cf. ainda NORBERT HORN, *Culpa in contrahendo*, Jus 1995, 377-387.

As *soluções negociais* procuram reconduzir a *culpa in contrahendo* e os deveres que, com ela, se connexionem, a negócios jurídicos; pelo contrário, as *soluções legais* remetem a base da figura para a lei. A cada uma destas explicações corresponderiam, depois, efeitos jurídicos próprios e diversificados.

II. Uma primeira linha de *soluções negociais*, defendida por FRANZ LEONHARD, reconduz a *culpa in contrahendo* ao *contrato posteriormente celebrado* ¹³⁰⁹; o efectivo cumprimento de um contrato exige o acatamento de deveres que se desenham já antes da sua celebração; por exemplo, o vendedor de um objecto deve, *antes* da venda, providenciar já para que ele esteja em bom estado. Por isso, haveria como que uma *pré-eficácia*: celebrado um negócio, certos deveres retro-actuariam até ao início das negociações. Com alguns reflexos doutrinais e jurisprudenciais, esta doutrina veio a merecer críticas generalizadas. Tais críticas agrupam-se em dois pontos essenciais:

- o seu illogismo;
- a sua excessiva restrição.

A construção de F. LEONHARD seria ilógica, por assentar na ideia de pré-eficácia, contraditória em si mesma. De facto, *antes* de um contrato não se podem, deste, retirar deveres a observar; e *depois* do contrato celebrado, já não se está numa fase pré-negocial que habilite ao acatamento de deveres pré-contratuais.

A construção de F. LEONHARD seria ainda excessivamente restritiva; de facto, ela só contemplaria a hipótese de haver um contrato válido que, não obstante, tivesse provocado danos na sua celebração.

As hipóteses mais frequentes de prejuízos pré-negociais são, contudo, outras e, designadamente:

- a de ter havido negociações prévias, injustificadamente interrompidas, sem que se tenha chegado à formação de qualquer contrato;
- a de ter havido um negócio inválido, por hipótese nulo.

A primeira crítica conduz, a ser aprofundada, a uma discussão complexa e incerta; a segunda é, porém, decisiva: sendo demasiado restrita, a tese negocial de F. LEONHARD não permite resolver os problemas que justificaram a descoberta de VON JHERING.

¹³⁰⁹ FRANZ LEONHARD, *Verschulden beim Vertragsschlusse* (1910).

III. Uma segunda linha negocial, encabeçada por HEINRICH SIBER, filia os deveres pré-contratuais na *celebração de um contrato preparatório*, quando do início das negociações ¹³¹⁰. A ideia é simples: ao aceitar negociar a eventual procura de um consenso contratual, as partes estariam, desde logo, a aceitar, pelo menos, algumas regras de jogo; entre outros aspectos, elas assumiriam o compromisso de não se prejudicarem mutuamente.

A doutrina vem criticar esta tese como ficciosa ¹³¹¹: nas negociações comuns, não se descobrem quaisquer declarações destinadas a originar um consenso contratual do qual seja possível retirar deveres de comportamento minimamente consistentes.

A crítica é, por vezes, excessiva. Ao iniciar negociações, as partes estão, livremente, a adoptar um tipo de conduta que, dentro da normalidade ética, psicológica e sociológica, se dirige para a eventual busca de um acordo. Por certo que não há qualquer dever de contratar; mas não repugna admitir a assunção, pelas partes, de certas regras muito simples e em cujo conteúdo mínimo se deveria inscrever a obrigação de não provocar danos gratuitos.

Por isso, seja qual for a conclusão perfilhada, não se deve desprezar a ideia de SIBER: afinal, o tipo de negociações iniciadas e o modo por que as partes nelas se tenham empenhado vai ditar a intensidade dos deveres pré-contratuais e os efeitos de uma eventual *culpa in contrahendo*.

O principal óbice da solução negocial assente em pretenso contrato preparatório é outro: em termos científicos, ela revela um apego ao dogma da vontade; em termos práticos, ela acarreta um desenvolvimento reduzido para os deveres pré-contratuais. Como se verificará, a *culpa in contrahendo* desempenha hoje um papel que fica para além do que as partes, através de qualquer contrato preparatório, possam pretender.

IV. A rejeição das construções negociais implica um apelo à sua alternativa: as soluções legais. No período pré-contratual, e independentemente da posterior celebração de um contrato válido, as partes deveriam,

¹³¹⁰ HEINRICH SIBER, no Comentário de PLANCK ao BGB — PLANCK/SIBER, 4.ª ed. (1914), pren. §§ 275-292, 4 (II, 1, 190 ss., 194) — e em *Die schuldrechtliche Vertragshfreiheit*, JhB 70 (1921), 223-299 (258-299).

¹³¹¹ P. ex., ROLF RAISER, *Schadenshaftung bei verstecktem Dissens*, AcP 127 (1927), 1-45 (20-21) e FLUME, *Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevanten Verhalten*, AcP 161 (1962), 52-76 (63).

desde logo, observar certos deveres por a lei assim o exigir¹³¹². A renúncia da *culpa in contrahendo* para a lei surge, em si, bastante clara. Afinal, qualquer construção jurídica deverá radicar no Direito objectivo — na lei — seja qual for a sua feição.

O fazer depender a *culpa in contrahendo* de uma alternativa negocial¹³¹³ /lei, reduz indevidamente o âmbito do problema, uma vez que se trata de termos que abrem em planos diversos. Caso o instituto em causa assumisse uma natureza negocial, nem por isso ele deixaria de ser legal: a alternativa é aparente.

Em termos metodológicos, há que, abdicando de qualificações prévias, determinar o papel da *culpa in contrahendo*.

161. O papel do instituto; a boa fé

I. Perante um instituto como o da *culpa in contrahendo*, seria via estéril o procurar discurrir em termos centrais. Com isso, conseguir-se-ia dizer que, na fase preparatória, as partes deveriam usar de correcção ou de boa fé sem que tais conceitos indeterminados fossem dotados de bases mínimas para a sua concretização. Cabe, antes, indagar o seu papel ou seja, as necessidades que a *culpa in contrahendo* vem satisfazer ou os interesses que ela veio contemplar. Para tanto, deve proceder-se a uma análise de decisões nas quais a *culpa in contrahendo* foi concretizada, atentando, sobretudo, nos factos em jogo¹³¹³.

II. Num primeiro grupo de casos, a *culpa in contrahendo* destina-se a permitir o ressarcimento de danos causados, na fase pré-contratual, a pessoas ou a bens. Assim:

RG 7-Dez.-1911: uma senhora, depois de realizar algumas compras num estabelecimento comercial, dirige-se, com uma criança, ao sector dos linóleos; aí, por negligência do empregado que as atendia, ambas foram colhidas por dois rolos de linóleo que caíram; o dono do esta-

¹³¹² Numerosos autores defendem hoje esta teoria; entre os primeiros, cabe referir ANDREAS VON TUHR, *Schadenersatz bei Dissens*, AcP 121 (1923), 359-361 (360) e *Allgemeiner Teil* cit., 2, 1, 488-489 e 489-490 e HEINZ HILDEBRANDT, *Erklärungshaftung, ein Beitrag zum System des bürgerlichen Rechts* (1931).

¹³¹³ Uma análise mais extensa pode ser documentada em MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé cit.*, 546 e ss.. Cf., também, *Concessão de crédito e responsabilidade bancária*, sep. BMT (1987), 30 ss..

belecimento foi condenado por violação dos deveres pré-contratuais de segurança¹³¹⁴.

BGH 26-Ser.-1967: uma pessoa penetra num supermercado aberto ao público; escorrega numa casca de banana e fere-se; o dono do local é condenado por falta de segurança pré-contratual¹³¹⁵.

BGH 2-Dez.-1976: uma pessoa transporta um iate a motor para uma oficina de reparações; hesita, no entanto, se o manda reparar ou se pretende vendê-lo, aí o deixando durante alguns dias; o pessoal da oficina deslocou-o, vindo o iate a tombar, com graves prejuízos: o dono da oficina é condenado por danos pré-contratuais¹³¹⁶.

Repare-se que esta sucessão de decisões permite determinar uma progressão do maior interesse. No caso do linóleo, estava-se, de facto, numa fase de negociações; no da casca de banana, não havia ainda contactos formais entre as partes; no do iate a motor, por fim, a situação era indefinida, dadas as hesitações do proprietário. A *culpa in contrahendo* viu, pois, alargar o seu âmbito ficando claramente autonomizada do posterior e (muito) eventual contrato¹³¹⁷.

Em todas as hipóteses figuradas, pode considerar-se estarem em jogo *deveres de segurança*: as partes devem providenciar para que, nas negociações, ninguém sofra danos, seja nas suas saúde ou integridade física, seja no seu património.

III. Num segundo grupo de casos, a *culpa in contrahendo* visa a circulação, entre as partes, de todas as informações necessárias para a contratação. Assim:

BAG 7-Fev.-1964: uma empresa realiza um concurso para a selecção de um trabalhador especialmente qualificado; é escolhida uma candidata, combinando-se uma data para a sua apresentação ao serviço e para a celebração formal do contrato de trabalho; a interessada falta e desrepeita outras datas depois acordadas, acabando por esclarecer que, por razões de saúde, nunca poderia aceitar o lugar em jogo; é condenada por não ter, desde o início, dado essa informação: inutilizou, com o seu silêncio, todo um concurso¹³¹⁸.

¹³¹⁴ RG 7-Dez.-1911, RGZ 78 (1912), 239-241 (240).

¹³¹⁵ BGH 26-Ser.-1961, LM n.º 13 § 276 (Fa), BGB.

¹³¹⁶ BGH 2-Dez.-1976, LM n.º 46 § 276 (Fa) BGB = NJW 1977, 376-377 = BB 1977, 121.

¹³¹⁷ Cf. KARL LARENZ, *Schuldrecht*, 1.º vol., 14.ª ed. (1987), 109.

¹³¹⁸ BAG 7-Fev.-1964, NJW 1964, 1197-1199 (1198).

BGH 20-Fev.-1967: um instituto de crédito financia, junto de um particular, a aquisição de um automóvel; este, apesar de pago, é retido por, entretanto, ter ocorrido a falência do vendedor; o instituto em causa pretende reaver, do comprador frustrado, a importância mutuada: é condenado por não ter esclarecido suficientemente o mutuário dos riscos por ele corridos¹³¹⁹.

Pode falar-se na existência de *deveres de informação* pré-contratuais. Os casos exemplares seleccionados permitem ponderar uma progressão: no primeiro, os deveres em jogo prendem-se, de modo estrito, com o contratante e o objecto do contrato; no segundo, tais deveres vão mais longe e abrangem, tão-só, matéria com ele conexas.

IV. Num terceiro grupo, a *culpa in contrahendo* liga-se, de modo mais directo, à própria actuação das partes. Assim:

BGH 18-Out.-1974: são concluídas, com êxito, as negociações tendentes à aquisição de um imóvel; por via da aquisição em vista, o projectado comprador realiza despesas consideráveis; não se chegou, porém, a celebrar o contrato definitivo, por culpa do projectado vendedor; este vem a ser condenado por, através do seu comportamento pré-contratual, ter gerado a convicção, na contraparte, de que a transacção iria ter lugar¹³²⁰.

BGH 8-Jun.-1978: uma comuna é condenada: verifica-se que negociara a venda, a um particular, de certo terreno; dera-lhe, porém, informações inexactas sobre o plano de construção e, depois, veio modificá-lo¹³²¹.

Desta feita, há *deveres de lealdade*: as partes não podem, *in contrahendo*, adoptar comportamentos que se desviem da procura, ainda que eventual, de um contrato, nem assumir atitudes que induzam em erro ou provoquem danos injustificados. Os deveres de lealdade distinguem-se, com certa dificuldade, dos de informação; pode, no entanto, considerar-se

¹³¹⁹ BGH 20-Fev.-1967, BGHZ 47 (1967), 207-217 (208-209 e 210-213). No Direito alemão, a mera celebração dum contrato de compra e venda não transfere a propriedade; exige-se, ainda, o registo ou a entrega da coisa, consoante a natureza do bem vendido.

¹³²⁰ BGH 18-Out.-1974, NJW 1975, 43-44 (43 e 44).

¹³²¹ BGH 8-Jun.-1978, LM n.º 51 § 276 (Fa) BGH = NJW 1978, 1802-1805 (1803-1804) = BGHZ 71 (1978), 386-400 (395-397) = MDR 1978, 1002 = BB 1978, 1385-1386 (1385 e 1386).

que neles não há apenas uma questão de comunicação; antes se joga, também, um problema de actuação.

E de novo se documenta aqui uma progressão: a lealdade ligava-se, no início, apenas ao estrito âmbito do contrato projectado; posteriormente, ela vai-se alargar a atitudes periféricas, que apenas de modo indirecto se ligam ao contrato em jogo.

V. A *culpa in contrahendo*, no termo desta análise, assume o papel, simples e complexo, de assegurar, nos preliminares contratuais, o respeito pelos valores gerais da ordem jurídica que, no caso considerado, aspirem a uma concretização.

Compreende-se, a esta luz, a aproximação feita entre a *culpa in contrahendo* e a *boa fé*. Iniciada pelos comercialistas do século XIX¹³²², a conexão dos preparatórios com a *boa fé* impôs-se pela particular facilidade que oferecia, quando se tratasse de, para o instituto, encontrar uma base legal que não colocasse demasiadas exigências. Mais tarde, a aproximação ganhou um relevo substancial: os vectores comunicados pela *boa fé* não deixavam de se revelar, ainda que com adaptações, nos preliminares negociais. Assim:

- a tutela da confiança: na fase da preparação dos contratos, as partes não devem suscitar situações de confiança que, depois, venham a frustrar; por exemplo, se um dos intervenientes tem uma intenção remota de contratar, não deve convencer a contraparte do contrário; a violação da confiança legítima provoca responsabilidade;

- a primazia da materialidade subjacente: a autonomia privada facultada às partes negociar livremente os seus contratos, interrompendo as negociações quando o entenderem; trata-se, porém, de um valor a aproveitar com esse sentido material - a busca livre de um eventual consenso - e não, apenas, numa conformidade exterior com o Direito; a negociação emulativa, dilatória, chicaneria ou, a qualquer outro título, estranha à autonomia privada é contrária à *boa fé*.

Muitas vezes estes dois vectores estão presentes. A situação de confiança dá lugar a realidades que a materialidade subjacente não pode esquecer¹³²³.

¹³²² HEINRICH THÖL, *Das Handelsrecht*, 5.ª ed., I, 2, (1876), § 237 (143).

¹³²³ Como exemplo: OLG Bamberg 18-Ago.-2003, NJW-RR 2004, 974-976; por

VI. A presença, através da boa fé, dos valores profundos do ordenamento, na fase negocial preparatória, faculta à *culpa in contrahendo* horizontes alargados, que apenas aos poucos têm vindo a ser isolados pela doutrina.

Tome-se o problema dos contratos injustos, isto é, dos contratos que uma vez celebrados, revelam desequilíbrios não pretendidos pelas partes.¹³²⁴

Quando surja um contrato que patenteie desequilíbrios não queridos por alguma das partes, algo terá corrido mal nos preliminares. A parte que de antemão, conheça ou deva conhecer o desequilíbrio em causa tem o dever de, disso, dar conhecimento à contraparte.

Chega-se, por esta via, à ideia da protecção da *parte fraca* num contrato. O contratante que, por razões económicas ou de conhecimento, se deva considerar inferiorizado, tem como que o direito, na fase preliminar, a um esclarecimento e a uma lealdade acrescidos; quando os correspondentes deveres não sejam acatados, há responsabilidade por inobservância da boa fé.

Algumas decisões mostram o alcance desta doutrina; assim, além de BGH 20-Fev.-1967, acima referido, considerem-se:

OLG Hamm, 25-Jul.-1962: um interessado faz instalar um aparelho automático de recepção de roupa; o negócio revela-se, depois, ruinoso; o vendedor do aparelho é condenado por não ter esclarecido o comprador do risco da operação, ficando entendido que ele, pela sua particular posição, dispunha dos necessários conhecimentos nesse domínio.¹³²⁵

BGH 27-Fev.-1974: num contrato de construção "com participação no financiamento" – portanto um contrato pelo qual uma das partes vai financiando uma construção que depois compra, o fornecedor aquiescente constata não ter meios para satisfazer os encargos contratuais; perante isso, pretende rescindir o contrato celebrado e reaver as importâncias desembolsadas, por não ter sido devidamente esclarecido quanto aos custos finais da operação; o construtor é condenado por-

via da *culpa in contrahendo* aplicam-se os princípios sobre sociedades irregulares a associações em participação alípcias; na mesma linha OLG Frankfurt 8-Mai.-2003, NJW-RR 2004, 545.

¹³²⁴ Repare-se que a simples inexistência de equilíbrio contratual não é, em si, injusta: se uma pessoa pode doar – artigo 940.º/1 – também pode, por maioria de razão, firmar contratos que a prejudiquem: necessário é, porém, que o faça livremente, sabendo-o e querendo-o.

¹³²⁵ OLG Hamm, 25-Jul.-1962, MDR 1963, 48-49, an. MITTELSTEIN, favorável.

que, sendo experiente e conhecedor, devia, de facto, ter prevenido a contraparte.¹³²⁶

O papel da *culpa in contrahendo* na correcção de contratos injustos, através da boa fé, não levanta dúvidas.¹³²⁷ embora não possa ser levado ao ponto de pôr em causa a autonomia privada.¹³²⁸ ceme do Direito privado. Deve, em particular, frisar-se que a "parte fraca" carecida de protecção não pode equivaler a um estereótipo: em regra, ela corresponde ao cidadão consumidor isolado. Por isso, o tema deve ser visto em ligação com os direitos dos consumidores e, no Direito civil, em articulação com as cláusulas contratuais gerais, abaixo tratadas.

Resta acrescentar que a codificação da *culpa in contrahendo*, ocorrida com a reforma do BGB, em 2001, não prejudicou a jurisprudência que mantém a linha anterior.¹³²⁹

162. O Direito português

I. As primeiras referências feitas, em Portugal, à *culpa in contrahendo* datam de GUILHERME MOREIRA.¹³³⁰ trata-se de um facto natural, se recordarmos o papel que esse autor teve na viragem para o pandectismo e para a terceira sistemática. A doutrina posterior acusou múltiplas flutuações: enquanto um certo moralismo era favorável à inovação, um positivismo básico era-lhe adverso.¹³³¹ Seria necessário todo um progresso

¹³²⁶ BGH 27-Fev.-1974, NJW 1974, 849-852 (849 e 851).

¹³²⁷ Cf. o trabalho sugestivo de OSKAR HARTWIG, *Culpa in contrahendo als Korrektiv für "ungerechte" Verträge*, *Zur Aufhebung der Vertragsbindung wegen Verschuldens bei Vertragsabschluss*, JuS 1973, 733-740.

¹³²⁸ Cf. as prevenções feitas em MENEZES CORDEIRO, *Concessão de crédito cit.*, 36 ss.

¹³²⁹ OLG Schleswig 31-Out.-2003, NJW 2004, 1257-1258, com referência a deveres de informação, agora retirados do § 311, II e III, do BGB.

¹³³⁰ GUILHERME MOREIRA, *Instituições do Direito Civil português*, II vol., *Das obrigações* (1911), 664-675.

¹³³¹ Contra a *culpa in contrahendo* manifestaram-se BELEZA DOS SANTOS, *A simulação I* (1921), 10 ss. (14) e JAMES GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual* (1932), 293 e 294; a favor, depois CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito civil cit.*, IV vol. (1931), 246-247.

jurídico-científico para possibilitar uma melhor implantação da figura aproximando-a, progressivamente, da boa fé¹³³².

Ciente desta evolução, o legislador de 1966 incluiu a *culpa in contrahendo*, expressamente, no Código Civil – artigo 227.º – reportando-a à boa fé¹³³³.

Podemos ainda, com CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, apontar, no Direito português, outras consagrações legais de *culpa in contrahendo* assim as resultantes dos artigos 229.º/1 e 898.º, 9.º/1 da LDC e 314.º/2 do CVM¹³³⁴. Não vemos é nenhuma vantagem em introduzir alterações terminológicas: ou a culpa na formação dos contratos, de VAZ SERRA ou a *culpa in contrahendo*. Quanto às consagrações legais esparsas: caso a caso haverá que determinar se estamos perante concretizações da boa fé *in contrahendo* ou se deparamos, antes, com específicos deveres instrumentais.

O artigo 227.º/1 parece distinguir duas fases: a das “negociações” e a da “decisão”. Já foi dada alguma relevância a essa contraposição, tendo-se, inclusive, pretendido que ela sedimentaria uma limitação do dever de indemnizar ao interesse negativo. Não vemos base para isso. A mensagem legislativa foi a de cobrir todo o período anterior ao contrato: não o de operar distinções.

II. A consagração legal de institutos de tipo da “*culpa in contrahendo*” não se torna operante, se não for acompanhada por um desenvolvimento científico que lhe faculte uma concretização. Recorde-se que a boa fé, enquanto conceito – e tal como outros conceitos indeterminados – não comporta qualquer subsumção: mais do que nas restantes ocasiões, a sua interpretação-aplicação surge constitutiva.

Compreende-se, assim, que a fase positivístico-exegética subsequente ao Código Civil, presa a considerações centrais, tecidas em torno do texto legal, não tenha atentado nas potencialidades da velha descoberta de JHERING¹³³⁵: tudo se limita a considerações que, prevenindo o extravasar do

aberto âmbito contratual, calam o sentido prático efectivo da remissão para a boa fé.

A evolução posterior tem iniciado um alargamento nesta matéria¹³³⁶. Por um lado, estuda-se a matéria em profundidade, abrindo as portas, na sua concretização, à “terceira via” da responsabilidade civil: sublinhem-se as pesquisas de MENEZES LEITÃO¹³³⁷ e de CARNEIRO DA FRADA¹³³⁸. Por outro, verifica-se uma extensão na horizontal, como uma aplicação adicional nos campos administrativos: STA 13-Mar.-2001¹³³⁹ e STA 19-Fev.-2003¹³⁴⁰.

A terceira via na responsabilidade civil ficou a dever-se aos estudos de CANARIS¹³⁴¹ logo retomados por PICKERT¹³⁴². No espaço jurídico surge uma tutela geral de bens conseguida não com recurso a normas genéricas, mas antes a certos deveres. A violação destes não pode dar azo a simples responsabilidade aquiliana (483.º/1); mas também não equivale ao inadimplemento contratual. A terceira via resolveria o problema: teríamos algo de intermédio cujo regime, caso a caso, teria de ser determinado pela construção científica. Os deveres *in contrahendo* estariam mais próximos da responsabilidade contratual, originando as soluções que constam do texto. Os deveres de prevenção do perigo, típico achado aquiliano, implicariam uma responsabilidade próxima da aquiliana.

ss., com alguns elementos ditados manifestamente pela pressão da então recente bibliografia portuguesa nesta matéria, e mantendo o teor do *Código anotado*, em termos por vezes mesmo agravados. Este mesmo Autor assumiria, no entanto, em anotação a STJ 29-Jan.-1973, RLJ 108 (1975), 56-60 (56 e 57), uma posição de princípio mais favorável ao alargamento da *culpa in contrahendo* para corrigir contratos injustos.

¹³³⁶ Cf. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 9.ª ed. cit., 267 ss.. Deste Autor *vide*, ainda, *Intervenções fulcrais da boa fé nos contratos*, RLJ 133 (2001), 297-303 (299 ss.).

¹³³⁷ LUIS MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol. 1.º, 3.ª ed. (2003), 352 ss. e 355 ss..

¹³³⁸ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil* (2001), 75 ss. e *passim*; na ed. de 2004, 99 ss.

¹³³⁹ STA 13-Mar.-2001 (AMÉRICO PIRES ESTEVES), ACD XLI (2002) 482, 164-174.

¹³⁴⁰ STA 19-Fev.-2003 (ROSENDO JOSÉ), ACD XLII (2003) 504, 1737-1749. Cf. FERNANDO LUIZZO, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione* (1995), 7 ss., 46 ss., 100 ss. e *passim*.

¹³⁴¹ CLAUD-WILHELM CANARIS, *Schutzgesetze- Verkehrspflichtigen- Schutzpflichten*, FS LARENZ 80. (1983), 27-110.

¹³⁴² EDUARD PICKERT, *Positive Vertragsverletzung und culpa in contrahendo. Zur Haftung zwischen Vertrag und Delikt*, AcP 183 (1983), 369-520.

¹³³² Assim: MOTA PINTO, *A responsabilidade pré-negocial* cit., 82 ss., que acaba no entanto, recorrendo a uma argumentação pouco clara, por recusar a conexão com a boa fé; RUY DE ALBUQUERQUE, *Da culpa in contrahendo* cit., 84 e *passim*; GALVÃO TELLES, *Contratos em geral*, 3.ª ed. cit., 187-188.

¹³³³ Foi decisivo o estudo de VAZ SERRA, *Culpa do devedor ou do agente*, BMJ 68 (1957), 13-149 (118 ss. e 145).

¹³³⁴ FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos* cit., 1, 2.ª ed., 170-171.

¹³³⁵ Assim, P. LIMA/A. VARELA, *Código anotado* cit., 1, 4.ª ed., 215-216. O tema faz a sua aparição apenas na 5.ª ed. de A. VARELA, *Das obrigações em geral* (1986), 238

Há muito vimos mostrando simpatia por esta construção. Tomaremos posição, todavia e apenas, no competente tomo deste *Tratado*, sobre o Direito das obrigações.

III. Nestas condições, a jurisprudência tem tido menos oportunidades para concretizar os textos legais em vigor do que as registadas quanto ao abuso do direito: num fenómeno que tem surpreendido os próprios tribunais, as partes não alegam, judicialmente, a violação do artigo 227.º/1, de que sejam vítimas 1343.

Como questão prévia, foi suscitada a ideia de que a *culpa in contrahendo* não funcionaria nos negócios sujeitos a uma forma particular imposta por lei para reflexão das partes, pelo menos perante a ruptura das negociações 1344. Essa limitação, que não tem o apoio da lei nem da Ciência do Direito, foi rejeitada, e bem, por acórdão do Supremo de 19-Jan.-1978 1345; ela documentaria, aliás, uma consequência extrema da "negociação" da c.i.c.

IV. A jurisprudência nacional existente relativa à *culpa in contrahendo* pode ser articulada em três grupos:

- jurisprudência que aplica o instituto;
- jurisprudência que o refere;
- jurisprudência que nega a sua aplicação.

Deixaremos para a próxima rubrica a jurisprudência que aplica o instituto.

Num segundo grupo de casos, a *culpa in contrahendo* - ou o artigo 227.º do Código Civil - vem referida em abono de decisões apoiadas noutros institutos 1346. Trata-se de um fenómeno importante, que recorda a

1343 Cf. RPT 30-Jun.-1998 (AFONSO CORREIA), CJ XXIII (1998) 2, 226-227 (227/III). Jurisprudência anterior pode ser confrontada em *Teoria geral*, I, 2ª ed., 715.

1344 Vaz Serra, *Culpa do devedor ou do agente*, BMJ 68 (1957), 121, da separata.

1345 STJ 19-Jan.-1978 (OCTÁVIO DIAS GARCIA), BMJ 273 (1978), 206-209 (206-207) = RLJ 111 (1978), 211-214 (213 e 214), muito bem elaborado, com anotação favorável do próprio V. SERRA, RLJ 111, 214-216.

1346 Além do caso figurado *supra*, nota 1343, refiram-se: RCb 20-Mai.-1997 (MAGNUS DA SILVA FREITAS), CJ XXII (1997) 2, 14-22 (20/II), sublinhando (e bem) o parentesco entre a *culpa in contrahendo* e o *venire contra factum proprium*, RCb 30-Sel.-1997 (ARAÚJO FERREIRA), CJ XXII (1997) 4, 26-29 (28/I) e RCb 30-Jun.-1998 (RUA DIAS), CJ XXIII (1998) 3, 43-47 (46/II). Jurisprudência anterior pode ser confrontada em *Teoria geral*, I, 2ª ed., 720.

estrutura decisional que sempre apresenta a aplicação do Direito e a natureza de argumento assumida pelos factores jurídico-legais que orientam a vontade humana. A inclusão, nos modelos de decisão, do tópico da *culpa in contrahendo* contribuirá, por certo, para a sua radicação na cultura jurídica.

V. Num terceiro grupo, a aplicação do instituto em análise é recusada 1347. Certas particularidades dos casos envolvidos poderão explicar a rejeição; de qualquer modo, não se vislumbra neles qualquer posição de princípio contrária ao alargamento da figura, cuja aplicação dependerá, antes de mais, do correspondente pedido formulado pelas partes.

163. Concretização jurisprudencial

I. A jurisprudência portuguesa, na sua dimensão, tem, efectivamente, concretizado a *culpa in contrahendo*. E fê-lo, com especial acuidade, no domínio dos deveres de lealdade pré-negociais, e no do dever, também pré-negocial, duma completa e exacta informação.

Referem-se, de seguida, como exemplos, cinco acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça:

STJ 19-Jan.-1978: desurola-se uma negociação tendente à doação de quotas de uma sociedade; por via dela, os donatários em perspectiva realizaram uma série de despesas, confiados em que a doação teria, de facto, lugar; esta não se verifica, com danos para os beneficiários em vista; nas instâncias, o pedido indemnizatório dos possíveis donatários foi recusado, no saneador, por se entender que sendo o negócio projectado formal, não haveria lugar à *culpa*; tal entendimento foi - e bem - afastado pelo Supremo, que recambiou o processo para as instâncias para, aí, se apurar da ocorrência efectiva dos pressupostos da culpa na formação dos contratos 1348.

1347 STJ 9-Jan.-1997 (SOUSA INES), CJ/Supremo V (1997) 1, 35-37 (36/II), REV 30-Out.-1997 (SILVA GONÇALVES), CJ XXIII (1997) 4, 282-284 (284/II), STJ 9-Fev.-1999 (MARTINS DA COSTA), CJ/Supremo VII (1999) 1, 84-86 (86/II) e RLx 9-Nov.-2000 (TORRES VEIGA), CJ XXV (2000) 5, 92-94 (94/II). Jurisprudência anterior pode ser confrontada em *Teoria geral*, I, 2ª ed., 721.

1348 STJ 19-Jan.-1978 (DIAS GARCIA), BMJ 273 (1978), 206-209 = RLJ 111 (1978), 211-214, com anotação favorável de Vaz Serra.

STJ 6-Dez.-1978: fora celebrada uma promessa de compra e venda, no pressuposto de que o local seria transmitido livre dos inquilinos que lá residiam; os transmitentes em perspectiva não conseguiram a desocupação vindo a ser condenados na restituição simples do sinal e nas despesas provocadas pela negociação, ao abrigo do artigo 227.^o disse o Supremo: "É que realmente seria contra as regras da boa fé se os réus, tendo nos preliminares do contrato-promessa aceitado a obrigação de promover a ocorrência do facto condicionante, não respondessem pelos danos que, segundo as instâncias, culposamente causaram à outra parte, com a não verificação da condição" 1349.

STJ 5-Fev.-1981: os réus iniciaram negociações com vista à aquisição de quotas sociais; os autores ficaram convencidos de que a transacção se iria concretizar e iniciaram, em consequência, várias actividades dispendiosas nesse sentido; os réus recusaram-se, depois, a outorgar na escritura de cessão, vindo a ser condenados em indemnização, no que foi sancionado pelo Supremo; este vem afirmar a existência de um dever de negociação honesta, considerando que os réus "...procederam de uma forma que aqueles (os autores) não podiam deixar de ficar convencidos de que estes queriam ficar com o estabelecimento..." 1350.

STJ 14-Out.-1986: a proprietária dum prédio pretende vender o 2.º andar a uma Companhia de Seguros que já era arrendatária do rés-do-chão; faz a comunicação ao arrendatário desse 2.º andar, para efeitos de preferência; este pretende preferir, pelo que a Companhia se desinteresse; marcada a escritura, sucede que a proprietária a adia, à última hora, para o dia seguinte; verifica-se, depois de realizada esta escritura, que no dia anterior a proprietária alterara, mediante uma subida simbólica de renda, o objecto do arrendamento do rés-do-chão, por acordo com a Companhia, alargando desmesuradamente o seu âmbito e facultando toda a espécie de obras; o Supremo entendeu que foi violado o dever de informação pré-contratual: o preferente comprador tinha interesse em saber qual o tipo de contrato celebrado com a Seguradora 1351.

1349 STJ 6-Dez.-1978 (RODRIGUES BASTOS), BMJ 282 (1979), 156-158; em rigor, este caso poderia, também, ser enquadrado com recurso às regras do cumprimento contratual.

1350 STJ 5-Fev.-1981 (SOLANO VIANA), RLJ 116 (1983), 81-84, com anotação favorável de ALMEIDA COSTA, *Ruptura de negociações* cit., de que há separata, já referida.

1351 STJ 14-Out.-1986 (JOAQUIM FIGUEIREDO), BMJ 360 (1986), 583-587 (586).

STJ 16-Mar.-2004: num negócio de exportação de bicicletas em que acabou por haver incumprimento do preço, entende-se que pode haver responsabilidade *in contrahendo* do terceiro que, como representante de facto ou não, com ou sem poderes, conduziu as negociações: ele deveria advertir a outra parte do risco envolvido 1352.

II. Exemplos de *ruptura de negociações* como fonte de culpa *in contrahendo* são, ainda, os dados por RLx 18-Jan.-1990 1353, por REV 11-Nov.-1999 1354, por STJ 10-Mai.-2001 1355 e por RPT 27-Fev.-2003 1356.

Uma sentença do 3.º Juízo Cível da Comarca de Lisboa explicou, nestes termos, a responsabilidade pela ruptura de negociações:

(...) actua culposamente na formação do contrato quem deu à outra parte expectativas legítimas de conclusão do mesmo, com êxito, e injustificadamente acabou por não o outorgar, provocando no património da contraparte, um prejuízo. Por outras palavras, actua culposamente na formação do contrato aquele que a levou a um ponto de negociação do qual normalmente já não há retorno ou possibilidade de alterações substanciais (...) 1357.

III. A jurisprudência admite, ainda, a culpa *in contrahendo* nos casos em que uma das partes crie a convicção da celebração dum contrato válido, convicção essa que venha a ser frustrada por subseqüentes inválidades 1358.

1352 STJ 16-Mar.-2004 (ALVES VELHO), CJ/Supremo XII (2004) 1, 132-134 (134f); *in casu*, acabou por não haver responsabilidade, por não se terem provado os demais requisitos.

1353 RLx 18-Jan.-1990 (RIBEIRO COELHO), CJ XV (1990) 1, 144-146.

1354 REV 11-Nov.-1999 (FERNANDO BENTO), CJ XXIV (1999) 5, 262-264.

1355 STJ 10-Mai.-2001 (QUIRINO SOARES), CJ/Supremo IX (2001) 1, 70-75 (74f).

1356 RPT 27-Fev.-2003 (GONÇALO SILVANO), CJ XXVIII (2003) 1, 195-200 (197f/II ss.).

1357 Lx, 3.º Juízo Cível 16-Out.-1992 (BRUTO DA COSTA), CJ XVII (1992) 4, 336-338 (337f/II). A existência de negociações efectivas é um ponto fundamental: RPT 2-Mai.-1996 (SOUSA PEIXOTO), CJ XXI (1996) 3, 175-179 (177). Quanto à boa fé *in contrahendo*, cf., ainda, STJ 6-Fev.-1997 (MIRANDA GUSMÃO), CJ/Supremo V (1997) 1, 29-102 (101-102).

1358 Cf. RCB 15-Nov.-1994 (EDUARDO MARTINS), CJ XIX (1994) 5, 41-43 (43) e STJ 28-Mar.-1995 (PAIS DE SOUSA), CJ III (1995) 1, 141-145 (144).

Os nossos tribunais têm vindo a identificar os três tipos de deveres emergentes do artigo 227.º/1: de segurança, de lealdade e de informação¹³⁵⁹.

A jurisprudência tem alargado os horizontes do instituto. A violação de deveres de informação é sancionada: assim o caso do Município que contrata a construção dum *ferry boat* omitindo que havia sido recusado o visto do Tribunal de Contas, o que inviabiliza o contrato mas obrigando a construtora naval a dispendir dezenas de milhares de contos em vão¹³⁶⁰; o do banqueiro que celebra um mútuo para se pagar de outro negócio, sem avisar o seu cliente que, assim, nunca teve o dinheiro mutuado à sua disposição¹³⁶¹; o do cedente da exploração de uma bomba de gasolina que não presta ao outro contraente toda a informação sobre o prazo de duração da exploração¹³⁶² ou o adquirente de um bem que não é esclarecido sobre o vício da coisa¹³⁶³.

O instituto também é aplicado na violação dos deveres de lealdade. Tais as hipóteses: de alguém, manifestando um interesse firme num arrendamento, provocar dispendiosas obras vindo, depois, a desistir¹³⁶⁴; de alguém provocar a celebração dum contrato nulo, com violação da confiança criada¹³⁶⁵; ou de alguém pedir um aumento de renda sem atentar na degradação do prédio¹³⁶⁶.

Esta última aplicação deveria ser incentivada como forma de resolver o problema das inalegabilidades formais, sem ter de recorrer ao instituto do abuso do direito.

¹³⁵⁹ Aveiro, 1995, sem indicação do mês e do dia (ANA MÁRCIA DO AMARAL VIEIRA), CJ XXIII (1999) 4, 295-301 (297/II) e REV 30-Out.-1997 (SILVA GONÇALVES), CJ XXII (1997) 4, 282-284 (284/II). Mesmo nos casos em que a aplicação da culpa in contrahendo é concretamente recusada, podemos identificar os deveres que poderiam estar em causa; assim RLx 24-Mai.-2001 (GRANJA DA FONSECA), CJ XXVI (2001) 3, 98-102 (102/II), quanto ao dever de informação.

¹³⁶⁰ Aveiro cit., CJ XXIII, 4, 295-301 (299/II).

¹³⁶¹ RCB 4-Mai.-1999 (COELHO DE MATOS), CJ XXIV (1999) 3, 14-16 (16/II).

¹³⁶² RLx 8-Jul.-2001 (RUA DIAS), CJ XXVI (2001) 4, 77-84.

¹³⁶³ RPT 22-Abr.-2004 (PINTO DE ALMEIDA), CJ XXIX (2004) 2, 191-194.

¹³⁶⁴ RLx 29-Out.-1998 (ANA PAULA BOULAROT), CJ XXIII (1998) 4, 132-135.

¹³⁶⁵ REV 11-Nov.-1999 (FERNANDO BENTO), CJ XXIV (1999) 5, 262-264 (263/II).

¹³⁶⁶ STJ 30-Out.-2001 (SILVA SALAZAR), CJ/Supremo IX (2001) 3, 95-98 (97/II).

o artigo 227.º/1 também se aplica às negociações para alteração de um contrato.

164. A obrigação de indemnização

I. A concretização do artigo 227.º/1 do Código Civil obriga o responsável a indemnizar. Coloca-se, contudo, o problema da natureza dessa responsabilidade: aquiliana, por via do artigo 483.º/1 ou obrigacional, nos termos do artigo 798.º? Ambas as posições têm sido defendidas. Com o seguinte alcance prático: a opção obrigacional, que envolve a presunção de culpa-licitude prevista no artigo 799.º/1¹³⁶⁷, conduz a um funcionamento mais líquido do instituto.

A origem histórica da culpa in contrahendo, designadamente no que toca à sua efectivação jurisdicional, teve precisamente a ver com a necessidade de encontrar, para certas situações, vínculos específicos. Além disso, devidamente concretizado, o artigo 227.º/1 funciona em relações determinadas, cominando concretos deveres de protecção, de lealdade e de informação. A sua violação tem natureza obrigacional: existe um dever específico de cumprimento, sendo justo que, não se verificando este, ao devedor caiba explicar como e porquê.

Tal como sempre temos defendido e tem hoje o apoio da jurisprudência, a violação in contrahendo, no Direito português, tem natureza obrigacional¹³⁶⁸.

II. Na sequência da tradição de IHERING, algumas doutrina e jurisprudência têm procurado limitar a indemnização a arbitrar por culpa in contrahendo ao chamado interesse negativo: o dano a considerar não se identificaria com o ganho que derivaria do contrato – interesse positivo – mas, apenas, com as despesas e as perdas provocadas pelas negociações malogradas¹³⁶⁹, ainda que alargado aos lucros cessantes, mercê dessas mesmas negociações.

Esta construção tem, dogmaticamente, subjacente a ideia de que, na culpa in contrahendo, se violaria um hipotético “contrato pré-contratual”. A determinação do âmbito da indemnização deve fazer-se de acordo com

¹³⁶⁷ Cf. quanto ao alcance dessa presunção, a nossa *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais* cit., § 19.º.

¹³⁶⁸ STJ 4-Jul.-1991 (RICARDO DA VEILHA), BMJ 409 (1991), 735-750 (748-749),

STJ 9-Fev.-1993 (PEDRO SOUSA MACEDO), BMJ 424 (1993), 607-614 (611), Aveiro cit.,

CJ XXIII, 4, 295-301 (299/II), RLx 29-Out.-1998 cit., CJ XXIII, 4, 132-135 (133/II) e STJ

10-Mai.-2001 cit., CJ/Supremo IX, 1, 74/L.

¹³⁶⁹ Cf. RCB 13-Fev.-1991 (NUNES DA CRUZ), CJ XVI (1991) 1, 71-73 e RPT

16-Mai.-1991 (AUGUSTO ALVES), CJ XVI (1991) 3, 231-234.

as regras próprias da causalidade normativa e, em especial: perguntando quais os bens protegidos pela boa fé violada. Tratando-se da confiança, teremos de ver o âmbito desta, designadamente ponderando o círculo do investimento da confiança. Se, por via da confiança suscitada, uma parte perdeu uma ocasião de negócio, a indemnização pode quedar-se pela oportunidade perdida – hipótese que alguma doutrina considera como lucro cessante do interesse negativo – ou, sendo mais realista, computar simplesmente o benefício que adviria da execução do negócio malogrado: o interesse positivo. Na mesma linha, a violação de um dever de sigilo obriga a perguntar pela extensão do segredo violado.

Em suma: a tarefa da determinação da indemnização não deve ser solucionada conceptualmente com base na própria *culpa in contrahendo*, antes há que ponderar as regras gerais da responsabilidade civil.

III. Curiosamente, a ideia de limitação da responsabilidade *in contrahendo* ao chamado interesse negativo tem vindo a ser abandonada pela jurisprudência alemã¹³⁷⁰ e pela jurisprudência portuguesa¹³⁷¹ mais recentes. E em boa hora: desde que se provem os danos, não se vislumbram razões conceptuais para premiar a ilicitude.

Esta matéria tem vindo a causar dificuldades doutrinárias, responsáveis por uma excessiva contensão indemnizatória da nossa jurisprudência e que só poderá ser ditimida, em última análise, em estudos sobre a responsabilidade civil. Por certo que é possível traçar várias hipóteses, na *culpa in contrahendo*, hipóteses essas que, seja pela ilicitude, seja pela causalidade (normativa), poderão contundir com o cálculo da indemnização¹³⁷². Não vemos, todavia, qualquer vantagem em conceitualizar toda esta matéria nem (em Portugal!) em engendrar esquemas que reduzam as já simbólicas indemnizações arbitradas pelos nossos tribunais.

Tomemos um exemplo: um contrato, por *culpa in contrahendo*, é nulo. Dizem os seguidores do dano negativo: considerar o interesse positivo seria, afinal, proceder como se houvesse contrato válido. Respondemos: se,

¹³⁷⁰ BGH 24-Jun.-1998, NJW 1998, 2900-2901: provou-se, aí, que sem o contrato viciado, teria sido celebrado outro mais lucrativo; cf. STEPHAN LORENZ, *Haftungsausfüllung bei der culpa in contrahendo: Ende des Minderungs durch c.i.c.?*, NJW 1999, 1001-1002.

¹³⁷¹ RLx 29-Out.-1998 cit., CJ XXIII, 4, 134/II; cf., também, REv 11-Nov.-1999 cit., CJ XXIV, 5, 263/II, e RPT 27-Fev.-2003 cit., CJ XXVIII, 1, 199/II, embora com outra terminologia.

¹³⁷² Cf., com especial interesse, FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos* cit., 1, 192 ss.

a não haver violação, surgisse mesmo um contrato válido¹³⁷³, qual é o óbice? Legal não é com certeza, selatarmos no artigo 562.º e nas regras da indemnização. Mantemos, pois, que a limitação ao interesse negativo advém de uma transposição conceitual que, entre nós, não serve valores ou interesses úteis¹³⁷⁴. Além disso, não tem base legal: não vemos como apontá-la na presença das duas fases (a da negociação e a da conclusão), na letra do artigo 227.º/1¹³⁷⁵.

165. Coordenadas dogmáticas e evolutivas

I. A *culpa in contrahendo* serviu, historicamente, para levar ao sistema toda uma área que, antes, lhe era estranha: a que decorre desde o encontro entre as partes e até à efectiva conclusão dum contrato, válido e equilibrado. Porém, dado esse passo, ela cedo veio a sofrer a erosão de institutos mais precisos e mais diferenciados. Paralelamente, ela proporcionou uma progressiva integração sistemática. Principiaremos por este último aspecto.

In contrahendo, ocorre uma especial proximidade entre as partes, que as coloca à mercê uma da outra. Em tais condições, compreende-se que surjam deveres de segurança (física e patrimonial), de lealdade (incluindo o sigilo e a não-concorrência) e de informação (completa e verídica): a boa fé e o sistema a tanto conduzem. Mas tal proximidade não é exclusiva das fases pré-contratuais: ela ocorre, também, na vigência do contrato, nas hipóteses em que o contrato seja nulo e, até, depois da cessa-

¹³⁷³ O que deverá ser provado pelo interessado; é evidente que se a prova não for feita, a indemnização poderá ficar pelos danos de confiança. Em Itália, quer a doutrina quer a jurisprudência mantêm uma especial aderência ao dano negativo, ainda que entendido amplamente de modo a, via oportunidade do negócio perdido, abrange os lucros cessantes: ALBERTO SAGNA, *Il risarcimento del danno nella responsabilità precontrattuale* (2004), 18 ss., 138 ss. e *passim*. Todavia, o artigo 1338.º do Código italiano – que não tem correspondente no português – limita o ressarcimento, no caso do conhecimento não comunicado das causas de invalidade, ao dano da confiança. Além disso, é patente a preocupação em, com vários expedientes, alargar quanto possível o âmbito indemnizatório. Assim entendida, a experiência italiana permite duas lições: não pode ser transposta, *ad mittam*, para a nossa Terra, já que os dados são diversos; melhor será evitar os condicionamentos conceituais que tantas dificuldades levantam, depois, na sua superação.

¹³⁷⁴ Acresce o ter sido superada na Alemanha particularmente após a reforma de 2001/2002; cf. PALANDT/HENRICH, *BGB*, 64ª ed., § 311, Nr. 58.

¹³⁷⁵ Como parece querer RLx 8-Jul.-2001 cit., CJ XXVI, 4, 83/II.

ção do contrato ou *post pactum finitum*. Podemos defender com CANARIS – o grande investigador desta construção – uma teoria unitária dos deveres de proteção, de lealdade e de informação, assentes na tutela da confiança e na primazia da materialidade subjacente¹³⁷⁶.

Além desta progressão doutrinária, assinala-se que a densificação legislativa crescente, designadamente na área da defesa do consumidor, tem levado ao surgimento de deveres de proteção e de informação de base legal¹³⁷⁷.

II. Sabemos hoje que, na fase preliminar, as partes podem estabelecer os mais diversos acordos parcelares, bem como recorrer à contratação mitigada. A rejeição doutrinária das soluções contractualistas da *culpa in contrahendo* não nos pode fazer esquecer que, na realidade, as partes vão progredindo, nas negociações, por aproximação e na medida em que haja consenso. Deste modo, é de esperar que, perante súbitas erupções danosas, se estejam, antes do mais, a violar convénios já conseguidos¹³⁷⁸. O âmbito do artigo 227.º/1 do Código Civil irá regredindo, à medida que a Ciência do Direito se mostre capaz de trabalhar com tais acordos.

III. Além disso, surgem áreas específicas, ricas em valores e nas quais o legislador assumiu a postura explícita de proteger determinados intervenientes. Assim sucede no domínio das cláusulas contratuais gerais, onde ocorrem específicos deveres de informação – artigo 6.º da LCCG – ou no do Direito mobiliário, onde se prevê uma particular responsabilidade pelo prospecto, numa concretização da *culpa in contrahendo*¹³⁷⁹.

A todas estas figuras haverá sempre que somar os diversos institutos da responsabilidade civil, à medida que se venham a tornar mais eficazes. Assim, uma violação do sigilo será uma falha *in contrahendo*. Mas poderá,

1376 Vide *Da boa fé* cit., 632 ss. e *passim*; cf. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de proteção* (1994).

1377 Cf. os artigos 5.º e 8.º da LDC. O artigo 9.º/1 da mesma LDC refere “...a lealdade e a boa fé, nos preliminares...”. Vide *infra*, 655 ss.. Além disso, devemos contar com o útil concurso de outros institutos, como o dos vícios na coisa vendida. Cf. REINHARD SINGER, *Fehler beim Kauf/Zum Verhältnis von Mängelgewährleistung, Irrtumsanfechtung und culpa in contrahendo*, FG (Wissenschaft) 50 Jahre BGH 1 (2000), 381-405.

1378 Cf. MARIA RAQUEL REI, *Do contrato-quadro* (1997, inédito), 41 ss..

1379 Cf. os artigos 143.º e ss. do CódMVM e 149.º e ss. do CVM. Vide CARLOS COSTA PINA, *Dever de informação e responsabilidade pelo prospecto no mercado primário de valores mobiliários* (1999).

antes do mais, representar uma violação ao direito à privacidade, sede onde será possível uma indemnização mais cabal. Tudo isto retira espaço à velha *culpa*¹³⁸⁰.

Pela sua própria natureza, o aperfeiçoamento do critério soluciona problemas mas permite descobrir muitos outros por resolver. A *culpa in contrahendo* é depurada por novos institutos mais precisos. Mantém-se, no entanto, como sinal último da presença do sistema, harmonizando soluções e facultando saídas exigidas pelo ordenamento, mas onde falhe o *ius strictum*¹³⁸¹.

IV. No funcionamento da *culpa in contrahendo* deve-se ter sempre presente que – as palavras são do Supremo – ela opera como¹³⁸²:

(...) compromisso ou conciliação entre o interesse na liberdade negocial e o interesse na proteção da confiança das partes durante a fase das negociações.

Por outro lado, ela surge como um instituto delicado: há que alegar e provar quer a violação¹³⁸³, quer os danos¹³⁸⁴. Com essas cautelas, não cabe reacar qualquer perda de segurança jurídica.

Também no que tange à responsabilidade emergente da *culpa* temos alguns progressos. Já vimos que, apesar das resistências, a doutrina e a jurisprudência vêm:

- reconhecer que a responsabilidade *in contrahendo* tem natureza obrigacional;
- admitir que os danos indemnizáveis possam não se circunscrever ao interesse negativo.

Esta matéria poderia melhor ser enquadrada com recurso à “terceira via” da responsabilidade civil.

1380 Cf. NORBERT HORN, *Culpa in contrahendo* cit., 386.

1381 Torna-se interessante constatar, também neste domínio, uma certa confluência de sistemas: o Direito anglo-saxónico, tradicionalmente pouco motivado para a *culpa in contrahendo*, tem vindo a ser sensibilizado para o tema; cf. NICOLE SCHNEIDER, *Überrima Fides/Treu und Glauben und vorvertragliche Aufklärungspflichten im englischen Recht* (2004), 12 ss., 23 ss. e 233 ss..

1382 STJ 9-Fev.-1999 (MARTINS DA COSTA), C/Supremo VII (1999) 1, 84-86 (85/1).

1383 RLx 2-Jul.-1998 (FERNANDO CASIMIRO), C/ XXIII (1998) 4, 81-85 (83/1).

1384 STJ 23-Set.-1998 (FEREIRA DA GRACA), C/Supremo VI (1998) 3, 14-19 (18/II).

166. A codificação

I. A codificação da *culpa in contrahendo* pode ocorrer por duas formas distintas:

- a codificação geral do instituto;
- a sua codificação sectorial, tendo em vista determinados sectores sensíveis.

Exemplo recente de codificação geral é-nos dado, pela reforma do BGB alemão, de 2001/2002. Dispõe o correspondente texto¹³⁸⁵:

§ 311 (Relações obrigacionais negociais e semelhantes a negociais)

(1) Para a constituição de uma relação obrigacional através de negócio jurídico assim como para a modificação do conteúdo de uma relação obrigacional é necessário um contrato entre as partes, salvo diversa prescrição da lei.

(2) Uma relação obrigacional com deveres no sentido do § 241/2 surge também através de:

1. A assunção de negociações contratuais;
2. A preparação de um contrato pelo qual uma parte, com vista a uma eventual relação negocial, concede à outra parte a possibilidade de agir sobre os seus direitos, bens jurídicos ou interesses, ou confia nela ou dá azo a contratos semelhantes a negociais.

(3) Uma relação obrigacional com deveres no sentido do § 241/2 pode também surgir para pessoas que não devam, elas próprias, ser partes num contrato. Uma tal relação obrigacional surge, em especial, quando o terceiro tenha assumido um determinado grau de confiança e com isso tenha influenciado consideravelmente as negociações contratuais ou a conclusão do contrato.

II. Como se vê, a codificação não foi ao ponto de desfibrar os diversos deveres susceptíveis¹³⁸⁶. Mantém-se, pois, as tipologias de deveres já

¹³⁸⁵ Cf. PALANDT/HEINRICHS, 64ª ed. cit., 474.

¹³⁸⁶ Trata-se de um ponto assumido logo na primeira justificação do Ministério da Justiça; cf. o *Diskussionentwurf* cit., 176.

isoladas perante a lei velha¹³⁸⁷ e que podem ser enquadradas em cinco grandes grupos:

- violação de deveres de protecção perante a outra parte durante as negociações contratuais;
- violação de deveres de informação;
- impedimento à eficácia do contrato;
- interrupção infundada das negociações;
- responsabilidade do representante.

De todo o modo, a codificação dá uma base mais clara ao instituto.

III. O § 311 da lei nova tem ainda o mérito de, definitivamente, situar na responsabilidade obrigacional as consequências da *culpa in contrahendo*: à violação dos deveres envolvidos aplica-se o § 280 do BGB¹³⁸⁸.

Parece ainda claro que nenhuma razão existe para limitar a corrente indemnizatória ao interesse negativo: tudo depende do sentido e do conteúdo dos deveres que, *in concreto*, se mostrem violados¹³⁸⁹.

Ficam votos para que esta firme orientação do Direito alemão contraria para reforçar, entre nós, a ideia da responsabilidade pré-contratual como obrigacional (e não aquiliana) e para esconjurar as limitações apriorísticas ao interesse negativo, drenadas de certas orientações conceitualistas alemãs pré-reforma, mas sem base na nossa lei, além de valorativamente inadequadas.

IV. Finalmente, tem muito interesse a consagração legal da responsabilidade de terceiros por *culpa in contrahendo*, tal como resulta do § 311/3. Há muito defendida pela doutrina e sufragada pela jurisprudência, a consagração apontada torna mais fácil e operativo o instituto. Paralelamente, mantêm-se úteis as vias de concretização apuradas pelo Direito anterior à reforma.

V. Um exemplo sectorial surge nas leis sobre os seguros. O Regime Geral das Empresas Seguradoras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Abril, fixa uma lista extensa de informações a prestar pelas

¹³⁸⁷ EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 5ª ed. cit., 93 ss.

¹³⁸⁸ EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 5ª ed. cit., 137 ss.

¹³⁸⁹ *Idem*, 137.

seguradoras antes da conclusão do contrato (176.º e 179.º), lista essa que é ampliada pelos artigos 2.º e 3.º do Decreto-Lei n.º 176/95, de 26 de Julho¹³⁹⁰. Esta matéria é recortada no instituto da *culpa in contrahendo*, dispondo de um regime especial. Todavia, a *culpa* é sempre útil: seja como elemento auxiliar de interpretação, seja como factor de complementação.

§ 38.º ACTOS PREPARATÓRIOS

167. Ideia geral e modalidades

I. Como adiante melhor será visto, a proposta e a aceitação surgem como elementos necessários, dentro do processo de formação do contrato. A liberdade das partes pode, no entanto, introduzir outros elementos nesse processo, seja como modo de mais eficazmente se conseguir a prossecução do consenso, seja como via adequada para enfrentar particulares circunstâncias que se lhes deparem.

A esta luz, podem definir-se os actos preparatórios como todos aqueles que, inserindo-se pelo seu objectivo no processo de formação do contrato, não possam reconduzir-se à proposta, à aceitação ou à rejeição¹³⁹¹.

II. Os actos preparatórios podem ser *materiais* ou *jurídicos*, consoante se analisem em simples modificações do mundo material ou antes impliquem actividades de puro significado jurídico. Assim, tanto é preparatório o acto que se traduza no aprontar duma sala de reunião, como a celebração de um pacto quanto à forma do futuro e eventual contrato. Entre os actos preparatórios materiais incluem-se, como categoria autónoma, os contactos preliminares: neles, as partes procuram conhecer-se e indagar a possível negociação dos seus interesses.

Por seu turno, os actos preparatórios jurídicos dizem-se vinculativos ou não-vinculativos conforme obriguem, ou não, as partes a práticas ulteriores. Por exemplo, é vinculativo o contrato-promessa, enquanto a proposta de qualquer pacto preparatório não adstringe, por si, as partes, a qualquer conduta.

¹³⁹⁰ Cf. MENEZES CORDEIRO/CARLA MORGADO, *Leis dos seguros* cit., 149 ss. e 231 ss..

¹³⁹¹ Cf., para uma determinação não coincidente, mas rica em elementos, FRANCESCO REALMONTA, *I rapporti giuridici preparatori* (1996), Introdução, XI-XXI.

III. A natureza jurídica dos preliminares já levantou algumas dúvidas: tratava-se, no essencial, de saber se, no seu decurso, as partes são inteiramente livres de agir ou se, pelo contrário, elas devem observar certas regras. Hoje, porém, a resposta surge pacífica: no decurso dos preliminares, as partes mantêm a liberdade de contratar; devem, contudo, respeitar a boa fé, pelo que tudo quanto façam tem, a esse nível, relevância jurídica. A técnica de decisão de acordo com a boa fé obriga, contudo, a trabalhar com modelos bastante vagos, o que só é possível com recurso a um instituto particularmente adaptado para o efeito: a *culpa in contrahendo*, acima analisada.

Pode-se ir mais longe.

Alguns actos preparatórios surgem de tal modo incisivos e habituais que suscitam, no plano das realidades sociais, a possibilidade de aplicação de regras particularmente adaptadas. Tal sucede com a minuta ou punctação, no domínio dos actos materiais e com os contratos preparatórios, no campo dos normativos.

IV. A minuta ou punctação é um documento no qual as partes vão exarando os diversos pontos a inserir no futuro contrato, à medida que sejam acordados. A ideia tradicional é a de que o contrato é aprovado no seu todo. Por isso, os pontos sectoriais acordados, mesmo quando lançados num papel, não vinculam as partes antes da aprovação global final¹³⁹².

Na actualidade, assiste-se, muitas vezes, em negociações complexas, à realização de actos das diversas reuniões, por escrito ou em banda magnética, ou a volumosas trocas de correspondência, de onde resultam acordos sectoriais obtidos pelas partes. O princípio da aprovação final global, afirmado a propósito da punctação, consta do § 154, I, 2 do BGB alemão, surgindo, por isso, na literatura de influência germânica¹³⁹³. O Código Português nada diz a tal respeito. E bem: tudo depende da vontade das partes. O acto de lançar em minuta certos elementos é puramente material. Mas os acordos que assim se documentem ou que resultem de actas de reuniões ou da correspondência trocada pelas partes podem ter alcance normativo imediato. É, pois, questão de interpretação o saber se as partes se consideram já vinculadas por acordos parcelares previamente

¹³⁹² ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, 15ª ed. cit., 2, 1.003 (§ 163, I), e MEDICUS, *Allgemeiner Teil*, 8ª ed. cit., 171.

¹³⁹³ REINHARD BORK, no *Staudingers Kommentar I*, §§ 134-163 (2003), § 154, Nr. 11 (651) e ERNST A. KRAMER, no *Münchener Kommentar I* cit., § 154, Nr. 10 (1541).

celebrados ou se tais aspectos ficavam condicionados por uma aprovação final global. O objectivo por elas prosseguido com a contratação e a própria exequibilidade dos pactos parcelares devem integrar os competentes modelos de decisão.

V. Ainda no campo dos actos preparatórios, podem surgir diversos contratos instrumentais, ou seja, contratos que não visam regular de modo directo o conteúdo que integrará o convénio definitivo – assim se distinguindo dos acordos parcelares prévios, acima referidos – mas, tão-só, aspectos que a ele irão conduzir.

Entre os contratos preparatórios instrumentais expressamente previstos ou pressupostos na lei, cabe referir:

- a convenção das partes sobre a forma do futuro e eventual contrato – artigo 223.º;
- a convenção das partes sobre o valor do silêncio – artigo 218.º;
- a convenção das partes sobre o prazo de subsistência de eventuais propostas – artigo 228.º/1, a);
- o contrato-promessa ou contrato pelo qual as partes se obrigam a celebrar o contrato definitivo – artigos 410.º e seguintes;
- o pacto de preferência ou contrato pelo qual uma das partes se obriga a, quando contratar, fazê-lo preferencialmente com a outra, desde que esta acompanhe a oferta de um terceiro – artigos 141.º e seguintes.

A matéria do contrato-promessa e do pacto de preferência é tratada em Direito das obrigações.

VI. Há outros contratos preparatórios, de tipo instrumental, que embora não consagrados expressamente na lei civil, têm um relevo prático marcado. Tal ocorre com o contrato de opção¹³⁹⁴, pelo qual uma pessoa,

¹³⁹⁴ A opção é autonomizada por lei dentro de tipos contratuais complexos, como o da locação financeira ou contrato de *leasing*: o contrato pelo qual uma parte se obriga a conceder a outra o gozo temporário de uma coisa, e que esta pode comprar, num prazo convencional. A locação financeira é, de facto, um esquema de financiamento; em termos analíticos surge nela, porém, a final, uma opção de compra – cf. artigos 1.º e 10.º/2, A, do Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Julho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 265/97, de 2 de Outubro: o locatário, pode, querendo, adquirir a coisa locada.

Quanto à opção, cf. ANTONELLA SCIARONE ALIBRANDI, *L'opzione* em REALMONTE (org.), *I rapporti giuridici preparatori* (1996), 51-160 e REINHARD BORK, no *Staudingers Kommentar I*, §§ 134-163 cit., prenot. §§ 145-156, Nr. 19 ss. (572 ss.).

querendo, pode provocar o aparecimento dum contrato predeterminado¹³⁹⁵. Neste sentido, a opção não se confunde com a preferência, onde o contrato a celebrar depende da proposta feita pelo terceiro.

E assim sucede, também, com o concurso para a celebração dum contrato ao qual, pelo seu relevo, se vai consagrar uma rubrica autónoma.

168. O concurso para a celebração dum contrato

I. O concurso para a celebração dum contrato corresponde a um ou mais actos jurídicos destinados a promover o aparecimento de uma pluralidade de interessados na conclusão dum contrato e, depois, a facultar, por escolha, a selecção dum deles, para a celebração em causa¹³⁹⁶. São, pois, elementos essenciais deste acto preparatório a existência de *pluralidade de interessados* e, depois, a *escolha*.

A existência de concurso para a celebração dum contrato pode visar razões distintas embora, com frequência inseparáveis. Assim:

- a *escolha do parceiro mais idóneo*: dada a complexidade das sociedades técnicas, a pessoa interessada em contratar não conhece, muitas vezes, os potenciais parceiros; o concurso, normalmente acompanhado por publicidade alargada, permite um afluxo de potenciais contratantes, facultando escolhas adequadas;
- o *aproveitamento dos mecanismos da concorrência*: ao abrir um concurso, o interessado dirige-se aos potenciais contratantes; estes, para arrematar o lugar, vão oferecer melhores condições, procurando ultrapassar-se uns aos outros;
- a *procura da melhor gestão*: por vezes, o dono do concurso não tem ideias assentes quanto ao próprio contrato a celebrar; os interessados são levados a concorrer apresentando propostas globais — por exemplo, para a recuperação duma empresa; resulta, daí, uma busca de melhor gestão, que transcende o mero universo contractual;

¹³⁹⁵ Quanto à opção, cf. ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, 15ª ed. cit., 2, 998, nota 28 (§ 162, IV) e LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9ª ed. cit., 426 ss..

¹³⁹⁶ Para maiores desenvolvimentos remete-se para MENEZES CORDEIRO, *Da abertura de concurso para a celebração de um contrato no Direito privado*, BMI 369 (1988); foi tirada separata prévia.

— a *legitimação da escolha*: para a celebração dum contrato, a legitimidade material advém da autonomia privada; pode-se, porém, ir mais longe: se a celebração dum contrato for precedida dum concurso, ficará a ideia, na comunidade jurídica, não só de que havia o direito de celebrar tal contrato mas, também, de que foi, para o contratante, escolhido o melhor. Compreende-se, deste modo, o relevo que o concurso para a celebração de contratos adquire no sector público¹³⁹⁷; mas também no privado o prestígio duma empresa poderá requerer a contratação na base de prévios concursos.

II. Seja qual for o seu objectivo, o concurso para a celebração dum contrato comporta várias modalidades, em função de diversos critérios.

Consoante o *contrato* em jogo e que poderá vir a ser celebrado, o concurso será administrativo, civil ou comercial, para compra, para empreitada ou para outro tipo contratual ou, noutro prisma, para aquisição de imóveis ou de imóveis ou para a obtenção de serviços.

Em função dos *destinatários*, isto é, das pessoas que nele poderão participar, há contraposições relevantes. A essa luz o concurso poderá ser internacional, europeu, nacional, regional, local, concelhio, etc., consoante o círculo de interessados visado. Importante, também, é a clivagem entre concursos indiferenciados e especializados: os primeiros dirigem-se a qualquer interessado, enquanto os segundos visam, apenas, interessados com certas habilitações. Fundamental surge a contraposição entre o concurso público e o concurso limitado: ao concurso público podem apresentar-se quaisquer interessados que reúnam as condições genericamente referidas no próprio termo de abertura do concurso; ao concurso limitado apenas se podem apresentar as entidades especialmente convidadas, pelo autor do concurso, a fazê-lo.

O *regime* do concurso permite várias distinções de relevo, abaixo referidas.

¹³⁹⁷ No sector público, a celebração de concursos é mesmo obrigatória, em certos casos; assim, segundo o artigo 47.º/1 do Decreto-Lei n.º 405/93, de 10 de Dezembro, diversas vezes alterado, a última das quais pela Lei n.º 94/97, de 23 de Agosto, "A celebração do contrato de empreitada de obras públicas será precedida de concurso público, de concurso limitado ou de concurso por negociação, salvo nos casos em que a lei permita o ajuste directo ou a dispensa de concurso e esta seja decidida pela entidade competente".

III. O concurso para a celebração do contrato – figura genericamente atípica – não deve confundir-se com os concursos previstos no artigo 463.º¹³⁹⁸, em termos, aliás, muito parcos: trata-se, neste preceito, de concursos com outros objectivos¹³⁹⁹. Por isso, na busca do *regime* aplicável ao concurso para a celebração do contrato, há que proceder a considerações diversas.

Como ponto de partida, deve ter-se presente que o concurso agora em estudo se filia na autonomia privada. Perguntar pelo regime dum concurso é pois, antes do mais, indagar a vontade dos seus autores.

Pode haver um *concurso contratual*: nesta hipótese, todos os envolvidos num processo contratual, directamente ou a título de potenciais interessados, acordam previamente os termos a seguir na contratação, fixando as regras para encontrar os contratantes definitivos. Nessa altura, resta aplicar o regime do contrato e, tendencialmente, as regras relativas ao contrato-promessa.

Mais frequente, no entanto, é a hipótese de um *concurso unilateral*: apenas o seu dono procede à competente abertura e aprova os seus termos; desta feita, haverá que interpretar a declaração do interessado, para apurar o regime em jogo.

IV. O regime, tal como resulta das competentes operações interpretativas, comporta várias hipóteses que podem ser esquematizadas como segue:

– o concurso pode ser *indicativo* ou *vinculativo*, de acordo com a sua finalidade: a de construir, apenas, uma fonte de informações para o autor do concurso ou, pelo contrário, o de se integrar com efectividade num processo tendente à formação dum contrato;

¹³⁹⁸ Assim, REv 24-Fev.-2000 (MARIA LAURA LEONARDO), CJ XXV (2000) 1, 276-280 (279/II): um excelente acórdão.

¹³⁹⁹ De facto, o concurso referido no artigo 463.º visa a atribuição de um prémio: tem o sentido duma liberalidade, pelo que se compreende a lata margem deixada ao organizador. Em princípio, o resultado de tal concurso não é sindicável pelo tribunal – cf. RLx 2-Mar.-2000 (SALAZAR CASANOVA), CJ XXV (2000) 2, 77-80 (78/II). Mas pensamos que tem de haver limites impostos, se necessário, pela boa fé. Assim, no caso do concurso televisivo “casados de fresco” em que casais concorrentes respondiam a determinadas questões, foi dada uma resposta correcta e que o júri da estação organizadora, por erro grosseiro, invalidou; num caso desses, em que o concurso tem, ainda, relevo cultural, social e pedagógico e em que não pode falar-se em pura liberalidade – já que os prémios dados aos concorrentes visam aumentar a audiência – deveria, pelo menos, ter havido uma indemnização. Contra, todavia: RLx 27-Nov.-1997 (NARCISO MACHADO), CJ XXII (1997) 5, 110-113 (111/II, 112/I e 113/I).

– o concurso pode assumir-se, desde logo, como *proposta* ou como *solicitação* conforme, dos seus termos, resulte o aparecimento do contrato logo que algum interessado preencha certas condições ou, pelo contrário, os interessados se limitem a apresentar propostas, que o autor do concurso deverá, depois, aceitar em certo condicionalismo.

Independentemente do que ficou dito, a abertura do concurso implica, para o seu autor, o instituir de regras de tipo processual e de tipo substantivo.

As *regras processuais* têm a ver com o tipo de comportamentos instrumentais que vão pautar a conduta dos envolvidos na fase preparatória: entrega de propostas, documentação, prazos, modo de abertura, etc.

As *regras substantivas* ligam-se aos valores a ponderar por via do concurso e fixam os quadros relativos ao próprio contrato a celebrar – isto é, de que tipo de contrato se trata – os parâmetros referentes aos solicitados – ou seja, a natureza pública ou restrita do concurso, as habilitações requeridas, etc. – e os critérios de decisão para a escolha final.

V. O regime do concurso vincula o seu autor, salvo quando, claramente, ele tenha proclamado, nos termos da abertura, a natureza meramente indicativa do processo. As pessoas são livres de contratar ou de não contratar; e podem, por maioria de razão, fazer anteceder o contrato por consultas ou sondagens à opinião pública, procurando colher opiniões e conhecer eventuais interessados. Quando, porém, abram um concurso, devem respeitá-lo até ao fim¹⁴⁰⁰. Nesse sentido dispõem três razões de Direito positivo:

– o princípio do cumprimento das vinculações unilateralmente assumidas; tal princípio, depois de complexa evolução e apesar de algumas inflexões, tem hoje assento no Código Civil, designadamente no artigo 459.º;

– o princípio da boa fé, na vertente de tutela da confiança: não pode uma pessoa gerar na comunidade jurídica a convicção de que, para a celebração dum contrato, será seguida certa metodologia e, depois, supervenientemente, desamparar essa confiança;

– a tutela da confiança pré-contratual¹⁴⁰¹.

¹⁴⁰⁰ REv 24-Fev.-2000 cit., CJ XXV, 1, 279/II e 280/I.

¹⁴⁰¹ STA 13-Mar.-2001 cit., AcD XLI, 482, 164.

VI. Dois pontos podem levantar dúvidas: a *entidade* a quem compila a escolha pressuposta pelo concurso e os *critérios* que ela deva observar, nessa mesma escolha. A entidade competente é a que constar da declaração de abertura do concurso; quando nada se diga, a escolha compete ao próprio dono do concurso. Paralelamente, devem ser respeitadas as bitolas implícita ou explicitamente referidas na mesma abertura. Se houver omissão, a própria boa fé exigirá que, atenta a finalidade do concurso, se escolha de acordo com os valores comuns nesse tipo de actividade. Muito simplesmente: devem ser aplicadas as escalas de valores que, dadas as circunstâncias, todos esperaríamos ver funcionar. Assim, a melhor candidatura, nas variáveis preço/qualidade será, em princípio, vencedora.

O incumprimento das regras aplicáveis no domínio da abertura do contrato obriga a indemnizar todos os lesados pelos prejuízos; em casos especiais, sempre que o concurso seja suficientemente preciso para permitir apontar, em termos objectivos, o vencedor e para conhecer o contrato definitivo, é possível o recurso a uma execução específica, nos termos do artigo 830.º do Código Civil.

169. Contratos mitigados

I. Perante uma esquematização de tipo tradicional, a postura dos interessados em face de um eventual contrato só poderia ser de aquiescência ou de recusa. Ou pretendem o acordo e assentem; ou não é o caso e faltará o contrato. As necessidades do tráfico vieram determinar outra hipótese: a de os interessados, não querendo ainda o contrato, se obrigarem, no futuro, a concluí-lo. Teremos, então, o contrato-promessa. Dentro desta possibilidade abriram-se, depois, outras sub-hipóteses e, designadamente: a de haver contratos-promessas com e sem execução específica. No primeiro caso, ocorrendo o incumprimento, o promitente fiel poderia sempre obter, do tribunal, uma sentença que suprisse a abstenção do falroso; em suma: celebrado o contrato-promessa, as partes teriam meios de fazer surgir o contrato definitivo. No segundo caso, o incumprimento do contrato-promessa apenas poderia dar lugar a medidas compensatórias.

O espaço que fica entre a completa ausência de compromissos e o contrato-definitivo foi-se, ainda, densificando¹⁴⁰². Poderiam, pelas partes,

¹⁴⁰² Cf. MARTIN WEBER, *Der Optionsvertrag*, JuS 1990, 249-256 (249) e BAPTISTA MACHADO, *A cláusula do razoável* (1986), em *Obra dispersa*, vol. 1.º (1991), 457-621 (457 ss.).

ser estabelecidos vínculos mais lacos, de conteúdo variável e que teriam em vista uma futura composição de interesses. Chamaremos, genericamente, a essas figuras "contratação mitigada"¹⁴⁰³.

II. A contratação mitigada tem vindo a ser consignada pela prática dos negócios. Diversas figuras têm sido autonomizadas¹⁴⁰⁴. Temos:

- a carta de intenção (*letter of intent*): trata-se duma declaração, normalmente em forma epistolar e que consigne uma vontade já sedimentada de, em determinadas condições, concluir certo contrato, embora sem se obrigar a tanto¹⁴⁰⁵; a carta de intenção é muitas vezes usada no comércio internacional onde, mercê da diversidade linguística e das dificuldades de redocumentação, se recorre, preliminarmente, a instrumentos mais simples¹⁴⁰⁶; há várias hipóteses de textos¹⁴⁰⁷; a carta de intenção é ainda usada para demonstrar uma vontade séria de adquirir de modo a poderem ser iniciadas auditorias (*due diligence*)¹⁴⁰⁸;

- o acordo de negociação (*instruction to proceed* ou *Vereinbarung über den Verhandlungsablauf*): ocorre em negociações complexas e consigna uma vontade comum das partes de prosseguir negociando, dentro de determinados parâmetros;

¹⁴⁰³ Sobre todo este tema, cf. os importantes estudos de E. SANTOS JÚNIOR, *Acordos intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato*, ROA 1997, 565-604 e de MARIA RAQUEL REI, *Do contrato-quadro* (1997, inédito e já citado).

¹⁴⁰⁴ Cf., em especial, MARCUS LUTTER, *Der Letter of Intent/Zur rechtlichen Bedeutung von Absichtserklärungen*, 3.ª ed. (1998), WEBER, *Der Optionsvertrag* cit., 251 ss., REINHARD BORK, no *Staudingers Kommentar I*, §§ 134-163 cit., § 145, Nr. 14 (583-589) e LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9.ª ed. cit., 427-428. Tem muito interesse a enumeração de BRICHTE LEBEVAE, *La bonne foi dans la formation du contrat* (1998), 124 ss., à luz do Direito do Quebec; ela distingue: 1) acordos de honra; 2) cartas de intenção; 3) punção; 4) acordos de princípio.

¹⁴⁰⁵ Cf. REINHARD BORK, no *Staudingers Kommentar* cit., 589 e ENRICO CARUSO, *Le dichiarazioni d'intenti*, em REALMONTE, *I rapporti giuridici preparatori* (1996), 275-323.

¹⁴⁰⁶ BURGHARD PILTZ, *Neue Entwicklungen im UN-Kaufrecht*, NJW 2003, 2056-2063 (2060f.).

¹⁴⁰⁷ ROLF A. SCHÖTZE/LUTZ WEIPERT, *Münchener Vertragshandbuch* 4, 5.ª ed. (2002) dão-nos fórmulas de cartas de intenção.

¹⁴⁰⁸ KLAUS J. MÜLLER, *Gestaltung der Due Diligence durch den Vorstand der Aktiengesellschaft*, NJW 2000, 3452-3456 (3455).

- o acordo de base (*head of agreement, principle of agreement* ou *Grundvereinbarung*): também em negociações complexas, podem as partes, obtido um acordo em área nuclear, formalizá-lo deste logo; as negociações prosseguirão, depois, a nível técnico, para aplainar os aspectos secundários¹⁴⁰⁹.
- o acordo-quadro (*Rahmenvertrag*): em negociações tendentes a originar múltiplos contratos, as partes assentam num núcleo comum a todos eles¹⁴¹⁰.
- o protocolo complementar (*side letter* ou *Zusatzvereinbarung*): tendo em vista um contrato nuclear, as partes concluem um convénio acessório, tendente a completá-lo¹⁴¹¹.

Um exemplo de contrato preparatório frequente entre nós e que podemos reconduzir à contratação mitigada é o do "contrato de reserva": um potencial comprador mostra-se interessado mas pretende conservar total liberdade de decisão; o vendedor "reserva" a coisa vendida durante um pequeno prazo, comprometendo-se a aguardar a decisão do comprador¹⁴¹².

III. Em princípio, todas estas figuras são juridicamente relevantes. Assim, perante elas, cabe desde logo e pela interpretação, verificar qual a vontade dos participantes e, designadamente: se eles se consideram vinculados pelos seus termos e de que modo.

A grande dúvida tem a ver com o incumprimento: pode a parte fal-tosa ser coagida ao acatamento?

Em Direito, qualquer acordo válido deve ser cumprido, salvo quando, nele, se diga outra coisa. Tudo dependerá de saber se o acordo mitigado tem um conteúdo suficientemente explícito ou se se limita a obrigar as partes a prosseguir nas negociações. Sendo bastante, o conteúdo deve ser acatado¹⁴¹³. Não o sendo, a parte faltosa apenas poderá ser condenada em

¹⁴⁰⁹ Cf. UTE JUNG, *Die Einigung über die "essentialia negotii"* cit., 28 ss.. Cf. OLG Karlsruhe 14-Jun.-1995, NJW-RR 1996, 997.

¹⁴¹⁰ Cf. LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9ª ed. cit., 428.

¹⁴¹¹ Há bastante jurisprudência; p. ex., em BGH 12-Nov.-2003, NJW-RR 2004, 518, discutia-se a validade de um protocolo complementar a um contrato de arrendamento.

¹⁴¹² Cf. REv 22-Jun.-2004 (ANA RESENDE), CJ XXIX (2004) 3, 255-258 (256-257 e 258/1).

¹⁴¹³ Tal o caso (mal) decidido em STJ 24-Out.-1995 (TORRES PAULO), BMJ 450 (1995), 443-468 (461 ss.), de resto bem documentado e cuidadoso; fora aí celebrado um

indemnização, por interrupção injustificada das negociações. O Tribunal não pode, de todo o modo, substituir-se às partes, negociando por elas.

IV. Pergunta-se, por fim, pela natureza destes acordos. A locução "contratação mitigada", embora sugestiva, pode enganar. Não se trata de vínculos "mais fracos" mas, antes, de vínculos diferentes. As partes podem adoptar deveres de procedimento, de esforço e de negociação, tendo em vista um fim eventual. Tais deveres são tão dignos como outros quaisquer: só surgem diferentes dos deveres que, eventualmente, virão à luz na contratação final.

170. Acordos de cortesia e acordos de cavalheiros

I. Embora não tenham necessariamente natureza preparatória de outros contratos, ocorre falar agora dos chamados acordos de cortesia e dos acordos de cavalheiros.

Antes do mais, há que fixar a terminologia. Não consideraremos nesta categoria os negócios comuns, que apenas tenham sido celebrados por cortesia, por cavalheirismo ou por obsequiosidade. Assim, a letra de favor, a aquisição por preço elevado de um quadro insignificante ou a aceitação de um trespasse sem futuro, apenas por simpatia ou apreço pela outra parte, são actos patrimoniais que, uma vez concluídos, devem ser honrados, nos termos comuns. Também a gentileza pode originar situações comuns de responsabilidade civil: pense-se no automobilista que dá uma boleia e que se vê, depois, confrontado com o dever de indemnizar o transportado, por acidente de estrada.

Chamaremos acordo de cortesia ao convénio relativo a matéria não-patrimonial e que releve do mero trato social. Ele poderá recair sobre a hora e o local dum encontro, sobre questões protocolares ou sobre outros ajustes convenientes para um convívio agradável, dentro e fora da contratação jurídica.

O acordo de cortesia não se distingue do contrato (apenas) por as partes o terem colocado fora do Direito: ele recai, antes, sobre uma matéria

"contrato preliminar dum contrato-promessa", mediante o pagamento duma denominada "taxa de inscrição"; o Supremo, impressionado por não se tratar dum contrato-promessa habitual, optou pela não-execução específica, mau grado haver elementos suficientes para a encerrar.

que, não tendo conteúdo patrimonial¹⁴¹⁴, não releva para o Direito. Esta distinção era muito clara no século XIX, uma vez que se exigia, para uma verdadeira obrigação jurídica, natureza patrimonial¹⁴¹⁵. O alargamento subsequente veio criar dificuldades de fronteira. Mas são transponíveis, uma vez que as obrigações não patrimoniais postulam uma vontade jurídica reforçada. A presença de uma obrigação derivada do acordo de cortesia é, em regra, de tipo legal: assim ocorre com a prestação de informações sem base jurídica¹⁴¹⁶.

Evidentemente: o acordo de cortesia que seja subtraído apenas para provocar danos pode dar azo a situações comuns de responsabilidade civil. Digamos que ele origina uma obrigação legal de protecção, semelhante à da *culpa in contrahendo*¹⁴¹⁷.

II. O acordo de cavalheiros é um convénio que as partes pretendam colocar fora do campo do Direito¹⁴¹⁸. Pode, teoricamente, recair sobre quaisquer assuntos, patrimoniais e pessoais: tem apenas a particularidade de assentar na palavra dada e na honra de quem a dá¹⁴¹⁹.

O acordo de cavalheiros – desde que, naturalmente, se trate mesmo de cavalheiros¹⁴²⁰ – é mais adstringente do que qualquer vínculo jurídico. Basta ver que um contrato pode, em certos casos previstos na lei, não ser cumprido; ora o cavalheiro honrará sempre a palavra dada, quaisquer que sejam as circunstâncias e o preço. Mas não é Direito.

III. Põe-se o problema de saber se, ao concluir um acordo de cavalheiros, as partes podem abdicar, desde logo, de qualquer protecção jurídica. Não podem, a não ser no plano do cavalheirismo. Visto o disposto no artigo 809.º, as obrigações naturais só são possíveis nos casos admitidos

¹⁴¹⁴ E não produzindo efeitos de tipo pessoal ou familiar por não corresponder a nenhuma situação que a lei preveja com esse sentido.

¹⁴¹⁵ DIETMAR WILLOWIT, *Schuldverhältnisse und Gefälligkeit/Dogmatische Grundfragen*, JuS 1984, 909-916 (909/II).

¹⁴¹⁶ Do mesmo autor: *Die Rechtsprechung zum Gefälligkeitshandeln*, JuS 1986, 96-107.

¹⁴¹⁷ WILLOWIT, *Schuldverhältnisse und Gefälligkeit* cit., 911/II e CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança* cit., §17 ss., com terminologia não coincidente.

¹⁴¹⁸ Cf. ANTÓNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio jurídico e declaração negocial/Nóções gerais e formação da declaração negocial* (1986), 41 ss..

¹⁴¹⁹ KARL FRIEDRICH REUSS, *Die Intensitätsstufen der Abreden und die Gentlemen-Agreements*, AcP 154 (1955), 485-526 (489).

¹⁴²⁰ Ou de Senhoras: a expressão “cavalheiro” não tem qualquer conteúdo sexista.

por lei. Além disso funcionam numerosas outras regras, como a nulidade das obrigações indetermináveis – artigo 280.º/1 – , a proibição de doar bens futuros – artigo 942.º/1 – ou a possibilidade de fixar prazos às obrigações – artigo 777.º/1. Assim:

- o acordo de cavalheiros pelo qual alguém compra um automóvel pagando ao vendedor o preço que entender justo ou é nulo – artigo 280.º/1 – ou encontrará um preço fixado nos termos do artigo 883.º/1;
- o acordo de cavalheiros pelo qual alguém empresta uma quantia a outrem que este pagará quando puder será cumprido nos termos do artigo 778.º;
- o acordo de cavalheiros pelo qual as partes irão celebrar certo contrato: ou satisfaz os requisitos de forma e de substância do contrato-promessa e vale como tal, ou não existe.

No limite, pode-se recorrer às regras sobre liberalidades. A margem para acordos de cavalheiros sem protecção jurídica queda-se pelas matérias que não tenham, só por si, relevância patrimonial: veja-se o último exemplo referido¹⁴²¹.

IV. Em suma: o acordo de cavalheiros deixará de o ser se os interessados não se comportarem como tal. Parece, em especial, lamentável a atitude de exigir uma vantagem em nome da palavra recebida e recusar a contrapartida invocando falta de juridicidade. E quando celebrados em família, os acordos de cavalheiros ainda devem merecer mais respeito.

Questão diferente da juridicidade do “acordo de cavalheiros” é o facto de a grande maioria dos contratos ser cumprida numa base de “cavalheirismo” e não de juridicidade.

No dia-a-dia, as pessoas realizam inúmeros actos jurídicos, assumindo as correspondentes obrigações. Nessa tarefa, elas executam-se simplesmente porque deram a sua palavra e querem honrá-la. Se fosse necessário recorrer à justiça do Estado para pôr em prática tais obrigações, o

¹⁴²¹ Quanto ao Direito bancário, discutiu-se a juridicidade das cartas de conforto, à primeira vista assentes no cavalheirismo; hoje responde-se pela positiva; cf. MENEZES CORDEIRO, *As cartas de conforto no Direito bancário* (1993), 63. Cf. STJ 19-Dez.-2001 (FERREIRA RAMOS), CJSupremo IX (2001) 3, 157-161, RPI 6-Jun.-2002 (MOREIRA ALVES), CJ XXVII (2002) 3, 193-195 e STJ 18-Mar.-2003 (REIS FIGUEIRA), CJSupremo XI (2003) 3, 127-131 (130).

sistema entrava em colapso:

- muitas das obrigações em jogo, embora jurídicas, são indemonstráveis: não há escritos e não há testemunhas;
- além disso, o volume de processos provocados pela “judicialização” da vida social submergia os tribunais.

O Direito positivo funciona pelas forças da sociedade e da cultura a que ele pertence. Nunca sozinho.

O bom jurista será justo, correcto, educado e sério. Tudo está interligado.

§ 39.º A DECLARAÇÃO DE VONTADE

171. A declaração

I. A declaração é o elemento central no processo de formação do negócio jurídico. O Código Civil, na linha da tradição savignyana da terceira sistemática, estrutura toda a matéria do negócio jurídico em função da declaração negocial – artigos 217.º e seguintes ¹⁴²².

Não obstante não apresenta, dela, qualquer definição.

A linha clássica de SAVIGNY ¹⁴²³ distingue três elementos: a própria vontade, a declaração de vontade e a relação de concordância que se deve estabelecer entre ambas. Por seu turno, a própria vontade tem sido decomposta em vários subelementos: a vontade do comportamento, a vontade da declaração – ou consciência de declaração – e a vontade do negócio ¹⁴²⁴.

A articulação entre estes vários aspectos do negócio e da declaração, bem como, aliás, a própria existência autónoma desses aspectos, têm sido objecto de distintas orientações doutrinais que, abaixo, serão referidas.

O entendimento que domina ainda hoje, na literatura da terceira sistemática ordena a declaração de vontade em dois momentos: o comportamento exterior e a vontade ¹⁴²⁵. Trata-se de um aspecto a repensar, ainda que com algumas cautelas.

¹⁴²² Como vem sido reconhecido – por exemplo, HORST BARTHOLOMEYCHIK, *Die subjektiven Merkmale der Willenserklärung*, FS Hans G. Ficker (1967), 51-77 (52) – o conceito de negócio jurídico e o de declaração de vontade desenvolvem-se, em SAVIGNY, de modo implicado: no essencial, eles foram preparados para, deles, se poder deduzir o esquema do erro. Sobre toda esta matéria cf., em especial, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado* (1991), 3 volumes e REINHARD SINGER, no *Staudingers Kommentar BGB I*, §§ 90-133 (2004), prenot. §§ 116-144, Nr. 2 (423 ss.).

¹⁴²³ Cf. SAVIGNY, *System cit.*, 3, 98-99.

¹⁴²⁴ Trata-se do conhecido esquema de LEHMANN, *Allgemeiner Teil*, 14ª ed. (1963), § 24, IV, 1, b (134-135).

¹⁴²⁵ Cite-se, por lapidar, a definição de ISAY, *Die Willenserklärung im Thabe-*

O pensamento de SAVIGNY, na origem da controvérsia ulterior, subcrevia a teoria da vontade: "a vontade deve ser pensada como a única realidade, eficaz e importante"¹⁴²⁶. Consequentemente, havendo erro, fosse ele qual fosse, já não haveria vinculação alguma.¹⁴²⁷ A esta orientação cedo se contrapôs JHERING, explicando que uma orientação desse tipo seria impraticável.¹⁴²⁸ O. BÄHR, seguindo a linha, explica que a manifestação exterior de uma certa vontade, na qual o outro acredite, é vinculativa.¹⁴²⁹

Assim surgiram, respectivamente e a propósito da declaração, a teoria da vontade e a teoria da declaração.¹⁴³⁰ O BGB foi pragmático, procurando fixar um esquema de equilíbrio, sem preocupações doutrinais puras.¹⁴³¹ Nos *Motive*, o próprio negócio jurídico é definido por relação com a declaração: "negócio jurídico no sentido do projecto é uma declaração de vontade privada, dirigida à alteração de um efeito jurídico, que produz efeitos segundo a ordem jurídica porque foi querido".¹⁴³²

Já nos anos 30 do século XX, LARENZ apresenta a teoria da validade, abaixo referida.¹⁴³³

II. Uma declaração surge, antes de mais, como uma *acção* (humana).¹⁴³⁴: pressupõe uma actuação ou omissão controladas ou controláveis pela vontade. Haverá, depois, oportunidade de verificar que o regime aplicável nem sempre segue esta linha: o Direito admite "declarações" que

stande des Rechtsgeschäfte nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (1899), 26: "Declaração de vontade de uma pessoa é aquele comportamento que segundo a experiência e sob consideração de todas as circunstâncias permite concluir por uma vontade determinada e de cuja conclusão ela esteja ou devesse estar consciente".

¹⁴²⁶ SAVIGNY, *System* cit., § 134 (3, 258).

¹⁴²⁷ SAVIGNY, *System* cit., § 135 (3, 264). Não haveria, sequer, uma impugnabilidade.

¹⁴²⁸ JHERING, *Culpa in contrahendo* cit., 2.

¹⁴²⁹ O. BÄHR, *Ueber Irrungen im Contrahiren*, JhJb 14 (1874), 393-427 (401).

¹⁴³⁰ Sobre a matéria em causa: REINHARD HEFTING, *Erklärungswille, Vertrauensschutz und rechtsgeschäftliche Bindung*, FS Univ. Köln (1988), 209-234 (210 ss.). JAN SCHAPP, *Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre* (1986), 27 ss. e STAUDINGER/SINGER (ed. 2004), prenot. §§ 116-144, Nr. 15 ss. (432 ss.).

¹⁴³¹ Na época, ERNST ZITELMANN, *Das Rechtsgeschäft im Entwurf des BGB*, I (1889), analisando (4 ss.) as várias hipóteses de falha de vontade. Cf. HEFTING, *Erklärungswille* cit., 212.

¹⁴³² *Motive*, I, 126, *apud* SCHAPP, *Grundfragen* cit., 8.

¹⁴³³ *Infra*, 541. Cf. SCHAPP, *Grundfragen* cit., 44 ss..

¹⁴³⁴ Vide LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9ª ed. cit., 436.

não correspondem a qualquer vontade, mercê de interacção do princípio da tutela da confiança. Mas como relevante matriz sócio-cultural da ideia de declaração mantém-se, em princípio e em primeiro plano, uma *acção* — logo voluntária. Os eventos que, ligados embora à pessoa humana, não se possam considerar acções — por exemplo, afirmações feitas durante o sono, em estado de transe, sob hipnose ou na influência de psicotrópicos — são, em rigor, simples factos.

A declaração é ainda um *acto de comunicação*, isto é, uma acção que releva por dela se depreender uma opção interior do declarante, opção essa que, assim, se vai exteriorizar.¹⁴³⁵

A declaração é, por fim, um *acto de validade*.¹⁴³⁶ ao fazê-la, o declarante não emite uma *comunicação de ciência* ou uma *informação opinativa*; ele manifesta uma adstrição da própria vontade, que a origina, a um padrão de comportamento determinado, pré-indiciado por ela própria.¹⁴³⁷

III. Alguma doutrina, representada entre nós por MANUEL ANDRADE/MOTA PINTO¹⁴³⁸, intenta, da declaração, dar noções mais "objectivadas", no sentido de menos ligadas à vontade do declarante.

Baseia-se, para tanto, em vários traços do regime do negócio jurídico — e das declarações em que ele assente — e que podem ser antecipadas como segue, com a expressa ressalva de um competente desenvolvimento ulterior:

- a declaração que, por erro, não corresponda à vontade real do autor é apenas anulável e somente quando se conjuguem vários factores — artigo 247.º; pode assim suceder que sobreviva uma declaração, em termos legítimos, sem que ela corresponda à vontade do declarante;

¹⁴³⁵ GERHARD STRUCK/MICHAEL STOPPER, *Kommunikationsregeln im Zivilrecht*, JA 2000, 340-348.

¹⁴³⁶ Estas distinções são indicadas por LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9ª ed. cit., 441 ss., onde pode ser confrontada outra bibliografia.

¹⁴³⁷ Cite-se, a este propósito, JOHANNES BROSE, *Grundsätzliches zur Willenserklärung*, AcP 130 (1929), 188-207 (188); "A declaração negocial (= declaração de vontade) é uma declaração de dever-ser. A declaração de dever-ser é a exteriorização de uma volição psíquica do declarante, a qual é complementada através de um complexo sociológico de normas".

¹⁴³⁸ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral* cit., 2, 122 ss. e MOTA PINTO, *Teoria geral*, 3ª ed. cit., 416 ss..

- a declaração feita por quem, por qualquer causa, se encontrava acidentalmente incapacitado de entender o sentido dela é apenas anulável e, ainda aí, "... desde que o facto seja notório ou conhecido do declaratório" - artigo 257.º/1;
- a declaração feita com reserva mental é, em princípio, válida, apesar de ser contrária à vontade real do declarante - artigo 244.º.

Outros casos poderiam, aqui, ser mencionados, com este mesmo sentido: no campo negocial, não se trata, apenas, de dar expressão à vontade do declarante; há, também, que tutelar a confiança das pessoas em certas exteriorizações, mesmo quando apenas na aparência se mostrem negociais.

IV. Apesar deste estado de coisas, que se prende, aliás, ao regime negocial, mais do que ao conceito de negócio ou de declaração, deve-se salvaguardar a ideia de declaração como efectiva exteriorização da vontade humana, com as precisões acima efectuadas.

Depois dos estudos de CANARIS sobre a protecção da confiança¹⁴³⁹, as orientações "objectivistas", no domínio das declarações da vontade, não mais devem ser acolhidas: representariam um retrocesso científico.

Na verdade, a confiança legítima deve ser tutelada, aplicando-se-lhe mesmo, em certa medida, directamente ou por analogia, as regras sobre negócios jurídicos¹⁴⁴⁰. Mas ela não deve ser confundida com as declarações negociais em si. Pelo que se segue:

- o negócio jurídico apresenta-se como uma manifestação da autonomia privada; nessa medida, ele deve corresponder à vontade autónoma das pessoas ou mais não será do que um simulacro de autonomia: o Direito - sendo, como é, uma Ciência - não pode assentar em equívocos ou em ficções;
- o "negócio jurídico" que se mantenha sem vontade real não é já um verdadeiro negócio mas, antes, uma manifestação de confiança tutelada; tal tutela exige, desde logo, toda uma série de dispositivos legais que a facultem e que não se confundem com a autonomia privada;

¹⁴³⁹ CLAUDIUS-WILHELM CANARIS, *Die Vertrauenshaftung*, 2.ª ed. cit., *passim*.

¹⁴⁴⁰ Assim, CANARIS, *Vertrauenshaftung*, 2.ª ed. cit., 451 ss. e *passim*. A confiança terá de ser imputada a quem lhe sofra as consequências: seja a título de negligência, seja de risco; cf. HERTING, *Erklärungswille* cit., 219 ss.. O tema será retomado a propósito da (falta de) consciência da declaração; cf. *infra*, 785 ss..

- apesar das analogias já referidas, o verdadeiro negócio jurídico e o "negócio" aparente provocam a aplicação de regras diferentes.

Esta diferenciação de regras, em conjunto com uma necessidade clara de limpidez científica, recomenda vivamente que a declaração negocial seja sempre entendida como acção - logo voluntária e enquanto tal. A autonomia tem limites: mas esses limites restringem, também o próprio negócio e a declaração negocial: não se confundem com eles.

172. Declarações expressas e tácitas; o silêncio; declarações presumidas

1. Segundo o artigo 217.º/1 do Código Civil, a declaração negocial é expressa quando seja feita por palavras, escrito ou por qualquer outro meio directo de manifestação de vontade; pelo contrário, será tácita quando se deduza de factos que, com toda a probabilidade, a revelem¹⁴⁴¹. Tal é o caso do artigo 234.º. O Supremo, em acórdão de 5-Nov.-1997, veio explicitar a ideia: os comportamentos requeridos pela declaração tácita terão de ser "significantes", "positivos" e "inequívocos"¹⁴⁴². Na determinação de uma declaração tácita há que atender aos usos e ao ambiente social onde ocorram os factos¹⁴⁴³. Afirmar a existência duma declaração tácita é questão-de-direito, sindicável pelo Supremo Tribunal de Justiça¹⁴⁴⁴.

Repare-se pois que, com base nas próprias noções legais, há sempre, nas declarações negociais, uma actuação - logo humana e voluntária - devidamente exteriorizada. Nuns casos, porém, a exteriorização é feita de

¹⁴⁴¹ Sobre todo o tema e com inúmeros elementos, PAULO MOTA PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente* cit., 438 ss.. Na doutrina alemã, neste momento, o escrito mais recente é o de STAUDINGER/DIECKMANN (ed. 2004), prenot. §§ 116-144, Nr. 53 ss. (447 ss.).

¹⁴⁴² STJ 5-Nov.-1997 (NASCIMENTO COSTA), BMI 471 (1997), 361-368 (367). STJ 24-Out.-2000 (TORRES PAULÃO), CJSupremo VIII (2000) 3, 93-96 (95), complementa: a declaração tácita resulta de um comportamento concludente que, considerando todas as circunstâncias, não deixa fundamento razoável para dúvidas. A inequívocidade dos *facta concludentia* é aferida por critérios práticos e não por critérios estritamente lógicos: STJ 4-Fev.-2003 (SILVA PAIXÃO), CJSupremo XII (2003) 1, 79-84 (81/II).

¹⁴⁴³ STJ 11-Out.-2001 (SILVA PAIXÃO), CJSupremo IX (2001) 3, 75-78 (77/II).

¹⁴⁴⁴ STJ 5-Nov.-1997 cit., BMI 471, 366, com indicações, bem como STJ 24-Out.-2000 cit., CJSupremo IX, 3, 96.

modo directo, por forma a dar, da vontade, uma imagem exterior imediata, noutros, ela resulta, indirectamente, de outros factores. Não deve, contudo, fundir-se declaração tácita com inação ou com ausência de declaração: a “declaração tácita” é, na verdade, uma “declaração indirecta”, autónoma, enquanto tal, numa classificação tradicional (GALVÃO TELLES/DIAS MARQUES)¹⁴⁴⁵.

A categoria das “declarações tácitas” reporta-se aos mais diversos actos e negócios jurídicos; por exemplo, as deliberações podem, também, ser tácitas¹⁴⁴⁶, outro tanto sucedendo com a autorização prevista no artigo 1340.º/4, para efeitos de aceitação¹⁴⁴⁷, com a aceitação de uma herança¹⁴⁴⁸, com a confirmação¹⁴⁴⁹ e com a adopção de um pacto atributivo de competência internacional¹⁴⁵⁰.

II. A possibilidade, reconhecida por lei, de se formarem negócios jurídicos na base de declarações tácitas obriga a chamar a atenção para dois factores.

A natureza formal de uma declaração não impede que ela seja tacitamente emitida; como dispõe o artigo 217.º/2 do Código Civil, requer-se, então, que a forma prescrita tenha sido observada quanto aos factos de que se deduz a declaração em causa.

A presença, sempre viável, de declarações tácitas não deve conduzir a uma hipertrofia da vontade. Há, assim, que combater uma tendência sempre presente para explicar fenómenos jurídicos questionáveis com recurso a “declarações tácitas”¹⁴⁵¹; só é legítimo descobrir declarações

¹⁴⁴⁵ Como explicava K. SCHNEIDER, *Die Bedeutung der ausdrücklichen Willenserklärung und ihre Gegensatz zur Willensbestätigung*, AbtR 42 (1916), 273-295 (273), a declaração terá de ser expressa de algum modo: ou não é declaração.

¹⁴⁴⁶ STJ 22-Nov.-1997 (Sousa Inês), BMJ 451 (1995), 460-468 (467).

¹⁴⁴⁷ RCb 8-Fev.-2000 (Custódio Marques Costa), CJ XXV (2000) 1, 17-20 (20ff).

¹⁴⁴⁸ RPI 8-Nov.-2001 (Sousa Leite), CJ XXVI (2001) 5, 177-181 (178).

¹⁴⁴⁹ RPI 8-Jan.-2002 (Manso Rainho), CJ XXVII (2002) 1, 173-177 (176ff).

¹⁴⁵⁰ RGM 4-Jun.-2003 (Leonel Seródio), CJ XXVIII (2003) 3, 290-292.

¹⁴⁵¹ Houve uma orientação germanista que, procurando no antigo Direito alemão um apoio questionável, defendeu um alargamento da “eficácia tácita”; cf. o clássico de HERMANN KRAUSE, *Schweigen im Rechtsverkehr – Beiträge zur Lehre vom Bestätigungsschreiben, von der Vollmacht und von der Verwirkung* (1933); um enquadramento posterior pode ser confrontado em FRITZ FABRICIUS, *Schweigen als Willenserklärung*, Jus 1966, 1-11 e 50-60 e em CLAUDIUS-WILHELM CANARIS, *Schweigen im Rechtsverkehr als Verpflichtungsgrund*, FS Wilburg (1975), 77-97.

negociais, ainda que tácitas, quando haja verdadeira vontade, dirigida aos efeitos e minimamente exteriorizada, ainda que de modo indirecto.

Particularmente condenável é, num prisma científico, o recurso a ficções negociais, ou seja, a imputação de determinados efeitos jurídicos a uma declaração inexistente, como forma de aplicar soluções que poderiam ser obtidas através de um negócio. Esse caminho não deve ser seguido: havendo que explicar saídas controversas, apenas na presença real de declarações de vontade se pode apelar ao negócio jurídico; na falta delas queda, em última instância, a via da analogia.

III. Surge, por fim, o *silêncio*, tradicionalmente conectado com o tema das declarações negociais.

O silêncio, por definição, implica a ausência de qualquer declaração, expressa ou tácita; ele corresponde à ausência de acção, e logo à inexistência de um fim e de meios desencadeados para o prosseguir¹⁴⁵². Em tais condições, compreende-se que o silêncio não surja como meio idóneo para, por si, desencadear os mecanismos de autonomia privada. Não basta, para uma eficácia induzida pelo silêncio, a simples previsão normativa genérica de produção de efeitos jurídicos: há, necessariamente, que lhe acrescentar uma norma com particular força que, a cada situação de silêncio relevante, confira um alcance que, por si, ele não teria. Assim, segundo o artigo 218.º, o silêncio vale como declaração negocial quando esse valor lhe seja atribuído:

- por lei;
- por uso;
- por convenção.

Como ponto prévio, deve frisar-se que o artigo 218.º não considera o silêncio como uma declaração negocial; ele apenas manda que, ao silêncio, se apliquem regras da declaração negocial, no tocante aos efeitos (“... vale como declaração ...”). O que se compreende: a declaração negocial é algo ontologicamente autónomo, que existe ou não existe; não pode qualquer lei fazer mais do que aproximar regimes, sem criar algo de inexistente. Quando o silêncio tenha, pois, tal alcance, não é de uma decla-

¹⁴⁵² Cf. ERNECCERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, 15.ª ed. cit., 2, 944 (§ 153.º, III, STAUDINGER/SINGER (ed. 2004), prenot. §§ 116-144, Nr. 60 ss. (451 ss.) e STJ 28-Jan.-1999 (FERREIRA DE ALMEIDA), CJ/Supremo VII (1999) 1, 67-70 (69ff).

ração que se trata, mas antes de uma transposição de regimes — sempre na medida do possível e com as necessárias adaptações.

O silêncio pode ser juridificado por lei, uso ou convenção. No caso da lei, o silêncio opera como um facto jurídico estrito que desencadeia, no entanto, a aplicação de normas de tipo negocial.

Exemplos de casos em que a lei confere ao silêncio o valor de declaração negocial são os dos artigos 923.º/2 e 1163.º, relativos, respectivamente, à “aceitação” da proposta de venda a contento e à “aprovação” da execução ou inexecução do mandato ¹⁴⁵³.

O apelo ao uso levanta algumas dificuldades. Segundo o artigo 3.º/1, “os usos que não forem contrários aos princípios de boa fé são juridicamente atendíveis quando a lei o determinar”. Pergunta-se, se a “lei” em causa poderá ser o próprio artigo 218.º, que teria então o alcance de juridificar, no domínio da formação dos negócios, os usos que dessem relevância ao silêncio. Julga-se que não, por duas ordens de argumentos: sistémico e de consequências.

Em termos sistémicos, convém ter presente que o Código Civil não conferiu relevo aos usos nos domínios da interpretação e da integração negociais — artigos 236.º e seguintes; seria anómalo que o fizesse no campo, ainda mais grave, da própria declaração ¹⁴⁵⁴.

Em termos sinépicos, atine-se nos particulares inconvenientes que derivam da “juridificação”, via usos, do silêncio: as pessoas, independentemente de qualquer vontade, vêm a encontrar-se vinculadas a situações jurídicas de tipo negocial. A possibilidade de prejuízos, designadamente para os consumidores, é evidente, o que provoca as desconfianças do Direito ¹⁴⁵⁵.

¹⁴⁵³ Neste ponto, há que estar atento aos lapsos de qualificação legislativa, bastante frequentes: o artigo 1153.º fala em “aprovação tácita”, na epígrafe, quando se trata de aprovação pelo silêncio e o artigo 234.º em “dispensa de declaração de aceitação”, também em epígrafe, quando queria, simplesmente, admitir declarações tácitas.

¹⁴⁵⁴ Repare-se que quando os usos atribuísem o valor de declaração negocial ao silêncio, eles teriam ainda de proporcionar as suas “interpretação” e “integração” e em termos radicais: o silêncio nada querendo dizer, apenas os usos lhe poderiam insuflar um sentido e um alcance.

¹⁴⁵⁵ Cf. as precauções postas pelo legislador quanto ao valor do silêncio ou de manifestações fictícias similares, quando impostas por cláusulas contratuais gerais, no artigo 19.º, d), da LCCG. Veja-se, ainda, o artigo 9.º/4 da LDC.

O silêncio valerá, pois, como declaração negocial quando um uso, devidamente justificado por uma lei, o determine ¹⁴⁵⁶.

Por fim, podem as partes, *por convenção*, atribuir ao silêncio o significado que lhes aprouver e, entre outros, um sentido negocial. Trata-se de um simples exercício da autonomia privada, que não levanta dúvidas de maior.

IV. O silêncio coloca ainda algumas questões, quando confrontado com os requisitos formais dos negócios. Por definição, o silêncio envolve a ausência de qualquer declaração; não pode, por isso, apresentar forma.

Acaso a própria lei atribua ao silêncio um determinado valor negocial, pode estar implícita a dispensa de uma forma que, doutro modo, seria requerida.

Mas outro tanto não pode suceder com os usos ou com a simples convenção das partes: através da concessão de eficácia ao silêncio, não é viável a dispensa das regras formais. Seria de encerrar uma alternativa: a de a própria convenção relativa ao silêncio seguir a forma legalmente prescrita e, depois, também de acordo com essa mesma forma, se constatar a ocorrência do silêncio. Mas em tal eventualidade, seria já muito duvidosa a mera existência do silêncio: tudo apontaria, antes, para a presença de um negócio tácito.

V. Um lugar próprio e diferente deve ser dado às denominadas declarações presumidas. Na declaração presumida, a lei associa, a certo comportamento, o significado de determinada declaração negocial admitindo, contudo, prova em contrário ou seja: aceitando que o interessado demonstre, afinal, que outra havia sido a sua vontade. Subjacente estaria, aqui, uma presunção ilidível ou *iuris tantum* — artigo 350.º/2. Em casos muito especiais, a lei vedaria mesmo a prova em contrário, falando-se, então, em *declaração ficta*: a presunção seria ilidível ou *iuris et de iure* — artigo 350.º/2, *in fine*. Esta técnica que MANUEL DE ANDRADE ainda exemplificava com base no Código de SEABRA tende, hoje, a ser abandonada, pelas distorções linguísticas que envolve.

A matéria das presunções tem a ver com o ónus da prova. Em princípio, quem pretenda determinada eficácia jurídica, tem de provar os com-

¹⁴⁵⁶ Assim sucede no domínio das situações laborais, nos termos do artigo 12.º/2 da LCT, hoje artigo 1.º do CT. Em compensação, tal não é possível no domínio bancário, dado o regime das cláusulas contratuais gerais e quanto acima foi dito.

petentes factos de onde ela deriva, mas se beneficiar duma presunção, o ónus transfere-se, cabendo à outra parte provar o contrário. Ora estes esquemas de inversão do ónus da prova podem articular-se com as declarações negociais. Na "presunção inilidível" não há, porém, qualquer questão probatória nem, em rigor, qualquer presunção. Apenas se verifica que a lei associa, a certo facto, determinados efeitos, utilizando, para isso, linguagem negocial.

Na actualidade, as leis seguem a via, correcta e preferível, de abandonar as declarações presumidas: o mesmo efeito consegue-se, com maior apuro dogmático, através da prescrição de certo regime, com possibilidade de afastamento por declaração em contrário.

173. Declarações recipiendas e não recipiendas; a sua eficácia

I. As declarações negociais são recipiendas ou não recipiendas consoante tenham ou não um destinatário¹⁴⁵⁷. Na normalidade dos casos, as declarações que visem integrar um negócio contratual são recipiendas, ao passo que as atinentes a negócios unilaterais – que se prendem, por definição, a uma única vontade – operam por si. Mas há excepções: a oferta ao público não tem qualquer destinatário, por definição e visa, justamente, integrar um conteúdo contratual.

II. As declarações recipiendas vêem a sua eficácia condicionada pela ligação particular que visam estabelecer com o seu destinatário. O tipo de relacionamento exigido – do qual depende o momento da eficácia – tem sido equacionado com recurso a várias doutrinas, das quais cabe explicitar três:

- teoria da expedição;
- teoria da recepção;
- teoria do conhecimento.

Pela teoria da expedição, a declaração recipienda seria eficaz logo que enviada para o destinatário; pela da recepção, tal eficácia ocorria quando ela chegasse ao poder do destinatário: pela do conhecimento,

¹⁴⁵⁷ Usa-se, por vezes, a designação "receptício" e "não receptício" (MANUEL DE ANDRADE, MOTA PINTO); a referência feita no texto, mais consentânea com o étimo das expressões, é tradicionalmente utilizada na Faculdade de Direito de Lisboa.

exigir-se-ia, para a produção de efeitos, a efectiva apreensão, pelo destinatário, da declaração que lhe fosse dirigida¹⁴⁵⁸.

III. Em termos puros, estas teorias dão lugar a dúvidas e perplexidades: a teoria da expedição não se justifica perante uma declaração que, por qualquer razão, nunca chegue ao seu destino; a da recepção claudica quando uma declaração chegue ao poder do destinatário em termos tais que não possa ser entendida; a do conhecimento torna-se inexplicável quando a declaração, tendo chegado ao destinatário em termos cognoscíveis, não seja, por este, apreendida.

Ponderando todos estes valores em presença, o Código Civil português dispôs, de modo expresso, sobre o condicionalismo que rodeia a eficácia das declarações negociais. Assim, segundo o seu artigo 224.º:

- a declaração não recipienda torna-se eficaz logo que a vontade do declarante se manifeste na forma adequada – artigo 224.º/1, *in fine*;
- a declaração recipienda é eficaz:
 - quando chegue ao poder do destinatário (teoria da recepção) ou dele seja conhecida (teoria do conhecimento) – artigo 224.º/1, primeira parte;
 - quando seja remetida e só por culpa do destinatário não tenha sido oportunamente recebida (teoria da expedição) – artigo 224.º/1;
 - em qualquer caso, a declaração é ineficaz quando seja recebida pelo destinatário em condições de, sem culpa sua, não poder ser conhecida (relevância negativa da teoria do conhecimento) – artigo 224.º/3.

Trata-se pois, no fundo, do acolhimento da doutrina da recepção, temperada embora nalguns dos seus aspectos, designadamente pelo papel dado ao conhecimento¹⁴⁵⁹.

¹⁴⁵⁸ Pode ainda acrescentar-se uma quarta teoria, anterior, logicamente, às outras três: a teoria da exteriorização; segundo esta, bastaria exteriorizar a vontade para que se produzissem os efeitos – cf. MEDICUS, *Allgemeiner Teil*, 8ª ed. cit., 109-110. A exteriorização é, porém, sempre necessária, surgindo auto-suficiente nos negócios não recipiendos – cf. WOLFF, *Allgemeiner Teil*, 3ª ed. cit., 339.

O desenvolvimento e os defensores das três teorias tradicionais, surgidas no Direito comum perante o silêncio do Direito romano, podem ser confrontados nos clássicos VON TUHR, *Allgemeiner Teil* cit., 2, 1, 432 (§ 61.º, III, 2) e ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, 15ª ed. cit., 2, 974 (§ 158.º, II).

¹⁴⁵⁹ Rpt 6-Mai-1999 (João Vaz), CJ XXIV (1999) 3, 180-183 (182/D), falando em

A doutrina actual explica ainda que a "recepção" implica a chegada da declaração ao âmbito do poder ou da actuação do destinatário, de modo a que ele possa conhecê-la; recorre-se, para melhor documentar o essencial, às ideias de "acolhimento" ou de "armazenagem" para cobrir situações em que a declaração fique, por exemplo, na caixa do correio do destinatário ou fique registada num dispositivo de recepção automática de chamadas telefónicas¹⁴⁶⁰. Mas ainda então será de exigir que o destinatário controle o facto: de outro modo, as declarações não chegaram ao seu poder¹⁴⁶¹.

doutrina mista da recepção e do conhecimento. Na mesma linha: RLx 27-Jun.-2002 (Sousa Grandão), CJ XXVII (2002) 3, 113-116 (116/1).

¹⁴⁶⁰ Cf. Medicus, *Allgemeiner Teil*, 8ª ed. cit., 110.

¹⁴⁶¹ Assim, a declaração constante de correspondência fechada, entregue na morada do destinatário e a um familiar deste, mas estando ele ausente, em férias, não chegou "ao seu poder": RLx 15-Dez.-1993 (MARTINS RAMIRES), BMJ 432 (1994), 418-419 (o sumário).

§ 40.º A FORMAÇÃO DOS CONTRATOS

174. Generalidades; os contratos entre ausentes

I. As considerações anteriores – bem como boa parte das ulteriores – aplicam-se, indistintamente, aos negócios unilaterais e aos multilaterais ou contratos.

Os contratos trazem contudo especificidades que justificam a autonomização desta rubrica. A natureza cultural do: Direito obriga, ainda, a cautelas noutro ponto: muitos dos aspectos do negócio jurídico foram desenvolvidos justamente a propósito do contrato. Assim, embora a tradição germânica do ensino do Direito civil, adoptada entre nós desde GUILHERME MOREIRA, parta do negócio para o contrato¹⁴⁶², o movimento histórico é, com frequência, o inverso: regras encontradas para os contratos funcionam nos negócios em geral. Há, aqui, uma fonte de distorções linguísticas e dogmáticas para que cabe estar atento.

Implicando duas ou mais declarações de vontade confluente, o negócio contratual assenta num processo formativo alongado: torna-se necessário procurar o ponto de consenso entre os celebrantes, portadores, na normalidade dos casos, de interesses opostos, que cabe harmonizar.

II. Como distinção prévia, com importância no processo de formação dos contratos, surge uma contra-aposição: contratos celebrados entre presentes e contratos celebrados entre ausentes. Complementando uma ideia que logo se depreende dessas designações, pode afirmar-se que, nos contratos entre presentes, não há, entre as declarações de vontade das partes, um intervalo de tempo juridicamente relevante. Pelo contrário, nos contratos entre ausentes, as diversas declarações são separadas por intervalo de tempo donde emergem consequências jurídicas. O critério é, pois,

¹⁴⁶² ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, 15ª ed. cit., 2, 985 ss. (§ 161, 3) e LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9ª ed. cit., 393 ss. e 549 ss..

de ordem jurídica e não geográfica: o contrato celebrado por telefone entre duas pessoas muito distantes é um contrato entre presentes, enquanto o concluído presencialmente por celebrantes que, em momentos diferentes tenham feito as suas declarações, é entre ausentes.

III. Não se julgue que, num contrato entre presentes, haja um parcial desvio ao esquema do artigo 224.º do Código Civil, no tocante à eficácia das declarações negociais aí produzidas. Verifica-se, no entanto, em termos práticos, que a recepção de uma declaração tende a confundir-se com a sua emissão e com o conhecimento, sendo este a bitola daqueles. A doutrina, ainda que com algumas prevenções, fala por isso, a propósito de contratos entre presentes, no predomínio da teoria do conhecimento.

175. A proposta

I. Num processo tendente à formação de um contrato, surge, como fase necessária, a proposta. Em termos formais, esta pode ser definida como a declaração feita por uma das partes e que, uma vez aceite pela outra ou pelas outras, dá lugar ao aparecimento de um contrato.

A proposta contratual, para o ser efectivamente, deve reunir três requisitos essenciais, apontados nas diversas obras de doutrina ¹⁴⁶³:

- deve ser completa;
- deve revelar uma intenção inequívoca de contratar;
- deve revestir a forma requerida para o negócio em jogo.

Deve ser completa no sentido de abranger todos os pontos a integrar no futuro contrato: ficam incluídos quer os aspectos que devam, necessariamente, ser precisados pelos contratantes — por exemplo, identidade das partes, objecto a vender, montante de preço — quer os que, podendo ser supridos pela lei, através de normas supletivas, as partes entendam moldar segundo a sua autonomia. Faltando algum elemento e ainda que a outra parte o viesse a completar, não haveria, sobre ele, o consenso necessário.

Deve revelar uma intenção inequívoca de contratar: não há proposta quando a declaração do “proponente” seja feita em termos dubitativos ou

¹⁴⁶³ Cf. *Direito das obrigações* cit., I, 440, e FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado* cit., 3, 784 ss., bem como ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, 15ª ed. cit., 2, 986 ss (§ 161, 3, I) e LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9ª ed. cit., 554 ss.

hipotéticos: a proposta deve ser firme, uma vez que a sua simples aceitação dá lugar ao aparecimento do contrato, sem que ao declarante seja dada nova oportunidade de exteriorizar a vontade.

Deve revestir a forma requerida para o contrato de cuja formação se trate: repare-se que a forma do contrato — como a de qualquer negócio — mais não é do que a forma das declarações em que ele assente.

No fundo, como foca LARENZ, a proposta deve surgir de tal modo que uma simples declaração de concordância do seu destinatário faça, dela, um contrato ¹⁴⁶⁴.

A proposta contratual deixa facilmente isolar-se no contrato entre ausentes: havendo, entre as declarações contratuais, um espaço de tempo juridicamente relevante, a proposta surge como a primeira das declarações.

Nos contratos entre presentes, o problema é diverso. Também aí pode um dos celebrantes apresentar um clausulado, ao qual o outro dê o seu assentimento; ambos funcionam, então, como proponente e aceite, respectivamente, o que poderá ter interesse no domínio da interpretação das declarações de vontade. Pode, porém, suceder que as partes se limitem ambas a aceitar, em termos de não se poder distinguir um proponente.

Nas hipóteses em que não seja possível distinguir uma proposta e uma aceitação, fica claro que os requisitos acima apontados, para a declaração do proponente, se devem reportar ao objecto que mereça o assentimento dos contratantes ou que ambos façam seu.

II. Emitida uma proposta contratual e tornando-se esta eficaz, nos termos de algumas das proposições do artigo 224.º, acima examinadas, pergunta-se quais os termos dessa eficácia e por quanto tempo deverá ela manter-se.

A eficácia da proposta contratual consiste essencialmente em fazer surgir, na esfera do destinatário, o direito potestativo de, pela aceitação, fazer nascer o contrato proposto.

Esta situação jurídica deve distinguir-se de outras nas quais uma das partes, mercê de esquemas preexistentes, negociais ou legais, tinha o direito potestativo de forçar outra à conclusão dum contrato. Estas outras situações, a que LARENZ/WOLF chamam genericamente direitos de opção ¹⁴⁶⁵, surgem na sequência de contratos-promessas, de pactos de preferência ou

¹⁴⁶⁴ Cf. LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9ª ed. cit., 554.

¹⁴⁶⁵ Cf. LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 8ª ed. cit., 581 e 9ª ed. cit., 560 ss.

de direitos de opção ou de preceitos legais que os estabeleçam, tal como sucede na preferência legal. Distinguem-se a da sujeição motivada pela proposta pelo regime: embora em todos os casos haja direitos potestativos com as correspondentes sujeições, o regime derivado da proposta do contrato é claramente diverso do das outras figuras.

Não colhe, assim, a objecção pela qual a proposta não constituiria propriamente um direito potestativo de a aceitar por estar virada não para tal direito, mas para o contrato; sem dúvida: mas o objectivo último — o contrato — passa, instrumentalmente, pela constituição e actuação de um direito potestativo, dotado de regime próprio e inconfundível.

III. A duração da eficácia da proposta pauta-se pelo dispositivo do artigo 228.º/1 do Código Civil, nos termos seguintes¹⁴⁶⁶:

- se for fixado um prazo para a aceitação, pelo proponente ou por acordo das partes, a proposta mantém-se até ao termo desse prazo — artigo 228.º/1, a);
- se não for fixado prazo, mas o proponente pedir resposta imediata, a proposta conserva-se até que, em condições normais, ela e a aceitação cheguem ao seu destino — artigo 228.º/1, b);
- se nada for dito, a proposta subsiste pelo período que, em condições normais, possibilite que proposta e aceitação cheguem aos seus destinos, acrescido de cinco dias — artigo 228.º/1, c).

Repara-se que a chave da duração das propostas contratuais, quer quando se peça resposta imediata, quer quando, por nada, se acabe por recorrer à solução supletiva legal, anda em torno do conceito indeterminado de período até que, em condições normais, proposta e aceitação cheguem ao seu destino.

Esse período deve ser determinado em abstracto e tendo em conta o meio utilizado pelo proponente para enviar a sua declaração. Será mínimo se for utilizado um meio de comunicação rápido — por exemplo, o telegrama ou o fax¹⁴⁶⁷; será maior se se recorrer ao correio, havendo então que distinguir o tipo de correio (aéreo, terrestre ou marítimo) e a distância. Para efeitos de notificações postais de actos de processo, o Decreto-Lei n.º

¹⁴⁶⁶ Quanto à aplicação destes esquemas, cf. STJ 5-Mai-1994 (Costa Raposo), CJI/Supremo II (1994) 2, 84-86 (85-86).

¹⁴⁶⁷ Cf. MALGORZATA LWINSKA, *Übersendung von Schriftsätzen per Telefax/ Zultässigkeit, Beweisbarkeit und Fristprobleme*, MDR 2000, 500-506.

12/176, de 11 de Fevereiro, absorvido, depois, pelo artigo 254.º/2, do CPC, presumia no seu art. 1.º/3, uma recepção ocorrida "... no terceiro dia posterior ao do registo ou no primeiro dia útil seguinte a esse ...". Julga-se que esse mesmo prazo pode ser transposto para as propostas contratuais remetidas pelo correio: quando o proponente utilizar essa via e peça resposta imediata, uma eventual aceitação deverá chegar nos seis dias subseqüentes, passando o prazo a onze, quando ele nada diga; em qualquer caso, o prazo que termine em domingo ou feriado transfere-se para o primeiro dia útil seguinte; cf., também, o artigo 279.º, e), do Código Civil. Queirido prevenir dúvidas, o proponente remeterá a declaração por carta registada com aviso de recepção: a data da recepção corresponderá, então, à data aposta no aviso assinado¹⁴⁶⁸.

IV. A duração da eficácia da proposta contratual fica melhor explicada se se atentar nos modos que possam conduzir à sua extinção. Assim, cabe considerar:

- o decurso do prazo;
- a revogação;
- a aceitação ou a rejeição;
- outros modos.

O decurso do prazo extingue, por caducidade, a proposta atingida. Os prazos comuns aplicáveis resultam do artigo 228.º/1 e foram, acima, considerados. Outra hipótese deve, contudo, ser tida em conta: a de o proponente, sem se ter reservado a faculdade de revogar, vir declarar que a sua proposta se manterá indefinidamente. Quando tal suceda, ele deveria ficar para sempre sujeito a uma eventual aceitação, que poderia nunca surgir. O Direito não contemporiza, salvo excepção, com situações perpétuas deste tipo. Por certo que a proposta feita em tais condições se submeterá à prescrição, no seu prazo ordinário de vinte anos — artigos 300.º ss., 309.º; trata-se, contudo, de um prazo ainda demasiado excessivo para que uma pessoa o deva aguardar, a fim de se liberar de uma proposta que nunca mais obtenha resposta, numa situação susceptível de bloquear, sem vantagem para ninguém, meios financeiros, materiais e humanos. Propõe-se,

¹⁴⁶⁸ É esta a regra em processo penal; cf. RPI 5-Jul-1995 (FERREIRA DINIS), CJI XX (1995) 4, 222-224 (223). Preconizando, com ponderosos argumentos, uma solução diversa, flexível e assente na boa fé: PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria geral 2.º ed. cit.* 308-310.

assim, a aplicação analógica do artigo 411.º do Código Civil: o proponente pode solicitar ao tribunal a fixação de um prazo para que o destinatário aceite ou rejeite; passado tal prazo, segue-se a caducidade da proposta, nos termos gerais.

A revogação da proposta é um acto unilateral, praticado pelo proponente, que tem por conteúdo a extinção da proposta previamente emitida. Em qualquer caso, deve ter-se presente que a revogação em causa só é possível enquanto não houver contrato; passada tal marca, haveria já não uma mera revogação da proposta, mas a revogação do próprio contrato, a qual só é possível, em princípio, através de um acordo (*distracte*). Segundo o artigo 230.º, a revogação é viável em duas hipóteses:

- quando o proponente se tenha reservado a faculdade de revogar - artigo 230.º/1;
- quando a revogação se dê em moldes tais que seja, pelo destinatário, recebida antes da proposta, ou ao mesmo tempo com esta - artigo 230.º/2¹⁴⁶⁹.

A aceitação faz desaparecer a proposta, promovendo a sua integração no contrato. A rejeição conduz ao mesmo resultado, desta feita por renúncia, do destinatário, ao direito potestativo de aceitar a proposta em jogo. A análise da lei permite apurar outras formas de extinção da proposta contratual:

- por morte ou incapacidade do proponente, havendo fundamento para presumir ser essa a sua vontade - artigo 231.º/1 - ou se tal resultar da própria declaração - artigo 226.º/1¹⁴⁷⁰;
- por morte ou incapacidade do destinatário - artigo 231.º/2;
- por ilegitimidade superveniente do proponente, desde que anterior à recepção da proposta - artigo 226.º/2.

¹⁴⁶⁹ A flexibilidade actual das comunicações permite entender estas conjunções legais: uma pessoa pode formular uma proposta, enviá-la pelo correio e telefaxar, depois, a revogá-la, de tal modo que a revogação chegue primeiro; é ainda possível que uma pessoa, tendo feito a sua proposta pelo correio, a revogue pela mesma via, de tal modo que ambas as cartas cheguem na mesma remessa.

¹⁴⁷⁰ Estes dois preceitos não estão perfeitamente harmonizados; julga-se, porém, que o artigo 231.º/1 consome o 226.º/1, dados os valores em jogo, apenas com a prevenção de que o "fundamento" deve ser procurado na declaração, havendo ainda que ponderar as regras sucessórias - artigo 2025.º/1.

Outras causas gerais de extinção dos direitos, como a anulação ou a impossibilidade absoluta superveniente, podem provocar o desaparecimento da proposta.

176. Oferta ao público

I. A oferta ao público é uma modalidade particular de proposta contratual, caracterizada por ser dirigida a uma generalidade de pessoas¹⁴⁷¹.

Como qualquer proposta contratual, a oferta ao público deve reunir os três *requisitos fundamentais*, acima apontados: deve ser completa, deve compreender a intenção inequívoca de contratar e deve apresentar-se na forma requerida para o contrato a celebrar.

Há que distinguir a oferta ao público de certas figuras que, por vezes, lhe parecem próximas; assim:

- o convite a contratar: através de vários meios, as entidades interessadas podem incitar pessoas indeterminadas a contratar; aí assenta a importante actividade da publicidade; não há, porém, oferta ao público quando o "convite" não compreenda todos os elementos para que, da sua simples aceitação, surja o contrato; em regra, o simples convite publicitário pressupõe negociações ulteriores, das quais poderá resultar uma verdadeira proposta;
- a proposta feita a uma pessoa desconhecida ou de paradeiro ignorado: trata-se de uma proposta comum, com destinatário específico, por oposição a genérico; desconhecendo-se, porém, a identidade ou o paradeiro deste, há que proceder a um anúncio público, nos termos do artigo 225.º;
- as cláusulas contratuais gerais: embora genéricas, as cláusulas contratuais gerais, como haverá a oportunidade de ponderar em termos mais detidos¹⁴⁷², não surgem necessariamente como proposta e implicam uma rigidez que não enforma, de modo necessário, a oferta ao público.

II. A oferta ao público tem uma grande importância prática no moderno tráfego negocial de massas. Os múltiplos contratos celebrados no

¹⁴⁷¹ Cf. *Direito das obrigações* cit., I vol., 445, com bibliografia, bem como FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado* cit., 3, 804 ss.

¹⁴⁷² Vide *infra*, 598.

dia-a-dia não podem, por claras razões de ordem prática, assentar em discriminadas propostas individualmente dirigidas. A oferta ao público – portanto proposta genérica, dirigida a todos os interessados – surge como modo idóneo de proporcionar muitos contratos com um mínimo de esforço e de custos, por parte dos celebrantes.

A oferta ao público pode ser formulada através de qualquer meio susceptível de demonstrar uma intenção de contratar, completa e efectiva. Entre os meios mais frequentes contam-se os impressos remetidos a pessoas indeterminadas, as tabuletas ou a simples exposição dos bens em escaparates, acompanhada da indicação do respectivo preço.

III. O Código Civil não se ocupou, de modo expresso, da oferta ao público, excepto para regular a sua extinção; segundo o artigo 230.º/3 do Código Civil, “A revogação da proposta, quando dirigida ao público, é eficaz desde que seja feita na forma da oferta ou em forma equivalente”. Trata-se de um preceito que, pela sua letra como pelo seu espírito, tem aplicação, também, ao caso do anúncio público da declaração, feito nos termos do artigo 225.º do Código Civil – a proposta a pessoa desconhecida ou de paradeiro ignorado.

IV. No domínio do Direito mobiliário, existem diversas ofertas públicas que conhecem pormenorizadas regulamentações legais. O CVM¹⁴⁷³ tem um título dedicado a ofertas públicas – artigos 108.º e seguintes – distinguindo ofertas públicas de distribuição (OPD) e ofertas públicas de aquisição (OPA).

A OPA constitui a figura paradigmática, podendo ser de realização obrigatória, em diversas circunstâncias. As OP devem ser previamente anunciadas, sujeitando-se a registo junto da CMVM – artigos 114.º e seguintes do CVM. Os seus diversos meandros são regulados pela Lei¹⁴⁷⁴, sendo certo que, na ausência de regras, o Direito civil tem aplicação supletiva.

¹⁴⁷³ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de Novembro. Anteriormente dispunha o CódMVVM, que articulava uma ordenação ligeiramente diferente.

¹⁴⁷⁴ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Ofertas públicas de aquisição*, ROA 56 (1996), 499-533, com indicações.

177. Aceitação, rejeição e contraproposta

I. A aceitação é uma declaração recipianda, formulada pelo destinatário da proposta negocial ou por qualquer interessado, quando haja uma oferta ao público, cujo conteúdo exprima uma total concordância com o teor da declaração do proponente¹⁴⁷⁵.

A aceitação deve assumir duas características fundamentais:

- traduzir uma concordância total e inequívoca;
- revestir a forma exigida para o contrato.

Da aceitação resulta o contrato; não haver, pois, verdadeira aceitação quando a competente declaração surja dubitativa ou condicionada¹⁴⁷⁶. Por outro lado, cumpre ter presente que o contrato mais não é do que o encontro das declarações confluentes das partes: a forma dele é a forma delas. Nos termos gerais do artigo 217.º/1, a aceitação pode ser expressa ou tácita – no sentido de indirecta; o artigo 234.º explicita-o, de novo, sob a epígrafe incompreensível de dispensa da declaração de aceitação¹⁴⁷⁷.

II. Não chega, pelo que foi dito, uma aceitação apenas sobre o “essencial” da proposta: a ser esse o caso, exigir-se o consentimento do proponente, funcionando a aceitação sobre o “essencial” como contraproposta e havendo ainda que definir o regime da negociação ulterior sobre o “não-essencial”.

Em suma: tem de haver acordo sobre todos os problemas que qualquer das partes queira suscitar¹⁴⁷⁸.

III. Sendo uma declaração recipianda, a aceitação produz efeitos nos termos do artigo 224.º, já examinado.

¹⁴⁷⁵ Sobre a matéria: ALESSANDRA BELLELLI, *Il principio di conformità tra proposta e accettazione* (1992) e LARENZ/WOLFF, *Allgemeiner Teil*, 9ª ed. cit., 562 ss.

¹⁴⁷⁶ De notar que, na presença de contratos com consumidores, a aceitação envolve a inclusão, no contrato, das informações concretas e objectivas contidas nas mensagens publicitárias, mas grado cláusulas em contrário – artigo 7.º/5 da LDC. Cf. *infra*, 655.

¹⁴⁷⁷ Outros actos podem ser expressos ou tácitos; assim sucede com a aceitação da herança, que não é “aceitação” de nenhuma proposta, segundo o artigo 2056.º/1, do Código Civil; cf. STJ 10-Dez.-1997 (MÁRIO CANCELA), BMJ 472 (1998), 443-453 (451).

¹⁴⁷⁸ Cf. UTE JUNG, *Die Einigung über die “essentielle negotii” als Voraussetzung für das Zustandekommen eines Vertrages*, JuS 1999, 28-32.

Operando nos termos desse preceito, pode suceder que a aceitação comece a produzir os seus efeitos apenas quando a proposta já não tenha eficácia: haverá, nos termos do artigo 229.º, uma recepção tardia.¹⁴⁷⁹

Quando isso suceda não há, de imediato qualquer contrato. A conclusão de um negócio contratual exige que a proposta e a aceitação se encontrem em plena eficácia. Assente este ponto, determina o artigo 229.º a distinção que segue:

- a aceitação foi expedida fora de tempo: o proponente nada tem a fazer, se quiser o contrato; se pretender a sua celebração, terá de fazer nova proposta;
- a aceitação foi expedida em tempo útil: o proponente deve avisar o aceitante de que não chegou a concluir-se qualquer contrato, sob pena de responder pelos prejuízos¹⁴⁸⁰; se pretender o contrato, basta-lhe considerar a aceitação tardia como eficaz.

Uma vez emitida, a aceitação pode ser revogada, nos termos do artigo 235.º/2: a declaração revogatória deve chegar ao poder do proponente – ou ser dele conhecida – em simultâneo com a aceitação ou antes dela. Trata-se, como se vê, de um esquema similar ao da revogação da proposta – artigo 230.º/2 – em termos que não levantam dúvidas de maior.

A concluir, registre-se que o contrato se tem por celebrado no momento em que a recepção se torne eficaz e no lugar da recepção desta. Celebrado o contrato, desencadeiam-se os efeitos nele previstos. E assim, o próprio contrato pode fixar o momento do início dos seus efeitos¹⁴⁸¹.

IV. Perante uma proposta contratual, o destinatário dispõe da alternativa de a rejeitar.

A rejeição é um acto unilateral recipiando pelo qual o destinatário recusa a proposta contratual, renunciando ao direito a que dera lugar. Nos termos gerais, a rejeição pode ser expressa ou tácita¹⁴⁸², assim que ela se

¹⁴⁷⁹ LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9ª ed. cit., 563-564.

¹⁴⁸⁰ Repara-se que o aceitante, tendo enviado a sua declaração em tempo útil, fica convicido de que se celebrou um contrato; apenas o proponente, conhecedor do atraso, poderá desenganá-lo, de modo a prevenir danos: complete-lhe fazê-lo.

¹⁴⁸¹ RPI, 6-Mai.-1999 (João Vaz), CJ XXIV (1999) 3, 180-183 (182/II).

¹⁴⁸² Não deve ser confundida com a rejeição tácita a total inactividade do destinatário, que acabará por implicar a extinção da proposta por caducidade, pelo decurso do prazo.

jorne eficaz, extingue-se a proposta contratual. Tal como a proposta e a aceitação, a rejeição pode ser revogada – sendo, por consequência, substituída pela aceitação – desde que a competente declaração chegue ao poder do proponente, ou dele seja conhecida, ao mesmo tempo que a rejeição – artigo 235.º/1, do Código Civil.

V. A aceitação da proposta com “...aditamentos, limitações ou outras modificações ... implica a sua rejeição” artigo 233.º, I parte. De facto, a aceitação deve traduzir uma total aquiescência quanto à proposta; qualquer alteração introduzida nesta pelo destinatário bloqueia a imediata formação do contrato, como bem se compreende: trata-se de um ponto sobre o qual não houve o consenso de ambas as partes.

O artigo 233.º, II parte, dispõe que “...se a modificação for suficientemente precisa, equivale a nova proposta...”. Trata-se da *contraproposta*, ou proposta formulada pelo destinatário de uma primeira proposta contratual¹⁴⁸³. A contraproposta é, para todos os efeitos, uma proposta contratual, que tem apenas como particularidade o implicar a rejeição de uma primeira proposta, de sinal contrário. A lei exige, como se viu, que ela seja “...suficientemente precisa...”. O requisito deve ser complementado: a contraproposta deve ser completa, deve traduzir a intenção inequívoca de contratar e deve assumir a forma requerida para o contrato de cuja celebração se trate. Todas as demais regras alinantes à proposta, e já examinadas, têm aqui aplicação directa.

VI. A aceitação parcial não dá azo nem ao contrato nem a uma contraproposta. Efectivamente, o contrato só se considera celebrado quando as partes chegarem a acordo sobre todas as cláusulas ou matérias que alguma delas tenha suscitado¹⁴⁸⁴. Uma “aceitação” parcial diz-nos: que não há acordo sobre toda a matéria da proposta e que, no remanescente, nada de concreto é contraposto.

Ressalve-se a hipótese de a parte aceite poder ser desinserida do contexto, dando corpo a uma intenção do destinatário de prosseguir as negociações, tendo em vista um possível acordo final.

¹⁴⁸³ REINHARD BORK, no *Staudingers Kommentar I*, §§ 134-163 cit., § 150, Nr. 7 ss. (624 ss.) e LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9ª ed. cit., 564-565.

¹⁴⁸⁴ Cf. RPI, 13-Jul.-1993 (NORBERTO BRANDÃO), CJ XVIII (1993) 4, 200-203 (202/II).

178. Natureza das declarações contratuais

I. O tema da natureza das declarações contratuais tem dado azo a viva discussão nas diversas doutrinas¹⁴⁸⁵. A questão complica-se devido à existência de múltiplas teorias sobre negócios e actos jurídicos, com influxo directo nas soluções preconizadas¹⁴⁸⁶.

Abrindo de imediato caminho por entre as orientações que repartem a matéria, julga poder-se defender a proposta contratual como um negócio jurídico unilateral, pelo menos sempre que o contrato visualizado pelo proponente tenha natureza negocial. Quando tal não suceda, a proposta será um acto jurídico *stricto sensu*. Pelo que segue:

- a proposta é eficaz: produz efeitos de direito e, designadamente, faz surgir, na esfera do destinatário, o direito potestativo à aceitação: é um facto jurídico *lato sensu*;
- a proposta é livre: o proponente formula-a se quiser, actuando ao abrigo da sua autonomia privada; há liberdade de celebração, pelo que a proposta se articula como um acto jurídico *lato sensu*;
- o conteúdo da proposta é, igualmente, livre: o proponente pode inserir na proposta as cláusulas que entender; há liberdade de celebração, surgindo, limpo, um negócio jurídico.

E pela sua estrutura, fácil se torna considerá-la como um negócio unilateral. Esta construção tem interesse justamente por facultar a aplicação, à proposta, das regras alinentes ao negócio em geral¹⁴⁸⁷.

¹⁴⁸⁵ Cf. JEAN-LUC AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat* (1970), 179 ss.; RAVAZZONI, *La formazione del contratto* cit., 112 e FLUME, *Allgemeiner Teil* cit., 2, 4ª ed., 635, todos com indicações. Entre nós, FERRERA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado* cit., III, 786 ss. e PAULO MOTA PINTO, *Declaração tácita* cit., 444, nota 17, ambos com indicações.

¹⁴⁸⁶ Um apanhado de diversas teorias pode ser confrontado em *Direito das obrigações* cit., I, 446 ss. Pela sua especificidade, merece referência a orientação de RAVAZZONI, *La formazione del contratto* cit., 120 ss.: a proposta negocial deveria decompor-se em duas proposições: pela primeira, o proponente exterioriza a vontade própria; pela segunda, ele indaga a vontade do destinatário; esta última proposição só faz sentido pela sua integração na sequência processual formativa do contrato, funcionando, pois, como acto de processo e qualificando-se como um acto em sentido estrito; a primeira - portanto a que exterioriza a vontade do proponente - opera como um acto substancial, integrando, no entanto, algo de diferente de um negócio jurídico.

¹⁴⁸⁷ Contra, FLUME, *Allgemeiner Teil*, 4ª ed. cit., 635.

II. Apurada a natureza negocial da proposta, pareceria impor-se a qualificação da aceitação como um acto jurídico em sentido estrito. De facto, perante uma proposta, o destinatário apenas poderia aceitá-la ou rejeitá-la: a sua liberdade restringir-se-ia à celebração.

Deve, no entanto, atentar-se em que a aceitação/não aceitação não esgota as opções do destinatário da proposta. Este pode rejeitar, nada fazer ou contrapor. Conserva pois, intacta, a liberdade de estipulação.

A aceitação é, assim, em conjunto com a rejeição e a (contra)proposta, um negócio unilateral. As necessidades analíticas do estudo do Direito e as próprias limitações da linguagem humana obrigam, efectivamente, a isolar a ideia de "aceitação" como simples aquiescência. Mas ela não pode ser cindida dos outros comportamentos que, em conjunto, trazem a verdadeira posição do aceitante.

As regras negociais aplicam-se, por tudo isto, à aceitação, à rejeição e, naturalmente, à contraproposta. Quando muito, poderíamos aqui abrir um espaço para os actos "semelhantes a negócios", que seguiriam, fundamentalmente, o regime destes.

§ 41.º A FORMA DA DECLARAÇÃO

179. Forma e formalidades; formas *ad substantiam* e *ad probationem*

I. Em Direito, diz-se forma de negócio o modo utilizado para exteriorizar as competentes declarações de vontade, desde que seja minimamente solene. Os negócios formais contrapor-se-iam as consensuais: aqueles que produzem efeitos pelo mero consenso entre as partes, independentemente do modo por que ele surja. Em sentido não jurídico, todos os negócios jurídicos teriam a sua forma, por simples ou elementar que se apresente.

Como foi referido, as ordens jurídicas da actualidade¹⁴⁸⁸ são dominadas por um princípio de liberdade de forma, também designado regra da consensualidade: os negócios consubstanciam-se logo que a vontade seja exteriorizada em termos bastantes e se torne eficaz, independentemente da forma por que tal suceda¹⁴⁸⁹. Esse o conteúdo do artigo 219.º.

II. Em certos casos, o Direito requer, para a validade de determinados negócios, que as declarações constitutivas se exprimam em termos solenes, mais ou menos vinculados, conforme as situações. A locução "forma" é aqui utilizada, ainda que em termos não rigorosamente correctos, para designar as particulares solenidades requeridas para exteriorizar a vontade ou, pelo menos, assumidas nessa ocasião. O negócio formal será assim não o que tenha uma certa forma – pois todos a têm – mas o que requiera uma forma especial¹⁴⁹⁰.

¹⁴⁸⁸ Já no Direito romano se documenta uma caminhada em relação ao consensualismo; cf. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano* cit., 1, 187 ss..

¹⁴⁸⁹ Cf., ainda, WINDSCHEID/KIPP, *Pandekten*, 9ª ed. cit., 1, 336 (§ 72) e VON TUHR, *Allgemeiner Teil* cit., 2, 1, 496 (§ 63, I).

¹⁴⁹⁰ A particularidade linguística de, a uma declaração para a qual não se exija uma forma especial, se chamar simplesmente "declaração sem forma" constava já da pandectística; cf. WINDSCHEID/KIPP, *Pandekten*, 9ª ed. cit., § 72, nota 6 (336).

Da forma há que distinguir as formalidades: enquanto a forma da sempre corpo a uma certa exteriorização da vontade – ela é essa própria exteriorização – a formalidade analisa-se em determinados desempenhos que, embora não revelando, em si, qualquer vontade, são, no entanto, exigidos para o surgimento válido de certos negócios jurídicos¹⁴⁹¹.

Por exemplo, segundo o artigo 410.º/3 do Código Civil, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 379/86, de 11 de Novembro, exige-se que determinados contratos-promessas celebrados por escrito (forma) se apresem com reconhecimento presencial da assinatura e certificação, pelo notário, da existência de licença de habitação ou de construção (formalidade).

III. A tradição jurídica distingue entre forma *ad substantiam* e *ad probationem*¹⁴⁹².

A forma *ad substantiam* seria exigida pelo Direito para a própria consubstanciação do negócio em si; na sua falta, ele seria nulo.

A forma *ad probationem* requerer-se-ia, apenas, para demonstrar a existência do negócio; na sua falta, o negócio não poderia ser comprovado, por o Direito não admitir qualquer outro modo de prova quanto à sua existência.

A distinção poderia ser redundante, uma vez que o negócio válido, que não pudesse ser provado por qualquer via, ficaria em tudo assimilado ao negócio nulo. O artigo 364.º/2 dá, no entanto, uma certa projecção prática à distinção: quando resulte claramente da lei que uma certa forma é, apenas, *ad probationem*, é possível demonstrar o negócio atingido “...por confissão expressa, judicial ou extrajudicial, contanto que, neste último caso, a confissão conste de documento de igual ou superior valor probatório”¹⁴⁹³.

¹⁴⁹¹ As formalidades podem ser anteriores ou posteriores à própria declaração ou, mesmo, concomitantes: em qualquer caso, elas não exprimem a vontade negocial em si.
¹⁴⁹² Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano* cit., I, 189.

¹⁴⁹³ O funcionamento deste preceito não é isento de dúvidas; segundo o artigo 352.º do Código Civil, “confissão é o reconhecimento que a parte faz da realidade de um facto que lhe é desfavorável e favorece a parte contrária”. Ora, confessar a existência de um negócio pode não ser “desfavorável”, no seu conjunto, a qualquer das partes. Haveria, então, que recorrer a uma dupla confissão, o que equivaleria a uma celebração negocial, retirando qualquer alcance à figura.

O Direito português vigente não deixa documentar casos de forma especial *ad probationem*¹⁴⁹⁴; a referência à categoria – que o Código Civil conserva em abstracto – tem assim o sabor de um resquício histórico. Todavia, a jurisprudência mais recente veio reanimar a figura, considerando *ad probationem* a exigência de certas formalidades, como a do reconhecimento presencial na locação financeira¹⁴⁹⁵. Este entendimento, que visa minimizar a inobservância de certas formalidades, corresponde, todavia, a uma evolução semântica. Veremos se ela é recebida.

180. A justificação das exigências de forma; observações críticas

I. O Direito exige, para certos negócios, formas especiais, num desvio ao princípio básico da consensualidade, inserido no artigo 219.º do Código Civil. A Ciência do Direito interroga-se sobre a justificação das exigências da forma negocial, quando requerida, isto é, sobre os objectivos dos preceitos que a imponham.

De acordo com a tradição¹⁴⁹⁶, a doutrina aponta, na base da forma negocial, quando exigida¹⁴⁹⁷:

¹⁴⁹⁴ O relevo prático da questão pode ser seguido à luz do Direito anterior; cf. JOSÉ TAVARES, *Princípios fundamentais* cit., 1.ª ed., 445 ss, CABRAL DE MONCADA, *Lições* cit., 2.ª ed., 218 ss e MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral* cit., 2.ª ed., 146 ss. Contra MANUEL DE ANDRADE, *Teoria* cit., 2.ª ed., 148, não se pode dizer que o modo de superar formas *ad probationem* reside na não-contestação, em juízo; esta é sempre possível e acarreta, salvo directos indisponíveis, a confissão, pelo réu, dos factos contra ele alegados – artigo 484.º/1 CPC – mesmo quando eles não tenham, de todo, ocorrido; assim sendo, não se substitui a forma; substituem-se, antes, os próprios factos.

¹⁴⁹⁵ STJ 28-Nov-1999 (MACHADO SOARES), CJ/Supremo VII (1999) 3, 128-132 (130ff).

¹⁴⁹⁶ Cf. VON TUHR, *Allgemeiner Teil* cit., 2.ª ed., 1.497 (§ 63, I), ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, 15.ª ed. cit., 2.ª ed., 954 (§ 154, II), LEIFOLD, *BGB I* cit., 157, HELMUT HEISS, *Formängel und ihre Sanktionen/Eine privatrechtsvergleichende Untersuchung* (1999), 39 ss, DORTHEE EISELE, no *Münchener Kommentar* cit., 1.ª ed., § 125, Nr. 6 ss. (1197 ss.), LUTZ-INGO PLÜWE, *Die gesetzlichen Formen des Rechtsgeschäfts/Eine Bestandsaufnahme zu Beginn des 21. Jahrhunderts* (2003), 5 ss., LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 6.ª ed. cit., 484 ss. e CHRISTIAN HETTEL, no *Staudingers Kommentar BGB* (ed. 2004), § 126, Nr. 66 ss. (713-714).

¹⁴⁹⁷ MOTA PINTO, *Teoria geral*, 3.ª ed. cit., 430-431, segundo ENNECCERUS/NIPPERDEY, acrescenta ainda, como vantagem das exigências de forma, a separação entre o negócio e a fase pré-contratual e a formulação mais precisa e completa da vontade das partes. Seria, ainda, possível acrescentar a possibilidade de controlo estadual sobre os negócios.

- razões de solenidade;
- razões de reflexão;
- razões de prova.

A solenidade prende-se com a publicidade de determinados actos, isto é, com o acto e o efeito de os dar a conhecer ao público. Certos negócios surtem efeitos - ou, pelo menos, efeitos plenos - quando sejam conhecidos ou cognoscíveis pelos elementos da comunidade jurídica. Tal sucede, em particular, no domínio dos direitos reais. A presença de modos formais, solenes, de celebrar negócios, facultaria essa publicidade.

A reflexão tem a ver com a gravidade que, para os contratantes, possam ter certos negócios que eles celebrem ou venham a celebrar; tais negócios não devem, deste modo, ser produzidos de ânimo ligeiro. A exigência de forma, até porque normalmente conectada com uma certa morosidade, por ela provocada, facultaria essa reflexão.

A prova liga-se à demonstração da ocorrência dos factos. A natureza formal de determinados negócios facilitaria essa demonstração, assim se justificando.

II. Ainda que translativamente inseridas nos diversos manuais e tratados de especialidade, estas justificações são duvidosas. A publicidade jurídica é, hoje em dia, assegurada por institutos próprios, especializados, a tanto dirigidos; em termos espontâneos, ela opera através da posse; de modo racionalizado, ela manifesta-se pelo registo ou por determinadas publicações obrigatórias¹⁴⁹⁸. Pode considerar-se que a forma não confere, por si, qualquer publicidade, a qual depende, para se efectivar, do funcionamento de esquemas ulteriores, que com ela não estão ligados.

A reflexão pode ser propiciada pela forma de certos negócios; mas não necessária, nem suficientemente. O arvorar da reflexão a finalidade efectiva das exigências formais dos negócios implicaria a possibilidade de, em cada caso, indagar da sua efectiva ocorrência: em concreto, verificar-se-ia se houve, ou não, a reflexão requerida, independentemente da forma. Acresce ainda que - como abaixo será referido - o Direito actual patenteia um total desfasamento entre as exigências formais e o relevo dos negócios por eles atingidos: não se requer forma especial para actos que,

¹⁴⁹⁸ MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais* cit., 1, 363 ss, *Direitos Reais/Sumários* cit., § 8.º; *Registo Predial*, Enc. Pólis, 5.º vol. (1987), 259-266 e *Das publicações obrigatórias nos boletins das cotações das bolsas de valores*, O Direito 120 (1988), 341-370 (343 ss. o *passim*).

pelo seu papel, solicitariam reflexão madura, enquanto, pelo contrário, negócios secundários ficam, dela, dependentes.

A prova, por fim, pouco ajuda. Os negócios vitimados por falta de forma são, por vezes, de prova imediata. As dificuldades de prova põem em causa a própria ocorrência do negócio; não a sua validade.

III. Não se pode, em definitivo, abdicar de "razões justificativas de forma especial", uma vez que a própria lei para elas remete - por exemplo, artigos 221.º/2 e 238.º/2, ambos do Código Civil. Mas tais razões não podem ser entendidas em termos efectivos e racionais: antes, tão-só, em termos tendenciais e históricos¹⁴⁹⁹.

No domínio patrimonial, o relevo dos diversos negócios não pode deixar de se conectar com o valor económico dos bens neles em jogo. Ora as exigências actuais de forma - que atingem, sobretudo, os bens imóveis - artigo 875.º - estão totalmente desligadas dos valores em causa: negócios muito valiosos operam, de modo válido, pelo simples consenso, enquanto outros, sem significado, continuam a exigir forma máxima. A desarticulação existente entre o valor dos negócios e a forma por que eles devam ser celebrados bloqueia, em concreto, a possibilidade de lhe fazer corresponder agravadas necessidades de publicidade, reflexão ou prova. As alegadas razões justificativas de determinadas exigências de forma assumem pois, tão-só, uma consistência de tipo histórico: elas terão levado o legislador ou, mais latamente, o Direito, a prescrevê-las.

E assim sendo, pode determinar-se o verdadeiro alcance da remissão, feita pela lei, para as "razões de exigência" de certas formas negociais: ela visa uma reconstrução de tipo histórico-cultural que permita, em termos de mínima razoabilidade, determinar o âmbito da forma legal ou o sentido das declarações de vontade.

181. A interpretação das regras relativas à forma; inalegabilidades formais

I. A interpretação-aplicação das regras relativas à forma coloca particulares questões que devem ser referenciadas. Os problemas filiam-se em dois pontos fundamentais:

¹⁴⁹⁹ Já o insuspeito VON TUHR, *Allgemeiner Teil* cit., 2, 1, 496 (§ 63, D), tinha considerado os preceitos relativos à forma como a parte mais arbitrária da ordem jurídica.

- o Direito aplica, à inobservância da forma legalmente prescrita, a sanção máxima da nulidade - artigo 220.º;
- a manutenção, nos actuais quadros civis, da categoria dos negócios formais é uma fonte de desconexões e de injustiças, em termos materiais.

Desde o antigo Direito romano, se pode proclamar que o progresso jurídico implicou uma luta contínua contra o formalismo. O ritual exterior deve ceder perante o mérito das causas¹⁵⁰⁰. Tratando-se de concretização da autonomia privada, não se cura de apurar o que, pelas partes, tenha sido vertido em moldes exteriores predeterminados, mas antes o que, efectivamente, elas pretenderam e declararam.

A pessoa que, livremente, se tenha adstrito a um certo comportamento, vai contundir contra representações psicológicas, morais e sociológicas quando, supervenientemente, se venha desvincular alegando a inobservância de simples regras formais. Além disso, a mera existência de regras formais origina mais uma fonte de dispêndios e de erros que complica o tráfego privado e a convivência entre as pessoas¹⁵⁰¹.

Há, pois, uma pressão sobre as regras formais - as regras que estabelecem formas especiais para os negócios - que o Direito não deve ignorar¹⁵⁰².

II. Torna-se possível detectar, no Direito vigente, vários esquemas tendentes a amenizar as regras formais, em nome das injustiças a que elas podem conduzir.

Deste modo:

- segundo o artigo 221.º/1 e 2, em várias hipóteses podem surgir, válidas, cláusulas acessórias que não assumam a forma legalmente exigida para o negócio; o próprio Código Civil intenta, assim, restringir o âmbito de aplicação das regras formais;

¹⁵⁰⁰ WERNER LORENZ, *Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge*, AcP 156 (1957), 381-413 (385-398), HELMUT COING, *Form und Billigkeit im modernen Privatrecht*, DNotR 1965, 29-30 (29-30) e LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9 ed. cit., 483 ss..

¹⁵⁰¹ LUDWIG HASSEMER, *Die Bedeutung der Form im Privatrecht*, JuS 1980, 1-9 (1).

¹⁵⁰² Cf. EGON SCHNEIDER, *Tendenzen und Kontroversen im der Rechtsprechung*, MDR 2000, 747-753 (747 ss.).

- segundo o artigo 238.º/1 e 2, é possível retirar, de um negócio formal, um sentido que tenha um mínimo de correspondência no texto do respectivo documento, ainda que imperfeitamente expreso ou, em certas condições, um sentido que nem com esse mínimo coincida; de novo as regras formais perdem, por expressa injunção legal, em área de aplicação¹⁵⁰³;

- segundo o artigo 293.º, torna-se possível converter um negócio nulo por falta de forma num outro formalmente menos rigoroso, desde que verificado determinado circunstancialismo.

Também importante no que toca ao levantamento de valorações legais que restrinjam o formalismo negocial é o esquema da execução específica do contrato-promessa - artigo 830.º: através dele, verifica-se que, da simples celebração de um contrato-promessa que, geralmente, tem regras formais mais leves do que as do competente contrato-definitivo, pode resultar uma solução final em tudo semelhante à propiciada por um negócio formal, sem que a competente forma tenha sido observada¹⁵⁰⁴.

Tal estado de coisas, acrescido ao facto de vigorar, com clareza, um princípio geral de consensualismo permite concluir que, pelo menos, as regras que imponham formas devem ser interpretadas sem extensões nem analogias, nos precisos termos impostos pelas leis que as estabeleçam.

III. Perante estas indicações, cabe perguntar se, por via doutrinária e jurisprudencial, não seria possível assegurar a viabilidade de negócios formais quando as competentes regras de forma tivessem sido inobservadas.

Um primeiro passo neste sentido foi dado pela jurisprudência alemã que, desde o princípio do século, considera inadmissível a atitude da pessoa que provoque ou dê azo a uma nulidade formal e depois, quando melhor lhe convier, a venha alegar. Quem assim procedesse não poderia,

¹⁵⁰³ As próprias regras da interpretação permitem, pois, minimizar os vícios formais; cf. H. HAAS, *Formidngel cit.*, 214 ss.

¹⁵⁰⁴ Os inconvenientes desta solução, justamente por permitirem contornar as regras relativas à forma, foram apresentados *de iure condendo*, aquando da elaboração do Código Civil, por VAZ SERRA e, de novo, enfiçados por LOBO XAVIER. *A forma do contrato-promessa de compra e venda e a execução específica das obrigações emergentes do contrato no Código Civil de 1966* (1983); não obstante, o Supremo, numa linha que aponta com clareza para uma "desformalização" dos negócios, consagrou no assento de 30-Jan.-1985 (RUI CORTE-REAL), BMI 343 (1985), 147-152, a doutrina inserida no texto.

depois, alegar a nulidade ocorrida: haveria uma inalegalidade formal, por exercício inadmissível de uma posição jurídica: estaria em causa a boa fé¹⁵⁰⁵.

Clara na aparência, esta construção levanta dúvidas científicas¹⁵⁰⁶.

O negócio que não observe as regras de forma que se aplicam é nulo, segundo o artigo 220.º; a nulidade, por seu turno, é invocável a todo o tempo, por qualquer interessado, e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal, nos termos do artigo 286.º. Nestas condições, não bastaria impedir o causador de uma nulidade formal de alegar; haveria que tomar idêntica posição no tocante a quaisquer terceiros interessados, ainda que estranhos ao vício; do mesmo modo, seria necessário bloquear o poder do tribunal de, *ex officio*, declarar a nulidade. A assim não ser, bastaria ao causador da nulidade dá-la a conhecer a qualquer interessado ou ao próprio tribunal para, por essa via, conseguir o mesmo resultado.

O recurso à boa fé só num primeiro tempo resolveria este problema: haverá ou que desencadear actos de sanção, ou que actuar nas próprias normas que imponham formas específicas para os negócios jurídicos e que, à inobservância dessa forma, associem a nulidade. Veremos, a propósito do abuso do direito, até onde é possível ir.

IV. Uma segunda via consistiria em restringir as normas relativas à forma dos negócios; para tanto, recorrer-se-ia aos mecanismos da redução teleológica¹⁵⁰⁷.

As regras formais e a nulidade correspondente à sua inobservância visariam os valores, acima referidos, da publicidade, da reflexão e da facilidade de prova. Quando, em concreto, tais valores se mostrassem acautelados, as regras em causa perderiam a sua razão de ser: elas não teriam aplicação, por redução teleológica.

O esquema da redução teleológica, não suscita hoje dúvidas científicas de base. No entanto, não se julga que ele possa, aqui, ter aplicação.

¹⁵⁰⁵ As competentes decisões exemplares podem ser seguidas em *Da boa fé* cit., 774 ss. O tema pode ser desenvolvivamente confrontado em FLUME, *Allgemeiner Teil*, 2.º vol., 4.ª ed. cit., 270 ss. Cf. o *Tratado*, I/4.

¹⁵⁰⁶ LUDWIG HASEMEYER, *Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte* (1971), 37 ss., 228 ss. e 294 ss. e LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9.ª ed. cit., 502 ss.

¹⁵⁰⁷ Quanto a esta figura, cf. LARENZ, *Methodenlehre*, 5.ª ed. cit., 375 ss.; no caso vertente não chegará, no entanto, a haver lacuna, dada a aplicação, directa e natural, do princípio da consensualidade.

Existe uma certa categoria de normas – a das normas plenas – que, estruturalmente, não admite a redução teleológica.

Num paralelo explicativo com a analogia, recorde-se que esta está para a interpretação extensiva tal como a redução teleológica está para a interpretação restritiva. Certas normas não são estruturalmente susceptíveis de aplicação analógica; assim as regras típicas ou – ainda que numa medida mais discutível – as normas excepcionais: elas ou implicam a inexistência de lacunas, ou demonstram uma inaplicação de princípio para ultrapassar o seu âmbito de previsão. De modo semelhante, pode-se isolar uma categoria de preceitos que, sendo alheios a valores juridicamente relevantes, não comportem redução teleológica. E nessa categoria haveria, justamente, que colocar as regras relativas à forma dos negócios.

A possibilidade de, por redução teleológica, prevenir a aplicação de regras formais implicaria, desde logo, a determinação dos objectivos por elas prosseguidos; atingidos estes – ainda que por outra via – ficaria dispensada a aplicação daquelas. Ora não é possível atribuir, às regras formais, objectivos juridicamente relevantes, que tenham uma consistência mínima: viu-se como essas normas representam um puro resquício histórico, hoje desarticulado.

As normas relativas à forma dos negócios jurídicos são plenas: não tendo objectivos relevantes e perceptíveis, elas não comportam redução teleológica¹⁵⁰⁸.

V. A situação da pessoa que provoque uma nulidade formal e, depois, a venha alegar para dela tirar proveito não pode, contudo, merecer a contemporização do Direito. Não é possível deter a lógica das regras formais, insensíveis à redução teleológica; pode-se, porém, lançar mão de outros esquemas.

A doutrina nacional tem sido sensível à hipótese de deter certas alegações de nulidades formais com recurso ao abuso do direito¹⁵⁰⁹; também a jurisprudência, em casos particularmente justificados, tem aberto a porta

¹⁵⁰⁸ Admitindo a redução teleológica de normas formais apenas no âmbito da procuração e em especiais conjunturas: LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9.ª ed. cit., 875.

¹⁵⁰⁹ MANUEL DE ANDRADE, *Sobre a validade das cláusulas de liquidação de partes sociais pelo último balanço*, RLJ 87 (1954/55), 305 ss (306) e *Algumas questões em matéria de injúrias graves como fundamento de divórcio*, separata da RLJ 88 (1958), 73 e MOTA PINTO, *Teoria Geral* cit., 439. Cf. VAZ SERRA, *Abuso do direito*, BMJ 85 (1959), 243-243 (336 ss).

a esse tipo de intervenção: primeiro cautelosamente¹⁵¹⁰ e, depois, com alguma facilitação¹⁵¹¹. Esta tendência, que representa um sensível avanço no domínio jurídico-científico, deve ser incentivada, mas com cautelas.

Na verdade, a aplicação das regras relativas à forma não pode, de modo directo, ser bloqueada¹⁵¹². Mas havendo abuso, podem seguir-se-lhe aplicações de outras regras que previnam danos, evitando injustiças.

Quem dê azo a uma nulidade formal e a alegue, perpetra um facto ilícito: atenta contra a boa fé. Verificados os competentes requisitos, deve indemnizar – artigo 483.º/1 – sendo certo que a indemnização será, em princípio, natural ou específica – artigo 566.º/1. A título indemnizatório, o alegante de nulidades formais poderá ser condenado a suprir o vício, validando o negócio¹⁵¹³, quando inatada, esta obrigação poderia ser executada especificamente, pelo tribunal. No limite, poderá surgir uma relação de confiança que consiga o efeito que o negócio formalmente inválido não consiga concretizar.

A solução aqui indicada só poderá funcionar em casos que particularmente o justifiquem, havendo que evitar a sua banalização.

Mas perante situações de injustiça, a Ciência do Direito não deve ficar desarmada, encobrindo-se com meros expedientes formais. No seu conjunto, todos os esquemas apontados conduzem a uma “relativização” da forma e das suas regras¹⁵¹⁴, a explorar com cuidado.

¹⁵¹⁰ Cf. STJ 11-Mar-1982 (MÁRIO DE BRITO), BMJ 315 (1982), 249-254 (253-254); modelar, por exemplo, a sentença de FERNANDO MOREIRA, Juiz do 7.º Juízo Civil da Comarca de Lisboa de 12-Jun.-1985, Proc. 57/82, 2.ª secção, inédita.

¹⁵¹¹ RLx 8-Mar-1988 (CALIXTO PIRES), CJ XIII (1988) 2, 131-132, RP 11-Mai-1989 (CARLOS MATIAS), CJ XIV (1989) 3, 192-195 (193), RCb 16-Jan.-1990 (NUNES DA CRUZ), CJ XV (1990) 1, 87-89 (88-89), RCb 14-Dez.-1993 (MOREIRA CAMILLO), CJ XVIII (1993) 5, 48-50 (50), STJ 22-Nov.-1994 (CARLOS CALDAS), CJ/Supremo II (1994) 3, 157-159 (159/f), STJ 28-Sep.-1995 (HENRIQUES DE MATOS), BMJ 449 (1995), 374-387, STJ 5-Fev.-1998 (TORRES PAULO), BMJ 474 (1998), 431-435 (434), RLx 31-Mar-1998 (LINO AUGUSTO PINTO), BMJ 475 (1998), 755, STJ 12-Nov.-1998 (QUIRINO SOARES), CJ/Supremo VI (1998) 3, 110-112, RLx 4-Mar.-1999 (PONCE DE LEÃO), CJ XXIV (1999) 2, 78-79 (79/f), RLx 20-Mai.-1999 (FERREIRA GIRAÓ), CJ XXIV (1999) 3, 104-107, STJ 10-Fev.-2000 (FERREIRA DE ALMEIDA), CJ/Supremo VIII (2000) 1, 76-80 e RLx 30-Mar.-2000 (CORDEIRO DIAS), CJ XXV (2000) 2, 124-125. Outra jurisprudência pode ser confrontada no *Tratado* 1/4.

¹⁵¹² Cf. RAÚL VENTURA, *Convenção de arbitragem e cláusulas contratuais gerais*, ROA 1986, 5-48 (41).

¹⁵¹³ STJ 5-Fev.-1998 cit., BMJ 474, 435, parece apontar para essa via.

¹⁵¹⁴ Tais os resultados básicos da monografia de H. HEISS, *Formmängel cit.*, 82 ss. e 460 (conclusão).

182. A extensão da forma

I. As declarações de vontade e os negócios jurídicos delas derivados alargam-se, por vezes, abrangendo diversos aspectos, de natureza variada. O cerne do negócio pode, assim, ser complementado por *cláusulas acessórias*, isto é, por dispositivos que, não constituindo embora o essencial pretendido pelas partes venham, no entanto, coadjuvá-lo num ou noutro sentido.

Por isso pergunta-se, até onde vão as exigências de forma e, designadamente, em que medida se devem aplicar, às cláusulas acessórias, as regras dirigidas ao núcleo negocial.

Regulando o assunto, distingue o Código Civil:

- a forma legal, isto é, aquela que, por lei, seja exigida para determinada declaração negocial;
- a forma voluntária, ou seja, a que não sendo embora exigida pela lei ou por convenção, venha, no entanto, a ser adoptada, livremente, pelo declarante¹⁵¹⁵;
- a forma convencional, correspondente à que as partes tenham pactuado adoptar¹⁵¹⁶.

Os problemas postos por estas três modalidades de forma são, por natureza, diversos: enquanto na *forma legal* se trata, fundamentalmente, de apurar o âmbito de aplicação das competentes normas, nas restantes formas – *voluntária* e *convencional* – joga-se o saber se as partes pretendem, ou não, actuar a sua autonomia privada, quando se manifestem de modo não-formal. Este segundo aspecto não pode, contudo, deixar de jogar, também, no domínio da forma legal.

II. A forma legal opera, apenas perante o *cerne negocial*¹⁵¹⁷: as estipulações acessórias só se lhes sujeitam quando a “razão determinante

¹⁵¹⁵ Assim o sucedido em STJ 5-Nov.-1997 (NASCIMENTO COSTA), BMJ 471 (1997), 361-368 (365).

¹⁵¹⁶ Assim o sucedido em STJ 15-Jun.-1989 (JOSÉ CALERO), BMJ 388 (1989), 473-478 (475-476).

¹⁵¹⁷ Ou “núcleo contratual fundamental”, nas palavras de RLx 12-Fev.-1998 (PALHA DA SILVEIRA), CJ XXIII (1998) 1, 115-116. CHRISTIAN HERTEL, no *Staudingers Kommentar BGB* (ed. 2004), I, §§ 90-133, § 126, Nr. 82 (715), parte da ideia de que a forma abrange todo o negócio jurídico; acaba, porém, por chegar a um resultado paralelo ao que consta do texto.

da forma" lhes seja aplicável – artigo 221.º/1 e 2.º¹⁵¹⁸. O mesmo sucederia em relação a actos jurídicos subsequentes, tais como a resolução 1519.

Acontece, contudo, que as estipulações acessórias podem ser anteriores à própria declaração principal, ou delas contemporâneas. Põe-se, então, a questão suplementar da sua efectiva correspondência com a autonomia privada, quando assumam uma forma menos solene do que a exigida para o cerne negocial¹⁵²⁰. O facto de as partes efectuarem declarações de modo mais solene deixa na sombra as manifestações anteriores ou simultâneas, num fenómeno psicológico que não passa despercebido ao Direito. Por isso, segundo o artigo 221.º/1, *in fine*, as estipulações em causa só valem se se provar que correspondem à vontade do autor da declaração¹⁵²¹.

III. A forma voluntária representa, nas suas relações com a autonomia privada, uma problemática sensivelmente idêntica. O artigo 222.º/1 e 2, prevê repetidamente a hipótese de a lei sujeitar as estipulações acessórias a forma escrita; esta terá de ser seguida, sob pena de nulidade – artigo 220.º – num simples aflorar das regras gerais; cabe recorrer ao artigo 221.º para indagar se, de facto elas se sujeitam à forma escrita.

Afastada a concatenação com regras relativas à forma legal, verifica-se que, perante uma forma voluntária da declaração principal, são válidas as estipulações acessórias posteriores que a não observam e, ainda, as anteriores ou concomitantes que também o não façam, mas então, apenas quando se mostre que correspondem à vontade do declarante.

Domina, pois, a autonomia privada.

IV. A forma convencional implica um pacto prévio pelo qual as partes combinaram emitir as suas declarações por certo modo. As partes podem, de comum acordo, não o fazer: haverá então uma revogação (discrete) da prévia convenção de forma.

¹⁵¹⁸ O n.º 2 desse preceito fala em "razões da exigência especial".

¹⁵¹⁹ STJ 9-Mai.-1995 (MARTINS DA COSTA), CJI/Supremo III (1995) 2, 66-68 (68/1). No mesmo sentido, STJ 25-Nov.-1999 (JOSÉ MIRANDA GUSMÃO), CJI/Supremo VII (1999) 3, 113-116 (115/1), com a (correcta) ressalva de as "razões" da forma assim o exigirem.

¹⁵²⁰ O artigo 221.º/1 do Código Civil referencia apenas a hipótese de declarações acessórias verbais perante uma declaração principal escrita; o normativo legal pode, contudo, generalizar-se às restantes composições possíveis, desde que as declarações acessórias tenham assumido uma forma inferior à exigida para a declaração principal.

¹⁵²¹ A lei diz que são "nulas", o que não é rigorosamente exacto; quando já não correspondam à vontade do declarante, haverá que tê-las por revogadas.

O artigo 223.º/1 não se desvia destas regras gerais; por razões de segurança probatória, apenas estabelece a *presunção* de que, estipulada certa forma, as partes não se quiserem vincular senão por ela. Pode tal presunção, nos termos gerais, ser afastada por prova em contrário – artigo 350.º/2 – demonstrando-se então a revogação do pacto quanto à forma.

Pode acontecer, por fim, que a convenção quanto à forma surja apenas depois de concluído o negócio ou no momento da sua conclusão; desde que haja "fundamento para admitir que as partes se quiseram vincular desde logo", o artigo 223.º/2 *presume* que se teve em vista a consolidação do negócio – portanto uma sua formalização, em rigor dispensável – ou qualquer outro efeito que se possa descobrir: não a revogação do negócio já celebrado – "...a sua substituição".

No domínio da forma convencional, não distingue o Código Civil a temática das estipulações acessórias. A conjunção dos preceitos em jogo e, designadamente, a não-distinção efectuada na matéria pelo artigo 223.º/1, permite, no entanto, concluir que, quando não assumam a forma convencional, as estipulações acessórias obrigam sempre que se mostre correspondem à vontade das partes.

Está-se, de novo, no domínio da autonomia privada, possibilitando os artigos 221.º, 222.º e 223.º do Código Civil um bom exemplo de raciocínio jurídico.

O teor geral dos preceitos relativos à forma permite concluir, a propósito da interpretação-aplicação das regras formais, por um importante vector destinado a salvaguardar, na medida do possível, a liberdade negocial¹⁵²².

As regras formais, têm, pois, uma extensão tão restrita quanto possível, limitando-se ao que, simplesmente, a lei imponha.

183. Formas especiais

I. O Direito civil português reconhece algumas formas especiais¹⁵²³, para as declarações de vontade, impondo-as, em certos casos.

A declaração de vontade pode constar, ou não, de documento: no segundo caso, ela é produzida de tal modo que, verificada a comunicação,

¹⁵²² *Idem*, também, o artigo 89.º, b), do Código do Notariado.

¹⁵²³ No Direito alemão, cf. a enumeração de PLEWE, *Die gesetzlichen Formen* cit., 41 ss..

tudo desaparece, excepto a sua recordação no espírito de quem a haja presenciado; no primeiro, a declaração fica reproduzida ou representada em qualquer objecto elaborado pelo homem.¹⁵²⁴

Assim, as declarações verbais – gestuais ou orais – telefónicas, rádio-fónicas ou através de variados esquemas de sinais, não dão lugar a documentos, ao contrário de declarações escritas, telegráficas, por *telex*, por *fax*¹⁵²⁵ ou por *email*.

Tradicionalmente, a exigência jurídica de certas formas para determinados actos implicava o exarar, em documento escrito, da manifestação em jogo. A tendência universal irá no sentido de se lhe equipararem as “reproduções mecânicas” – artigo 368.º do Código Civil – isto é, os outros modos de reprodução das declarações – “reproduções fotográficas ou cinematográficas” e “registos fonográficos”, a que se poderiam acrescentar os registos feitos em *video* ou em computador, por meios magnéticos, ópticos ou outros – ainda que a lei os trate apenas a nível de prova – artigo 368.º do Código Civil¹⁵²⁶.

II. O Código Civil, em conjugação com o Código do Notariado¹⁵²⁷, permite distinguir os seguintes documentos escritos, base para as correspondentes declarações negociais:

¹⁵²⁴ Cf. a definição do artigo 362.º, *in fine*.

¹⁵²⁵ Cf. KATHARINA BECKEMPER, *Die Urkundenqualität von Telefaxen*, JuS 2000, 123-128.

¹⁵²⁶ A cultura actual não permite, por exemplo, assimilar a declaração feita perante uma câmara de *video* a uma declaração escrita, embora, em termos probatórios, a primeira via seja mais perfeita; de facto, é diferente produzir uma declaração verbal, ainda que gravada, ou escrevê-la. Mas já a declaração introduzida digitalmente num computador e por este exteriorizada, poderá ser assimilada a um documento escrito; haverá, pois, que proceder a uma ponderação caso a caso.

¹⁵²⁷ Recordamos que o CNot vigente foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 207/95, de 14 de Agosto, com a Rectificação n.º 130/95, de 31 de Outubro; ele foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 40/96, de 7 de Maio, com a Rectificação n.º 10-A/96, de 31 de Maio, pelo Decreto-Lei n.º 250/96, de 24 de Dezembro, com a Rectificação n.º 4-A/97, de 31 de Janeiro, pelo artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 257/96, de 31 de Dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 380/98, de 27 de Novembro, pelo Decreto-Lei n.º 410/99, de 15 de Outubro, pelo Decreto-Lei n.º 64-A/2000, de 22 de Abril, pelo Decreto-Lei n.º 273/2001, de 13 de Outubro, com a Rectificação n.º 20-AS/2001, de 30 de Novembro, pelo Decreto-Lei n.º 194/2003, de 23 de Agosto, com a Rectificação n.º 11-I/2003, de 30 de Setembro e pelo Decreto-Lei n.º 2/2005, de 4 de Janeiro. Temos, pois, uma instabilidade legislativa que requer, ao intérprete-aplicador, sempre o maior cuidado.

– *documentos autênticos*: os “exarados, com as formalidades legais, pelas autoridades públicas nos limites da sua competência ou, dentro do círculo de actividade que lhe é atribuído, pelo notário ou outro oficial público de fé pública”; – artigo 363.º/2. O documento autêntico mais relevante, no domínio negocial, é a *escritura pública*, lavrada pelo notário no adequado livro de notas – artigo 36.º/1 do CNot 1528. A escritura pública deve conter uma série de elementos, especificados em treze alíneas do artigo 46.º/1 do CNot e que vão desde a designação do dia, mês, ano e lugar em que ela for lavrada até à assinatura dos autorgantes; o artigo 80.º/2 do CNot 1529 referencia os actos sujeitos a escritura pública, com relevo para os que tenham eficácia real sobre imóveis 1530.

– *documentos particulares*: os restantes – portanto, os não autênticos – segundo o artigo 363.º/2, *in fine*; podem-se, ainda, subdistinguir: – *documentos reconhecidos* sempre que se verifique o reconhecimento notarial da sua letra e assinatura ou apenas da assinatura – artigo 35.º/4 do CNot; o reconhecimento podia ser *por semelhança* ou *presencial*, conforme derivasse de confronto com os autógrafos existentes no livro de abertura de sinais ou com a assinatura posta no bilhete de identidade – artigo 153.º/2, a) e b) do CNot – ou do facto de o elemento a reconhecer ser feito na presença do notário¹⁵³¹ – *idem*, n.º 3. Este esquema, tradicional entre nós, foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 250/96, de 24 de Dezembro. Nos termos do artigo 153.º/4, nova versão, os reconhecimentos simples são sempre presenciais, enquanto os reconhecimentos com menções especiais podem ser presenciais ou por semelhança. Os reconhecimentos notariais de letra e de assinatura ou só de assinatura, feitos por semelhança e sem menções especiais, foram abolidos.

¹⁵²⁸ Nalguns casos, a lei impõe, na escritura ou noutros documentos, ainda um certo tipo de composição – por exemplo, os testamentos, as escrituras de revogações de testamentos cerrados devem ser *manuscritos a preto e com grafia de fácil leitura* – artigo 54.º/1 do Cód. Not.; o n.º 2 deste preceito permite, para a composição dos restantes actos notariais o uso de qualquer processo gráfico. Sobre o tema, em geral: GIOVANNI CASU, *L'atto notarile tra forma e sostanza* (1996) e ENZA MARIA D'AURIA, *Il negozio giuridico notarile tra autonomia privata e controlli* (2000).

¹⁵²⁹ Com a redacção dada pelo artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 40/96, de 7 de Maio. 1530 Cf., também, os artigos 875.º, 947.º/1 e 981.º/1, por exemplo.

¹⁵³¹ Outras regras que informam os reconhecimentos constam do CNot, em especial dos artigos 155.º e 157.º.

A lei exige, para as declarações negociais sujeitas a uma forma intermédia, simplesmente a *forma escrita* – o que dispensa o reconhecimento da assinatura ou a autenticação; assim, os artigos 410.º/2, 415.º, 1143.º, 1239.º, 1250.º ou 1763.º/1.

A lei pode, no entanto, ir mais longe e exigir, em termos expressos, o reconhecimento, nalguma das suas modalidades – artigo 410.º/3.

III. As diversas formas especiais das declarações devem ser hierarquizadas, nos termos que resultam da enumeração acima efectuada.

De facto, quando a lei exija determinada forma, podem as partes adoptar uma forma superior – artigo 364.º/1 – a qual fica na sua disponibilidade. Quanto à escritura pública, *vide* o artigo 36.º/1, *in fine* do CNot. O inverso não é, naturalmente, possível.

§ 42.º CONTRATAÇÃO AUTOMÁTICA E COMÉRCIO ELECTRÓNICO

184. A contratação através de autómato ou de computador

I. A contratação pode operar através de autómato ou de computador¹⁵³².

Desde o princípio do século XX têm vindo a desenvolver-se dispositivos automáticos que, mediante a introdução de dinheiro, distribuem determinados bens aos seus utentes. A evolução posterior alargou o tipo de operações facultadas pelos autómatos, que acabam por cobrir múltiplos fornecimentos de bens e serviços, na base de “contratos” de complexidade crescente: assim, desde o simples fornecimento de coisa móvel, passando pelos múltiplos serviços implícitos num “estacionamento automático” e até à obtenção de bens, informações ou outras realidades – reservas, câmbios, operações bancárias, etc. – através de acesso a um computador.

Na aparência, os autómatos praticam meras operações materiais; sabe-se, contudo, que tais operações são legitimadas por adequada cobertura negocial, que cabe esclarecer.

II. Duas teorias degladiam-se, neste momento, quanto à “actividade jurídica” dos autómatos:

- a teoria da oferta automática;
- a teoria da aceitação automática.

¹⁵³² Cf. LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9ª ed. cit., 583 ss. e MEDICUS, *Allgemeiner Teil*, 8ª ed. cit., 141 ss. Cf., entre nós, as referências de FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado* cit., 3, 812-813. O comércio electrónico tem vindo a aumentar continuamente, estando previsto que, em 2004, ultrapasse, só nos Estados Unidos, a cifra dos 1.000 biliões de dólares; cf. o prefácio de VICTOR URMAR a GIORGIO SACERDOTI/GIUSEPPE MARINO, *Il commercio elettronico/Profili giuridici e fiscali internazionali*, 2001.

Segundo a teoria da oferta automática, comum até há pouco tempo, a simples presença de um autómato pronto a funcionar, mediante adequada solicitação feita por um utente, deve ser vista como uma oferta ao público: accionado o autómato, o utente aceitaria a proposta genérica formulada pela entidade a quem fosse cometida a programação.

A teoria da aceitação automática, preconizada por MEDICUS¹⁵³³, coloca o problema em termos inversos. Explica esse Autor que o simples accionar do autómato – por exemplo, através da introdução de uma moeda – não provoca necessariamente a conclusão do contrato; tal só sucederá se o autómato não estiver vazio, isto é, se se encontrar em condições de funcionar o bem solicitado. Por consequência, o contrato só se concluirá através do funcionamento do autómato, cabendo ao utente a formulação da proposta. A instalação prévia do autómato representaria, tão-só, uma actividade preparatória.

III. A discussão pode surgir um tanto circular; tem, no entanto, interesse prático já actual, sendo previsível o seu aumento no futuro. De facto, se o autómato for uma oferta ao público, há contrato com a simples aceitação; qualquer falha subsequente surgirá como uma violação do contrato perpetrada pela pessoa que recorra a autómatos para celebrar os seus negócios¹⁵³⁴. Pelo contrário, se o autómato se limitar a receber propostas, não há violação contratual no caso de não funcionamento: apenas se assintirá, então, a uma não-aceitação. Com a generalização da automação, podem-se antever cenários em que contratos de vulto sejam inteiramente celebrados por autómatos. Várias regras podem então depender de saber quem funciona como proponente e quem opera como aceitante¹⁵³⁵.

Perante os princípios clássicos da automação, a presença de um autómato constituiria uma autêntica oferta ao público. A pessoa responsável pelo autómato disfarçaria, ao programá-lo, de liberdade de estipulação, podendo propor o que entender; pelo contrário, o utente apenas poderia aceitar ou recusar a “proposta” automática, colocando-se numa posição semelhante à de aceitante. Acresce ainda que o autómato não tem liber-

¹⁵³³ MEDICUS, *Allgemeiner Teil*, 8ª ed. cit., 141.

¹⁵³⁴ E a menos que a falha seja de tal modo patente que implique, nas palavras de FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado* cit., 3, 813, um sinal que contradiga a própria oferta.

¹⁵³⁵ O facto de os autómatos operarem na base de cláusulas contratuais gerais, que procurem resolver os diversos problemas que se venham a pôr, não retira interesse à natureza das declarações que eles traduzam.

dade de decisão para aceitar ou recusar uma proposta: as opções competentes foram feitas pelo programador e só por este podem ser alteradas. A última palavra seria do utente, num paralelo claro com a aceitação.

IV. Mas a orientação acima explanada constitui, tão-só, um ponto de partida.

Um autómato pode ser programado para responder a solicitações distintas, por forma adaptada a cada uma delas. Ainda aí seria possível ver a presença de várias ofertas ao público – tantas quantas as opções do utente. Mas a situação complicar-se-ia quando a “oferta” fosse ilimitada, podendo o autómato corresponder a inúmeras solicitações dos utentes: nesta altura, a esferas caberia a iniciativa, limitando-se o autómato a aceitar ou a recusar.

No limite, o autómato é programável para tomar decisões, sendo ainda perfeitamente concebível um negócio “celebrado” entre autómatos – entre computadores – devidamente programados para o efeito.

Os quadros da oferta ao público só podem explicar os primeiros passos dos negócios celebrados com recurso a autómatos. Em esquemas mais elaborados, o autómato reproduz a vontade do seu programador ou da pessoa a quem as acções deste sejam imputáveis. Nessa medida, a declaração feita através do autómato pode ser proposta ou aceitação ou, mais genericamente, pode ser de qualquer tipo¹⁵³⁶, consoante a vontade dos programadores.

Os únicos limites que o Direito opõe a este prolongamento da vontade humana têm a ver com a forma prescrita para certas celebrações negociais.

185. A contratação por meios electrónicos ou por Internet

I. A contratação por meios electrónicos ou através da Internet¹⁵³⁷ não se confunde, em si, com a efectuada através de autómato ou de com-

¹⁵³⁶ Com inclusão de uma declaração com destinatário determinado.

¹⁵³⁷ Sobre a Internet e o Direito, com múltiplos elementos: MARKUS KÖHLER/*HANS-WOLFGANG ARNDT, Recht des Internet*, 2ª ed. (2000) e, como obra de referência, GEORG BORGES, *Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr/Vertragsabschluss, Beweis, Form, Lokalisierung, anwendbares Recht* (2003), 1052 pp. Em Itália, dispomos dum importante conjunto de estudos, de CARLO e FULVIO SARZANA DI S. IPOLITO, publicado, sob um prefácio de VITTORIO NOVELLI, com o título *Profilo giuridico del commercio via*

putador, embora, por vezes, lhe esteja associada. De todo o modo, adiantamos que ela tem sido enquadrada com recurso ao Direito vigente.¹⁵³⁹ Assim, a declaração de vontade feita por computador ou por meios de comunicação electrónica vale como tal.¹⁵³⁹ E naturalmente, terão aplicação as regras referentes ao erro e ao dolo, nas declarações. A matéria foi em parte tratada pelo Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, abaixo referido.¹⁵⁴⁰

A contratação pela *Internet* conheceu uma evolução que cumpre referenciar.

Num primeiro momento, a *Internet* era encarada como simples meio de comunicação. As declarações de vontade eram, simplesmente, transmitidas por essa via.¹⁵⁴¹ Os problemas daqui resultantes eram similares aos da comunicação por correio ou pelo telefone. Designadamente: o contrato poderia ter-se como celebrado entre presentes ou entre ausentes consoante entre a proposta e a aceitação, mediasse algum lapso de tempo juridicamente relevante.¹⁵⁴²

No passo seguinte, o computador é programado de tal modo que, ele próprio, recebe e processa a declaração do interessado, estando em condições de a aceitar. Temos uma declaração do computador ou automatizada.¹⁵⁴³ O exemplo mais claro é o das livrarias electrónicas que, de modo

Internet (1999), SACERDOTI/MARINO, *Il commercio elettronico* cit., e GIOVANNI MOCCHI, *Operazioni commerciali via internet* (2001). Entre nós, cumpre referir a obra colectiva *As telecomunicações e o Direito na sociedade de informação* (1999), numa excelente organização de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO.

¹⁵³⁸ Cf. JOCHEN TAUPITZ/THOMAS KRITTER, *Electronic Commerce – Probleme bei Rechtsgeschäften im Internet*, JuS 1999, 839-846 (846).

¹⁵³⁹ MATHIAS KUHN, *Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation! (Zurechenbarkeit und Haftung* (1991), 54 ss. (81). Cf. ainda a obra já antiga, mas ainda útil, de RENATO CLARIZIA, *Informatica e conclusioni del contratto* (1985), 59 ss.

¹⁵⁴⁰ *Infra*, 589 ss.

¹⁵⁴¹ JÖRG FRITZSCHE/HANS M. MAIZER, *Angewählte zivilrechtliche Probleme elektronisch signierter Willenserklärung*, DNotZ 1995, 3-25 (8), WOLFGANG FRITZMEYER/ISVEN-ERIK HEUN, *Rechtsfragen des EDI/Vertragsgestaltung: Rahmenbedingungen im Zivil-, Wirtschafts- und Telekommunikationsrecht*, CR 1992, 129-133 (129 ss.); EDI é a sigla de *electronic data interchange* e SVEN-ERIK HEUN, *Die elektronische Willenserklärung/Rechtliche Einordnung, Aufzeichnung und Zugang*, CR 1994, 595-600 (595).

¹⁵⁴² LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil* 9ª ed. cit., 584.

¹⁵⁴³ JÖRG FRITZSCHE/HANS M. MAIZER, *Angewählte zivilrechtliche Probleme cit.*, 15, HELMUT KÖHLER, *Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere vom Willenserklärungen*, AcP 182 (1982), 128-171 (132 ss.) e SVEN-ERIK HEUN, *Die elektronische Willenserklärung cit.*, 595 e 597 ss.

automático, negociavam livros. A declaração electrónica é imputável à pessoa que programou ou mandou programar o computador.¹⁵⁴⁴

Põe-se, por fim, o problema da prova das declarações de vontade automáticas. Vale a livre apreciação do juiz, sendo de reter, todavia, que os programas disponíveis permitem imprimir documentos explícitos e circunstanciados, que poucas pessoas poderão “manipular” e que, em geral, fazem fé do neles exarado.¹⁵⁴⁵

II. A facilidade com que, designadamente através da *Internet*, se podem adquirir bens ou serviços e assumir os inerentes encargos, em termos imediatamente eficazes através da utilização de cartões bancários, obriga os Estados a adoptar regras de protecção aos utentes.

Com essa finalidade, foi aprovada a Directriz n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho.¹⁵⁴⁶ Este diploma atinge, de facto, o chamado comércio electrónico.¹⁵⁴⁷ *Internet*, telefone e telefax.¹⁵⁴⁸ No fundamental, ele fixa deveres de informação acrescidos e atribui ao adquirente um direito à resolução do contrato, caso se venha a arreperder, supervisionadamente, da sua celebração.

Esta Directriz foi transposta para o Direito alemão, tomando assento no próprio BGB, através da Lei de 30-Mar.-2000.¹⁵⁴⁹ A reforma foi importante: levou à inclusão, na lei civil fundamental, das noções de consumidor

¹⁵⁴⁴ JOCHEN TAUPITZ/THOMAS KRITTER, *Electronic Commerce – Probleme bei Rechtsgeschäften im Internet*, JuS 1999, 839-846 (840).

¹⁵⁴⁵ SVEN-ERIK HEUN, *Die elektronische Willenserklärung cit.*, 599 ss. e PETER MANKOWSKI, *Zum Nachweis des Zugangs bei elektronischen Erklärungen*, NJW 2004, 1901-1907.

¹⁵⁴⁶ JOCE N.º L 144, 19-27, de 4-Jun-1997. Cf. NJW 1998, 212-215, bem como o escrito de HELMUT KÖHLER, *Die Rechte des Verbrauchers beim Teleshopping (TV-Shopping, Internet-Shopping)*, NJW 1998, 185-190. A Directriz n.º 97/7/CE foi complementada (por vezes: em sobreposição) pela Directriz n.º 2000/31/CE, de 29 de Junho, JOCE N.º L 200, 35-38, de 8 de Ago.-2000, abaixo referida.

¹⁵⁴⁷ Cf. o estudo fundamental de STEPHAN LORENZ, *Im BGB viel Neues: Die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie*, JuS 2000, 835-843 (836); vide KÖHLER/ARNDT, *Recht des Internet*, 2ª ed. cit., 37 ss.

¹⁵⁴⁸ Ou, em geral, o *e-commerce*.

¹⁵⁴⁹ Além do escrito de LORENZ citado na nota anterior, cf. KLAUS TONNER, *Das neue Fernabsatzgesetz – oder: System statt “Flüchtenteppich”*, BB 2000, 1415-1420 e PETER BÜLOW/MARKUS ARTZ, *Fernabsatzverträge und Strukturen eines Verbraucherprivatrechts im BGB*, NJW 2000, 2049-2056. A matéria acabaria por ser envolvida pela reforma de 2001/2002, na sequência a transposição da Directriz n.º 2000/35.

e de empresário e permitiu a unificação do regime das resolução por arrependimento do consumidor¹⁵⁵⁰.

III. No Direito português, a transposição acabaria por ser efectuada pelo Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril¹⁵⁵¹.

Trata-se de um diploma em 38 artigos, assim ordenados:

- Capítulo I* – Âmbito geral de aplicação (1.º);
- Capítulo II* – Contratos celebrados à distância (2.º a 12.º);
- Capítulo III* – Contratos ao domicílio e outros equiparados (13.º a 20.º);
- Capítulo IV* – Vendas automáticas (21.º a 23.º);
- Capítulo V* – Vendas especiais esporádicas (24.º e 25.º);
- Capítulo VI* – Modalidades proibidas de venda de bens ou de prestação de serviços (26.º a 30.º);
- Capítulo VII* – Infracções, fiscalização e sanções (31.º a 34.º);
- Capítulo VIII* – Disposições finais e transitórias (35.º a 38.º).

No tocante ao âmbito de aplicação, regista-se a limitação do consumidor às pessoas singulares – 1.º/3, a); não há justificação para isso: a sociedade que, fora do seu âmbito profissional, encomende livros ou músicas pela *internet* (oferta a sócios ou a clientes) tem direito a idêntica protecção.

Quanto a contratos celebrados à distância – 2.º, a) – temos a sublinhar a sua não-aplicação a vários campos, com relevo para o financeiro (3.º). Posto o que:

- devem ser dadas, ao consumidor, as informações prévias constantes do artigo 4.º, com confirmação (5.º);
- é conferido ao consumidor um prazo mínimo de 14 dias para que, livremente, ele possa “resolver” (revogar) o contrato, prazo esse que é aumentado se não tiverem sido prestadas as informações devidas (7.º); esse direito ao arrependimento tem algumas restrições (8.º); a resolução obriga a restituições (8.º);
- o contrato deve ser executado no prazo supletivo de 30 dias (9.º/1); cabendo certas regras na hipótese de indisponibilidade de bens;

¹⁵⁵⁰ Uma apreciação fortemente positiva de reforma emerge de LORENZ, *Im BGB viel Neues cit., maxime* 843.

¹⁵⁵¹ Rect. n.º 13-C/2001, de 31 de Maio.

– o pagamento por cartão de crédito ou de débito faz correr pelo banqueiro o risco de fraude (10.º);

– o ónus da prova quanto à informação prévia, à confirmação por escrito, ao cumprimento dos prazos e ao consentimento do consumidor recai sobre o fornecedor (11.º).

IV. Os contratos ao domicílio ou equiparados (13.º), com determinadas exclusões (14.º), obrigam ao seguinte:

- o fornecedor e os seus representantes devem estar identificados (15.º);
- os contratos devem ser celebrados por escrito, apresentando os elementos elencados no artigo 16.º;
- o consumidor pode “resolver” o contrato no prazo de 14 dias (18.º), com determinados efeitos restitutivos (19.º).

A venda automática deve permitir a recuperação da importância introduzida, no caso de não fornecimento do bem ou do serviço solicitado (22.º/1). Além disso, o equipamento automático deve exibir uma série de informações (22.º/2). Prevê-se uma responsabilidade solidária entre o proprietário do equipamento e o dono do local onde ele esteja colocado.

V. São vendas especiais automáticas as realizadas de forma ocasional fora dos estabelecimentos próprios. Aplica-se-lhes, com adaptações, o regime das vendas a domicílio (24.º).

Quanto a vendas proibidas, temos:

- vendas efectuadas por entidades não-comerciantes (26.º/1), com certas excepções (26.º/2);
- vendas “em cadeia”, “em pirâmide” ou em “bola de neve”, isto é: vendas cujo valor depende de outras vendas angariadas pelo consumidor (27.º);
- vendas forçadas, ou seja: equipara-se a falta de resposta de um consumidor a uma oferta à presunção da sua aceitação (28.º);
- fornecimentos não solicitados (29.º);
- vendas ligadas (30.º).

Boa parte das regras proporcionadas pelo Decreto-Lei n.º 143/2001 já seriam obtidas na base dos princípios gerais. Como linhas de força – e tal como sucede em diversos contratos de consumo – ficam o dever de informação reforçada e o direito ao arrependimento.

186. Documentos electrónicos e assinatura digital

I. Impõe-se, por fim, uma referência ao tema dos documentos electrónicos e da assinatura digital¹⁵⁵².

São documentos electrónicos aqueles cujo suporte não seja físico mas “electrónico”: no sentido mais amplo, de modo a abarcar soluções electromagnéticas e ópticas. O regime normal é-lhes aplicável, com adaptações. De todo o modo, o formalismo jurídico tem levado os legisladores a intervir.

Têm surgido importantes diplomas na Alemanha¹⁵⁵³ e em Itália¹⁵⁵⁴, bem como instrumentos internacionais¹⁵⁵⁵.

II. No tocante à assinatura digital: trata-se de um esquema que permite a uma entidade dotada de uma “chave”, reconhecer e autenticar uma sequência digital proveniente do autor duma missiva electrónica, de modo a autenticá-la. Também este aspecto vem contemplado nas leis acima referidas.

III. Entre nós, surgiu também um diploma relativo a documentos electrónicos e a assinatura digital: o Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto. Bastante aderente à lei italiana¹⁵⁵⁶, que foi tomada como modelo, este diploma recente-se da rapidez com que foi aprovado e da falta de debate sobre o competente projecto. A regulamentação nele prevista acabaria, afinal, por demorar cinco anos a surgir¹⁵⁵⁷.

¹⁵⁵² Vide KÖHLER/ARNDT, *Recht des Internet*, 2ª ed. cit., 47 ss.; CARLO SARZANA, *Documento informatico, firma digitale e crittografia*, em VITTORIO NOVELLI (org.), *Profilo giuridico del commercio via Internet* (1999), 121-139, e GEORG BORGES, *Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr* cit., 46 ss.

¹⁵⁵³ *Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz*, de 22-Jul.-1997; cf. <http://www.iid.de/ukdg/ukdg.html>. O diploma de 1997 foi alterado pela Lei de 16-Mai.-2001; cf. CHRISTIAN HERTEL, no *Staudingers Kommentar BGB* (ed. 2004), §§ 90-133, § 126a Nr. 19 ss. (745 ss.).

¹⁵⁵⁴ Decreto n.º 513, de 10-Nov.-1997; cf. <http://lidesec.dsi.lunimi.it/new/dpr31397.html>.

¹⁵⁵⁵ Assim a lei modelo da CNUDCI/UNCITRAL de 1996; cf. <http://www.uncitral.org/english/texts/electcom/>.

¹⁵⁵⁶ Cf., quanto à experiência italiana, MAURO ORLANDI, *La paternità delle scritture/Sottoscrizione e forme equivalenti* (1997), 95 ss..

¹⁵⁵⁷ Entre nós e contendo um apêndice de legislação, cumpre referir ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, *Comércio electrónico na sociedade da informação: da segurança*

O Decreto-Lei n.º 290-D/99 foi muito alterado pelo Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de Abril, que o republicou em anexo. Nova alteração surgiu através do Decreto-Lei n.º 165/2004, de 6 de Julho. A regulamentação em falta acabaria por ser adoptada pelo Decreto Regulamentar n.º 25/2004, de 15 de Julho. O registo das entidades certificadoras obedece aos termos fixados pela Portaria n.º 1350/2004, de 25 de Outubro.

Toda esta matéria melhor ficará estudada a propósito dos documentos¹⁵⁵⁸.

187. Facturas e comércio electrónicos

I. Vamos ainda dar conta de outros diplomas relativos ao tráfego com suporte electrónico. Temos:

- o Decreto-Lei n.º 375/99, de 18 de Setembro, veio equiparar a factura electrónica à factura emitida em suporte de papel;
- o Decreto Regulamentar n.º 16/2000, de 2 de Outubro, veio proceder à sua regulamentação.

II. A generalização do comércio electrónico levou ao aparecimento de novas directrizes e aos subsequentes diplomas de transposição. Assim:

- a Directriz n.º 98/48/CE, de 20 de Julho, relativa aos procedimentos da informação no domínio das normas e regulamentações técnicas e às regras relativas aos serviços da sociedade de informação; foi transposta pelo Decreto-Lei n.º 58/2000, de 18 de Abril¹⁵⁵⁹; como entidade nacional competente foi designado o Instituto Português da Qualidade;
- a Directriz n.º 2000/31/CE, de 8 de Junho, referente a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno; foi transposta pelo Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro¹⁵⁶⁰.

técnica à confiança jurídica (1999). Vide, ainda, JORGE SINDE MONTEIRO, *Assinatura electrónica e certificação (A Directiva 1999/93/CE, e o Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto)*, RLJ 133 (2001), 261-272.

¹⁵⁵⁸ *Tratado*, I/4.

¹⁵⁵⁹ Rect. n.º 6-C/2000, de 31 de Maio.

¹⁵⁶⁰ Trata-se de matéria transposta para o BCB; cf., em especial, o seu § 312 e; vide HANS-W. MICKLITZ/KLAUS TONNER, *Vertriebsrecht/Hausir-., Fernabsatzgesetze und*

Este último diploma toca em diversos campos, como aliás resulta do seu preâmbulo. "Serviço da sociedade da informação" é qualquer serviço prestado à distância por via electrónica, mediante remuneração ou pelo menos no âmbito de uma actividade económica na sequência de pedido individual do destinatário (3.º/1). Trata-se de uma actividade livre (3.º/3). Vigora um princípio de livre prestação de serviços por parte de entidades estrangeiras (5.º) podendo, todavia, ser tomadas medidas restritivas, quando estejam em causa a dignidade humana, a ordem, a saúde ou a segurança pública e os consumidores (7.º/1).

III. Os prestadores de serviços em rede estão sujeitos a um regime de responsabilidade comum (11.º), enquanto os prestadores intermediários de serviços focam exonerados de um dever geral de vigilância (12.º).

As comunicações publicitárias em rede e o *marketing* directo ficam sujeitos às regras dos artigos 20.º a 23.º.

IV. O Decreto-Lei n.º 7/2004 regulamenta ainda a contratação electrónica (24.º a 34.º). Alguns aspectos:

- a contratação electrónica é livre, salvo negócios familiares e sucessórios, negócios que exijam a intervenção de entidades judiciais, públicas ou notariais, negócios imobiliários e garantias (25.º/1 e 2); ninguém pode ser obrigado a adoptar esta via (*idem*, 3 e 4);
- as declarações electrónicas, com suporte adequado, satisfazem a exigência legal da forma escrita (26.º/1), valendo a assinatura electrónica (26.º/2);
- devem ser dadas informações prévias aos destinatários (28.º);
- a ordem de encomenda electrónica deve ser confirmada pela mesma via (29.º).

Os termos contratuais e as cláusulas contratuais gerais devem ser devidamente comunicados (31.º). A oferta de produtos ou serviços em linha, quando completa, representa uma proposta contratual; quando isso não suceda, é um convite a contratar (32.º/1).

elektronischer Geschäftsverkehr/Handkommentar (2002), 170 ss.. Em Itália, vide ALBERTO PARENTI, *L'armonizzazione comunitaria in materia di commercio elettronico*, em SACERDOTI/MARINO, *Il commercio elettronico* (2001), 77-107.

Tratando-se de contratação celebrada exclusivamente por computadores, sem intervenção humana é aplicável o regime comum (33.º/1) e as seguintes disposições sobre erro (33.º/2):

- a) Na formação da vontade, se houver erro na programação;
- b) Na declaração, se houver defeito de funcionamento da máquina;
- c) Na transmissão, se a mensagem chegar deformada ao seu destino.

O n.º 3 merece transcrição:

A outra parte não pode opor-se à impugnação por erro sempre que lhe fosse exigível que dele se apercebesse, nomeadamente pelo uso de dispositivos de detecção de erros de introdução.

O diploma contém algumas regras de supervisão, bem como normas sancionatórias.

V. Muitas das soluções introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 7/2004 já eram proporcionadas pelo Decreto-Lei n.º 143/2001. Além disso, é patente a natureza civil desta matéria, em consonância com as regras básicas do Código Civil.

Tudo isto ficaria mais claro se obtivesse uma codificação condigna, na lei civil geral.

SECÇÃO II
AS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS

§ 43.º O PROBLEMA
DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS

188. Sociedades técnicas e tráfego negocial de massas

I. A forte estruturação histórico-cultural que domina o Direito, particularmente sensível no campo das grandes codificações civis, conduz a que, muitas vezes, elas retratem não a sociedade em que vigorem, mas antes o modelo social que as antecedeu.

O Código Civil de 1966 não foi excepção.

Apesar de algumas declarações de princípios que acompanharam a sua publicação, o Código em vigor exprime, em grande parte, ainda uma sociedade pré-industrial: apenas no domínio das obrigações – designadamente no que toca à sua circulação – houve um progresso mais sensível.

O fenómeno do relativo desfasamento das codificações civis é comum e surge apontado, com frequência, na doutrina. Não se deve, daí, retirar uma sua incapacidade para intervir: enquanto suportes da Ciência do Direito, os códigos civis, desde que lhe sejam sensíveis, sofrem; no seu aparente immobilismo, uma contínua evolução¹⁵⁶¹.

¹⁵⁶¹ Da vasta bibliografia existente, como exemplos, refiram-se as recolhas de LUDWIG RAISER, *Die Zukunft des Privatrechts* (1971) e FRANZ WIEACKER, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung* (1974). Em termos alargados, cf. BERND REBE, *Privatrecht und Wirtschaftsordnung* (1978). A revolução industrial, com indicações, pode ser confrontada no *Manual de Direito do Trabalho* cit., 41 ss.. Repercussões jurídicas desta evolução surgem na obra de JOAQUIM SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato/As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual* (1997), acima citado.

II. O Código Civil português tem, ainda, uma particularidade que agrava o desfasamento apontado. Ele acolheu, como vimos, a classificação germânica, com parte geral. Aí, nos artigos 217.º e seguintes, versou o negócio jurídico: trata-se duma figura estrutural, totalmente abstracta e desligada de qualquer função. Apenas nos artigos 405.º e seguintes – é, portanto, no livro sobre Direito das obrigações – surgem os contratos, já com um papel, ainda que muito genérico: o de estabelecer um quadro de relações entre os intervenientes. E finalmente, na parte especial do Direito das obrigações – artigos 874.º e seguintes – aparecem os diversos contratos, aí com funções económicas mais delimitadas.

Deparamos com uma desarticulação dos contratos, processada através de sucessivas massas de regras, de filiação histórico-cultural diversa. Dentro deste panorama, a parte atinente à formação foi, aparentemente, a mais causticada: pela sua filiação jusracionalista e através do pandectismo, ela originou esquemas conceptuais vigorosos mas – fatalmente – desligados da efectiva realidade humana e social implícita na contratação.

No tocante às diversas figuras contratuais previstas no Código, a passagem do tempo deixou marcas importantes. Todavia, elas foram sendo ultrapassadas pela liberdade contratual. O mercado foi desenvolvendo tipos contratuais não previstos na lei e foi, ainda, associando múltiplas figuras contratuais, de modo a compor contratos mistos. No domínio da formação do contrato, os esquemas pandectísticos também foram dobrados pela prática. Isso sucedeu, porém, em moldes que o próprio sistema não comportava, inicialmente.

O problema das cláusulas contratuais gerais corresponde, no fundo, a um refluxo obrigacional sobre a parte geral do Código Civil. A grande abstracção da matéria atinente ao negócio jurídico faz-se à custa da sua diferenciação. À partida, os artigos 227.º e seguintes do Código aplicam-se, por igual, ao mais insuficiente e ao mais decisivo negócio. A diferenciação em falta veio a ser conseguida com recurso a elementos provenientes das obrigações: temos uma interacção de sistemas ou subsistemas diversos. Compreende-se, assim, porque a matéria das cláusulas contratuais gerais surge ora nos manuais de teoria geral, ora nos de Direito das obrigações.

III. Como foi dito, o esquema pandectístico da formação dos contratos, tal como resulta dos artigos 219.º e seguintes do Código Civil, não corresponde à realidade cabal dos nossos dias.

As sociedades técnicas, industriais e pós-industriais, caracterizam-se por uma acentuada integração em todos os sentidos. A divisão do trabalho

e, em geral, das diversas funções, acompanhada por uma multiplicação exponencial das necessidades a preencher, suscita uma coordenação geral de esforços, bem como uma acentuada circulação de bens e serviços.

Ainda que as decisões fundamentais sobre temáticas económicas possam depender de instâncias mais ou menos concentradas, surge imprescindível a decisão periférica definitiva, a cargo de cada pessoa: adquirir, ou não, um bem de consumo, tomar, ou não, determinado transporte, etc..

As sociedades técnicas da actualidade conduzem a um extraordinário aumento do número de negócios jurídicos¹⁵⁶².

IV. A ideia de tráfego negocial de massas permite entender, de modo impressivo, o aumento da actividade jurídica. As pessoas celebram, no seu dia-a-dia, inúmeros negócios de que dependem para uma coexistência inteiramente desprovida de particulares imprevistos. As empresas, por seu turno, concretizam as funções económicas que desenvolvem através de um fluxo contínuo de actos cuja eficácia é a sua própria actividade¹⁵⁶³.

Em termos psicológicos, sociológicos ou culturais, seria deslocado pretender encontrar, na antecâmara de cada um dos incontáveis negócios concretizados em cada momento, todo um processo de formação minuciosamente desenvolvido. A realidade decorre de modo diferente: os negócios formam-se e executam-se a um ritmo de todo incompatível com um esquema negocial que faculte aos intervenientes um consciente exercício das suas liberdades de celebração e de estipulação.

V. Pode considerar-se que as modernas sociedades técnicas assentam num tráfego negocial de massas. Este, por seu turno, provoca a erosão dos esquemas negociais, que é possível analisar em dois momentos, de intensidade crescente.

Num primeiro momento, a liberdade de estipulação é posta em causa: as pessoas desenvolvem uma actividade jurídica em que se limitam a aceitar ou a recusar certos esquemas que lhes são propostos. O fenómeno poderia restringir-se a actos jurídicos menos importantes, onde seria desajustado desenvolver um moroso processo pré-negocial; mas não é assim: as necessidades de racionalização e de cautelas levam a que negócios de

¹⁵⁶² DIET SCROEDER, *Die Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen nach dem AGB – Gesetz und die Rechtsgeschäftslehre* (1983), 9 ss.

¹⁵⁶³ Cf. ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht I – Allgemeiner Teil*, 1. 8ª ed. (1995), 183 ss.

vulto sejam apresentados às pessoas em termos de pura aceitação ou recusa: não há discussão como não há contrapropostas¹⁵⁶⁴.

Num segundo tempo, a própria liberdade de celebração é puramente teórica: as pessoas utilizam esquemas jurídicos de tipo negocial sem que, verdadeiramente, chegue a haver qualquer manifestação de vontade, mesmo que de mera aquiescência. Ainda que, desta feita, o fenómeno pareça confinado a actividades jurídicas menores, há, nele, algo de novo que não pode ser ignorado.

189. Comportamentos concludentes

I. A erosão das liberdades de estipulação e de celebração não configura, propriamente, uma evolução histórica; tão-só, exprime o desenvolvimento de uma ideia, com fitos de análise. O particular modo de circulação jurídica que prescinde de uma efectiva liberdade de estipulação, através de adesões maciças a esquemas pré-elaborados, corresponde à técnica da celebração negocial, mediante cláusulas contratuais gerais.

O passo que consiste na adopção de esquemas negociais — por oposição a legais ou a prescritos —, sem que haja uma efectiva manifestação de vontade nesse sentido, integra a denominada contratação através de comportamentos concludentes¹⁵⁶⁵. Por exemplo, à pessoa que penetre no caos do metropolitano, aplica-se, desde logo, o competente regime negocial: não cabe, em princípio, indagar de qualquer vontade de celebrar o correspondente contrato de transporte.

As cláusulas contratuais gerais serão objecto de análise mais detida. Os comportamentos concludentes operam na base de cláusulas contratuais gerais; colocam problemas melindrosos no tocante à sua exacta qualificação jurídica e às dimensões que possam assumir na vida em sociedade¹⁵⁶⁶. Torna-se ficioso pretender, neles, ver declarações, ainda que

¹⁵⁶⁴ No limite, pode considerar-se que as exigências da concorrência procuram eliminar os custos despididos, sacrificando as negociações. O "esforço negocial" transfere-se para a publicidade: os interessados tentam apresentar condições mais atraentes para os seus negócios, num momento prévio de captura de mercado e fora das negociações bilaterais. Cf. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciação na teoria do negócio jurídico* cit., 3. 942 ss. e *passim*, quanto à publicidade e à formação dos negócios.

¹⁵⁶⁵ LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil*, 9ª ed. cit., 439 ss. e o clássico FLUME, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, FS 100 DJT (1960), I vol., 135-238.

¹⁵⁶⁶ Cf. Da boa fé cit., 555 ss. e 641 ss., com indicações nacionais e estrangeiras

encapotadas, de vontade. A sua recondução a manifestações tácitas de vontade¹⁵⁶⁷ não nos parece satisfatória: o verdadeiro comportamento concludente não exprime qualquer vontade: apenas uma rotina ou um comportamento-padrão.

II. O comportamento concludente é, antes de mais, uma conduta humana. O facto de, nele, não se detectar uma exteriorização de vontade dirigida à produção de efeitos jurídicos, não é obstáculo: tal exigência tão-pouco figura, hoje, no domínio do negócio jurídico. Sendo humano, o comportamento concludente é, por certo, um comportamento permitido: o Direito faculta-o, admitindo que as pessoas optem por esse tipo de actuação, por outro ou por nenhum. O não se requerer uma vontade elaborada ou, em rigor, uma qualquer vontade¹⁵⁶⁸ não surge aqui como uma compressão da área da liberdade, mas como uma nova dimensão em que esta se expande. As pessoas podem pautar as suas condutas por hábitos, por actuações instintivas, porventura mesmo pelo acaso, sem que o Direito as obrigue a uma permanente vigilância jurídica.

Por certo que tudo isto terá limites, sendo admissível apenas no domínio dos negócios de massa de pouco valor relativo.

III. Os comportamentos concludentes têm sido incluídos dentro da categoria mais vasta das relações contratuais de facto¹⁵⁶⁹. Esta figura, surgida nos anos quarenta devido a uma descoberta de GÜNTHER HAUPT, abrangia várias situações jurídicas que tinham, em comum, o aparecimento de deveres contratuais sem a prévia celebração dum contrato¹⁵⁷⁰.

Na evolução posterior¹⁵⁷¹, ela incluiu, designadamente:

- os comportamentos concludentes;
- os deveres de actuação pré-contratuais;
- a eficácia jurídica dos negócios nulos.

¹⁵⁶⁷ Cf. MEDICUS, *Allgemeiner Teil*, 8ª ed. cit., 131.

¹⁵⁶⁸ Há que combater ficções: o comportamento concludente pode ser mecânico, sem qualquer opção prévia consciente.

¹⁵⁶⁹ Uma referência judicial à figura pode ser confrontada em RLx 27-Abr.-2004 (ANA GRÁCIO), CJ XXIX (2004) 2, 107-110: um acórdão bem tirado.

¹⁵⁷⁰ GÜNTHER HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse* (1941), incluído, depois, em FS Siber II (1943), 5-37. Cf. STJ 30-Out.-1997 (MIRANDA GUSMÃO), BMJ 470 (1997), 559-567 (565).

¹⁵⁷¹ Cf. PETER LAMBRECHT, *Die Lehre von faktischen Vertragsverhältnissen/Entstehung und Niedergang* (1994), 19 ss. Outros elementos podem ser confrontados no *Manual de Direito das sociedades* cit., 454-455.

O aprofundamento desta matéria pressupõe um manusear cuidadoso das múltiplas categorias jurídicas que integram o universo do Direito das obrigações; para aí se remete. No entanto, julga-se hoje poder adiantar que esta aglomeração deve ser revista: as figuras nela incluídas obedecem a corpos distintos de regras, só podendo ser unificadas em planos de grande abstracção.

A parcela relativa aos comportamentos concludentes pode ser reconduzida a uma forma ampla de exercício de autonomia privada. Aplicar-se-á-lhes-á, com as devidas cautelas, o regime próprio dos contratos, directamente ou por analogia.

190. Conceito de cláusulas contratuais gerais; apreciação

I. As cláusulas contratuais gerais são proposições pré-elaboradas que proponentes ou destinatários indeterminados se limitam a propor ou a aceitar¹⁵⁷².

A noção básica pode ser decomposta em vários elementos esclarecedores. Assim:

– a generalidade: as cláusulas contratuais gerais destinam-se ou a ser propostas a destinatários indeterminados ou a ser subscritas por proponentes indeterminados; no primeiro caso, certos utilizadores propõem a uma generalidade de pessoas certos negócios, mediante a simples adesão às cláusulas contratuais gerais; no segundo, certos utilizadores declaram aceitar apenas propostas que lhes sejam dirigidas nos moldes das cláusulas contratuais pré-elaboradas; podem, naturalmente, todos os intervenientes ser indeterminados, sobretudo quando as cláusulas sejam recomendadas por terceiros;

– a rigidez: as cláusulas contratuais gerais são elaboradas sem prévia negociação individual, de tal modo que sejam recebidas em bloco por quem as subscreeva ou aceite; os intervenientes não têm possibilidade de modelar o seu conteúdo, introduzindo, nelas, alterações.

¹⁵⁷² Quanto à definição legal e às despropositadas críticas que lhe foram dirigidas por ANTUNES VARELA, cf. a 2ª ed. deste *Treatado* VI/1, 415-416, nota 920.

Não havendo generalidade, assistir-se-ia a uma simples proposta feita por alguém decidido a não aceitar contrapropostas enquanto, na falta de rigidez, se assistiria a um comum exercício de liberdade negocial¹⁵⁷³.

II. Além das características apontadas, outras há que, não sendo necessárias, surgem, contudo, com frequência nas cláusulas contratuais gerais; assim:

- a desigualdade entre as partes: o utilizador das cláusulas contratuais gerais – portanto a pessoa que só faça propostas nos seus termos ou que só as aceite quando elas as acompanhem – goza, em regra, de larga superioridade económica e científica em relação ao aderente;
- a complexidade: as cláusulas contratuais gerais alargam-se por um grande número de pontos; por vezes, elas cobrem com minúcia todos os aspectos contratuais, incluindo a nacionalidade da lei aplicável e o foro competente para dirimir eventuais litígios;
- a natureza formulária: as cláusulas constam com frequência de documentos escritos extensos onde o aderente se limita a especificar escassos elementos de identificação.

III. As cláusulas contratuais gerais devem-se às necessidades de rapidez e de normalização ligadas à moderna sociedade técnica, como foi referido. Não há que perder tempo em negociações relativas a actos correntes, enquanto as entidades que actuam com recurso às cláusulas devem, por razões que se prendem com o seu funcionamento, conhecer de antemão o tipo de vinculações a que vão ficar adstritas. Elas devem-se, ainda, à procura de maiores lucros, generalizada pela concorrência.

O poder que o recurso às cláusulas coloca nas mãos dos seus utilizadores é considerável: muitas cláusulas contratuais gerais são mais relevantes para a comunidade jurídica do que múltiplos diplomas legais.

Os abusos que tal estado de coisas potencia são evidentes. Os particulares que se limitem a aderir às cláusulas têm, logo à partida, uma escassa liberdade para o fazer. As cláusulas contratuais gerais ocorrem, com frequência, em espaços de monopólios ou de oligopólios, difundindo-se, mesmo fora deles, em áreas generalizadas de sectores. De seguida, eles

¹⁵⁷³ Assim, não há cláusulas contratuais gerais nem se aplica o correspondente regime à hipótese de um mandato livre: STJ 19-Mar-2002 (GARCIA MARQUES), CI/Supremo X (2002) 1, 135-139 (137/II).

conhecem mal ou não, conhecem de todo as cláusulas a que adiram, sendo certo que, em muitas circunstâncias, nem lhes interessa perder tempo com a aquisição das necessárias informações. E por fim, o próprio teor das cláusulas é tal que os aderentes ficam desprotegidos perante o incumprimento do utilizador ou, simplesmente, perante o lapso próprio ou os azares da fortuna.

IV. Apesar dos pontos críticos acima formulados, as cláusulas contratuais gerais são uma necessidade.

A manutenção efectiva de negociações pré-contratuais em todos os contratos iria provocar um retrocesso na actividade jurídico-económica em geral. A quebra nos mais diversos sectores de actividade seria inimaginável, pois a rapidez e a normalização seriam postas em crise. Todos seriam prejudicados. Verifica-se ainda que certos sectores económicos só funcionam na base dos grandes números: pense-se nos seguros ou na banca. Para que possam ser feitos cálculos de risco, é necessário que todos os contratos tenham a mesma configuração. As cláusulas contratuais gerais são, aí, ontologicamente necessárias, além de quanto foi dito.

As cláusulas contratuais gerais devem, pois, manter-se, por necessárias.

Não pode, porém, o Direito, alhear-se delas: as cláusulas põem problemas diferentes, que a teoria geral do negócio jurídico, tal como ainda consta, por exemplo, do Código Civil português de 1966 não estava, de todo, preparada para enfrentar.

As diversas ordens jurídicas, seja qual for o sistema em que se integrem, têm correspondido ao fenómeno.

191. Evolução geral na Europa

I. O problema das cláusulas contratuais gerais foi-se implantando e desenvolvendo, ao longo do século XX, nos diversos países europeus¹⁵⁷⁴.

A evolução pode ser tipificada em quatro fases:

- aplicação das regras gerais;
- autonomização jurisprudencial;

¹⁵⁷⁴ Cf. ZWIEGERT/KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3ª ed. cit., 325 ss., e ainda, HELENE BRUCKS, *Les clauses abusives* (1982).

- pequena referência legal;
- regime legal completo.

A aplicação das regras gerais surge como solução natural enquanto o fenómeno das cláusulas for desconhecido ou enquanto se negar o seu reconhecimento. Os diversos problemas que elas suscitam devem, então, ser enquadrados à luz das regras comuns da celebração dos negócios: apela-se, nessa altura, para a boa fé, os bons costumes, o dolo, o erro, a usura, etc..

As cláusulas contratuais gerais constituem um modo específico de formação dos contratos. Pretender aplicar-lhes as mesmas regras que funcionam perante uma comum negociação é injusto e inconveniente: equiva-
le a tratar de modo igual o que tem diferenças.

Não se infira daí que os princípios gerais não possam, pelo menos teoricamente, solucionar o problema das cláusulas: eles podem ser concretizados numa ou outra forma, facultando, consoante a via que tomem, regras diferenciadas. As soluções particulares que vieram a ser encontradas para as cláusulas contratuais gerais e que, mais tarde, tiveram consagração jurisprudencial ou mesmo legal, resultaram da simples concretização dos princípios gerais.

II. A autonomização jurisprudencial, em regra antecedida ou acompanhada de um conveniente tratamento doutrinário, equivale à obtenção, através dos tribunais, de soluções particularmente adequadas ao problema das cláusulas.

As decisões fundam-se nos princípios gerais, mas exprimem já um regime diferenciado, capaz de se analisar num corpo de regras autónomas.

Dois aspectos foram, em particular, conquistados por via jurisprudencial:

- a exclusão de cláusulas não-cognoscíveis;
- a condenação de cláusulas despropositadas.

As cláusulas contratuais gerais que, aquando da celebração, os aderentes não conhecessem, não devendo ou podendo fazê-lo, não devem considerar-se incluídas nos contratos. Por seu turno, as cláusulas despropositadas, que contra a corrente geral do negócio nele sejam introduzidas, frustrando os seus objectivos normais, devem ser invalidadas¹⁵⁷⁵.

¹⁵⁷⁵ Cf. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion* (1973), 117 ss.