Teoria Geral do Direito Civil II

Professor Menezes Cordeiro, em *Tratado de Direito Civil Português*

**Advertência**: Grande parte da informação presente nesta síntese foi transcrita do próprio manual. Há também o problema dos erros de português: visto que este computador não tem “corrector automático”, muitas vezes passam gralhas.

**TOMO I**

EFICÁCIA JURÍDICA (págs 437-442)

* Há **eficácia jurídica** quando algo ocorra no mundo do Direito. Resulta de modelos de decisão (emergindo estes de argumentos, ou seja, dos factores que componham um regime jurídico-positivo aplicável).
* Uma **decisão jurídica** é uma decisão humana que implica Ciência (ou seria arbitrária) e opção (ou seria automática).
* **Modelos de decisão** são complexos articulados que habilitam o intérprete-aplicador a decidir com legitimidade.
* A **eficácia** é a **dimensão dinâmica** das situações jurídicas: do movimento depende a existência.
* Tendo em conta a **ordenação**, perante a situação jurídica, da eficácia, pode falar-se em eficácia **constitutiva** (caso se forme/constitua uma situação antes inexistente na ordem jurídica- ex: art1263.º, *a*) alguém que se aposse duma coisa, fazendo surgir uma *situação possessória* – **aquisição originária**), **transmissiva** (sempre que uma situação já existente, na ordem jurídica, transmite da esfera de uma pessoa para a de outra, ex: art879.º,*a*) transmissão da propriedade do vendedor para o comprador por via de um contrato de compra e venda – **aquisição derivada**), **modificativa** (alteração no conteúdo de uma situação de uma determinada pessoa, ex: art288.º confirmação), **extintiva** (eventualidade do desaparecimento da ordem jurídica de uma situação antes existente, ex: cumprida uma obrigação, ela extingue-se).
* Pode haver uma situação de **extinção-constituição**, em que não haja transmissão.
* Um efeito pode revelar-se, em simultâneo, **constitutivo e modificativo**, ex: 686 e ss.- O proprietário que hipoteque um terreno constitui o *direito de hipoteca* a favor do credor hipotecário e modifica a própria situação de propriedade. Dá-se o nome de **aquisição derivada constitutiva**, terminologia que o Professor Menezes Cordeiro não tende a seguir pela falta de exactidão.
* Distinção entre transmissão e sucessão: na **transmissão,** a situação transferida poderia sofrer certas alterações de elementos circundantes, enquanto na **sucessão**, ela manter-se-ia totalmente idêntica.
* De acordo com a **natureza** da situação jurídica a que se reporte, a eficácia pode ser classificada como: **pessoal** (quando não tem natureza patrimonial), **obrigacional** (sempre que se reporte a situações obrigacionais), **real** (quando ocorra perante situações próprias de coisas corpóreas).

FACTOS, ACÇÕES E NEGÓCIOS JURÍDICOS (págs 443-458)

* **Facto jurídico**- evento ao qual o Direito associa determinados efeitos.
* Distinção **no** facto jurídico *lato sensu*, entre facto jurídico em **sentido estrito** (*stricto sensu*) dos **actos jurídicos**: consoante, para efeitos de eficácia, se considerem como eventos naturais ou manifestações de vontade[[1]](#footnote-2) humana.
* Prof. Menezes Cordeiro trata a **gestão de negócios** (artigos 464.º e ss.) e o **enriquecimento sem causa** (artigos 473.º e ss.) como manifestações de vontade humana tratadas pelo Direito como *ocorrências*.
* Se o **acto jurídico** se processar no âmbito da **autonomia privada**, comportam a classificação de: **actos jurídicos em sentido estrito** (se implicar somente liberdade de celebração) e **negócios jurídicos** (caso assentem simultaneamente na liberdade de celebração e na de estipulação).
* Conceito de **acção**: **sentido naturalístico-** modificação do mundo exterior, casualmente ligada à vontade, mas mal se distinguiria as actuações de um animal das de um autómato, passando-se tudo numa **relação de causa-efeito**, explicável pela causalidade, no seu sentido mais mecanicista; **sentido normativista-** passa por uma **afirmação ou negação de valores**, não ultrapassando muito ou estádio do naturalismo ou do casualismo mecanicista; **teoria de acção final ou finalismo-** desenvolvida na Alemanha por Hans Welzel, em Portugal por Manuel Gomes da Silva, a acção é final porque o agente, consubstanciando previamente o **fim** que visa atingir põe, na prossecução deste, as suas possibilidades
* Nesta **teoria finalista**, uma “acção” não-humana traduz-se na sucessão mecânica de causa-fim (facto jurídico em sentido estrito), enquanto na acção humana há uma prefiguração do fim que determina o movimento para o alcançar: **o fim é a “causa”**.
* **Acto lícito-** aquele que não contraria o Direito (que não seja por este, directa ou indirectamente, proibido).
* **Acto ilícito-** acto correspondente a comportamentos humanos desconformes com o Direito.
* Doutrina alemã distingue, entre **actos negociais**, os **actos semelhantes aos negócios** (produziriam efeitos independentemente de uma vontade a tanto dirigida), os **actos reais** (modificações introduzidas nas coisas corpóreas, com consequências de Direito) e os **actos de cortesia** (fora do Direito)**.** Prof. Menezes Cordeiro defende a autonomização dos **actos semelhantes aos negócios** por: embora não haja liberdade de estipulação, podem ser inseridos na lógica negocial, por exemplo na proposta.
* Foi Manuel de Andrade quem popularizou entre nós a ideia de negócio jurídico. Este conceito foi desenvolvido pela pandectística – 1840, por Savigny.
* O negócio jurídico tem sido tomado como: **acto de vontade dirigido a certos** **efeitos, produzidos porque queridos** (dogma da vontade savignyano- vontade humana teria uma capacidade intrinsecamente justificadora: ela actua, e como produto dessa actuação surge a eficácia, que o **Direito se limita a reconhecer**. Crítica: o Direito surge do exterior, impondo-se às pessoas; a juricidade deriva do sistema e não das consciências, numa posição antropologicamente demonstrável e rica em consequências); **acto de vontade** **tendente a um fim protegido pelo ordenamento** (a juridificação dos efeitos não ocorre mercê da vontade humana individual, mas em consequência de uma protecção abstractamente conferida pelo Direito; na medida em que aquela integre tal via protegida pelo ordenamento, desencadear-se-iam os efeitos jurídicos. Crítica: um leigo terá uma ideia muito reduzida)**; acto de** **auto-regulamentação** de **interesses** (defendida por Betti, e entre nós por Dias Marques- tratando-se de uma regulação providenciada pelo próprio, apenas este poderia sofrer-lhe as consequências. Crítica: deixa na sombra a origem do poder de reuglamentação; caso do contrato a favor de terceiro não tutela interesses do seu autor – artigo 443.º e seguintes); **acto de autonomia privada, a que o Direito associa a constituição, modificação ou extinção de situações jurídicas** (o declarante pretende a verificação de um certo efeito jurídico e pauta a sua actividade em função desse escopo.O Direito tutela o negócio pela necessidade de proteger a confiança que ele suscita nos destinatários e, em geral, nos participantes na comunidade jurídica. Crítica: em certos negócios a autonomia tem limites, havendo normas injuntivas. Nesses casos a vontade opera como um facto jurídico em sentido estrito, ainda que funcionalmente subordinado a um negócio em sentido próprio)**.**
* O Código Civil adoptou a figura do negócio jurídico mas não abdicou da figura dos contratos.

MODALIDADES DE NEGÓCIOS JURÍDICOS (págs 459-478)

* **Negócio** **unilateral**- quando tem uma única parte. Os efeitos produzidos não diferenciam as pessoas que, eventualmente, neles tenham intervindo. A inexistência de trtamentos diferenciados permite, em termos formais, considerar no seu seio a presença de uma **única parte**. **Completam-se com a declaração que os consubstancie**, dispensando-se qualquer anuência de outros intervenientes. Exemplos: testamento – artigo 2179.º/1 – a renúncia – artigo 1476.º/1, *e*) – ou a confirmação – artigo 288.º.
* **Negócio multilateral ou contrato**- quando se assuma como produto de **duas ou mais partes**. Os efeitos diferenciam duas ou mais pessoas, fazendo surgir a cargo de cada interveniente regras próprias. Resultam do **encontro de duas vontades**, através duma **proposta** e da sua **aceitação**. Exemplos: compra e venda – artigo 874.º - a doação – artigo 940.º - a sociedade – artigo 980.º - ou o casamento – artigo 1577.º.
* Dentro dos negócios contratuais: **contratos sinalagmáticos e não sinalagmáticos** (consoante dêem lugar a obrigações recíprocas, ficando as partes, em simultâneo, na situação de credores e devedores, ou apenas facultem uma prestação); e **contratos monovinculantes e bivinculantes** (conforme apenas uma das partes fique vinculada ou ambas sejam colocadas nessa situação).
* Contrato-Promessa *unilateral* (artigo 411.º) surge como **sinalagmático e monovinculante**, 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.
* **Negócio plural-** quando, não sendo contrato, implique várias pessoas. Pode ser um **negócio conjunto** (se várias pessoas forem titulares de posições jurídicas que só podem ser **actuadas em conjunto**, por todas elas, exemplo: comproprietários propõem uma denúncia do arrendamento da coisa comum) ou uma **deliberação** (se várias pessoas titulares de posições jurídicas confluentes puderem actuar em sentido divergente, **prevalencendo a posição da maioria**, exemplo: artigo 1432.º/2 – convocação e funcionamento da assembleia dos condóminos).
* **Negócios inter-vivos** destinam-se a produzir efeitos em vida dos seus celebrantes. **Negócios mortis causa-** os efeitos manifestar-se-iam apenas depois da morte do seu autor (exemplo: testamento – artigo 2179.º - e os pactos sucessórios – artigos 1700.º e seguintes). Não tem preocupações de equilíbrio, uma vez que surge como liberalidade e assenta na vontade do *de cujus*. Não envolve também nenhum problema de confiança dos destinatário.
* **Negócio formal:** lei **exige determinado ritual** na exteriorização da vontade. Forma todos têm, mas este requer uma **forma especial**.
* **Negócio consensual**: (consensualismo) princípio de que os negócios se concluem pela simples **manifestação de** **vontade**, seja qual for o modo por que ela se exteriorize. São susceptíveis de conclusão por simples **consenso**.
* **Negócios reais**- aqueles cuja celebração dependa da **tradição** de uma coisa. Podem ser *quod constitutionem* (exemplo: penhor – artigo 669.º/1 - comodato – 1129.º - mútuo – 1142.º - depósito - 1185) ou *quod efectum*, consoante dependa ou não da entrega de uma coisa (não há qualquer manifestação de vontade negocial na entrega da coisa; deve ser interpretada como mera formalidade).
* A configuração típica do **penhor** exige uma certa publicidade. Sem esta, não é possível constituir a competente situação pignoratícia – *publicidade possessória constitutiva*.
* **Registo constitutivo** (exemplo: hipoteca – artigo 687.º): caso em que o negócio só produz efeitos (até entre as partes) se registado. Um paralelo com os negócios reais *quod constitutionem*.
* Negócios podem ser **pessoais, obrigacionais e reais** (*quod efectum*), consoante a forma de eficácia a que dêm lugar seja pessoal, obrigacional ou real.
* O negócio é **causal** quando a sua fonte tenha de ser explicitada para que a sua **eficácia** se manifeste e subsista. Será **abstracto** se a mesma eficácia se produza e conserve independentemente da concreta configuração que o haja originado. Nestes últimos negócios não se colocam problemas sobre a sua validade, somente nos primeiros. Cumpre não esquecer o caso dos **negócios presuntivos de causa** (exemplo: artigo 458.º).
* A questão torna-se **causal** desde o momento em que se prove o contrário do que resulta da declaração de cumprimento ou reconhecimento.
* **Negócio típico**- negócio regulado pela lei. Se neste negócio houver uma total injuntividade da lei, desaparece a natureza negocial (caso do contrato de casamento).
* **Negócio atípico-** negócio engendrado pelas partes.
* **Negócio nominado**- negócio que a lei designa pelo nome.
* **Negócio inominado**- negócio ao qual a lei não dá um nome.
* **Negócio oneroso**-se implicar esforços económicos para ambas as partes, em simultâneo, e com **vantagens correlativas**.
* **Negócio gratuito**- quando uma das partes dele retire tão-so vantagens ou sacrifícios. Nestes negócios a lei admite desequilíbrios.
* No caso da **doação onerosa**, o donatário suporta também sacrifícios, sendo oneroso para este e gratuito para o doador.
* **Negócio de disposição**- põe em causa a subsistência da situação. Estes só podem ser **livremente** praticados pelo **titular** da esfera jurídica afectada e tendo ele capacidade para o fazer. Todo o acto que só possa ser praticado pelo próprio é de disposição.
* **Negócio de administração**- implica modificações secundárias ou periféricas no seu conteúdo.
* **Negócio parciário**- quando implica a participação dos celebrantes em determinados resultados (exemplo: contrato de parceria pecuária – artigo 1121.º - e na sociedade – artigo 980.º).
* **Negócio de organização**- visa montar uma estrutura que faculte a cooperação permanente, em certo quadro, de pessoas (exemplo: contrato de sociedade).
* **Negócio de distribuição**- visa 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. Exemplos de contratos de distribuição: concessão, agência, franquia (*franchising*). A distribuição permanente tem elementos de organização.
* **Negócio aleatório**- acontece quando no momento da celebração sejam desconhecidas as vantagens patrimoniais que dele derivem para as partes (exemplo: um contrato de seguro: ele pressupõe o desconhecimento da ocorrência e do montante do dano que a seguradora seja, eventualmente, chamada a suportar; contrato de jogo e aposta também – artigo 1245.º).
* **Negócio principal ou final**- vale por si.
* **Negócio acessório**- só faz sentido quando articulado com outro negócio.
* **Contrato instrumental**- contrato-quadro (define perfis de negócios ulteriores que –esses sim- regularão os interesses em jogo); **contrato preparatório-** contrato-promessa; **contrato acessório-** fiança e outros protocolos laterais.

ACTOS JURÍDICOS EM SENTIDO ESTRITO (págs. 479-481)

* O **acto jurídico** traduz o exercício da autonomia privada marcado pela presença, apenas, de **liberdade de celebração** (exemplo: o apossamento – artigo 1263.º, *a*) – ocupação – artigo 1318.º - especificação – artigo 1338.º - contrato de casamento – artigo 1577.º - perfilhação – artigo 1849.º - e aceitação ou repúdio da herança – respectivamente, artigos 2050.º e 2062.º).
* **Classificação** dos actos jurídicos, de **Manigk**: actuações puramente exteriores; actuações que impliquem ainda certas opções interiores; actuações que traduzam matéria já prefixada; comunicações, de conhecimento ou vontade.
* Aos actos em sentido estrito aplicam-se, na medida do possível, as regras respeitantes ao negócio jurídico.

ELEMENTOS E PRESSUPOSTOS NEGOCIAIS (págs. 483-488)

* **Manuel de Andrade** distinguia três **tipos de elementos** dos negócios jurídicos: elementos **essenciais** (têm que estar presentes em todos os negócios. Podem ser **gerais**, se tiverem que surgir em todos os negócios, como a capacidade das partes, declaração ou declarações de vontade e objecto possível; ou **específicos,** que são imprescindíveis para caracterizar um certo tipo negocial, distinguindo-o dos demais); elementos **naturais** (efeitos que, devido à sua natureza, os diversos negócios deveriam produzir mas que as partes podem validamente afastar; são **normas supletivas** na disponibilidade das partes); elementos **acidentais** (estipulações que não são necessárias para a consistência de um negócio e que o Direito não preconiza para o tipo negocial considerado). Crítica: junta factores exteriores ao negócio com outros que têm que ver com os seus efeitos.
* **Paulo Cunha** distinguia quatro **elementos** nos negócios: os **elementos necessários** (que a lei exija para a validade de todo e qualquer acto jurídico. Divisível em **elementos essenciais** sem os quais não haveria negócio, e **elementos habilitantes**, requeridos para a sua total valiade.); os **elementos específicos** (elementos requeridos para cada tipo de acto – igual aos específicos de Manuel de Andrade); **elementos naturais** (derivam da lei – supletivos); **elementos acidentais** (abrangem os introduzidos por vontade das partes, podendo ser típicos, quando já conceitualizados pela lei, ou variáveis, quando derivem da vontade das partes). Prof. Menezes Cordeiro adopta esta.
* **Dias Marques** dividiu em **pressupostos** (elementos extrínsecos, abrangendo factores atinentes ao autor do negócio, objecto, e à posição do autor em relação ao objecto), **estrutura** (corresponde aos elementos intrínsecos do próprio acto do negócio: abrangeria elementos objectivos, como a forma e conteúdo, e subjectivos, como a vontade e consciência), e **função** (reportar-se-ia à causa, como o objectivo socialmente relevante procurado através do negócio)**.**
* **Elementos em sentido amplo-** traduzem um conjunto de realidades necessárias para que exista uma outra.
* **Elementos em sentido estrito-** exprimem os factores que, num momento estaticamente considerado, componham um *quid*.
* **Pressupostos do negócio jurídico-** implicam regras relativas às pessoas, aos bens, ou às relações que entre ambos se estabeleçam.

FORMAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO (págs. 489-496)

* **Processo-** encadeamento de diversos actos jurídicos com vista a proporcionar um objecto final.
* **Fases do processo** podem ser **necessárias** ou **eventuais**, consoante, da sua ocorrência, dependa ou não a concretização do fim para que tendam.
* São **típicos os procedimentos** com sede legal e, ainda, aqueles que são habitualmente adoptados pelas partes interessadas (**tipicidade social**). São **atípicos** todos os demais.

REGRAS NAS NEGOCIAÇÕES E *CULPA IN CONTRAHENDO* (págs.497-524)

* As **regras** que se impõem nos **contratos** podem ter **origem contratual** (na medida em que as partes tenham decidido concluir pactos preparatórios, ficando a estes vinculadas), **legal genérica** (dever de proceder segundo as regras da boa fé – artigo 227.º/1), e **legal específica** (a título de exemplo: lei sobre as cláusulas contratuais gerais, ou de defesa do consumidor).
* A ***culpa in contrahendo*** foi “descoberta” por **Jhering** em 1861. Este demonstrou que, na presença de contratos nulos por anomalias ocorridas na sua formação, poderiam ocorrer danos cujo não-ressarcimento seria injusto, colocando o prejudicado na situação em que ele se encontraria se nunca tivesse havido negoxiações e contrato nulo.
* A **fase pré-contratual** – que antecede a celebração de um negócio – é estranha ao sistema que assente na liberdade negocial: antes do contrato, não há normas que vinculem as partes.
* Em França ainda se reconduz a “responsabilidade pré-contratual” a um instituto de responsabilidade civil.
* As doutrinas explicativas têm sido agrupadas em dois pólos: **soluções negociais** (que procuram reconduzir a *culpa in contrahendo* e os deveres que, com ela, se conexionem, a negócios jurídicos) e **soluções legais (**remetem a base da figura para a lei**)**.
* A **primeira linha de *soluções negociais***, defendida por **Franz Leonhard**, reconduz a *culpa in contrahendo* ao ***contrato posteriormente celebrado***. Dá-se uma ***pré-eficácia***: celebrado um negócio, certos **deveres retro-actuariam** até ao início das negociacões. As **críticas** a esta solução focam-se no seu **ilogismo (**assenta numa ideia de pré-eficácia, sendo contraditória em si mesma: *antes* do contrato não se podem, deste, retirar deveres a observar; e *depois* do contrato celebrado, já não se está numa fase pré-contratual que habilite ao acatamento de deveres pré-contratuais**)**, e sua **excessiva restrição** (só contemplaria a hipótese de haver um contrato válido que tivesse provocado danos na sua celebração)**.** Assim, não resolve os problemas que justificaram a descoberta de Von Jhering.
* A **segunda linha negocial**, encabeçada por **Heinrich Siber**, filia os deveres pré-contratuais na ***celebração de um contrato preparatório***, ou seja, ao aceitar negociar a eventual procura de um consenso contratual, as partes aceitariam à partida algumas “regras do jogo”. A doutrina vem **criticar** esta tese como **ficciosa**. Menezes Cordeiro classifica a *crítica* como excessiva, considerando que nenhum mal origina a admissão, pelas partes, de regras muito simples, como não provocar danos gratuitos excessivos. Em termos científicos, esta tese revela um **apego ao dogma da vontade**.
* A **concretização** da *culpa in contrahendo* foi **trifásica**: primeiro, destinou-se a permitir o **ressarcimento de danos causados**, na fase pré-contratual, a pessoas ou a bens. De seguida, visou a circulação, entre as partes, de todas as informações necessárias para a contratação (pode falar-se na existência de ***deveres de informação* pré-contratuais**). Num terceiro grupo, a *culpa in contrahendo* liga-se de modo mais directo à vontade das partes. Assim, há também ***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.
* Distinção entre ***deveres de lealdade*** e ***deveres de informação***: nos primeiros, para além da questão da **comunicação**, também se joga num problema de **actuação**.
* A *culpa in contrahendo* assegura, nos preliminares contratuais, **o respeito pelos valores gerais da ordem jurídica** que, no caso considerado, aspirem a uma concretização.
* **Tutela da confiança-** as partes não devem suscitar situações de confiança que depois venham a frustrar. A violação da confiança legítima provoca responsabilidade.
* **Primazia da materialidade subjacente-** a autonomia privada faculta às partes poderem negociar livremente os seus contratos, interrompendo as negociações quando o entenderem. Trata-se de um valor a aproveitar com esse sentido material – a busca livre de um eventual consenso – e não, apenas, uma conformidade exterior com o Direito; a negociação emulativa[[2]](#footnote-3), dilatória[[3]](#footnote-4), chicaneira ou, a qualquer outro título, contrária à autonomia privada é contrária à boa fé.
* A parte que, de antemão, conheça ou deva conhecer o desequilíbrio em causa tem o dever de, disso, dar conhecimento à contraparte – **defesa/protecção da *parte fraca* num contrato.**
* Quando os deveres não são acatados, há responsabilidade por inobservância da boa fé.
* As primeiras referências, em Portugal, à *culpa in contrahendo*, datam de Guilherme Moreira.
* Há três tipos de deveres emergentes do artigo 227.º/1: de **segurança,** de **lealdade** (exemplo: alguém pedir um aumento de renda sem atentar na degradação do prédio) e de **informação** (exemplo: banqueiro que celebra um mútuo para se pagar de outro negócio, sem avisar o seu cliente que nunca teve o dinheiro mutuado à sua disposição)**.**
* A **violação** de qualquer dos deveres presentes no artigo 227.º/1 tem **natureza obrigacional**: existe um dever específico de cumprimento, sendo justo que, não se verificando este, ao devedor caiba explicar porquê.
* O **dano a considerar** não se identificaria com o ganho que derivaria do contrato – interesse positivo – mas sim com as **despesas e as perdas** provocadas pelas negociações malogradas, ainda que alargado aos **lucros cessantes**.
* A determinação do **âmbito da indemnização** deve fazer-se de acordo com as regras próprias da causalidade normativa e, em especial: perguntando quais os **bens protegidos pela boa fé violada**.
* **Interesse positivo-** benefício que adviria da execução do negócio malogrado.
* Desde que se provem todos os danos, não se vislumbram razões conceptuais para premiar a ilicitude.
* O Prof. Menezes Cordeiro defende, a par de **Canaris** – o grande investigador desta construção – uma **teoria unitária** dos deveres de protecção, lealdade e de informação, assentes na **tutela da confiança e primazia da materialidade subjacente**.
* A violação do sigilo é uma falha *in contrahendo*, mas também pode ser uma violação do direito à privacidade.
* Nas palavras do Supremo: A *culpa in contrahendo* opera como compromisso ou conciliação entre o interesse na liberdade negocial e o interesse na protecção da confiança das partes durante a fase das negociações.
* A doutrina e a jurisprudência têm vindo a reconhecer que a responsabilidade *in contrahendo* tem natureza obrigacional, e a admitir que os danos indemnizáveis possam não se circunscrever ao interesse negativo.
* **Tipologia alemã de deveres**: violaçao 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.

ACTOS PREPARATÓRIOS (págs. 525-538)

* 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.
* Entre os **actos preparatórios materiais** incluem-se os **contratos preliminares**: neles, as partes procuram conhecer-se e indagar a possível negociação dos seus interesses.
* Os **actos preparatórios jurídicos** dizem-se **vinculativos** ou **não-vinculativos**, conforme obriguem, ou não, as partes a práticas ulteriores.
* **Minuta ou punctação[[4]](#footnote-5)**- documento no qual as partes vão exarando os diversos pontos a inserir no futuro contrato, à medida que sejam acordados.
* **Contratos preparatórios instrumentais** expressamente previstos/pressupostos na lei: convenção das partes sobre a forma do futuro e eventual contrato – artigo 223.º -, convenção das partes sobre o valor do silêncio – artigo 218.º -, contrato-promessa ou contrato pelo qual as partes se obrigam a celebrar o contrato definitivo – artigos 410.º e ss. -, pacto de preferência - artigos 414.º e ss..
* **Pacto de preferência-** consiste na convenção pela qual alguém assume a obrigação de dar preferência a outrem na venda de determinada coisa – artigo 414.º.
* Há outros contratos preparatórios, de tipo instrumental, que embora não consagrados expressamente na lei civil, têm um relevo prático marcado, *v.g*. o *contrato de opção*.
* **Concurso para a celebração de um contrato-** 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 causa – elementos essenciais deste acto preparatório: existência de *pluralidade de interessados*, e *escolha*.
* Razões apresentadas para a celebração do contrato: **escolha do parceiro mais idóneo** (acompanhado por publicidade alargada, permite um afluxo de potenciais contratantes, facultando escolhas adequadas), **o aproveitamento dos mecanismos da concorrência** (os potenciais contratantes, para arrematar o lugar, vão oferecer melhores condições, procurando ultrapassar-se uns aos outros), **procura da melhor gestão**, **legitimação da escolha** (a legitimidade material advém da autonomia privada, mas se for celebrado concurso fica, na comunidade jurídica, a ideia de que, não só havia o direito de celebrar tal contrato, como o contratante escolhido era o melhor).
* Em função dos ***destinatários[[5]](#footnote-6)***, o concurso poderá: ser nacional, local, etc., consoante o **círculo de interessados;** **indiferenciado** (se se dirigir a qualquer interessado) ou **especializado** (dirigido a interessados com certas habilitações); **público** (pode apresentar-se qualquer interessado que reúna as condições gerenicamente referidas no próprio termo de abertura do concurso) ou **limitado (**apenas se podem apresentar as entidades especialmente convidadas, pelo autor do concurso, a fazê-lo**).**
* Visto que o concurso se filia na autonomia privada, o regime do concurso há de ir de encontro à vontade dos seus autores.
* **Concurso contratual-** potenciais interessados acordam, previamente, os termos a seguir na contratação, fixando as regras para encontrar os contratantes definitivos. Aplica-se, aqui, o regime do *contrato-promessa.*
* **Concurso unilateral-** Apenas ao seu dono procede a competente abertura e aprova os seus termos.
* O **concurso** pode ser **indicativo** ou **vinculativo**, se apenas procurar constituir uma fonte de informações para o autor do concurso, ou se o visar integrar num processo tendente à formação dum contrato.
* O **concurso** pode assumir-se como **proposta** (se resultar o aparecimento do contrato logo que algum interessado preencha certas condições) ou como **solicitação** (se os interessados se limitarem a apresentar propostas, que o autor do concurso deverá, depois, aceitar em certo condicionalismo)**.**
* Na abertura do concurso, o autor terá que instituir algumas **regras de tipo processual** (tipo de comportamentos instrumentais a seguir na fase preparatória, *v.g.* documentação, prazos, etc.) e de **tipo substantivo** (valores a ponderar por via do concurso e fixam os quadros relativos ao próprio contrato a celebrar).
* O **regime** do concurso **vincula** o seu autor, salvo quando este tenha proclamado claramente, nos termos da abertura, a natureza meramente indicativa do processo. Há três razões para esta adstrição: *princípio do cumprimento das vinculações unilateralmente assumidas* (Cf. Artigo 459.º - promessa pública), *princípio da boa fé, na vertente da tutela de confiança*, a *tutela da confiança pré-contratual*.
* 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 e explicitamente referidas na mesma abertura.
* **Incumprimento** das regras aplicáveis no domínio da abertura do concurso **obriga a indemnizar** todos os lesados pelos **prejuízos**; 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 - contrato promessa.
* Se os interessados, não querendo ainda o contrato, se obrigam a, no futuro, concluí-lo, estamos perante um **contrato-promessa**. Este pode ser feito **com e sem execução específica**: no primeiro caso, ocorrendo o *incumprimento*, o promitente fiel poderia pedir ao tribunal que suprisse a abstenção do faltoso. No segundo daria lugar a medidas compensatórias.
* **Contratação mitigada-** vinculação, de conteúdo variável, estabelecida entre a total ausência de compromissos e o contrato-definitivo.
* Figuras **autónomas** no âmbito da **contratação mitigada**: *carta de intenção* (forma epistolar[[6]](#footnote-7), consigna[[7]](#footnote-8) uma vontade de concluir um contrato em certas condições, sem se obrigar a tanto; muito usada no comércio internacional); *acordo de negociação* (consigna uma vontade comum das partes de prosseguir negociando dentro de determinados parâmetros); *acordo de base* (acordo sobre o núcleo do negócio); *acordo-quadro* (em negociações tendentes a originar múltiplos contratos, as partes assentam um núcleo comum a todos eles), *protocolo complementar* (tendo em vista um contrato nuclear, as partes concluem um convénio[[8]](#footnote-9) acessório, tendente a completá-lo), e o ***contrato de reserva*** (comum entre nós, em que o vendedor “reserva” a coisa vendida durante um pequeno prazo, comprometendo-se a aguardar a decisão do comprador).
* O Tribunal não se pode substituir às partes, negociando por estas.
* **Acordo de cortesia-** convénio relativo a **matéria não-patrimonial** e que releve do mero **trato social**. Ele poderá recair sobre a hora e local dum encontro, sobre questões protocolares ou sobre outros ajustes convenientes para um convívio agradável, dentro e fora da contratação jurídica. **Distingue-se do contrato** por as partes o terem colocado **fora do Direito** (recai sobre matéria sem conteúdo patrimonial e juridicamente irrelevante) e por assentar na palavra dada e na honra de quem a dê.
* O acordo de cavalheiros deixará de o ser se os interessados não se comportarem como tal.

A DECLARAÇÃO DE VONTADE (págs. 539-550)

* Uma **declaração** surge, antes de mais, como uma **acção**: pressupõe uma actuação ou omissão controladas ou controláveis pela **vontade**. O Direito admite “declarações” que não correspondem a qualquer vontade, mercê da interacção do ***princípio da tutela da confiança***.
* **Evento** ligado à pessoa humana que não se possa considerar acção, é um **facto**.
* **Declaração** é também um ***acto de comunicação*** (dela se depreende uma opção interior do declarante, opção essa que, assim, se vai exteriorizar) e um ***acto de validade*** (ao fazê-la, o declarante manifesta uma adstrição da própria vontade, que a origina, a um padrão de comportamento determinado).
* **Declaração como exteriorização da vontade humana.**
* **Orientações objectivistas** no domínio das declarações da vontade não devem ser acolhidas por representarem um **retrocesso científico**.
* **Negócio Jurídico** apresenta-se como uma manifestação da **autonomia privada**, correspondendo à vontade autónoma das pessoas, para não se tornar num simulacro de autonomia.
* **“Negócio Jurídico”** sem vontade real não passa de uma manifestação de confiança tutelada.
* Os comportamentos para a **declaração tácita**, de acordo com o Supremo, terão de ser **significantes, positivos, e inequívocos**.
* O **silêncio** implica a ausência de qualquer declaração (artigo 218.º não considera o silêncio como uma declaração negocial), expressa ou tácita; corresponde à ausência de acção, e logo à **inexistência de um fim e de meios** desencadeados para o prosseguir.
* 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.
* O **silêncio** pode ser justificado por lei, uso ou convenção. No caso da ***lei****,* o silêncio opera como um **facto jurídico estrito** que desencadeia, no entanto, a aplicaçao de normas de tipo negocial.
* Código Civil não conferiu relevo aos usos nos domínios da interpretação e da integração negociais (arts. 236.º e ss.).
* Da **juridificação** do silêncio advém o **inconveniente** das pessoas, independentemente de qualquer vontade, ficarem vinculadas a situações jurídicas de **tipo negocial**.
* 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.
* O silêncio não apresenta *forma*, por se cifrar na ausência de qualquer declaração.
* Através da concessão de eficácia ao silêncio, não é viável a dispensa de regras formais.
* Na **declaração presumida**, a lei associa, a certo comportamento, o significado de determinada declaração negocial admitindo, contudo, prova em contrário[[9]](#footnote-10) – ***presunção ilidível*** – artigo 350.º/2.
* Declarações negociais são **recipiendas** ou **não recipiendas**, consoante tenham ou não um destinatário. As declarações atinentes a negócios unilaterais – que se prendem, por definição, a uma única vontade – operam por si.
* **Teoria da expedição-** declaração recipienda seria **eficaz** logo que **enviada** para o destinatário. Não se justifica perante uma declaração que **nunca chegue ao seu destino**.
* **Teoria da recepção-** declaração recipienda seria **eficaz** assim que **chegasse ao poder** do destinatário. Claudica quando a declaração chegue ao destinatário em **termos imperceptíveis**.
* **Teoria do conhecimento-**exigir-se-ia, para ser **eficaz**, a efectiva **apreensão**, pelo destinatário, da declaração que lhe fosse dirigida. Torna-se inexplicável quando a declaração, tendo chegado ao destinatário em termos cognoscíveis**, não seja por** este **apreendida.**
* No **Código Civil** verifica-se um acolhimento da **doutrina da recepção**, temperada pelo papel dado ao conhecimento.
* A **doutrina actual** explica 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. Logo, será de exigir que o destinatário **controle o facto**: de outro modo, as declarações não chegaram ao seu poder.

A FORMAÇÃO DOS CONTRATOS (págs. 551-564)

* Nos contratos entre presentes não há, entre as declarações de vontade das partes, um intervalo de tempo juridicamente relevante.
* O critério de diferenciação de negócios entre **presentes** e **ausentes** não é geográfico mas **temporal** (de ordem jurídica).
* **Proposta**- declaração feita por uma das partes e que, uma vez aceite pela outra(s), dá lugar ao aparecimento do contrato. Deve: ser **completa** (abranger todos os pontos a integrar no futuro contrato: inclui os que devam ser precisados pelos contratantes, e os que, podendo ser supridos por lei, através de normas supletivas, as partes entendam moldar segundo a sua autonomia)**,** revelar **intenção inequívoca de contratar** (a proposta deve ser firme, uma vez que a sua aceitação dá lugar ao aparecimento do contrato, sem que ao declarante seja dada nova oportunidade de exteriorizar a vontade; não há proposta se for feita em termos dubidativos), **revestir a forma[[10]](#footnote-11) requerida** para o negócio em jogo.
* Nos contratos entre presentes, se um dos celebrantes apresentar um clausulado, ao qual o outro dê o seu assentimento, ambos funcionam, então, como proponente e aceitante.
* A **eficácia** da proposta contratual consiste em fazer surgir, na **esfera do destinatário**, o **direito potestativo** de, pela **aceitação**, fazer nascer o contrato proposto.
* Nas **notificações postais** de actos de processo[[11]](#footnote-12), entende-se que a recepção ocorre no terceiro dia posterior ao do registo, ou no primeiro dia útil seguinte a esse. Julga-se que o 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 subsequentes, passando o prazo a onze quando ele **nada diga**. O prazo que termine em domingo ou feriado transfere-se para o primeiro dia útil seguinte – Cf. artigo 279.º, *e*).
* O decurso do prazo extingue, por **caducidade** (Cf. artigo 228.º/1), a proposta atingida.
* O proponente, sem se ter reservado a faculdade de revogar, pode vir declarar que a sua proposta se manteria indefinidamente.
* Quando não se prediz uma data, a proposta não prescreve no prazo ordinário de 20 anos (por ser excessivo). Em vez disso, aplica-se analogicamente o 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** **só é possível** enquanto não houver contrato. Passada tal marca já não seria revogação da proposta mas do contrato, através de um acordo (distrate[[12]](#footnote-13)). 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/2.
* A **aceitação faz desaparecer a proposta**, promovendo a sua integração no contrato. A **rejeição conduz ao mesmo resultado**, mas por renúncia do, do destinatário, ao direito potestativo de aceitar a proposta em jogo.
* Lei prevê outras **formas de extinção da proposta**: 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/1; 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.
* **Anulação ou impossibilidade absoluta superveniente, podem provocar o desaparecimento da proposta**.
* **Oferta ao público*-*** deve ser **completa,** compreender **a intenção inequívoca de contratar,** e apresentar-se na **forma requerida para o contrato** a celebrar**.**
* Oferta ao público difere de: **convite a contratar** (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), **proposta feita a pessoa desconhecida ou de paradeiro ignorado** (procede-se por via de anúncio público – artigo 225º), **clásulas contratuais gerais**.
* A oferta ao público pode ser formulada através de qualquer meio susceptível de demonstrar uma **intenção de contratar, completa e efectiva**.
* **Aceitação** é uma declaração recipienda, 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 proponente.
* A **aceitação** deve traduzir uma **concordância** **total e inequívoca**, e deve **revestir a forma exigida** para o contrato.
* **Contrato** como encontro das declarações confluentes das partes: a **forma deles é a forma delas**.
* Uma aceitação sobre o essencial da proposta **não chega**. A ser esse o caso, exigir-se-ia o consentimento do proponente, funcionando esta “aceitação” como **contraproposta** e havendo ainda que definir o regime da negociação ulterior sobre o “não essencial”.
* O contrato tem se por **celebrado** no momento em que a recepção da aceitação se torne eficaz e no lugar da recepção desta.
* O próprio contrato pode fixar o momento do início dos seus efeitos.
* A **rejeição** é um **acto unilateral recipiendo** pelo qual o destinatário recusa a proposta contratual, **renunciando ao direito** a que dera lugar. Pode ser expressa ou tácita; assim que se torne eficaz, **extingue-se** a proposta contratual.
* A **rejeição pode ser revogada**, sendo, por consequência, substituida pela aceitação.
* A aceitação deve traduzir uma total aquiescência quanto à proposta; qualquer alteração introduzida nesta pelo destinarário bloqueia a imediata formação do contrato.
* A **contraproposta** é uma proposta contratual que tem a particularidade de implicar a rejeição de uma primeira proposta. A contraproposta deve ser **completa**, traduzir a **intenção inequívoca** de contratar e deve assumir a **forma requerida** para o contrato de cuja celebração se trate.
* O contrato só se considera celebrado quando as partes cheguem a acordo sobre todas as cláusulas ou matérias que algumas delas tenha suscitado.
* A **proposta contratual** é um **negócio jurídico unilateral**, pelo menos sempre que o contrato em questão tenha natureza negocial. Quando tal não suceda, a proposta será um acto jurídico *srticto sensu*.
* 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 provada.
* O **conteúdo da proposta** é **livre**: o proponente pode inserir na proposta as cláusulas que entender; há liberdade de celebração, surgindo um negócio jurídico.
* Uma **proposta negocial** decompõe-se em duas proposições: primeiro o proponente **exterioriza a vontade própria**; segundo, ele **indaga a vontade do destinatário**.
* O **destinatário** conserva a sua **liberdade de estipulação**, dado que a aceitação/não aceitação não esgota as suas opções: pode rejeitar, nada fazer, ou contrapropor.

A FORMA DA DECLARAÇÃO (págs.565-580)

* **Forma do negócio-** modo utilizado para exteriorizar as competentes declarações de vontade, desde que seja minimamente solene.
* Ordem jurídicas da actualidade são dominadas pelo ***princípio de liberdade de forma***, também designado **regra da consensualidade**.
* A **formalidade** analisa-se em determinados desempenhos que, embora não revelem qualquer vontade, são exigidos para o surgimento **válido** de certos negócios jurídicos.
* A tradição jurídica distingue entre a **forma *ad substantiam*** (exigida pelo Direito para a própria consubstanciação do negócio em si; na sua falta seria nulo) e ***ad probationem*** (requerer-se-ia, apenas, para demonstrar a existência do negócio – resquício histórico).
* ***Princípio básico da consensualidade***- liberdade de forma – artigo 219.º.
* Três razões para a **exigência** de forma: **solenidade (**prende-se com a publicidade de determinados actos, isto é, com o acto e o efeito de os dar a conhecer ao público**), reflexão** (tem a ver com a gravidade que, para os contratantes, possam ter certos negócios que eles celebrem ou venham a celebrar)**, prova** (liga-se à demonstração dos factos) – estas razões devem ser entendidas, não em termos efectivos e racionais, mas sim em **termos tendenciais e históricos**.
* Tratando-se de **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**.
* As regras formais e a nulidade correspondente à sua inobservãncia visariam os três valores da publicidade, reflexão, e facilidade de prova. Quando tais valores se mostrassem acautelados, as regras em causa perderiam a sua razão de ser: elas não teriam aplicação, por **redução teleológica[[13]](#footnote-14)**.
* A possibilidade de, por redução teleológica, prevenir a aplicação de regras formais implicaria, desde logo, a determinação dos objectivos por elas prosseguidos; atingidos estes ficaria dispensada a aplicação daquelas. Ora não é possível atribuir às regras formais, objectivos juridicamente relevantes, que tenham uma consistência mínima.
* As normas relativas à forma dos negócios são plenas: não tendo objectivos relevantes e perceptíveis, elas não comportam redução teleológica.
* 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. A título indemnizatório, o alegante de nulidades formais poderá ser **condenado a suprir o vício**, validando o negócio; quando inacatada, esta obrigação poderia ser executada especificamente, pelo **tribunal**.
* O ***cerne do negócio*** pode ser complementado por *cláusulas acessórias.*
* **Forma legal-** aquela que, por lei, seja exigida para determinada declaração negocial. Opera apenas perante o ***cerne negocial***.
* **Forma convencional-** aquela que as partes tenham pactuado adoptar.
* **Forma voluntária-** aquela que, não sendo embora exigida pela lei ou convenção, venha, no entanto, a ser adoptada, livremente, pelo declarante.
* **Estipulações verbais acessórias** anteriores, concomitantes, ou posteriores ao documento legalmente exigido para a declaração negocial, só valem caso se **prove** que correspondem à vontade do autor da declaração. Caso contrário, serão nulas – artigo 221.º/1 – domina, pois, a autonomia privada.
* 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 uma **revogação** (distrate) da prévia convenção de forma.
* Quando não assumam a forma convencionada, as estipulações acessórias obrigam sempre que se mostre corresponderem à vontade das partes.
* Declarações verbais – gestuais ou orais – telefónicas, radiofónicas ou através de variados esquemas de sinais, não dão lugar a documentos, ao contrário de declarações escritas.
* **Documentos autênticos**- exarados com as formalidades legais, pelas autoridadespúblicas 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.
* **Documentos particulares**- todos os que não couberem na classificação de documentos autênticos – artigo 363.º/2 -. Dentro desta categoria podemos distinguir: os ***documentos reconhecidos***, sempre que se verifique o reconhecimento notarial da sua letra e assinatura, ou apenas da assinatura; pode ser *por semelhança* ou *presencial*, conforme derivasse do confronto com os autógrafos existentes no livro de abertura de sinais ou com a assinatura posta no bilhete de identidade. Os *reconhecimentos simples* são sempre presenciais, enquanto os *reconhecimentos com menções especiais* podem ser presenciais ou por semelhança.

CONTRATAÇÃO AUTOMÁTICA E COMÉRCIO ELECTRÓNICO (págs. 581-591)

* Há duas teorias quanto à “**actividade jurídica**” **dos autómatos**.
* **Teoria da oferta automática-** a simples presença de um autómato pronto a funcionar, mediante adequada solicitação feita por um utente, dever ser vista como uma oferta ao público: accionando o autómato, o **utente aceitaria** a proposta genérica formulada pela entidade a quem fosse cometida a programação.
* **Teoria da aceitação automática-** preconizada por Medicus, considera que o simples accionar do autómato, *v.g.* através da introdução da 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 fornecer o bem solicitado. Por consequência, o contrato só se concluiria através do funcionamento do autómato, **cabendo ao utente a formulação da proposta**. A instalação prévia do autómato representaria, tão-só, uma actividade preparatória.
* 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 negócios.
* Se o autómato se limitar **a receber propostas**, não há violação contratual no caso de não funcionamento: apenas se assistirá a uma **não-aceitação**.
* A pessoa responsável pelo autómato disfrutaria, ao **programá-lo**, de **liberdade de estipulação**, podendo propor que o que entender; pelo contrário, o utente apenas poderia aceitar ou recusar a “proposta” automática, colocando-se numa posição semelhante à de aceitante.
* O autómato não tem **liberdade 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.
* O autómato é programável para tomar decisões, sendo ainda perfeitamente concebível um negócio “celebrado” entre autómatos devidamente programados para o efeito.
* **Directriz n.º97/7/CE**, do Parlamento Europeu e do Conselho, **atinge o *comércio electrónico***: *Internet*, telefone, telefax. Fixa **deveres** **de informação** acrescidos e atribui, ao adquirente um **direito à resolução do contrato,** caso se venha a arrepender, supervenientemente, da sua celebração.
* Esta **directriz** foi transposta para o Direito português pelo **Decreto-Lei n.º143/2001**, de 26 de Abril. No âmbito da sua aplicação registe-se: **limitação do consumidor às pessoas singulares** (o Prof. Menezes Cordeiro não encontra justificação para tal, visto que uma sociedade que, fora do seu âmbito profissional, encomende livros ou músicas pela *internet* (*v.g.* para oferta a sócios ou clientes), tem direito a idêntica protecção).
* De acordo com o **Decreto**: devem ser dadas, ao consumidor, **informações prévias**; é conferido ao consumidor um **prazo** mínimo de **14 dias** para que, **livremente**, possa “**resolver” o contrato**, prazo esse que é aumentado se não tiverem sido prestadas as informações devidas, embora seja um *direito ao arrependimento* com algumas restrições; o pagamento por cartão de crédito ou de débito faz correr pelo banqueiro o risco de fraude; os fornecedores e os seus representantes devem estar identificados; os contratos devem ser celebrados por escrito.
* A venda automática deve permitir a **recuperação** da importância introduzida, no caso de não fornecimento do bem ou serviço solicitado. Prevê-se uma **responsabilidade solidária** entre o proprietário do equipamento e o dono do local onde ele esteja situado.
* Às vendas especiais automáticas realizadas de forma ocasional dora dos estabelecimentos próprios, aplica-se, com adaptações o regime de vendas ao domicílio.
* **Proibem-se as vendas**: feitas por entidades não-comerciantes (com as devidas excepções); vendas “em cadeia”, “em pirâmida” ou em “bola de neve”, isto é, vendas cujo valor depende de outras vendas angaraiadas pelo consumidor; vendas forçadas (ou seja, equiparar-se a falta de resposta de um consumidor a uma oferta, à presunção da sua aceitação); fornecimentos não solicitados; vendas ligadas.
* **Assinatura digital**-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.
* **Decreto-Lei n.º375/99**, de 18 de Setembro, veio equiparar a factura electrónica à factura em suporte de papel.
* Vigora um ***princípio de livre prestação de serviços*** por parte de entidades estrangeiras.
* O **Decreto-Lei n.º7/2004** vem dizer que: 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; devem ser dadas informações prévias aos destinatários.

O PROBLEMA DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS (págs. 593-611)

* O Código em vigor exprime ainda uma **sociedade pré-industrial**: apenas no domínio das obrigações houve um progresso mais sensível.
* As adesões maciças a esquemas pré-elaborados prescindem de liberdade de estipulação.
* O passo que consiste na adopção de esquemas negociais, sem que haja uma efectiva manifstação de vontade nesse sentido, integra a denominada contratação através de **comportamentos concludentes**. Estes operam na base de **cláusulas contratuais gerais**.
* A recondução a manifestações tácitas de vontade não nos parece satisfatória: o verdadeiro **comportamento concludente** não exprime qualquer vontade: apenas uma rotina ou um **comportamento-padrão**.
* **Comportamento concludente-** conduta humana na qual não se detecta qualquer exteriorização de vontade dirigida à produção de efeitos jurídicos. Têm sido incluídos dentro da categoria mais vasta de ***relações contratuais de facto***. A figura (comportamento concludente) surgiu nos anos quarenta, devido a uma **descoberta de Gunther Haupt**.
* As pessoas podem pautar as suas condutas por hábitos, por actuações instintivas, até pelo acaso, sem que o Direito as obrigue a uma permanente vigilância jurídica.
* **Cláusulas contratuais gerais** são proposições pré-elaboradas que proponentes ou destinatários indeterminados se limitam a propor ou aceitar.
* As Cláusulas contratuais gerais são têm alguns elementos sempre presentes: **generalidade** (destinam-se ou a ser propostas a destinatários indeterminados ou a ser subscritas por proponentes indeterminados) e **rigidez** (são elaboradas sem prévia negociação individual, de tal modo que sejam recebidas em bloco por quem as subscreca ou aceite).
* Há **características** que, não sendo necessárias, surgem com **frequência**: **desigualdade entre as partes** (o utilizador das clásulas contratuais gerais goza de larga superioridade económica e científica em relação ao aderente), **complexidade** (alargam-se por um grande nº de pontos, cobrindo com minúcioa todos os aspectos contratuais), **natureza formulária** (constam de documentos escritos extensos onde o aderente se limita a especidicar escassos elementos de identificação).
* As cláusulas contratuais gerais devem-se às **necessidades de rapidez e de normalização** ligadas à moderna **sociedade técnica**.
* A sua evolução na Europa é tipificada em quatro fases: **aplicação das regras gerais** (enquadrados à luz das regras comuns da celebração dos negócios: apela-se para a *boa fé****,*** *bons costumes, dolo, erro, usura*; era injusto aplicar-lhe as regras que funcionam numa negociação comum pois é equivalente a tratar igual o que tem diferenças); **autonomização jurisprudencial (**acompanhada de um conveniente tratamento doutrinário, equivale à obtenção dos tribunais, de soluções particularmente adequadas ao problema das cláusulas, decisões estas fundadas nos princípios gerais, mas que já exrimem um regime diferenciado; excluiu-se as cláusulas não-cognoscíveis e condenaram-se as cláusulas despropositadas - as cláusulas que, aquando da celebração, os aderentes não conhecessem, não devem ser incluídas nos contratos; e as cláusulas contra a corrente geral do negócio, frustrando os seus objectivos normais, devems er invalidadas**)**; **pequena referência legal** (conduzem à ineficácia as cláusulas impossíves de conhecer por parte do aderente, e incentivam uma tomada de consciência por parte deste quando se trate de adoptar cláusulas que lhe possam ser prejudiciais; mesmo quando conhecedor das desvantagens em que possa incorrer, o aderente tende a ser levado a subscrever ou a aceitar as cláusulas contratuais gerais que se lhe deparem, seja por necessidade, seja na esperança de não encontrar precalços, aquando da execução; certas cláusulas, pela sua feição e generalidade, são intrinsecamente injustas ou inconvenientes); **regime legal completo** (a partir da década de oitenta; preparou-se um instrumento comunitário: a **Directriz n.º93/13/CE**, do Conselho, com duas finalidades: estabelecer um *minimum* de uniformidade na tutela dispensada através das leis sobre as cláusulas contratuais gerais, nos diversos Estados da União, e introduzir a específica dimensão da tutela do consumidor)**.**
* A **Directriz n.º93/13/CE** veio misturar o tema das cláusulas contratuais gerais com o dos contratos pré-formulados, no prisma da tutela do consumidor. Adoptou conceitos que dificilmente podem ser utilizados em sentido comum no espaço comunitário, como a *boa fé*; assim como a terminologia francesa de “cláusulas abusivas”.
* No início do séc XX, por influência francesa, em Portugal, falava-se de “contratos de adesão” – locução *imprópria* por dar ideia de um problema de conteúdo (ex.: contrato *de* compra e venda, *de* doação, *de* sociedade) e não do modo *de* celebração. Melhor seria falar em **contratos *por* adesão**.
* Almeida Costa propôs a satisfatória fórmula de ***cláusulas contratuais gerais***, que consta na actual lei portuguesa – **Decreto-Lei n.º 446/85.**
* A anteriormente referida **Directriz n.º93/13/CE**, que regula as “*cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores*”, não se trata precisamente de *cláusulas contratuais gerais*. Todavia o legislador entendeu transpor – o Prof.Menezes Cordeiro acha que não o deveria ter feito - para o **Decreto-Lei n.º 220/95**, actualizando-o ainda, igualmente mal, através do **Decreto-Lei n.º 249/99.**

A LEI DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS (págs. 613-639)

* O **Decreto-Lei n.º 446/85** aprovou o regime das *cláusulas contratuais gerais*. Havia, antes, uma evidente **carência de uma intervenção legislativa** sobre esta matéria. Em Portugal foi, inicialmente, assumida pela **doutrina**, ao invés do estrangeiro, em que foi a jurisprudência. Procurou **concretizar** os grandes **princípios civis** já existentes, que não impulsionavam a jurisprudência. Igualmente procurou **conjugar** a *fiscalização singular* com uma *fiscalização preventiva*.
* **A exigência da falta de negociação prévia é um elemento necessário e autónomo, que deve ser invocado e demonstrado**.
* O diploma das *cláusulas contratuais gerais* **funciona** perante **situações patrimoniais privadas** que tenham a ver, de modo vincado, com o fenómeno da circulação dos bens e dos serviços. **Não abrangem** as **situações jurídicas públicas**, bem como as **situações familiares e sucessórias**; as regulamentações colectivas do trabalho, por seu turno, representam já, por si, uma particular protecção dos trabalhadores.
* Um contrato que tenha aspectos *públicos* e *privados* incorrerá, nestes últimos, na LCCG.
* O artigo 96.º do Código do Trabalho dispõe: “*O regime das cláusulas contratuais gerais aplica-se aos aspectos essenciais do contrato de trabalho em que não tenha havido prévia negociação individual, mesmo na parte em que o seu conteúdo se determine por remissão para cláusulas de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho*”.
* A LCCG não se aplica a negócios unilaterais e, mais precisamente, a concursos públicos.
* A LCCG corresponde a uma concretização dos princípios gerais.
* As regras da LCCG pode aplicar-se, excepcionalmente, por analogia, a casos de particulares que adiram a negócios unilaterais, e nessa base, façam investimentos de confiança, agindo em consequência.
* Exemplos de **situações de incumprimento** da LCCG: remissão para tabuletas inexistentes ou afixadas em local invisível (não corresponde a uma comunicação completa), rápida passagem das cláusulas num visor (não equivale à comunicação adequada), exibição de várias páginas de um formulário em letra pequena e idioma estrangeiro, seguida da exigência de imediata assinatura (não integra uma comunicação adequada).
* A LCCG prevê um **dever de informação**.
* Tanto o dispositivo do artigo 5.º como do artigo 6.º **correspondem a vectores presentes** **no artigo 227.º/1 do Código Civil** [*culpa in contrahendo*]; mas são estruturalmente diferentes: **traduzem meros encargos e não deveres em sentido técnico**. A sua **inobservância não exige culpa**, ao contrário dos deveres e tem, como consequência, **não a obrigação de indemnizar** mas, “apenas”, a **não-inclusão prevista no artigo 8**.º. Tal não-inclusão **pode**, ainda, ser dobrada por um **dever de indemnizar**, quando se verifiquem os (diferentes) pressupostos do artigo 227.º/1.
* O dispositivo do artigo 7.º determina uma prevalência das cláusulas específicas sobre as gerais.
* As *cláusulas-surpresa* são aferidas, pela lei portuguesa, em função de um de três vectores: o contexto, a epígrafe e a apresentação gráfica.
* A **jurisprudência** considera não incluídas as cláusulas inseridas no verso, mas não já as constantes de anexo para o qual remeta o texto assinado.
* Resultados **contrários à boa fé** ocorrem sempre que, na falta de cláusula excluída, o contrato fique de tal modo **desarticulado** ou **desequilibrado** que perca o seu sentido útil ou que origine uma grave perturbação no seu **equilíbrio interno**.
* Há duas tendências doutrinárias: a **tendência generalizadora** (exigiria que as cláusulas contratuais fossem interpretadas em si mesmas, sobretudo quando surjam completas, de modo a obter soluções idênticas para todos os contratos singulares que se venham a formar com base nelas) e a **tendência individualizadora** (abriria portas a uma interpretação singular de cada contrato em si, com o seguinte resultado, paradoxal na aparência: as mesmas cláusulas contratuais gerais poderiam propiciar, conforme os casos, soluções diferentes) da justiça. O artigo 10.º da LCCG aponta para esta última solução.
* A nulidade das cláusulas inseridas em contratos singulares deveria acarretar a invalidade do conjunto, salva a hipótese de redução – artigo 292.º.
* No domínio dos negócios correntes do dia-a-dia, nenhum consumidor iria mover uma custosa e sempre incerta acção para fazer valer a nulidade de alguma cláusula.
* O **Decreto-Lei 220/95** (versão melhorada da LCCG) distingue, para efeitos de proibições: situações comuns por natureza (todas aquelas que contrariem o ***princípio da boa fé*** – artigos 15.º e 16.º): relações entre empresários ou os que exerçam profissões liberais, singulares ou colectivos, ou entre uns e outros, quando intervenham apenas nessa qualidade eno âmbito da sua actividade específica (artigo 17.º); e as relações com consumidores finais e, genericamente, todas as não abrangidas pela caracterização acima efectuada (artigo 20.º).
* Este **Decreto-Lei 220/95** ultrapassa a protecção dispensada pela **Directriz n.º 93/13**, que apenas tutelava os consumidores.
* Na **proibição das cláusulas**, a lei começou por inserir os princípios gerais; a propósito das relações entre empresários ou entidades equiparadas, elencou determinadas proibições – artigos 18.º e ss.; passando às relações com consumidores finais, a lei determinou a aplicação de todas as proibições já cominadas para as relações entre empresários, e além disso, escreveu novas proibições.
* Nas relações entre empresários deixa-se, às partes, **maior autonomia**, apenas se prevenindo, nesse domínio, que elas se exonerem da responsabilidade que, porventura, lhes caiba.
* Nas relações com consumidores finais, houve que ir mais longe. Para além da intangibilidade da responsabilidade, foram assegurados diversos dispositivos de **protecção**.
* As cláusulas **absolutamente proibidas (solução generalizadora)** não podem, a qualquer título, ser incluídas em contratos através do **mecanismo de adesão**.
* O facto de, no tocante às cláusulas **relativamente proibidas (solução individualizadora)**, ser necessário um juízo de valor do tribunal, originou os habituais protestos pela “segurança” invocadamente perdida. A concretização das proibições relativas deve operar perante as cláusulas entre si, no seu conjunto e segundo os padrões em jogo.
* A concretização da boa fé passa pelo (re)conhecimento das disposições supletivas que as partes pretenderam afastar e pela ponderação do seu papel concreto à luz do sistema.
* O artigo 16.º sublinha a **tutela da confiança** e a **primazia da materialidade subjacente**.
* Um contrato **não** pode ser neutralizado por cláusulas (gerais) dissimuladas no seu interior.
* O artigo 18.º, nas suas alíneas: *a*), *b*), *c*), *d*), proibem as *cláusulas de exclusão* ou de *limitação da responsabilidade* – Cf. artigo 809.º e ss. do Código Civil.
* **Denúncia**- faculdade de, unilateralmente, e sem necessidade de justificação, se pôr termo a uma situação duradora. Essa faculdade, quando a outra parte tenha feito investimentos ainda não amortizados, pode colocá-la nas mãos da primeira. Assim, quando seja injusta, é nula – artigo 19.º, alínea *f*) da LCCG.
* A **acção inibitória** que faculta, quando proceda, a proibição judicial da utilização de certas cláusulas, independentemente da sua inclusão em contratos singulares.
* Decidida a proibição, as cláusulas atingidas não mais podem ser incluídas em contratos – artigo 32.º - incorrendo os utilizadores em sanções pecuniárias compulsórias se não respeitarem tal proibição.

NEGÓCIOS USURÁRIOS E DEFESA DO CONSUMIDOR (págs. 641-652)

* No *Direito romano clássico*, o equilíbrio das prestações ficava a cargo das partes.
* Atribui-se a origem da figura da **usura** aos imperadores romanos Diocleciano e Maximiniano (**285 d.C.)**, visando enfrentar uma acelerada desvalorização monetária. Permitia ao juiz intervir na hipótese duma compra e venda com preço inadequado perante o valor real da coisa. A solução passava pela rescisão do contrato quando o preço fosse inferior a metade do valore da coisa. Na base deste fragmento, os glosadores da escola de Bolonha autonomizaram um instituto que designaram *laesio enormis*, e *leasio enormissima* quando a desproporção entre o preço e o valor fosse ainda maior.
* A *leasio* permitia a rescisão imediata, salvo se o benificiário entregasse a diferença de preço.
* Os canonistas desenvolveram a matéria, aproximando-a de cobrança de juros, em contratos de mútuo. A fundamentação da figura (*leasio*) tendeu a ser, então, moral e religiosa.
* Era uma exigência directa da **justiça comutativa**, que não admitiria graves desproporções entre as prestações contratuais. Nada impede os intervenientes de negociar acima ou abaixo do valor normal das coisas.
* Para fazer o **instituto da lesão** funcionar, pensou-se em duas vias: **exigir requisitos subjectivos**, como o aproveitamento da inferioridade ou necessidade da pessoa prejudicada; e **requerer bitolas objectivas**, como a da violação das regras dos bons costumes.
* O Código de Napoleão só admitia a **lesão** em relação a certos contratos e em relação a certas pessoas.
* O Código alemão começou por impor a **nulidade** dos negócios contrários aos **bons costumes**. Assim, o **negócio usurário** surge como um caso especial de negócio **contrário aos bons costumes**. O BGB admitiu uma categoria de “negócios usurários” genérica, directamente **proveniente da antiga lesão**, havendo fixado, para o seu preenchimento, diversos **requisitos objectivos** (desproporção considerável entre as prestações e a situação de fraqueza, de inexperiência, de falta de conhecimentos ou de considerável falta de vontade de outrem), e **subjectivos (**o aproveitamento consciente daquelas falhas da contraparte**)**.
* O Código italiano de 1942 consignou uma “**acção geral de rescisão por lesão**”, que era possíve sempre que, mercê do estado de necessidade de uma pessoa, exista uma **desproporção** entre as prestações emergentes de um contrato, embora esta rescisão só operasse quando a desproporção exceda metade da prestação exigida ao prejudicado.
* O Direito português recebeu a *leasio enormis* através do Direito comum e da glosa. Coelho da Rocha definia a figura como “*engano em mais de ametade de aquelle valor que a parte por commum estimação devia receber; por se presumir erro ou dolo*”. Corrêa Teles, sem base legal, precisava a “lesão enormíssima”: quando alguém recebesse somente a terça parte do justo valor que deu.
* Estando a nossa orientação próxima da canónica, em 1757 uma lei limitou a estipulação de juros acima de 5%. Todavia o Código Comercial de Ferreira Borges (1833), imbuído de ideias liberais, não fixou limites; tal como o Código de Seabra. Neste, o contrato de usura designada **mútuos remunerados** – aqui ganhou um sentido pejorativo. A expressão **usura** foi então reservada para os negócios que incorreriam na rescisão por lesão.
* No actual Código Civil, o modelo em vista foi o alemão, mas com as particularidades de se ter afastado a figura dos bons constumes e de se ter acolhido uma ideia de **anulabilidade** e não de nulidade.
* Quanto aos *bons costumes*, o vício da **usura** é intrínseco (desequilibrio injustificado das prestações) e não extrínseco (contrariedade a um corpo exterior de regras).
* Quanto ao vício na formação da vontad: a tónica da usura é objectiva (o desequilíbrio) e não subjectiva (vontade mal formada ou exteriorizada).
* Hoje em dia o **negócio usurário** tem um regime diverso do dos juros usurários: estes são objectiva e matematicamente fixados, enquanto o primeiro lida com vários conceitos indeterminados.
* No artigo 282.º temos elementos reportados aos **sujeitos** (ao usurário e à vítima da lesão) e **atinentes ao negócio**.
* Em relação ao usurário, a lei actual exige que ele “*explore*” determinada situação de vulnerabilidade da vítima, embora não tenha que implicar o conhecimento da fraqueza da contraparte.
* Quanto à vítima, a lei actual exige uma “*situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter*”. O elenco é suficientemente literário para inculcar uma natureza não taxativa: qualquer outro factor, om relevo para a ignorância ou para a concreta falta de informação, pode consubstanciar este elemento.
* Elementos relativos ao negócio cifram-se na “*promessa ou concessao de benefícios excessivos ou injustificados*” – resquício da *laesio enormis*. Basta a constatação de uma não-equivalência apreciável entre as prestações ou uma não-justificação para o benefício; uma lesao equivalente a mais de metade do valor em jogo é sempre lesiva; assim como uma lesão que se comporte dentro do equivalente à taxa máxima de juros nunca será excessiva.
* Devido à natureza unitária do instituto, as proposições do artigo devem ser interpretadas em conjunto: quando uma for gritante, a outra poderá estar menos caracterizada.
* Usura não protege os incautos e imprevidentes.
* Ao estabelecer a solução da **anulabilidade** – mal na prespectiva do Prof.Menezes Cordeiro – obriga o próprio lesado a invocar o vício, com o prazo estabelecido no artigo 287.º, de um ano, embora este (o prazo) não termine enquanto o crime ( se for *usura criminosa* – artigo 284.º) não prescrever.

DEFESA DO CONSUMIDOR (págs. 653-672)

* A **defesa do consumidor** é um ***princípio programático***, que o legislador ordinário deve ter presente, nos mais diversos quadrantes normativos; é um ***vector sistemático*** que permite agrupar e interpretar em conjunto múltiplas normas que visem a tutela do consumidor; é uma área fundamentalmente delimitada da ordem jurídica, que assime a finalidade expressa da **tutela do consumidor**.
* A **Lei de Defesa do Consumidor (LDC)**  é a **Lei n.º24/96**.
* Esta **Lei** define **consumidor**: “*todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios*”. Noção estreita, uma vez que os consumidores devem ser protegidos perante entidades que forneçam bens ou serviços “sem carácter profissional” ou sem visar a “obtenção de benefícios”.
* Estão abrangidas as actuações desenvolvidas pelo Estado, em diversas das suas configurações.
* Alguns direitos: à qualidade de bens e serviços (devem satisfazer as legítimas espectativas do consumidor), à protecção da saúde e da segurança física; à formação e à educação; à informação para o consumo; assistência pós-venda.
* A informação ao consumidor deve ser prestada em língua portuguesa, a publicidade deve ser lícita e verdadeira.
* É proibido fazer depender o fornecimento de um bem ou prestação de um serviço da aquisição de outros.
* **Qualquer cláusula que exclua ou restrinja os direitos atribuídos pela LCCG é nula**. Apenas o consumidor ou os seus representantes a podem invocar, embora o consumidor possa optar pela manutenção do contrato.
* Há **deveres de informação, de lealdade e boa fé**.
* **Decreto-Lei n.º253/86** define as práticas comerciais consideradas de concorrência desleal, visando a defesa do consumidor.
* **Decreto-Lei n.º383/89** é relativo à responsabilidade do produtor pela venda de coisas defeituosas[[14]](#footnote-15).
* **Decreto-Lei n.º370/93** proíbe as práticas individuais restritivas do comércio; são vedadas as práticas comerciais discriminatórias.
* **Lei n.º18/2003** o legislador proíbe os acordos e as práticas concertadas que restrinjam a concorrência, bem como os abusos da posição dominante ou de exploração de dependência económica.
* **Decreto-Lei n.º23/96** o prestador deve agir de boa fé.
* Contratos pré-formulados são contratos rígidos. Aqueles são clausulados submetidos por uma das partes para que esta, querendo contratar, os subscreva em bloco. No fundo, há como que uma supressão da liberdade de estipulação.
* Nos contratos pré-formulados e situações similares, existe a possibilidade de aplicação da LCCG; embora a defesa apenas opere perante consumidores.
* O **Código da Publicidade** em vigor hoje em dia é de 1990.
* Considera-se **publicidade** qualquer forma de comunicação feita pelas entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objectivo directo ou indirecto de promover: ideias, princípios, iniciativas ou instituições; ou, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços – esta noção *legal* de publicidade, assenta na *ideia de divulgação* e, depois, num *duplo fim*.
* A penas o *elemento teológico* permite distinguir a publicidade de qualquer outra comunicação: um *mesmo* comportamento de divulgaçao pode ser um noticiário, uma aula, ou uma acção de publicidade, consoante o *fim prosseguido pelo agente.*
* A publicidade coloca problemas de propriedade industrial e de concorrência.
* São **proibidas:** a publicidade enganadora, oculta e a comparativa.
* Igualmente **proibida** é a publicidade que “*pela sua forma, objecto ou fim, ofenda os valores, princípios e instituições fundamentais constitucionalmente consagrados*”.
* A publicidade tem de ser inequivocamente identificada como tal; e a publicidade na rádio e televisão deve ser claramente separada da restante programação. Deve respeitar a verdade e ser passível de prova – ***princípio da veracidade material da publicidade*** e ***princípio do respeito pelos direitos do consumidor***.
* A **jurisprudência alemã** entendeu, em 2004, o envio de um *e-mail* publicitário, contra a vontade do próprio destinatário, uma violação dosbons costumes.
* São **proibidas** a publicidade domiciliária indiscreta, através da distribuição não endereçada de material, quando o destinatário tenha afixado mensagem de oposição ou a publicidade por telefone ou telecópia, salvo quando o destinatário a autorize antes do estabelecimento da comunicação.

QUADROS DA EFICÁCIA NEGOCIAL (págs. 673-676)

* **Conteúdo do negócio**- regulação por ele desencadeada: conjunto de regras que, por ele ter sido celebrado, tenham aplicação ao espaço que as partes tenham ententido reger. Pode ser decomposto em **elementos normativos** e **voluntários.**
* **Objecto do negócio**- *quid* sobre que irá recair a relação negocial propriamente dita.
* **Elementos normativos** correspondem às regras aplicáveis *ex lege*, i.e., àquelas que o Direito associe à celebração dos negócios, independentemente de uma expressa vontade negocial nesse sentido. Dividem-se em: **elementos injuntivos**, sempre que não fiquem na disponibilidade das partes nem possam, por isso, ser por elas afastados; e **elementos supletivos**, quando a sua aplicação se destine a suprir o silêncio ou a insuficiência do clausulado negocial.
* Os **elementos voluntários** têm a ver com as regras aprontadas e fixadas pelas próprias partes. Estes subdividem-se em **necessários**, quando correspondem a factores que, embora na disponibilidade das partes, tenham, por elas, de ser fixados sob pena de incompleitude do negócio (exemplo: preço, na compra e venda); e **eventuais**, que integram elementos que as partes poderão incluir no negócio se o entenderem (ex: condição).
* O negócio jurídico é composto por **cláusulas**, em sentido **material** (conjunções normativas que não podem ser divididas sob pena de perder o seu teor ontológico) e em sentido **formal** (proposições apresentadas vocabularmente como autónomas, em regras numeradas pelas próprias partes)**.**
* O ***tipo negocial***, em **sentido** próprio ou **estrito**, equivale ao conjunto dos seus **elementos normativos** e **voluntários necessários**: não correspondem ao tipo negocial elementos que, legitimamente, afastem os factores normativos supletivos e os elementos eventuais.
* Num **sentido amplo**, a expressão ***tipo negocial*** é utilizada para traduzir qualquer negócio susceptível de designação global.
* Do ***tipo negocial*** devem ser separadas as ***cláusulas típicas***, que correspondem a dispositivos que o Direito, por razões de tradição ou pela sua frequência na vida civil, trata expressamente e que, assim, ficam à **disposição das partes** que, para eles, queiram remeter; não formam, porém, um todo coerente, antes se apresentando como **instrumentos**, em si desconectados: quando eleitos, integram elementos voluntários e eventuais.
* **Tipo social**- negócios não regulados na lei, mas que todos conhecem nos seus aspectos habituais. Têm regimes estabilizados, dados pelos seus usos, pelo costume ou por cláususlas contratuais gerais. Sem prejuízo do controlo que deva ser feito através da boa fé ou da LCCG, o **tipo social** apresenta também os **aspectos práticos** e **valorativos** acima indicados.

POSSIBILIDADE E DETERMINABILIDADE (págs. 677-688)

* A **impossibilidade** ocorre quando o objecto se analise num efeito jurídico não permitido. Mercê das investigações de Wollschlager, parece determinado que a possibilidade se foi implantando, como requisito, a partir do *Direito romano* e até ao *jusracionalismo*.
* À partida, admitir como válidos **negócios impossiveis** equivaleria a sujeitar as pessoas, a eles adstritas, às consequências do **incumprimento**. Poder-se-ia contrapor que a obrigação é um todo complexo; a **impossibilidade**, quando surja, atinge apenas a **prestação principal**. A obrigação poderia sobreviver, amparada ao remanescente.
* Quanto à **impossibilidade inicial**, ela apenas poderá impedir a prestação principal efectivamente atingida; quanto à **impossibilidade superveniente**, a distinção entre o ser ela “imputável” ou “não-imputável” ao devedor só releva para efeito de consequências; quanto à **contraposição**, também tradicional, entre a impossibilidade objectiva e subjectiva: teria mera projecção a nível de consequências, já que, numa hipótese como na outra, a prestação não poderia ser levada a cabo pelo devedor.
* A **possibilidade** é **absoluta** ou **relativa** – também dita **ojectiva** e **subjectiva** -, conforme atinja o **objecto** do negócio, sejam quais forem as pessoas envolvidas ou, pelo contrário, opere somente perante os **sujeitos** concretamente considerados. A **relativa** não é bem uma impossibilidade, o sujeito impedido pode celebrar o negócio, desde que depois se possa fazer substituir na execução.
* A possibilidade pode ser **temporária** ou **definitiva** em função da sua extensão temporal em termos de previsibilidade: no primeiro caso, é previsível que ela cesse, ao contrário do que sucede no segundo.
* Distingue-se ainda a impossibilidade **efectiva** (objecto do negócio ontológicamente inviável) da impossibilidade **económica** (pensável, mas economicamente tão pesado que se torna injusto ou iníquo[[15]](#footnote-16)).
* A possibilidade deve ser aferida em termos de normalidade social e não, apenas, de viabilidade matemática.
* Há ainda a **impossibilidade inicial** (opera logo no momento da celebração; conduz à aplicação do artigo 280.º: implica a nulidade do negócio) e a **impossibilidade superveniente** (manifesta-se mais tarde).
* Paulo Cunha teorizava ainda a **impossibilidade moral**: objecto seria inviável por contrariar uma conjunção de normas ou de princípios jurídicos. O Prof.Menezes Cordeiro admite-a quando estejam em causa valores fundamentais do sistema jurídico, expressos pela ideia de “**boa fé**”.
* O negócio pode não ter um conteúdo preciso, à partida: pode ser indeterminado, mas tem de ser determinável; para tal hipótese, a lei prevê esquemas para a determinação – artigo 400.º.
* O **objecto do negócio** será **ideterminável** quando, nem com recurso a nenhuma das referidas regras, seja possível proceder à determinação.

LICITUDE E FRAUDE À LEI (págs. 689-697)

* **Licitude**, pode ser utilizada numa acepção **ampla** e em uma acepção **restrita**. Em sentido **amplo**, o negócio diz-se lícito quando tenha surgido no espaço deixado pelo Direito à **autonomia privada**. Em sentido **restrito**, o negócio é ilícito sempre que implique, para as partes, o desenvolvimento de actuações contrárias a **normas** jurídicas **imperativas**.
* O negócio pode ser ilícito pelo resultado ou pelos meios: pode querer alcançar algo que o Direito proíba, ou prosseguir uma finalidade admissível, mas por meios que o Direito vede.
* O negócio é **nulo** quando o *fim* do negócio *for comum a ambas as partes* – artigo 281.º.
* O negócio diz-se **indirecto** quando traduza a utilização de um tipo contratual para prosseguir os efeitos práticos de um tipo diverso (exemplo: venda por um preço simbólico: ela atinge os efeitos da doação). Uma vez demonstrada a vontade real das partes, o negócio **indirecto** é **lícito** na medida em que o seja o negócio encoberto – ***primazia das conjunções substanciais***.
* A **conformidade legal** corresponde, na terminologia de Paulo Cunha, a um requisito residual destinado a facultar a sistematização dos factores que a lei exija para a validade de negócios específicos.
* No Direito romano não havia um conceito de **fraude** (*fraus*). *Fraus* tem nos sido apresentada como “*um comportamento malicioso e contrário à norma explícita ou implícita, ou ao costume, através do qual se tenta conseguir um resultado ilícito*”.
* Age **contra** a lei aquele que fez aquilo que a lei proíbe; age em **fraude** à lei aquele que evita o comando dela respeitando as palavras da lei[[16]](#footnote-17). A partir das fontes clássicas, a ideia de fraude à lei foi-se divulgando nos diversos sectores jurídicos, sempre com uma consequência prática: o acto em fraude à lei era, para todos os efeitos, **equiparado** ao acto contrário à lei e, em geral, **nulo**.
* **Fraude à lei** conheceu a consagração **específica**, quando previa determinadas hipóteses de contornar as leis, e as proibia; e a consagração **genérica**, quando resultava do sentir geral da orgem jurídica.
* A noção romana de **fraude** à lei partia da distinção entre a *letra* e o *espírito*.
* Em Itália houve duas teorias: **teoria objectivista** faz depender a fraude à lei do simples facto de o acto visado prosseguir, em si, um escopo proibido; **teoria subjectiva** pressupunha, na fraude à lei, uma intenção do agente de evitar a aplicação da norma imperativa.
* A doutrina actual italiana defende que o agente recorre a uma combinação de **factos lícitos** para prosseguir um *fim* **ilícito**.
* Em Portugal, Beleza dos Santos aderiu à construção germânica da **não-autonomia** do instituto: tudo residiria numa questão de interpretação dos factos legais em causa[[17]](#footnote-18)
* Manuel de Andrade definia os negócios em **fraude** à lei nos termos clássicos como “*aqueles que procuram contornar ou circunvir uma proibição legal, tentando chegar ao mesmo resultado por caminhos diversos dos quais a lei designadamente previu e proibiu; não haverá fraude relevante caso se averigue que a lei especificou uns tantos negócios por só ter querido combater certos meios (esses mesmos negócios) de atingir um fim ou resultado, em razão de os julgar particularmente graves e perigosos*”.
* O Supremo diz que “*em suma e na realidade, o negócio em fraude à lei é sempre um negócio contrário a ela*”.
* Podemos assentar que a **fraude à lei** é uma forma de ilicitude que envolve, por si, a nulidade do negócio. A sua particularidade residirá, quando muito, no facto de as partes terem tentado, através de artifícios formais mais ou meons assumidos, conferir ao negócio uma feição inóqua[[18]](#footnote-19).
* A Relação do Porto considerou que “*se se proíbe o resultado, também se proíbem os meios indirectos de lá chegar*”.

BONS COSTUMES E ORDEM PÚBLICA (págs. 699-711)

* Os **bons costumes** são um conceito indeterminado.
* No Direito *romano*, não existem referências de ordem geral aos **bons costumes**.
* No Código de Napoleão, este conceito está inserido: numa *tendência idealista*, aproximando-o da moral cristã; ao mesmo tempo que não afasta uma certa *tendência sociológica*, que os ligaria às práticas sociais: seriam **regras de moral social** – portanto: **de conduta** e não de consciência – essenciais em certa sociedade.
* **Windscheid** entendia que haveria atentado aos bons costumes quando “*o contrato vise causar ou proporcionar o proibido, ou impedir o prescrito; quando, através dele, se vá influienciar a liberdade de decisão em coisas nas quais a pessoa não se deve deixar determinar por motivos exteriores; finalmente, um contrato pode também ser contrário aos* ***bons costumes*** *por condenação da consciência que o denúncia*”.
* **Lotmar**, na esteira de Windscheid, fixou três hipóteses **típicas** de **contrariedade** aos **bons costumes**: a do contrato que obrigue a uma acção, uma suportação ou uma omissão imorais (ex: reconhecimento falso da paternidade); a do contrato que obrigue a uma acção, uma suportação ou a uma omissão que, não sendo em si imorais, não possam, à face da moral, ser contratualmente assumidos (ex: alguém obrigar-se a cumprir os deveres paternais); e a dos contratos que impliquem contribuições em dinheiro contra prestações que, pela moral, não possam ser remuneradas (ex: campo do trato sexual).
* Na jurisprudência alemã que antecedeu a progmulgação do BGB, seriam ***contra*** ***bonos mores*** contratos referentes a condutas sexuais, a corretagem[[19]](#footnote-20) matrimonial, o pacto de não-concorrência considerado excessivo, a adstrição, contra dinheiro, um dever de não licitar, a condição de seguir certa religião e todo um ciclo de contratos referentes a bordéis.
* Na necessidade de concretizar a moral subjacente aos **bons costumes**, adoptou-se uma fórmula, constante da justificação de motivos do BGB, segundo a qual estaria em jogo uma bitola a “*retirar da* ***consciência popular dominante****, do* ***sentimento de decência*** *de todos os que pensão équa e justamente*”.
* Herzog considera que “*os* ***bons costumes*** *são, em primeira linha, os costumes usados e reconhecidos como bons pelo povo do império alemão como conjunto*”. Por esta via, não ficava clara a diferença entre bons costumes, usos e Direito consuetudinário. Os **bons costumes** remeteriam, em tal sequência, para a **moral social**.
* Simitis, no Direito francês, considerou que os **bons costumes** integrar-se-iam na “ordem pública”: seriam parte da “**ordem existente numa sociedade**”, como resultado de um conjunto de **princípios emergentes** do Direito legislado, da jurisprudência e dos valores constitucionais.
* A nossa Constituição de 1933 falava em Religião Católica. Desta muito se aproximava a ideia de “**moral pública”** do Código de Seabra. Manuel de Andrade mantinha precisões de maior exigência: a “**moral pública**” traduziria um conjunto de regras mais aceites pela consciência social.
* Esta **moral social** é caracterizada pela não-positividade: não é produzida pelos factos normativos próprios do Direito; não tem regras elaboradas e aplicadas pela Ciência do Direito; não é sancionada por instâncias jurídicas.
* Os **bons costumes** não apelam aos valores funamentais do ordenamento, concretizados pelos princípios mediantes da tutela de confiança e da primazia da materialidade subjacente. Antes têm a ver com **regras circunscritas e acolhidas, do exterior, pelo sistema**.
* Os **bons costumes** envolvem **códigos de conduta sexual** e **códigos deontológicos**. A jurisprudência não distinguia suficientemente os bons costumes das noções circundantes. Mais tarde ela aperfeiçoou o sistema, limitando, nos termos que temos vindo a defender, os **bons costumes às regras de conduta familiar e sexual**. Assim, considera ofensivo aos bons costumes o negócio destinado a pagar favores íntimos.
* O relacionamento amoroso, a ser motivo de negócio, não prejudica: o atentado aos bons costumes surge se ele for o fim do negócio em jogo.
* A **ordem pública** constitui um **factor sistemático de limitação da autonomia privada**. São contrários a esta, os contratos que exijam esforços desmesurados ao devedor ou que restrinjam demasiado a sua liberdade pessoal ou económica. Também são **contrários à ordem pública negócios que atinjam valores constitucionais importantes** (ex: obrigação de não trabalhar), ou **dados** **estruturantes do sistema**.

CONDIÇÃO (págs. 713-725)

* A **Condição** é uma cláusula contratual típica que vem subordinar a eficácia duma **declaração de vontade** a um **evento futuro e incerto**.
* Há duas modalidades de condições: **condição suspensiva**, quando o negócio só produza efeitos após a eventual verificação da ocorrência; e a **condição resolutiva**, sempre que o negócio deixe de produzir efeitos após a eventual verificação da ocorrência em causa.
* No Direito *romano*, a condição há era conhecida.
* O pagamento do cheque ao portador, pelo próprio banco sacado, considera-se feito sob a **condição suspensiva de existência** de saldo suficiente na conta do sacador.
* Outras **classificações** **doutrinárias** da condição: **causal** e **potestativa** (conforme o evento incerto de que dependam se traduza num facto alheio aos participantes – pode depender de um facto natural como a chuva, de um acto de terceiro, dum acto social, ou até administrativo; ou emerja da vontade de um deles – neste caso recebe o direito potestativo de deter ou desencadear a eficácia do negócio, consoante seja *resolutiva* ou *suspensiva*); de **momento certo** e de **momento incerto** (consoante ocorram numa ocasião prefixada, ainda que incerta; ou numa ocasião indeterminada); condições **automáticas** e condições **exercitáveis** (de acordo com a **desnecessidade**, para a sua eficácia, de qualquer manifestação de vontade ou, pelo contrário, com essa necessidade, requerendo uma vontade do agente).
* **Condição imprópria**- figuras que apresentam termos formalmente condicionais, mas que não são verdadeiras condições, devido à falta de algum requisito, designadamente: natureza futura do evento, sua incerteza ou a voluntariedade da própria cláusula em si.
* São **condições impróprias**: **condições presentes ou passadas** (não há margem de pendência para o negócio; embora **haja** condição quando as partes não se reportem ao facto em si, mas ao conhecimento dele: produz-se tal efeito quando chegar ao nosso conhecimento (se chegar) que ocorreu tal facto); as **condições impossíveis**, tanto por razões **físicas**, como **jurídicas** (divisível entre impossibilidade **legal** e **moral**, consoante a verificação da condição seja vedada por lei ou por princípios gerais ou cláusulas indeterminadas, como a boa fé e bons costumes); **condições necessárias** (aquelas que irão de certeza ocorrer, mesmo em momento incerto – são **termos incertos** **e não condições**); **condições legais** (aproximável da figura “**condição resolutiva consistente na impossibilidade superveniente**).
* O **termo** traduz um **evento futuro e certo**, quanto à sua ocorrência.
* O **modo** é próprio dos negócios gratuitos e postula uma actuação do beneficiário.
* A **condição** distingue-se dos outros institutos que, dependentes embora de factos futuros e incertos, disponham de regimes típicos consolidados.
* A **condição** aparece, em termos formais, como algo de *autónomo*, i.e., como um *aditivo* introduzido num determinado conteúdo negocial.
* A **invalidade** duma condição acarreta a invalidade de todo o negócio.
* Nos negócios **gratuitos** e nos quais a condição **inválida** se tem “como não escrita”: trata-se duma solução que penaliza, sem justificação, a **autonomia privada**.
* O arrendamento não poderia ser condicionado resolutivamente, sob pena de frustrar o ***princípio vinculístico da renovação automática***.
* A **condição** pode ser **ilícita** por: ser **contrária à lei**, implicar uma relação com o negócio **que repugne ao Direito** (ex: dou se ele castigar os filhos), conduzir a **resultados indesejáveis** que o **Direito queria livres** (ex: dou se ele desistir do exame ou se romper o noivado).
* Sempre que seja aposta uma condição num negócio incondicionável ou que a condição seja, em si, ilícita, o negócio é todo **nulo** – regra que se alarga às condições impossíveis. **Em certos casos**, o Direito, em vez de cominar a nulidade de todo o negócio, determina a nulidade apenas da condição (ex: casamento – artigo 1618.º/2 – e perfilhação – artigo 1852.º/2). Msa estas regras vão contra a autonomia privada e devem ser aplicadas com muita parcimónia e em termos muito restritivos, por força dos elementos sistemático e teleológico de interpretação.
* O **regime** da condição recorre a três vectores: a **autonomia privada** (condição imposta pelas partes e, nessa medida, deve ser respeitada, compondo soluções diversas das legais, sempre que o Direito não as proíba); a **boa fé** (nas suas vertentes da tutela da confiança e da primazia da materialidade subjacente); **distribuição de riscos** (uma situação condicionada é, por definição, uma situação instável; as partes – ou alguma delas – podem daí, retirar danos: trata-se, porém, de um risco que correm e que livremente assumiram, pelo que deve ser suportado, de acordo com a ordem natural das coisas).
* A certeza de que a condição não se poderá verificar equivale à **não-verificação** (artigo 275.º/1). Se for contra a boa fé, impedida por aquele que prejudica, tem-se por verificada: se for, também contra a boa fé, provocada por aquele a quem beneficia, considera-se não verificada.
* A **tutela da confiança** implica que, na pendência da condição, **as partes não** **possam agir contra o que**, pelas suas opções contratuais ou pela ordem naturam das coisas, **iria**, em princípio, **suceder**, em termos que provocaram a crença **legítima da outra parte**.
* A **primazia da materialidade subjacente** obriga a que a condição não possa transformar-se num jogo formal de proposições: **deve exprimir, no seu funcionamento, a vontade condicional das partes**, i.e., a sua subordinação ao facto futuro e incerto que escapa à vontade de qualquer delas.
* É **contrário à boa fé** qualquer actuação que: venha a interferir na sua ocorrência (ou não-ocorrência) em termos que contrariem a confiança da outra parte; ou que venha a bulir com a essência futura e incerta da verificação da condição.
* Deveres oriundos da boa fé que funcionam na pendência da condição, são deveres acessórios, de tipo contratual, que decorrem do negócio mesmo antes da verificação da condição.

TERMO (págs.727-731)

* **Termo-** cláusula pela qual as partes subordinam a eficácia de certo negócio jurídico à verificação de certo ***evento futuro e certo***. Ao contrário da condição, que remete para um acontecimento eventual cuja verificação não é segura, o termo não implica tal incerteza. Mas **tal como a condição, o termo depende da vontade das partes**.
* O **termo** pode ser **inicial, suspensivo**, ou **dilatório**, quando a eficácia negocial principie após a sua verificação; e **final, resolutivo** ou **peremptório**, sempre que a eficácia em questão termine com a verifiação do evento.
* Quanto ao momento de verificação do evento, o **termo** é **certo** ou **incerto**.
* Quando ao **modo de exprimir**, o **termo** pode ser **expresso** (quando resulte da vontade assumida das partes) ou **tácito** (quando derive de circunstâncias que, com toda a probabilidade, revelem ser essa a vontade das partes).
* **Termo legal**, é um termo **impróprio**, por não derivar da vontade das partes.
* O **termo** pode ser **essencial** quando o seu desrespeito envolva a **impossibilidade** da prestação, e **não essencial** quando tal desrespeito apenas implique uma mora do devedor.
* A aposição de termo quando a **lei o proíba** (ou seja **impossível** ou **inviável**) envolve a **nulidade de todo o negócio jurídico**, a menos que, pela interpretação, se consiga apurar que houve mero lapso material ou que as partes tinham outra qualquer vontade em vista.
* Desde o momento da estipulação e até à verificação do termo, este diz-se **pendente**.
* Se o termo for **impedido**, ou **provocado**, **contra a boa fé**, aplica-se o regime da condição – artigo 275.º/2.
* Devido à aplicabilidade, regra geral, do regime da condição ao termo, muitas vezes invoca-se analogia entre estes.
* As regras do **Cômputo[[20]](#footnote-21) do termo** – artigo 279.º - são auxiliares de interpretação, podendo prevalecer outras opções se as partes o entenderem.

OUTRAS CLÁUSULAS TÍPICAS (págs. 733-739)

* O **modo** é uma cláusula que só pode ser aposta nos **negócios gratuitos**.
* O **modo** ou **encargo** traduz uma obrigação a cargo do beneficiário da liberalidade - ficam abrangidos todos os casos em que é imposto ao donatário o dever de efectuar uma prestação, quer pelas forças do bem dotado, quer pelos restantes bens da herança.
* A condição suspensiva suspende o negócio mas não obriga, enquanto o **modo** não suspende, mas **adstringe**. Exemplo: deixo este terreno à Liga dos Amigos contra o Cancro desde que, nele, ela construa um pavilhão oncológico: será **condição,** quando ela só adquira o terreno se construir o pavilhão (o que fará se quiser): mas será **modo** quando ela adquira logo o terreno e deva, depois, construir o pavilhão (ao que ficará obrigada). Pode exigir-se o cumprimento do modo, mas não o da condição.
* **Sinal** consiste em, aquando da celebração de um contrato, uma das partes entrega, à outra, uma coisa ou uma quantia; se o contrato for cumprido, a coisa ou quantia entregue é imputada no cumprimento, cabe distinguir: sendo o incumprimento provocado por quem recebe o sinal, deve este restitui-lo em dobro; sendo, pelo contrário, causado por quem dá o sinal, fica este perdido.
* A figura do **sinal** teve origem no Direito *grego*, e tinha, inicialmente uma **natureza coerciva ou penal**: o prévio pagamento do sinal assegurava o negócio, dando-lhe consistência e permitindo o ressarcimento dos danos, no caso de violação. No Direito *romano* assumiu uma **função confirmatória**: provava a existência do contrato e o termo das negociações; além de facultar o ressarcimento dos danos. No Direito *justinianeu* adquiriu um **papel penitencial**: permitia ao interessado libertar-se do contrato, pagando o valor resultante do sinal.
* No Direito *português* o **sinal** tem uma dimensão **confirmatório-penal**, na medida em que dá consistência ao contrato e funciona como indemnização; e uma dimensão **penitencial** quando funcione como “preço do arrependimento”, permitindo ao interessado resolver o contrato, mediante o pagamento do que ele resulte do próprio sinal.
* No âmbito do **contrato-promessa**, poder-se-á dizer que, quando as partes afastem a execução específica, o sinal é **penitencial** (as partes procuram reservar-se a faculdade do recesso); na hipótese inversa, ele é **confirmatório-penal** (as partes pretenderam ressarcir danos), uma vez que não há direito ao arrependimento.
* A **pena convencional** ou **cláusula penal**, é a *cláusula típica* na qual as partes fixam, previamente, as consequências de um eventual incumprimento. Está sujeita à **forma** e às **formalidades exigidas para a obrigação principal**, sendo nula quando esta também o for. A doutrina tradicional via nesta cláusula duas funções: fixar antecipadamente a idemnização e incentivaro devedor ao incumprimento. Hoje em dia vê também a função de, ao lado da pena convencional tradicional, estabelecer uma pura e simples liquidação antecipada da indemnização a que, eventualmente, pudesse haver lugar

INTERPRETAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO (págs.741-768)

* A **interpretação** do negócio visa determinar o seu *sentido juridicamente relevante*.
* A **interpretação jurídica** deve a sua **autonomia** perante a (verdadeira) interpretação geral por comportar **regras histórico-culturais** que lhe escapam mas que, por **motivações** também **históricas** e **linguísticas**, não se podem reconduzir às comuns normas de conduta.
* Nas palavras do Supremo: “*toda a interpretação jurídica tem uma função constitutiva de juridicidade e uma índole normativa incompatíveis com a sua caracterização como pura hermenêutica*”.
* A **interpretação recognitiva** intenta fixar, através duma verificação histórico-existencial, o significado do acto em jogo. Aí releva a vontade do autor – ou, mais precisamente, o sentido que o acto tenha para ele. Mas ainda intervêm factores sociais.
* A **interpretação integrativa** obriga o intérprete a proceder sem recurso à declaração, designadamente por ambiguidade ou indeterminação desta. Há que atender à natureza do negócio, a particulares razões para favorecer algum dos intervenientes ou à responsabilidade em que incorra o declarante. Entre as **regras integrativas** conta-se a *interpretatio contra stipulatiorem*: na dúvida, a declaração ambígua vale com o sentido mais desfavoravel ao declarante. Certos negócios dispunham de regras específicas: assim a *favor dotis* – na dúvida prevalece a solução mais favorável ao dote da mulher – e o *favor libertatus* – *idem*, no tocante à libertação do escravo.
* A **interpretação correctiva** opera quando o conteúdo de uma declaração não possa manter-se como o seu autor tenha querido. Irá fazer-se apelo à vontade presumível do declarante, para remover contradições ou inadequações, patentes na sua declaração.
* A **interpretação negocial** tem *valores próprios* que ditam e justificam um *regime particular*. Mas também não se deve reconduzir a interpretação negocial à legal, esgotando-a nas dimensões próprias desta: a declaração, sendo recipienda, ganha uma *proporção centrada em duas pessoas*.
* A doutrina actual encara a interpretação do negócio jurídico como algo de essencialmente **objectivo**; o seu ponto de incidência não é a vontade interior: ela recai antes sobre um comportamento significativo.
* A **autonomia privada** tem de ser temperada com o princípio da **tutela de confiança** – complementação interpenetrada: as manifestações de autonomia privada e da tutela da confiança têm o mesmo regime.
* **Integração horizontal**- temos o **conjunto em que se insira a cláusula** a interpretar; **tipo contratual** em jogo; **inserção do negócio** no todo mais vasto a que porventura pertença; a **execução** de contratos **similares** concluídos entre ambas as partes.
* **Integração vertical**- há que ter em conta a **prática contratual anterior** **entre as partes**, seja para confirmar que ela se mantém, seja para apurar que elas decidiram modificá-la; as **negociações preliminares**; o teor das **declarações negociais**, as **circunstâncias** em que foram emitidas, assim como as **condições**  de recepção; **modo** por que o **contrato** seja executado; actos **subsequentes** à sua execução.
* Coelho da Rocha dizia que, na interpretação, se devia atender à mente ou **verdadeira intenção do agente**, a qual deve **deduzir-se da linguagem, causa, circunstâncias e relações dos interessados**; o sentido mais acomodado ao objecto de que se trata; quando a expressão fosse incerta, que se entendesse de **maneira que o acto não ficasse sem efeito**; as partes quiseram conformar-se com a **disposição das leis**; a manifestação de vontade de renunciar ou ceder os seus direitos deve ser clara e positiva.
* Presentemente, a **interpretação** não pode deixar de atender à boa fé – portanto aos valores fundamentais do ordenamento que aí se jogam.
* A primeira directriz legal apela para a denominada impressão do declaratário – artigo 236.º/1. Na base deste preceito, a jurisprudência apela a uma “interpretação objectiva ou normativa”.
* ***Princípio da conservação dos actos*** – *favor negott*.
* O Código italiano dispõe que “*na dúvida, singra a interpretação que assegure a validade do negócio*”.
* Na dúvida, em Portugal, pode prevalecer um sentido que mais se afaste das soluções legais, desde que não engendre ilicitudes; nessa altura, a *favor negotii* importia a interpretação validante.
* O artigo 236.º/2 consagra a **regra *falsa demonstratio non nocet***: quando uma parte utilize fórmulas significativas erradas e a outra tenha conhecimento do sentido pretendido e *com* *ele concorde*, a qualificação errada não prejudica. Uma pessoa pode conhecer a vontade real de outra e, no entanto, não pretender aceitá-la; ao dar o seu assentimento a uma declaração que saiba não corresponder à vontade real de quem a emita, ela poderá abrir as portas ao regime do **erro** e do **dolo**: **mas não dá o seu assentimento ao que não tenha sido expresso**.
* Se as partes, para transmitir a sua vontade, usam uma linguagem não suportada pelo uso correcto das expressões, há que **invocá-lo**. Nessa ocasião, quem alegar o código desviante de comunicação terá que **prová-lo**, nos termos gerais[[21]](#footnote-22).
* O Direito português consagra uma doutrina objectivista da interpretação, baseada na impressão do declaratário e mitigada pela possibilidade de imputar a declaração a quem a tenha feito e pela regra *falsa demonstratio non nocet*.
* A interpretação é hoje dominada pelo **factor teleológico**, pois nenhum negócio existe por si só, sendo todos instrumentos usados pelas partes para prosseguir fins. Assim, na dúvida, deverá prevalecer o **sentido mais consentâneo com o objectivo do contrato.**
* No tocante a testamentos, o artigo 2187.º/1 faz prevalecer a vontade do testador.

INTEGRAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO (págs. 769-779)

* A **lacuna negocial** pressupõe que, pela lógica global do negócio, numa determinada matéria, deveria haver regulação, que **falte** porque: ou as partes pretenderam **deixar o ponto omisso fora de qualquer regulação jurídica**; ou deixaram à mercê de **normas supletivas**; ou foi **mal conformado**, aplicando-se a regra de **nulidade por indeterminabilidade**.
* Exite **necessidade** de integrar lacunas porque: a lacuna pode ocupar uma área crucial, que o seu não preenchimento **impeça a execução global do negócio**; ou por **razões de justiça** – sem elas torna-se injusto.
* Se a **lei supletiva** se provar lacunosa – lacuna legal – integra-se de acordo com as regras do artigo 10.º.
* Se o negócio merecer em bloco, não um juízo de lacunosidade, mas de incompleitude insuprível, impõe-se a **nulidade** nos termos do artigo 280.º/1 – se a situação for **inicial** –, ou os artigos 790.º/1 e 801.º - se for impossibilidade **superveniente**.
* **Requisitos da lacuna negocial:** representar um **ponto** que, pela interpretação, **devesse ser regulado** pelo contrato; **inaplicabilidade/inexistência** de regras **supletivas**; **validade** do negócio.
* A **invalidade** impõe-se perante a impossibilidade científica de realizar a integração.
* A **lacuna negocial** distingue-se da: **interpretação negocial**, onde se lida com efectivas declarações de vontade; da **redução**, pela qual um negócio parcialmente inválido subsiste no remanescente; da **conversão** que permite a um negócio invalidado valer enquanto negócio diverso; do **funcionamento da boa fé** que impõe deveres acessórios de base legal; da **alteração das circunstâncias** que se manifesta quando um contrato completo venha a revelar insuficiências, perante modificações circundantes imprevisíveis.
* A integração de lacuna negocial efectiva[[22]](#footnote-23) remete para a vontade hipotética das partes e para a boa fé – ***interpretação complementadora ou integrativa***.
* Enquanto a interpretação comum visa a vontade juridicamente relevante das partes, a interpretação complementadora tem a ver com a *regulação objectiva do contrato*.
* O primeiro critério legal da integração apena para a “vontade que as partes teriam tido” – **vontade hipotética**. Esta divide-se em: **vontade hipotética individual ou subjectiva**, quando procura, perante os dados concretos existentes, a vontade das partes se tivessem previsto o ponto omisso; e **vontade hipotética objectiva**, quando visa a reconstrução da vontade justa das partes se, com razoabilidade, tivessem previsto o ponto omisso.
* Hoje em dia domina a ideia de que se tem que ter em conta a **vontade hipotética objectiva**. O artigo da conversão – artigo 293.º - consagra esta ideiam quando prevê que, ponderado o fim, seja provável a **vontade hipotética** das partes num determinado sentido.
* A conjunção entre a **vontade das partes** e a **boa fé**, mas com predomínio da segunda, conduz à **vontade hipotética objectiva** – ponderação objectiva das situações existentes.
* A **boa fé** manda atender à **confiança** que as partes tenham depositado no funcionamento e na adequação do contrato. Esta confiança. Terá de se alicerçar no próprio contrato e não em factores a ele estranhos: neste último caso, ao *abuso de direito* caberia intervir.
* Na reconstrução da **vontade hipotética das partes**, há que ponderar critérios de **racionalidade económica** - maior aproveitamento dos custos, e redução destes, por forma a conseguir uma prossecução óptima dos fins do contrato.

QUADRO DOS VÍCIOS (págs. 781-784)

* O negócio jurídico vale, perante o Direito enquanto manifestação da autonomia privada. Releva pode corresponder a uma determinada vontade, i.e., a uma decisão assumida na **sequência** de toda uma ponderação imputável a um sujeito. A decisão terá de ser exteriorizada para produzir os seus efeitos. Em todo este **processo** podem interferir dois géneros de vícios: na **vontade** (quando o *processo* que leva à tomada de decisão do sujeito autónomo é perturbado – vício na *formação da vontade*; pode ir da falta de vontade, até à ausência total desta) e na **declaração** (quando a vontade se forma devidamente, mas há uma *divergência* entre esta e a declaração, intencional ou não).
* Todas as soluções que o Direito adoptou para responder a estes vícios são norteadas pelos princípios: da ***autonomia privada*** e da ***tutela da confiança***.
* A **ausência de vontade** agrupa a **falta de consciência de declaração**, surgida nos finais do séx XIX, a **incapacidade acidental**, originada na área da família e das incapacidades e as **declarações não sérias** ou *jocandi causa* românicas.
* A **coacção** provém da clássica *exceptio metus* e foi desenvolvida pelos **canonistas**.
* O **erro** tem uma *unidade histórica*, derivada da *exceptio doli*.

AUSÊNCIA DE VONTADE (págs. 785-796)

* Na falta de consciência, a declaração não produz quaisquer efeitos[[23]](#footnote-24).
* De acordo com Canaris: “***os efeitos que se atribuam a uma “declaração” não-consciente derivam da eficácia da aparência e não da vontade***”.
* Larenz também dispensava a **consciência**: bastaria a **aparência exterior** do negócio.
* O **erro** dá sempre lugar à **anulação**, desde que recaia sobre um elemento essencial **constável** pela outra parte – artigo 247.º - e a **consciência da declaração é exigida**, sob pena de não haver produção de quaisquer efeitos – artigo 246.º.
* Recuperando a **consciência**, o declarante pode pretender salvar o negócio, pelo que a solução residirá, tão-só, na **anulabilidade**.
* Se a falta de consciência puder ser censurada ao declarante, ele fica obrigado a indemnizar o declaratário.
* No **Código de Seabra**, a figura da **incapacidade acidental** não exigia conhecimento da outra parte: tão-so demandava que, nos dez dias seguintes, o incapacitado protestasse para rescisão do contrato, com duas testemunhas presentes.
* A jurisprudência tem entendido em moldes muito estritos, o dispositivo da **incapacidade acidental**. A **anulação**, por via desta figura, obedeceria a três requisitos: condições psíquicas de não entender e querer; no momento da prática do acto; sendo isso notório ou do conhecimento do declaratário – a **incapacidade** teria de ser *cognoscível* por um declaratário com “*normal diligência*” – campo de especial aplicação, hoje em dia, nos negócios manifestamente celebrados sob influência de psicotrópicos ou de estupefacientes.
* No Direito alemão, as **declarações não sérias** são nulas, enquanto em Portugal, “**carecem de qualquer efeito**”. Todavia, o Prof. Menezes Cordeiro considera que este preceito não diverge da **nulidade**.
* A designação **declarações não sérias** abrange todas as situações nas quais o declarante não tenha a intenção de formular uma verdadeira declaração negocial, esperando que o declaratário se aperceba e tenha consciência. Alguns exemplos destas **declarações não sérias:** jocosas, didácticas, cénicas, jactanciosas e as publicitárias.
* A **expectativa** referida no artigo 245.º/2 – das **declarações não sérias** – terá de ser **objectivamente cognoscível**, aquando da sua emissão.
* Uma **declaração não séria** feita de modo a que a **não-seriedade** não fosse cognoscível, tem o intuito de enganar o declaratário. A **sanção** seá a **validade** da declaração, sendo esta equiparada a uma declaração em **reserva mental**.
* A uma **declaração patentemente não séria,** aplica-se o artigo 245.º/1; a uma **declaração patentemente não séria, mas que, por particulares condicionalismos, enganou o declaratário**, aplica-se o artigo 245.º/2; a uma **declaração secretamente não séria** aplica-se o **regime da reserva mental** – artigo 244.º.
* Na **reserva mental**, há declaração com um mero **intuito interior de enganar** o declaratário, não pretendendo o declarante aquilo que declarar querer.
* A **reserva** diz-se **inocente** ou **fraudulenta** conforme não vise prejudicar ninguem ou, pelo contrário, assuma *animus nocendi*.
* A hipótese de alguém **concluir** um **negócio que não queira**, mas pensando ser o mesmo **nulo** por um vício que, na realidade não se verifique, aplica-se o regime do **erro**.
* A remissão presente no artigo 244.º/2, para o regime da simulação, só se verifica no caso de todos os requisitos se encontrarem reunidos.
* Caso o declaratário conheça a vontade real – portanto: a reserva do declarante e *com ela concorde* -, funciona o regime da *falsa demonstrario non nocet* – artigo 236.º/2.
* O artigo 244.º/2 interpreta-se, pois, em termos restritivos e integrados.

COACÇÃO (págs. 797-805)

* Na **coacção**, a **vontade** surge **deformada** pela **falta de liberdade**.
* Haverá sempre um **agir acompanhado** (*co-actus*) e, como tal, não-livre.
* No Direito *romano* impôs-se através de manifestações como a violência (*vis*).
* Na **coacção física**, alguém é levado **pela força**, a emitir uma **delcaração**, **sem ter qualquer vontade de o fazer**. É a ***vis absoluta***. Neste caso, **não há** manifestação de **vontade**, **mas** tão-só uma **aparência**. Todavia, uma **declaração sem vontade, é uma declaração**.
* Uma **declaração** originada por **coacção física** **não produz quaisquer efeitos**.
* Distingue-se a **coacção física** da **coacção moral** com recurso à existência de **vontade**: na moral ainda existe, por muito que deturpada pela ameaça. Na coacção física, o “agente” foi completamente privado daquela.
* Recordo o brocardo: *voluntas coacta, voluntas est* (**vontade coagida é vontade**).
* Para Coelho da Rocha, para se anular um contrato, a violência teria de: ser injusta, e assustar uma pessoa suficientemente animosa, atendendo ao seu género, e dada a condição.
* A **coacção** poderá ser **principal** ou **incidental**, consoante atinja o **essencial** do negócio ou aspectos **acessórios**; poderá ser dirigida ao próprio ou a terceiro, conforme a pessoa ameaçada; poderá visar a pessoa, a honra ou os bens do próprio ou dos terceiros; poderá provir do declaratário ou de terceiros.
* Para Manuel de Andrade, no âmbito do Código de Seabra, aponta como requisitos: **essencialidade** (deverá determinar o núcleo da declaração), **intenção de coagir** (o declaratário terá, assim, de ser vítima de uma efectiva acção humana destinada a extorquir-lhe a declaração pretendida), **gravidade do mal e da ameaça** (há que ponderar a probabilidade da sua consumação e a sua seriedade), **injustiça ou ilicitude da sua cominação[[24]](#footnote-25)** (a ameaça do exercício de um direito não é coacção).
* Para Rui de Alarcão, o mal ameaçado, não havia necessidade do mal ameaçado dizer respeito “à pessoa”, e não constituia coacção a ameaça do exercício normal de um direito nem o simples temor reverencial; sendo a declaração negocial extorquida por coacção, anulável.
* No presente Código Civil, no artigo 255.º/3, também estão excluídos da abrangência a ameaça de exercício normal de um direito e o temor reverencial[[25]](#footnote-26).

ERRO (págs. 807-838)

* O **erro** implica uma **avaliação falsa da realidade**: **seja por carência de elementos, seja por má apreciação destes** e, num caso e noutro, por actuação própria **ou por intervenção maldosa ou inocente, da contraparte ou de terceiros**.
* No Direito *romano*, o regime do **erro** desenvolveu-se a partir da modalidade do **dolo**. Estes dividiam em três tipos de erro: **erro excludente** (afasta a vontade do declarante, de tal modo que este confere ao seu acto um significado diverso do que ele tem exteriormente: o Direito não atribuiria, em princípio, relevância à declaração assim produzida), o **erro motivante** (origina a própria vontade, atngindo o seu processo causal e levando o declarante a praticar determinado acto), o **erro qualificante** (o Direito associa-lhe resultados pela positiva: pense-se no erro de boa fé).
* No tocante ao **erro excludente** da vontade, o Direito *romano* distinguia: o *error in negotio* (quando pretendia um negócio e declarava outro – nulidade), *error in persona* (quando o declarante troca a identidade do declaratário – nulidade se aquela fosse essencial), *error in corpore* (quando o declarante trocava a identidade do objecto – nulidade), *error in nomine* (declarante trocava palavras, sendo bem entendido), *error in quantitate* (desacordo entre a quantidade declarada e a pretendida), *error in substantia* (troca quanto ao material de que seja feito certo objecto – nulidade se for essencial), *error in domino* (alguém restitui coisa que, afinal era do próprio – nulidade).
* O **erro motivante** ocorre no campo da *usucapio*, do título putativo.
* Para Guilherme Moreira, o **erro** provocava **nulidade**, não por si, mas pela **falta de correspondência** entre a vontade real e declarada, que sempre implica.
* O sistema português do **erro** é marcadamente **doutrinário**, e coloca a relevância do erro na **cognoscibilidade**, pelo declaratário, da **essencialidade** do elemento sobre que recai e não na mera essencialidade para o declarante – sistema alemão - ou na cognoscibilidade do próprio erro, pelo declaratário – sistema italiano.
* O **erro na declaração** pode recair quaisquer elementos, desde que **essenciais para o declaratário**: **elementos nucleares do contrato** (objecto, conteúdo, ou outros principais), **elementos circundantes** (características acessórias do objecto, cláusulas acidentais ou factores periféricos diversos), **factores relativos às partes** (identidade, qualidade, função, etc).
* Para a relevância do **erro na declaração**, a lei portuguesa exige a **essencialidade, para o declarante**, do elemento sobre que recaiu o **erro**, o **conhecimento dessa essencialidade, pelo declaratário**, ou o **dever de o conhecer**.
* A **essencialidade** e o **conhecimento** – ou as circunstâncias que originem o dever de conhecer – devem ser **invocadas** e **provadas** pelo **interessado** em anular o negócio.
* O **erro na declaração** exige uma efectiva declaração.
* Uma **modalidade** de **erro na declaração** é o **dissenso**: partes formulam declarações não coincidentes convencidas de que concluiram um contrato. Aí **não há contrato**. Qualquer das partes que se aperceba tem o dever de prevenir a contraparte de que nada se concluiu.
* O **dissenso** **não envolve** **rejeição**: proposta permanece válida até que caduque, ou seja aceite ou rejeitada.
* O **erro na transmissão da declaração** pode suceder nos casos de mandato com representação, quando o representante se desvie das intruções recebidas. Caso o destinatário conheça a essencialidade, para o mandante, do elemento deterpado na transmissão ou não deva ignorá-lo, o negócio é anulável. Tudo se passa como se a declaração tivesse sido directamente transmitida. O **dolo** deve ser provado por quem o invoque.
* Segundo o artigo 248.º, a **anulabilidade** fundada em **erro na declaração** não procede se o declaratário aceitar o negócio como o declarante queria. Este artigo atribui um direito específico de natureza potestativa, ao declaratário: o contrato só se forma se o declaratário, ao conhecer a vontade real do declarante, aceitar o conteúdo dela resultante.
* No caso do **erro de cálculo** **ou de escrita**, o **erro** terá de ser de tal modo ostensivo, que resulta do próprio contexto do documento ou das circunstâncias da declaração. Em rigor, nem há erro, uma vez que a declaração deve ser globalmente interpretada. Não se verificando a imediata aparência do erro, haverá que aplicar o regime geral do artigo do **erro na declaração**.
* O campo de aplicação do artigo **erro de cálculo ou de escrita** tende a circunscrever-se aos actos de processo não dotados de normas especiais. Terá de ocorrer um “erro manifesto” ou “erro ostensivo”: não sendo possível, por esta via, complementar as puras e simples omissões ou corrigir peças processuais.
* O **erro-vício** (ou **erro da vontade – sobre a pessoa ou o objecto**) incide sobre a **identidade** do objecto e correspondentes **qualidades**. A jurisprudência tem oscilado quanto a saber se o erro pode abranger as representações sobre a evolução futura do objecto. Em rigor, a inesperada evolução dos acontecimentos dá azo à figura da alteração das circunstâncias. O **erro sobre o futuro do objecto seguirá o regime do artigo 252.º (erro sobre os motivos) e não o do 251.º.**
* No **erro sobre a pessoa ou o objecto do negócio**, o interessado terá de provar que as evoluções desfavoráveis, capazes de, no presente, traduzir o erro, têm a ver com o próprio objecto em jogo.
* O “**dever de conhecer**” introduz um factor de objectivação que dá consistência ao sistema, tutelando a confiança.
* O facto de o destinatário conhecer – ou dever conhecer a essencialidade do motivo não justifica a **supressão do negócio**: não se tratando dum **elemento nuclear –** ambas as partes têm de reconhecer a essencialidade do motivo -, ele não tem nada com isso.
* Não estamos perante uma **condição resolutiva**: a condição opera automaticamente, enquanto a **anulabilidade** por eventual **erro sobre os motivos** tem de ser potestativamente exercida; a **supressão** exige mútuo acordo. É uma **questão de interpretação** saber se se trata de **condição resolutiva** ou de **motivo negocialmente relevante**.
* Windscheid defendeu a ***teoria da pressuposição*** (no âmbito da figura do **erro sobre a base do negócio**): a **pressuposição** seria uma **condição** não desenvolvida, expressa ou tacitamente manifestada e da qual o declarante daria depender a sua manifestação de vontade. A pressuposição seria eficaz por ser cognoscível pela outra parte – **demasiado subjectivista e acusada de insegurança nas relações contratuais**.
* Para **Paul Oertmann**, a **base do negócio** seria: *a representação de uma parte, patente na conclusão de um negócio e reconhecida pela contraparte eventual, da existência ou do surgimento futuro de certas circunstâncias sobre cuja base se firma a vontade*.
* Neste **erro,** o **erro** é da parte do declarante, embora sobre uma parte decisiva do contrato, conhecida da outra parte.
* Duas acepções do **dolo** no direito português: sugestão ou artifício usados com o fim de enganar o autor da declaração (será desta que falaremos agora); modalidade mais grave de culpa.
* A relevância do **dolo** depende de três requisitos: o declarante esteja em erro; o erro tenha sido causado ou dissimulado pelo declaratário ou terceiro; o declaratário ou terceiro haja recorrido a qualquer artifício, sugestão ou embuste.
* Castro Mendes considerava que o dolo tivesse sido determinante do erro e o erro determinante do negócio.
* Se o **erro** for **simples**, o negócio só é **anulável** se recair sobre **elemento essencial** e se o declaratário **conhecer** ou dever conhecer essa essencialidade; sendo o erro qualificado por **dolo**, essa **anulabilidade** surge se for **determinante da vontade**: não tem de ser essencial, pois bastará que, por qualquer razão (mesmo periférica) tenha dado lugar à vontade e não se põe o problema do conhecimento uma vez que, neste caso, ele foi pura e simplesmente causado pelo declaratário.
* A anulação por dolo pode ser cumulada com a indemnização dos danos causados. Designadamente pode fazer-se em simultâneo, apelo às regras da *culpa in contrahendo*.

SIMULAÇÃO (págs. 839-851)

* Na **simulação**, as partes **acordam** em emitir declarações **não correspondentes** à vontade real, para **enganar terceiros**.
* Há três acordos: **acordo simulatório** (que visa a montagem da operação e dá corpo à intenção de enganar terceiros); o **acordo dissimulado** (exprime a vontade real de ambas as partes e visa o negócio verdadeiramente pretendido por elas ou um puro e simples retirar de efeitos ao negócio simulado); e o **acordo simulado** (traduz a aparência de contrato, destinado a enganar a comunidade jurídica).
* Já havia a figura da **simulação** no Direito *romano*.
* Há três requisitos para a figura da **simulação**: **acordo** entre o declarante e o declaratário; sentido de **divergência** entre a declaração e a vontade das partes; **intuito de enganar** terceiros[[26]](#footnote-27). Estes elementos devem ser **invocados** e **provados** por quem pretenda prevalecer-se da simulação ou de aspectos do seu regime.
* **Terceiros**- qualquer pessoa alheia ao conluio ou acordo simulatório: não necessariamente ao contrato simulado.
* **Simulação** pode ser **fraudulenta ou inocente**, consoante vise prejudicar alguém ou não.
* **Simulação absoluta-** as partes não pretendem celebrar qualquer negócio.
* **Simulação relativa-** as partes, sob a simulação, procuraram esconder um negócio verdadeiramente pretendido: o **negócio dissimulado**.
* **Simulação objectiva-** a divergência voluntária recai sobre o objecto ou sobre o seu conteúdo;
* **Simulação subjectiva-** a divergência recai sobre as partes – *interposição fictícia de pessoas*, *v.g.*, A vende a B e ambos combinam que se declare vender a C.
* **Figuras semelhantes (MAS DIFERENTES) da simulação:** *pura e simples falsidade* (na simulação, o documento que exare o contrato não é falso ou forjado), *negócio indirecto* (surge em fraude à lei quando prossiga um fim proibido sendo, então, nulo), *fidúcia* (contrato tem ínsita uma cláusula pela qual o beneficiário só poderá exercer a sua posição num determinado sentido), *interposição real de pessoas* (uma pessoa contrata com outra para que esta, depois, transfira para o verdadeiro destinatário da operação aquilo que adquiriu: vontade das partes a percorrer todo o circuito), *simulação processual* (duas partes fingem um litígio que não existe para obter uma sentença que proporcione um resultado proibido por lei ou o engano de terceiros).
* A **simulação** não prejudica a **validade** do **negócio dissimulado**. Quando este tenha natureza formal, só é válido se no primeiro houver sido observada a forma exigida para o segundo.
* Os **interessados** no negócio **dissimulado** devem **invocá-lo** e **prová-lo**: **não** pode o **tribunal**, pedida uma declaração de simulação absoluta, **passar** a relativa.
* O artigo 242.º/1 dá **legitimidade** aos próprios **simuladores**, mesmo caso seja fraudulenta, a simulação, para a arguirem. A **nulidade** pode ainda ser invocada por **qualquer terceiro interessado**, contra os simuladores ou seus herdeiros.
* O artido 243.º/1 impede tal invocação perante **terceiros de boa fé**, ou seja: contra o **terceiro que desconheça, sem culpa, a simulação**.
* Não faz qualquer sentido vir sustentar que a tutela é dispensada a quem, *com culpa* – portanto: violando concretos deveres de indagação ou de conhecimento que ao caso caibam - desconheça o que devia conhecer.
* Havendo **registo**, qualquer interessado em conhecer a realidade tem o **dever** de se inteirar do seu teor.
* Diz-se que há **preferência** quando alguém – o **preferente** – tenha o direito de, perante outra pessoa – o **obrigado à preferência** – e querendo esta celebrar certo negócio, surgir como contraparte, desde que acompanhe as condições por ela pretendidas. O **preferente** na compra de certa coisa – por exemplo – tem o direito de exigir ao proprietário dela que, caso ele a pretenda vender, lhe submeta previamente o projectado negócio para que ele, querendo, o subscreva.
* A virtualidade da injustiça de um preferente obter um enriquecimento escandaloso por via da alegação de simulação, levou **Manuel de Andrade** a sustentar que só seriam **terceiros**, para efeitos de **tutela da boa fé** na simulação, as **pessoas** **prejudicadas com a invalidação do negócio simulado**; não aquelas que apenas lucrariam com ele.
* **Castro Mendes** e **Antunes Varela** defenderam, por seu lado, que a **simulação** era, em qualquer caso, **inoponível a terceiros de boa fé**. Em sentido diverso vieram depor **Mota Pinto** e **Almeida Costa**: o objectivo da lei, perante os interesses em presença, **nunca poderia** ser o de **facultar** o **enriquecimento** do **preferente**. O Professor **Menezes Cordeiro** subscreve esta posição: por haver **abuso do direito** ao preferir-se por um valor muito inferior ao real; por as **partes** **terem rectificado o preço**, inserindo o verdadeiro; por, mau grado a simulação, se ter indicado previamente o verdadeiro preço ao preferente; por, **ponderados os interesses** em presença, **dever prevalecer o preço real**; por, finalmente, se verificar um **enriquecimento sem causa** que **excede os bons costumes e constitui abuso do direito.**
* Os *terceiros preferentes* não podem invocar “boa fé” para optarem por um preço inferior ao real: a **tutela da confiança** só se justifica quando haja um ***investimento de confiança***, isto é: **quando o confiante adira à aparência e, nessa base, erga um edifício jurídico e social que não possa ser ignorado sem dano injusto**.
* O artigo 394.º/2 **proibe a prova testemunhal do acordo simulatório** e do **negócio dissimulado**, quando **invocado pelos simuladores** – visava dificultar a declaração de nulidade dos actos – tem vindo a ser defendido um entendimento restritivo do artigo 394.º/2: visa-se, no fundo, fazer prevalecer a verdade dos factos.
* Admite-se, como **princípio de prova escrita**, uma escritura de rectificação.

INVALIDADES E INEFICÁCIA (págs. 853-871)

* **Ineficácia**- quando os negócios jurídicos não produzem todos os efeitos que se destinariam a desencadear.
* **Guilherme Moreira**, fundador da moderna civilística portuguesa, contrapunha já a ineficácia à invalidade dos negócios jurídicos e distinguia, nesta, a nulidade absoluta ou inexistência e a nulidade relativa ou anulabilidade.
* Dentro da **ineficácia** (*sentido amplo*), temos a **invalidade** (não produção normal de efeitos, mercê de *vícios* ou desconformidades com a ordem jurídica) e a **ineficácia em *sentido estrito*** (negócio não tem vícios, apenas se verifica uma conjunção de factores extrínsecos que conduz à referida não produção).
* Dentro da **invalidade** cabe subdistinguir a ***nulidade*** e a ***anulabilidade***, figuras estas a que se pode acrescentar a das *invalidades mistas* ou *atípicas*.
* O Prof. Menezes Cordeiro não reconhece a figura da **inexistência** como vício autónomo.
* A *ineficácia* pode ser *total* ou *parcial*, consoante o negócio jurídico fosse atingido no seu todo ou apenas nalguma ou nalgumas das suas cláusulas.
* Pode também ser (a ***ineficácia***) *inicial* ou *superveniente*, conforme atinja o negócio à nascença, ou derive de posteriores alterações legislativas.
* **Exemplos em que a lei faz surgir a nulidade dos negócios jurídicos** em situaçoes de ordem geral: falta de forma legal; simulação; reserva mental conhecida pelo declaratário; declaração não séria; declaração feita sem consciência negocial ou sob coacção física; objecto física ou legalmente contrário à lei ou à ordem pública ou ofensivo dos bons costumes, quando seja comum a ambas as partes; contrariedade à lei imperativa.
* **Exemplos em que a lei faz surgir a nulidade dos negócios jurídicos** em casos particulares: limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade; os negócios subordinados a condições contrárias à lei, à ordem pública ou ofensiva dos bons costumes, bem como os sujeitos a uma condição suspensiva física ou legalmente impossível; negócios destinados a modificar os prazos legais da prescrição ou a facilitá-la ou dificultá-la por outra forma; a convenção que inverta o ónus da prova, quando se trate do direito indisponível ou a inversão torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do seu direito ou que exclua algum meio de prova ou admita um meio de prova diverso dos legais; a convenção que afecte determinações legais quanto à prova que tenham por fundamento razões de ordem pública.
* Há dois grandes fundamentos para a **nulidade**: **falta** de algum **elemento** **essencial** do negócio como, por exemplo, a vontade ou o objecto; **contrariedade** à **lei imperativa** ou, mais latamente, ao Direito.
* A invocação da **nulidade** não depende duma permissão normativa específica de o fazer: a permissão é genérica. O próprio tribunal, quando dela tenha conhecimento e quando **caiba no prncípio do dispositivo[[27]](#footnote-28)**, deve, *ex officio*, declará-la. Não há, pois, um direito potestativo de actuar a nulidade. O Tribunal não constitui a **nulidade** do negócio: *limita-se a declará-la*, de modo a que não restem dúvidas.
* A **anulabilidade** indica que o interesse de uma determinada pessoa não foi suficientemente atendido, aquando da celebração do negócio. E assim, a lei concede a esse interessado o *direito potestativo* de impugnar o negócio. Ela só pode ser **invocada pelas pessoas em cujo interesse a lei estabelece, no prazo de um ano subsequente à cessação do vício, e admite confirmação**.
* As invalidades, para vingarem, exigem **invocação judicial**.
* A **invocação de nulidades** ou a **declaração de anulação** surgem como **actos subordinados** aos principais: os próprios negócios viciados. Assim, elas (**invocações)** **deverão seguir a forma exigida para esses mesmos negócios**. A esta regra básica ocorrem desvios: no caso de bens sujeitos a registo, queda o acordo – sob a forma exigida para o negócio em crise – ou a acção judicial, como vimos.
* O possuidor duma coisa por via dum negócio inválido deixará de estar de boa fé assim que conheça o vício – artigo 1260.º/3.
* Distinção entre ***inexistência material*** (não há nada: faltam os próprios elementos materiais – *v.g.* as declarações de um negócio) e ***inexistência jurídica*** (surgiria como uma configuração negocial a que o Direito retiraria qualquer tipo de ineficácia). A primeira é puramente descritiva.
* Os *vícios* que conduziriam à *inexistência* são: a pessoa que, de boa fé, acredite nele, merece tanta tutela quanto a concedida a quem creia num casamento nulo ou anulado.
* A relação entre a posse de boa ou má fé, e a validade dos negócios,, está entre os artigos 1259.º/1, e 1270.º/1.
* A declaração de **nulidade** e a **anulação** do negócio têm efeito **retroactivo**. Desde o momento em que uma e outra sejam decididas, estabelece-se, entre as partes, uma ***relação de liquidação***: deve ser restituído tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente.
* Pode a parte obrigada à restituição ter alienado gratuitamente a coisa que devesse restituir: **ficará obrigada a devolver o seu valor**. Porém, se a restituição deste não puder tornar-se efectiva, fica o **beneficiário da liberalidade** obrigado em lugar daquele, mas só na medida do seu enriquecimento.
* A **nulidade** ou a **anulação** dum negócio são, ainda, susceptíveis de causar danos ilícitos. Podem intervir institutos de resposabilidade civil e, designadamente, a *culpa in contrahendo*.
* A declaração de **nulidade** ou **anulação** dum negócio jurídico envolve a **nulidade** dos negócios subsequentes, **que dependam do primeiro**. Trata-se duma consequência inevitável da rectroactividade dessas figuras.
* No campo dos direitos reais, o *terceiro* só é tutelado, em caso de **invalidades**, se tiver adquirido a coisa a **título oneroso**. É o **investimento de confiança**.
* Artigo 291.º – caso de invalidades sobre direitos reais adquiridos de boa fé.
* As **preferências legais** não estão abrangidas pelo artigo 291.º por *não estarem sujeitas a registo*.
* A **invalidação de negócios jurídicos** não impede a produção de efeitos nas hipóteses de **redução** ou de **conversão**.
* Para a **redução**, o primeiro requisito é o de uma **nulidade** ou **anulabilidade** *meramente parcial* – ***regra de divisibilidade dos negócios***, que cumpre lembrar que não permite que a prestação seja realizada por partes, pois violaria o ***princípio da integralidade do cumprimento*** – artigo 763.º.
* O segundo requisito é que esta **não opera quando se mostre que o negócio não teria sido concluído sem a parte viciada**. Bastará provar, pelas circunstâncias objectivas ou pela vontade real duma das partes, conhecida pela outra ou pela sua vontade hipotética e pela boa fé que, **sem a parte viciada, aquele concreto negócio não teria visto a luz**.
* A estes requisitos somam-se outros três: o **respeito pela boa fé, o respeito pelas regras formais, o respeito pelas normas imperativas**.
* O **interessado** na salvaguarda do negócio deverá invocar e provar os factos donde incorra a natureza meramente **parcial** da invalidade. Ao seu opositor caberá invocar e provar os factos de onde se infira que, sem a parte viciada, não teria havido negócio.
* **Não há redução quando ela atente contra a confiança legítima das partes ou contra a materialidade subjacente**.
* Não pode, pela **redução**, chegar-se a um tipo negocial com **exigências de forma** não satisfeitas no **negócio a reduzir**.
* A **redução** pode ser **travada** se se mostrar que o negócio não teria sido concluído sem a **parte viciada** – 292.º - o que constitui um aceno à **vontade real;** a **conversão**, pelo contrário, apela a uma **vontade hipotética** modelada pelo *fim*, mais **objectiva** – 293.º. Além disso, o ónus da prova não é coincidente; na **redução**, o interessado deve provar a **divisibilidade do negócio**, cabendo à contraparte demonstrar que ele não teria sido concluído senão na totalidade; na **conversão**, cabe ao interessado fazer prova de que teria havido – a saber-se da invalidade – um **negócio diverso**.
* Numa **promessa monovinculante** surge uma parte sujeita ao livre arbítrio de outra. Apenas a **conversão** a pode salvar.
* As regras da redução têm-se aplicado aos resultados coligados, isto é: às situações nas quais as partes celebrem dois ou mais contratos formalmente distintos, mas genética ou funcionalmente unidos. Pense-se em várias vendas simultâneas ou numa compra para revenda imediata. Nessa altura, a invalidade dos contratos coligados poderá acarretar a do outro (ou outros), salvo a aplicação das regras da redução.
* Pela **conversão**, **um negócio jurídico nulo ou anulado pode aproveitar-se**, como negócio diverso, desde que reunidos determinados requisitos legais.
* Na construção jurídica da **conversão** encontramos uma primeira orientação que, nela, via a passagem dum primeiro para um segundo negócio, através do aproveitamento de alguns elementos naquele contidos: é a **tese dualista**. Subsequentemente impôs-se uma outra orientação, mais realista e adequada: há apenas *um* negócio; simplesmente, verificada uma falha que impeça a sua validade e eficácia plenas, impõe-se, pela interpretação, um conteúdo que não suscite tais óbices: a **orientação** diz-se **monista** – não há qualquer conversão de negócios: **convertem-se declarações**.
* Os condicionalismos legais da conversão são: a **manutenção dos requisitos essenciais de substância e de forma; e o respeito pela vontade hipotética das partes**. A **vontade hipotética** deve ser aferida segundo a **boa fé** e os demais elementos atendíveis exigindo, como se sabe, uma **valoração objectiva**.
* A **confirmação** é específica dos negócios **anuláveis**. Trata-se de um **acto unilateral**, a praticar pelo beneficiário da anulabilidade e que põe termo à invalidade. Só é eficaz quando posterior à cessação do vício que conduziu à anulabilidade e, ainda, desde que o seu autor tenha conhecimento do *vício* e do direito à anulação. A lei admite a **confirmação tácita**.
* A **confirmação** tem eficácia **retroactiva: sana a anulabilidade *ab initio*, mesmo em relação a terceiro.**
* A distinção entre a **confirmação** e a **renovação do negócio é que esta última não é rectroactiva.**

**TOMO IV**

EXERCÍCIO JURÍDICO (págs.9-14)

* Em *sentido amplo*, o **exercício jurídico** corresponde a uma **actuação humana** relevante para o Direito. Ficam abrangidos os actos jurídicos, lícistos e ilícitos, **incluindo**, pois, **todas as práticas negóciais**.
* Em *sentido estrito*, o **exercício** traduz a **concretização**, por **uma pessoa**, de uma **situação**, activa ou passiva, que lhe tenha sido **conferida pelo Direito**.
* O **exercício jurídico** implica uma **decisão do agente**. De modo mais ou menos consciente, mas sempre eficaz, procede a uma concreta aplicação jurídico-normativa, dando azo a uma **nova situação jurídica**: resultante (a **situação**) da posição exercida e, daí, dos factos e das regras que haviam presidido ao seu surgimento; tipo de exercício concretamente decidido e posto em prática.
* O **exercício jurídico** é um conceito repleto de condicionalismos **histórico-culturais**. Podemos distinguir o **exercício de direitos e o cumprimento de obrigações** (actuações possibilitadas pela permissão específica de aproveitamento do bem em causa; o cumprimento de obrigações traduz a concretização da conduta a que o agente estava adstrito)**, o exercício de liberdades gerais** (sujeito move-se ao abrigo de permissões genéricas – *v.g.* celebração de um contrato ou realização de uma viagem), **o exercício de outras posições** (actuação de um poder ou de uma faculdade, independentemente da sua jurídico-subjectivação; um acto de posse; invocação de uma excepção material).
* De acordo com o **tipo de actividade envolvida**, podemos estar perante: **exercício puramente jurídico**, caso sejam condutas somente significativas para o campo do Direito (exemplo: aceitação de uma proposta, invocação de um prazo, etc) – embora haja sempre um **mínimo de materialidade subjacente**; e o **exercício material**, quando implica imediatas modificações de tipo físico (exemplo: acto de consumo alimentar ou uma edificação).
* Em consonância com a **efectivação dos actos envolvidos**, podemos distinguir o **exercício directo** (quando levado a cabo pelo próprio agente interessado) do **exercício indirecto** (quando operado por via de uma outra pessoa: representante, mandatário ou gestor).
* O **exercício processa-se ao abrigo de situações preexistentes**.
* Em função da **natureza da posição que propicie** a actuação em jogo, podemos ter **exercícios legais** e **exercícios contratuais** (sem prejuizo do facto de os exercícios contratuais dependerem de numerosas leis).
* A **representação** não se reporta – ou não se reporta apenas – a declarações negociais. Antes tem a ver com todo o **exercício jurídico** em geral, constituindo uma das mais impressivas formas de actuação indirecta.

A LEGITIMIDADE (págs. 15-26)

* A **legitimidade é a qualidade de um sujeito que o habilite a agir no âmbito de uma situação jurídica**. Enquanto, em abstracto, as liberdades podem ser exercidas por todos, as **situações jurídicas** só são, em princípio, actuáveis pelos sujeitos a que respeitem ou que, para tanto, disponham de especial **habilitação jurídica**: apenas esses sujeitos detêm a necessária **legitimidade**.
* Segundo a elaboração doutrinária italiana de Carnelutti (e retomada por Betti), a **legitimidade** ficaria entre a capacidade e a titularidade, **habilitando o sujeito a exercer posições substantivas**.
* A **legitimidade** não chega a ser definida no Código Vaz Serra, mas é nele referida algumas dezenas de vezes, enquanto **legitimidade processual,** ou como **legitimidade substantiva**.
* A ideia de legitimidade **não se confunde**: com a **titularidade** (esta dá-nos a qualidade do sujeito enquanto beneficiário de uma situação jurídica activa, designadamente de um direito; mas o sujeito pode, em concreto, carecer da possibilidade de agir no âmbito dessa situação, por menoridade ou por insolvência, como exemplos); com a **adstrição** (equivalente passivo da titularidade – o sujeito vinculado a uma obrigação pode, concretamente, não ter a liberdade de a cumprir: como hipótese, por menoridade); com a **capacidade** (a legitimidade equivale a uma realidade específica, enquanto a capacidade de gozo é genérica: uma pessoa pode ser plenamente capaz mas não ter, em concreto, habilitação para exercer uma certa situação jurídica: por falta de titularidade, por exemplo).
* Há diversas **modalidades de legitimidade**: **legitimidade directa** (assiste ao titular ou destinatário da situação considerada) e **legitimidade indirecta** (exige um acto suplementar de legitimação – procuração, por exemplo); **legitimidade activa** (se estiver em causa o desencadear de uma conduta – *v.g.* o exercício de um direito ou cumprimento de uma obrigação)e **legitimidade passiva** (beneficiar dessa conduta – *v.g.* a posição do proponente perante a aceitação ou a do credor em face de um cumprimento); **legitimidade jurídica** (possibilidade de desencadear puramente exercícios jurídicos – *v.g.* vender) e **legitimidade material** (possibilidade de desencadear puramente exercícios materiais – *v.g.* consumir); **legitimidade inicial** (quando o agente esteja, no momento em que começa o exercício, habilitado para ele) e **legitimidade superveniente (**só subsequentemente se verifica a legitimação**)**; **legitimidade processual** (aptidão para, perante certa acção, estar em juízo) e **legitimidade civil** (susceptibilidade de concretizar exercícios extrajudiciais de posições civis)**; legitimidade obrigacional, real, familiar ou sucessória**: joga o âmbito em que a qualidade em jogo se ponha ou seja solicitada.
* A noção alemã de legitimidade prende-se com a ideia de “competência civil”: ter-se-ia que averiguar, perante cada situação jurídica, quem teria competência para agir no seu interior. Isso equivaleria a partir da situação para a pessoa: o Direito civil assenta nas pessoas e desenvolve-se a partir delas – crítica.
* **Factos positivos (ou factos atributivos)**- conferem legitimidade a certos benificiários.
* **Factos negativos (ou factos privativos)**- retiram legitimidade a quem, de outro modo, a teria (*v.g.* sentença de interdição).
* A **autorização** pode ser necessária para: protecção do próprio agente; protecção da contraparte ou de terceiros.
* A **autorização** é, em regra, **prévia ao acto**, de modo a conferir, ao seu autor, a necessária **legitimidade**. Sendo **subsequente**, podemos falar em “**confirmação**” (art. 125.º/2), em “**ratificação**” (art. 268.º/1), em “**reconhecimento**” (art. 1061.º) ou em “**consentimento**” (art. 1372.º).
* A **regra básica** relativa à **legitimidade** resulta do artigo 892.º. Esta regra é **aplicável** aos diversos contratos onerosos, segundo o artigo 939.º.
* **A falta de legitimidade conduz à nulidade, quando esteja em causa a transmissão de bens**. Esta (falta de **legitimidade**) pode ser **suprida** prévia ou subsequentemente, por via da **procuração**, **ratificação**, **gestão representativa ou não-representativa, convalidação, retransmissão dos direitos obtidos no exercício de mandato sem representação**.
* A **legitimidade** exprime a delimitação de âmbitos de autodeterminação privada permitindo, em cada caso concreto, apurar a idoneidade dos desempenhos normativos. A **legitimidade** prolonga a ideia de permissão específica, contribuindo para a jurídica-subjectivação do espaço do Direito, mesmo nas áreas de adstrição. Afirmar, por exeplo, a legitimidade do devedor para o cumprimento equivale a atribuir-lhe o desempenho obrigacional como prerrogativa que ele poderá – ou não – usar.
* Carvalho Fernandes apresenta a **legitimidade** como a “**susceptibilidade de uma pessoa exercer um direito ou cumprir uma vinculação resultante de uma relação existente entre essa pessoa ou a vinculação em causa**”. A **legitimidade** seria uma **qualidade da pessoa**, em virtude de uma **relação entre ela e o direito**.
* A **legitimidade mostra-se ligada ao sujeito e corresponde a uma prerrogativa de pessoas.**
* Terá **legitimidade** para a venda quando essa **permissão específica** coincida com uma **permissão genérica** de contratar.

REPRESENTAÇÃO- IDEIA GERAL E DIREITO ROMANO (págs. 27-32)

* Desde sempre foi necessário permitir que pessoas impedidas, pela natureza das coisas, de se autodeterminarem pessoal e livremente, embora naturalmente capazes mas desconsideradas pelo Direito (*v.g.* escravos), exercessem os seus direitos.
* Há uma **ideia unitária subjacente**: a de um exercício por parte duma pessoa, em prol de outrem. Esse exercício, quando a capacidade de abstracção do Direito e da sua Ciência o permita, vai repercutir-se na esfera jurídica do beneficiário – ***ideia geral da figura da representação***.
* No Direito *romano*, a **representação** era **desconhecida**. Havia outros institutos para suprir as necessidades que lhe davam origem.
* Na Idade Média, as necessidades do comércio à distância e a insegurança de algumas deslocações levaram a um desenvolvimento de esquemas de representação.
* Em Grotius denota-se uma não-aceitação da figura; competiria a Christian Wolf, a propósito da sua teoria geral dos contratos, estabelecer que estes poderiam ser concluídos por um *minister*, que caracteriza como *procurator* ou *mandatarius*.
* Pothier explicou que, **concuído um negócio por mandatário, é o mandante que fica obrigado**. Consignou-se, assim, o recurso ao mandato, para consubstanciar os poderes de representação, numa situação que teria, mais tarde, larga difusão.

OS GRANDES SISTEMAS: NAPOLEÓNICO E GERMÂNICO (págs. 33-39)

* A elaboração rematada por Pothier foi acolhida no Código Napoleão. Pelo mandato são, pois, conferidos poderes de representação. Este Código não define a representação. Neste ordenamento, o **mandatário** só fica eficazmente obrigado, perante o mandato, se for capaz; mas o **mandatário incapaz** pode contratar válida e eficazmente, em nome e por conta do mandante.
* Para a existência da **representação** era exigido: poder de representação; vontade de representar; vontade de contratar por parte do representante.
* **Mandato aparente**- figura francesa que permite que o mandatário ultrapasse os seus poderes ou, até e de todo, não tenha quaisquer poderes, possa vincular o “representado”. Seria necessário que o terceiro[[28]](#footnote-29) estivesse de boa fé.
* **Savigny** conferiu à **representação** um tratamento de ordem geral, retirando-a do sector do contrato de mandato.
* **Rudolf Von Jhering** considerava que a aplicação do contrato de *mandato* se verificava nas **relações internas[[29]](#footnote-30)**. Pelo contrário, a **procuração** ficaria melhor às **relações externas**.
* **Laband** veio propor uma distinção entre **procuração** e **mandato**: a primeira **asseguraria os poderes de representação**, enquanto o segundo daria corpo a uma **prestação de serviço**; *i.e.*, divide-se o poder de representar outrem, nos seus negócios, do de actuar no âmbito dos seus negócios – esta solução ficaria consignada no BGB: a **procuração é um negócio unilateral revogável, enquanto o mandato é um contrato de prestação de serviço, que deve observar o que tenha sido acordado entre as partes**.
* Pode haver representantes não mandatários e mandatários sem poder de representação.

NATUREZA E CONSTRUÇÃO GERAIS (págs. 41-50)

* Na **representação**, uma pessoa actua, **manifestando uma vontade** que, depois, se vai repercutir directa e imediatamente na **esfera jurídica de outrem**.
* **Teoria da vontade (ou teoria do dono do negócio)**- deve-se a Savigny; o representante seria apenas o porta-voz do representado: este seria o detentor da vontade relevante, fazendo todas as opções. O representado poderia exteriorizar a sua declaração de vontade através da fala ou de uma carta, pode usar, para esse efeito, um terceiro como instrumento, de tal maneira que esse terceiro só opere como um órgão do verdadeiro contratante.
* **Teoria da representação**- a representação assume um papel importante precisamente nas circunstâncias em que o representado ou principal não tenha informações claras sobre as possibilidades contratuais: caberá então ao representante, presente no terreno, eleger as melhores hipóteses – a **vontade** estaria presente, apenas, no próprio **representante**. Esta teoria foi vítima de três explicações: **teoria da ficção:** embora a vontade relevante surja no representante, tudo se passaria como se o representado agisse; **teoria da separação:** entre a causa e os efeitos: a primeira processar-se-ia na esfera do representante; os segundos, porém, mercê de um mecanismo jurídico, ocorreriam na esfera do representado; **teoria da mediação**: a condução de um negócio através de representante pressupõe uma colaboração entre ele e o principal: a actuação de ambos é necessária para permitir o resultado final: o dos efeitos negociais na esfera do representado.
* A **teoria da representação** aparece muito clara no artigo 259.º/1 do Código Vaz Serra, na modalidade da **teoria da mediação**.
* Um **representante**, por ter recebido os necessários poderes de uma outra pessoa – o ***dominus***, principal ou representado – celebra um negócio esclarecendo, na altura, que o faz em nome e por conta do representado: é a *contemplatio domini*. Quando o **representante** não manifestasse a *contemplatio*, o negócio celebrar-se-ia na sua própria esfera.
* Situação triplamente voluntária: a vontade do *dominus* ou representado, ao conceder os poderes de representação; a vontade do representante, de celebrar o negócio; a vontade do representante de pretender fazê-lo não para si, mas para o dono, dizendo-o (*contemplatio domini*).
* Em relação à representação de **pessoas colectivas**, são apontadas duas teorias: a **teoria da representação** (devida a Savigny; na sua leitura, a pessoa colectiva seria incapaz de agir, ficando numa situação similar à dos menores – havendo assim que a representar), e a **teoria orgânica** (considera não haver aqui qualquer incapacidade de exercício: a pessoa colectiva traduz uma realidade autónoma, tendo vias próprias de actuação. Assim, ela agiria através de órgãos próprios, não cabendo falar de suprimentos de incapacidade – leitura de Otto Von Gierke).
* A actuação dos órgãos é a da **pessoa colectiva**, numa lógica própria do modo colectivo de funcionamento do Direito. A pessoa colectiva **pode**, como qualquer pessoa singular, **constituir representantes voluntários**: procuradores aos quais se aplicará a doutrina comum da representação.
* A **representação orgânica não é,** em termos jurídico-científicos**, verdadeira representação.** A **representação legal** também não é uma “verdadeira representação”, visto que os pais não os representam no sentido comum de se autodeterminarem com *contemplatio domini*. Enquanto a **representação voluntária** visa ampliar a vontade e o raio de acção do principal, a “**representação” legal** pretende a protecção patrimonial e pessoal dos jovens seres humanos ou de certos deficientes.
* **Relação na horizontal-** representação e relação básica em paralelo.
* **Relação na vertical-** representação como primeira parte de um processo que só se completará com a relação básica.
* A **representação** equivale, tecnicamente, a um **direito potestativo do representante**. O **representante** não é livre – ou não é inteiramente livre – dentro da permissão básica que lhe assiste. Ele antes se enquadra numa **função**, devendo prosseguir o interesse e as intruções do *dominus*.

EVOLUÇÃO DO SISTEMA PORTUGUÊS (págs. 51-56)

* O Direito *português* das Ordenações não fazia *uso* da ideia de ***representação***.
* Pascoal de Mello pensava o **mandato** como uma convenção benéfica: um contrato pelo qual uma pessoa comete a outra a administração graciosa de um negócio seu. Aqui, os **mandatários** seriam **procuradores extrajudiciais**.
* Coelho da Rocha entendia o **mandato** como o “*contracto, pelo qual uma pessoa se encarrega de praticar em nome de outra certo acto, ou de administrar um ou mais negócios alheios*”. Chamava o **mandante** de ***constituinte*** e o **mandatário** de ***procurador***. O **título** que o mandante entregaria ao mandatário, para o mandato, seria a ***procuração***.
* Guilherme Moreira divulgou, na nossa linguagem jurídica, o termo “**representação**”. Chamou a atenção para o facto de nem sempre o mandato envolver representação: o mandatário poderia encarregar-se de celebrar o negócio jurídico no seu próprio nome.
* No Código Comercial de Veiga Beirão (1888) o **mandato comercial**, aí regulado, envolvia **representação**.
* Galvão Telles, no âmbito da preparação do Código Civil, propôs uma clara distinção entre a **procuração**, fonte de poderes de representação e o **mandato**.
* O Código Civil de 1966 acolheu o sistema germânico da distinção entre **procuração**, **fonte da representação** – artigos 262.º e seguintes – e o **mandato**, **modalidade de contrato de prestação de serviço** – artigos 1157.º e seguintes – o qual pode ser **com ou sem representação** – artigos 1178.º e seguintes e 1180.º e seguintes.
* O **sistema português vigente é híbrido**: exprime, da melhor forma, uma junção criativa entre os dois grandes estilos do Continente: napoleónico e alemão.

O MANDATO (págs. 57-75)

* Para **surtir efeitos**, no Direito *português*, a **procuração** postula um **negócio subjacente**, que a complete e lhe dê um sentido.
* O contrato de **mandato** remonta ao Direito *romano* – *actio mandati*. Era dominado, na sua concepção e na sua execução, pela *fides*, depois *bona fides*.
* Do **regime napoleónico**, salientemos alguns pontos: o **mandato** é **gratuito**, salvo cláusula em contrário; é **especial**, para determinado negócio ou negócios em geral, para todos os negócios do mandante. Neste último caso, só abrange os actos de administração.
* O Código de Seabra ocupar-se-ia do *contracto de mandato ou procuradoria*, **associando** **mandato e representação**, nos termos que já acima foram apontados.
* O **mandato envolvia** o que, **hoje,** entendemos por **representação.** A **procuração** é definida como: *o documento em que o mandante ou constituinte exprime o seu mandato,* podendo ser pública ou particular.
* O mandato presume-se gratuito, salvo estando em causa objecto que o *mandatário tracta po officio ou profissão lucrativa*.
* Não havia, no regime de Seabra, margem para a **tutela de confiança**.
* Comparação, da matéria do **mandato**, entre os Códigos de Seabra e de Vaz Serra: passámos de 51 a 27 artigos; foi retirado o mandato judicial; a linguagem foi actualizada; separou-se mandato de procuração; acolheram-se fórmulas provenientes do Código italiano de 1942; o mandato ganhou um sentido mais objectivo (aspecto este que radica numa certa comercialização do Código Vaz Serra).
* Apenas quedam, para o mandato, actividades jurídicas; as restantes caem, em geral, na prestação de serviço à qual, na falta de leis específicas, são aplicáveis, com as necessárias adaptações, as disposições sobre o mandato.
* “**Por conta de outra” significa que os actos a praticar pelo mandatário se destinam à esfera do mandante**.
* O **mandato** presume-se **gratuito** ou **oneroso**, consoante esteja fora ou dentro do exercício da profissão do mandatário.
* O **mandato geral**, que abrange uma generalidade não especificada de actos, compreendendo apenas actos de administração ordinária; esa delimitação é puramente supletiva: admite-se que as partes possam concluir um mandato geral com poderes de disposição. O **mandato especial**, que se reporta a concretos actos nele referidos, abrangendo ainda os necessários à sua execução.
* Qualquer dos dois mandatos sempre abrangeria, além do dever de prestar principal, a execução de todas as tarefas acessórias necessárias.
* O Prof. Menezes Cordeiro entende que o **mandatário especial** está habilitado a celebrar todos os actos preparatórios, incluindo o contrato-promessa correspondente ao instrumento visado.
* A **pluralidade de mandatários** dá lugar a tantos mandatos quantas as pessoas designadas. Assim não será quando o contrato exare que eles devam agir conjuntamente: teremos, então, uma situação de **co-mandato**.
* O **mandatário** tem deveres de: **actuação** (núcleo do mandato)**, informação, comunicação** (cinge-se à execução do mandato, à sua eventual não-execução, às razões desta última)**, prestação de contas, entrega**.
* Devem ser observadas as intruções do **mandante**. Mais precisamente: instruções relativas aos negócios visados; de outro modo, cairíamos numa situação de subordinação jurídica, assumindo o mandato a natureza de um contrato de trabalho. Poir outro lado, tais instruções devem estar inseridas no próprio contrato de trabalho ou implícitas nos seus termos: ou não vemos como possa um contratante dar instruções que vinculem outro, sem um prévio acordo entre ambos.
* O Código Civil não fixa uma medida para o esforço do mandatário. O mandante espera, em regra, que o mandatário faça uso da destrea de que ele sabe ser este capaz.
* Havendo entregas em dinheiro, vencem juros, nos termos do artigo 1164.º.
* Vale como **aprovação o silêncio** do mandante por tempo superior àquele em que teria de pronunciar-se, segundo os usos ou de acordo com a natureza do assunto.
* Com a aprovação, são desencadeadas quatro consequências: constatação do bom comportamento; renúncia a qualquer indemnização; concordância com execução ou não-execução; sancionamento das contas e importâncias devias.
* O **mandatário** pode, na **execução do mandato, fazer-se substituir por outro ou servir-se de auxiliares, nos termos em que o procurador o possa fazer** – 1165.º. Ou seja, 264.º/1 e 4: apenas se o **mandante o permitir** ou se essa faculdade **resultar do mandato**; pode recorrer a auxiliares se o contrato não o excluir ou se o tipo de mandato em causa não implicar o contrário.
* Quando tenham o dever de agir conjuntamente, responde cada um pelos seus actos, salvo cláusula em contrário. O preceito vai ao encontro do regime geral (513.º). Deixa em aberto *a contrario sensu* o saber se, no mandato disjunto, haverá responsabilidade solidária. A resposta é negativa, embora as partes possam acordar outro regime.
* O **mandante** fica adstricto a: fornecer ao mandatário os meios necessários à execução do mandato; efectuar pagamentos a vários títulos.
* O legislador decidiu permitir ao mandatário abster-se de executar o mandato, enquanto o **mandante** se encontrar em mora quanto ao seu cumprimento.
* Há **solidariedade entre mandantes**, perante mandatos conferidos para assuntos de interesse comum.
* ***Princípio da livre revogabilidade do mandato por qualquer das partes***, e isso mesmo quando haja convenção em contrário ou renúncia ao direito de revogação – 1170.º/1.
* A **revogação** não se confunde com **resolução**: não exige especial fundamento e não tem eficácia retroactiva, ao contrário desta.
* Havendo justa causa, não se justifica qualquer indemnização.
* Havendo pluralidade de mandantes e tendo o mandato sido conferido para “assunto de interesse comum”, a revogação só opera se realizada por todos.
* Casos de caducidade do mandato – 1174.º: morte ou interdição do mandante ou do mandatário e inabilitação do mandante, se o mandatado tiver por objecto actos que não possam ser praticados sem intervenção do curador. Caduca também pelo decurso do prazo a que esteja sujeito, pela obtenção do resultado que vise e pela ocorrência de condição resolutiva.
* Morte, interdição ou incapacidade natural do mandatário determinam, na esfera de herdeiros ou conviventes, a obrigação de prevenir o mandante e de tomar as medidas adequadas. O mandato caduca em relação a todos.
* Prevalece o regime da procuração sobre o do mandato. Ambos estão, porém, decalcados um do outro.
* O mandato sem representação é o exercido em nome do mandatário e, portanto: sem *contemplatio domini* – 1180.º. O mandatário poderá, porventura, ter poderes de representação: se não os exercer declarando, na contratação, que age em nome do mandante, os direitos adquiridos e as obrigações assumidas operam na esfera do próprio mandatário.
* O mandatário fica obrigado a transferir para o mandante os direitos adquiridos em execução do mandato. Quanto aos créditos: o mandante pode substituir-se ao mandatário no exercício dos respectivos direitos.
* Deve o mandante assumir as obrigações contraídas pelo mandatário, por alguma das formas legalmente previstas – 1182.º, 1ªparte.
* O risco de incumprimento pelos terceiros não corre, supletivamente, pelo mandatário, salvo se, aquando da contratação, ele conhecesse ou deve conhecer a insolvência deles.
* Os bens adquiridos pelo mandatário e que devam ser transferidos para o mandante não respondem pelas obrigações destes, desde que o mandato conste de documento anterior à data da penhora desses bens e não tenha sido feito a inscrição da aquisição, quando sujeita a registo.
* Um **mandato** é um contrato **consensual**: a lei não o sujeita a nenhuma forma solene; é um contrato **sinalagmático imperfeito**, pelo menos quando gratuito: as prestações a que o mandate se encontre adstrito não equivalem às adstrições do mandatário

REQUISITOS, MODALIDADES E FIGURAS SEMELHANTES (págs. 77-82)

* A **representação** requer **autonomia** e **margens de decisão** por parte do **representante**; se este apenas tiver como margem a transmissão, pela própria boa, da vontade do representado, já não há representação: apenas um mero núncio ou **“representante de declaração**”.
* A **representação** não ocorre (apenas) a propósito de uma declaração de vontade. O **representante** não se limita a fazer tal declaração, por forma a que seja imputada ao **representado**.
* Há três requisitos para a **representação**: actuação jurídica em nome de outrem; por conta dessa mesma pessoa; dispondo o **representante** de poderes para o fazer.
* O **representante** deve agir esclarecendo a contraparte e todos os demais interessados que de que age nessa qualidade.
* A **representação** é um direito, ainda que funcional: o representante poderá ou não exercê-lo; o **terceiro** com quem se contrate tem todo o direito de conhecera outra parte: disso, inclusive, poderá depender a sua decisão; logo, ele terá de ser esclarecido no momento da conclusão do negócio. Na dúvida, a declaração deve ser havida como *nomine proprio* e não *nomine alieno*.
* O **representante** age no âmbito da **autonomia privada do representado**.
* **Não há representação quando alguém cura dos próprios negócios usando falsamente outro nome. E no entanto, teoricamente, teríamos uma** *contemplatio domini*... só que por conta própria.
* **Modalidades** da **representação**: **representação legal** (conjunto de esquemas destinados a suprir a incapacidade dos menores; tais esquemas também funcionam com determinadas adaptações, perante interditos); **representação orgânica** (pessoas colectivas são representadas, em princípio, pela administração; não há, aqui, “representação”, uma vez que os “representantes” integram orgãos da “representada”; todavia, há antes um esquema de imputação de efeitos às pessoas colectivas); **representação voluntária** (em sentido próprio ou directa: a que tenha na sua base a concessão, pelo representado e ao representante, de poderes de representação).
* O dispositivo dos artigos 258.º e seguintes, está fundamentalmente modado sobre a **representação voluntária**.
* A **representação** distingue-se da **representação** **mediata** ou **imprópria** (em que há uma pessoa que age por conta doutra, mas em nome próprio; as pessoas que com ela contratem desconhecem a existência de um mandato; concluido o negócio, o mandatário deverá, através de novas actuações jurídicas, proporcionar a aquisição pretendida pelo próprio mandante – autorização para agir por conta própria mas em nome alheio não se confunde com representação); **gestão de negócios representativa** (o agente actua em nome do dono, mas sem dispor – e invocar poderes de representação; os negócios que pratique inscrevem-se na esfera do *dominus*, se houver ratificação – artigo 471.º); **recurso a núncio** (o núncio limita-se a transmitir uma mensagem – ao contrário do representante, o núncio não tem margem de decisão: limita-se a comuniar o que tenha recebido); **ratificação** (acto é praticado por conta do visado mas sem poderes de representação; a ratificação permite a eficácia do acto em causa na esfera da pessoa por conta da qual foi praticado); **aprovação** (o acto é praticado por conta duma pessoa que recusa a ratificação; todavia, valoriza, globalmente, em moldes positivos, a conduta do agente, ilibando-o de responsabilidades); **do consentimento** (o agente é autorizado a agir em nome próprio na esfera alheia: a procuração visa a pessoa, enquanto o consentimento visa o bem).

REGIME DA REPRESENTAÇÃO – PRINCÍPIOS GERAIS (págs. 83-88)

* O negócio jurídico celebrado pelo representante em nome do representado, nos limites dos poderes que lhe competem, produz os seus efeitos na esfera jurídica do representado.
* A repercussão dos negócios na esfera do representado é **imediata** (independentemente de quaisquer circunstâncias, ela opera no preciso momento em que o negócio ocorra) e **automática** (não se exige qualquer outro evento para que ela ocorra).
* Associada à representação, existirá uma situação subjacente, em regra um mandato.
* Parte-se da **teoria da representação**; todavia, admitindo-se que a **vontade**  do representado possa ter contribuido para o resultado final.
* Numa situação de **representação**, o representante age, de modo expresso e assumido, em nome do representado: dá a conhecer, aos interessados o facto de representação. O **destinatário** da conduta tem, então, o **direito de exigir que o representante**, dentro de prazo razoável, **faça prova dos seus poderes**: doutro modo, a declaração **não produzirá efeitos**.
* Constando os poderes de representação dum documento, **pode o terceiro exigir uma cópia assinada pelo representante**.
* Dispondo de poderes de representação, o representante poderia ser levado a usá-los num contrato em que, ele próprio, fosse a outra parte – **conflito de interesses**. O artigo 261.º vem distinguir 3hipóteses: **negócio celebrado pelo representante consigo mesmo e em nome próprio**; **o negócio celebrado pelo representante consigo mesmo mas em representação dum terceiro**; o **negócio celebrado por pessoa a quem o representante tivesse subestabelecido os seus poderes de representação, com o próprio representante**.
* O legislador considerou o negócio consigo mesmo como sendo **anulável**, independentemente de ser ou não prejudicial. Ficam ressalvadas as hipóteses de o representado ter dado o seu assentimento ao negócio em causa ou de, por natureza, não poder haver conflito de interesses. Além disso, o regime da anulabiliade, o representado decidirá, em última instância, se o negócio lhe convém ou se, pelo contrário, pretende impugná-lo.
* A ideia de oposição de interesses traduzir-se-á na incompatibilidade de procuração aralela das relações subjacentes respectivas.
* Terá de ponderar a situação, procurando harmonizar as posições em presença. Sacrificará uma delas (ou ambas), de acordo com a natureza da situação. Evidentemente: à partida e com conhecimento de causa, ele não pode aceitar procurações incompatíveis, sob pena de responder pelos prejuízos.

A PROCURAÇÃO E O NEGÓCIO-BASE (págs. 89-97)

* A **procuração**, enquanto acto, é um **negócio jurídico unilateral**: **implica liberdade de celebração e de estipulação e surge perfeita apenas com uma declaração de vontade**. Designadamente, **não é necessária qualquer aceitação para que ela produza os seus efeitos**. O beneficiário que não quera ser procurador terá de se limitar a renunciar a ela, assim a extinguindo. A renúncia pode ser tácita.
* Em princípio, a procuração pode ter por objecto a prática de quais quer actos, salvo disposição legal em contrário.
* A **procuração** deve **revestir a forma exigida para o negócio que o procurador possa realizar**. Nos casos em que o negócio a concluir exija **escritura pública**, a procuração deverá assumir uma das três formas: **instrumento público; documento escrito e assinado pelo representado com reconhecimento presencial de letra e de assinatura; documento autenticado**.
* A propósito da procuração, distingue-se a que conceda poderes gerais da que confira poderes especiais: a primeira permite ao representante a prática duma actividade genérica, em nome e por conta do representado; a segunda destina-se à prática de actos específicos.
* A efectiva concretização dos poderes implicados por uma procuração pressupõe, pois, um negócio nos termos do qual eles sejam exercidos: o **negócio-base**.
* O **procurador** pode ser substituído em três hipóteses: o representado o permitir; a faculdade de substituição resultar do conteúdo da procuração; se essa mesma faculdade resultar da relação jurídica que a determina.
* Quando haja substituição, esta pode operar *com* ou *sem*  *reserva*: no primeiro caso, o procurador não é excluído: ele mantém os poderes que lhe foram conferidos; no segundo, verifica.se a exclusão. O regime supletivo é o da **substituição com reserva**: o procurador primitivo não é excluído.
* O **procurador** só **responde** se tiver agido com **culpa** na **escolha** do substituto ou nas **instruções** que lhe deu.
* A **procuração extingue-se por**: renúncia do procurador; cessação do negócio-base; revogação pelo representado.
* O **procurador** pode sempre renunciar à procuração. Este poderá ter de indemnizar se causar danos e a sua responsabilidade emergir da relação-base. Estando em causa um mandato com representação, por exemplo, a renúncia à procuração implica a sua revogação.
* A cessação do **negócio-base** acarreta o termo da procuração que, em princípio, não se manté, sem aquele. A lei admite que a procuração subsista “se outra for a vontade do representado”. Nessa altura os poderes mantê-se, aguardando o consubstanciar de outra situação de base que dê sentido ao seu exercício.
* A morte, interdição ou inabilitação do mandante não faz caducar o mandato quando este tenha sido conferido também no interesse do mandatário ou de terceiro; nos outros casos, a caducidade só opera quando o mandatário tenha conhecimento do evento da caducidade não possam resultar prejuízos para o mandante ou seus herdeiros.
* No caso da **pluralidade de representantes**, a **procuração caduca** em relação a todos, ainda que a causa de caducidade respeite apenas a um deles, salvo se outra for a contade do respresentado.
* A **procuração** conferida também no interesse do **procurador** ou de terceiro: será, então, irrevogável. Torna-se, assim, um acto delicado, razão por que deve ser lavrada por **instrumento público**, ficando o original arquivado no **cartório nacional**.
* O representado que designe outro procurador para a prática dos mesmos actos está, implicitamente, a revogar a procuração primeiro passada. Por aplicação analógica daquele mesmo preceito, a revogação só produz efeitos depois de ser conehcida pelo mandatário.
* Sobrevindo a **cessação da procuração**, o representante deve **restituir**, ao representado, o **documento** de **onde constem os seus poderes**. Trata-se de uma norma resultante do artigo 267.º.

A TUTELA DE TERCEIROS (págs. 99-108)

* A **representação voluntária** serve, em primeira linha, os interesses próprios do representado.
* Através da representação, o representante contrata com terceiros. Estes têm, no negócio celebrado, tanto interesse (em abstracto) quanto o próprio representado. A procuração não pode, pois, ser tratada como uma relação exclusiva entre o representante e o representado. Os terceiros ficam envolvidos.
* Tratando-se de **modificações** ou de **revogação** da procuração, devem ser levadas ao conhecimento de terceiros por meios idóneos; esta regra deve ser entendida como um encargo em sentido técnico, uma vez que, da sua inobservância, apenasderiva uma inoponibilidade das modificações ou da revogação: “sob pena de lhes não serem oponíveis senão quando se mostre que delas tinham conhecimneto no momento da conclusãodo negócio” – o **representado** terá de provar que os terceiros conheciam a revogação.
* Há duas teorias para a explicação da produção de efeitos da procuração cuja extinção, por não ter sido comunicada a terceiros, mantém eficácia: **teoria da aparência jurídica** (defendida por Wellspacher, sendo hoje considerada dominante; entende que a procuração se extinguiu efectivamente; todavia, mercê da aparência e para a tutela de terceiros, ela mantém alguma eficácia) e **teoria do negócio jurídico** (presente em Flume; considera que a procuração só se extingue, pelo menos em vários casos, quando a sua cessação seja conhecida por terceiros a proteger). No Direito *português*, a **teoria do negócio jurídico** não tem qualquer funamento nas fontes.
* No Direito *alemão* foram autonomizados dois institutos, destinados a esta tutela: **a procuração tutelada** (alguém admite, repetidamente, que um terceiro se arrogue seu representante; quando isto suceda, reconhecem-se, ao “representante” aparente, autênticos poderes de representaçaõ; não se aceita que, por esta via, surja uma verdadeira procuração: apenas um esquema de tutela, por força da confiança, imputada ao “representado”, suscitada pela conduta do representante), e a **procuração aparente** (alguém arroga-se representante de outrem, sem conhecimento do “representado”; porém, se o “representado” tivesse usado do cuidado exigível, designadamente na vigilãncia dos seus subordinados, poderia (e deveria) prevenir a situação; como elemento objectivo, a aparência da representação, e como elemento subjectivo, a negligência do “representado”). Em qualquer dos casos, teria de se exigir a *boa fé* por parte do terceiro protegido: a tutela não opera quando ele conhecesse ou devesse conhecer a falta da procuração.
* O Direito *português* protege a confiança por via da *boa fé* e do *abuso de direito*; não admitimos a *procuração tolerada* nem a *procuração aparente*.
* Todo o sistema português de ***representação voluntária***, veio aparentemente admitir que, havendo abuso de representação, não se siga imediatamente o regime da representação sem poderes, salvo se a outra parte conhecesse o abuso, ou o devesse.
* O negócio celebrado por um **agente sem poderes de representação** é eficaz perante o pincipal se tiverem existido razões ponderosas, objectivamente apreciadas. Requisitos: actuação em nome alheio; terceiro de boa fé; com uma confiança justificada; para a qual tenha contribuído o principal.
* Se a situação for pessoal, o artigo 260.º permite ao terceiro exigir a prova dos seus poderes, mas se a situação for institucional – no sentido de surgir enquadrada numa organização permanente, com trabalhadores ou agentes e serviços diferenciados – a realidade sócio-cultural é diversa. Ninguém vai, num supermercado, invocar perante o empregado da caixa o artigo 266.º, exigindo-lhe a justificação dos seus poderes. A confiança é imediata, total e geral. Compete ao empregado/empresário manter a disciplina na empresa, assegurando-se da legitimidade dos seus colaboradores.
* Uma **procuração** será irrevogável, salvo justa causa, se tiver sido concedida também no interesse do procurador pi de terceiro. Infere-se, daqui, que a morte do representado não implica, necessariamente, a caducidade da procuração. Em certos casos, é mesmo evidente a não-caducidade: por exemplo, ocorrendo a morte do comerciante, proseguem os negócios concluídos pelos trabalhadores e agentes, agora com efeitos na esfera dos sucessores.
* Nas situações individualizadas, a procuração tende, porém, a caducar pela morte do representado, em virtude da cessação da relação subjacente.
* Tal como vimos a propósito do mandato, o **interesse** reporta-se aqui a um **direito subjectivo**, do representante ou de terceiro. Esse direito subjectivo resulta, não da procuração, mas da relação subjacente.

REPRESENTAÇÃO SEM PODERES E ABUSO DE REPRESENTAÇÃO (págs. 109-113)

* A **representação sem poderes** significa um **acto praticado em nome e por conta de outra pessoa sem que, para tanto, existam os necessários poderes de representação**. O negócio é **ineficaz** em relação ao *dominus* se não for, por ele, **ratificado**.
* A **ratificação** é um acto jurídico em sentido restrito pelo qual o “representado” acolhe o negócio em causa na sua esfera jurídica. A ratificação do acto não se confunde com a aprovação da sua prática, ou, se se quiser, com a da gestão onde ele se inclua. A aprovação implica que o *dominus* renuncie a eventuais indemnizações que lhe poderiam caber por danos causados com a actuação sem poderes do “representante” e que está disposto a compensar o representante pelas despesas e danos que ele tenha sofrido com a sua actuação.
* A aprovação traduz a vontade do “representado” de não invocar os mecanismos do incumprimento eventualmente perpetrado pelo *falsus procurator*.
* A **ratificação** não prejudica o carácter jurídico e eticamente reprovável da conduta do agente; mas está sujeita à **forma requerida para a própria procuração** e tem **eficácia retroactiva**, sem prejuízo dos direitos de terceiros.
* Negada a **ratificação** – artigo 268.º/3 – fica o negócio sem efeito. O terceiro pode pedir ao tribunal que fixe ao “representado” um prazo razoável para que ratifique (ou rejeite) o negócio sem o que este caducará.
* O abuso de representação, na terminologia italiana, traduz a situação na qual os poderes efectivamente existentes sejam superados pelo acto praticado. Ele é equiparado à representação sem poderes da que, no fundo, é apenas uma modalidade.

REPERCUSSÃO DO TEMPO NAS SITUAÇÕES JURÍDICAS (págs. 115-120)

* O Código Vaz Serra optou pela técnica do BGB, de inserir a matéria da prescrição na parte geral, de modo a atingir, pelo menos aparentemente, as diversas situações jurídicas.
* Quanto à prescrição, dispôs-se, simplesmente, que lhe estavam sujeitos, pelo não exercício durante o lapso de tempo previsto na lei, os direitos disponíveis ou que não fossem, por lei, declarados isentos da prescrição – artigo 298.º/1.
* A **caducidade** é aplicada por força da lei ou da vontade das partes.
* Em termos histórico-culturais e jurídico-científicos, há uma clara **primazia da prescrição**.

A CONTAGEM DE PRAZOS (págs. 121-132)

* **Prazo** designa sempre período de tempo. Perante um prazo em dias, fala-se em *dies a quo* para o início e *dies ad quem*, para a sua expiração.
* Distinguem-se, em Direito, dois tipos de prazos: os **prazos civis** ou **substantivos**, e os **prazos processuais** ou **adjectivos**.
* O esquema *a momento ad momentum* ou *dies mobilis*, também dito cômputo natural, seria o mais justo; todavia, levantaria infindáveis discussões, contribuindo para a insegurança. Por isso se optou pelo cômputo civil ou *dies civilis*: dia a dia (ano a ano ou mês a mês) e não momento a momento.
* O prazo judicial suspende-se durante as férias, sábados e domingos e dias feriados. Na contagem de qualquer prazo, não se inclui o dia, nem a hora, se o prazo for de horas, em que ocorrer o momento a partir do qual o prazo começa a correr, numa certa aproximação à lei processual.
* Actualmente, o **prazo substantivo ou civil** conta-se de acordo com as regras do artigo 279.º do Código Civil, enquanto o **prazo adjectivos ou processual** segue o prescrito no artigo 144.º/1. do Código de Processo Civil.
* Salvo norma em contrário, **todos os prazos são civis**.
* As regras do artigo 279.º são de natureza interpretativa: funcionam “em caso de dúvida” e inserem-se, em pleno, na **autonomia privada**.
* O calendário Gregoriano veio, no essencial, fixar o início do ano civil no primeiro dia de Janeiro. Este calendário foi fixado em 1582, pela ***Bula Inter Gravissimas*** do Papa Gregório XIII (1502-1585), tendo sido oficialmente adoptado em Portugal no mesmo ano. Hoje, é praticamente o calendário mundial.
* Recorde-se que os anos são contados a partir do ano do nascimento de Jesus Cristo, correspondente ao ano I: a *era de Cristo*. Em Portugal, vigorava a *era de César*, 38anos anterior ao nascimento de Cristo. A *era de Cristo* foi adotada em Portugal por Decreto de D. João I, em 1422: 1460, passou, então, a ser 1422.
* Se no último mês não existir dia correspondente, o prazo finda no último dia desse mês.
* No Código de Seabra, para a **prescrição**, consignou-se: prescrição iniciada pela lei velha seguiria até ao fim sempre de acordo com a lei velha; todavia, quando iniciada pela lei velha se o prazo em falta, segundo esta, fosse maior do que o da totalidade da lei novam esta teria aplicação, com o limite mínimo de três meses após a publicação do Código.
* Hoje, a solução é: **se o prazo se tiver iniciado pela lei velha e a lei nova o encurtar: reinicia-se a contagem, à luz da lei nova e à data da vigência desta**. Na mesma situação e se a lei nova alongar o prazo: este tem aplicação, mas computa-se, nele, o tempo decorrido desde o início – artigo 297.º.
* No tocante a alterações de qualificação de prescrição para caducidade, ou vice-versa: a nova qualificação, com todas as consequências, aplica-se às situações já em curso; todavia, a lei nova não atinge a suspensão ou interrupção da prescrição, ocorridas pela lei velha.

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRESCRIÇÃO (págs. 133-139)

* No Direito *romano* não se encontra nenhuma figura que se identifique com a prescrição: as diversas situações jurídicas tenderiam para a perpetuidade, não sendo prejudicadas pelo mero decurso do tempo.
* O ***usus*** era um factor de constituição/consolidação de posições jurídicas, que manifestava a sua eficácia devido ao **passar do tempo**. Traduzia o controlo material de uma coisa, em termos que mais tarde vieram a ser aproximados da *possessio*, e que hoje desembocam na posse.
* No ano de 424, Teodósio II, imperador do Oriente, instituiu uma *praescriptio* de 30 anos de base geral: ela permitia paralisar todas as acções, quer reais, quer pessoais que, durante 30 anos, não tivessem sido exercidas.
* No Ocidente, coube a Valentiniano III aprontar, em 449, uma novela *de triginta annorum praescriptione omnibus causis opponenda*, nem sempre coincidente com a solução de Teodósio II. De novo no Oriente, Anastásio veio fixar uma prescrição de 40anos aplicável subsidiariamente a todas as acções ainda imunes a esse instituto. Justiniano unificaria todas estas fontes, dando-lhes harmonia e generalidade, em torno dos 30anos.
* A **prescrição** – então dita “aquisitiva” – tornou-se particularmente apta para a aquisição originária dos direitos reais. Em paralelo, a prescrição extintiva complicava-se, com novos requisitos, quando operasse contra a Igreja.
* Na pré-codificação francesa, criou-se uma contraposição entre a **prescrição aquisitiva**, assente na posse, própria dos direitos reais e ainda variável em função de alguns requisitos e a **prescrição extintiva**, obrigacional mas uniforme. Uma orientação paralela surge no Código Civil italiano, de 1865.
* No BGB, a inclusão da **prescrição no Direito das obrigações** é um dado adquirido.

EXCURSO: A REFORMA DA PRESCRIÇÃO (BGB 2001/2002) (págs. 141-151)

* Segundo a nova disposição, o prazo ordinário de prescrição é de 3 anos, contrastando com os 30 antigos.
* Foram introduzidos pressupostos subjectivos na própria prescrição: a prescrição inicia-se com o surgimento da obrigação em jogo e pelo conhecimento, por parte do credor, das circunstâncias originadoras da obrigação visada, salvo desconhecimento gravemente negligente – abandonou-se o sistema anterior, objectivo, a favor de um sistema subjectivo.
* A generalização da prescrição trienal revela um maior enfoque na justiça que na segurança jurídica.
* **Prazos objectivos** de prescrição- prazos nos quais a prescrição opera, independentemente do conhecimento dos factores constitutivos do direito de cuja prescrição se trate.
* Cessou a imprescriptibilidade do domínio. O próprio ladrão de uma obra de arte poderá, passados 30 anos, valer-se da prescrição.
* O **desconhecimento gravemente negligente é equiparado ao conhecimento**.
* O conceito de **interrupção** foi substituído pelo **reinício** ou **recomeço** da prescrição.
* O estudo de Peters/Zimmermann, nos anos oitenta, veio explicar que a interrupção da prescrição por simples pedido judicial era contrária ao sistema. Quando muito, justificar-se-ia a suspensão.
* A prescrição efectuada em cumprimento de uma obrigação prescrita não pode ser repetida, mesmo quando efectuada na ignorância da prescrição. A mesma regra funciona perante o reconhecimento contratual ou em face da prestação de quantias pelo devedor.
* As prestações acessórias são atingidas pela prescrição da principal.

A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA: NOTA HISTÓRICA (págs. 153-158)

* As *Ordenações Afonsinas* dão conta de um costume, registado por D. Afonso III, segundo o qual a prescrição não poderia correr entre irmãos. **D. Dinis** fixou legalmente o **prazo de prescrição em 10anos**.
* D. Afonso V ficaria o prazo geral da **prescrição** em 30 anos.
* A fórmula definitiva constaria das *Ordenações Filipinas* (1603), em que era evidente a influência do Direito *canónico*, mormente na associação da *boa fé* à ausência de pecado.
* A aproximação entre **prescrição** e a **usucapião** surge consumada em Pascoal de Mello.
* No Código de Seabra, a **aquisição** de coisas ou direitos era a **prescrição positiva**; a **desoneração** de obrigações, a **negativa**.
* Na tradição canónica, já patente nas *Ordenações*, o Código de Seabra associava ainda a **prescrição** (**negativa**) à *boa fé*.
* No Código Vaz Serra, foi dominante a ideia de que a **prescrição** deveria constar da parte geral, fundamentalmente pela sua proximidade em relação À figura da **caducidade**. A **prescrição** ficaria, ainda, restringida à sua versão **negativa**, uma vez que a **positiva** seria colocada em direitos reais.

REGRAS GERAIS DA PRESCRIÇÃO (págs. 159-172)

* A **prescrição** tem dois fundamentos: **atinentes ao devedor**, e **de ordem geral**. Quanto aos primeiros, a **prescrição** visa relevá-lo de prova. À medida que o tempo passe, o devedor irá ter uma crescente dificuldade em fazer prova do pagamento que tenha efectuado. Ninguém vai conservar recibos, quitações[[30]](#footnote-31) ou outros comprovativos anos e anos a fio. A não haver prescrição, qualquer pessoa poderia, a todo o tempo, ser demandada novamente por quase tudo o que pagou ao longo da vida.Teria de precaver-se com novas garantias ou, quiçá, de constituir reservas. O devedor nunca ficaria seguro de ter deixado de o ser, ficando numa posição permanentemente fragilizada.
* A **prescrição** serviria ainda escopos de ordem geral, atinentes à paz jurídica e à segurança. Esta função só parcialmente é aproveitável: os credores do devedor têm interesse em que este beneficie da prescrição. A lei dá-lhes, de resto, a possibilidade de a invocarem.
* A prescrição visa, no essencial, tutelar o interesse do devedor.
* Alterar as regras da prescrição equivaleria a abdicar de posições do credor ou do devedor.
* O Direito português **proíbe a renúncia antecipada aos direitos de credor**. Proíbe igualmente a doação de bens futuros enquanto a doação de bens móveis não acompanhada pela *tradição da coisa* deve ser feita por escrito.
* A **prescrição** nada tem de excepcional. Assim, as suas normas **podem ser interpretadas**, **extensiva ou restritivamente**.
* A prescrição não pode ser dificultada ou excluída, nem mesmo por acordo das partes. Depois de ter decorrido o seu prazo e de – portanto – se ter constituído o direito potestativo de a invocar, o artigo 302.º/1 admite a renúncia. A **renúncia** será, assim, uma **declaração unilateral recipienda**, visando a extinção do direito potestativo de invocar a prescrição.
* A **renúncia** à prescrição é operativa quando o devedor conhecesse ou devesse conhecer o decurso do seu prazo.
* A jurisprudência esclarece que: **renuncia** tacitamente à prescrição quem, depois de decorrido o prazo prescricional, reconheça a dívida exequenda, obrigando-se a pagá-la; há **renúncia tácita** quando se admita que a dívida de capital e juros subsiste, apesar de decorrido o prazo; há **renúncia tácita** quando o devedor de uma obrigação prescrita proponha ao credor formas de pagamento; há **renúnca** quando o devedor declare, após a prescrição, que pagará quando receber determinadas indemnizações.
* O tribunal não pode suprir, de ofício, a prescrição: esta, para ser eficaz, deve ser invocada, judicial ou extrajudicialmente, pelo próprio, pelo seu representante ou pelo MP, em representação de incapaz.
* A **prescrição** pode ser invocada por terceiros: pelos credores do devedor epor outras pessoas que tenham interesse legítimo na sua declaração – artigo 305.º/1.
* Os credores terão de impugnar essa “**renúncia”**.
* Há dois sistemas para o início do prazo da prescrição: pelo **sistema objectivo**, o prazo começa a correr assim que o direito possa ser exercido e independentemente do conhecimento que, disso, tenha ou possa ter o respectivo credor. Pelo **sistema subjectivo**, tal início só se dá quando o credor tenha conhecimento dos elementos essenciais relativos ao seu direito. O sistema **objectivo** dá primazia à **segurança**, e o **subjectivo** à **justiça**.
* A **prescrição** só conta depois de o direito poder ser exercido – artigo 306.º.
* Nas **prestações periódicas**, cumpre distinguir: o **direito unitário ao surgimento** das diversas prestações; e o **direito singular de crédito a cada uma delas** (tem autonomia, prescrevendo no prazo de 5 anos).
* Nas **prestações periódicas**, há três distinções a fazer: **aquelas em que as prestações representem o correspectivo de direitos** **de gozo de coisas alheias** (cada prestação prescreve por si, enquanto o direito próprio teria de seguir o regime típico dos direitos reais); **aquelas em que traduzam o correspectivo do aproveitamento de coisas fungíveis a restituir em *tantudem* (mútuo)** (as prestações e o direito ao capital têm prestações diferenciadas); **aquelas em que as prestações, por dependerem de um título único, não tenham natureza de acessoriedade em relação a um direito principal (renda vitalícia)** (a prescrição do conjunto aferir-se-ia pela primeira prestação não paga).
* Iniciada a prescrição de determinado direito, ela prossegue independentemente de: o crédito de transmitir para um credor diverso do inicial; o débito se transmitir para um novo devedor.
* O novo credor pode ver invocado, contra ele, o tempo de prescrição já decorrido contra o seu antecessor; o novo devedor pode somar ao seu tempo processado a favor do seu antecessor. Trata-se da *acessio temporis*. Esta é vista, pelo artigo 308.º como “transmissão”. A transmissão exige, em regra, o consentimento do credor; tal consentimento, a ser solicitado pelo devedor, envolveria o reconhecimento, por este, da existência do direito e, por aí, a interrupção da prescrição.
* Expirado o prazo, o devedor tem o direito de invocar a prescrição – só assim produzindo efeitos –, por via judicial ou extrajudicial, de modo expresso ou tácito.
* A ignorância não permite uma invocação posterior ao cumprimento.
* Quando a lei refere “**esponteamente**”, o “**espontânea”** significa, aqui, “livre **de toda a coacção**”.
* **A invocação da prescrição tem a consequência de fazer passar o débito prescrito á categoria de obrigação natural**.
* A **prescrição** dá azo, apenas, ao **direito de a invocar**; se este direito não for exercido, a **obrigação** mantém-se **civil**, não havendo quaisquer efeitos.

PRAZOS DA PRESCRIÇÃO (págs. 173-177)

* O prazo ordinário da prescrição, de acordo com o artigo 309.º, é de vinte anos. Trata-se de um período muito longo, que retira sentido ao instituto.
* Os casos de prescrição de 5 anos, previstos no artigo 310.º, enquadram-se em: as anuidades de rendas perpétuas ou vitalícias; as rendas e alugueres devidos pelo locatário, ainda que pagos por uma só vez; os foros – figura extinta; os juros convencionais ou legais, ainda que ilíquidos e os dividendos das sociedades; as quotas de amortização do capital pagáveis com os juros; pensões alimentícias vencidas; quaisquer outras prestações periodicamente renováveis.

PRESCRIÇÕES PRESUNTIVAS (págs. 179-185)

* Prescrições presuntivas têm um **prazo inferior a 5 anos** e um regime diferenciado. As **prescrições presuntivas** tiveram a sua origem no **Código Napoleão**. A figura foi acolhida nos códigos italianos e no nosso Código de Seabra.
* O artigo 580.º do Código de Processo Civil, de 1939, veio abolir o juramento como meio de prova.
* As **prescrições presuntivas** baseiam-se numa **presunção** de que as **dívidas visadas** foram **pagas**. Reportam-se a débitos marcados pela oralidade ou próprios do dia-a-dia. Qualquer discussão a seu respeito ou ocorre imediatamente, ou é impossível de dirimir com consciência.
* O **credor**, contra o que resultaria das regras gerais das **presunções *iuris tantum*** – artigo 350.º/2 – não pode ilidir a presunção provando que, afinal, o devedor nada pagou. Apenas o próprio deveor, caindo em si, o poderá fazer: por confissão: artigo 313.º.
* A **confissão**, segundo o artigo 352.º, é o **reconhecimento que a parte faz da realidade de um facto que lhe é desfavorável e favorece a parte contrária**. No caso da ulisão da prescrição presuntiva, a confissão consistirá no reconhecimento de que, afinal, a dívida não foi paga. A confissão terá de ser feita pelo **devedor originário** ou por aquele a quem a dívida tenha sido transferida por sucessão – artigo 313.º/1. A ser extrajudicial, a **confissão** exige forma escrita.
* O próprio devedor que, em contestação, reconheça não ter efectuado o pagamento, ilide a presunção.
* O réu que queira fazer valer a **prescrição presuntiva** terá de alegar claramente que pagou – artigo 312.º.
* Na falta de impugnação especificada dos factos invocados pela autora, o réu confessa tacitamente, ilidindo a presunção da prescrição – artigo 314.º.
* Cabe ao credor a prova (ainda que limitadamente exequível) de que a dívida se mantém.
* A **previsão de uma prescrição de seis meses** abrange os créditos de estabelecimentos de alojamento, comidas ou bebidas, pelo alojamento, comidas ou bebidas que forneçam – artigo 316.º.
* O artigo 317.º prevê **prescrições de dois anos**, nos casos de: créditos que forneçam alojamento ou alojamento e alimentação a estudantes, bem como os créditos de estabelecimentos de ensino, assistência ou tratamento, relativamente aos serviços prestados; créditos de comerciantes pelas vendas a não comerciantes ou não destinadas ao comércio e créditos dos que exerçam profissionalmente uma indústria, pelo fornecimento de mercadorias ou produtos, execução de trabalhos ou gestão de negócios alheios, incluindo despesas, a menos que a prestação se destine ao exercício industrial do devedor; créditos pelos servições prestados no exercício de profissões liberais e pelo reembolso das despesas correspondentes.

SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO (págs. 187-193)

* Hâ três espécies de causas de manifestação da **suspensão**: **bilaterais** (implicam a suspensão da prescrição entre duas pessoas particularmente relacionadas: cônjuges, por exemplo)**, subjectivas** (suspensão favorável a pessoas que se encontrem em situações que o direito tutela: militares na guerra)**, e objectivas** (situações jurídicas sensíveis: caso de força maior, por exemplo).
* O artigo 319.º terá aplicação apenas nos casos de guerra constitucionalmente declarada ou por todos reconhecida.
* O artigo 320.º dispõe sobre a suspensão relativa a menores, interditos ou inabilitados – a prescrição não começa nem corre enquanto não tiverem quem os represente ou administre os seus bens.
* A **suspensão dura um máximo de três anos**.
* Há suspensão no caso do dolo do obrigado, que o impeça de tal exercício – artigo 321.º/2 –; destina-se a evitar que este possa tirar partido do ilícito próprio, invocando a prescrição que provocou.
* A **suspensão** distingue-se de outras figuras, como: a **imprescriptibilidade**; o **não início** (normalmente por não poder ser exercido, certo direito não vê, contra ele, correr a prescrição)**; a impossibilidade; a interrupção** (marca o fim de certo processo prescricional incompleto, sem qualquer eficácia).
* Cumpre distinguir: a **suspensão inicial (**distingue-se do não-início porque, ao contrário deste, pressupõe os diversos requisitos, mas com um aditivo: a causa suspensiva**), a suspensão intercalar** (a prescrição já se tinha iniciado quando ocorre a causa suspensiva)**, e a suspensão final** (a prescrição suspende-se no decurso dos últimos três meses do prazo).
* Uma vez invocada, a **suspensão** tem eficácia **retroactiva**: os seus efeitos operam desde que se mostrem reunidos os competentes requisitos.

INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO (págs. 195-199)

* A interrupção é algo de estruturalmente diferente da suspensão: não exprime qualquer posição jurídico-subjectiva capaz de, potestativamente, interferir no processo prescricional: apenas corresponde a uma projecção linguística da comum eficácia do direito subjectivo de cuja prescrição se trate.
* A **interrupção,** quando ocorra, inutiliza todo o prazo porventura já decorrido.
* A **prescrição interrompe-se:** pela citação ou notificação judicial de qualquer acto que exprima a intenção de exercer o direito; podendo essa intenção ser expressa directa ou indirectamente; seja qual for o processoa que o acto pertence; ainda que o tribunal seja incompetente.
* Foi tirado assento no sentido da admissibilidade da notificação judicial avulsa.
* O pagamento de alguns juros traduz o reconhecimento da dívida de capital que os gerou.
* A partir da **interrupção**, começa a contar-se uma nova prescrição, sujeita ao prazo primitivo – artigo 326.º.

PRESCRIÇÕES ESPECIAIS (págs. 201-205)

* Na sequência do Prof. Gomes da Silva, podemos distinguir entre o **direito potestativo** de desencadear os maquinismos da restituição do enriquecimento e da responsabilidade civil, que prescreve em três anos, e os direitos à restituição e à indemnização, que prescrevem em vinte, se antes não tiverem sido prejudicados pela prescrição trienal.
* São a “curto prazo” todos os empréstimos cuja duração não exceda um ano.
* Enviada a factura no prazo de seis meses: o direito de exigir o pagamento foi tempestivamente exercido. A partir daí, caímos na prestação – essa sim, extintiva – do artigo 310.º*g*), do Código Civil: cinco anos.

IDEIA E EVOLUÇÃO DA CADUCIDADE (págs. 207-218)

* **Caducidade** deriva de **caduco**, latim *caducus* (de *cado*, cair): o que cai, o fraco, o transitório e o caduco.
* Em *sentido lato*, a **caducidade** corresponde a um esquema geral de cessação de situações jurídicas, mercê da superveniência de um facto a que a lei ou outras fontes atribuam esse efeito. Ou, se se quiser: ela traduz a extinção de uma posição jurídica pela verificação de um facto *stricto sensu* dotado de eficácia extintiva.
* Em *sentido estrito*, a **caducidade** é uma forma de repercussão do tempo nas situações jurídicas que, por lei ou por contrato, devam ser exercidas dentro de certo termo. Expirado o respectivo prazo sem que se verifique o exercício, há extinção.
* Em *sentido amplo*, verificamos que a **caducidade** se relaciona com a verificação de um termo, a impossibilidade superveniente de prestações, a ilegitimidade superveniente. Terão que ser situações que se prolonguem no tempo.
* Em *sentido estrito* a **caducidade** exprime a cessação de situações jurídicas pelo decurso de um prazo a que estejam sujeitas.
* Temos a **caducidade simples**, e a **caducidade punitiva**. Na **simples**, a lei limita-se a prever ou a referir a cessação de uma situação jurídica pelo decurso de certo prazo, surgindo como predominantemente neutra. Na **caducidade punitiva**, o Direito impõe a cessação de uma posição jurídica como reacção ao seu não exercício, no prazo fixado. Por vezes usa mesmo a expressão “sob pena de caducidade”.
* No Direito *romano* não se verificava qualquer autonomização da **caducidade**.
* A distinção entre **prescrição** e outras manifestações de eficácia do tempo nas situações jurídicas, ficou a dever-se a nomes como **Donellus** e **Savigny**. O primeiro veio distinguir *actiones temporales* de *actiones perpetuae*. Poesteriormente, porém, o racionalismo dominante veio generalizar a prescrição a todas essas ocorrências.
* Savigny veio distinguir, no tocante às manifestações do tempo como facto jurídico: a usucapião, a prescrição de acções, e “um conjunto de casos interamente singulares, que não se deixam agrupar sob designação comum”.
* Troplong diferenciava **prescrição** e *déchéance*, sublinhado que esta não estava na disponibilidade dos interessados e operava de pleno direito. Marnierre defendeu a autonomização da **caducidade** (*déchéance*; à letra, decadência), explicando-a como uma sanção e apresentando a sua noção como a “extinção por vontade da lei, de um direito cujo titular é *fautif* por acção ou omissão.
* O Código Civil brasileiro de 2002 chamou-lhe, também, *decadência*.
* Na tradição jurídica portuguesam “prazo” equivalia á enfiteuse[[31]](#footnote-32), que podia ser perpétua ou temporária.
* Cabral de Moncada separou claramente a **prescrição**, da **caducidade** ou **perempção**: a **prescrição** implicaria a extinção pelo não-exercício, enquanto a **perempção** traduziria o “...termo natural da eficácia dos direitos em virtude de ter chegado o seu limite máximo de duração”. O autor explica que a perempção se dirige, em primeira linha, aos direitos potestativos. Esta ideia foi sufraga por Alberto dos Reis, Manuel de Andrade, e Barbosa de Magalhães.
* Na base da escolha de Vaz Serra está a ideia de que, na **caducidade** operam “razões objectivas de segurança jurídica, sem atenção à negligência ou inércia do titular, mas apenas com o propósito de garantir que, dentro do prazo nela estabelecido, a situação se defina”.

O REGIME DA CADUCIDADE (págs. 219-227)

* O princípio mais básico é o da **prescrição**. A ela estão sujeitos todos os direitos disponíveis que a lei não declare isentos de prescrição.
* As partes pdoem alterar o regime legal da **caducidade**, ao contrário do que acontece na **prescrição.**
* *Grosso modo* são **indisponíveis** as situações jurídicas de natureza não-patrimonial, nas áreas de personalidade e da família.
* O artigo 328.º ressalva a hipótese de a lei determinar a aplicação, ao prazo da caducidade, das regras sobre a suspensão e a interrupção.
* Perante situações excluídas da disponibilidade das partes, a caducidade é apreciada ofiosamente.
* Ficam abrangidas pela regra da não-oficiosidade: as caducidades impostas por lei mas relativas a direitos disponíveis (normalmente de natureza patrimonial), e as caducidades fixadas por convenção entre as partes.

A NATUREZA E A EFICÁCIA DA CADUCIDADE (págs.229-231)

* A **caducidade** distingue-se da **prescrição** por exigir, ao contrário desta, específicas previsões: legais ou contratuais.
* A **caducidade**, na tradição de Guilherme Moreira, trporta-se, de modo predominante, a direitos potestativos. A **prescrição**, por seu turno, na tradição de Dias Marques, assume uma feição estruturalmente dirigida às obrigações.
* A **prescrição** é imune à vontade das partes.
* A **prescrição** tem, como efeito final, o de converter as obrigações civis em naturais: o beneficiário poderia opor-se, por qualquer modo, ao exercício do direito prescrito (304.º/1); todavia, se realizar espontaneamente a correspondente prestação, mesmo na ignorância da prescrição, já não a pode repetir (artigo 304.º/2).

O NÃO USO (págs. 233-234)

* O **não uso** tem uma aplicação taxativa aos direitos enumerados no artigo 298.º/2: todos eles direitos reais de gozo.
* O **não uso** releva, no fundo e apenas, para o usufruto e para as servidões.
* O prazo de vinte anos com o que está sujeito parece aproximá-lo da **prescrição**.

A *SUPPRESSIO EX BONA FIDE* (págs. 235-237)

* Além da lei, também as partes podem criar esquemas inovadores de repercussão do tempo nas situações jurídicas disponíveis (exemplo: condição).
* ***Suppressio ex bona fides***- supressão por exigência da boa fé.
* Nem a **prescrição** nem a **caducidade** têm aptidões para aderir aos meandros das situações individuais.
* O necessário correctivo poderia avdir da *boa fé*. Esta postularia um instituto diferenciador, assim explicitado: perde a sua posição jurídica a pessoa que não a exerça por um período de tempo e em circunstâncias tais que não mais seja de esperar qualquer exercício. Trata-se da ***suppressio ex bona fide*** ou **supressão por exigência de boa fé**.
* Contudo não podemos prescindir da possibilidade de, em casos escandalosos e por manifesta exigência do sistema, complementar, por via honorária, as regras estritas sobre a repercussão do tempo nas situações jurídicas. E isso quando, em rigor, tais regras se reportem à confiança.
* O manuseio da *suppressio* pressupõe uma série de noções ligadas à tutela da confiança e à boa fé, enquanto regra de conduta.
* O papel da *suppressio*, ainda que indirecto, será mesmo o de complementar a área tradicional da **prescrição** e da **caducidade**, aperfeiçoando-a e diferenciando-a.

O ABUSO DO DIREITO NA ORDEM JURÍDICA (págs. 239-248)

* Quando disse “é ilegítimo”, no artigo 334.º do Código Civil, pretendeu dizer “é ilícito” ou “não é permitido”.
* Os “limites impostos pela boa fé”, presente no mesmo artigo, têm em vista a **boa fé objectiva**.
* A locução “direito” surge, aqui, numa *acepção muito ampla*, de modo a abranger o exercício de quaisquer posições jurídicas, incluindo as passivas: abusa do direito o devedor que, invocando o artigo 777.º/1, se apresenta a cumprir, na residência do credor, às quatro da manhã.
* O **abuso do direito** foi evoluindo ao longo dos tempos, delimitando-se cinco fases: **fase pré-científica** (anterior a 1966), **fase exegético-pontual** (de 1967 a 1984), **fase da implantação** (1985 a 1990), a **fase da expansão** (1991 a 2000) e a **fase do afinamento** (2001 em diante).
* Após a entrada em vigor do Código Civil de 1966, a situação não se modificou: surgem numerosas decisões que ponderam o abuso do direito, mas sem o aplicar.
* A jurisprudência portuguesa tem vindo a admitir a ponderação desta figura a título oficioso.
* O “**abuso do direito**” é uma expressão consagrada para traduzir, hoje, um instituto multifacetado, internamente complexo e que prossegue, *in concreto*, os objectivos últimos do sistema.
* Em 1966, o **abuso do direito** passou a ter base legal explícita; e a partir de 1985, difundiu-se uma Ciência capaz de dinamizar, em termos correntes, o instituto.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA (págs. 249-265)

* No Direito *romano*, a *aemulatio* correspondia ao exercício de um direito sem utilidade própria, com a intenção de prejudicar outrem.
* Ainda no Direito *romano*, pôs-se a hipótese de a *exceptio doli* poder ser usada para deter práticas abusivas.
* O Direito *romano* sancionava as práticas processuais abusivas: no sentido de prosseguirem fins supra ou extraprocessuais ou de procurarem provocar danos na contraparte ou em terceiros. Todas elas confluiriam, no período justinianeu, numa figura conjunta que, poderemos designar “abuso do processo”. Mais tarde: litigância de má fé.
* A expressão *abus de droit* foi introduzida pelo belga Laurent para designar as situações de responsabilidade do tipo das decididas a propósito da chaminé falsa de Colmar. Laurent logo disse que, **havendo abuso do direito**, **não há, em rigor, direito**.
* Segundo Josserand, seria necessário, para um exercício legítimo dos direitos subjectivos, respeitar a *função* que justificara a atribuição.
* Planiol veio dizer que o **direito** cessava onde começasse o abuso.
* A noção francesa de ***faute***, traduz um misto de culpa a ilicitude que, na sua imprecisão, permite desenvolvimentos muito latos, no campo da responsabilidade civil.
* Mazeaud/Chabas recordaram-nos a contraposição, na doutrina do abuso, entre os subjectivistas e os objectivistas. Os primeiros requerem, para haver abuso, uma intenção de prejudicar. A orientação objectivista procura um **critério para o abuso**.
* Em *sentido amplo*, a **chicana** traduziria o exercício do direito para prejudicar outrem; em *sentido estrito*, teríamos um exercício sem interesse próprio, para prejudicar terceiros.
* A tradição alemã procurou aproximar o **abuso do direito** e os **bons costumes**. Esta tentativa de aproximação influenciaria outros ordenamentos, como o *austríaco, o grego e, mediatamente, o nosso*.
* No respeitante aos aspectos previsivos do abuso, Vaz Serra encarou: o acto intencional manifestamente contrário à consciência jurídica dominante na colectividade social; o acto clamorosamente ofensivo da consciência jurídica dominante, embora sem a intenção exigida no artigo 1.º e o acto contrário ao fim do direito; a dedução judicial de pretensão ou oposição sem fundamento, conhecidamente ou por negligência, e o recurso a certas práticas condenáveis, no decurso do litígio; a queixa, denúncia ou acusação criminal e o testemunho, quando feitos de modo inexacto de má fé ou culposamente.
* Vaz Serra alinhou uma série de manifestações de exercício inadmissível do direito, tal como isoladas na doutrina e jurisprudência alemãs.
* Na primeira revisão, foi substituído por um único artido. Do modelo alemão passava-se, ao modelo francês puro, na sua versão subjectiva.
* Na segunda revisão, o preceito em causa foi muito modificado, surgindo com a configuração que teria no projecto do Código Civil e depois no Código em si. As referências feitas à boa fé e bons costumes apontam de novo para o modelo alemão.
* O presente artigo 334.º do Código português, apesar de ser fruto material do trabalho de Maridakis (autor do artigo 281.º do Código Civil grego), traduz a codificação de decénios de doutrina germânica.

A *EXCEPTIO DOLI* (págs. 265-274)

* O termo **dolo** tem duas acepções: no âmbito dos vícios das declarações negociais, o dolo traduz qualquer **sugestão ou artifício que alguém empregue** com a **intenção ou a consciência** de induzir ou manter em erro o autor da declaração, bem como a dissimulação, pelo declaratário ou terceiro, do erro do declarante – artigo 253.º/1; e no campo da **responsabilidade civil,** o **dolo** significa a situação do agente que, directa, necessária ou eventualmente dirija a sua confuta contra uma norma jurídica[[32]](#footnote-33).
* A *exceptio doli* ou **excepção de dolo** faz apelo ao primeiro dos dois sentidos. Traduz o **poder, reconhecido a uma pessoa, de paralisar a pretensão de certo agente, quando este pretendesse prevalecer-se de sugestões ou de artifícios não permitidos pelo Direito**.
* No Direito *romano* havia três defesas específicas contra o dolo: a *clausula doli* (uma das partes, ou ambas, obrigava-se, negocialmente, a determinadas consequências, caso tivesse cometido dolo, aquando da celebraçaão do contrato), a *actio de dolo* (de natureza infamante, cabia à pessoa que, sentindo-se vítima de dolo, pretendesse haver uma indemnização) e a *exceptio doli* (servia o réu contra acções dolosas).
* A *exceptio doli specialis* equivalia à impugnação da base jurídica da qual o autor pretendia retirar o efeito judicialmente exigido: havendo dolo inicial, toda a cadeia subsequente ficava afectada. Esta perdeu-se, tendo-se evoluido na doutrina dos vícios na formação e exteriorização da vontade; por outro lado, acabou por desembocar na *culpa in contrahendo*.
* Tida por conforme com o Direito da razão, a *exceptio doli generalis* era apontada como meio de protecção contra as injustiças conseguidas, à custa da *boa fé*, na aplicação do Direito estrito, bem como contra os sofismas, os paralogismos e as subtilezas.
* Uma primeira linha censurava à *exceptio*, as incertezas a que poderia conduzir. Trata-se de um lugar comum, desde sempre apresentado contra o abuso do direito, a *boa fé* e a própria relevância substancial do sistema.
* Otto Wendt aponta como manifestações da *exceptio doli*: o abuso do direito, o reforço da vinculação ao conteúdo da declaração e os efeitos, nos pactos, das modificações de circunstâncias.
* Constituem interpretação encapotada de negócios jurídicos as decisões que, citando embora a *exceptio*, visam apenas a substância dos actos subjacentes às situações discutidas.
* A *exceptio* funciona, de facto, sempre que, do recurso interpretações tendenciosas da lei, da utilização de particularidades formais das declarações de vontade ou do aproveitamento de incompleições em regras jurídicas, se pretendam obter vantagens não conferidas pela ordem jurídica e desde que tais práticas sejam contrárias à boa fé.
* Ao recorrer à *exceptio*, usa-se um conceito central para cobrir soluções periféricas, sendo certo que, do primeiro, não se deduzem as segundas nem das segundas, se induz o primeiro.
* A *exceptio doli* funciona como uma excepção de Direito material. À I não é atribuído, em directo, um papel de delimitação de condutas, de normativização de comportamente ou se se quiser, de supressão de direitos. O titular exercente actua no âmbito da liberdade que o seu direito lhe confira; vê, porém, contrapor-se-lhe o “contra-direito” de quem mova a *exceptio*.
* As doutrinas recorrem, sem hesitações, a preceitos muito abstractos ditos normas em branco ou cláusulas gerais, para fundamentar, na lei, a *exceptio*.
* A *exceptio doli* define-se, enão, como faculdade potestativa de paralisar o exercício do direito de outrem. Mas não se lhe acolha uma *exceptio doli generalis* técnica.
* A *exceptio* é pensada como modo de combater uma actuação contrária à *boa fé*.

*VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* (págs. 275-297)

* À letra, ***venire contra factum proprium*** significa: **contradizer o seu próprio comportamento** – traduz, em Direito, o exercício de uma posição jurídica em contradição com uma **conduta antes** assumida ou proclamada pelo agente.
* Ressalvada ficará, como é natural, a possibilidade de o *venire* assentar numa circunstância justificativa e, designadamente, no surgimento ou na consciência de elementos que determinem o agente a mudar de atitude. O *venire contra factum proprium* só o será, em última análise, se não tiver **nenhum factor que o justifique**.
* No Direito *romano*, os estudiosos estão de acordo quanto à inexistência de uma proibição de *venire*: dominaria a ideia do livre exercício dos diversos direitos.
* Rielzer, numa metodologia própria da terceira sistemática e da doutrina posterior à segunda codificação, passa a analisar várias situações típicas onde a poribição de *venire contra factum proprium* pode estar presente: **negócio jurídico inválido e cumprido voluntariamente, sendo a repetição difícil; por decisão de uma pessoa, em regra de te tipo potestativo, constitui-se uma situação jurídica; alguém cria uma aparência jurídica na qual pessoas confiam; alguém cria uma situação de risco conexa a uma relação jurídica.**
* O *venire* postula duas condutas da mesma pessoa, lícitas em si e diferidas no tempo. A primeira – *factum proprium* - é contrariada pela segunda. O óbice reside na relação de oposição entre ambas.
* Temos **venire negativo** e **venire positivo**. Neste, uma pessoa manifesta uma intenção ou, pelo menos, gera uma convicção de que não irá praticar certo acto e, depois, pratica-o mesmo. No **venire negativo**, o agente em causa demonstra ir desenvolver uma certa conduta, depois nega-a.
* Dentro do **venire positivo** podemos subdistinguir três possibilidades: exercício de direitos potestativos, exercício de direitos comuns, actuações no âmbito de liberdades gerais.
* O comportamento contraditório configura-se como um atentado “contra expectativas fundamentais de continuidade da auto-representação que respeitam também a identidade do parceiro e a sua relação bilateral”, nas palavras de Teubner.
* No fundo, a proibição de *venire contra factum proprium* traduz a vocação ética, psicológica e social da regra *pacta sunt servanda* para a positividade, mesmo naqueles casos específicos em que a ordem jurídica estabelecida lha negue.
* O vincular uma pessoa às suas atitudes faz sentido, em particular, quando tenham um beneficiário; este, por seu turno, não poderia recusar as necessárias contrapartidas.
* O recurso puro e simples a uma *boa fé* despida de quaisquer precisões torna-se, perante essa relação de necessidade, num expediente insatisfatório para a Ciência do Direito e insuficiente para a prática jurídica.
* A doutrina é uniforme em tomar a previsão de *venire contra factum proprium* por meramente objectiva: não se requer culpa, por parte do titular exercente, na ocorrência da contradição.
* Sendo o *factum proprium,* um facto voluntário, ao qual se aplicam as disposições respeitantes às declarações de contade, era inevitável o aparecimento de teorias que defendessem, no *venire*, a violação de situações de tipo negocial.
* Quando ocorra uma ilegitimidade, não deve aplicar-se, isolado, o artigo que comina a nulidade mas, em simultâneo, o que manda proceder de boa fé.
* A doutrina hoje dominante reconduz o *venire contra factum proprium* a uma manifestação de **tutela de confiança**. A base legal residirá no artigi 334.º e na boa fé objectiva; a sua aplicação passa pela confiança.
* A **confiança** permite um critério de decisão: um comportamento não pode ser contraditado quando ele seja de molde a suscitar a confiança das pessoas. A confiança contorna, ainda, o problema dogmático, de solução intrincada, emergente da impossibilidade jurídica de vincular, permanentemente, as pessoas aos comportamentos uma vez assumidos.
* Na concretização da confiança, podemos trabalhar com um modelo de quatro proposições, válido em geral: **uma situação de confiança** conforme com o sistema e traduzida na boa fé subjectiva e ética, própria da pessoa que, sem violar os deveres de cuidado que ao caso caibam, ignore estar a lesar posições alheias; **uma justificação para essa confiança**, expressa na presença de elementos objectivos capazes de, em abstracto, provocaresm uma crença plausível; **um investimento de confiança** consistente em, da parte do sujeito, ter havido um assentar efectivo de actividades jurídicas sobre a crença consubstanciada; **a imputação da situação de confiança** criada à pessoa que vai ser atingida pela protecção dada ao confiante (tal pessoa, por acção ou omissão, terá dado lugar à entrega do confiante em causa ou ao factor objectivo que a tanto conduziu.
* A falta de alguma destas proposições pode ser compensada pela intensidade especial que assumam algumas das restantes.
* O ponto sensível do modelo de *venire* reside na detecção de **facto** susceptivel de gerar uma situação de confiança legítima.
* O **elemento objectivo** da situação de confiança o *quantum* de credibilidade necessária, suficiente para convencer uma pessoa normal, colocada na posição do confiante razoável, tendo em conta o esforço realizado pelo mesmo confiante na obtenção do factor a que se entrega.
* O **elemento subjectivo** é: que o confiante adira ao facto derador de confiança.

INALEGABILIDADES FORMAIS (págs. 299-312)

* **Inalegabilidade formal**- situação em que a **nulidade derivada da falta de forma legal de determinado negócio não possa ser alegada sob pena de se verificar um “abuso do direito”, contrário à boa fé**.
* As justificações apresentadas para a *forma legal* são: **reflexão das partes, a facilidade de prova e a publicidade.**
* A **inalegabilidade do vício formal**, embora facilitada, nalguns casos, pelo dolo inicial, depende mais da situação da pessoa contra quem é feita valer a nulidade, do que dos feitos e entenções do alegante – não é na base da equidade.
* É necessária **boa fé subjectiva** da parte de quem queira fazer valer a **inalegabilidade**, ou seja, de desconhecimento aquando da “celebração” do contrato, da necessidade formal. Esta **boa fé subjectiva** comporta, aqui, os **deveres de indagação e informação** de intensidade acrescida, dada a rigidez das normas em jogo, e visto o conhecimento generalizado que existe da necessidade de forma solene para certos actos.
* Tem vindo a ser sublinhado pela jurisprudência que a **inalegabilidade** surge justificada apenas quando a destruição do negócio tivesse, para a parte contra a qual é actuada, efeitos “nao apenas duros”, mas **insuportáveis**: requer-se que a parte protegida tenha procedido a um “**investivemnto de confiança**”, fazendo assentar, na ocorrência nula, uma actividade importante, que a situação seja imputável à contraparte. Exige-se também que nenhuma disposição ou princípio legal excluam a inalegabilidade e que não haja outra solução para o caso: **a inalegabilidade das nulidades formais teria, pois, natureza subsidiária**.
* A **redução teleológica** é a operação interpretativa que permite restringir o alcance de uma norma quando se verifique que o escopo por ela visado já foi alcançado. As normas formais não admitem **redução teleológica**.
* A jurisprudência, quando confrontada com situações **clamorosamente injustas** e contrárias à lógica do sistema, **tende a admitir**, em casos marcantes, as **inalegabilidades formais**.
* Assim, em casos bem vincados, admitimos hoje que as próprias normas formais cedam perante o sistema, de tal modo que as nulidades derivadas da sua inobservância se tornem verdadeiramente inalegáveis.
* Devem estar em jogo apenas os interesses das partes envolvidas;nunca, também, os de terceiros de boa fé; a situação de confiança deve ser censuravelmente imputável à pessoa a responsabilizar.

A *SUPPRESSIO* E A *SURRECTIO* (págs. 313-326)

* ***Suppressio***- posição do direito subjectivo – ou, mais latamente, a de qualquer situação jurídica – que, não tendo sido exercida, em determinadas circunstâncias e por um certo lapso de tempo, não mais possa sê-lo por, de outro modo, se contrariar a boa fé.
* Distingue-se da **caducidade** pois esta é a extinção de uma posição jurídica por decurso de um prazo a que esteja sujeita e que, nada tendo a ver com a boa fé, goza de regime explícito – artigo 328.º.
* Pela expressão alemã *Vershweigung* – poder-se-ia dizer “silenciamento” – quem, perante o estorvar do seu direito, se calasse durante ano e dia, deveria calar-se para sempre.
* Foram as perturbações económicas causadas pela primeira grande guerra (1914-18) e, sobretudo, pela inflação, que levaram à consagração dogmática definitiva da *suppressio*.
* Há três teorias sobre esta figura: **negativistas** (a afirmação da insegurança que, pela *suppressio*, se poderia instituir), **teoria da renúncia** (como renúncia ao direito por parte do exercente), e **teoria da boa fé (**dividiu-se em três subteorias: a da *exceptio doli*, que corresponde a uma regulação demasiado fluída para permitir uma concretização mínima; a do *venire contra factum proprium*, que dizia que o titular, ao não exercer o direito por um certo lapso de tempo, criaria na contraparte a representação de que esse direito não mais seria actuado – assim, quando supervenientemente agisse, entraria em contradição; Siebert defenderia uma relação directa com o **abuso do direito**, por contrariar a boa fé – este acentuou a possibilidade de o *venire contra factum proprium* não ter na sua base o exercício de qualquer direito e duvida que o *factum proprium* possa implicar uma mera inactividade**)**.
* Todos os direitos ou posições similares lhe estão sujeitos, salvo determinadas excepções.
* Exige-se um certo decurso de tempo sem exercício, tempo esse que varia conforme as circunstâncias.
* Requere indícios objectivos que o direito em causa não será exercido.
* O *quantum* de tempo necessário para concretizar a *suppressio* varia. Será inferior à **prescrição**.
* O atingido pela *suppressio* não deverá surgir como impedido patentemente de actuar, mas, antes, como pessoa consciente que, podendo fazê-lo, não aja.
* Esta figura é entendida como **remédio subsidiário**.
* O *factum proprium* é, por definição, uma actuação positiva: não uma omissão. Além disso, os regimes deverão ser distintos: o *factum proprium* é de fácil determinação, através de coordenadas pessoais (o autor), materiais (o que ele fez), geográficas (onde fez) e cronológicas (quando fez); tudo isso falta na omissão conducente à *suppressio*
* A *suppressio* manifesta-se porque, mercê da confiança legítima, uma pessoa adquiriu (por *surrectio*) uma posição que se torna incompatível com um exercício superveniente, por parte do exercente. E na ponderação de interesses contrapostos vai-se dar a preferência ao beneficiário: porque, mercê do investimento de confiança, os danos que ele iria suportar são substancialmente superiores às vantagens a auferir pelo não exercente, com a sua actuação; e porque, mercê do nexo de imputação da confiança, o não-exercente se coloca numa situação que permite julgar social e eticamente ajustado o seu sacrifício.

TU QUOQUE (págs. 327-339)

* A fórmula ***tu quoque*** (também tu!) exprime a regra geral pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica não pode depois, sem abuso: ou prevalecer-se da situação daí decorrente; ou exercer a posição violada pelo próprio; ou exigir a outrem o acatamento da situação já violada.
* Fere a sensibilidade primária, ética e jurídica, que uma pessoa possa desrespeitar um comando e, depois, vir exigir a outrem o seu acatamento. Não é líquido, contudo e sempre *a priori*, que um sujeito venha a eximir-se aos seus deveres jurídicos alegando violações perpetradas por outra pessoa.
* Há numerosas vias explicativas do ***tu quoque***: a **retaliação** (mandaria fazer o mal a quem mal fez), a **regra da integridade** (recorde-se do *honeste vivere* de Ulpiano), a **recusa da protecção jurídica** (a pessoa que se situar fora da ordem jurídica, iniciando uma actuação por conta própria, de que sofre consequências), **compensação de culpas** – ou culpa do lesado (enquanto a compensação de culpas se prende com a imputação de um dano, no *tu quoque* os comportamentos das partes são desencontrados, não se reportando ao mesmo dano), **renúncia a sanções** (postula, por parte do titular faltoso, a vontade eficaz de prescindir da protecção que o Direito, de outro modo, lhe proporcionaria).
* No sinalágma, há uma estrutura final imanente ao contrato, com dependência genétiva, condicional e funcional de dois deveres de prestar primários interligados. A pessoa que desequilibre, num momento prévio, a regulação material expressa no seu direito subjectivo, não pode, depois, pretender exercer a posição que a ordem jurídica lhe conferiu. Distorcido o equilibrio de base, sofre-lhe as consequências.
* No ***tu quoque***, já não está em jogo uma manifestação de tutela de confiança: antes a de um outro princípio mediante, concretizador da boa fé e a que damos o nome de ***primazia da materialidade subjacente***.

O DESEQUILÍBRIO NO EXERCÍCIO (págs. 341-349)

* Podemos dividir a figura do **desequilíbrio de direito** em três sub-hipóteses: a do **exercício danoso inútil** (o titular actua no âmbito formal da permissão normativa que constitui o seu direito, embora não retire qualquer benefício pessoal, antes causando um dano considerável a outrem); a do ***dolo agit qui petet quod statim redditurus est*** (age com dolo aquele que exige o que deve restituir logo de seguida); a da **desproporção entre a vantagem do titular e o sacrifício por ele imposto a outrem.**
* É uma categoria residual: pronta a ser absorvida pelos diversos institutos que venham a acolher as regras que delimitem estes exercícios.
* No ***dolo facit***, não pode haver, dada a conjuntura, a prossecução do escopo subjacente à exigência formulada; existe, antes a prossecução de outros escopos, como a chicana ou a obtenção de vantagens na insolvência da outra parte, os quais, não estando cobertos pela lei, não podem ser assegurados pelo Direito.

AS DOUTRINAS DO ABUSO DO DIREITO (págs. 351-369)

* Wolfgang Siebert sugeriu a distinção entre **teorias internas** e **teorias externas**. Para as primeiras, a solução do abuso do direito estaria no próprio conteúdo de cada direito subjectivo. Este seria concedido em termos unitários, aos seus titulares, de modo a apresentar limites intrínsecos a respeitar. Para as **teorias externas**, o abuso de direito adviria do desrespeito de normas jurídicas alheias ao próprio direito subjectivo, mas que o titular deveria acatar. No fundo, tratar-se-ia de uma limitação comum ao exercício dos direitos, semelhante a muitas outras, mas que por razões históricas teriam sido agrupadas em “**abuso do direito**”.
* Siebert considerou as **teorias externas** de natureza *romana*, e as **internas** germânicas. Hoje em dia não se pensa assim, pois já havia limites aos exageros, como por exemplo a proibição do exercício por forma emulativa.
* A interioridade exprimiria de modo sugestivo uma essência: no anuso jogar-se-ia um fenómeno que, não sendo permitido, também não cairia na ilicitude comum, imposta do exterior, através de normas que pontariam os limites formais dos direitos. Seria o abuso em sentido próprio.
* Podemos conduzir às teorias internas as seguintes concepções de abuso de direito: **doutrina dos actos emulativos** (manda computar, no exercício jurídico-subjectivo, a concreta intenção do titular; sendo ela uma pura intenção maléfica de causar prejuízos, surgiria o abuso), **doutrinas funcionais** (baseiam-se na concepção de Jhering de direito subjectivo como interesse juridicamente protegido, sendo estes concedidos com determinada função – o abuso ocorreria com o desrespeito por ela; estas orientações funcionais podem ser ordenadas em: **doutrinas da função pessoal**, quando o direito subjectivo fosse conferido para que dele o sujeito retirasse utilidades, sendo abusivos todos os actos emulativos; e **doutrinas da função social**, em que o direito subjectivo já teria, subjacente, um programa de exercício em prol da sociedade; às teorias funcionais dirigem-se ainda duas observações: a sua natureza antiliberal, e o seu formalismo), **doutrinas interpretativas**, **axiologismo formal**.
* As teorias internas são dominantes quando se trata de apresentar o abuso do direito como construção.
* As teorias externas, entretanto desenvolvidas, implicam, muito fores, a possibilidade de, reduzindo o abuso a uma limitação jurídico-subjectiva comum, negar-lhe qualquer autonomia dogmática.
* Castanheira Neves, defensor do **axiologismo formal**, aponta como origem do abuso do direito, a jurisprudência francesa.
* As teorias ditas internas, que pretendem dobrar a estrutura formal dos direitos subjectivos com projecções determinadas em termos tais que, violadas estas e respeitada aquela, dariam à natureza do abuso, são de rejeitar. Elas estendem-se desde a ideia de abuso em sentido próprio, no iníicio, até ao aciologismo forma, passando pela funcionalização dos direitos e pela sua consideração teleológica.
* Segundo as **teorias externas**, o abuso do direito é entendido como uma contraposição entre as normas que instituem o direito subjectivo considerado e certos preceitos que delimitam o seu exercício. Pois bem: os comportamentos que caíssem no campo permitido das primeiras, ciolassem os segundos, seriam abusivos.

A COLISÃO DE DIREITOS (págs. 379-399)

* Em *sentido amplo*, haverá **colisão de direitos** quando um direito subjectivo, na sua configuração ou no seu exercício, deva ser harmonizado com outro ou outros direitos. Num *sentido estrito*, a **colisão de direitos** ocorre sempre que dois ou mais direitos subjectivos assegurem, aos seus titulares, permissões incompatíveis entre si.
* **Mackeldey** distinguia entre **concurso** (ambas as pessoas em presença detêm direitos não exclusivos sobre a mesma coisa) e **colisão de direitos** (quando há uma contradição entre os direitos em presença).
* Perante um **concurso**, cada pessoa exercerá o seu direito na parte que lhe compita. Na hipótese de **colisão**, se for um **direito especial**, prefere ao geral; ambos sendo gerais ou especiais, prefere o que a lei mais favoreça; prevalece o que procure evitar a perda sobre o que procure o lucro; prefere o que tenha
* recebido algo do outro, sem enriquecimento; nos outros casos anulam-se ambos os direitos: nenhum pode ser exercido.
* **Corrêa Telles** escalonou da seguinte forma: direito menor deve ceder ao maior; o primeiro em tempo é primeiro em direito; aquelle que menos sofre deve ceder ao outro, que sofreria mais; o que procura o lucro deve ceder perante o que procura uma indemnização; se possível, ambos cedam.
* **Coelho da Rocha** defendia que se ponderassem sempre alguns critérios: o mais favorável pelas leis; o que tivesse por fim evitar um dano sobre o que se tratasse de obter um benefício; cedência mútua, se necessário.
* A **colisão de direitos** pressupõe um **concurso real de normas**. Mas não se confunde com a **colisão aparente** (situação que se manifesta quando, havendo direitos incompatíveis, apenas um deles deva subsistir), **conflito de sobreposição** (tal conflito ocorre quando, sobre o mesmo objecto, incidam direitos de pessoas diferentes; nessa ocasião, as respectivas permissões normativas delimitam-se, automaticamente, de acordo com determinadas regras), **conflitos de vizinhança** (resultam de leis de incidência de direitos reais sobre prédios contíguos ou muito próximos; também aqui existe um regime esplícito), **concurso de credores** (na execução patrimonial, verificando-se a insuficiência de património do devedor para satisfazer todos os créditos, há regras de prevalência e de rateio, as quais se aplicam).
* O Código refere “*direitos iguais ou da mesma espécie*”. **Direitos iguais** são os que derivem das mesmas normas – *v.g.* ambos são direitos à vida, à saúde ou de propriedade; **da mesma espécie** serão os provenientes de normas que contemplem o mesmo **tipo de bens** – *v.g.* ambos são direitos de personalidade ou reais.

Há um ***princípio de igual tratamento***, seja nas vantagens, seja nos prejuízos.

* Se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente – prevalece o que deva considerar-se superior.
* O Direito não pode premiar aquele que, voluntária e censuravelmente – portanto: com culpa – se colocou numa situação de colisão de direitos. Quando isso suceda, em nome da boa fé – ou seja: da globalidade do sistema – haverá que preterir a posição da pessoa que, voluntária e desnecessariamente, originou o conflito.
* Critérios para resolver **colisões de direitos**: **antiguidade relativa** (*prior tempore, potior iure;* o direito primeiro constituido tenderá a prevalecer no seu execício, sobre direitos igualmente válidos, mas só depois formados)**, danos pelo não-exercício** (remonta aos clássicos – Thibaut, Corrêa Teles e Seabra; o dano deve ser considerado em termos sociais e humanos: não meramente econométricos, intervindo também danos não patrimoniais)**, lucros do exercício** (não significa apenas facturação; releva, antes, uma dimensão social ampla)**, prevalência em abstracto** (sendo os direitos desiguais ou de espécie diferente, poderemos concluir que um deles seja, em abstracto, mais ponderoso)**, igual sacrifício, composição aleatória equilibrada, composição aleatória**.
* Exluímos do âmbito da c**olisão** os casos dotados de regimes explícitos.
* A consequência da **cedência mútua** postula que os direitos sejam susceptíveis de **exercícios parcelares**. Além disso, a cedência mútua parte ainda do ***princípio*** de que é possível uma repartição, por igual, das vantagens do direito e, ainda, uma igualização de “detrimentos”.
* No caso da **colisão de direitos** não puder ser resolvida com recurso ao ***princípio do igual tratamento***, temos uma **lacuna**.
* A jurisprudência tende a dar primazia aos direitos mais ligados à *dignidade humana* – esconde-se outra realidade, que consideramos de relevo: a ***primazia dos direitos mais antigos***.

Matérias pouco desenvolvidas:

Definição de vontade e de negócio jurídico

Confusão na questão do silencio como convenção se tácito ou nao. Cf. CM

Natureza negocial

Tutela da confiança e primazia da materialidade subjacente

Cláusula vexatória

Licitude

Distinçao entre declaraçao nao seria e reserva mental

Distinção entre modo e condição

Interesse

Interpretação e integração – doutrinas

Nulidades e retroacção nesta

Abuso do direito

1. Intenção real [↑](#footnote-ref-2)
2. Que procura exceder a contraparte; rivalidade. [↑](#footnote-ref-3)
3. Que adia/retarda. [↑](#footnote-ref-4)
4. Modelo de texto com a informação necessária para o preenchimento de certos documentos oficiais. [↑](#footnote-ref-5)
5. Pessoas que poderam participar no concurso. [↑](#footnote-ref-6)
6. Carta, missiva. [↑](#footnote-ref-7)
7. Estabeleça. [↑](#footnote-ref-8)
8. Convenção. [↑](#footnote-ref-9)
9. Aceitando que o interessado demonstre, afinal, que outra havia sido a sua vontade. [↑](#footnote-ref-10)
10. A **forma do contrato** mais não é do que a **forma das declarações** em que ele assente. [↑](#footnote-ref-11)
11. De acordo com o Decreto-Lei n.º121/76, de 11 de Fevereiro, absorvido pelo artigo 254.º/2, do CPC. [↑](#footnote-ref-12)
12. Rescisão de um pacto ou ajuste. [↑](#footnote-ref-13)
13. O Professor Oliveira Ascensão, em *Direito. Introdução e Teoria Geral*, fala-nos da redução teleológica, citando Larenz: “A regra contida na lei, concebida demasiado amplamente segundo o seu sentido literal, se reconduz e é reduzida ao âmbito de aplicação que lhe corresponde segundo o fim da regulação ou a conexão de sentido da lei”. E continua :“A interpretação restritiva tem a sua fronteira no significado literal possível; aqui vai-se além”.

    Contudo, o Prof. Ascensão considera que esta figura cabe na interpretação ab-rogante pela vida da contradição valorativa, ou na interpretação correctiva pela via da inadequação. [↑](#footnote-ref-14)
14. “*O produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos dos produtos que põe em circulação*”. [↑](#footnote-ref-15)
15. Contrário à equidade; injusto; mau. [↑](#footnote-ref-16)
16. Tradução do romano Paulo, feita por Castro Mendes. [↑](#footnote-ref-17)
17. “*os primeiros ofendem a letra do texto legal, os segundos o seu espírito, mas uns e outros violam a lei, porque a letra e espírito são elementos essenciais e inseparáveis da norma legal*” [↑](#footnote-ref-18)
18. Que não faz dano. [↑](#footnote-ref-19)
19. Agência. [↑](#footnote-ref-20)
20. Cálculo, contagem. [↑](#footnote-ref-21)
21. A “vontade real” deve ser **provada** por quem a invoque. [↑](#footnote-ref-22)
22. Falha de elementos determináveis apenas pela autonomia privada. [↑](#footnote-ref-23)
23. **Canaris** considerava que “*na falta de consciência da declaração, não se trata, portanto e com respeito à responsabilidade, de um problema da doutrina do negócio jurídico, mas da doutrina da aparência jurídica*.” Por seu lado, **Bydlinski** colocava em pé de igualdade o erro da declaração e a falta de consciência da mesma. [↑](#footnote-ref-24)
24. Ameaçar com pena ou castigo. [↑](#footnote-ref-25)
25. Definido, por Coelho da Rocha, como receio de desgostar o pai, a mãe ou outros superiores a quem se deve respeito. Hoje o **temor reverencial** pode ocorrer, sobretudo, em situações de trabalho. [↑](#footnote-ref-26)
26. Não confundir com intuito de os prejudicar. [↑](#footnote-ref-27)
27. Que encerra prescrição, ordem, disposição. [↑](#footnote-ref-28)
28. Portanto a pessoa que tenha contratado com o falso mandatário ou mandatário aparente. [↑](#footnote-ref-29)
29. Por relações internas entendemos relações entre o mandante e o mandatário. [↑](#footnote-ref-30)
30. Recibos. [↑](#footnote-ref-31)
31. Convenção pela qual o dono de um prédio transfere para outrem o seu domínio útil em troca de um foro. [↑](#footnote-ref-32)
32. No Direito alemão há duas locuções diferentes: *dol* e *faute*. [↑](#footnote-ref-33)