

PEDRO PAIS DE VASCONCELOS

# CONTRATOS ATÍPICOS

COLEÇÃO  
**teses**

Almedina

mento complementar de empresas inclui a personalização, enquanto que no consórcio fica pela natureza simplesmente contratual.

A sociedade por quotas é relacionável em série com o estabelecimento individual de responsabilidade limitada. Ambos se constituem por escritura pública, com o capital mínimo de quatrocentos contos, e são de responsabilidade limitada. De diferente têm o facto de o estabelecimento individual de responsabilidade limitada ser unipessoal e não ser personalizado, embora tenha uma autonomia patrimonial quase completa. O estabelecimento individual de responsabilidade limitada, segundo o legislador escreveu no relatório do Decreto-Lei n.º 248/86, de 25 de Agosto, correspondeu a uma alternativa à sociedade unipessoal.

Os tipos relacionam-se em série conforme critérios de seriação que podem ser vários e têm a ver com as características graduáveis que são postas em foco. Os tipos de sociedades comerciais podem seriar-se consoante a responsabilidade patrimonial dos sócios perante terceiros, o modo de distribuição do poder de voto, o modo de organização interna.

Existe uma diferença importante entre tipos e espécies de contratos. No tipo, o acento recai sobre o aspecto de se tratar de uma unidade entre outras análogas; na espécie, sobre o aspecto de se tratar da particularização de um geral, o género<sup>(149)</sup>. Ambas as formas de relacionamento são úteis como instrumento para a melhor apreensão da realidade jurídica a que se referem e para uma mais segura, mais adequada e mais justa decisão das questões suscitadas.

## II. O PROCESSO TIPOLÓGICO

### 10. A doutrina dos “elementos do contrato” e a subsunção

I. A doutrina dos “elementos do contrato” constitui o exemplo mais significativo do pensamento conceptual em matéria de

<sup>(149)</sup> LARENZ, *Metodología* (2) cit., pág. 529-530.

contratos<sup>(150)</sup>. Opera uma classificação tripartida do conteúdo do contrato em elementos essenciais, naturais e acidentais.

Já POTHIER<sup>(151)</sup>, no século XVIII e referindo-a a autores do século XVII, distingue “trois différentes choses dans chaque contrat: celles qui sont de l'essence du contrat, celles qui sont de la nature du contrat, et celles qui sont purement accidentelles au contrat”.

Tomando a classificação de VON TUHR<sup>(152)</sup>, os “essentialia” correspondem ao mínimo que as partes têm de acordar para que exista contrato. Estes elementos são, por exemplo, na compra e venda a coisa e o preço; no arrendamento, a cedência temporária do gozo da coisa e a renda, etc. Estes elementos, e o que acerca deles se acorde, são o que acusa e distingue o tipo do contrato.

---

<sup>(150)</sup> LEENEN, *Typus* cit., pág. 122.

<sup>(151)</sup> POTHIER, *Traité des Obligations* cit., pág. 3. POTHIER criticou Cujácio por apenas distinguir, nos contratos, “les choses qui sont de l'essence du contrat, et celles qui lui sont accidentelles”. Elogiou a distinção feita por “plusieurs jurisconsultes du dix-septième siècle”, que considerou “beaucoup plus exacte”. Segundo POTHIER: “Les choses, qui sont de l'essence du contrat, sont celles sans lesquelles ce contrat ne peut subsister. Faute de l'une de ces choses, ou il n'y a point du tout de contrat, ou c'est une autre espèce de contrat”. Depois de exemplificar com a compra e venda, concluiu: “Dans les exemples que nous venons de rapporter, le défaut de l'une des choses, qui sont de l'essence du contrat, empêche qu'il n'y ait aucune sorte de contrat. Quelquefois ce défaut change seulement l'espèce du contrat”. Prosseguindo acerca dos “naturalia”, escreve o Autor: “Les choses qui sont seulement de la nature du contrat, sont celles qui, sans être de l'essence du contrat, font partie du contrat, quoique les parties contractantes ne s'en soient point expliqués, étant de la nature du contrat que ces choses y soient renfermées et sous-entendues”. Distingue em seguida: “Elles diffèrent des choses qui sont de l'essence du contrat, en ce que le contrat peut subsister sans elles, et qu'elles peuvent être exclues du contrat par la convention des parties; et elles diffèrent des choses accidentelles au contrat en ce qu'elles font partie du contrat sans avoir été expressément convennues” (...). Finalmente, sobre os elementos acidentais: “Les choses, qui sont accidentelles au contrat, sont celles qui, n'étant pas de la nature du contrat, n'y sont renfermées que par quelque clause particulière ajoutée au contrat”.

<sup>(152)</sup> TUHR, *Tratado* cit., I, pág. 112.

Os "naturalia" são os que as partes costumam convencionar e que se referem a efeitos jurídicos alheios ao conteúdo substancial do acto, mas que mesmo sem o acordo se produziriam por eleito complementar da lei. Este carácter tem, v.g., o pacto pelo qual o credor se reserva o direito de reclamar juros moratórios ou a pedir uma indemnização em caso de incumprimento do contrato. Estas cláusulas contratuais não precisam, segundo VON TUHR, de ser convencionadas porque os seus efeitos se produzem espontaneamente, por império da própria lei. Os "accidentalia" ainda segundo o mesmo Autor, são aqueles pactos que imprimem aos efeitos jurídicos próprios do contrato uma direcção diferente da estabelecida pelas normas subsidiárias do Direito, por exemplo, agravando ou atenuando a responsabilidade do devedor, reconhecendo a qualquer dos contraentes o direito a desistir do contrato, ou sujeitando-o, caso mais frequente, a prazos ou condições.

DERNBURG<sup>(153)</sup> distingue os "essentialia negotii", que são as partes constitutivas essenciais do negócio, que lhe são características, como, por exemplo, o acordo do comprador e do vendedor sobre a coisa e o preço; os "naturalia", que são as propriedades e os efeitos de um negócio que em regra lhe competem mas que lhe não são essenciais e que podem, assim, ser excluídos pelas partes, como, por exemplo, a responsabilidade do vendedor perante o comprador pelos vícios ocultos da coisa; e os "accidentalia", que são cláusulas que não são essenciais ao negócio nem derivam da sua natureza, mas que são acrescentadas ao contrato em cada caso concreto, como, por exemplo, uma cláusula de resolução da compra e venda por falta de pagamento. Ainda segundo DERNBURG, as partes devem chegar a acordo sobre todos os "essentialia" sem o que o contrato não chega a existir, o que o leva a concluir que existem duas classes de "essentialia", os da "espécie" do negócio e os da vontade das partes.

Na doutrina portuguesa, a distinção nem sempre é clara ou exactamente assumida.

---

(153) DERNBURG, *Pandette* cit., I, pág. 276.

Antes da recepção do pandectismo<sup>(154)</sup>, CORRÊA TELLES<sup>(155)</sup> escreve apenas que “as cláusulas, que são de costume, subentendem-se estipuladas, se não são precisas para a validade do contrato, ou quando sejam da natureza dele”. São os “*naturalia negotii*”.

DIAS FERREIRA, por sua vez, em anotação ao artigo 672.º do Código de Seabra<sup>(156)</sup>, distingue os elementos em “naturais” e “convencionais”. Os primeiros são “inerentes ao acto pela própria natureza da coisa, como a “possibilidade da prestação”, etc.”; os segundos são os “que os contraentes podem a seu arbítrio juntar aos contratos, como o “tempo” do pagamento.

Com a recepção do pandectismo, GUILHERME MOREIRA<sup>(157)</sup> distingue elementos específicos e elementos naturais. “Específicos” são os que “não podem ser alterados por vontade das partes” e que “caracterizam as obrigações que por eles se estabelecem, e, sendo certo que as partes podem denominar essas obrigações como lhes aprouver, o contrato tem de ser definido em harmonia com as normas legais, e por essas normas têm de determinar-se também as consequências que, na falta de declaração da vontade das partes, dele derivam”. “Naturais” são os que “as partes podem regular como lhes aprouver, aplicando-se apenas as normas legais na falta de declaração”.

Mais fiel, JOSÉ TAVARES<sup>(158)</sup> adota a classificação tripartida, em elementos “essenciais”, “naturais” e “acidentais”. Os elementos essenciais são aqueles “cuja importância consiste em que nenhum deles pode ser excluído pela livre autonomia da vontade das partes, pois que a falta de qualquer deles impede a constituição do acto jurídico, determinando a sua inexistência, ou seja, nulidade absoluta, ou pelo menos a sua rescindibilidade ou anula-

---

(154) Sobre a recepção do pandectismo em Portugal, MENEZES CORDEIRO, *Relatório* cit., pág. 239 e segs..

(155) CORRÊA TELLES, *Digesto Português* cit., I, 386, págs. 64-65.

(156) DIAS FERREIRA, *Código Civil Português Anotado* cit., pág. 19.

(157) GUILHERME MOREIRA, *Instituições* cit., pág. 599.

(158) JOSÉ TAVARES, *Princípios Fundamentais* cit., I, 462 e 488-489.

bilidade, ou seja, a sua nulidade relativa". Elementos naturais são os que "correspondem à natureza especial de cada tipo ou acto jurídico, ou conformes à sua própria índole ou feição característica, e que por isso são determinados pela lei, subentendendo-se mesmo quando as partes os não estabelecem: é, por exemplo, na venda a garantia da evicção, pela qual responde todo o vendedor (...); mas é permitido às partes excluir ou modificar esta garantia (...), por isso mesmo que não se trata de elemento essencial". Acidentais são "todos os estabelecidos pela vontade das partes (quando os essenciais o consintam), com o fim de introduzir qualquer modificação ou modalidade no tipo abstracto de relação jurídica, para a espécie concreta de que se trata; são em número indefinido, sendo os mais importantes a "condição", o "modo" e o "termo"". Refere em seguida como elementos essenciais a capacidade e o mútuo consenso. Mais adiante<sup>(159)</sup> e como conclusão ou recapitulação, escreve o Autor: "é assim que nos contratos há, como já observámos, os elementos essenciais (*essentialia negotii*), naturais (*naturalia negotii*) e acidentais (*accidentalia negotii*), sendo os primeiros, além dos requisitos gerais e comuns a todos os contratos, os elementos objectivos específicos de cada contrato, como, por exemplo, a coisa e o preço no contrato de compra e venda, e os segundos e terceiros os que respectivamente a lei e a vontade das partes determinam".

COELHO DA ROCHA<sup>(160)</sup> adoptou também a classificação tripartida e designou como elementos essenciais "aqueles cuja falta faz que o acto seja nulo, ou degenere em outra espécie"; naturais "todos os efeitos e consequências que as leis atribuem a um acto legal, desde que está perfeito, e que se subentendem, ainda que não sejam declarados"; e acidentais "aquelas cláusulas acessórias dos actos, que se não deduzem da sua natureza, mas que as partes podem determinar, como quizerem".

<sup>(159)</sup> JOSÉ TAVARES, *Princípios Fundamentais* cit., I, págs. 488-489.

<sup>(160)</sup> COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Portuguez* cit., I, págs. 57-60.

CUNHA GONCALVES<sup>(161)</sup> distinguiu os elementos do contrato em "internos ou intrínsecos" e "externos ou extrínsecos". Estes últimos correspondem à forma externa ou documentação do contrato. "Os primeiros", segundo o Autor, "abrangem todos os elementos da formação dos contratos como fenómenos psicológicos e económicos" e distinguem-se, por sua vez, em "essenciais", "naturais" e "acidentais". Os "elementos essenciais", para CUNHA GONÇALVES, "são aqueles cuja omissão importa a inexistência legal do contrato, seja este qual for; tais são o mútuo consenso e o objecto possível" e subdistinguem-se em "específicos" e "habilitantes". "Elementos específicos: são os indispensáveis para categorizar um contrato nominado, de modo que da sua falta resulta, ou a inexistência desse contrato, ou a possibilidade da sua conversão ou classificação sob outro nome"; "elementos habilitantes: são aqueles cuja falta torna anuláveis os contratos, mas susceptíveis de ficarem sanados e perfeitos pelo decurso do tempo ou pela ratificação das partes". "Elementos naturais: são os elementos que fazem parte dum contrato independentemente da convenção dos contraentes, de tal sorte que, existindo os elementos essenciais e específicos dum contrato, eles existem necessariamente; tais são todos os preceitos legais de carácter supletivo, que representam cláusulas tácitas do respectivo contrato". "Enfim, elementos acidentais: são aqueles que só podem existir, em qualquer contrato, em virtude de cláusulas expressas, não proibidas ou permitidas pela lei".

MANUEL DE ANDRADE<sup>(162)</sup> distinguiu os elementos do negócio jurídico em "essenciais", "naturais" e "acidentais". Dentro dos elementos essenciais subdistingue os que são essenciais dos negócios jurídicos em geral e os de cada tipo legal de negócio jurídico. "No 1.º sentido, os elementos essenciais dos negócios jurídicos são as condições ou requisitos gerais necessários para a validade de qualquer destes negócios: capacidade das partes; declaração ou declarações de vontade (...); e objecto possível

(161) CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil* cit., IV, I, págs. 307-309.

(162) MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral* cit., II, pág. 33 e segs..

(física e legalmente)". No segundo sentido, "são as cláusulas ou estipulações negociais (contidas na respectiva declaração ou declarações de vontade) que o caracterizam ou contradistinguem, que o estreman em face dos restantes — *maxime* em face dos tipos vizinhos; são as notas específicas do conceito de cada uma dessas particulares figuras de negócios jurídicos". Elementos naturais, segundo o Autor, "são os efeitos que eles produzem sem necessidade de estipulação correspondente, mas que podem ser excluídos por cláusula em contrário"; são os "que se produzem por força das disposições legais supletivas, sendo inútil qualquer cláusula no mesmo sentido"; "constituem direito meramente dispositivo". Elementos acidentais "são as cláusulas ou estipulações negociais que, não sendo indispensáveis para caracterizar o tipo abstracto do negócio (...), ou para individualizar a sua entidade concreta, todavia não se limitam a reproduzir disposições legais supletivas, antes se tornam necessárias para que tenham lugar os efeitos jurídicos a que tendem"; "são as chamadas *cláusulas acessórias dos negócios jurídicos*".

A perspicácia de ANDRADE permitiu-lhe aperceber-se de que dentro dos elementos essenciais se misturavam duas ordens de elementos: os que são essenciais ao negócio e os que são essenciais ao tipo, os que têm a ver com o contrato como acto e os que têm a ver com o contrato como regulação e, nesse plano, com o tipo contratual. Já DIAS FERREIRA tinha referido "os que são inerentes ao acto pela própria natureza da coisa", o que parece ter a ver com o tipo mas, depois, exemplificou com o objecto possível, o que tem a ver com o negócio como acto. Os "elementos específicos" de GUILHERME MOREIRA são sem dúvida os que caracterizam o tipo, ficando englobados nos "elementos naturais" os que correspondem ao direito dispositivo do tipo e as chamadas cláusulas acessórias. Tal como exposta por JOSÉ TAVARES, a classificação sofre de alguma equivocidade: na primeira abordagem, parece reservar os elementos essenciais para o negócio como acto, ao dizer que são os que não podem ser modificados por estipulação e cuja falta acarreta nulidade ou anulabilidade, e deixar para os elementos naturais os que "correspondem a natureza especial

de cada tipo” mas, depois, acaba por incluir nos elementos essenciais, “além dos requisitos gerais e comuns a todos os contratos, os elementos objectivos específicos de cada contrato”, e deixar para os elementos naturais e acidentais “os que respectivamente a lei e a vontade determinam”. Em COELHO DA ROCHA constata-se já com alguma clareza a dupla natureza dos “essentialia” quando afirma como consequência da respectiva falta que o contrato “seja nulo”, ou que “degenere em outra espécie”. Em CUNHA GONÇALVES, a distinção entre os elementos essenciais específicos e os habilitantes corresponde ao reconhecimento expresso da equivocidade da classificação.

Esta equivocidade vem do facto de que os elementos essenciais de todos os contratos são requisitos de existência e validade do contrato, enquanto que os elementos essenciais do tipo têm a ver com o conteúdo e correspondem à listagem das notas definitórias indispensáveis à subsunção; os primeiros têm a ver com o contrato como acto e os segundos com o contrato como regulação; os primeiros com o acto jurídico, os segundos com o seu conteúdo regulativo. Assim, e como se pode ler em COELHO DA ROCHA, a falta dos primeiros tem como consequência a invalidade, enquanto que a falta dos segundos tem como consequência uma diferente qualificação; faltando os primeiros o contrato é inválido, enquanto que, faltando os segundos, ele é válido, mas não é daquele tipo. ANDRADE fez bem em distinguir e separar, dentro dos elementos essenciais, os que são pertinentes ao contrato como acto e os que lhe são pertinentes como regulação, mas bem podia ter afastado os primeiros para o plano dos “requisitos”, expurgando assim a classificação de uma matéria que lhe é estranha. De então em diante, a doutrina portuguesa passou a distinguir dentro dos elementos essenciais os que o são do negócio e os que o são do tipo, mantendo todavia a presença de ambos.

Os pandectistas alemães, receptores da classificação, nem sempre distinguiram com muita clareza, como ressalta dos contributos citados de VON TUHR e de DERNBURG. No entanto verifica-se, embora isso nem sempre seja muito claro, que nos “essentialia” só constavam incluídos os atinentes ao contrato

como regulação e que a sua falta só tinha como consequência que o contrato em questão não poderia subsistir como contrato daquele tipo (*dieser Art*). Ainda hoje se pode encontrar essa configuração em FLUME<sup>(163)</sup> ou LEENEN<sup>(164)</sup> que nem referem a invalidade, mas tão-só a diferente qualificação, como consequência da falta dos ou de algum dos "essentialia". Também na doutrina italiana, os "essentialia" são referidos predominantemente a propósito apenas do conteúdo do contrato e como elementos qualificantes do tipo<sup>(165)</sup>, embora COSTANZA, por exemplo, chame a atenção, de entre os "essentialia", também para os requisitos de validade, acabando afinal por afastar por equívoca essa inclusão<sup>(166)</sup>.

Para evitar a incoerência acusada à classificação tripartida, PAULO CUNHA<sup>(167)</sup> abandonou a tripartição e construiu uma classificação quadripartida em elementos "necessários", "específicos", "naturais" e "acidentais". "Necessários", segundo o Autor, são os que a lei exige para a validade de todo e qualquer acto jurídico, subdistinguindo-se em "essenciais", cuja falta acarreta a nulidade, e "habilitantes" cuja falta acarreta a anulabilidade. "Específicos" são os que a lei exige, não para todo e qualquer negócio, mas para cada tipo de negócio jurídico; são os que caracterizam e diferenciam certa espécie. "Naturais" são os que a lei esta-

---

<sup>(163)</sup> FLUME, *Rechtsgeschäft* cit., pág. 80: "Bei den *essentialia negotii* handelt es sich um die Punkte, welche Gegenstand der rechtsgeschäftlichen Regelung sein müssen, damit einer der von der Rechtsordnung anerkannten Rechtsgeschäftstypen vorliegt".

<sup>(164)</sup> LEENEN, *Typus* cit., pág. 122.

<sup>(165)</sup> SANTARELLI, *Contratti irregolari* cit., pág. 171 e segs.; CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto* cit., págs. 192 e segs.

<sup>(166)</sup> COSTANZA, *Il contratto atipico* cit., pág. 211: "Nella nomenclatura più consueta alla dottrina si usa l'espressione "elementi essenziali" per indicare tutte quelle circostanze necessarie sia per la sussistenza di un certo negozio sia per la sua validità". Nas págs. 213 e segs. distingue os elementos essenciais como requisitos de validade e como elementos qualificantes e acaba por restringir os elementos essenciais aos qualificantes.

<sup>(167)</sup> PAULO CUNHA, *Teoria Geral* cit., III, pág. 45 e segs..

belece de acordo com a natureza do negócio, e que se aplicam conforme a vontade das partes, estando formulados em normas supletivas. "Acidentais" são aqueles que em cada caso são introduzidos no negócio jurídico por vontade das partes; subdistinguem-se em "típicos", já elaborados na lei, v.g. a condição, o termo e o modo, e "variáveis", que são criações originais que não correspondem a nenhum conceito já regulado na lei.

A influência de BETTI<sup>(168)</sup> e os defeitos apontados à doutrina dos "elementos do contrato" foram conduzindo ao seu progressivo afastamento. Mantêm-se ainda contudo referências doutrinárias discordantes ou secundárias que não deixam de ser relevantes. Assim, DIAS MARQUES<sup>(169)</sup> afasta-se da doutrina dos "elementos do contrato" e distingue "pressupostos", "estrutura" e "função". OLIVEIRA ASCENSÃO<sup>(170)</sup> refere a classificação sem a adoptar e distingue os elementos "essenciais" como os que são impostos injuntivamente em cada negócio, os "naturais" como os que são trazidos por normas supletivas e "acidentais" como os que são trazidos pela autonomia privada em uso da liberdade de estipulação<sup>(171)</sup>. MOTA PINTO<sup>(172)</sup>, embora não afaste a classificação, acusa a questão e explicita-a com clareza, distinguindo os "elementos essenciais de todo e qualquer negócio", que são os "requisitos ou condições gerais de validade", e os "elementos essenciais de cada negócio típico ou nominado", que são as "cláusulas que contradistinguem um certo tipo negocial dos restantes tipos", as "características próprias de cada modalidade negocial, que a separam dos tipos vizinhos". CARVALHO FERNANDES refere a distinção tripartida e, depois, a quadripartida, de

---

(168) BETTI, *Teoria Geral* cit., II, 67-75, principalmente, pág. 69 em que acusa a classificação de ter sempre assumido "um significado ambíguo, oscilando entre a) elementos constitutivos, b) cláusulas ou disposições das partes, e c) efeitos jurídicos do negócio".

(169) DIAS MARQUES, *Noções Elementares* cit., pág. 61 e segs..

(170) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral* cit., III, pág. 59.

(171) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral* cit., III, pág. 387.

(172) MOTA PINTO, *Teoria Geral* cit., págs. 262-264.

PAULO CUNHA, e acaba por adoptar uma diferente em que reparte a matéria do negócio jurídico em pressupostos, estrutura, conteúdo e função (173).

Também MENEZES CORDEIRO refere a classificação tripartida para a criticar e afastar (174). A propósito do conteúdo do negócio, este Autor distingue "elementos normativos", correspondentes às regras aplicáveis "ex lege" e subdistinguíveis em "injuntivos" e "supletivos", consoante sejam indisponíveis pelas partes ou se destinem a suprir o silêncio ou a insuficiência da estipulação, e "elementos voluntários", subdistinguíveis em "necessários", que correspondem a elementos que, embora na disponibilidade das partes, têm, por elas, de ser fixados, sob pena de incompletude do negócio, p. ex., o preço na compra e venda, e "eventuais", que as partes poderão incluir no negócio apenas se entenderem, p. ex. a condição (175). Para este autor, "o tipo negocial corresponde ao conjunto dos seus elementos normativos e voluntários necessários", o que significa que estão excluídos do tipo "os elementos que, legitimamente, afastem os factores normativos supletivos e os elementos voluntários eventuais" (176).

II. A doutrina dos elementos do contrato tem muito a ver com o tipo e com o processo tipológico.

Os "essenciais", afastado o que neles são "condições ou requisitos gerais necessários para a validade de qualquer negócio jurídico" (177), designam as características "sine quibus non" do conceito classificatório de cada tipo de negócio (178). Trata-se das características cuja verificação é necessária e suficiente para a inclusão e cuja falta é necessária e suficiente para a exclusão. Os

(173) CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral* cit., II, págs. 224 e segs..

(174) MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral* cit., II, pág. 98 e segs..

(175) MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral* cit., II, pág. 227.

(176) MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral* cit., II, pág. 279.

(177) A expressão é de MANUEL ANDRADE, *Teoria Geral* cit., II, pág. 34.

(178) RAÚL VENTURA, *A Conversão* cit., pág. 21, refere-se aos "essenciais negotii" como constituindo o tipo do negócio jurídico.

“essentialia” são os elementos definitórios do conceito, aqueles que constituem a definição daquele tipo de negócio, que o distinguem dos demais. Num processo conceptual-subsumtivo, como é o dos “elementos do contrato”, os elementos essenciais fixam os limites da subsunção e, assim, os critérios do juízo binário de inclusão ou de exclusão. Para a inclusão é necessário e suficiente que no caso se verifiquem todos os elementos essenciais; para a exclusão é suficiente que falte um dos “essentialia”, seja ele qual for. A doutrina dos “essentialia” possibilita uma operação relativamente simples e formalmente exacta do processo da subsunção: fixados os factos e a interpretação do contrato, ou se verificam nele todos os elementos essenciais ou não; a falta de um que seja dos elementos essenciais afasta a subsunção.

Os “naturalia” designam o direito dispositivo do tipo, todas as características que são inerentes ao tipo e que, conjuntamente com os “essentialia”, constituem o tipo jurídico estrutural. Trata-se da disciplina própria e privativa de cada tipo contratual, tido como modelo regulativo, daquela disciplina cuja vigência está implícita no tipo de tal modo que não precisa de ser especialmente clausulada para vigorar, porque é “da natureza dele”<sup>(179)</sup>. Os “naturalia” não abrangem todavia toda a disciplina cuja vigência seja independente de estipulação expressa, mas apenas aquela que decorra do modelo regulativo que é o próprio tipo. Esta precisão é importante para evitar a confusão, dentro dos “naturalia”, da disciplina própria do modelo regulativo do tipo e da disciplina injuntiva ou dispositiva, de ordem pública ou particular, decorrente da intervenção legislativa do Estado e que é alheia ao modelo regulativo típico. De acordo com a doutrina exposta, os “naturalia” vigoram em consequência do juízo de inclusão, da subsunção. É neste ponto que existe uma ligação importante e funcional entre os “naturalia” e os “essentialia”. Verificada a ocorrência no contrato de todos os “essentialia”, opera-se a sub-

---

(179) A expressão é de CORRÊA TELLES, *O Digesto Português* cit., pág. 65: “As cláusulas, que são do costume, subentendem-se estipuladas, se são precisas para a validade do contrato, ou quando sejam da natureza dele”.

subsunção do contrato ao tipo. A subsunção tem como consequência a entrada em vigor dos "naturalia". Neste quadro é possível sustentar um dos dogmas do positivismo legalista em matéria de direito dos contratos: o de que, subsumida a estipulação das partes, tida como matéria de facto, ao conceito definatório da lei, entrariam em vigor, por força da lei, os efeitos que a lei lhe atribui<sup>(180)</sup>. Quer dizer, estipulados os "essentialia", produzem-se os "naturalia" como efeito da lei. A partir deste ponto é fácil construir o relacionamento entre os "essentialia" e os "naturalia" como relação entre previsão e estatuição. Esta configuração do relacionamento entre os "essentialia" e os "naturalia" implica uma cisão entre a estipulação das partes e os efeitos da lei. Esta cisão carece de ser precisada. Os "naturalia" propriamente ditos, aqueles que fazem parte do modelo regulativo do tipo, não são efeitos de lei, porque a sua vigência decorre da escolha pelas partes daquele tipo contratual, são ainda direito convencional. Pode dizer-se que a sua estipulação, embora não expressa, é implícita. A demais disciplina cuja vigência é, por assim dizer, automática e não depende de estipulação especial das partes, mas que não tem a ver com o modelo regulativo do tipo, é de natureza legal e, embora directamente associada ao facto da vigência do contrato, não constitui seu conteúdo ou seu efeito.

Os "accidentalia" definem-se por exclusão de partes. Designam tudo o que seja estipulado e que não constitua elemento essencial ou natural. Para terem vigência precisam de ser estipulados. Os "accidentalia" são o instrumento privilegiado para a construção de contratos atípicos de tipo modificado e podem também configurar subtipos, como sucede no caso da doação modal. Os

---

(180) É neste quadro que MANUEL ANDRADE escreve na *Teoria Geral* cit., II, pág. 35, que "o critério adoptado para a determinação dos *naturalia negotii* é portanto o da relação que intercede entre os efeitos do negócio e o conteúdo da declaração ou declarações de vontade que essencialmente o constituem". Na mesma perspectiva, COSTANZA, *Il contratto atípico* cit., pág. 212, escreve que, para manter a homogeneidade da classificação, devem ser dela eliminados os elementos naturais que se prendem exclusivamente com o momento de eficácia.

“accidentalia” podem ser mais ou menos típicos. Tradicionalmente considerados típicos, a condição e o termo, sendo estipuláveis na generalidade dos tipos, são considerados gerais e por isso são regulados alhures, na parte geral, na companhia dos requisitos e pressupostos, dos chamados elementos essenciais a todos os negócios. Outros elementos acidentais menos típicos configuram subtipos. É o que se passa, na venda com reserva de propriedade, com a modificação do regime da transmissão da propriedade, que fica associada ao pagamento do preço em vez de o estar ao fecho do contrato. Estes elementos acidentais são constituintes de subtipos. A lei tipifica o termo, a condição e o modo, em geral, tomando-os como elementos acidentais típicos relativos à generalidade dos negócios. Outros elementos acidentais menos típicos, ou subtípicos, são regulados a propósito dos subtipos que constituem. Os elementos acidentais atípicos são inseridos nos contratos por estipulação das partes, no exercício da autonomia. O seu conteúdo e regime depende só e apenas da necessidade, da conveniência e da imaginação dos estipulantes, e encontra limites apenas no direito injuntivo e nas cláusulas gerais relativas ao objecto e conteúdo. O seu âmbito e conteúdo são em princípio ilimitados.

Exemplificando com a compra e venda, o Código Civil separa, embora sem nitidez, os “essentialia” dos “naturalia”. Os “essentialia” estão contidos no artigo 874.º: a coisa, o preço e a transmissão da propriedade mediante o preço. Os “naturalia” estão expostos principalmente no artigo 879.º: a transmissão da propriedade da coisa ou do direito, a obrigação de entregar a coisa e a obrigação de pagar o preço. Os demais preceitos relativos à compra e venda subsequentes ao artigo 879.º estabelecem regimes que são, em geral, elementos naturais; em geral são dispositivos e configuram o modelo regulativo típico. No que respeita à doação, os “essentialia” (noção) estão no artigo 940.º e os “naturalia” (efeitos) nos artigos 954.º e seguintes. A distinção entre a “noção” e os “efeitos” traz sempre implícita a classificação.

No sistema exposto, os “essentialia” servem sobretudo para a subsunção e a qualificação, enquanto que os “naturalia” servem

para a integração<sup>(181)</sup>. Os “accidentalia” enquadram o remanescente. É importante ter em atenção que, se os “essentialia” são típicos, os “naturalia” também o são. A cisão entre uns e outros implica uma selecção, dentro dos elementos típicos, entre os que são qualificantes e os que o não são. Uns passam a ser determinantes da subsunção-qualificação e os outros a ser por ela determinados. A cisão nem sempre é clara. No caso da compra e venda, a transmissão da propriedade contra o preço aparece em ambos os lados: como algo que tem de ter sido acordado entre as partes para que o contratado possa ser subsumido à “noção” do artigo 847.º do Código Civil, quer dizer, possa ser qualificado como compra e venda, e como efeito, como consequência jurídica do contrato: a eficácia real. Esta selecção, dentro dos elementos típicos, daqueles que integram a definição, que são qualificantes, que são “essenciais”, é feita por abstracção, nos moldes clássicos da construção dos conceitos classificativos gerais abstractos.

Fixada a selecção dos “essentialia”, como únicos elementos conceptuais-definitórios, como únicos operadores da subsunção e como únicos elementos qualificantes, e relegadas as demais características do tipo contratual para a classe dos “naturalia”, como efeitos do contrato, com eficácia simplesmente regulativa e integrativa, mas não já qualificante, o sistema está pronto para funcionar. Apurado, como matéria de facto, o conteúdo da estipulação das partes através da interpretação, ele é configurado como permissa menor candidata a ser subsumida a uma das várias noções dadas pela lei. Como processo conclusivo, a subsunção insere-se aqui num silogismo, no qual desempenha o papel preparatório da ligação entre a premissa maior, constituída pela “noção” legal do contrato, e a premissa menor, constituída pela estipulação das partes<sup>(182)</sup>. A subsunção opera com base num juízo de implicação: sempre que e só se todos “essentialia” estiverem presentes no estipulado, o contrato, como premissa menor, é subsumido à noção legal, como premissa maior. A con-

(181) FLUME, *Rechtsgeschäft* cit., págs. 80 e 81 e também 611.

(182) FIKENTSCHER, *Methoden* cit., IV, pág. 183.

clusão é a qualificação, a qual tem, por sua vez, como consequência a vigência dos "naturalia" (183) cujo conteúdo seja compatível com a estipulação.

## 11. O processo tipológico: a comparação, a graduação e a analogia

I. O que há de mais importante na viragem do pensamento jurídico para o tipo não é propriamente o tipo em si, mas o pensamento tipológico. As dificuldades de distinção entre tipo e conceito aplanam-se desde que a comparação seja feita entre pensamento conceptual e pensamento tipológico (184). Os tipos e os conceitos são instrumentos diferentes do pensamento do geral, o pensamento conceptual e o pensamento tipológico são modos diferentes de pensar o geral. O pensamento conceptual e o pensamento tipológico são dois tipos de pensamento, dois tipos de processos mentais, de modos de pensar o geral. E porque de tipos se trata, é tão difícil defini-los e é tão fugidia a fronteira entre ambos; só se consegue compará-los e descrevê-los.

A mesma pluralidade pode, em princípio, ser pensada conceptual ou tipologicamente. A mesma realidade pode também ser pensada de modo misto, intermédio, mais tipologicamente ou mais conceptualmente. Todas as graduações, todos os matizes, entre o modo tipológico e o modo conceptual de pensar o geral são, em princípio, possíveis. O conceptual e o tipológico constituem os dois polos de uma série ao longo da qual se vai dando uma transição fluida de modos intermédios, de tal maneira que é difícil ou mesmo impossível traçar uma fronteira segura, colocar um marco de separação, entre o que já não é tipológico e o que já não é concep-

(183) SACCO, *Autonomia* cit., pág. 799 e segs..

(184) HEMPEL/OPPENHEIM, *Typusbegriff* cit. pág. 17; ZIPPELIUS, *Die Verwendung* cit., pág. 232; LEENEN, *Typus* cit., pág. 58; HASSEMER, *Tatbestand und Typus* cit., pág. 113; WESTERMANN, *Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit* cit., pág. 95 e segs..

tual<sup>(185)</sup>. Porque se trata de dois tipos, de dois tipos de modos de pensar, que se relacionam numa série bipolar é tão útil a comparação para a sua apreensão e compreensão. Porque se relacionam numa série bipolar, não é possível descrevê-los e entendê-los sem os contrapor, sem os pôr em presença, sem os comparar. O tipo e o conceito, nesta série bipolar, estão sempre inseparavelmente ligados: "os conceitos sem os tipos são vazios; os tipos sem os conceitos são cegos"<sup>(186)</sup>. Não há que escolher entre o conceito e o tipo, porque eles se completam; há sim que perguntar como podem uns e os outros ajudar a compreender e a exercer melhor o Direito<sup>(187)</sup>.

Em concreto, o pensamento de um geral pode aproximar-se mais de um processo conceptual ou de um processo tipológico consoante o modo como aquele geral se expresse e se actue. A sobrevalorização de uma das características sobre as outras, a redução das características determinantes e uma maior fixação do seu número fazem aproximar ao conceito. Ao contrário, a maior graduabilidade das características e da sua ordenação, a infixidez do seu número e a sua dispensabilidade e substituibilidade aproximam ao tipo. Por isso se pode dizer com verdade que a definição fecha o tipo e o aproxima do conceito, conceptua a realidade a que se refere. Inversamente, a descrição aproxima ao tipo<sup>(188)</sup>.

---

<sup>(185)</sup> Bom exemplo desta dificuldade em fixar uma fronteira entre o tipo e o conceito são as diferentes abordagens de HASSEMER, para quem os tipos de crime são ainda tipos, e de STRACHE, para quem a definição exclui já a natureza tipológica, ou de LEENEN, para quem os Gattungstypen de STRACHE são conceitos. A dificuldade torna-se mesmo patente na crítica feita à concepção de PESCHKA por KAUFMANN in: *Analogie* cit., pág. 76.

<sup>(186)</sup> KAUFMANN, *Analogie* cit., pág. 51: "Begriffe ohne Typen sind leer; Typen ohne Begriffe sind blind". Em *Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik* cit., pág. 253 e segs., o Autor propõe uma visão bidimensional que se desdobra, por um lado, numa dimensão horizontal, racional-categorial e conceptual-abstracta e, por outro, uma dimensão vertical, intencional-metafórica ou simbólica-intuitiva. Estas duas "dimensões", que são integrantes, correspondem aos modos conceptual e tipológico de ver e de entender o Direito.

<sup>(187)</sup> KOLLER, *Typuslehre* cit., pág. 27.

<sup>(188)</sup> Neste sentido, também, CASTANHEIRA NEVES, *Questão de Facto* cit., pág. 257 (7).

A opção por uma maior conceptualização ou por uma maior tipificação depende acima de tudo do que se pretenda, do modo como se queira operar e utilizar aquele geral, da finalidade concreta do processo. O conceito e o pensamento conceptual são particularmente hábeis para delimitar com firmeza, para classificar com clareza, para subsumir com segurança e univocidade<sup>(189)</sup>; o tipo e o pensamento tipológico são expressivos e informativos, são úteis para a apreensão dos conteúdos, do sentido, da "natureza da coisa"<sup>(190)</sup>. Consoante se pretenda subsumir, classificar ou delimitar com segurança e exactidão, ou antes se queira apreender a verdade interna, o sentido próprio ou a razão de ser de um certo conjunto, optar-se-á por um pensamento mais conceptual ou mais tipológico.

Os tipos de crimes são um exemplo eloquente da utilidade e conveniência, da necessidade e da vontade, de fechar os tipos e de delimitar os catálogos de acções criminosas quando é preciso assegurar o princípio "nullum crimen sine lege"<sup>(191)</sup>, como mandamento de justiça e de segurança, de modo a dar certeza e sindicabilidade à aplicação da lei penal. Assim, o artigo 18.º do Código Penal considera expressamente inadmissível a "analogia ou indução por paridade ou maioria de razão para qualificar qualquer facto como crime, sendo sempre necessário que se verifiquem os elementos essencialmente constitutivos do facto criminoso, que a lei especialmente declarar". Mas, se os tipos de crime devem ser acentuadamente fechados e firmes quando se trata de incriminar, de julgar e de eventualmente condenar alguém, já os tipos de crimes e de criminosos podem ser francamente abertos quando se trata de estudar em criminologia ou em sociologia as

---

(189) Neste sentido e a propósito dos problemas da definição no Direito, LEON HUSSON, *Nouvelles Études* cit., pág. 260.

(190) KAUFMAN, *Analogie* cit., pág. 44 e segs..

(191) CAVALEIRO DE FERREIRA, *Tipicidade* cit., págs. 105 e segs. e *Direito Penal Português* cit., págs. 90-96 e 103-105; KAUFMANN, *Analogie* cit., pág. 6; HASSEMER, *Tatbestand und Typus* cit., pág. 163; MAIWALD *Bestimmtheitsgebot*, cit., pág. 140 e segs.; ROXIN, *Teoria del Tipo Penal* cit., pág. 170.

situações criminógenas e os modos de delinquir, quer para a prevenção ou repressão do crime, quer para a recuperação do delinquente ou para a sua reinserção na sociedade, quer ainda para, em trabalhos preparatórios, modificar o desenho dos tipos de crimes dos códigos penais ou inserir neles novos tipos<sup>(192)</sup>. O carácter fechado dos tipos de crimes não decorre de uma sua especial natureza, mas antes e só da cautela, do cuidado, da certeza e da segurança que os princípios "nullum crimen sine lege" e "in dubio pro reo" exigem<sup>(193)</sup>. O juízo positivo ou negativo de correspondência tem consequências de tal modo graves que se entende preferível deixar um criminoso impune a castigar um inocente. Por isso, os tipos criminais são, nesta área, fechados de modo a só deixar dentro do tipo aquilo que é francamente criminoso. As zonas periféricas do tipo, as acções menos típicas ou mesmo atípicas são deixadas de fora.

Nos tipos de direitos reais a problemática que está na origem de um certo fecho dos tipos é diferente. A tipicidade dos direitos reais decorre historicamente do movimento de desvinculação da terra e da propriedade, consequência da Revolução Francesa e das revoluções e evoluções liberais burguesas que lhe estão

---

(192) HANS J. WOLFF, *Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft* cit., págs. 202 e segs.

(193) BAPTISTA MACHADO, *Introdução* cit., pág. 327; HASSEMER, *Tatbestand und Typus* cit., pág. 164: "§ 2 StGB besagt nicht die Garantie eines bestimmten Auslegungsergebnisses, sondern die Garantie der Beachtung von Begrenzungen der Auslegung in einer bestimmten Richtung (nämlich zuungunsten des Täters)"; CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal* cit., I, pág. 8, refere que o princípio da legalidade em direito penal, donde decorre o carácter acentuadamente fechado dos tipos de crime, constitui uma "reação ao arbítrio judicial" e no mesmo sentido se pronuncia em *Direito Penal* cit., pág. 105. No parágrafo 14 da *Introdução* ao Código Penal pode ler-se, no mesmo sentido, que a "rigorosa definição dos elementos do tipo" é "garante da liberdade dos cidadãos" e que "por isso, a ilicitude, numa certa visão das coisas, tem de estar informada pela determinação típica e evitar a utilização de cláusulas gerais e tipos abertos". Ainda no mesmo sentido, ZITELMANN, *Lücken im Recht* cit., pág. 17.

aparentadas, representou um modo de assegurar fluidez ao capital, de enfraquecer as estruturas económicas do "Ancien Régime" e o seu poder político, e de consolidar a nova força da burguesia dominante (194). A sua justificação começou por ser ideológica e é hoje pouco mais que tradicional (195). Como não tem a ver com a liberdade das pessoas, mas apenas com a dos bens, as consequências do juízo de correspondência não são já tão graves e dramáticas como as que envolvem os tipos penais. As afectações de bens que são excluídas dos tipos de direitos reais não são cominadas com invalidade ou com qualquer outra sanção, são apenas qualificadas de obrigacionais (196). Por isto, a tipicidade dos direitos reais é acentuadamente menos rígida e conceptual, por isto os tipos de direitos reais são mais abertos que os de crimes (197).

Os tipos legais de contratos privados são modelos regulativos que o legislador na maior parte dos casos recolheu da prática (198). A utilidade da sua tipificação nada tem a ver com a dos tipos

---

(194) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Tipicidade* cit., pág. 73-75; COSTANZA, *Il contratto atípico* cit., pág. 119 e segs.; NATUCCI, *Tipicità* cit., I, págs. 44, 170 e segs.; OURLIAC/MALAFOSSE, *Droit Romain* cit., págs. 155 e segs.

(195) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Observações ao Projecto de Código Civil* cit., págs. 229-230 e *Tipicidade* cit., pág. 76 e segs., critica os argumentos hoje invocados a favor da tipicidade dos direitos reais e propõe o seu abandono. Muito interessante é a crítica feita por COSTANZA, *Il contratto atípico* cit., pág. 119 e segs., no direito italiano, ao princípio da tipicidade dos direitos reais e a proposta de solução alternativa com base no juízo de mérito por analogia com a problemática de licitude dos contratos. No mesmo sentido de COSTANZA, também BROCCA/LOLLI, *Multiproprietà* cit., pág. 64.

(196) É esse o sentido do artigo 1306.º do Código Civil ao determinar que "toda a restrição (ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei) resultante de negócio jurídico (...) tem natureza obrigacional". Sobre o assunto, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Tipicidade* cit., pág. 330. No direito italiano, o princípio da tipicidade dos direitos reais é construído a partir do art. 1372.º do Codice Civile que veda a eficácia perante terceiros dos contratos fora dos casos previstos na lei. cfr. NATUCCI, *Tipicità* cit., I, pág. 161 e II, pág. 5.

(197) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Tipicidade* cit., pág. 62 e 331, considera os tipos de direitos reais tipos abertos.

(198) LARENZ, *Schuldrecht*, cit., II/1, pág. 4.

criminais ou dos tipos de direitos reais. A tipologia legal de contratos privados não esgota os tipos contratuais; para além dos contratos tipificados na lei, outros existem tipificados na prática e as partes podem construir os contratos atípicos que lhes aprouver, dentro da área do lícito. A função desempenhada pela tipificação é aqui, pois, muito diferente. Consiste principalmente em simplificar a contratação, fornecendo às partes modelos dos contratos mais importantes ou mais frequentes, construídos de modo equilibrado e de acordo com o que é típico contratar na prática. A função da tipificação é pois de simplificar o processo da contratação, de equilibrar o conteúdos dos contratos através do direito do tipo e de acordo com os critérios de justiça do sistema, e de integrar as estipulações das partes do modo como o contrato é usual e tipicamente celebrado<sup>(199)</sup>.

A designação dos modelos de contratos pode ser feita conceptualmente, através da sua definição, da fixação das características necessárias e suficientes para a qualificação, ou tipologicamente, pela sua descrição, ou de modo intermédio, mais conceptual ou mais tipológico.

Na construção dos tipos contratuais legais não há necessidade de definir. A definição só é necessária quando é preciso estabelecer limites exactos, claros e firmes para um conceito, quando se pretende criar condições para uma subsunção que não deixe lugar para dúvidas, quando interessa possibilitar um juízo binário de sim ou não. No que aos tipos contratuais respeita, a definição não é necessária. Na verdade, o juízo positivo ou negativo de correspondência de contratos concretos aos tipos contratuais legais ou a algum deles não envolve uma gravidade de consequências como a do juízo de correspondência aos tipos penais; o contrato que não corresponda a nenhum dos tipos legais é simplesmente atípico.

A definição dos tipos contratuais legais, além de desnecessária, é inconveniente. A fixação injuntiva das características dos tipos contratuais legais em termos tais que a sua verificação

---

(199) PIERRE TERCIER, *Des législateurs inconnus* cit., pág. 50.

seja suficiente para, sem mais, operar uma subsunção, e que a falta de um deles que seja tenha como consequência, sem mais, a exclusão, acarretaria uma rigidez excessiva para o funcionamento do sistema contratual. Esta rigidez traduzir-se-ia, em primeiro lugar, na possibilidade de uma dupla ou múltipla subsunção sempre que o contrato concreto correspondesse a mais do que uma definição; em segundo lugar, no desrelacionamento total com o tipo, no caso dos contratos quase-típicos, dos contratos em que se verificassem quase todas as características da definição; e, em terceiro lugar, dificultaria a distinção, dentro dos contratos subsumidos a um dos tipos, de acordo com outras características não incluídas na definição, impediria a consideração de características adicionais, não contempladas no tipo legal, e que fossem susceptíveis de influenciar ou modificar o regime nele contido. A definição dos tipos contratuais legais na lei reduz acentuadamente o nível de informação próprio dos tipos correspondentes, é redutora.

O facto de ser usual a definição dos tipos contratuais na lei é uma consequência da tradição metodológica subsuntiva herdada do positivismo, dentro da qual o legislador se esforça por definir e classificar com a exactidão própria das ciências naturais. O modo como os modelos de contratos estão configurados na lei, conceptualmente definidos ou tipologicamente descritos, não é determinante do método a utilizar. Não é importante discutir sobre se no articulado da lei está um tipo ou um conceito. O fecho dos tipos contratuais na lei, através da sua definição, não obriga a que o seu tratamento seja necessária e exclusivamente conceptual-subsuntivo.

A definição implica sempre a abstracção de uma maior ou menor parte da realidade designada e, assim, uma incompletude, uma redução. O conceito assim definido precisa, para ser utilizado, de ser recompletado, de ser reconstituído. A reconstituição faz-se através da referência ao tipo que está por trás do conceito e a partir do qual a definição foi construída, faz-se pela re-abertura do tipo<sup>(200)</sup>. Trata-se de um processo de “desabstracção”, de

---

(200) KAUFMANN, *Analogie* cit., pág. 76: “Im Rechtsfindungsverfahren muß der abstrakte Allgemeinbegriff zum Typus *geöffnet* werden (extensio!),

reconstituição. Este processo de reconstituição por referência ao tipo é imprescindível para permitir a utilização do tipo como modelo de regulação completo.

O carácter redutor das definições<sup>(201)</sup> legais ou permite a subsunção formal aos conceitos definitórios de contratos que não correspondem aos tipos que estão por detrás das definições, ou inversamente exclui-a em contratos que podem ser claramente típicos. São bons exemplos deste facto a doação e a sociedade. A definição legal de doação permite a subsunção formal de todas as "doações" gratuitas, designadamente aquelas feitas para promoção de bens de consumo, que não correspondem ao tipo extra-legal, ao tipo real normativo, da doação, o que se torna patente perante o absurdo que seria permitir nesses casos a revogação por ingratidão. O conceito de sociedade constante do artigo 980.º do Código Civil, ao incluir como nota o exercício em comum de certa actividade, exclui formalmente da subsunção as sociedades anónimas<sup>(202)</sup> e grande número de sociedades por quotas em que geralmente não há exercício em comum do escopo da sociedade<sup>(203)</sup>. As dificuldades decorrentes do carácter redutor das definições legais dos contratos ultrapassam-se através do recurso ao método tipológico e da referência aos tipos subjacentes.

Por detrás dos conceitos e das definições de doação e de sociedade do Código Civil estão os respectivos tipos contratuais.

---

damit diesem der Fall "zugeordnet" werden kann". No mesmo sentido LARENZ, *Metodologia (1)* cit., pág. 549 e, na perspectiva dos tipos de crime, HASSEMER, *Tatbestand und Typus* cit., págs. 110-111. LEENEN, *Typus* cit., pág. 171 e 175, considera que as definições legais dos modelos contratuais devem ser directamente utilizadas tipologicamente, como tipos abertos, não obstante constarem na lei configuradas como conceitos. Sobre o assunto v. também KUHLEN, *Typuskonzeptionen* cit., pág. 164, embora este autor se manifeste contrário a qualquer destas práticas.

(201) Sobre a questão da incompletude e das deficiências das definições legais dos tipos contratuais, v. WESTERMANN, *Vertragsfreiheit* cit., pág. 106.

(202) GALGANO, *História do Direito Comercial* cit., pág. 173; MEIER-HAYOZ, *Zur Typologie im Aktienrecht*, cit., pág. 243 e segs..

(203) BRITO CORREIA, *Direito Comercial* cit., II, pág. 18 e segs..

Estes tipos, tipos jurídicos estruturais, são em simultâneo tipos reais normativos, médios ou de frequência, e tipos ideais, quer dizer, são tipos construídos a partir da prática da vida contratual e da cultura jurídica.

A doação, tanto na prática como na teoria, ultrapassa em sentido a simples unilateralidade económica, gratuidade, liberalidade. Tal como se faz na prática, como tipo real normativo, a doação implica e traz consigo uma especial atitude do doador perante o donatário, atitude de carácter afectivo que justifica e funda, que causa, a faculdade de resolução em caso de ingratidão. A doação é um acto desprendido, mas é também um acto de caridade, de misericórdia, de solidariedade, afectividade<sup>(204)</sup>.

---

(204) No direito romano, SEBASTIÃO CRUZ, *Da Solutio* cit. págs. 192-193, distingue: "*Datio* não se deve confundir do *donatio*. *Datio*, proveniente de *dare*, significa *dação* (v. g. *dação* em pagamento) i. e. a consequência de alguém ser tornado ou feito dono da coisa. É o resultado de *dare*. *Donatio*, proveniente de *donare*, significa *doação*, quer dizer, oferecimento; constitui o resultado de *doar*. A *donatio* é, pois, uma *doni datio* e não uma simples *datio*". No direito intermédio, DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel* I, 1, 5, 6, sente dificuldades em adaptar a doutrina do "*vestmentum*" à doação, tomada agora já como tipo contratual, e acaba por fixar a causa no intento, escrevendo: "L'engagement de celui qui donne, a son fondement sur quelque motif raisonnable et juste, comme un service rendu, ou quelqu'autre merite du donataire ou le seul plaisir de faire du bien. Et ce motif tien lieu de cause de la part de celui qui reçoit et ne donne rien". Este escrito de DOMAT, que ficou célebre como introdutor da concepção subjectiva da causa, é exemplar de que a doação, a ser tida como tipo contratual e não como causa típica, só consegue ser causada subjectivamente pela intenção do doador e do donatário. A adaptação do sistema objectivo de causas "*do ut des*", "*do ut facias*", "*facio ut facias*" e "*facio ut des*", próprio do direito intermédio só poderia ser actuado "*do ne des*", "*do ne facias*", etc. v. CALERA, *Estructura y Función* cit., pág. 452. POTHIER, *Oeuvres... Traité des donations entre vifs*, VII, II, Art. III, 1, na mesma linha de DOMAT, afirma como causa da doação a liberalidade. v. CALERA, *Estructura y Función* cit., pág. 474. É a "liberalidade" de POTHIER que está na origem do "espírito de liberalidade" do artigo 940.º do Código Civil. A lei *Das Doações, que se podem revogar por causa da ingratidão* que constitui o Título LXX do Livro IV das Ordenações Afonsinas começa com um texto esclarecedor: "Antre todos los pecados estranharem sempre os homees

A dação que um qualquer comerciante faz de artigos do seu comércio, por exemplo, nas portagens das auto-estradas, como é frequente acontecer, com o intuito de divulgar uma nova linha desses produtos, é economicamente unilateral e gratuita, mas é egoísta, não é altruísta, é feita sem afectividade, sem caridade, sem solidariedade. Este acto não é portanto uma doação, mas uma dação atípica. O legislador teve noção do excesso de amplitude da definição que deu de doação no artigo 940.º do Código Civil e por isso excluiu expressamente a renúncia a direitos, o repúdio da herança e os donativos conformes aos usos sociais. Mas aí excedeu, também, a sua intenção porque nada impede que a renúncia a direitos, por exemplo, seja feita "donandi causa". A comparação com o tipo real normativo da doação e com o correspondente tipo jurídico estrutural permite a apreensão da totalidade do sentido do "espírito de liberalidade" do artigo 940.º do Código Civil, sentido que é o de uma especial afectividade que se não satisfaz com a mera gratuidade nem com o simples desinteresse económico. É importante todavia não perder de vista que esta afectividade, como característica do tipo, é graduável e, como tal, pode nos casos concretos ser maior ou menor.

Na questão sobre a aplicação da regulação do tipo a um concreto contrato celebrado é necessário desenvolver um processo de comparação, de contraposição entre o tipo jurídico estrutural, o tipo real normativo e o contrato concreto<sup>(205)</sup>.

Para a comparação é preciso, em primeiro lugar, apreender o tipo jurídico estrutural na sua totalidade. Este primeiro passo é

---

muito o pecado da ingratidooe: e esto nom sem razom; ca per geral evidencia do feito se mostra que todolos homees naturalmente amam quem lhes faz bem, e desejam reconhecer o beneficio recebido, porque esto procede da naturaleza, que os costrange naturalmente pera ello; e se algum faz o contrairo, parece haver pecado contra Direito Natural, pois peca contra aquello, que a naturaleza". Ainda sobre a causa da doação, como contrato, FLUME, *Rechtsgeschäft* cit., págs. 171-173; GOYTISOLO, *Donacion, Condicion y Conversion Juridica Material* cit., pág. 326; VENEZIAN, *La causa dei contratti* cit., págs. 78 e 81; BESSONE/ROPPA, *La causa nei suoi propili attuali* cit., pág. 7.

(205) STRACHE, *Standards* cit., pág. 53.

importante porque muitas vezes a configuração do tipo jurídico estrutural não consta integral, nem sequer fielmente, das normas definitórias com que o legislador usualmente inicia a regulação do tipo. A configuração verdadeira do tipo jurídico estrutural só se apreende a partir da análise de todo o regime do tipo. Esta visão total não dispensa a análise pormenorizada de regimes e preceitos concretos nem a síntese do sentido global. O entendimento da regulação do tipo feita desta maneira permite desde logo evitar equívocos decorrentes de definições defeituosas. No caso já analisado da doação, o regime da revogação por ingratidão permite explicitar o sentido da liberalidade. No caso da sociedade, a análise comparativa dos regimes das sociedades civis e das sociedades comerciais torna claro que a definição do artigo 980.º do Código Civil é adequada apenas às sociedades civis e não já às sociedades comerciais<sup>(206)</sup>. O conceito de doação do artigo 940.º do Código Civil deve ser modelado, de modo a incluir no correspondente tipo jurídico estrutural apenas as doações "donandi causa" e o conceito de sociedade do artigo 980.º do Código Civil de ser alargado de modo a incluir no tipo jurídico estrutural de sociedade também as sociedades comerciais, principalmente as chamadas sociedades de capitais.

Depois de apreendido na totalidade do seu regime, o tipo jurídico estrutural deve ser posto em presença e comparado com o tipo real normativo que lhe está subjacente. Esta ligação é importante, principalmente no campo dos contratos, para ir buscar à prática e recolher nela o sentido do tipo, o modo de ser da sua juridicidade. Os contratos não recebem a sua juridicidade da lei e, por isso, tanto valem juridicamente, em princípio, os típicos como os atípicos. O tipo real normativo do contrato em questão é encontrado em duas áreas: a usual e a cultural. Quando as pessoas decidem fazer uma doação ou entrar em sociedade, por exemplo, fazem-no tendo presente no espírito uma ideia do que seja doar ou do que seja uma sociedade. Esta ideia traduz um pré-entendimento que tem origem, por um lado, na consciência dos

---

(206) BRITO CORREIA, *Direito Comercial II* cit., pág. 6 e segs..

usos e das práticas correntes – tipo real de frequência – e, por outro, num sedimento cultural adquirido com a aprendizagem proporcionada pela vida e por uma educação que poderá ser especialmente jurídica ou não – tipo ideal lógico. Em ambos os vectores não há uma indiferença valorativa. Tanto o tipo real de frequência como o tipo ideal lógico, para serem completos, para terem integralidade (*Ganzheitlichkeit*), têm de exprimir também a componente de dever ser que, quer na prática quer na cultura, impregna o tipo em questão<sup>(207)</sup>. O tipo real normativo é um misto de realidade e de valor, de ser e de dever ser, é simultaneamente um “ser que deve-ser” e um “dever-ser que é”.

Finalmente o contrato concretamente celebrado deve ser posto em presença de ambos o tipo real normativo e o tipo jurídico estrutural. O comportamento privado em questão, a regulação estipulada não é igual, quer ao tipo jurídico estrutural, quer ao tipo real normativo. Como demonstra KAUFMANN<sup>(208)</sup>, a igualdade não existe fora da lógica; na vida pode haver semelhança e dissemelhança, mas não há com certeza igualdade. A semelhança é uma síntese de igualdade e desigualdade<sup>(209)</sup>. O semelhante não é totalmente igual e

---

(207) KAUFMANN, *Analogie* cit., pág. 46, “Wertfreie Lebenssachverhalte und vom Sein losgelöste Werte sind reine Gedankengebilde, aber keine Realitäten (...)”.

(208) KAUFMANN, *Analogie* cit., pág. 29 e segs. e pág. 33.

(209) PESCHKA, *Typus und Analogie im Recht* cit., págs. 89 e 99, na perspectiva da adaptação à dialética marxista da doutrina tipológica de ARTHUR KAUFMANN no que concerne à relação entre o tipo e a analogia, exprime a relação de semelhança com recurso à expressão Hegeliana “die Identität der Identität und Nichtidentität”. Para a crítica desta concepção de PESCHKA, v. KAUFMANN, *Analogie* cit., págs. 75-76. Para ZITTEL, *Der Typus in der Geschichtswissenschaft* cit., pág. 379, os tipos só podem ser utilizados na historiografia em termos de semelhança de situações históricas, do mesmo modo que, para K. LOTHAR WOLF, *Urbildliche Betrachtung* cit., pág. 366, nas ciências da natureza, o recurso ao tipo deve ser feito em termos de semelhança de configuração (*Bauplan*), uma vez que nunca nesse campo se encontra igualdade, mas apenas uma relação de analogia sob a qual é compreendida a semelhança na dissemelhança; “Nie finden wir Gleiches in einer anderen Schicht wieder, immer aber Analoges, wenn unter Analogie die Ähnlichkeit in der Unähn-

também não é totalmente diferente. A semelhança é graduável numa série que tem como polos a igualdade e a desigualdade. Postos em presença o caso e o tipo, tipo este enriquecido na unidade comparativa do tipo real normativo e do tipo jurídico estrutural, tornar-se-ão patentes semelhanças e dissemelhanças ou desvios. Verificadas as semelhanças, importa saber qual a relevância dos desvios existentes entre o caso e o tipo <sup>(210)</sup>.

O processo comparativo é analógico e problemático <sup>(211)</sup>. No sentido que lhe é dado pelas investigações de KAUFMANN, a analogia não se restringe ao preenchimento das lacunas e alarga-se a todo o processo aplicativo do Direito. Partindo do princípio de que o juízo aplicativo nunca se funda numa igualdade entre o caso e a norma, mas quanto muito numa semelhança, toda a aplicação do Direito é analógica e assenta numa maior ou menor semelhança. A semelhança pressupõe uma comparação entre o caso e a norma. No âmbito dos tipos contratuais legais, a comparação faz-se entre o concreto contrato em questão e o tipo jurídico estrutural.

A comparação pressupõe um critério de igualdade ou de desigualdade que permita ajuizar sobre a semelhança e dissemelhança e avaliar a relevância dos desvios que existam, quer dizer, um critério de similitude. Subjacente à comparabilidade deverá subsistir uma “premissa latente” que a possibilite e que se traduz pela identidade de “ratio juris” <sup>(212)</sup>, por uma comunidade de sentido <sup>(213)</sup>. O sentido, como critério de comparação, não é, ou só raramente será, unidimensional. Um tipo jurídico estrutural de

---

lichkeit verstanden wird”. Sobre o problema da *semelhança* na perspectiva da doutrina tipológica, TROLL, *Biomorphologie und Biosystematik als typologische Wissenschaften* cit., págs. 377 e segs., distingue duas modalidades de semelhança: a semelhança interna, ou homologia, em que existe igualdade de configuração com diferença dos elementos, como entre os braços dos homens e as asas das aves, e externa, ou analogia, em que a própria configuração é diferente mas existe comunidade de função.

<sup>(210)</sup> ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl* cit., pág. 182.

<sup>(211)</sup> ZIPPELIUS, *Die Verwendung* cit., pág. 233.

<sup>(212)</sup> LARENZ, *Metodologia (2)* cit., pág. 462.

<sup>(213)</sup> KAUFMANN, *Analogie* cit., págs. 34-36.

contrato contém em princípio uma pluralidade de aspectos e características relevantes. Cada uma destas características e aspectos traz em si uma tensão valorativa que só pode ser apreendida totalmente no quadro global em que se interrelaciona. A colocação frente a frente do caso e do tipo permite ajuizar as semelhanças e os desvios no quadro global da configuração e do sentido, quer do caso, quer do tipo <sup>(214)</sup>.

Os desvios possíveis podem consistir na ausência no caso de uma ou mais das características do tipo ou na existência no caso de características ou aspectos que no tipo se não encontrem, na diversidade de peso ou de importância de características nos quadros do tipo e do caso, ou de desvios na sua configuração ou interrelação <sup>(215)</sup>. Pode consistir em todas ou algumas destas divergências. Os desvios de sentido não são algo que possa ser deixado simplesmente à sensibilidade, ao "sensus juridicus" <sup>(216)</sup> do jurista ou do aplicador, à intuição; nem a um pré-juízo predicativo assente nos usos, na cultura ou numa especial aprendizagem jurídicas <sup>(217)</sup>. O pré-juízo possibilita uma seleção inicial dos tipos jurídicos estruturais de primeira referência, é um ponto de partida, um processo introdutório que exige um tratamento subsequente exigente, mentalmente fundado, de verificação e comparação de todos os aspectos e características relevantes.

O caso em questão pode corresponder ao cerne do tipo. Este caso terá presentes todas as características do tipo, na intensi-

---

<sup>(214)</sup> ZIPPELIUS, *Methodenlehre* cit., págs. 65-72, e *Die Verwendung* cit., pág. 235, e LEENEN, *Typus* cit., pág. 178, preferem referir a comparação a casos indubitáveis ou indubitavelmente típicos (zweifellos, zweifelsfrei typische Fälle). O recurso a casos indubitavelmente típicos para a comparação não é substancialmente diferente do recurso ao tipo jurídico estrutural; trata-se de casos, segundo ZIPPELIUS, loc. cit., que estão no cerne do tipo ou que representam uma sua forma plena.

<sup>(215)</sup> HEYDE, *Ein Beitrag* cit., págs. 239 e segs. O processo proposto por HEYDE está muito próximo da lógica fluida (fuzzy logic), se é que se não integra mesmo nela.

<sup>(216)</sup> BAPTISTA MACHADO, *Introdução* cit., pág. 312 e segs..

<sup>(217)</sup> MENEZES CORDEIRO, *A impossibilidade moral* cit., págs. 98.

dade e interrelacionamento típicos e o sentido próprio do tipo. A sua regulação poderá então ser a correspondente ao modelo regulativo do tipo e a concretização da sua disciplina não suscitará em princípio problemas. Tratar-se-á então de um caso francamente típico. Os casos francamente típicos são os mais frequentes na prática porque é, em princípio, a partir deles que os tipos jurídicos estruturais são configurados. Os casos francamente típicos são porém os menos frequentes na controvérsia, porque são os que levantam menos dúvidas e problemas. Os casos que suscitam questões e controvérsias no Direito são geralmente casos menos típicos, periféricos, ou mesmo atípicos. Para a sua comparação com o tipo é útil seguir o método introduzido por HEYDE na explicitação do tipo<sup>(218)</sup>.

O tipo jurídico estrutural pode ter várias características relevantes, por exemplo, cinco, graduáveis, também por exemplo, em cinco graus e configuradas de certa maneira. Esse tipo, explicita-o HEYDE como modelo seguinte:

$$T = (a5 + b5 + c5 + d5 + e5 + f5)$$

O caso em questão pode configurar-se, em concreto, de várias maneiras, consoante as suas características concretas:

$$C1 = (a3 + b4 + c5 + d5 + e4 + f3)$$

$$C2 = (a2 + b3 + c5 + d5 + e3 + f2)$$

$$C3 = (a0 + b2 + c5 + d5 + e3 + f0)$$

$$C4 = (a0 + b0 + c5 + d5 + e0 + f0)$$

Neste modelo, as variações e desvios são apenas de ponderação das características típicas. O caso *C1* é mais típico que *C2*, este é mais típico que *C3* que, por sua vez, é mais típico que *C4*.

(218) Os modelos a seguir utilizados correspondem, com pequenas modificações, aos utilizados por HEYDE, *Ein Beitrag*, cit., págs. 239 e 244. As modificações foram introduzidas por razões práticas e de simplificação, e não têm significado substancial.

As variações e desvios podem ter a ver com a verificação ou não verificação em concreto de características típicas e com a sua substituibilidade por outras:

$$\begin{aligned} T &= (a + b + c + d + e + f) \\ C1 &= (b + c + d + e) + X1 \\ C2 &= (a + c + d + f) + X2 \\ C3 &= (a + c + d + e) + X3 \end{aligned}$$

Neste modelo, a questão que se põe, na comparação, é a de aferir se e em que medida se podem ordenar no tipo casos em que faltam características típicas e se verificam características atípicas ( $X1$ ,  $X2$  e  $X3$ ); e também a de decidir das modificações do regime jurídico do tipo que a variação irá implicar.

Os dois modelos não se excluem reciprocamente. É possível e não será raro acontecer que ambos os desvios ocorram em situações configuráveis como o modelo seguinte:

$$\begin{aligned} T &= (a5 + b5 + c5 + d5 + e5 + f5) \\ C1 &= (a3 + b0 + c4 + d5 + e4 + f3) + X1 \\ C2 &= (a2 + b5 + c0 + d3 + e3 + f4) + X2 \\ C3 &= (a1 + b3 + c2 + d3 + e1 + f0) + X3 \end{aligned}$$

Neste modelo, a ordenação opera com dois vectores de variação: com diferenças de ponderação de características e com a falta e eventual substituibilidade de características. As características ponderadas com o peso 0 estão ausentes do caso. As características  $X1$ ,  $X2$  e  $X3$  verificam-se no caso, mas não no tipo jurídico estrutural.

Os modelos expostos não prevêem as variações ou desvios na configuração. Tal sucede, não porque sejam irrelevantes, mas porque complicaria demasiadamente o modelo. A configuração tem a ver com o modo como se interrelacionam as características do tipo e pode ela ser também mais ou menos típica. Na ordenação no tipo há também que comparar a configuração do caso com a configuração do tipo e aferir, face aos eventuais desvios, sobre o direito a aplicar.

Verificados os desvios, na comparação, cabe então partir para a tarefa de ajuizar das suas consequências. O regime próprio de cada tipo jurídico estrutural é indissociável das suas características. Cada uma das características do tipo tem ligada a si uma certa parcela ou aspecto do regime do tipo. A inexistência, no caso, de uma característica conduzirá à não vigência da parcela de regime que lhe está ligada. Se a característica típica se verificar, mas com uma intensidade diminuída, o regime correspondente terá uma vigência proporcionalmente reduzida. Se, ao contrário, a característica típica se verificar no caso de um modo especialmente intenso, assim o regime que lhe é próprio terá uma vigência mais intensa. Tomando como exemplo a doação, é fácil de verificar que a característica da afectividade está ligada indissolúvelmente à revogabilidade por ingratidão assim como, na sociedade, a característica do exercício em comum está ligada à proibição da concorrência.

O modelo pode ser progressivamente sofisticado de modo a exprimir e explicitar cada vez melhor e mais informativamente o quadro comparativo. Para comparação do caso com o tipo é necessário, como se viu, proceder também à comparação do conceito definitório da lei com o tipo jurídico estrutural e este com o tipo real normativo. Daí pode resultar que os desvios se situem em planos diferentes. Para a explicitação de casos destes é possível configurar um modelo mais sofisticado:

$$T = a5 + b5 + c5$$

$$C = a4 + b0 + c6 + x3 + y5 + z8$$

Neste caso, na comparação do caso *C* com o tipo *T* verifica-se que a característica *a* do caso é um pouco menos intensa e a característica *c* é um pouco mais intensa do que é típico, e que no caso falta a característica *b*. Verificam-se também no caso as características *X*, *Y* e *Z*. As características *X* e *Y* foram encontradas na comparação entre o conceito definitório da lei, o tipo jurídico estrutural e o tipo real normativo. A característica *X* surgiu, por exemplo, na comparação do conceito definitório legal com o tipo jurídico estrutural e a característica *Y* na comparação do tipo

jurídico estrutural com o tipo real normativo. A característica *Z*, por sua vez é atípica, mas é relevante em termos de exigibilidade concreta e de boa-fé. A característica *X* tem uma intensidade reduzida, a característica *Y* a intensidade típica e a característica *Z* é muito intensa.

A partir deste quadro pode partir-se para a descoberta do regime do caso. O regime ligado à característica *a* aplica-se com uma pequena redução de intensidade, o que está ligado à característica *b* não se aplica e o que está ligado à característica *c* aplica-se com intensidade ligeiramente superior à que consta do regime típico. A disciplina donde decorreu a descoberta da característica *X*, disciplina que se encontrou no regime do tipo jurídico estrutural mas não teve reflexo no conceito definitório da lei, vigora no caso com uma intensidade algo inferior à da lei, intensidade todavia mais fraca do que a do regime ligado à característica *a*. A disciplina correspondente à característica *Y*, não se encontra no tipo jurídico estrutural, mas sim no tipo real normativo, e deve vigorar do modo típico. A característica *Z* é atípica e para ela não pode a regulação do tipo fornecer o que quer que seja de regime específico; deve contudo dar ao contrato uma especial exigibilidade em termos de boa-fé.

Assente na comparação e na gradação das semelhanças e dissemelhanças entre o caso e o tipo, num processo analógico, o método tipológico pode quase ser contraposto ao método conceptual subsuntivo como uma “Jurisprudência Tipológica” (Typenjurisprudenz) alternativa à tradicional “Jurisprudência dos Conceitos” (Begriffsjurisprudenz) <sup>(219)</sup>.

II. Depois de explicitado em modelos, o método tipológico deve ser exemplificado, para ser melhor apreendido. Se os casos francamente típicos não suscitam dificuldades, o exemplo deve ser configurado como um caso periférico, pouco típico ou mesmo atípico. A doação modal pode servir de base para um exemplo.

---

<sup>(219)</sup> HANS J. WOLF, *Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft* cit., págs. 199 e segs.

António, viúvo sem filhos, de idade avançada, faz doação a um seu amigo, Bernardo, de uma carteira de títulos com cotação na bolsa, com o encargo do pagamento de todas as suas dívidas. Na ocasião, António faz crer a Bernardo que o valor dos títulos é superior ao das dívidas. Bernardo, homem maduro e hábil no campo dos negócios, apercebe-se de que o valor de cotação dos títulos é inferior ao das dívidas mas aceita, ainda assim, a doação. Ao aceitar a doação, Bernardo é motivado pela amizade que o liga a António, pela consideração da idade deste e pelo intuito de o ver livre das dívidas que afligiam o seu fim de vida, e na previsão de ser para si possível majorar o valor dos títulos e reduzir o das dívidas. Bernardo consegue, como previsto, aumentar o valor da carteira de títulos, através de operações especulativas de bolsa bem sucedidas, reduzir o montante das dívidas e obter o perdão de juros negociando o pagamento imediato com credores que não tinham já muita esperança de receber os pagamentos sem litígios e demoras. Da doação acaba por resultar para Bernardo um saldo positivo importante que este dispende na totalidade no pagamento de dispendiosos tratamentos de António no estrangeiro. Algum tempo mais tarde, Bernardo acusa Carlos, adoptado de António, de tentar envenenar o seu adoptante e não consegue provar a acusação, acabando por ser condenado por denúncia caluniosa. Invocando este fundamento, António pede em juízo a revogação da doação e, em consequência, o pagamento do valor que Bernardo havia obtido com a alienação dos títulos acrescido de juros.

Os desvios entre o caso e o tipo são importantes.

A estipulação do modo constitui, em si, um desvio. A doação típica é pura e sem encargos. O modo é mais do que uma simples "cláusula accidental típica", do que um dos "accidentalia negotii". O modo configura uma forma atípica ou, melhor dito, subtípica da doação. Como subtipo, a doação "sub modo" constitui um subtipo jurídico estrutural, no sentido em que está tipificado na lei com recurso às suas específicas características estruturais: o modo e o seu regime constam estatuídos nos artigos 963.º a 967.º do Código Civil.

A natureza do encargo não constitui desvio dentro do subtipo. Trata-se de uma obrigação de natureza pecuniária estabelecida em benefício do doador. O encargo do pagamento de dívidas é típico e está expressamente previsto no artigo 964.º do Código Civil.

Acentuadamente desviado é já o valor relativo das atribuições patrimoniais que constituem objecto da doação e do encargo, a sua equação económica. No subtipo da doação modal é típico que o valor do encargo seja francamente inferior ao da doação, ou mesmo residual. O equilíbrio tendencial dos valores, a sua proximidade, e a inferioridade do valor da doação em relação ao do encargo constitui um desvio violento em relação ao tipo. Também acentuadamente desviadas são a atitude do doador e do donatário perante a equação de valor da doação e do modo, e perante a própria doação. Finalmente, o destino dado pelo donatário ao saldo, fazendo-o reverter para o doador, vem trazer ao caso e aos desvios detectados uma coloração significativa.

António, ao dispor da sua carteira de títulos, não o faz com a intenção primordial de beneficiar patrimonialmente Bernardo, mas sim com o intuito principal de ver solvidas as suas dívidas; age interessada e egoistamente, sem que a sua acção envolva, pelo menos em primeiro plano, qualquer afectividade. É claro que António sabe que Bernardo poderá valorizar os títulos e desvalorizar as dívidas de tal modo que o saldo se poderá inverter. É mesmo esperável para António que Bernardo inverta o saldo da doação e do encargo de modo a que deixe de ser deficitário. Seja como for, o que é indesmentível é que entre a concreta atitude de António e a atitude típica do doador típico há uma enorme distância.

Ao aceitar a doação, Bernardo sabe que o valor da carteira de títulos é inferior ao das dívidas, mas sabe também que pode inverter o saldo deficitário através de uma boa mobilização dos títulos e de uma boa negociação do pagamento das dívidas. Bernardo aceita a doação apesar da peculiar equação patrimonial envolvida, sabendo embora que a pode inverter, e talvez mesmo sem grande dificuldade, mas motivado também pela amizade que

nutre por António e pela consideração da idade avançada deste. Bernardo sabe, na verdade, que aquilo que António não tem já possibilidades de conseguir é, para ele, de alcance relativamente acessível. Sabe também que a doação, que para António é deficitária, o não será para ele Bernardo. A atitude de Bernardo é de amizade e condescendência, é profundamente diferente da atitude típica de quem aceita uma doação.

Em termos objectivos, a equação económica da doação é dupla consoante as posições. Para António, a doação é deficitária, mas para Bernardo é superavitária. Esta bidimensionalidade da equação económica resulta de factores subjectivos, mas não deixa de ser objectiva. O valor objectivo da doação depende das possibilidades e das circunstâncias objectivas de cada uma das partes. Mesmo na dupla dimensão apontada, a verdade é que é enorme o desvio em relação à equação económica típica da doação. O que é típico da doação é que ao enriquecimento do donatário corresponda um empobrecimento do doador de valor tendencialmente aproximado. Neste caso contudo, a um enriquecimento do donatário, enriquecimento para o qual muito contribui o próprio donatário, corresponde, não um empobrecimento, mas um enriquecimento do doador.

O destino que Bernardo vem a dar ao saldo da doação, fazendo-o reverter a favor de António, acaba por tornar patente a inversão das atitudes das partes nesta doação em relação ao que é típico na doação: a atitude de António é interessada e egoísta, enquanto que a de Bernardo é desinteressada, amigável e condescendente.

Tudo isto é muito importante para decidir acerca da revogação pedida; mas é ainda necessário proceder do mesmo modo quanto à ingratidão como causa de revogação da doação e quanto à sua eficácia concreta.

A revogabilidade da doação por ingratidão deve ser juridicamente entendida em ligação com a especial afectividade que integra o "animus donandi" e que torna particularmente imoral a ingratidão. A revogabilidade por ingratidão pressupõe que a doação suscite a gratidão do e no donatário. Já a "*Lei das Doações que se podem revogar por causa da ingratidão*" considera a

ingratidão o “*pecado da ingratitudeem*”, um “*pecado contra o Direito Natural*”, “*ca per geral evidencia do feito se mostra que todos os homees naturalmente amam quem lhes faz bem, e desejam reconhecer o beneficio recebido, porque esto procede da natureza, que os costringe naturalmente pera ello*” (220). As causas de ingratidão enumeradas na lei devem, neste âmbito, ser interpretadas e aplicadas naquilo em que os factos que as integrem exprimam uma falta de gratidão moralmente reprovável (221).

Assim como a afectividade própria da doação é graduável, pode ser maior ou menor, também a ingratidão é susceptível de graduação. Salta à vista que as diversas causas de ingratidão previstas na lei são de gravidade e importância diferentes. O homicídio doloso tentado contra o doador é mais grave que o falso testemunho contra um seu adoptado ou que a recusa de alimentos. Se em abstracto e na redacção fria da lei as causas de ingratidão são umas mais graves do que as outras, em concreto, os casos de ingratidão exigem um juízo de reprovabilidade moral, de imoralidade, que não pode ser levado a cabo sem a análise, por um lado, das circunstâncias objectivas e subjectivas em que a doação foi feita, para aferir da afectividade concreta envolvida e, por outro lado, as circunstâncias objectivas e subjectivas em que ocorreu e que envolveram o facto que em abstracto constitui formalmente ingratidão. Uma concreta doação pode ser mais ou menos afectiva, do mesmo modo que uma causa de ingratidão pode agredir mais ou menos o doador e pode revelar uma atitude mais ou menos ingrata por parte do donatário.

O juízo de inadmissibilidade e de inaceitabilidade moral, o juízo de imoralidade, depende da contraposição da valia concreta da doação com o desvalor concreto do facto ofensivo. Para isso, tem de ser estabelecida uma relação entre a intensidade da afectividade e a exigência de gratidão. Quando a intensidade da afec-

---

(220) *Ordenações Afonsinas* cit., Livro IV, Titulo LXX, v. também, OURLIAC/MALAFOSSE, *Histoire* cit., pág. 462

(221) LARENZ, *Schuldrecht* cit., II/1, pág. 205 e nota (25).

tividade daquela concreta doação seja inferior ao que é típico, inferior será também a intensidade da gratidão exigível e esperável. Do mesmo modo, quando em concreto a intensidade da doação seja muito elevada, ou porque envolva um sacrifício económico grave, ou porque implique uma importante manifestação de afecto, não será então necessária uma ofensa especialmente grave do donatário ao doador para autorizar a revogação da doação. A causa de ingratidão alegada só poderá fundar a revogação quando da comparação da afectividade concreta da doação com a gravidade concreta da ofensa, atentas as circunstâncias objectivas e subjectivas de ambas, se conclua que a subsistência da doação naquelas circunstâncias e contra a vontade do doador envolve uma quebra de gratidão inaceitável e é, como tal, moralmente repugnante.

No caso concreto em análise, a afectividade da doação é muito reduzida, senão mesmo inexistente. António não faz com ela qualquer sacrifício económico e a atitude de afecto está até, de certo modo, invertida. Por outro lado, a ofensa cometida por Bernardo é de gravidade relativamente ligeira, em parte porque só indirectamente atinge António e em parte porque é objectivamente uma das menos graves do catálogo legal. A gratidão neste caso esperável e exigível de Bernardo é praticamente nenhuma, o que tem como consequência a inexistência de ingratidão. Pode até defender-se que, a ser esperável e exigível alguma gratidão, seria de António para com Bernardo. Moralmente mais repugnante parece ser a atitude de António, ao pretender revogar a doação, que a de Bernardo. A revogação da doação deve ser denegada.

É de tal modo intenso o desvio do caso em relação ao tipo, que cabe aferir se o caso é ainda de doação, se o desvio afasta mesmo a própria qualificação.

A qualificação do caso como de doação não depende apenas da equação económica: o equilíbrio tendencial, ou mesmo efectivo, das atribuições patrimoniais envolvidas não impede só por si a qualificação do acto como doação, desde que as atribuições não sejam nele tidas pelas partes como correspectivo uma da outra ou

que o não sejam objectivamente<sup>(222)</sup>. O desprendimento material, a afectividade, o intuito de fazer o bem a outrem é imprescindível, mas pressupõe que o acto seja em si adequado para materializar essa afectividade. Como bem se compreende, por maior afectividade que exista por parte do autor da atribuição patrimonial, a doação é frustrada se de facto for totalmente inábil para fazer algum bem, pouco que seja, ao donatário<sup>(223)</sup>.

Mas aqui levanta-se a questão da eventual não correspondência entre o sacrifício patrimonial do doador e a vantagem económica do donatário. Como ressalta com clareza do exemplo dado, o sacrifício do doador pode não corresponder a uma vantagem do donatário e vice-versa; assim como é possível encontrar em casos reais todos os matizes e gradações de desequilíbrios e não-correspondências económicas entre o sacrifício do doador e a vantagem do donatário. No caso exemplificado, o sacrifício do doador é nulo e resulta para ele subjectivamente algum lucro. Para o donatário, contudo, a situação é pouco clara. No momento da doação, a vantagem para ele existe ainda apenas em potência, potência que vem efectivamente a tornar-se em facto. Embora esta vantagem do Bernardo lhe seja em alguma parte imputável, a verdade é que sem a atribuição patrimonial de António ela não teria sido possível. António não dá directamente a vantagem a Bernardo, mas proporciona-a sem dúvida. Prevendo António a vantagem e querendo-a, não é possível afastar, no caso, o intuito de fazer bem a Bernardo. E Bernardo teria ficado efectivamente enriquecido se não tivesse, por sua vez re-atribuído essa vantagem económica a António, ao custear os seus dispendiosos tratamentos.

Embora o custeio por Bernardo dos tratamentos de António seja atendível e importante de considerar ao fazer-se o juízo de ingratidão, a verdade é que esse acto está já de certo modo para

---

(222) ANTUNES VARELA, *Ensaio sobre o Conceito do Modo* cit., pág. 187 e segs..

(223) A "volonté de faire du bien", segundo DOMAT, *Oeuvres... Traité des donations entre-vifs* (...) "tient lieu de cause" na doação.

além da doação que António fez. A atitude concreta de António ao ser comparada com a atitude do típica do doador, e mesmo da do doador sub-modo, não pode ser conotada ou posta perante a atitude de Bernardo ao custear os tratamentos daquele. António não deseja nem prevê que Bernardo lhe venha a custear tratamentos, mas apenas que lhe pague as dívidas. Este facto do custeio dos tratamentos não tem qualquer influência na atitude de António.

O custeio dos tratamentos não é para Bernardo obrigatório nem vinculativo. Ao fazê-lo sem estar a tal obrigado, Bernardo retribui a liberalidade de que tinha beneficiado, com uma outra doação. Esta doação que Bernardo faz significa um índice fortíssimo da sua gratidão e como tal é apto a bloquear e compensar a invocada causa de ingratidão. É uma contra-doação, uma doação retributiva que não tem o condão de moldar num conjunto globalizado das duas doações um negócio oneroso. Existe afectividade em ambas as atitudes de António e de Bernardo, embora talvez mais intensa em Bernardo. Existe em ambos a intenção de fazer bem e os actos praticados são aptos para isso. Se António não sofre propriamente um sacrifício patrimonial com a sua doação, Bernardo não excede em sacrifício o benefício que de António havia recebido. Ambos beneficiam com as doações. Existem duas doações, embora muito intimamente ligadas.

Assente a improcedência da pretensão de António de revogar a doação feita a Bernardo, pode agora perguntar-se se esta pretensão não fundará, por sua vez, a revogação por Bernardo da doação que fez a António ao custear os seus tratamentos. A acção de António não se enquadra nos comportamentos enumerados nos artigos 2034.º e 2166.º do Código Civil. O artigo 974.º, ao remeter as causas de revogação para as causas de indignidade e deserdação, não deixa ao intérprete e aplicador do Direito liberdade para a consideração de causas atípicas de ingratidão<sup>(224)</sup>. Sempre, contudo, que um facto imputável ao donatário, embora

---

(224) Já nas *Ordenações Afonsinas*, as causas de ingratidão eram típicas.

não enquadrável entre as causas de indignidade ou de deserdação, constitua alteração grave das circunstâncias que fundaram a doação, em termos tais que a sua manutenção ofenda a boa fé, poderá ainda a doação ser resolvida ou modificada por alteração de circunstâncias<sup>(225)</sup>.

O exemplo mostra como funciona o processo tipológico e como este é mais apto a alcançar uma solução adequada e justa para a questão posta. A apreensão e a comparação do sentido do tipo e do sentido do caso, a graduação da afectividade da doação e da exigência de gratidão, a comparação das atitudes concretas das partes com as atitudes típicas de doador e donatário, nas suas componentes pessoais e patrimoniais, a comparação da configuração económica do caso com a que é típica (característica do tipo), possibilitam a determinação do grau de ingratidão no caso concreto. A influência do grau concreto de ingratidão na faculdade de revogação é da "natureza da coisa" e constitui uma exigência de justiça.

Num método conceptual e tradicional, como é o dos "elementos do contrato", a verificação do facto abstractamente fundante da revogabilidade por ingratidão justificaria sem mais a revogação, o que constituiria uma clamorosa injustiça. Esta injustiça só poderia ser corrigida ou evitada pelo recurso ao abuso do direito.

---

(225) LARENZ, *Schuldrecht* cit., II/1, pág. 206, admite o recurso à alteração de circunstâncias nos casos não previstos como causa de revogação por ingratidão.