

ENZO ROPPO

O CONTRATO

Tradução de:

*Ana Coimbra e
M. Januário C. Gomes*


ALMEDINA

O CONTRATO

TÍTULO ORIGINAL
"IL CONTRATTO"

AUTOR
ENZO ROPPO

EDITOR
EDIÇÕES ALMEDINA, SA
Av. Fernão Magalhães, n.º 584, 5.º Andar
3000-174 Coimbra
Tel.: 239 851 904
Fax: 239 851 901
www.almedina.net
editora@almedina.net

PRÉ-IMPRESSÃO/IMPRESSÃO/LACABAMENTO
G.C. GRÁFICA DE COIMBRA, LDA.
Palheira – Aoadalgar
3001-453 Coimbra
producao@graficadecoimbra.pt

Janeiro, 2009

DEPÓSITO LEGAL
287869/09

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são da exclusiva responsabilidade do(s) seu(s) autor(es).

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infractor.

Biblioteca Nacional de Portugal – Catalogação na Publicação

ROPPO, Enzo, 1947-

O contrato.
ISBN 978-972-40-3647-2

CDU 347

PREFÁCIO

1. Mais do que um prefácio, este texto pretende ser uma justificação.

Com efeito, voltar a publicar, numa fase de maturidade de um autor, uma obra pertencente ao tempo da sua juventude (tinha 30 anos quando a escrevi; agora tenho o dobro) carece, de alguma forma, de uma justificação. Tanto mais quando o livro trata de um tema como o contrato, que nos 30 anos após a primeira edição da obra (1977) conheceu transformações profundas.

Grandes linhas de evolução e de mudança atravessaram, nestas três décadas, o domínio do contrato, redesenhando os seus contornos e restituindo-nos uma imagem do facto jurídico bastante diferente daquela do passado. Tudo aconteceu com bastante rapidez, precipitando-se sobretudo na última década do século XX. Na primeira parte do século passado encontram-se aqueles a quem John Reed, referindo-se à Revolução de Outubro, designou como os «10 dias que transformaram o mundo». O especialista em direito civil poderia falar sobre os «10 anos que transformaram o contrato», aludindo às transformações amadurecidas na década de 90 do século XX.

Apenas alguns breves comentários.

2. O contrato europeizou-se. Hoje já não é possível pensar no contrato em termos puramente domésticos, na lógica restrita do ordenamento nacional único. Hoje é possível, e mesmo obrigatório, falar sobre um direito europeu dos contratos.

Um direito contratual europeu, que é um direito formalmente «comunitário», porque surge, em larga medida, das directivas, dos regulamentos e dos planos de acção dos órgãos do governo da União, em vez de emergir das sentenças do Tribunal de Justiça; e é, ao mesmo tempo, um direito «comum», na medida em que não é

gerado somente por via institucional, política ou burocrática, mas também – de um modo menos formalizado, mas não menos eficaz – através do circuito das trocas culturais, da circulação transfronteiriça dos modelos, das elaborações académicas e através das interações entre os protagonistas das profissões legais.

E obriga cada jurista europeu a voltar a discutir as tradições da sua própria família jurídica e a abrir-se às tradições das outras famílias. Desse modo, por exemplo, os *civil lawyers* perguntam-se se na perspectiva de um direito dos contratos harmonizado à escala europeia existirá ainda espaço para um instrumento extremamente nobre na sua bagagem conceptual, como o da «causa» do contrato; ao mesmo tempo, os juristas da *common law* aprendem a familiarizar-se e a conviver com uma categoria tão incompreensível ao seu senso comum, como a da «boa fé».

3. O contrato tornou-se um objecto e um instrumento essencial das políticas de *market regulation*, que visam oporem-se às práticas anticoncorrenciais, às assimetrias informativas e a outras «falhas do mercado».

A criação e a enorme expansão da categoria dos «contratos do consumidor» são apenas o exemplo mais visível. Mas existem outras: desde a crescente interferência entre o direito dos contratos e a disciplina *antitrust*, à atenção, cada vez mais acutilante, dada aos relacionamentos contratuais entre empresas com desigualdade de *bargaining power*, e à emergência de novos sectores importantes, antes desconhecidos (basta pensar nos contratos do mercado financeiro).

4. E estes fenómenos, por seu lado, geram posteriores transformações do contrato significativas.

De um ponto de vista sistemático regista-se a crescente fragmentação do facto jurídico, ou, pelo menos, a perda de centralidade da figura e da disciplina geral do contrato, concebida de modo unitário. Avança, de modo prepotente, uma lógica anti-unitária, pluralista e multipolar, que prefere pensar no «contrato» como numa galáxia de diferentes tipos ou classes de contratos, cada um com a sua disciplina diferenciada da dos outros tipos ou classes.

Do ponto de vista dos conteúdos e dos valores, aumenta a sensibilidade para o problema «da justiça contratual». Cada vez mais frequentemente pede-se ao legislador e ao intérprete que saiam da lógica segundo a qual – repetindo as palavras de Georges Ripert – o «*contractuel*» é automaticamente sinónimo de «*juste*»; e até mesmo que superem o velho dogma da inatacabilidade do equilíbrio económico do contrato.

5. Tudo isto está bem presente nos que escrevem sobre o contrato com um pé no fim do século passado (e do milénio!) e outro no início deste.

E foi sobre tudo isto que tentei eu próprio tratar, nos trabalhos em matéria de contrato, que tive ocasião de produzir nestes últimos anos: desde o livro *Il Contratto* (Giuffrè, Milão, 2001, pág. XLI-1066), até à colecção de ensaios intitulada *Il Contratto del Duemila* (2ª ed., Giappichelli, Turim, 2005, pág. XII-125) e à direcção do *Trattato del contratto* (volumes I-VI, Giuffrè, Milão, 2006).

6. Mas tudo isto não existia (ou pelo menos não com tanta evidência e prepotência) nos anos 70 do século XX e, conseqüentemente, o meu velho *Contratto* desses anos não o pode abranger.

Mas, então, porquê propor uma reedição do livro, num momento e num cenário que arriscam fazê-lo parecer irremediavelmente obsoleto?

Penso que existe uma razão. Um livro deve ser avaliado com base na missão que lhe é atribuída, ou, se se preferir, com base nas suas ambições. As ambições do meu velho *Contratto* eram limitadas, assim como era limitada a missão visada. O trabalho não pretende – nem nunca pretendeu – oferecer uma representação completa, analítica e actualizada do direito contratual, mas sim, simplesmente, propor uma ideia de contrato (e de direito dos contratos): *um método, uma abordagem, um modo de se aproximar do facto jurídico e das suas regras*. Uma obra com um objectivo tão modesto – elementar, «de base» – está, talvez, menos exposta ao impacto das mudanças e, definitivamente, menos sujeita ao envelhecimento; talvez conservando durante mais tempo a capacidade de cumprir a sua própria pequena função de guia «de primeiro nível» no mundo do contrato.

Este é, certamente, um mundo complexo: muito mais complexo do que tudo o que emerge de um livro como meu pequeno *Contratto*. Creio, no entanto, que a complexidade se afere em graus: partindo das grandes linhas, dos elementos de fundo da realidade inquirida, para depois acumular estratos de conhecimento, progressivamente posteriores e mais evoluídos.

O meu pequeno *Contratto* não tem como objectivo nada mais do que isto: acompanhar quem estuda o facto jurídico no primeiro troço do seu percurso de aprendizagem; fornecer-lhe as coordenadas gerais sobre as quais assentar o trabalho futuro de enriquecimento e aprofundamento. E tenho a audácia de pensar que pode ainda realizar esta função, com eficácia suficiente, mesmo a uma distância de 30 anos.

Dezembro de 2008

VINCENZO ROPPO

CAPÍTULO I

FUNÇÃO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DOS CONTRATOS

1. A OPERAÇÃO ECONÓMICA, O CONTRATO, O DIREITO DOS CONTRATOS

1.1. *Contrato-operação económica e contrato-conceito jurídico*

«Contrato» é um *conceito jurídico*: uma construção da ciência jurídica elaborada (além do mais) com o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir, designando-os de forma sintética, uma série de princípios e regras de direito, uma disciplina jurídica complexa. Mas como acontece com todos os conceitos jurídicos, também o conceito de contrato não pode ser entendido a fundo, na sua essência íntima, se nos limitarmos a considerá-lo numa dimensão exclusivamente jurídica — como se tal constituísse uma realidade autónoma, dotada de autónoma existência nos textos legais e nos livros de direito. Bem pelo contrário, os conceitos jurídicos — e entre estes, em primeiro lugar, o de contrato — reflectem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações económico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental. Daí que, para conhecer verdadeiramente o conceito do qual nos ocupamos, se torne necessário tomar em atenta consideração a *realidade económico-social* que lhe subjaz e da qual ele representa a tradução

científico-jurídica: todas aquelas situações, aquelas relações, aqueles interesses reais que estão em jogo, onde quer que se fale de «contrato» (o qual, nesta sequência, já se nos não afigura identificável com um conceito puro e exclusivamente jurídico).

As situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na ideia de *operação económica*. De facto, falar de contrato significa sempre remeter — explícita ou implicitamente, directa ou indirectamente — para a ideia de operação económica.

Como demonstração, basta reflectir sobre um certo uso da linguagem comum. No âmbito desta, a palavra «contrato» é, as mais das vezes, empregue para designar a operação económica *tout court*, a aquisição ou a troca de bens e de serviços, o «negócio» em suma, entendido, por assim dizer, na sua materialidade, fora de toda a formalização legal, de toda a mediação operada pelo direito ou pela ciência jurídica. É o que acontece, por exemplo, quando se usam expressões correntes, do género: «concluí um contrato muito vantajoso, que me permitirá ganhar alguns milhões» ou então: «com o contrato Fiat-Citroën esperava-se acelerar o processo de integração e concentração monopolista a nível europeu, no sector da produção automóvel». O contexto em que proposições similares são formuladas é, evidentemente, de molde a atribuir à palavra «contrato» um significado que prescinde de qualquer qualificação jurídica pontual, colocando-se, ao invés, no plano da fenomenologia económico-social — como sinónimo, justamente, de operação económica.

Em contextos linguísticos diferentes, ao contrário, fala-se de contrato na acepção técnico-jurídica do vocábulo, e isto para aludir às implicações e às consequências legais que o sistema das normas de códigos ou de leis especiais e das regras efectivamente aplicadas pelos juizes, liga à efectivação de uma certa operação económica, ou então, para indicar as elaborações doutrinárias construídas pela ciência jurídica sobre aquelas normas e aquelas regras. Assim, quando se diz, por exemplo, que determinado contrato é rescindível por lesão (art. 1448.º cód. civ.) ou é nulo por contrariar um princípio

de ordem pública (conjugação do disposto nos arts. 1418.º e 1343.º cód. civ.) ou pode ser anulado por erro (art. 1428.º cód. civ.) ou fundamenta — por não ter sido regularmente cumprido — um pedido judicial destinado a obter o seu cumprimento ou então a resolução, bem como o ressarcimento dos danos (art. 1453.º cód. civ.); assim ainda — num plano diverso — quando se diz que a moderna categoria do contrato tem as suas raízes na teoria elaborada pelos jusnaturalistas holandeses e alemães do século XVII.

Nestas hipóteses — é claro — com o termo «contrato» não se referem tanto as operações económicas concretamente realizadas na prática, mas mais aquilo que podemos chamar a sua formalização jurídica — de vez em quando operada, através das normas legais, das sentenças dos tribunais, das doutrinas dos juristas. Esta formalização jurídica dá vida a um fenómeno que está indiscutivelmente dotado, no plano lógico, de uma autonomia própria, porque as normas, as sentenças, as doutrinas que acabamos de referir, constituem mesmo uma realidade governada pelas suas próprias regras, dotada dos seus próprios estatutos lógicos, cognoscível, portanto, segundo um seu universo próprio de conceitos e de categorias, possuindo uma própria linguagem técnica: a não ser assim, não faria sentido pensar a própria existência de uma ciência do direito.

Mas se isto é verdade — e se, conseqüentemente, se pode e se deve falar do contrato-conceito jurídico, como de algo diverso e distinto do contrato-operação económica, e não identificável pura e simplesmente com este último — é, contudo, igualmente verdade que aquela formalização jurídica nunca é construída (com os seus caracteres específicos e peculiares) como fim em si mesma, mas sim com vista e em função da operação económica, da qual representa, por assim dizer, o invólucro ou a veste exterior, e prescindindo da qual resultaria vazia, abstracta, e, conseqüentemente, incompreensível: mais precisamente, com vista e em função do arranjo que se quer dar às operações económicas, dos interesses que no âmbito das operações económicas se querem tutelar e prosseguir. (Neste sentido, como já se referiu, o contrato-conceito

jurídico resulta instrumental do contrato-operação económica).

O assunto pode ser melhor ilustrado com uma referência a alguns dos exemplos acima dados. Dizer que, nos termos dos arts. 1428.º e segs. cód. civ., um certo contrato é anulável por erro, significa formalizar, em termos jurídicos, o facto de um dos contraentes ter aceiteado concluir aquele negócio por ignorar, ou conhecer mal, algum dos seus elementos fundamentais; que, em consequência disso, a operação económica teve para o mesmo um significado e um valor diversos daqueles que tinha em mente, correndo o risco de acarretar-lhe prejuízos, em vez dos benefícios esperados, entendendo-se, portanto, conveniente oferecer-lhe a possibilidade de o anular, querendo-o. E assim, resolver um contrato por incumprimento equivale a sancionar o facto de uma troca económica não se ter podido realizar efectivamente por uma das partes não ter entregado ou feito aquilo que havia prometido entregar ou fazer. E ainda, sancionar com a nulidade um contrato, por contrariedade com a ordem pública, significa considerar que certa operação levada a cabo por particulares, conflitua com determinados interesses ou objectivos económico-sociais, que se pretende, de qualquer modo, salvarguardar, e por isso é cancelada. E quando, por fim, se fala do contributo das escolas setecentistas do direito natural para a elaboração da moderna teoria do contrato, acaba-se, ao mesmo tempo, por aludir ao papel que determinado grupo de intelectuais desempenhou no contexto económico-social da época, formulando certos princípios de organização das trocas e das outras actividades mercantis e forjando, desta forma, um complexo instrumental ideológico e operativo, capaz de secundar as exigências do capitalismo nascente.

1.2. Contrato e circulação da riqueza

Até aqui procedemos à identificação de uma sequência, uma articulação de termos, na qual parece oportuno decompor o conceito de que nos ocupamos: operação económica — contrato — direito dos contratos. Quer dizer: a *operação econó-*

mica, na sua materialidade, como *abstracto real* necessário e imprescindível daquele conceito; o *contrato*, como formalização jurídica daquela, isto é como conquista da ideia de que as operações económicas podem e devem ser reguladas pelo direito, e como construção da categoria científica idónea para tal fim; o *direito dos contratos*, como conjunto — historicamente mutável — das regras e dos princípios, de vez em quando escolhidos para conformar, duma certa maneira, aquele instituto jurídico, e, portanto, para dar um certo arranjo — funcionalizado a determinados fins e a determinados interesses — ao complexo das operações económicas efectivamente levadas a cabo. Além disso, indicou-se, muito sumariamente, que relações recíprocas se estabelecem entre aqueles termos, observando: *a)* que o contrato-conceito jurídico e o direito dos contratos são instrumentais da operação económica, constituem a sua veste formal, e não seriam pensáveis abstraído dela; *b)* que, todavia, o contrato-conceito jurídico e o direito dos contratos não são exclusivamente redutíveis à operação económica, mas têm em relação a esta uma certa autonomia, que se exprime de vários modos.

É agora o momento de clarificar melhor o sentido da sequência proposta (operação económica — contrato — direito dos contratos), identificando, com maior precisão, cada um dos seus termos, e sobretudo as relações que, também no plano da evolução histórica, entre eles se estabelecem.

Disse-se que o contrato é a veste jurídico-formal de operações económicas. Donde se conclui que *onde não há operação económica, não pode haver também contrato*. Isto resulta claramente do próprio código civil, que no art. 1321.º, em sede de definição geral do conceito de contrato, o identifica com todo o «acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir, entre si, uma relação jurídica patrimonial»: a especificação introduzida com o adjectivo «patrimonial» vem justamente confirmar, com força de lei, que uma iniciativa que não se configure como operação económica, não pode constituir matéria de um contrato, e que, portanto, o contrato opera exclusivamente na esfera do económico.

O ponto requer, todavia, uma especificação: que significa, no contexto, «operação económica»? A pergunta não é, de modo algum, injustificada, se reflectirmos na indiscutível existência de contratos com os quais as partes pretendem prosseguir interesses e objectivos de natureza ideal, moral, cultural, que o simples senso comum tenderia, sem mais, a remover da esfera do «económico». Pense-se na hipótese em que o membro de um grupo político, desprovido de sede oficial, dá em locação, por uma renda muito baixa — ou então empresta — um seu apartamento, para destinar às reuniões ou às outras actividades do grupo; ou então no caso em que Tizio, proprietário de um quadro de grande valor, mas gravemente deteriorado, nutrido o desejo de oferecer aquela obra à fruição dos apreciadores de arte e não possuindo todavia meios para proceder ao seu restauro, aceita, com pesar, separar-se temporariamente do quadro, «emprestando-o» por um certo período a uma galeria em troca do compromisso desta de restaurá-lo e de expô-lo ao público. Em hipóteses como estas, de iniciativas tomadas na base de impulsos e para a satisfação de interesses tudo menos utilitaristas, pareceria até inconveniente — e mesmo estranho ao senso comum — falar de «operação económica». E no entanto não há dúvida que, tanto no primeiro como no segundo caso, estamos em presença igualmente de contratos, previstos e disciplinados, como tais, pelo código civil.

Mas a contradição é apenas aparente e dissipa-se a partir do momento em que se note que, qualificar uma iniciativa como «operação económica» implica, no contexto em que nos movemos, um juízo a exprimir-se em termos rigorosamente *objectivos*, e não *subjectivos*. A qualificação duma operação como «operação económica», assim, não pode ser excluída pela circunstância de quem a leva a cabo ser movido, *subjectivamente*, por impulsos e finalidades de ordem ideal, pelo simples facto de esta não poder identificar-se com o apuramento da vontade ou esperança *subjectiva* de «fazer um bom negócio», com a relevância de uma intenção *subjectiva* de natureza especulativa. Uma operação é ou não é — *objectivamente* — uma operação económica, conforme apre-

sente ou não apresente as suas características objectivas, independentemente daqueles que possam ser, em concreto, os motivos e os interesses individuais que levaram o sujeito a concluí-la (e que bem podem ser, em si, não utilitaristas e não especulativos, e portanto «não económicos», segundo a acepção corrente, que tende a identificar o «económico» com o que concerne à procura do lucro, do proveito pessoal).

Quais são então essas características objectivas? Muito simplesmente, pode dizer-se que existe operação económica — e portanto possível matéria de contrato — onde existe *circulação da riqueza*, actual ou potencial *transferência de riqueza* de um sujeito para outro (naturalmente, falando de «riqueza» não nos referimos só ao dinheiro e aos outros bens materiais, mas consideramos todas as «utilidades» susceptíveis de avaliação económica, ainda que não sejam «coisas» em sentido próprio: nestes termos, até a promessa de fazer ou de não fazer qualquer coisa em benefício de alguém, representa, para o promissário, uma riqueza verdadeira e própria como adianta melhor se verá). Compreende-se agora, assim vistas as coisas, que, nos dois exemplos dados, existem autênticas operações económicas, mesmo que, como tal, não tenham sido encaradas pelos seus desinteressados autores: no primeiro caso, para além do intuito *subjectivo* de favorecer a actividade e a difusão dos ideais do próprio grupo político, existe — *objectivamente* — a transferência de riqueza correspondente, ao ceder um apartamento; no segundo, a operação, embora exclusivamente ditada pelo objectivo nobre e altruista de promover a educação artística e o gozo estético da generalidade dos cidadãos, determina sempre, no entanto, transferências de riqueza, atribuição de utilidades económicas sob a forma de execução de um trabalho de restauro e de concessão da disponibilidade temporária de uma obra de arte. E trata-se, aliás, de utilidades económicas, de prestações de bens e de serviços normalmente oferecidas e procuradas no mercado, e providas de um valor de mercado objectivo.

Esta elaboração (que identifica a operação económica — matéria do contrato — com fenómenos de circulação *objectiva* da riqueza, independentemente do facto de o autor pros-

seguir, ou não, intentos especulativos) encontra, de resto, uma clara confirmação nas próprias normas de direito positivo italiano. Constituindo uma regra geral em matéria de obrigações (as quais constituem o conteúdo e o efeito típico dos contratos: cfr. o art. 1173.º cód. civ.), o art. 1174.º estabelece, de facto, que «a prestação que forma objecto das obrigações deve ser *susceptível de avaliação económica* e deve corresponder a um interesse, *ainda que não patrimonial*, do credor». Isto significa, justamente, por outras palavras, que aquele que celebra um contrato, bem pode prosseguir, subjectivamente, um *interesse* não económico (mas sim ideal, moral, cultural), sendo certo que o *resultado* objectivo do contrato deve, ao invés, consistir na obrigação de fazer ou dar qualquer coisa susceptível de expressão pecuniária, segundo os valores do mercado, e, portanto, numa qualquer forma de circulação de riqueza, em suma numa operação económica.

Esta conclusão permite-nos confirmar, em primeiro lugar, que se tal não se verifica, não existe operação económica no sentido que precisámos, nem pode, por isso, também existir contrato: assim, por exemplo, se Tizio e Caio se comprometem reciprocamente — mesmo por acto formal, escrito e assinado — a conservar para sempre a sua crença política comum, e a bater-se pelo triunfo desta, ou então a difundir o seu comum credo estético: ainda que nas partes exista a vontade e a convicção de se obrigarem legalmente, estes não são contratos, justamente porque falta a «patrimonialidade» requerida pelo art. 1321.º cód. civ.; falta uma qualquer forma de transferência de riqueza, que constitui o necessário substracto do contrato.

Além disso, ela permite-nos, por outro lado, compreender que também a *doação* seja um contrato (como de resto expressamente se conclui do texto da lei: art. 769.º cód. civ.). A doação é um contrato porque realiza uma operação económica; e realiza uma operação económica porque, através dela (embora sem correspectivo, «por espírito de liberalidade»), se transferem direitos ou se assumem obrigações a favor de outrem, e se dá vida, assim, a um mecanismo típico de circulação da riqueza. De tal modo que, fazendo fé em autorizados

investigadores de etnologia e de antropologia cultural, a «dádiva» teria sido o modo mais antigo, a forma originária de circulação de riqueza, historicamente anterior às trocas caracterizadas pela correspectividade (Marcel Mauss).

Com isto, pretende simplesmente dizer-se que seria arbitrário reduzir o conceito de operação económica ao de «troca», excluindo o acto gratuito, de transferência sem correspectivo. Não queremos evidentemente dizer que, ao contrário, os actos gratuitos constituam a categoria mais numerosa e mais importante das transferências de riqueza. Bem pelo contrário, sobretudo no âmbito dos ordenamentos capitalistas, onde as relações entre os homens assumem, em larga medida, o aspecto de relações de mercado: nestes, por necessidade intrínseca do sistema económico, prevalecem largamente a lógica e a exigência da correspectividade, da «troca de equivalentes».

1.3. Nas origens do direito dos contratos

Parece lícito pensar que, enquanto sempre existiram operações económicas (actos materiais de transferência de riqueza), os contratos, no sentido em que estamos habituados a entendê-los, como categoria lógica e instrumento da sua formalização jurídica, são, ao invés, matéria de aquisição mais recente. Parece, de facto, remontar a tempos «históricos» o emergir da ideia de ser possível e conveniente sujeitar as operações económicas (os seus pressupostos e as suas consequências) a um sistema de regras cogentes, cuja observância fosse eventualmente assegurada, até com o uso da força, por parte de órgãos da colectividade — numa palavra, submetê-las ao direito. E «contrato» é, precisamente, o conceito que vem resumir esta realidade complexa, não linear, de progressiva «captura» das operações económicas por parte do direito, assim como outros conceitos jurídicos exprimem, sinteticamente, fenómenos de expansão do direito a governar outros comportamentos humanos, até então subtraídos — tal como as opera-

ções económicas — ao seu império, e assim colocadas, como se costuma dizer, num «espaço vazio de direito».

Se é possível afirmar, em termos de larga aproximação, que a progressiva jurisdicionalização dos comportamentos e das relações humanas — e em particular, para o que nos interessa, das operações económicas — constitui um processo que evolui conjuntamente com o desenvolvimento da civilização, já não é possível — ou pelo menos não é possível nesta sede — indagar e identificar o preciso momento histórico em que na organização social (e, conseqüentemente, na consciência dos homens) se afirma a ideia assinalada. De resto, interessa mais enunciar a existência, em linha de princípio, de um iter histórico orientado complexivamente no sentido de atrair, de modo cada vez mais completo, as operações económicas para a órbita e para o domínio do direito, submetendo-as às suas regras vinculativas, e ao mesmo tempo — o que é de grande importância para a definição do status do «contrato» como conceito jurídico — considerar as regras em matéria de contrato cada vez mais específicas face às relativas a outras figuras, em termos de agrupá-las num «instituto» próprio, e, conseqüentemente, elevar o contrato a categoria *autónoma* do pensamento jurídico. Numa tal perspectiva, não é difícil encontrar exemplos que documentem semelhantes momentos ou passagens da evolução desse mesmo iter histórico.

No direito romano clássico, por exemplo, não existia — nos termos em que hoje a concebemos — uma figura geral de contrato, como invólucro jurídico geral, ao qual reconduzir a pluralidade e a variedade das operações económicas. Existia, é certo, com a *stipulatio*, um esquema formal no qual se enquadravam convenções e pactos de diversa natureza: mas estes, em rigor, resultavam vinculativos, mais do que por força de um mecanismo propriamente jurídico, em virtude da «forma» entendida, não tanto como instrumento legal, mas «como cerimónia revestida de uma espécie de valor mágico ou até religioso» (Gorla), aliás de acordo com uma tendência própria do espírito jurídico primitivo e pouco evoluído. Para além disso, eram reconhecidos alguns contratos típicos, correspondentes a outros tantos negócios (*negotia*) que, pela sua difu-

são e pela importância assumida na praxe, eram considerados merecedores de tutela jurídica. Num tal sistema, aquilo que era tido imediatamente em consideração, era justamente o *negotium*, o acto de circulação da riqueza (sob a forma de venda, de locação, de depósito, de mútuo, etc.), mais do que a sua formalização jurídica, ainda evanescente e, por assim dizer, não autónoma da operação económica na sua materialidade. Para usar uma fórmula elementar e um pouco simplificante, pode dizer-se que, nessa altura, a operação económica sobrepunha-se ao contrato, absorvia-o. Foi só na época justinianeia, graças à afirmação de um espírito jurídico mais evoluído, que se chegou a delinear — com o esquema do «contrato inominado» — um instrumento capaz de dar veste e eficácia legal a uma pluralidade indeterminada de operações económicas, e neste sentido, um instrumento jurídico provido de relevo autónomo e não imediatamente identificado com esta ou aquela operação económica.

Igualmente significativo é o panorama do direito inglês (*common law*) medieval. Também aí, na origem, não existia a ideia de contrato como figura jurídica autónoma e instrumento legal institucionalmente preparado para revestir as operações económicas, sancionando e tornando vinculativos os compromissos assumidos no âmbito destas. Se uma promessa fosse mal cumprida ou não fosse cumprida de todo, o promissário podia fazer valer as suas razões com uma acção *ex delicto*: por outras palavras, a sua posição era tutelada pelo direito, não porque tinha sido celebrado um contrato e o contrato fora violado pela contraparte, mas só porque tinha sofrido desta última um agravo e um dano (tal como se por ela tivesse sido acidental ou deliberadamente ferido no corpo, ou se tivesse sido destruída ou danificada a sua propriedade), fora, portanto, da ideia de uma relevância jurídica específica da promessa em si, do contrato enquanto tal. Só mais tarde, ao cabo de uma longa e tormentosa evolução, se afirmaria, naquele sistema, a ideia do contrato como fonte autónoma e causa de sancionamento jurídico da promessa, como veste legal típica das operações económicas.

1.4. Circulação da riqueza em formas «não contratuais»

Como se disse, esta progressiva jurisdicização das operações económicas, este seu crescente «fazer-se contrato» — que constitui evidentemente uma resposta à exigência manifestada, cada vez com mais vigor, no âmbito da organização social, de dar ao complexo das formas de circulação da riqueza um arranjo racional, não casual e não arbitrário — evidencia uma tendência historicamente delineada, que não parece possível contestar. Mas isto não significa que, ainda hoje, numa época em que tal exigência aparece desenvolvida no máximo grau, se encontre sempre uma perfeita aderência e sobreposição entre operação económica e contrato.

Entretanto, tem de reconhecer-se que, no âmbito dos diversos sistemas jurídicos, o contrato é em geral *um* instrumento legal, mas não *o único* instrumento legal da circulação da riqueza: no ordenamento italiano, por exemplo, também o mecanismo de sucessão *mortis causa* — seja testamentária seja legítima — realiza uma transferência típica de riqueza entre particulares de forma não contratual; e transferência de riqueza de forma não contratual realiza, também, entre particulares e o ente público, por exemplo, o mecanismo da tributação. Isto depende, em geral, das orientações *lato sensu* políticas do legislador, o qual pode julgar conveniente que determinadas transferências de riqueza ocorram de forma não contratual (fiquem submetidas a um regime jurídico diverso do dos contratos), na base de valorações e de opções em certo sentido «arbitrárias», porque destinadas a prosseguir certos interesses e finalidades particulares, e, portanto, contingentes e variáveis com o andar dos tempos, de país para país (tanto assim é que, enquanto o direito italiano vigente, acolhendo no art. 458.º cód. civ. o princípio da proibição dos pactos sucessórios, não permite que se possa, por via contratual, dispor dos próprios bens para depois da morte, esta possibilidade era reconhecida pelo direito italiano medieval; e é positivamente reconhecida, hoje, pelo direito alemão vigente).

Mas se, em tais casos, é o próprio sistema jurídico positivo a excluir que determinado tipo de transferência de riqueza

— aquela operação económica, digamos — possa realizar-se mediante contrato, outras hipóteses existem, em que operações económicas que juridicamente poderiam constituir matéria de contrato, tendem a ser efectuadas de forma não contratual; isto é, tendem, por vários motivos, a recusar a veste legal oferecida pelo conceito de contrato, e assim, mais concretamente, a subtrair-se, em vária medida, à disciplina que lhe corresponde. Donde resulta a possibilidade de um desfaseamento entre contrato e operação económica, ou, mais precisamente, a constatação de que a correspondência entre os dois termos não é biunívoca: no sentido de que não pode dar-se — como se viu — contrato sem operação económica, mas podendo em alguns casos existir — e não só no plano de uma indagação histórica — operação económica sem contrato, transferência de riqueza não mediada pelo instrumento contratual. O conceito de contrato está, em suma, indissolúvelmente ligado ao de operação económica (ainda que em certo sentido, como já se assinalou e como melhor se especificará, conserve, em relação a esta, uma relevância autónoma), enquanto o inverso não é necessariamente verdadeiro.

Os fenómenos a que aludimos deram ocasião, no direito continental, à elaboração de uma figura e de uma teoria — a das «relações contratuais de facto» — sobre a qual nos deveremos deter mais adiante. Aqui limitamo-nos a fornecer, destes fenómenos, uma exemplificação concreta, na esteira de investigações de sociologia do direito desenvolvidas por um estudioso norte-americano. Num estudo de 1963, significativamente intitulado *Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study* (Relações não contratuais no âmbito das relações negociais: um estudo preliminar), Stewart Macaulay expôs os resultados de um reconhecimento empírico da praxe comercial seguida por cinquenta empresas de Wisconsin na gestão das suas relações de negócios recíprocas. E a conclusão foi precisamente que, num grande número de casos, mais do que recorrer ao aparato legal predisposto pelo direito dos contratos, «os operadores económicos preferem contar com a «palavra de cavalheiro» dada com uma simples carta informal ou com um aperto de mão ou, então, com a «honestidade e correc-

ção comum» — até mesmo quando o negócio implica exposição a riscos não menosprezáveis», e, neste sentido, recusam formalizar este último numa veste contratual completa, e, sobretudo, activar o complexo mecanismo sancionatório constituído pelas regras jurídicas que deveriam institucionalmente governar todo o desenvolvimento da relação, e, em particular, intervir na hipótese da sua não actuação. Inclusivamente, os responsáveis por algumas empresas confirmaram recorrer habitual (e consabidamente) a um certo tipo de operação económica que, pelo direito de Wisconsin, não pode dar vida a um contrato válido e eficaz, legalmente reconhecível e sancionável em juízo, renunciando, assim, deliberadamente e *in limine*, a valer-se dos instrumentos jurídicos constituídos pelo conceito de contrato e pela disciplina respectiva.

Quais as razões de uma tal «fuga ao contrato»? Por um lado, Macaulay indica a circunstância de, em determinadas situações, o contrato e o direito dos contratos aparecerem como desnecessários a um desenvolvimento profícuo das trocas, porque «as suas funções são assumidas por outros instrumentos» (especialmente em conexão com o progresso técnico-científico, ou com a expansão da prática seguradora), ou porque «existem muitas sanções não jurídicas eficazes» capazes de, convenientemente, substituir as legalmente previstas pelas regras de direito contratual (sanções ligadas, por exemplo, à subsistência de relações extracontratuais de natureza vária — pessoais, sociais, profissionais ou ainda de outro género — entre os empresários que tomam parte na troca ou entre os componentes das suas organizações empresariais; ao desejo de não prejudicar as boas relações de negócios com a contraparte, através de faltas de cumprimento ou de comportamentos incorrectos que suscitariam reacções e retaliações económicas do parceiro prejudicado; ao interesse em conservar, mais em geral, uma boa «reputação no mercado» — bem mais necessário ainda no âmbito de economias fortemente competitivas). Por outro lado, observa-se que, por vezes, o emprego do contrato e do direito dos contratos, não sendo simplesmente supérfluo, arrisca-se frequentemente a determinar resultados contraproducentes e antieconómicos: lentidões e retardamen-

tos na conclusão dos negócios; rigidez e escassas margens de adaptação ao imprevisto na sua execução; exposição a elevados custos legais e judiciais quando se decida fazer valer em tribunal os direitos contratuais; deterioramento ou rotura a que o exercício de uma acção legal intentada para fazer valer o contrato geralmente conduz, no quadro das relações económicas entre as partes envolvidas, e que, de outro modo, poderiam ser evitadas com uma solução da controvérsia, por assim dizer, «extralegal», não mediada pelo direito dos contratos e pelo seu aparato coercivo.

1.5. O direito dos contratos

Em todo o caso, qualquer que seja a amplitude e a real dimensão de um tal fenómeno de «fuga ao contrato» (matéria de uma indagação que aqui não pode, sequer, ser tentada), repete-se que o processo da sempre crescente «contratualização» das operações económicas parece corresponder a uma linha de tendência historicamente irreversível.

Um iter histórico, igualmente unívoco, parece delinear-se no sentido de uma crescente complexidade, articulação — e, por assim dizer, de um incremento das próprias dimensões quantitativas — do sistema de normas jurídicas que regulam o contrato em geral e cada tipo de contrato, dando vida a uma disciplina legal, cada vez mais imponente e minuciosa: limitando-nos a um aspecto, consideremos que enquanto no velho cód. civ. (de 1865) os artigos dedicados ao contrato em geral eram 42 (arts. 1098.º-1139.º), no código vigente estes são mais que o triplo (art. 1321.º-1469.º) ⁽¹⁾. E de longe superior é, sem dúvida, o incremento sofrido pelas normas — relativas normal-

⁽¹⁾ A proporção não resulta alterada significativamente mesmo tendo em conta — como é justo — que algumas das matérias reguladas no código de 1942 em sede de disciplina geral do contrato, eram no código anterior contempladas em sede da disciplina das obrigações: por exemplo a condição (arts. 1157.º-1171.º), a cláusula penal (arts. 1209.º-1217.º), a nulidade e a rescisão (arts. 1300.º-1311.º).

mente a tipos particulares de contrato — contidas em leis especiais.

O fenómeno explica-se facilmente a partir do momento em que se reflecta na multiplicação e complexidade das operações económicas, por sua vez determinadas pela crescente expansão das actividades de produção, de troca, de distribuição de serviços: as regras jurídicas que disciplinam os contratos correspondentes àquelas operações económicas devem, também elas, multiplicar-se e complicar-se, de modo a oferecer uma resposta adequada às novas exigências e aos novos interesses que assim vêm emergindo. (Por exemplo: na legislação anterior não estava previsto e disciplinado o contrato de fornecimento; mas com o afirmar-se na vida comercial — por frequência e importância — da operação económica que lhe corresponde, impôs-se a necessidade de dar a esta uma veste autónoma e um regime legal próprio: o que foi feito pelo código de 1942, que nos arts. 1559.º-1570.º introduziu *ex novo* este tipo de contrato e a disciplina respectiva).

Deve ficar claro, de facto, que a disciplina legal dos contratos — longe de limitar-se a codificar regras impostas pela «natureza» ou ditadas pela «razão» (como afinavam os seguidores do direito natural) — constitui, antes, uma intervenção positiva e deliberada do legislador (das forças políticas que exprimem o poder legislativo), destinada a satisfazer determinados interesses e a sacrificar outros, em conflito com estes, tentando dar às operações económicas concretamente realizadas um arranjo e um processamento, conformes aos interesses que, de quando em quando, se querem tutelar. Pense-se na complexa disciplina inovadora dos contratos agrários. Introduzida em Itália com as Leis n.º 756 de 1964 e n.º 11 de 1971: é evidente que com esta houve a intenção de realizar um novo equilíbrio de posições, uma diferente distribuição de vantagens e de operações económicas entre aqueles que possuem a terra e aqueles que a trabalham, contribuindo, deste modo, em definitivo, para dar uma nova feição (que poderá — note-se — ser julgada diversamente no plano da sua oportunidade política e social e da sua adequação às exigências da nossa agricultura) à organização do sector primário. E pense-se ainda

na disciplina vinculística das locações urbanas: trata-se, também aqui, de uma intervenção do legislador que, estabelecendo um certo regime normativo para uma determinada categoria de contratos, com isso mesmo se interpõe na dialéctica entre procura e oferta de habitações, entre proprietários de casas e de inquilinos, e não deixa, por outro lado, de produzir consequências económicas relevantes ao nível de um sector de mercado importante como o da construção. Não faltam exemplos de particulares disciplinas contratuais introduzidas com a expressa finalidade de conseguir objectivos de política económica de dimensão mais ampla. Basta recordar que, com a Lei n.º 755 de 15 de Setembro de 1964, se estabeleceu, relativamente à venda a prestações de determinados bens de consumo (electrodomésticos, máquinas fotográficas, barcos de desporto, motos e automóveis), uma disciplina restritiva, impondo-se uma soma mínima a pagar no momento da conclusão do contrato e um prazo máximo para o pagamento do preço global: isto com o fim declarado de reduzir o volume de tais vendas, cuja expansão — como consta do preâmbulo da lei — provoca «um movimento expansionista no aparelho produtivo... que é todavia acompanhado de uma tendência para a redução da poupança», correndo, assim, o risco de expôr o sistema económico, a curto prazo, a tensões inflacionistas e a médio e longo prazo a perspectivas de recessão; daí a nova disciplina restritiva daquela categoria de contratos (um elemento da estratégia com que os governos de centro-esquerda enfrentaram a «conjuntura» de 1963-64) destinada, na intenção do legislador, a «assegurar que o incremento do consumo seja adequado ao do rendimento e que a relação consumo-investimentos se mantenha na medida adequada às necessidades da produção e do emprego».

Resulta claro, desta forma, que o direito dos contratos não se limita a revestir passivamente a operação económica de um véu legal *de per si* não significativo, a representar a sua mera tradução jurídico-formal, mas, amiúde, tende a incidir sobre as operações económicas (ou até sobre a sua dinâmica complexiva), de modo a determiná-las e orientá-las segundo objectivos que bem se podem apelidar de políticos *lato sensu*.

E é precisamente nisto que se exprime aquela autonomia, ou melhor, aquela autónoma relevância do contrato-conceito jurídico e do direito dos contratos, relativamente à operação económica a que nos referimos supra.

2. O PAPEL DO CONTRATO E AS FORMAS DE ORGANIZAÇÃO ECONÓMICO-SOCIAL

2.1. A historicidade do contrato

Uma vez que o contrato reflecte, pela sua natureza, operações económicas, é evidente que o seu papel no quadro do sistema resulta determinado pelo género e pela quantidade das operações económicas a que é chamado a conferir dignidade legal, para além do modo como, entre si, se relacionam — numa palavra pelo modelo de organização económica a cada momento prevalecente. Analogamente, se é verdade que a sua disciplina jurídica — que resulta definida pelas leis e pelas regras jurisprudenciais — corresponde instrumentalmente à realização de objectivos e interesses valorados consoante as opções políticas e, por isso mesmo, contingentes e historicamente mutáveis, daí resulta que o próprio modo de ser e de se conformar do contrato como instituto jurídico, não pode deixar de sofrer a influência decisiva do tipo de organização político-social a cada momento afirmada. Tudo isto se exprime através da fórmula da *relatividade do contrato* (como aliás de todos os outros institutos jurídicos): o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto económico-social em que está inserido.

Isto resulta do modo mais claro no plano de uma análise, como costume dizer-se, sincrónica. Mesmo restringindo o confronto à área dos sistemas económicos altamente desenvolvidos, é evidente, por exemplo, que o contrato terá, nos ordenamentos de tipo capitalista, uma certa configuração e um certo papel, tendo no ordenamento soviético e nos outros

ordenamentos de tipo socialista uma configuração e um papel objectivamente diferentes (ver cap. V, 4.1.).

Mas a historicidade e a relatividade do contrato emergem, com clareza ainda maior, à luz de uma análise diacrónica, numa perspectiva que atente na evolução histórica do instituto. Se confrontarmos as funções assumidas pelo contrato na antiguidade ou na idade média, vale dizer, no âmbito dos sistemas económicos arcaicos, ou de um modo geral pouco evoluídos (aqueles que poderiam considerar-se os caracterizados pelo modo de produção «antigo», baseado no trabalho escravo e pelo modo de produção feudal, por sua vez caracterizado por vínculos de natureza «pessoal» entre produtores e detentores da riqueza fundiária, pelo trabalho artesanal independente, por uma nítida tendência para o auto-consumo e, portanto, por um baixo volume de trocas), com as funções que o contrato assume no quadro de uma formação económico-social caracterizada por um alto grau de desenvolvimento das forças produtivas e pela extraordinária intensificação da dinâmica das trocas (tal como é a formação económico-social capitalista, especialmente após a revolução industrial dos princípios do séc. XIX), constatamos profundíssimas diferenças quanto à dimensão efectiva, à incidência, à própria difusão do emprego do instrumento contratual: ali relativamente reduzidas e marginais, aqui, pelo contrário, de molde a fazer do contrato um mecanismo objectivamente essencial ao funcionamento de todo o sistema económico.

E se se tornar necessária uma confirmação indirecta desta estreita ligação entre a exaltação do papel do contrato e a afirmação de um modo de produção mais avançado, atente-se em que não pode certamente atribuir-se ao mero acaso o facto de as primeiras elaborações da moderna teoria do contrato, devidas aos jusnaturalistas do séc. XVII e em particular ao holandês Grotius, terem lugar numa época e numa área geográfica que coincidem com a do capitalismo nascente; assim como não é por acaso que a primeira grande sistematização legislativa do direito dos contratos (levada a cabo pelo código civil francês, *code Napoleon*, de 1804) é substancialmente coeva do amadurecimento da revolução industrial, e

contituiu o fruto político directo da revolução francesa, e, portanto, da vitória histórica conseguida pela classe — a burguesia — à qual o advento do capitalismo facultou funções de direcção e domínio de toda a sociedade.

2.2. Do «status» ao contrato

A organização económica (vale dizer o modo de produção e troca de bens), por seu lado, liga-se, estruturalmente, em larga medida (determinando-a e até, em certo sentido, identificando-se-lhe) com a organização social. Assim, também a evolução desta se reflecte na evolução do contrato, transformando o seu papel e modificando o seu âmbito de incidência com a mudança da fisionomia das relações sociais.

Desta matéria existe, na história do pensamento jurídico institucional, uma aplicação exemplar, operada por uma doutrina muito famosa: a de Henry Sumner Maine, estudioso inglês do século passado, segundo o qual todo o processo de desenvolvimento das sociedades humanas pode descrever-se, sinteticamente, como um processo de transição do «status» ao contrato. Com esta fórmula — conhecida simplesmente como «lei de Maime» — quer-se exprimir a ideia de que, enquanto nas sociedades antigas as relações entre os homens — poder-se-ia dizer o seu modo de estar em sociedade — eram determinadas, em larga medida, pela pertença de cada qual a uma certa comunidade ou categoria ou ordem ou grupo (por exemplo a família) e pela posição ocupada no respectivo seio, derivando daí, portanto, de modo mecânico e passivo, o seu *status*, ao invés, na sociedade moderna, tendem a ser, cada vez mais, o fruto de uma escolha livre dos próprios interessados, da sua iniciativa individual e da sua vontade autónoma, que encontra precisamente no contrato o seu símbolo e o seu instrumento de actuação.

Apesar de, pela verificação recente de fenómenos típicos das sociedades industriais avançadas, ter sido contestada, por muitos, a perene validade da «lei de Maime», ou até se lhe ter denunciado o empolamento (com a asserção de um retorno «do contrato ao *status*», sobre cujo significado nos pronun-

ciaremos mais adiante), não há dúvida, contudo, de que aquela fórmula exprime uma tendência historicamente verificada, pelo menos no sentido geral de uma evolução para formas de organizações sociais tais, que reduzem progressivamente os vínculos jurídicos que ligavam o indivíduo à comunidade ou ao grupo em que está inserido (que lhe limitavam a liberdade e a própria capacidade legal de assumir autonomamente as suas obrigações e adquirir os seus direitos); com o óbvio resultado de multiplicar as suas possibilidades de determinar, por si, com actos voluntários — portanto tipicamente com o instrumento do contrato — a esfera dos seus direitos e deveres.

Não há dúvida, em particular, (e de resto é mesmo o exemplo em que Maine insiste) de que os vínculos derivados do *status* familiar, a um tempo tão fortes que precludiam à mulher e aos filhos — sujeitos, tanto no plano patrimonial, como no pessoal, ao «poder» do marido e pai — a possibilidade de participar livremente no comércio jurídico, se foram progressivamente atenuando, até uma situação em que também os membros da família, que não o seu chefe, estão em princípio legitimados a dispor dos seus bens, estipulando por si próprios qualquer género de contrato. A história do direito italiano oferece uma prova eloquente desta tendência com a abolição da «autorização marital». No velho código civil de 1865, o art. 134.º estabelecia que, salvo casos particulares, a mulher não podia «dar, alienar bens imóveis, hipotecá-los, contrair mútuos, ceder ou cobrar capitais, constituir-se fiador, nem transigir ou estar em juízo relativamente a tais actos sem autorização do marido»: um exemplo típico de como o *status* (aqui de mulher casada) podia comprimir a liberdade de contratar. Mas ainda antes de se ter encetado uma revisão geral do direito da família e das pessoas (na perspectiva de uma nova codificação civil), esta restrição da liberdade e capacidade contratual da mulher — que, todavia, aparecia aos intérpretes como «necessária consequência e complemento de todo o sistema da autoridade marital» — revelou-se intolerável para a consciência social (e, por outro lado, contrária às exigências económicas de uma circulação da riqueza mais dinâmica e

segura): em 1919 o sistema de autorização marital foi assim suprimido com uma lei que indiscutivelmente estendia a liberdade do contrato a sectores de relações sociais antes dominados pela lógica, não liberal, do *status*.

2.3. As ideologias do «contratualismo»

Na perspectiva adoptada por fórmulas como a da transição «do *status* ao contrato», é claro que o contrato não é encarado na acepção estrita de instrumento técnico-jurídico da circulação dos bens, mas com um significado bem mais geral: como símbolo de uma determinada ordem social, como modelo de uma certa orgânica da sociedade na sua complexidade. Quando Maine observava que a sociedade que lhe era contemporânea (portanto, a sociedade do séc. XIX) baseava-se no contrato e na liberdade de contratar, ao contrário das sociedades antigas governadas pelos vínculos de *status*, elevava o contrato a eixo fundamental da sociedade liberal, a protótipo dos seus valores e dos seus princípios (da livre iniciativa individual à concorrência entre os empresários no mercado, à procura ilimitada de lucro...) em antítese com o modelo de organização da sociedade do «antigo regime», com os seus resíduos feudais, com os seus vínculos e privilégios corporativos, com a sua economia fechada. O contrato torna-se, assim, a bandeira das sociedades nascidas das revoluções burguesas e, em definitivo, um elemento da sua legitimação.

Mas, desta forma, a categoria do contrato adquire um valor acentuadamente ideológico (no sentido que adiante será precisado) e político. Que significados e implicações deste género resultam indissociáveis deste conceito, é claramente comprovado pelo papel que a categoria do contrato assumiu no quadro das doutrinas elaboradas no ocidente pelos teóricos da política e que constitui um dos aspectos mais significativos das suas vicissitudes na história do pensamento. É, de facto, sabido, que toda uma série de teorias em torno à génese, à natureza, ao ordenamento e ao funcionamento da sociedade, amadurecidas no séc. XVII e no séc. XVIII, inti-

tulavam-se de «contratualismo». De Hobbes a Spinoza, de Locke a Rousseau, é comum aos filósofos deste período a ideia de que a sociedade nasceu e baseia-se no consenso, no acordo, precisamente no contrato (o «contrato social» de Rousseau) com que os homens se comprometem a abster-se do uso indiscriminado da força nas relações recíprocas, renunciando consensualmente a fazer justiça por si próprios, transferindo o direito ao uso da força (em definitivo, parte da sua própria liberdade) para uma entidade superior e distinta de cada um dos indivíduos, que exprime a «vontade geral»: a sociedade, o Estado. Também nesta doutrina — e sobretudo nesta — a categoria do contrato exprime, portanto, uma forma de organização da sociedade, ou melhor, a forma de organização da sociedade *tout court*, revelando claramente a sua função política e ideológica: porque é claro que reconduzir a origem da sociedade e do Estado a um «contrato» e portanto à livre escolha dos associados, significava, ao fim e ao cabo, (embora com acentuações diversas: mais despóticas e absolutistas em Hobbes, mais «liberais» em Locke, mais solidárias em Rousseau) justificar e legitimar aos olhos dos súbditos, a autoridade do soberano, o poder constituído e a sua força repressiva.

3. AS FUNÇÕES DO CONTRATO E A IDEOLOGIA DO CONTRATO

3.1. Contrato e ideologia

A teoria política do «contratualismo» mostra, assim, à evidência como o conceito de contrato (melhor: um certo conceito de contrato) pode ser utilizado, e foi historicamente utilizado, com uma função ideológica, quer dizer — uma vez que é este o significado técnico de «ideologia» — com uma função de parcial ocultamento ou disfarce da realidade, operado com o fim de melhor prosseguir ou tutelar determinados interesses. Mas isto resulta ainda mais claramente, e para nós

mais significativa e relevantemente, se analisarmos as doutrinas e os princípios em matéria de contrato elaborados pela ciência jurídica e codificados pelos legisladores a partir do século passado, no apogeu da hegemonia política e cultural da classe burguesa, e que — embora de várias formas contestados e abalados — ainda hoje continuam a exercer a sua influência.

Antes de iniciar esta análise, importa proceder a uma clarificação. Quando se fala, no sentido indicado, de função ideológica do conceito de contrato (ou melhor das teorias sobre contrato) quer-se aludir — prescindindo de qualquer conotação depreciativa do termo — precisamente a este facto: o contrato — como instrumento técnico-jurídico de realização das operações económicas — e o direito dos contratos — como conjunto das regras legais e jurisprudenciais que definem a sua disciplina, e portanto as suas modalidades de funcionamento — assumiram e assumem papéis e funções reais, historicamente diversos em quantidade e relevância e conforme os vários contextos e as várias formas de organização económico-social em cada momento prevaletentes; contudo, as doutrinas, as teorias, os princípios elaborados em torno do contrato e do direito dos contratos muitas vezes não traduziram, de modo fiel e objectivo, as funções e papéis por aqueles realmente assumidos, mas ao invés ocultaram-nos, ou disfarçaram-nos, ou distorceram-nos, em termos de transmitir uma imagem intencionalmente deformada da realidade, convertendo-se, portanto, justamente, em matéria de outras ideologias.

Algumas das referências já indicadas podem oferecer uma exemplificação útil: o significado ideológico insito na fórmula geral da passagem «do *status* ao contrato» consiste em, sob a aparência de uma pura e simples descrição objectiva de um processo de transformação histórico das relações sociais, operar inconspicidamente uma apologia substancial de uma dada ordem das relações sociais, a existente, assim passando subrepticamente do plano do juízo de facto para o do juízo de valor; a supressão da autorização marital e a conseqüente liberalização da actividade contratual das mulheres casadas, que se efectuaram em Itália com a Lei de 1919, constituíram,

também elas, matéria de ideologia, na exacta medida em que foram justificadas, exclusiva ou prevalentemente, como providência destinada a acolher solicitações de emancipação feminina e, assim, a promover a condição jurídica e social das mulheres, silenciando-se um outro objectivo fundamental que assim se prosseguia: o objectivo de secundar as exigências de um sistema capitalista em expansão, que reclamava a eliminação de todo e qualquer obstáculo à mais livre, segura e intensa circulação dos bens (como aquele que representava a necessidade de prévio assentimento de um sujeito que não o respectivo proprietário).

Estes exemplos documentam, porém, ao mesmo tempo, um aspecto que é muito importante não descurar, sobretudo se quisermos compreender na sua plenitude o sentido e a dimensão das ideologias que nos propomos examinar: se, por natureza, as ideologias são sempre, em vária medida, falsificações da realidade, elas não podem, no entanto, ser apenas pura e simples falsificações da realidade, mas devem também, de algum modo, reflectir esta última, seja porque sempre por esta devem ser movidas, seja para distorcê-la ou para influenciá-la com fins diversos dos do seu objectivo conhecimento. Assim, se a «Lei de Maine» se traduz numa apologia inconfessada da sociedade liberal e capitalista, nem por isso ela deixa de descrever um processo real de transformação da sociedade, objectivamente comprovado; assim, ainda, se a Lei de 1919 prosseguia, sem o declarar, escopos funcionalizados às exigências de uma economia capitalista, não é menos verdade que ela determinou, na realidade, um progresso na via da emancipação feminina. Qualquer ideologia — e por isso também a ideologia do contrato, nas suas várias formas — só pode ser correctamente entendida e denunciada, de modo apropriado e eficaz, se se tiver em conta esta necessária e particularmente complicada interligação entre a verdade e falsidade: ela parte da realidade mas para distorcê-la; distorce a realidade, mas partindo desta não pode deixar de, por algum modo, reflecti-la.

3.2. A ideologia da liberdade de contratar e da igualdade dos contraentes

Estes dados devem ser mantidos presentes na análise dos princípios ideológicos afirmados em sede de contrato pela ciência jurídica e pelos legisladores do séc. XIX: uma análise que se nos afigura de particular interesse e importância, seja porque aqueles princípios constituem, historicamente, uma das máximas e mais significativas expressões de todo o direito burguês, amadurecida de forma plena justamente no momento mais alto da hegemonia política, económica e cultural da burguesia, seja porque — como já se assinalou — a sua herança, embora submetida a profundas revisões, chegou até nós e continua em vária medida a estar presente nos textos legais e nas doutrinas jurídicas de que hoje dispomos.

Os princípios ideológicos a que nos referimos podem ser reconduzidos a uma única ideia: a ideia da *liberdade de contratar*. Com base nesta, afirmava-se que a conclusão dos contratos, de qualquer contrato, devia ser uma operação absolutamente livre para os contraentes interessados: deviam ser estes, na sua soberania individual de juízo e de escolha, a decidir se estipular ou não estipular um certo contrato, a estabelecer se concluí-lo com esta ou com aquela contraparte, a determinar com plena autonomia o seu conteúdo, inserindo-lhe estas ou aquelas cláusulas, convencionando este ou aquele preço. Os limites a uma tal liberdade eram concebidos como exclusivamente negativos, como puras e simples proibições; estas deviam apenas assinalar, por assim dizer, do exterior, as fronteiras, dentro das quais a liberdade contratual dos indivíduos podia expandir-se sem estorvos e sem controlos: *não* concluir um certo contrato, *não* inserir nele uma certa cláusula. Inversamente, não se admitia, por princípio, que a liberdade contratual fosse submetida a vínculos positivos, a prescrições tais que impusessem aos sujeitos, contra a sua vontade, a estipulação de um certo contrato, ou a estipulação com um sujeito determinado, ou por um certo preço ou em certas condições: os poderes públicos — legislador e tribunais — deviam abs-

ter-se de interferir, a que título fosse, na livre escolha dos contraentes privados.

Além disso, os próprios limites negativos — excepções a um princípio — eram toleradas em muito estreita medida. Admitiam-se, por exemplo, os destinados a impedir a assunção, embora voluntária e consciente, de vínculos limitadores da actividade própria, susceptíveis de precluir o exercício futuro da liberdade contratual por parte de quem os assumia e, num plano mais geral, de prejudicar um sistema fundado precisamente na liberdade tendencialmente ilimitada do tráfico jurídico (a esta luz devem ser considerados os arts. 1780 do código civil francês e 1628 do anterior código civil italiano, que proibiam colocar vitaliciamente a actividade laboral própria ao serviço de alguém, assim como a proibição, afirmada pela jurisprudência dos tribunais anglo-americanos, dos «pactos de não concorrência», através dos quais um sujeito se obriga para com outro a limitar irrazoavelmente a sua actividade produtiva (os chamados *contracts in restraint of trade*): duas regras — poderá dizer-se — com as quais o sistema, informado pelo cânone fundamental da liberdade contratual, se autolimita, para reagir contra comportamentos que correriam o risco de limitá-lo ainda mais gravemente, ou até de negá-lo). Admitiam-se, por outro lado, limites à liberdade de contratar conexos com a exigência de tutelar sujeitos que, pelas suas condições psico-físicas, correriam o risco de ver aquela liberdade virar-se contra si próprios, não estando em condições de exercê-la de modo consciente e frutuoso para os seus interesses: daqui as incapacidades contratuais dos menores e dos diminuídos mentais.

Com dificuldades e resistências muito maiores deparavam as tentativas de introduzir limites — embora puramente negativos — destinados a proteger sujeitos, cuja inferioridade e debilidade contratuais derivavam de causas não já biológicas, mas económico-sociais. A este respeito, existe no direito norte-americano um exemplo muito significativo. Pela metade do século passado foram emanadas, de diversos Estados da Federação, providências legislativas (conhecidas por *Truck Acts*) que, para travar uma praxe largamente difundida nas

relações entre empresários e trabalhadores subordinados, e gravemente prejudicial para estes últimos, proibiam convenicionar nos contratos de trabalho que a retribuição fosse atribuída aos dependentes, no todo ou em parte, sob a forma de «bónus» a depender nos recintos da empresa, prescrevendo que os salários deveriam sim ser pagos em dinheiro. Ora, até cerca de 1910 estas leis foram repetidamente declaradas inconstitucionais, e por isso inaplicadas, em toda uma série de decisões tomadas por um grande número de tribunais estatais (que só a partir do segundo decénio do século cessaram esta sua oposição): como escreveu um arguto observador destes acontecimentos, elas deveriam parecer aos tribunais uma intolerável intromissão do poder público na esfera da liberdade dos contraentes, uma inadmissível «tentativa do legislador de restabelecer o *status* e limitar o poder contratual dos homens livres... adultos e mentalmente saudáveis», tentativa repelida durante decénios, com tenacidade, por um corpo de juizes inabalavelmente fiéis à «doutrina segundo a qual a evolução do Direito seria um desenvolvimento do *status* ao contrato» (Roscoe Pound).

A liberdade, como se viu, tendencialmente ilimitada, de contratar ou de não contratar, de contratar nestas ou naquelas condições, no sistema, por outro lado, correspondia, como necessário contraponto desta, uma tendencialmente ilimitada *responsabilidade* pelos compromissos assim assumidos, configurados como um vínculo tão forte e inderrogável que poderia equiparar-se à lei: «os contratos legalmente formados têm força de lei para aqueles que os celebraram» é a fórmula que se transmite do art. 1134 do *code Napoléon* para o art. 1123.º do nosso código civil de 1865 e para o art. 1372.º do código vigente. Cada um é absolutamente livre de comprometer-se ou não, mas, uma vez que se comprometa, fica ligado de modo irrevogável à palavra dada: «*pacta sunt servanda*». Um princípio que, além da indiscutível substância ética, apresenta também um relevante significado económico: o respeito rigoroso pelos compromissos assumidos é, de facto, condição para que as trocas e as outras operações de circulação da riqueza se desenvolvam de modo correcto e eficiente segundo a lógica

que lhes é própria, para que se não frustrem as previsões e os cálculos dos operadores (justamente no tornar «previsíveis» e «calculáveis» as operações económicas, de resto, Max Weber individualizava uma das funções fundamentais atribuídas ao instrumento contratual num sistema capitalista); condição necessária, assim, para a realização do proveito individual de cada operador e igualmente para o funcionamento do sistema no seu conjunto.

Neste sistema, fundado na mais ampla liberdade de contratar, não havia lugar para a questão da intrínseca igualdade, da justiça substancial das operações económicas de vez em quando realizadas sob a forma contratual. Considerava-se e afirmava-se, de facto, que a justiça da relação era automaticamente assegurada pelo facto de o conteúdo deste corresponder à vontade livre dos contraentes, que, espontânea e conscientemente, o determinavam em conformidade com os seus interesses, e, sobretudo, o determinavam num plano de recíproca *igualdade jurídica* (dado que as revoluções burguesas, e as sociedades liberais nascidas destas, tinham abolido os privilégios e as discriminações legais que caracterizavam os ordenamentos em muitos aspectos semifeudais do «antigo regime», afirmando a paridade de todos os cidadãos perante a lei): justamente nesta igualdade de posições jurídico-formais entre os contraentes consistia a garantia de que as trocas, não viciadas na origem pela presença de disparidades nos poderes, nas prerrogativas, nas capacidades legais atribuídas a cada um deles, respeitavam plenamente os cânones da justiça comutativa. Liberdade de contratar e igualdade formal das partes eram portanto os pilares — que se completavam reciprocamente — sobre os quais se formava a asserção peremptória, segundo a qual dizer «contratual» equivale a dizer «justo» («*qui dit contractuel dit juste*»).

Por outro lado, liberdade contratual e igualdade formal dos contraentes apareciam como os pressupostos, não só da prossecução dos interesses particulares destes últimos, mas também do interesse geral da sociedade. As teorias económicas então prevalentes — traduzidas no plano prático, na directiva do *laissez-faire, laissez-passer* — pretendiam, de facto, que o

bem estar colectivo podia conseguir-se da melhor forma, não já com intervenções autoritárias do poder público, mas só deixando livre curso às iniciativas, aos interesses, aos egoísmos individuais dos particulares, que o mecanismo do mercado e da concorrência — a «mão invisível» de Adam Smith — teria automaticamente coordenado e orientado para a utilização óptima dos recursos, para o máximo incremento da «riqueza da Nação». E é claro que esta liberdade de iniciativa económica, considerada socialmente útil e necessária, traduz-se no plano jurídico precisamente na liberdade, entendida igualmente como conforme ao interesse social, de estipular contratos quando, como e com quem se queira. Na segunda metade do século passado um juiz inglês exprimia sugestivamente este pensamento: «se há uma coisa — afirmou sir George Jessel na fundamentação de uma sentença de 1875 — que o interesse público (*public policy*) requer mais do que qualquer outra, é que homens adultos e conscientes tenham a máxima liberdade de contratar, e que os seus contratos tenham a tutela dos tribunais».

3.3. Funções do contrato na sociedade capitalista

Esta ideologia novecentista da liberdade de contratar (que desenvolve, no entanto, ideias já antes amadurecidas nas correntes de pensamento do jusnaturalismo e do iluminismo) corresponde, sem dúvida, a orientações e valores positivos, de progresso, afirmados na evolução das sociedades ocidentais, tornando-se, inclusive, sua promotora directa. Liberdade de contratar significa abolição dos vínculos de grupo, de corporação, de «estado», que na sociedade antiga aprisionavam o indivíduo numa rede de incapacidades legais que lhe precludiam a plena expansão da sua iniciativa, das suas potencialidades produtivas, em suma da sua personalidade, e configuravam, assim, uma organização económica-social fechada, pouco dinâmica. Significa, portanto, restituição ao indivíduo — e, por força do princípio da igualdade perante a lei, a todos os indivíduos, numa base de paridade formal, sem as discrimina-

ções e os privilégios do passado — da abstracta possibilidade de determinar por si só o seu próprio destino no mundo do tráfico e das relações jurídicas, e o simultâneo nascimento de um sistema que a multiplicidade destas livres iniciativas e contribuições individuais tornaria mais dinâmico, mais aberto às inovações e potenciado nas suas próprias forças produtivas; significa, numa palavra, passagem a uma forma superior de sociedade.

Neste sentido, o princípio da liberdade contratual, ou melhor a ideologia que exalta a liberdade contratual como pilar de uma forma de organização das relações sociais mais progressiva, contém indiscutíveis elementos de verdade. Mas, como é próprio de qualquer ideologia, adiciona-lhes elementos de dissimulação e deturpação da realidade: mais precisamente, cala e oculta a realidade que se esconde por detrás da «máscara» da igualdade jurídica dos contraentes, cala e oculta as funções reais que o regime do *laissez-faire* contratual está destinado a desempenhar no âmbito de um sistema governado pelo modo de produção capitalista, os interesses reais que por seu intermédio se prosseguem.

Como se disse, na ideologia agora em discussão, a liberdade de contratar assegura também a «justiça» de cada relação contratual, em virtude da igualdade jurídica entre os contraentes. Mas desta forma esquece-se que a igualdade jurídica é só igualdade de possibilidades *abstractas*, igualdade de posições *formais*, a que na realidade podem corresponder — e numa sociedade dividida em classes correspondem necessariamente — gravíssimas desigualdades substanciais, profundíssimas disparidades das condições concretas de força económico-social entre contraentes que detêm riqueza e poder e contraentes que não dispõem senão da sua força de trabalho. O empresário com pleno controle do mercado de trabalho e o operário que, junto deste, procura emprego são juridicamente iguais, e igualmente livres — num plano formal — de determinar o conteúdo do contrato de trabalho. Mas é evidente (e a história de toda uma fase de desenvolvimento do capitalismo documenta-o de modo muitas vezes trágico) que o segundo, se não quiser renunciar ao trabalho e, conseqüentemente, à sua

própria subsistência, estará sujeito a suportar (pelo menos até que surjam adequadas providências «limitativas da liberdade contratual») todas as condições, até as mais iníquas, que lhe sejam impostas pelo primeiro: por hipótese, um horário de trabalho demasiado gravoso, condições ambientais nocivas para a saúde, um salário demasiado baixo, o seu parcial pagamento — para voltar a um exemplo já dado — em «bónus de aquisição» aplicáveis apenas nas instalações do empresário (uma cláusula contratual que configura uma fonte suplementar do lucro deste último à custa da exploração daquele). Ou então pense-se no produtor de bens ou de serviços essenciais, que goza no mercado de uma posição monopolista: os consumidores estarão constrangidos, para satisfazer as suas necessidades, a aceitar todas as condições que ele lhes queira impor, sem nenhum poder real de participar na determinação do conteúdo do contrato: «pegar ou largar». A disparidade de condições económico-sociais existente, para além do esquema formal da igualdade jurídica abstracta dos contraentes, determina, por outras palavras, disparidade de «poder contratual» entre partes fortes e partes débeis, as primeiras em condições de conformar o contrato segundo os seus interesses, as segundas constrangidas a suportar a sua vontade, em termos de dar vida a *contratos substancialmente injustos*: é isto que a doutrina baseada nos princípios de liberdade contratual e de igualdades dos contraentes, face à lei, procura dissimular, e é precisamente misto que se manifesta a sua função ideológica.

Mas existe um outro ponto relativamente ao qual aquela ideologia procede a uma certa falsificação da realidade: quando afirma que o mecanismo da liberdade de contratar realiza, no sentido indicado, o interesse geral, que opera em benefício de toda a sociedade. Ora, uma tal afirmação só resulta verdadeira na condição (arbitrária) de se identificar e esgotar o interesse geral da sociedade com o interesse de apenas uma parte da sociedade, e precisamente daquela parte que, no âmbito desta, assume a posição de classe dominante por força da sua colocação relativamente ao modo de produção prevalente: nos países ocidentais do século XIX, a classe burguesa, detentora dos meios de produção. Pelo papel que desempenha,

o mecanismo da liberdade contratual configura, de facto, um instrumento funcionalizado para o operar do modo de produção capitalista, e, neste sentido, realiza institucionalmente o interesse da classe capitalista (que é justamente *interesse particular de uma classe, e não interesse geral de toda a sociedade*, ainda que as ideologias do capitalismo tentem, interessadamente, fazer crer a sua coincidência).

Convém que nos detenhamos um pouco sobre o sentido desta última afirmação, relativa ao papel do contrato e da liberdade de contratar no âmbito da formação económico-social capitalista. O modo de produção capitalista funda-se na prestação de trabalho subordinado fornecida por quem nada tem senão, justamente, a sua força de trabalho a quem detém os meios materiais de produção, numa palavra o capital. Esta prestação é compensada com dinheiro, segundo uma relação de troca, de molde a garantir, com a fruição do trabalho, o proveito do capital. Mas para que esta troca entre dinheiro e força de trabalho possa realizar-se, é necessário que a força de trabalho assuma precisamente a forma de uma *mercadoria*, dotada de um valor de troca próprio, de um «preço» próprio, e, com base neste, *vendável e comprável* no mercado à semelhança de qualquer outra mercadoria. Vendável e comprável *livremente*, e não mais sujeita, como no passado, aos vínculos corporativos e semifeudais que faziam do trabalho humano a matéria de «serviço» de natureza «pessoal», oferecido por força das relações «pessoais» existentes entre os sujeitos na base do seu *status* (suponhamos, de servo e de patrão), e neste sentido eminentemente não contratável. No sistema capitalista, pelas exigências do sistema capitalista, o trabalho humano deve, ao contrário, objectivar-se, «mercadorizar-se», justamente porque deve constituir matéria de troca, portanto *matéria de um contrato*, e de um contrato *livre*.

É este o significado profundo do princípio da liberdade contratual, afirmado nos sistemas jurídicos burgueses como o produto de uma necessidade ineliminável: a de uma *liberalização da força de trabalho*, da sua transformação em mercadoria livremente alienável pelo proletariado e livremente adquirível pelo capital. E está também aqui a chave para entender

o alcance real do princípio da igualdade (formal) dos sujeitos contraentes: capitalista e trabalhador subordinado devem ser formalmente iguais porque ambos devem aparecer igualmente (apenas na veste de) possuidores de mercadorias a negociar através de uma «troca de equivalentes»; a igualdade das pessoas é um reflexo da igualdade das mercadorias trocadas: ainda que tal igualdade seja, na realidade, puramente formal e ilusória, porque a mercadoria oferecida pelo segundo é um atributo e uma expressão da sua própria pessoa (pelo que a sua formal liberdade de contratar se resolve na sua substancial sujeição), e porque a troca é substancialmente desigual, *deve ser* desigual para garantir ao detentor dos meios de produção a apropriação da mais valia, pela qual se rege, como seu fundamento primeiro, todo o sistema capitalista. Além disso, liberdade de contratar significa o pressuposto jurídico da mais intensa e multiforme circulação das mercadorias, uma vez produzidas: condição essencial, também esta, para o funcionamento do sistema capitalista e, portanto, para a realização, de forma privilegiada, dos interesses da classe capitalista.

4. O CONTRATO NAS CODIFICAÇÕES E NA CIÊNCIA JURÍDICA DO SÉCULO DEZANOVE

4.1. Introdução

A concepção de contrato que convencionalmente sintetizámos como «ideologia da liberdade contratual», documentando a sua adequação aos interesses e às exigências da sociedade burguesa, alimenta o pensamento jurídico novecentista e informa as grandes codificações daquele século: em primeiro lugar, a francesa (o *code civil* de 1804), sobre cujo modelo será, em larguíssima medida, decalcado o código civil italiano post-unitário (1865); e depois a alemã que ocorreu em 1896 com o *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, entrando em vigor no 1.º de Janeiro de 1900 e ainda vigente (assim como ainda vigora em França o código napoleónico). Mas naturalmente

aquela concepção ideológica colora-se, em cada um dos países considerados, de peculiares cambiantes nacionais, assume formas específicas, traduz-se em expressões conexas com as particularidades do contexto histórico, económico, social e cultural em que actua. Descrever os modos como a ideologia da liberdade de contratar se exprime na codificação francesa e na codificação alemã significa delinear os dois grandes sistemas que (juntamente com o da *common law* anglo-americano, não traduzido num texto codificado) adoptaram, historicamente, aquela ideologia, no quadro da evolução jurídica do ocidente capitalista, tornando-se como que modelos para grande parte dos outros sistemas nacionais.

4.2. O contrato no código napoleónico (1804)

O *code Napoléon* é o primeiro grande código da idade moderna, o primeiro dos códigos burgueses. Ele constitui, de resto, um produto da vitória histórica obtida pela burguesia com a Revolução de 1789, a cujas conquistas políticas, ideológicas e económicas dá nos seus artigos forma e força de lei. E a disciplina do contrato que aí está contida aparece precisamente conformada de modo a satisfazer — no sentido mais geral indicado no parágrafo precedente (cfr. 3.3.) e no sentido mais específico de uma adesão directa às exigências manifestadas na particular situação da França pós-revolucionária — os interesses e as solicitações de uma sociedade encaminhada para novas formas de organização económico-social, ou melhor das classes que no âmbito desta assumiam posições de hegemonia.

Se atentarmos na disciplina que o legislador francês de 1804 ditou para a matéria contratual, e sobretudo se a confrontarmos com a contida no código italiano vigente, um elemento ressalta antes de qualquer outro: o relativo à sua *colocação sistemática*, e portanto à posição que tal disciplina ocupa no complexo corpo do código, e às suas relações com os outros institutos, com as outras matérias que neste encontram a sua regulamentação jurídica. Enquanto no nosso código

o contrato é disciplinado num livro próprio (o quarto, que se refere às obrigações — e por isso às relações entre devedor e credor — das quais o contrato constitui justamente a fonte mais importante), no *code civil*, ao invés, os artigos que lhe dizem respeito encontram-se num livro (o terceiro) dedicado em geral aos «diversos modos de aquisição da propriedade». Desta forma, o instituto do contrato assume, num certo sentido, uma *posição não autónoma, mas subordinada, servil, relativamente à propriedade*, que se apresenta como instituto-base, em torno do qual e em função do qual são ordenados todos os outros: o contrato, em suma, surge na consideração do legislador só no seu papel de instrumento (um dos instrumentos, a colocar ao lado de outros susceptíveis de desempenhar a mesma função, como por exemplo a sucessão *mortis causa*, que não por acaso são contemplados no mesmo livro) de transferência de direitos sobre coisas, e, portanto, em primeiro lugar, o direito de propriedade.

As razões deste estreitíssimo nexos, instituído já em sede sistemática, entre contrato e propriedade não poderiam ser mais claras: o contrato e o poder de contratar livremente são assim perspectivados, nas enunciações ideológicas de princípio, como meios de expressão da liberdade pessoal do indivíduo, finalmente liberto dos antigos vínculos; mas, mais ainda, são considerados, no concreto da disciplina positiva da lei, como *instrumentos de circulação da riqueza* (e, portanto, da propriedade, que representa o seu símbolo jurídico). Entre os dois aspectos, por outro lado, não parecia existir contradição, tanto mais que a ideologia dominante procedia ao seu harmónico posicionamento num quadro no qual os mesmos se integravam e completavam reciprocamente. Em toda uma tradição do pensamento jurídico-político oitocentista, destinada a perpetuar a sua influência também no século seguinte, *liberdade e propriedade* estavam, de facto, associadas à maneira de um binómio indissolúvel: a propriedade (privada) é o fundamento real da liberdade, o seu símbolo e a sua garantia relativamente ao poder público, enquanto, por sua vez, a liberdade constitui a própria substância da propriedade, as condições para poder usá-la conformemente com a sua natureza e

com as suas funções; sem propriedade, em suma, não há liberdade, mas inversamente, não pode haver propriedade dissociada da liberdade de gozá-la, de dela dispor, de transferi-la e fazê-la circular sem nenhum limite (e portanto dissociada da liberdade de contratar).

Esta conexão entre contrato e propriedade, característica da sistemática e da ideologia do código napoleónico, estava já bem presente nas obras de Domat e de Pothier, os juristas em cujo ensinamento já se fazem notar — explícitas ou em germe — muitas das regras, das figuras e das soluções depois adoptadas, especialmente na matéria contratual, pelo legislador de 1804. Na segunda metade do século XVII, Jean Domat, partindo do pressuposto que aos homens é reconhecida uma série de «qualidades naturais» e de «estados» jurídicos diferenciados de acordo com a sua posição social (não se estava ainda na era da igualdade perante a lei, não se tinha ainda realizado a unificação formal do sujeito jurídico), opera uma reconstrução do sistema de direito privado identificando-o com «o sistema de regras que adstringem coisas a pessoas segundo as suas qualidades naturais» (Tarello): e as regras que «adstringem coisas a pessoas» são, em primeiro lugar, precisamente as regras sobre contratos. Bem pode dizer-se, até, que na concepção de Domat é justamente o contrato a categoria unificante de todo o sistema de direito privado; o contrato, e não a propriedade, porque esta não se tinha ainda erigido em instituto geral e unitário (por causa da pluralidade e variedade de direitos que, no ordenamento da época, podiam coexistir sobre a mesma coisa, fraccionando o respectivo senhorio). Dizendo ainda com Tarello: «o sistema de Domat pode ser encarado como o primeiro sistema em que, de modo completo, se exprime a ideologia segundo a qual o direito racional é todo e só o direito que serve aos usos burgueses: ainda que, pelas razões expostas, não dos burgueses «proprietários», mas dos burgueses «contraentes». Será Robert-Joseph Pothier, em pleno século XVIII, a assinalar à propriedade a condição e o papel de categoria geral, e de categoria-chave do sistema jusprivatístico: condição e papel — exaltados — que lhe conservará o *code civil*, ordenando em torno desta e em

função desta todos os outros institutos: em primeiro lugar, como se viu, o instituto do contrato.

Esta instrumentalidade do contrato relativamente à propriedade, relativamente aos modos de gestão e de utilização económica dos bens, não se esgotava, por outro lado, no plano de um critério abstracto de coordenação-subordinação entre princípios ou institutos jurídicos, mas respondia — já o referimos — a reais exigências que, concretamente, emergiam na peculiar situação económico-social da França postrevolucionária. Simplificando um fenómeno histórico caracterizado por elementos de grande complexidade, pode bem dizer-se que entre 1789 e 1791 desenrolou-se em França um processo — essencial nas perspectivas de desenvolvimento de uma economia capitalista — de «libertação» e mobilização da propriedade fundiária (então o mais importante dos recursos económicos, e neste sentido a propriedade *tout court*): um processo relativamente ao qual o contrato, ou melhor a disciplina do contrato vasada no código, desempenhou um papel de grande relevo.

As exigências de uma economia capitalista, que começavam a afirmar-se em consequência do desenvolvimento das forças produtivas, não eram compatíveis com um tipo de utilização (e, portanto, com um regime jurídico) da propriedade fundiária, que o *ancien régime* tinha em grande parte herdado do modo de produção feudal: longe de resumir-se na figura de um «proprietário», modernamente entendido, os poderes jurídicos sobre o bem-terra eram geralmente divididos entre diversos titulares, a cada um dos quais competindo prerrogativas diversas, que se traduziam em outros tantos «pesos» gravados sobre o próprio bem, limitando, assim, as possibilidades de um seu racional aproveitamento económico. Daí, justamente, a necessidade de libertar a propriedade dos solos destes pesos de origem feudal que impediam o seu uso capitalista e economicamente progressivo; daí a exigência de afirmar a plenitude dos poderes do proprietário (único) e a sua liberdade de colocar sem entraves os seus bens no ciclo produtivo. Símbolo e simultaneamente manifestação concreta da vontade revolucionária de realizar um tal objectivo, foi a

deliberação, tomada pela Assembleia Nacional na histórica «noite de 4 de Agosto» (1789), de suprimir todos os privilégios e os direitos feudais que impendiam sobre a terra; a sua coroação foi a definição legislativa do direito de propriedade, que o código de 1804 solenemente esculpiu como «o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta» (art. 544.º) (e, com esta, o princípio da tipicidade — ou «*numerus clausus*» — dos direitos reais menores susceptíveis de comprimir a sua plenitude).

Mas isto não era suficiente: urgia ainda uma deslocação significativa da disponibilidade dos recursos económicos (portanto da propriedade imobiliária) das classes — nobreza e clero — que eram tradicionalmente os seus titulares, e cujo papel político e económico aparecia agora em declínio, para a burguesia, a classe vitoriosa, que era chamada pela história a fundar a sua hegemonia sobre aquela riqueza e sobre a sua capacidade de multiplicá-la. E igualmente a realização de tal objectivo teve lugar nos anos imediatamente seguintes à Revolução: com as vendas abundantes de «bens nacionais», antes pertencentes ao clero e adquiridos, na sua maior parte, por representantes do «terceiro estado», começou, de facto aquele processo de *transferência da riqueza das classes vencidas para a nova classe nascente*, que depois de várias formas se desenvolveria e aperfeiçoaria, até reunir nas mãos da burguesia — e confiar às suas capacidades e iniciativas empresariais — a grande massa dos recursos produtivos. Mas para que este processo de transferência da riqueza pudesse efectivar-se da forma melhor e mais segura e de molde a não provocar desperdícios, atritos e lesões demasiado graves, era necessário um instrumento técnico-jurídico adequado. Este foi justamente o contrato, e a disciplina contratual peculiar codificada pelo legislador de 1804: *liberdade de contratar, baseada no consenso dos contraentes* — poderia ser o slogan que o resume.

Nesta perspectiva, liberdade de contratar significava livre possibilidade, para a burguesia empreendedora, de adquirir os bens das classes antigas, detentoras improdutivas da riqueza, e livre possibilidade de fazê-los frutificar com o

comércio e a indústria. Mas contrato baseado no consenso significava, por outro lado, uma forte garantia para as velhas classes proprietárias (que a burguesia pretendia não destruir, mas promover, numa relação de aliança subalterna): a garantia de que para a transferência dos seus bens era sempre necessária a sua vontade. «A categoria geral do contrato, introduzida pela codificação civil francesa» — são palavras de Galgano — «fora o fruto da procura de um equilíbrio entre a pretensão da classe mercantil, de apropriação dos recursos do solo, e as exigências da classe fundiária, de defesa da propriedade. O princípio do consenso como produtor, por si só, do vínculo jurídico, favorecia a classe mercantil na sua relação com os proprietários dos recursos e, ao mesmo tempo, protegia os proprietários, impedindo que estes pudessem ser privados dos seus bens contra a sua própria vontade».

Na França do início do século XIX colocavam-se, assim — e assim encontravam resposta — questões e exigências análogas às que, em Itália, por uma diversa escansão dos estados de desenvolvimento económico-social, se manifestariam com um atraso de mais de meio século, ao tempo da unificação política do país. É, portanto, natural que, então, tenham sido acolhidas, entre nós, soluções análogas às codificadas a seu tempo — e com tanto sucesso — além dos Alpes. E isto explica — para além do enorme prestígio cultural conquistado pelo código de Napoleão, e da vigência temporária deste em diversos estados italianos antes da unificação — porque o nosso código civil de 1865 acabou, na matéria do contrato, como em grande número de outras matérias, por decalcar-lhe fielmente a sistemática, os princípios, as regras, a própria formulação linguística de muitos artigos.

4.3. O contrato no código civil alemão (1896): a teoria do negócio jurídico e o dogma da vontade

O código civil alemão de 1896 (BGB) é, além do *code Napoléon*, o outro grande protótipo de construção legislativa de um sistema de direito privado, oferecido pela moderna

história dos ordenamentos continentais, e é-o em particular, no que concerne à disciplina e à sistematização jurídica complexa dos actos de circulação da riqueza.

Um diverso desenvolvimento da sua história política, e ainda complexas vicissitudes de ordem cultural, fizeram com que a Alemanha tivesse um código civil com quase um século de atraso relativamente à França. Por sua vez, este mesmo atraso e a conseqüente diferença de contexto histórico e de condições socio-económicas, juntamente com uma tradição científica diferente, fizeram com que a disciplina do contrato fosse, neste, organizada segundo um modelo consideravelmente diferente do do código francês e da tradição com este encetada. Naturalmente que o BGB, enquanto código burguês, não podia deixar de inspirar-se em certos princípios gerais que vimos serem coessenciais a qualquer ordenamento capitalista de direito contratual, e que já tinham sido adoptados pelo código napoleónico, enquanto (primeiro) código burguês: a liberdade de contratar, baseada no pressuposto da igualdade formal dos sujeitos. Este último elemento resulta claro, em particular, se se confrontar o BGB (cujas regras se dirigem a um único e indiferenciado sujeito jurídico) com a primeira grande iniciativa de codificação operada em território germânico através do «código territorial» prussiano em 1794, que, ao invés, se orientava por uma discriminação legal dos sujeitos, dos seus direitos, das suas capacidades e prerrogativas jurídicas, segundo o *status* a que pertenciam (em que se distinguia o estado dos camponeses, o estado dos cidadãos, o estado dos nobres...). Mas para além desta comum inspiração de fundo, genericamente «burguesa», são diversos os instrumentos normativos e as categorias conceituais de que o BGB se socorre no plano das soluções jurídicas concretas.

A diferença fundamental entre o modelo francês e o modelo alemão consiste no facto de, neste último, a categoria do contrato ser concebida e construída do interior e, por assim dizer, à sombra de uma categoria mais geral, compreensiva do contrato e de outras figuras, e da qual o contrato constitui, por isso, uma subespécie; esta categoria geral é o *negócio jurídico*. O código civil alemão contém assim, além de regras

especialmente dedicadas ao contrato (*Vertrag*) e a cada contrato (venda, locação, empreitada, mandato, etc.), uma série de normas dirigidas em geral à disciplina do negócio jurídico (*Rechtsgeschäft*), normas que se aplicam também (mas não só) ao contrato, pelo princípio elementar de que as regras concernentes a uma figura geral valem — quando não expressamente afastadas — também para as diversas figuras específicas compreendidas na primeira. Isto gera, como é evidente, uma multiplicação de qualificações e de disciplinas jurídicas: se A vende uma coisa a B, no direito francês dir-se-á que A e B concluíram uma compra e venda e do mesmo passo um contrato, e aplicar-se-ão as normas especiais sobre compra e venda e as gerais sobre contrato; no direito alemão não nos podemos limitar a isto, mas antes se dirá que A e B estipularam uma compra e venda e ao mesmo tempo um contrato e bem assim um negócio jurídico, e aplicar-se-ão as normas especiais sobre compra e venda, as mais gerais sobre contrato e as mais gerais ainda sobre negócio jurídico.

No plano histórico, a introdução do conceito de contrato, operada pelo código francês com o subsídio teórico das doutrinas de Domat e de Pothier, tinha constituído uma significativa obra de generalização e de abstracção, porque, pela primeira vez, se dava substancialmente dignidade legislativa a uma figura que — abstraindo das características especiais de cada operação económica — as resumia todas, e a regras que, em princípio, a todas indistintamente poderiam aplicar-se. Com a elaboração da categoria do negócio jurídico, realizada no decurso do século passado pela escola da «Pandectística» na base de uma nova utilização modernizada dos textos do direito romano justinianeu, este processo de generalização e de abstracção é levado ao extremo. Assim se cria, de facto, um conceito capaz de englobar em si uma série de fenómenos reais muito mais ampla do que a expressa pelo conceito de contrato; não só compras e vendas, locações, depósitos, mútuos e assim por diante, mas também, por exemplo, matrimónios, adopções, reconhecimentos de filhos naturais, constituições de entidades de beneficiência, testamentos: neste sentido, o negócio é uma categoria *mais geral*. Para abarcar conceitual-

mente esta fenomenologia real, é necessária uma operação lógica: isto é, é preciso individualizar os caracteres comuns às diversas realidades, abstrai-los destas e elevá-los, organizando-os, a elementos constitutivos da figura que se pretende construir; mas é claro que quanto mais vasta, variada e heterogénea é esta fenomenologia real, menor é o número dos caracteres comuns identificáveis no interior desta, menor portanto a riqueza da definição geral que sobre estes se funda, menos intensa a sua capacidade representativa, mais reduzida, em suma, a sua aderência ao conceito, maior a sua rarefacção e a sua distância da realidade; por outras palavras, para compreender uma área cada vez mais extensa de objectos, é preciso elevarmo-nos cada vez mais sobre os mesmos, e assim deles nos afastarmos cada vez mais, cada vez mais renunciarmos a captar os seus aspectos palpáveis: por isso o negócio é uma categoria *mais abstracta*. Tudo isto resulta de modo mais claro se considerarmos a definição de negócio jurídico que haveria de tornar-se prevalente: «uma declaração de vontade dirigida a produzir efeitos jurídicos».

Emerge daqui, juntamente com as características formais da generalidade e abstracção, o outro dado, relacionado com aspectos do conteúdo, necessário para entender o sentido e o alcance da categoria do negócio: a elevação da *vontade* a elemento chave da sua definição. Na base desta, está a ideia, já acolhida pelo pensamento jusnaturalista e iluminista, da vontade humana como fonte de qualquer transformação operada no mundo do direito, como «força criadora» de direitos e de obrigações, como motor primeiro de toda a dinâmica jurídica. Tão exacerbada que desemboca numa verdadeira e própria «mística da vontade» ou que se cristaliza na rigidez de um «dogma da vontade», esta posição de princípio vem a reflectir-se no modo como é construída a disciplina concreta dos negócios jurídicos, determinando uma série de regras (em matéria de erro, de dolo, de coacção, de simulação, etc.) destinadas a tutelar, do modo mais intransigente, a «liberdade» e a «espontaneidade» do querer de quem realiza o negócio, e a desobrigá-lo do vínculo negocial, sempre que a sua vontade

resultado de qualquer modo perturbada. Em torno desta definição desenvolveu-se, assim, na ciência jurídica alemã, um imponente complexo de teorias, doutrinas, elaborações conceituais que havia de exercer uma decisiva influência mesmo fora do seu ambiente de origem: assim sobretudo em Itália, onde a categoria do negócio jurídico, acolhida no princípio do nosso século, se torna um elemento central das construções de direito privado e de teoria geral do direito, conquistando uma posição de hegemonia que, em parte, ainda hoje se mantém. A tal ponto que não seria hoje possível, em Itália ou na Alemanha (como ao invés o seria, por exemplo, em França ou nos países anglossaxónicos) discutir os temas e os problemas conexos à função, à disciplina, à reconstrução doutrinária do instituto do contrato, prescindindo da categoria do negócio, que, num certo sentido, lhe está sobreposta.

Nem isto deve suscitar espanto ou surpresa. Na verdade, por força da sua generalidade e abstracção, a categoria negocial pode realizar resultados práticos de inquestionável utilidade, actuando como factor de simplificação e racionalização da linguagem e do raciocínio jurídico. E num plano mais geral, não pode negar-se que a elaboração da teoria do negócio constitui, objectivamente, um monumento insigne de sabedoria jurídica, e que com ela a ciência do direito burguês alcançou um dos seus pontos mais altos. Mas estas considerações não bastam para obscurecer o facto de aquela teoria representar, ao mesmo tempo, um *formidável instrumento ideológico*, todo ele funcionalizado aos interesses da burguesia e às exigências colocadas pelo seu grau de desenvolvimento (daí que os pandectistas alemães nos apareçam, além de juristas admiráveis, como intelectuais perfeitamente «harmónicos» com a classe a que pertenciam).

Introduzindo no sistema de direito privado — até se transformar no próprio símbolo da actividade jurídica dos particulares — um conceito caracterizado por um tão elevado grau de generalidade e de abstracção, e baseado no papel determinante da vontade do indivíduo, prosseguiram-se de facto, com esta categoria, objectivos análogos aos que — na perspectiva da construção de um sistema contratual capaz de res-

ponder às exigências da burguesia — a seu tempo se tinha pensado realizar com a codificação francesa. E em relação a estes o negócio devia revelar-se instrumento ainda mais eficaz e incisivo. Já se viu a importância que tinha, no ordenamento de uma sociedade capitalista, afirmar a igualdade formal dos sujeitos, e em particular dos sujeitos envolvidos em operações de troca, dos sujeitos contraentes, ocultando as suas diferenças de classe: esta finalidade, nenhum instrumento podia servir melhor que o negócio, que, abstraindo ao máximo — até mais do que o contrato — dos sujeitos reais e das operações económicas reais (que também assimilava actos tipicamente não económicos, como o matrimónio e os outros «negócios familiares») conseguia justamente operar *o máximo de unificação e de igualização formal dos sujeitos jurídicos*. Por intermédio dele, tornavam-se de facto irrelevantes, ou apagavam-se até, a concreta posição económico-social das partes e os termos reais da troca económica levada a cabo, que desapareciam por detrás de um dado, por assim dizer, biológico (e neste sentido abstraído das determinações de classe) ao qual se atribuía relevância exclusiva: a vontade; já que indistintamente todos os sujeitos jurídicos (qualquer que fosse a sua posição económico-social concreta) deviam considerar-se, do mesmo modo, capazes de emitir declarações de vontade com o intuito de produzir efeitos jurídicos (quaisquer que fossem os termos reais da troca económica a que estes se referissem): tanto mais que enquanto o contrato pressupõe uma duplicidade de sujeitos, e evoca portanto uma actividade de troca económica, o negócio jurídico é configurável como o acto de um só indivíduo, como manifestação solitária da sua vontade, e portanto mais não evoca que a actividade da sua psique.

Para além desta função de determinar a igualização formal dos sujeitos, o apelo à vontade e à sua «força criadora» de direitos e obrigações jurídicas, desempenhava ainda uma tarefa (de resto estreitamente ligada à primeira): a de justificar, no plano ideológico, a necessidade de os poderes públicos se absterem de toda a interferência na dinâmica «espontânea» das actividades jurídicas dos particulares, e evitarem violar, de

qualquer modo, a sua «liberdade negocial», a sua «autonomia privada». Se, de facto, esta coincidia com a livre expressão da vontade humana, criadora exclusiva de direito, qualquer intervenção autoritária destinada a limitá-la devia aparecer como tentativa inadmissível de substituir a fonte «natural» dos efeitos jurídicos por uma fonte «artificial» e arbitrária, e, ao mesmo tempo, como atentado odioso a um atributo fundamental da pessoa. Como escreve Stefano Rodotà: «colocando a tónica sobre a vontade privada como fonte de efeitos juridicamente relevantes, exaltava-se, evidentemente, o momento individualístico, ligando assim o conceito de negócio jurídico com o de direito subjectivo... e de propriedade privada... Desta forma, todas as relações económicas entre particulares eram consideradas domínio exclusivo da vontade dos interessados; e operações de conteúdo diverso, graças à inclusão na categoria negocial única eram, também elas, substancialmente reconduzidas à lógica das relações de mercado».

5. O CONTRATO NO DIREITO ITALIANO: DO CÓDIGO DE 1865 AO CÓDIGO DE 1942

5.1. Contrato e negócio jurídico no direito italiano

O direito italiano e a ciência jurídica italiana em matéria de contrato sofreram, de modo vário, a influência de ambas as correntes a que se fez referência no parágrafo precedente. A experiência francesa influenciou a nossa através do código napoleónico, cuja disciplina foi substancialmente reproduzida no nosso código de 1865, e através das obras dos comentadores daquele grande corpo legislativo, que constituíram para os civilistas italianos o modelo prevalente no decurso de todo o século passado; prova desta inspiração comum dos dois países de «direito latino», foi a redacção, em 1927, de um *Projecto franco-italiano das obrigações e dos contratos*, que deveria unificar a disciplina vigente em cada um deles para aquela matéria, e cujo conteúdo — na falta da sua entrada

formal em vigor — foi, em grande parte, transferido para o código italiano de 1942. Veículo da influência germânica foi a teoria do negócio jurídico, importada e desenvolvida em Itália, a partir dos primeiros anos deste século, por prestigiados estudiosos do direito romano e do direito civil, que souberam, ao mesmo tempo, torná-la matéria de finíssimas elaborações e difundir-la como doutrina comumente recebida no seio dos docentes e dos estudantes de direito, dos juizes, dos advogados e de todos os restantes operadores jurídicos.

Após decénios de autêntica hegemonia cultural, a doutrina do negócio está desde há tempos, como se costuma dizer, «em crise» (pelo menos no nosso meio) por razões que mais adiante explicaremos. Pré-anúncio — reflexo e ao mesmo tempo elemento — deste declínio da categoria, foi a opção do legislador de 1942, ao recusar o seu ingresso no código e a sua elevação — segundo o modelo alemão — à condição de categoria legislativa, preferindo, ao invés, reservar o papel de conceito ordenador e unificador da actividade jurídica dos particulares ao conceito de contrato⁽²⁾. É verdade que esta opção, feita pelo codificador, de modo inequívoco, foi abertamente inobservada por sectores importantes da doutrina civilista italiana, que através de obras objectivamente relevantes, procuraram perpetuar uma sistemática do direito privado, dentro do qual a antiga categoria do negócio continuava a ser elevada a eixo da «parte geral» do sistema, enquanto ao contrato, deixado entre as «partes especiais», se atribuía, na hierarquia dos conceitos jurídicos, uma importância subordinada; e é igualmente verdade que estas posições doutrinárias, até agora, influenciam largamente a própria didáctica do direito privado corrente nas nossas universidades (os manuais institucionais mais significativos, e hoje mais difundidos, dedicam

(2) Um papel confirmado pelas potencialidades de expansão que o sistema do código reconhece à disciplina do contrato, cuja possível aplicação se prevê também a tipos de actos diversos daquele que constitui o seu objecto específico: o art. 1324.º dispõe que em princípio «as normas que regulam os contratos se aplicam... aos actos unilaterais entre vivos que tenham conteúdo patrimonial».

à figura e à teoria do negócio um espaço que não é pequeno). Contudo, não há dúvida de que a tendência destinada a prevalecer (e de facto já prevalente nas expressões doutrinárias mais recentes e actualizadas) é a inspirada na opção do legislador: uma tendência que, privilegiando o contrato relativamente ao negócio (vale dizer um conceito estreitamente ligado à realidade sócio-económica da troca, face a um conceito que abstrai ao máximo de tal realidade), constitui expressão de uma «política da construção jurídica» precisa, que é a de «tender a adequar a categoria jurídico-formal à relação social» (Galvão).

5.2. O fascismo e o direito dos contratos

Percorrendo de novo as vicissitudes que caracterizaram a evolução histórica do direito dos contratos entre o século passado e o presente, no espaço de tempo que vai do código civil de 1865 ao código actualmente em vigor, depara-se-nos uma questão do maior interesse que se centra directamente na experiência italiana.

A história político-social do nosso país é caracterizada, no século em que vivemos, por um fenómeno de grande importância, que orientou o seu curso de maneira peculiar, e cuja análise atenta é pressuposto indispensável da compreensão correcta dos sucessivos desenvolvimentos: o fenómeno do fascismo, o vinténio de ditadura fascista. Como qualquer fenómeno político-social, também o fascismo não deixou de reflectir-se no plano das estruturas jurídicas: tanto assim que foi objectivo explícito, e programa dos responsáveis do estado fascista, o de operar uma transformação radical de todo o ordenamento jurídico, que o tornasse conforme à ideologia oficial do regime e à organização das relações sociais e económicas, promovida por este. A questão que acima se assinalava consiste justamente em indagar se um tal objectivo e um tal programa surtiram actuação, pelo que concerne ao direito dos contratos, se e em que medida o direito italiano dos contratos foi transformado, nos seus princípios inspira-

dores e em cada uma das regras que o compõem, pelo impacto com o fascismo. Uma questão que reveste para nós importância e actualidade tanto maior se se considerar que o código civil de 1942 foi redigido e entrou em vigor em pleno regime, e que, portanto, a disciplina geral dos contratos vigente é, quanto à sua génese histórica, de signo fascista.

Mas, como se sabe, a experiência do fascismo não foi só italiana. Ela atingiu, em particular, também a sociedade alemã, o ordenamento jurídico e a cultura jurídica alemã (que naqueles anos, como se disse, exercia ainda sobre a nossa uma influência decisiva). E foi até na Alemanha que a ideologia nacional-socialista pareceu incidir mais profundamente (aparentemente muitas vezes subvertendo-os) sobre os princípios e sobre a inspiração de fundo que o direito dos contratos tinha recebido da tradição liberal. Já em 1933 se afirmava que a «loucura do individualismo e do liberalismo de ora em diante não tem mais espaço no direito alemão» (Hans Frank), e que a esta deve substituir-se a rígida subordinação da liberdade e da iniciativa autónoma do indivíduo às exigências e aos interesses da comunidade nacional (a comunidade dos alemães de raça ariana), e aos seus desígnios de potência e de domínio. A velha imagem do contrato, construída sobre a ideia de liberdade individual e de igualdade jurídica como reflexo da igualdade natural entre os homens, devia desaparecer: os homens (e os povos) são naturalmente desiguais, e esta desigualdade entre «superiores» e «inferiores» deve ser sancionada pela lei (legislação racial); o contrato não pode ser expressão da liberdade do indivíduo e meio para a satisfação dos seus interesses particulares, mas deve constituir instrumento para a realização do «bem comum» da nação alemã; e aos juizes do *Reich* era confiada a tarefa de valorar — com amplíssima margem de discricionariedade — se cada contrato era conforme a um tal «bem comum», que em concreto se resumia e se fazia coincidir com a vontade do *Führer*, elevada assim a sumo critério de valoração jurídica (o chamado *Führerprinzip*): ficava assim prejudicado um outro ponto chave da civilização jurídica liberal, aquele que se resume no princípio da legalidade e no valor da certeza do direito.

Esta concepção antiliberal (e verbalmente anticapitalista) do direito dos contratos, que os juristas nacionais socialistas propagavam com tons bem mais truculentos do que os aqui usados para referi-la, deveria ter sido codificada — juntamente com as outras concepções elaboradas na mesma linha para outras matérias — num «código popular alemão» substitutivo do BGB. Mas a empresa, iniciada em 1939, foi travada juntamente com o regime que a tinha inspirado. A iniciativa de redigir um novo código civil, que traduzisse em normas a ideologia jurídica então dominante, haveria de caber, em Itália, ao legislador fascista.

Em Itália, a polémica antiliberal e a crítica teórica desenvolvida pelos juristas do fascismo contra os princípios e os institutos do direito liberal burguês não foram provavelmente tão violentas como o eram na Alemanha. E, no entanto, estava bem patente a vontade de contrapor àquele direito um «direito fascista», nutrido por aquela ideologia do corporativismo, através da qual se declarava prosseguir um ordenamento das relações económico-sociais, de todo alternativo ao liberal-capitalista, e em cujo âmbito os «egoísmos» individuais e de classe deviam ceder ao «interesse superior da nação». A tradução jurídica da ideologia corporativista foi principiada com a legislação sindical de 1926 (cujo resultado mais significativo foi a supressão dos sindicatos operários), enquanto o novo código civil, ao tempo em elaboração, deveria, em certo sentido, representar o seu coroamento e a sua síntese. As ambições «políticas» deste projecto foram, de resto, enunciadas com clareza pelo «Guardasigilli» do regime, Dino Grandi, que as sintetizava no objectivo de conformar a codificação com os «critérios directivos morais, políticos e sociais... da doutrina fascista firmada nas declarações da Carta do Trabalho» (que tinha sido redigida em 1927). A «reforma fascista dos códigos» não devia, portanto, caracterizar-se por «um carácter técnico prevalente», mas sim assumir um «carácter político mais acentuado», de forma a corresponder «em pleno aos novos princípios e aos institutos fundamentais que o Estado fascista vinha afirmando e construindo», e a construir «expressão genuína dos caracteres do novo ordenamento político e jurí-

dico dado pelo Fascismo à Nação»; mais precisamente, «os novos códigos estavam enquadrados, completamente e sem dúvidas, no plano da estrutura corporativa do Estado, segundo os princípios afirmados pela Carta do Trabalho»: princípios que, asseverava-se, «penetram largamente nas diversas disposições, configuram e plasmam os vários institutos jurídicos» (3).

A questão de avaliar se, e em que medida, o código de 1942 pode, para além das proclamações oficiais, definir-se como um código efectivamente «fascista» no seu conteúdo, carece ainda de ser adequadamente explorada pela historiografia jurídica, e não pode aqui enfrentar-se. Nesta sede, limitamo-nos a perguntar como é que aquela ideologia se reflecte, em concreto, na matéria contratual. Também sobre este ponto específico, as declarações do «Guardasigilli» são peremptórias: «a matéria das obrigações» — afirma — «é igualmente dominada por princípios da Carta do Trabalho. Não esgota o instituto do contrato... Mas... a autonomia contratual não pode divergir daqueles que são os objectivos unitários da produção nacional, e a regulamentação corporativa própria da economia organizada prevalece e domina; relativamente a esta, a autonomia contratual fica em estado de subordinação»; e, noutra ocasião, em referência ao livro quarto do código: «os princípios da disciplina e da solidariedade corporativa substituíram também neste livro os superados princípios da economia liberal, dando ao novo Código Civil, também sob este aspecto, um carácter orgânico, unitário e um inconfundível cunho fascista» (4).

Mas, na realidade, o livro quarto do código parece ser um tanto diverso. No seu quadro, as disposições claramente inspiradas na ideologia jurídica do fascismo são na ver-

(3) Os passos citados são extraídos da *Relação do Ministro «Guardasigilli» (Grandi) ao projecto de lei sobre o valor jurídico da Carta do Trabalho e da Relação a Sua Majestade o Rei Imperador do Ministro «Guardasigilli» (Grandi), apresentada na audiência de 16 de Março de 1942-XX para aprovação do texto do código civil.*

(4) Cfr. *retro*, nota (3).

dade poucas, e esgotam-se em fórmulas ao fim e ao cabo extrínsecas ao real conteúdo normativo dos artigos. Para além dos casos em que se remete, no seu papel de simples integração do contrato, para as «normas corporativas» (cfr. arts. 1474.º c. 1, 1515.º c. 3, 1596.º c. 2, 1616.º c. 2, 1623.º c. 1, 1628.º c. 1, 1630.º c. 4, 1640.º c. 4, 1641.º, 1647.º, 1750.º c. 1, aten-temos no art. 1175.º, que, contendo um princípio geral em matéria de disciplina da relação obrigacional, veio estabelecer que «o devedor e o credor devem comportar-se segundo as regras da correcção, em relação aos princípios da solidariedade corporativa», e no art. 1371.º, sobre a interpretação dos contratos, cujo *comma* segundo dispunha que a intenção comum das partes devia entender-se «no sentido mais conforme aos princípios da ordem corporativa». Caído, com o fascismo, o ordenamento corporativo, bastou eliminar estes apelos às suas normas e aos seus princípios para que os artigos em que estavam contidos (e por maioria de razão todos os outros relativos à disciplina dos contratos) resultassem compatíveis com o novo regime democrático e conservassem assim a sua plena funcionalidade.

Sinal de que, não obstante as afirmações verbais do legislador⁽⁵⁾, aqueles apelos, e as ligações por ele estabelecidas com

(5) Em relação ao princípio da solidariedade corporativa, a que se refere o art. 1175.º, o «Guardasigilli» salientava que este nasce «do facto de nos sentirmos membros daquele grande organismo que é a sociedade nacional», e que, por sua vez «o conflito entre interesses individuais contrastantes fica resolvido no terreno de uma adequação recíproca precisa, dominado e iluminado pela luz quente da doutrina fascista». Na ilustração das normas em sede de interpretação do contrato, após um decisivo repúdio dos princípios individualistas, subjectivistas e voluntaristas em que se inspirava o direito contratual do liberalismo, afirmava-se: «no clima político do Fascismo... reforçados os vínculos de solidariedade que unem o particular ao complexo nacional, impostos aos concidadãos deveres de disciplina mais rígidos, e conduzida a sua acção sob o domínio de uma mais rigorosa responsabilidade, é claro que também os postulados e as consequências da concepção liberal devem sucumbir, para dar lugar a princípios que adiram à situação política transformada». Para a fonte das citações, cfr. ainda *retro*, nota (3).

o ordenamento corporativo do fascismo, não constituíam um elemento-fulcral da construção normativa do livro quarto, sem o qual esta não pudesse reger-se ou perdesse coerência; sinal, mais genericamente, de que a complexa disciplina dos contratos não se colocava — na sua estrutura, na sua inspiração real de fundo, nas suas soluções concretas — em antítese radical com a disciplina pré-vigente, mas, longe de representar uma inovação «revolucionária» do modelo de contrato próprio dos códigos do século XIX, na realidade se posicionava no sulco deixado pela tradição liberal burguesa. E esta é — pode dizer-se — uma característica geral do ordenamento jurídico-económico do fascismo: por detrás de uma polémica verbal antiliberal, continuava-se, em concreto, a fazer opções solidárias com as exigências e os interesses capitalistas. De resto, o carácter abertamente ideológico e falsificante dos muitos apelos à «solidariedade corporativa», às exigências superiores da produção», ao «interesse da nação», à «superação dos interesses individuais» — máscara da tutela e do privilégio concedidos aos interesses dominantes — às vezes denunciava-se por si: na VII declaração da Carta do Trabalho reconhece-se que o sistema continua a basear-se no princípio da iniciativa económica privada e do seu livre exercício, e que, portanto, a estrutura capitalista das relações económico-sociais não é posta em discussão (observação que vale igualmente para a experiência da Alemanha nacional-socialista).

É assim evidente que o fascismo não queria, nem podia, atacar ou subverter aqueles instrumentos que — como o contrato (a disciplina e os princípios contratuais nascidos com o poder da burguesia) — resultavam objectivamente funcionais às exigências e aos interesses da classe capitalista.

5.3. O código de 1942 e a unificação do direito das obrigações e dos contratos

Não obstante as enfáticas proclamações verbais do legislador fascista, não pode, portanto, dizer-se que a ideologia do regime se tenha como tal traduzido, na disciplina

positiva dos contratos, em elementos de inovação específica e significativa relativamente aos modelos dos códigos «liberais». E é, todavia, verdade que o código de 1942 inova de modo profundo o regime pré-vigente das relações contratuais. Só que o facto inovador real não depende da recepção dos princípios de «solidariedade corporativa» mas está noutra coisa. Está, precisamente, naquela operação que sinteticamente se costuma designar como «*unificação do direito das obrigações e dos contratos*».

Hoje, no actual código civil, as obrigações e os contratos têm uma *disciplina uniforme*: a delineada pelas normas do livro quarto. Estas normas aplicam-se indistintamente a todas as relações (a todas as vendas, a todas as locações, a todas as situações de débito e de crédito...), sem distinguir consoante o seu conteúdo concreto, os sujeitos entre os quais se estabelecem, as finalidades com as quais se constituem. O sistema precedente era bastante diferente, caracterizando-se por um fenómeno de *cisão ou duplicação do direito das obrigações e dos contratos*. Neste, com efeito, coexistiam dois blocos normativos diferentes (separados até formalmente: um «código civil» e um «código de comércio»), cada um dos quais disciplinava — de modo diferente do outro — uma esfera particular de relações contratuais: as normas sobre contratos contidas no *código de comércio* (que datava de 1882) regulavam justamente as relações qualificadas como «comerciais», isto é, aquelas que pelo seu conteúdo intrínseco apareciam como objectivamente destinadas a finalidades especulativas, bem como aquelas em que, independentemente do seu conteúdo intrínseco, pelo menos uma das partes desenvolvesse profissionalmente actividade de «comerciante» (vale dizer de operador económico); as normas sobre contratos contidas no *código civil* regulavam todas as outras relações, privadas de tais características (chamadas relações «civis»). Um mesmo tipo de contrato — suponhamos, uma venda — era assim disciplinado de modo diferente, conforme, com base nos critérios indicados, pertencesse a uma ou a outra categoria (e estabelecia-se, de facto, distinção, suponhamos, entre «venda civil» e «venda comercial», e entre as respectivas disciplinas). Desta forma, o sistema do

direito dos contratos não era unitário, mas resultava da justaposição de *dois sistemas normativos separados*: o dos *contratos civis* e o dos *contratos comerciais*.

Quais as razões desta duplicação do direito contratual? E quais as razões da sua superação por uma disciplina uniforme das obrigações, operada com o código civil de 1942? Os artífices do código reconduzem estas últimas às inovações radicais que o fascismo teria introduzido na organização jurídico-económica do país: «as razões históricas que justificaram até hoje a autonomia do Código de Comércio devem considerar-se superadas pelo ordenamento corporativo fascista. O cunho profissional, que é um dado de origem do direito comercial, deixou de ser uma característica especial do direito comercial, desde que o fascismo enquadrou totalitariamente na organização corporativa a economia nacional»; daqui um projecto de código que abandona «o sistema francês dos chamados actos objectivos de comércio» e reconstrói «o sistema sobre o ponto-chave da empresa em sentido corporativo», com a consequência de que «da unificação da disciplina da empresa resulta como corolário necessário a unificação da disciplina geral das obrigações»⁽⁶⁾. Mas esta parece uma interpretação claramente ideológica, que não reflecte de modo fiel a realidade das coisas e o sentido da evolução histórica.

A verdade é que as regras em matéria de contrato, contidas nos códigos civis do século XIX (inspiradas como eram nos princípios de direito romano), apareciam ainda em larga medida ligadas a uma visão estática e fechada da economia, a uma concepção do processo económico que privilegiava o aspecto do gozo da riqueza, mais do que o da sua circulação e multiplicação; reflectiam, em suma, um estágio de desenvolvimento pré-industrial. Com a evolução e os progressos da economia capitalista manifestaram-se, em sectores do mercado cada vez mais numerosos, exigências (de dinamização das trocas e das relações) que aquelas regras não esta-

⁽⁶⁾ Palavras pronunciadas pelo «Guardasigilli» D.no Grandi no decurso de uma reunião governamental dedicada aos trabalhos de codificação (Conselho de Ministros, 4 de Janeiro de 1941).

vam, por isso, em condições de satisfazer: daqui a necessidade de um complexo adequado de normas que, dirigidas às relações contratuais mais directamente atinentes à esfera da produção e das trocas económicas, e em particular à dos empresários e consumidores, as disciplinassem, de modo conforme àquelas exigências (e portanto aos interesses da classe mercantil). Este complexo de normas foi justamente o sistema dos contratos comerciais, que se configurava assim como especial «direito do capitalismo» porque assegurava o seu desenvolvimento) e como «direito de classe» (porque delineava uma disciplina que — para repetir palavras do seu grande intérprete e comentador Cesare Vivante — «o comércio, em especial o grande comércio, tem vindo a criar para proteger os seus interesses», onde «se constroem todos os cidadãos que contratam com os comerciantes a suportar uma lei que é feita a favor desta classe»).

A supressão desta duplicidade de disciplina e a sua reabsorção num regime uniforme das obrigações e dos contratos, operadas pelo código civil de 1942, juntamente com a abolição de um código de comércio separado, constituem, por sua vez, resposta pontual às exigências de um estágio mais avançado da evolução capitalista. Um estágio em que já não parece possível distinguir sectores prevalentes da economia estática e atrasada (a que se associa a normativa tradicional das «relações civis») e sectores isolados de economia dinâmica, caracterizada pelo fluxo crescente da produção e das trocas (a que se associa a disciplina mais avançada e moderna das «relações comerciais»), porque o desenvolvimento técnico-científico e o advento da produção, da distribuição e dos consumos de massa determinaram uma *dinamização geral da economia* e a *extensão a todas as zonas do mercado* daquelas exigências que primeiramente se circunscreviam a alguns sectores limitados. A celeridade e a segurança da circulação dos bens apareciam agora como uma necessidade geral de todo o sistema económico: as normas sobre contratos comerciais, que proviam a garanti-las, deviam, por isso, estender-se indistintamente a todas as relações contratuais, sujeitando-se estas, daí em diante, a uma disciplina unificada. É o que acontece em 1942: o

código de comércio sossobra e resta só o código civil; mas as suas normas reproduzem, em matéria de contratos, o código de comércio revogado de 1882, muito mais que as do código civil pré-vigente: a «unificação do direito das obrigações e dos contratos» resolve-se na sua «comercialização». Por outras palavras: não existe mais no âmbito do direito privado e do sistema dos contratos, um «direito do capitalismo» *especial* porque — tal como todo o mercado se tornou mercado capitalista — também assim *todo* o direito privado se tornou «direito do capitalismo».

6. O CONTRATO NO SISTEMA DO DIREITO PRIVADO

6.1. Contrato e propriedade

O contrato é um dos institutos do direito privado, um dos elementos que no seu conjunto delineiam o complexo ordenamento das relações jurídicas entre os sujeitos privados. Para entender o seu papel é, por isso, necessário não nos limitarmos a considerá-lo em si, isoladamente, mas é, ao invés, forçoso analisá-lo nas suas relações com os outros institutos privatísticos fundamentais, com o fim de individualizar as suas conexões funcionais com estes e a posição recíproca no sistema, tal como hoje efectivamente se configuram.

É quase obrigatório começar pela propriedade. Sobre *relações entre contrato e propriedade* já amplamente nos debruçámos (cfr. em particular 4.2.), quando indicávamos o nexo de subordinação e instrumentalidade que, no primeiro grande código burguês, era estabelecido entre os dois institutos: recordávamos então, mais precisamente, que nas sociedades do capitalismo nascente, a propriedade (entendida prevalentemente como senhorio e poder de uso e abuso sobre bens materiais) era considerada a categoria-chave de todo o processo económico, a verdadeira e única fonte de produção e fruição das utilidades económicas, enquanto ao contrato se assinalava o papel — complementar — de simples

meio para a sua circulação, para a transferência daquele senhorio de um sujeito para outro: a única e verdadeira riqueza económica era representada pela propriedade; o contrato não criava riqueza, antes se limitava a transferi-la.

Esta concepção das relações entre os dois institutos reflectia, porém, um estágio atrasado do desenvolvimento económico, caracterizado pela prevalência da agricultura sobre a indústria e pelo consequente primado do bem-terra, como o recurso económico de longe mais importante. Com o progredir do modo de produção capitalista, com o multiplicar-se e complicar-se das relações económicas, abre-se um processo, que poderemos definir como de *mobilização e desmaterialização da riqueza*, a qual tende a subtrair ao direito de propriedade (como poder de gozar e dispor, numa perspectiva estática, das coisas materiais e especialmente dos bens imóveis) a sua supremacia entre os instrumentos de controle e gestão da riqueza. Num sistema capitalista desenvolvido, a riqueza de facto não se identifica apenas com as coisas materiais e com o direito de usá-las; ela consiste também, e sobretudo, em bens imateriais, em relações, em promessas alheias e no correspondente direito ao comportamento de outrem, ou seja, a pretender de outrem algo que não consiste necessariamente numa *res* a possuir em propriedade.

Pense-se na licença de patente, com a qual A, titular do direito de utilização exclusiva de uma invenção industrial, concede ao empresário B a faculdade de disfrutá-la economicamente: B, deste modo, não adquire a propriedade de uma coisa material, mas nem por isso deixa de se apropriar de uma fonte objectiva de riqueza, o pressuposto para conseguir proveitos consideráveis. O mesmo vale para a hipótese em que X concede a Y uma opção, por exemplo sobre uma área edificável ou sobre uma carteira de acções: Y não se torna proprietário de uma coisa, mas adquire um direito que pode exercer, ele próprio, ou ceder a outrem mediante correspectivo, e que representa, em qualquer caso, um bem económico. E pense-se ainda na própria relação de trabalho: não se pode certamente dizer que o empresário seja «proprietário» (da força de trabalho) dos seus empregados, nem que estes sejam «pro-

prietários» do seu posto de trabalho; e, no entanto, quem poderá negar que a disponibilidade de força de trabalho e o emprego constituem objectivamente (fonte de) riqueza, representando a primeira o pressuposto do ganho, o segundo a possibilidade de manter-se a si e à sua família? E, por fim, um exemplo ainda mais persuasivo: os títulos de crédito — letras, cheques, conhecimentos de carga, acções de sociedades, etc. — são, mesmo para o senso comum, riqueza verdadeira e própria (e um tipo de riqueza cuja extraordinária difusão é um retrato fiel do desenvolvimento da economia capitalista, em cujo âmbito e para cujo funcionamento assume fundamental importância); mas trata-se de riqueza que não se materializa numa «coisa» de que alguém é «proprietário», consistindo mais numa «relação», num direito (ou num conjunto de direitos) a exigir de outrem determinadas prestações. Quer isto dizer, mais concretamente, que a substância económica do fenómeno cambiário, accionário ou do conhecimento de carga não deve ser procurada na propriedade e disponibilidade material da folha de papel munida respectivamente das inscrições «letra» ou «acção» ou «conhecimento de carga», e devidamente preenchida, mas nos direitos e nas expectativas económicas que ela simboliza: respectivamente o direito de pretender o pagamento de uma determinada soma de dinheiro com certa periodicidade; o direito de participar nas assembleias da sociedade e de orientar a sua gestão com o voto próprio, bem como o de receber os seus dividendos; o direito à entrega de um certo stock de mercadorias. E todos estes direitos podem ser cedidos a outrem mediante correspectivo.

Aqui interessa sobretudo salientar que estas formas de riqueza imaterial, as relações e os direitos a que fizemos referência têm, as mais das vezes, a sua fonte num contrato (de licença, de opção, de trabalho, ou então de sociedade ou de transporte no que respeita às acções e ao conhecimento de carga). Raciocinando por analogia, e sob a tenaz sugestão das categorias tradicionais, poder-se-ia certamente dizer que estes «bens imateriais» são assimiláveis, num curto sentido, a «coisas» e que os direitos sobre eles são assimiláveis ao direito

de «propriedade». Mas já nesta perspectiva deveria reconhecer-se que, permanecendo embora firmes a posição e o papel proeminentes da propriedade no sistema económico (para o que ocorreu uma profunda revisão do conceito de propriedade), a relação entre propriedade e contrato resulta, em qualquer caso, transformada em profundidade: porque agora o contrato não se limitaria a *transferir* a propriedade, mas até mesmo a *criaria*. Mas em rigor não parece necessário nem oportuno recorrer a um tal artifício lógico: parece mais razoável considerar que, em todos estes casos, existe riqueza («imaterial», mas nem por isso menos relevante) que não se concretiza na forma tradicional do direito de propriedade, e que tal riqueza é produzida directamente pelo contrato. Neste sentido, dentro de um sistema capitalista avançado parece ser *o contrato, e já não a propriedade, o instrumento fundamental de gestão dos recursos e de propulsão da economia.*

6.2. Contrato e empresa

As considerações precedentes ajudam a perceber como se configuram, hoje, as *relações entre contrato e empresa*. Numa economia predominantemente agrícola, baseada na riqueza imobiliária e em muitos aspectos ainda estática e patriarcal, viu-se como era a propriedade o instrumento principal da gestão dos recursos. O desenvolvimento económico, o conseqüente processo de mobilização e desmaterialização da riqueza, deslocam, ao invés, a tónica do *perfil estático* do gozo e da utilização imediata, quase física, dos bens (representado justamente pela propriedade) *para o perfil dinâmico* da *actividade* (de organização dos factores produtivos a empregar em operações de produção e de troca no mercado). Esta relevância do momento dinâmico, da actividade concreta relativamente a uma posição abstracta de domínio sobre bens, encontra correspondência no papel central assumido hoje, no interior do sistema normativo, pelo conceito jurídico de *empresa*, que por definição do legislador coincide justamente com o exercício profissional de uma «actividade econó-

mica organizada com vista à produção ou à troca de bens ou de serviços» (art. 2082.º cód. civ.). Compreende-se, neste sentido, a corrente afirmação de que, no presente, o processo económico é determinado e impulsionado pela empresa, e já não pela propriedade.

A crescente importância económica do instrumento contratual (assinalada no número precedente) e o emergir do papel fundamental da empresa, a que acaba de se fazer referência, reconduzem-se, assim, a um mesmo fenómeno de desenvolvimento e transformação do sistema produtivo, e constituem processos que avançam em paralelo. Se o contrato adquire relevância cada vez maior com o progressivo afirmar-se do primado da iniciativa da empresa relativamente ao exercício do direito de propriedade, é também porque este constitui um *instrumento indispensável ao desenvolvimento profícuo e eficaz de toda a actividade económica organizada*. Poderia assim dizer-se, para resumir numa fórmula simplificante a evolução do papel do contrato, que de mecanismo funcional e instrumental da propriedade, ele se tornou *mecanismo funcional e instrumental da empresa*.

Esta afirmação pode ser documentada de modo persuasivo. Por exemplo: hoje a forma economicamente mais significativa de desenvolvimento das actividades empresariais é a do seu exercício, não já individual, mas colectivo, quer dizer, a forma de sociedade: hoje as empresas mais importantes não são empresas singulares (as suas dimensões, a sua complexidade, o vulto dos capitais necessários não o consentiriam), mas são empresas societárias, são sociedades (por acções, em nome colectivo, em comandita, etc.). A sociedade é, por isso, um instrumento indispensável à actividade da empresa, é a sua forma jurídica predominante: mas a sociedade mais não é que um contrato (cfr. o art. 2247.º cód. civ.); a estrutura típica da empresa capitalista é, portanto, uma estrutura contratual; e participar numa empresa económica significa, hoje, ser parte de um contrato (de sociedade) (7).

(7) Sobre a natureza «contratual» da sociedade cfr., todavia, cap. V, 2.3.

Para além de delinear a sua estrutura jurídica típica, o contrato é, pois, instrumento necessário para a definição dos vários aspectos da organização interna da empresa: as relações entre os empresários e os trabalhadores subordinados, isto para nos limitarmos ao exemplo mais significativo, são relações contratuais; o mesmo vale para as relações externas que a empresa estabelece com o fim de obter os bens e os serviços necessários ao desenvolvimento das suas actividades produtivas (por exemplo: contratos de aquisição das matérias primas ou dos produtos semi-transformados, contratos de leasing para a utilização das maquinarias, contratos de distribuição da energia eléctrica para o seu funcionamento etc.) ou para a difusão dos seus produtos no mercado (contratos de transporte, contratos de agência, contratos de publicidade, contratos de fornecimento aos operadores da rede distributiva, contratos de venda ao público dos consumidores...).

Justamente este nexo entre contrato e actividade económica organizada em forma de empresa oferece a chave para entender as vicissitudes do «direito comercial» italiano entre o século passado e o presente. A criação de um sistema separado dos «contratos comerciais» respondia à exigência de dar às relações contratuais mais imediatamente inerentes às actividades produtivas (justamente pela importância adquirida pelos primeiros em relação às segundas) uma disciplina verdadeiramente adequada ao desenvolvimento atingido por estas: o direito dos contratos comerciais era o direito das actividades económicas organizadas (operantes nos sectores — ainda circunscritos — em que estas últimas tinham atingido um elevado grau de desenvolvimento). Com o advento da produção, da distribuição e dos consumos de massa, um tal desenvolvimento acabou por alargar-se a todo o sistema económico, e perderam importância — como se viu — as razões de um duplo regime jurídico dos contratos: toda a disciplina contratual se *adequou uniformemente às exigências da empresa*, porque a empresa se tornou a *forma geral das actividades económicas*. Isto não impede que, no interior de uma disciplina de *favor geral* para os interesses dos empresários, existam normas sobre contratos, inspiradas num *favor parti-*

cular para os empresários, ou que levem em conta particulares exigências conexas com o exercício profissional de actividades económicas organizadas: cfr., por exemplo, os arts. 1330.º, 1341.º e 1342.º, 1368.º c. 2, 1510.º c. 1, 1722.º n. 4, 1767.º, 1824.º c. 2 cód. civ.; assim como não impede que alguns tipos de contrato pressuponham, pela sua natureza, que uma das partes seja necessariamente empresário, e portanto sejam governados por normas *naturalmente* influenciadas pelas exigências e pelos interesses das empresas: pense-se — e é só um exemplo — nos contratos bancários (arts. 1834.º e segs. cód. civ.) ou no contrato de seguro (arts. 1882.º e segs. cód. civ.).

Mas o processo que se descreveu contribui também para explicar as razões do *declínio da categoria do negócio jurídico* a favor da categoria do contrato, que atrás assinalávamos. As exigências da produção e dos consumos de massa, a necessidade de acelerar, simplificar, uniformizar a série infinita das relações entre as empresas e a massa dos consumidores determinam «um processo de *objectivação* da troca, o qual tende a perder parte dos seus originais caracteres de voluntariedade» (Galgano). Atribuir grande relevo à vontade — o que constitui a substância do negócio jurídico — significaria, na verdade, personalizar a troca, individualizá-la, e portanto acabaria por atrapalhar o tráfego, cujas dimensões, agora «de massa», impõem que se desenvolva de modo mais estandardizado e impessoal (em concreto: que aconteceria se cada uma das inúmeras vendas de bens de consumo quotidianamente concluídas por uma empresa pudesse ser posta em discussão pelo consumidor adquirente, que invocasse uma sua atitude mental para fazer valer o processo imperfeito da formação da sua vontade e assim anular a troca?). Eis como, no âmbito da doutrina do negócio, à «teoria da vontade» com a qual se privilegiava o momento subjectivo da iniciativa contratual, as atitudes individuais e os móveis psíquicos do seu autor, se sobrepõe a mais actualizada «teoria da declaração» (que, inversamente, faz prevalecer o comportamento exterior objectivo das partes, e o significado impessoal que a este seria atribuído pela generalidade dos cidadãos). Mas deste modo começava a desabar o próprio fundamento da teoria

do negócio que, despojado do seu conteúdo de vontade, perdia grande parte das suas razões de ser. Era por isso natural que o legislador de 1942 não desse acolhimento àquela categoria num código em que a disciplina das trocas era, toda ela, inspirada pelo favor da produção de massa e pela mais célere e segura (e por isso mais objectiva e impessoal) circulação dos bens.

6.3. Contrato e família

Por último, as *relações entre contrato e família*. Historicamente, como se viu (cfr. 2.2.), elas desenvolveram-se sob o signo de um certo antagonismo entre os dois termos. Quer dizer que no passado, enquanto a família conservava traços consistentes do seu antigo papel de organização político-económica e constituía uma comunidade ordenada hierarquicamente, dentro da qual os membros deviam sacrificar a sua autonomia e iniciativa individuais à autoridade de um «chefe», o status familiar constituía um obstáculo objectivo (legalmente sancionado) à liberdade contratual dos sujeitos, à sua capacidade jurídica de auto-regular, com o instrumento do contrato, a esfera das suas relações pessoais e patrimoniais: em suma, quanto mais forte a família, mais débil o papel do contrato. Com o progressivo declínio das funções político-económicas da família, com a sua tendencial (ainda que lenta e contraditória) transformação em pura e simples «comunidade de afectos», com a consequente atenuação dos vínculos hierárquicos nas relações entre os seus membros e a reconquista, por parte destes, de espaços sempre crescente de autonomia e iniciativa individuais, o status familiar deixou de constituir fonte de incapacidade de contratar e de limites à livre participação do indivíduo no tráfego negocial: quanto mais débil (no sentido precisado) a família, mais fortes e mais extensas as funções do contrato.

Actualmente, de um modo geral, as relações familiares já não incidem negativamente sobre a liberdade e a capacidade contratuais. A hipótese mais significativa de interferência

que, sob este aspecto, é possível encontrar, refere-se à função de representação legal e da assistência dos incapazes, que é preferivelmente atribuída a pessoas da sua família, as quais substituem ou integram a vontade dos incapazes na estipulação dos contratos que lhes respeitam: para os menores, o poder — e consequentemente a representação nos actos contratuais — compete aos progenitores (art. 316.º cód. civ.), na falta dos quais a representação é conferida a um tutor, na pessoa indicada pelos progenitores ou escolhida «entre os ascendentes ou entre os outros parentes próximos ou afins do menor» (art. 348.º cód. civ.); quanto aos menores emancipados, o «curador do menor casado com pessoa maior é o cônjuge», enquanto que se ambos os cônjuges são menores, o curador é «escolhido preferivelmente entre os progenitores» (art. 392.º cód. civ.); no que diz respeito, por fim, à representação e à assistência dos doentes mentais, dispõe-se que «na escolha do tutor do interdito e do curador do inabilitado, o juiz tutelar deve preferir o cônjuge maior que não esteja separado legalmente, o pai, a mãe, um filho maior» (art. 424.º cód. civ.). Nestes casos, porém, a família não limita a liberdade e a capacidade dos sujeitos (que as têm limitadas pelas condições psicofísicas), mas antes supre a sua natural impossibilidade de estipular por si os seus próprios contratos.

Uma outra hipótese significativa de interferência é oferecida pelas normas que disciplinam a administração da «comunhão» entre os cônjuges (elevada hoje — com a reforma do direito de família de 1975 — a «regime patrimonial legal da família»: cfr. o art. 159.º cód. civ.). Por força destas, certos contratos podem ser estipulados apenas conjuntamente por ambos os cônjuges (art. 180.º cód. civ.), e a iniciativa individual de um só cônjuge, tomada sem o consentimento do outro, não é admitida, sob pena de possível anulação do contrato (art. 184.º cód. civ.). Aqui a limitação à liberdade e capacidade de contratar (individualmente) é estabelecida, não tanto por razões genéricas de solidariedade familiar, mas mais com o objectivo específico de tutelar os interesses da mulher face a decisões arbitrárias do marido — no passado *dominus* quase absoluto do património doméstico — e de fazer a mulher par-

ticipar, em posição de paridade, na gestão da economia familiar.

Até aqui fez-se referência às interferências entre contrato e família em relação às contratações dos membros da família relativamente a terceiros, por assim dizer, *face ao exterior*. Mas quais são os nexos entre contrato e família *nas relações internas* entre os vários componentes do grupo familiar? Sob um aspecto como este, o contrato releva sobretudo como (possível) instrumento usado pelos cônjuges para dar às suas relações patrimoniais um arranjo diverso do estabelecido como «regime legal». As «convenções matrimoniais», para este fim previstas e reguladas na lei (arts. 159.º e segs.), são contratos verdadeiros e próprios; tanto assim que a sua denominação tradicional — conservada ainda nalguns locais do código (cfr. por exemplo o art. 166.º) — é justamente a de «contrato de matrimónio».

No âmbito das sucessões *mortis causa* (uma matéria em muitos aspectos ligada à das relações familiares), já se disse como o nosso ordenamento, diversamente do alemão, recusa ingresso ao contrato como instrumento regulador da sorte das futuras sucessões (proibição dos «pactos sucessórios»). O instrumento contratual é, porém, admitido para dar uma ordem, livremente escolhida pelos interessados, às sucessões já abertas: seja nas relações entre os vários co-herdeiros (com o contrato de divisão da massa da herança, com o qual os co-herdeiros estabelecem convencionalmente a quota pertencente a cada um), seja nas relações entre herdeiros e terceiros estranhos à sucessão (aos quais os primeiros podem, mediante um contrato, «vender» a sua herança: assim, textualmente, os arts. 1542.º e segs. cód. civ.).

CAPÍTULO II

O CONTRATO NA DISCIPLINA POSITIVA: OS PROBLEMAS DA FORMAÇÃO DO CONTRATO

1. QUESTÕES DE ESTRUTURA DO CONTRATO

1.1. *Contrato e acto unilateral*

O contrato é, por regra, um acto, ou um negócio, *bilateral*. Isto é, para que exista um contrato é necessário, por regra, que existam pelo menos duas partes, e que cada uma delas exprima a sua vontade de sujeitar-se àquele determinado regulamento das recíprocas relações patrimoniais, que resulta do conjunto das cláusulas contratuais. É necessário, em concreto, que uma parte proponha aquele determinado regulamento,, e que a outra parte o aceite. O contrato forma-se precisamente quando essa *proposta* e essa *aceitação* se encontram, dando lugar àquilo que se chama o *consenso* contratual. Só nesta condição o regulamento se torna vinculativo para as partes e cria direitos e obrigações: vendedor e comprador devem ambos declarar querer vender, e respectivamente comprar, tal coisa por tal preço; de contrário, não se forma nenhum contrato de compra e venda, ninguém adquire a propriedade da coisa, ninguém se torna credor do preço.

Existem outros casos, em que um voluntário regulamento de relações patrimoniais se torna vinculativo, criando obrigações e direitos entre diversos sujeitos, apesar de não se verificar o encontro entre uma proposta e uma aceitação, mani-

festadas pelos interessados. Nestas hipóteses, o regulamento torna-se juridicamente vinculante por efeito da manifestação de vontade de uma só parte, que dá assim vida a um acto, ou negócio, *unilateral*. É o caso da remissão de um débito, que libera o devedor logo que lhe é comunicada (art. 1236.º cód. civ.); e é o caso da promessa ao público (exemplo: promessa de uma recompensa em dinheiro, publicada entre os «anúncios económicos» de um jornal diário, a quem encontrar e entregar um cão perdido), que vincula aquele que a faz «assim que... é tornada pública» (art. 1989.º cód. civ.).

Em ambos os casos, os sujeitos interessados na operação são dois (como são dois na hipótese de contrato): o credor que libera e o devedor que é liberado; aquele que promete a recompensa e aquele que, tendo entregado o cão, tem direito a reclamá-la. Mas diversamente das hipóteses de contrato, nos negócios unilaterais, para que o vínculo jurídico se forme (para que surjam o direito e a obrigação correspondente), basta a *manifestação de vontade de um só dos interessados*: nos exemplos dados, de quem renuncia ao seu crédito, de quem se obriga a pagar, não é, porém, necessário que o devedor manifeste a vontade de «aceitar» a liberação do seu débito (sendo suficiente que a não recuse), nem que o achador «aceite» a recompensa (esta, de facto, é-lhe devida pelo simples facto de entregar o animal perdido, independentemente de qualquer manifestação de vontade).

Entre os negócios unilaterais, os mais importantes são o testamento (que é um negócio «mortis causa») e as promessas unilaterais (que são, ao invés, negócio «inter vivos»). As promessas unilaterais são declarações de vontade por efeito das quais o declarante assume obrigações em relação a um outro sujeito. Como veremos (*infra*, cap. III, 1.3.) elas são norteadas — diversamente dos contratos — por um princípio de «tipicidade» ou de «*numerus clausus*» (ou seja, são válidas e eficazes só as promessas unilaterais expressamente reconhecidas e disciplinadas na lei, não sendo permitida aos particulares a criação de outros; art. 1987.º cód. civ.). Entre as figuras mais relevantes de promessas unilaterais, saliente-se a promessa de pagamento e o reconhecimento de débito

(art. 1988.º cód. civ.), a promessa ao público (arts. 1989.º e segs. cód. civ.), os títulos de crédito (arts. 1992.º e segs. cód. civ.).

1.2. *Consequências económicas dos actos e vontade do interessado*

A razão desta diferença entre contratos e actos unilaterais reconduz-se a um princípio elementar: ninguém pode ser onerado com obrigações ou privado de um direito seu — mais genericamente, *ninguém pode ser exposto a sacrifícios económicos* —, por efeito de vontade alheia, mas só por efeito da sua própria vontade.

Ora, as operações que assumem a forma do contrato são justamente aquelas em que todos os interessados (além de adquirirem vantagens) se expõem a sacrifícios ou pelo menos a riscos económicos: para se tornar vinculante e produzir efeitos jurídicos, o regulamento respectivo necessita, por isso, ser aceite por todos os interessados, cada um dos quais deve manifestar uma vontade concordante. As operações que se formalizam num acto unilateral comportam, ao invés, sacrifícios para um só dos interessados, e compreende-se então que se considere suficiente a sua vontade de chamar a si tais sacrifícios; o «contrainteressado» não perde nada, não deve nada, não arrisca nada, só auferir vantagens, e por isso a operação pode aperfeiçoar-se juridicamente sem que intervenha uma sua manifestação de vontade. Ou melhor, a vontade do «contrainteressado» tem um papel somente negativo, no sentido em que este pode sempre preferir renunciar ao benefício que lhe é oferecido pelo acto unilateral de outrem, rejeitando assim os seus efeitos: quanto à remissão, o devedor pode declarar «num prazo determinado não querer aproveitá-la», e então não fica liberado (art. 1236.º cód. civ.); assim como os destinatários de uma promessa ao público podem nem sequer tomá-la em consideração, e abster-se de executar a acção a que a recompensa está subordinada, não sendo, em tal caso, atingidos pelos seus efeitos (quem eventualmente se ponha à procura de um cão desaparecido para obter a

recompensa, fá-lo por sua livre escolha e iniciativa, e não decerto porque esteja obrigado pela promessa do proprietário). Vale, assim, a regra de que a situação patrimonial de um sujeito pode ser modificada, quando se trate de atribuir-lhe exclusivamente benefícios desprovidos de qualquer risco económico, mesmo *na falta* de uma sua correspondente manifestação de vontade, mas em nenhum caso pode ser modificada, por vontade de um outro sujeito, *contra* a vontade do interessado.

A disciplina das sucessões «mortis causa» oferece uma confirmação muito clara destes princípios, ao estabelecer que o herdeiro adquire a herança por mero efeito da sua aceitação (art. 459.º cód. civ.), enquanto que o legatário adquire o legado «sem necessidade de aceitação» (art. 649.º cód. civ.): o facto é que o herdeiro responde pelas dívidas do autor da herança, ainda que superiores ao activo hereditário (e portanto expõe-se ao risco de perdas), ao passo que o legatário quando muito pode ver o legado diminuir, e portanto nada arrisca. Por outro lado, também o legatário é livre de renunciar ao legado (art. 649.º cód. civ.).

Um mecanismo análogo ao previsto no art. 1236.º cód. civ. para a remissão do débito encontra-se no art. 1333.º do mesmo código, em matéria de *contrato com obrigações apenas a cargo do proponente*. Se o empresário A propõe a B pagar-lhe uma compensação por todas as oportunidades de negócios que B lhe proporcione (sem que por isso B esteja obrigado a desenvolver tal actividade), o destinatário da proposta pode recusá-la «no prazo requerido pela natureza do negócio ou pelos usos», ao passo que se tal recusa não intervém, «o contrato fica concluído» (art. 1333.º c. 2 cód. civ.), sem que haja, portanto, necessidade de aceitação por parte de B.

Temos aqui, claramente, uma aplicação do princípio segundo o qual as operações que exponham a sacrifícios ou riscos económicos só um dos interessados, não requerem a aceitação do outro. Restará perguntarmo-nos porque é que a operação assume, neste caso, por clara disposição da lei, a veste de contrato e não a de acto unilateral. Há quem argumente que, mesmo na «*fattispecie*» do art. 1333.º cód. civ., na

realidade não falta a aceitação: somente, a vontade de B dirigida a aceitar a proposta de A, em vez de ser expressa, seria «tácita», podendo concluir-se implicitamente da sua não recusa, do seu silêncio (e do mesmo modo seria de considerar como «aceitação tácita» o silêncio do devedor face à declaração do credor de remir-lhe a dívida, com o conseqüente reconhecimento da estrutura contratual da remissão de que fala o art. 1236.º cód. civ.). Mas é de afastar um tal raciocínio, uma vez que se desenvolve sobre a base de uma ficção: a simulação da existência de um elemento (uma certa vontade do «contrainteressado») que não existe ou que pelo menos não é certa. É, ao invés, mais realista e correcto dizer-se que neste caso estamos face a um contrato que, diversamente da generalidade dos contratos, excepcionalmente consiste na declaração de vontade de uma só parte, e *prescinde da aceitação* da outra.

Recapitulando: *a)* é verdade que as operações em que ambas as partes enfrentam sacrifícios ou riscos económicos requerem a vontade de ambas; *b)* é também verdade que, reciprocamente, as operações em que um só sujeito se expõe a perdas ou a riscos requerem que só este sujeito, e não também o outro, manifeste a vontade correspondente; *c)* as operações referidas no ponto *a)* são sempre contratos; *d)* pelo contrário, se as operações referidas no ponto *b)* se apresentam, por via de regra, na forma de acto unilateral, um tal princípio comporta excepções, uma vez que no caso do art. 1333.º cód. civ. elas assumem a veste e sujeitam-se à disciplina do contrato: um contrato que se forma sem a aceitação de uma das partes.

Pareceria haver uma contradição entre os princípios ora enunciados e o facto de a *doação*, em que, «por espírito de liberalidade, uma parte enriquece a outra, dispondo a favor desta de um seu direito ou assumindo para com ela uma obrigação», ser um contrato e não existir sem a *aceitação do donatário* (art. 769.º cód. civ.).

Mas esta contradição dissolve-se se se considerar que também o donatário poderia eventualmente ficar exposto a perdas ou a riscos económicos. Na verdade, a aquisição da propriedade da coisa doada (mesmo se abstractamente van-

tajosa, por ser de considerável valor económico) poderia fazer nascer a seu cargo responsabilidades e obrigações de ressarcimento ou então despesas que o donatário não quererá realizar: para dar um exemplo, pense-se na doação de um valioso, mas feroz e famélico, cão dobermann, cuja posse pode dar azo à responsabilidade prevista no art. 2052.º cód. civ., e em todo o caso obriga a aquisições diárias não descuráveis de carne, necessárias para a sua manutenção; ou então pense-se na doação de um edifício: a propriedade deste não só obriga a responder pelos danos eventualmente causados pela sua «ruína» (art. 2053.º cód. civ.), mas obriga por outro lado ao pagamento dos impostos respectivos, uma soma de que o donatário poderia no momento não dispor (enquanto por outro lado poderia não estar em condições, mesmo querendo, de vender o imóvel, não encontrando ninguém disposto a adquiri-lo). Compreende-se assim como por vezes possa subsistir o interesse em não adquirir a propriedade de uma coisa, ainda que a título gratuito; e compreende-se agora porque é que a lei, numa lógica de tutela dos interesses do donatário, dispõe que a doação não se forma e não produz os seus efeitos sem que este tenha exprimido a vontade de aceitá-la.

1.3. *Promessa unilateral e proposta de contrato*

De quanto até aqui se disse (cfr. em particular 1.1.), resulta claramente a diferença existente entre uma promessa unilateral e uma oferta (ou proposta) de contrato.

Considerem-se os dois exemplos seguintes: 1) A, empresário de construção civil, promete a B, industrial de cimentos, entregar-lhe 7 milhões num certo prazo, em razão da circunstância — embora não expressa no acto da vinculação — de A ter, a seu tempo, recebido de B um fornecimento de cimento, sem que tenha contextualmente procedido ao pagamento respectivo; 2) A propõe a B comprar-lhe uma certa quantidade de cimento, por um preço global de 7 milhões.

No primeiro caso, a declaração de vontade de A constitui uma *promessa unilateral*, completamente formada sem neces-

sidade de aceitação de B, e idónea, de per si, a produzir efeitos jurídicos (mais precisamente, os efeitos previstos pelo art. 1988.º cód. civ.: B pode, sem mais, exigir de A, com base na promessa, o pagamento da soma indicada, e A é obrigado a pagar, a menos que demonstre a inexistência da razão colocada como fundamento da própria promessa, isto é, em concreto, inexistência do fornecimento em questão). No segundo caso, a declaração de vontade de A constitui uma simples *proposta contratual*, que, por si só, não faz surgir a cargo do declarante qualquer obrigação, e não constitui na esfera de B nenhum direito. Para que se verifiquem efeitos jurídicos, é necessário que, à proposta de A, se siga uma aceitação conforme de B, o qual se declare, por sua vez, disposto a vender aquela determinada quantidade de cimento por 7 milhões. Ou seja, é necessário que se forme o contrato (do qual a proposta é apenas um elemento, um pressuposto): só então A se torna devedor da soma em relação a B, que, por seu turno, só então fica obrigado a efectuar o fornecimento.

A diferença indicada encontra uma importante aplicação em matéria de distinção entre promessa pública e oferta ao público. Se X, coleccionador de selos, faz publicar em jornais ou em revistas filatélicas, um anúncio em que promete o pagamento de um milhão, ao primeiro que lhe trouxer um certo exemplar raro que falta na sua colecção, estamos perante uma *promessa pública*; se, ao invés, o teor do anúncio é diferente, propondo-se X adquirir por um milhão, a quem lho quiser vender, aquele determinado selo, estamos em presença de uma *oferta ao público*. A diferença é relevante, mesmo no plano prático: não só porque, no primeiro caso, X fica imediatamente vinculado pela sua declaração de vontade, e torna-se devedor apenas por efeito desta (sendo suficiente que um qualquer Y se lhe apresente com o selo pedido), enquanto que, no segundo caso, a obrigação de pagar surge, a seu cargo, somente por efeito de uma declaração de vontade de Y, que afirme aceitar todas as condições contidas na proposta de X, e deste modo determine a conclusão do contrato; mas também porque no caso de oferta ao público, X, por hipótese arrependido da sua decisão, é, sem mais, livre de

revogá-la a seu arbítrio, desde que o faça na mesma forma de publicação em jornais, ou em revistas filatélicas, pela qual tinha sido feita a oferta (cfr. o art. 1336.º c. 2 cód. civ.), enquanto que se se tivesse comprometido com uma promessa ao público, X não poderia desvincular-se revogando a promessa, a não ser em presença de uma «justa causa» e (devendo sempre utilizar determinadas formas de publicidade: cfr. o art. 1990.º c. 1 cód. civ.).

São numerosíssimas as relações contratuais da vida quotidiana que se constituem sobre a base de uma oferta ao público: são, assim, ofertas ao público, para nos limitarmos a alguns exemplos, a exposição de mercadorias — cujo preço esteja assinalado — nas montras de um estabelecimento ou nas prateleiras de um supermercado, ou a circulação de um táxi com a indicação «livre» ou a instalação de uma máquina para a distribuição automática de cigarros mediante inserção de moedas, e assim por diante. Uma forma particular de oferta ao público é constituída por aquela que em linguagem corrente se chama «oferta pública de compra» (o.p.c.): quem quiser controlar uma sociedade por acções, e portanto tem necessidade de adquirir a maioria delas, ou pelo menos as suficientes para garantir o controle da assembleia, naturalmente não pode procurar e interpelar individualmente cada um dos accionistas (muito numerosos e dispersos se — como acontece nas grandes sociedades — a propriedade accionária se encontra bastante fraccionada); providenciará, antes, à divulgação, através dos adequados meios de publicidade, do seu propósito de adquirir, a quem lhas queira ceder, acções daquela sociedade por um preço determinado (superior, naturalmente, à cotação da bolsa, de modo a estimular os accionistas a vender).

Por sua vez, a proposta contratual deve considerar-se distinta do mero *convite a contratar*. No exemplo referido supra, se a declaração de X fosse de considerar como proposta (ao público), seria suficiente que um qualquer Y lhe manifestasse a sua vontade de aceitar, para que o contrato se devesse considerar concluído, e juridicamente vinculante para ambas as partes: para tal, é necessário que a proposta contenha «os

elementos essenciais do contrato a cuja conclusão é dirigida» (art. 1336 c. 1 cód. civ.). Se, pelo contrário, a declaração de X estivesse desprovida de um dos tais «elementos essenciais» (por exemplo, não indicasse o preço oferecido por X pelo selo pretendido), ou se do teor desta ou «das circunstâncias ou dos usos», resultasse que X tencionava, antes de submeter-se ao vínculo contratual, averiguar a credibilidade da outra parte, ou discutir melhor as condições do negócio, ou de qualquer modo reservar-se a última palavra, então aquela declaração não seria uma oferta de contrato mas sim um simples convite a contratar (art. 1336.º c. 1 cód. civ.): para provocar a conclusão do contrato, não bastaria, assim, a aceitação da outra parte, mas esta última, estimulada pelo convite, deveria, por seu turno, formular a proposta verdadeira e própria, proposta esta que, aquela que havia convidado, teria a faculdade de recusar ou aceitar, reservando-se, assim, o poder de decisão definitiva acerca da formação do vínculo contratual.

1.4. Partes e terceiros. Categorias de contratos

Em geral, nos exemplos que até aqui foram dados, referimo-nos à presença de dois sujeitos contrapostos (A-B, X-Y). Isto poderia fazer pensar que os contratos se concluem sempre entre duas pessoas, portadoras de interesses convergentes, que encontram no contrato a sua composição e o seu equilíbrio. Mas isso não é verdade: seja porque, mesmo quando o contrato se estipula entre duas partes, é possível que nele estejam envolvidas mais de duas pessoas; seja porque existem contratos em cuja conclusão intervêm mais de duas partes.

Resulta claro, de tudo quanto já foi dito, que o conceito de *parte* do contrato não coincide com o conceito de *pessoa* (física ou jurídica). Parte significa centro de interesses objectivamente homogéneos, e uma parte contratual pode consistir em uma, como em duas, três ou mais pessoas (que relativamente àquele contrato exprimem uma posição de interesse comum). Um exemplo: A e B sabem que C, proprietário de um lote de terreno, o oferece em venda por um preço que lhes

parece muito vantajoso, mas nem um nem outro individualmente dispõem da soma necessária; A e B decidem então adquirir conjuntamente o terreno, em compropriedade; o contrato correspondente conclui-se entre duas partes: por um lado C, parte vendedora, por outro lado A e B, que formam uma só parte, a parte adquirente (sendo interesse comum a ambos, contraposto ao interesse do vendedor, o de adquirir o terreno pelo preço mais baixo possível, com as maiores garantias possíveis, etc.). Mas se, em seguida, A e B, tornados comproprietários do terreno, decidem dividi-lo entre eles de forma que cada um se torne proprietário exclusivo de uma parte deste, no respectivo contrato de divisão A será uma parte e B a outra parte, porque relativamente a este contrato eles exprimem interesses conflitantes (cada um deles procurando uma divisão o mais favorável possível).

A noção de parte do contrato, contrapõe-se a de *terceiro*: são «terceiros» em relação ao contrato, todos os sujeitos que não são «partes» e que, no entanto, nele podem estar de qualquer forma interessados ou são atingidos indirectamente pelos seus efeitos. Exemplo: X vende a Y um bem que, anteriormente se tinha obrigado a vender somente a Z: relativamente à venda entre X e Y, Z é terceiro (embora sendo atingido desfavoravelmente pela mesma).

Na formação de um contrato (e na assunção das obrigações consequentes) podem concorrer mais de duas partes: temos, em tal caso, um *contrato plurilateral*. Se no exemplo precedente os sujeitos interessados na aquisição do terreno tivessem sido três em lugar de dois, o respectivo contrato de compra e venda teria sido concluído sempre entre duas partes (os três comproprietários). Os mais típicos e importantes contratos plurilaterais não são, porém, aqueles em que as partes se encontram em posições de interesses institucionalmente contrapostos, mas sim aqueles em que — como se exprime o legislador — «as prestações de cada uma são dirigidas à prossecução de um interesse comum» (art. 1420.º cód. civ.): pense-se no contrato de sociedade, com o qual as partes — que podem ser duas ou mais de duas — «contribuem com bens ou servi-

ços para o exercício em comum de uma actividade económica com o fim de dividir os seus lucros» (art. 2247.º cód. civ.), ou no contrato de associação, com o qual vários sujeitos se unem, criando uma organização de homens e meios destinada à realização de fins lícitos, diferentes da consecução do lucro económico (arts. 14 e segs., 36.º e segs. cód. civ.). Caracterizam-se por estarem tendencialmente abertas à adesão de outras partes, que podem de seguida juntar-se às partes originárias (novos sócios podem juntar-se à sociedade já constituída): cfr. o art. 1332.º eód. civ. Para esses, o código dita algumas regras especiais: cfr. os arts. 1420.º, 1446.º, 1459.º, 1466.º cód. civ.

Os contratos do género do último indicado definem-se como *contratos associativos*, e contrapõem-se aos *contratos de troca* (ou sinalagmáticos, ou de prestações corresponsivas), nos quais aquilo que uma parte dá ou promete à outra parte encontra a sua contrapartida imediata e definitiva naquilo que a outra parte lhe dá ou lhe promete a si, esgotando assim a sua função na troca recíproca de bens ou de serviços; também nos contratos associativos, as partes obrigam-se uma em relação às outras, mas os deveres e as atribuições de cada uma surgem em razão do escopo comum e em função da organização comum que assim geralmente se cria com características de relativa estabilidade e duração.

Esta distinção não se confunde com uma outra, entre *contratos onerosos* e *contratos gratuitos*. São gratuitos os contratos de que uma parte extrai vantagem sem ter de suportar, em troca, qualquer sacrifício patrimonial (uma doação, um comodato, um mútuo sem juros a cargo do mutuário); são onerosos aqueles em que, para cada parte, a vantagem obtida corresponde um sacrifício económico para conseguí-la (tipicamente a venda, em que, para obter a propriedade da coisa, deve ser pago um preço e vice-versa). Todos os contratos de troca são, evidentemente, onerosos, mas há contratos onerosos que não são contratos de troca: o contrato de sociedade, por exemplo, não é, pela razão já vista, um contrato de troca (mas sim um contrato associativo) mas é um contrato oneroso e não gratuito, porque o sócio, em troca das suas obrigações, adquire o direito a uma quota dos lucros comuns.

Note-se, finalmente, que o contrato gratuito não se identifica com o *contrato com obrigações a cargo de uma só parte*: se A, empresário, promete ao intermediário B, que aceita, uma soma por cada negócio que B lhe arranjar, este contrato gera obrigações só a cargo de A e não também de B (que não assume o compromisso de arranjar negócios a A, e nem sequer de esforçar-se nesse sentido), e, no entanto, é um contrato oneroso, porque nenhuma das partes pode conseguir a vantagem contratual se não suportar o correspondente sacrifício (em termos de desembolso de dinheiro por A, de efectiva prestação de um serviço por B).

2. A CONCLUSÃO DO CONTRATO

2.1. O processo de formação do contrato como correspondência de actos humanos a um modelo legal

Um contrato não é um elemento da realidade física, cuja existência se possa propriamente constatar, tal como é possível constatarla quanto aos objectos do mundo natural. No entanto, na linguagem e na concepção dos teóricos e dos práticos do direito, o problema da formação do contrato é frequentemente encarado como se se tratasse de verificar a existência física de uma «coisa»: a questão de saber se um contrato se formou ou não, fica reduzida à questão de verificar se determinados factos da esfera psicofísica do homem (as «vontades» dos contraentes, devidamente manifestadas e fundidas numa unidade) geraram causalmente um certo fenómeno (o «consenso» contratual), do qual o contrato constituiria justamente o «produto» mecânico. Esta é uma concepção que radica na exaltação jusnaturalista e novecentista da vontade como fonte exclusiva dos efeitos jurídicos («mística da vontade»), e ao mesmo tempo numa certa tendência de feição positivista — mais ingénua que errónea — para interpretar e reconstituir os fenómenos jurídicos com as mesmas categorias conceituais com que se interpretam e reconstróem os fenó-

menos da realidade natural. Mas trata-se de uma concepção deturpada, que impede uma abordagem correcta do fenómeno jurídico da formação do contrato, e dos problemas reais que aí se colocam.

Numa perspectiva realista, o juízo sobre se um contrato se formou ou não, constitui o resultado de uma qualificação de determinados comportamentos humanos, operada por normas jurídicas. Por outras palavras, a formação do contrato consiste num *processo*, isto é, numa sequência de actos e comportamentos humanos, coordenados entre si, segundo um modelo não já «natural» e «necessário», mas sim pré-fixado de modo completamente convencional e arbitrário pelo direito (pelos vários direitos). Se essa determinada sequência de actos e comportamentos humanos corresponde ao esquema estabelecido pelo ordenamento jurídico (e de modo diverso pelos diversos ordenamentos jurídicos), então pode dizer-se que esse determinado contrato se formou, ou concluiu, ou «ganhou existência».

O *modelo legal de formação do contrato* é definido por uma série de regras (para o ordenamento jurídico italiano os arts. 1326.º e segs. cód. civ.) que, como todas as regras jurídicas, se propõem a realização de determinados objectivos práticos, ou, melhor ainda, a satisfação de determinados interesses.

Em primeiro lugar são resolvidos, de certa maneira, os *conflitos de interesses*, que possam surgir entre as partes na fase de formação do contrato. Um exemplo: Imagine-se que A tinha endereçado proposta de contrato a B, mas depois — por se lhe ter deparado melhor oportunidade, ou por outras razões — arrepende-se e decide nada mais fazer; o seu interesse seria poder revogar livremente a sua proposta, enquanto B — que recebeu a oferta, a achou conveniente e a aceitou — tem o interesse oposto, em que A já não possa eficazmente revogá-la: a lei resolve este conflito de interesses, dispondo que «a proposta pode ser revogada enquanto o contrato não estiver concluído» (art. 1328.º c. 1 cód. civ.).

As regras de que nos ocupamos satisfazem ainda, de modo mediato, o interesse geral da *certeza das relações*

jurídicas: permitindo individualizar, com precisão, o momento em que um contrato deve considerar-se concluído, elas dão, de facto, resposta unívoca aos problemas de disciplina das relações, cuja solução depende justamente da individualização de tal momento. Para dar um exemplo, se em 24 de Janeiro entra em vigor uma lei que contém nova disciplina para uma determinada categoria de contratos, é importante saber se um contrato pertencente a essa categoria foi concluído a 23 ou a 25 de Janeiro: no primeiro caso aplicar-se-lhe-á a antiga disciplina, no segundo caso a nova. Algumas vezes, e além disso, saber qual de dois contratos se formou primeiro, serve para estabelecer a quem pertence a propriedade de um bem: imagine-se que, ao cabo de uma complexa troca de cartas, X tinha vendido a sua colecção de moedas a Y e também a Z; pois bem, se se concluir que o contrato com Y foi concluído antes daquele outro com Z, a colecção de moedas pertence a Y, e inversamente no caso contrário (note-se no entanto que esta regra vale só quando se trate de «universalidade de móveis», por força do art. 816.º cód. civ., pois nos casos de coisas móveis simples, de móveis registados e de imóveis, o conflito entre aqueles que adquiriram do mesmo proprietário resolve-se com critérios diversos). E em qualquer caso, saber em que momento um contrato se concluiu permite saber em que momento os direitos e as acções dele emergentes se extinguem por prescrição.

2.2. Os modelos legais de conclusão do contrato, vigentes no direito italiano

Quando os contratos se formam entre partes presentes, mediante a troca e o encontro contextual das declarações de proposta e aceitação, verificar a sua conclusão não representa certamente um problema complicado. Os problemas mais graves surgem quando se trata de verificar a formação de contratos «entre pessoas ausentes», que declaram a sua vontade, não oralmente, mas, por exemplo, através de cartas ou telegramas (um género de contratos que a multiplicação e extensão

dos negócios, em áreas geográficas cada vez mais vastas, tornam hoje mais e mais frequentes e importantes na praxe do tráfico). São estes os casos em que mais frequentemente as regras legais sobre a formação do contrato entram em jogo, e manifestam particular relevância na solução das questões concretas de disciplina das relações.

A regra-base é enunciada no primeiro «comma» do art. 1326.º cód. civ.: «o contrato conclui-se no momento em que quem fez a proposta *toma conhecimento da aceitação da outra parte*». (No direito norte-americano, por exemplo, vale a diversa regra de que o contrato se forma no momento em que quem recebeu a proposta *envia* ao proponente a sua aceitação: uma confirmação do carácter, histórica e geograficamente relativo dos esquemas legais que regem a conclusão dos contratos).

A regra do art. 1326.º, no entanto, é logo completada pelo disposto no art. 1335.º cód. civ., pelo qual a declaração de aceitação «tem-se por conhecida *no momento em que chega ao endereço do destinatário*, se este não provar ter estado, sem culpa sua, na impossibilidade de desta ter notícia» (e o mesmo vale, tanto para a aceitação como para a proposta, para a declaração de revogação da proposta ou da aceitação e para «qualquer outra declaração dirigida a uma pessoa determinada»). Tal regra responde a uma exigência de certeza: sendo muito difícil e controverso o apuramento de um evento psíquico, interior à esfera mental do sujeito, como a tomada de conhecimento de declarações de outrem, é necessário recorrer a um critério objectivo e facilmente aplicável, que prescinda até da efectiva verificação do evento. Impede-se, assim, que o proponente, ao qual tenha chegado a aceitação, arrependendo-se, possa recusar o vínculo contratual, afirmando não ter tomado conhecimento dela, e deste modo tutela-se o accitante; mas também os interesses do proponente são garantidos de modo justo, porque se este demonstra ter estado, sem culpa sua, na *impossibilidade de tomar conhecimento da aceitação*, apesar de esta ter chegado ao seu endereço, o contrato não se tem por concluído, e ele não fica vinculado.

Quem recebe uma proposta tem interesse em dispor de tempo antes de aceitá-la, para a avaliar bem e eventualmente aguardar se não surgirão propostas mais vantajosas. O proponente tem o interesse oposto: feita a oferta, quer saber o mais rapidamente possível se é aceite, se pode contar com aquele negócio ou se, pelo contrário, deve dirigir-se a outros. Tal conflito é resolvido pelas regras dos «commi» 2 e 3 do art. 1326.º cód. civ.: o proponente pode indicar um *termo máximo para a resposta*, com a consequência de que a aceitação efectivamente recebida mais tarde não tem eficácia, não leva à conclusão do contrato; se não é indicado nenhum termo, é a lei que estabelece que a aceitação «deve chegar ao proponente... no prazo ordinariamente necessário segundo a natureza do negócio ou segundo os usos». Mesmo que a aceitação seja tardiamente recebida, o proponente pode, todavia, achar conveniente a conclusão do contrato; a qual porém, nesta fase, poderia prejudicar o aceitante que, sabendo ter respondido tardiamente, não conte mais com esta e não esteja, portanto, preparado para a execução do negócio: a solução de equilíbrio entre os dois interesses em potencial conflito, é que «o proponente pode considerar eficaz a aceitação tardia, desde que avise imediatamente a outra parte».

Que acontece se X pede a Y 1000 exemplares de um dado produto ao preço unitário de 40000, e Y responde que está na disposição de oferecer aquele produto ao preço oferecido por X, mas só em quantidade superior a 3000 exemplares; ou que não está disposto a praticar um preço inferior a 42000; ou que no momento só dispõe de 700 exemplares e não pode enviar mais do que isso? O último parágrafo do art. 1326.º estabelece que «*uma aceitação não conforme à proposta equivale a nova proposta*»: compete agora a X responder se aceita a contraproposta de Y.

O art. 1326.º c. 1 cód. civ. delineia o modelo de conclusão do contrato válido em geral. Mas — porque se trata de um modelo não naturalístico, mas convencional e neste sentido arbitrário — tal modelo pode ser derogado. Existem, de facto, normas, que, para situações particulares, definem modelos de conclusão do contrato diversos dos do art. 1326.º c. 1 cód. civ.

Entre estes, já conhecemos a regra do art. 1333.º c. 2 cód. civ.: o contrato com obrigações apenas do proponente não se conclui «no momento em que quem fez a proposta tem conhecimento da aceitação da outra parte», considerando-se formado se o destinatário da proposta não a recusar «no prazo requerido pela natureza do negócio ou pelos usos».

Uma outra derrogação do modelo geral do art. 1326.º c. 1 cód. civ. encontra-se codificada no art. 1327.º. Há negócios em que é normal que quem recebe a proposta comece logo a executar a prestação correspondente, ainda antes de comunicar a sua aceitação (A escreve a B pedindo com a máxima urgência o fornecimento de um certo stock de mercadorias; se B dispõe delas, procederá de imediato ao seu envio). Neste caso o contrato considera-se «concluído no tempo e no lugar em que a execução teve início». Mas A precisa de saber o mais rapidamente possível se B lhe assegura a mercadoria pedida (para que, em caso negativo, se possa dirigir a outrem): por isso «o aceitante deve avisar imediatamente a outra parte do início da execução, e se o não fizer, é obrigado a indemnizar o dano».

Mas os casos em que o processo de formação do contrato se destaca mais do modelo legal da «troca de proposta e aceitação» são os que correspondem à figura dos *contratos reais*. Os contratos reais são, de facto, caracterizados por isto: formam-se só por efeito da *entrega* material — duma parte à outra — da coisa que constitui seu objecto: não é suficiente, para a sua conclusão, que A faça a proposta a B, que B a aceite e que tal aceitação seja conhecida por A; é necessário que B entregue a A a coisa ou as coisas objecto do contrato. São contratos reais o reporte (arts. 1548.º e segs. cód. civ.; cfr. especialmente o art. 1549.º), o depósito (art. 1766.º cód. civ.), o comodato (art. 1803 cód. civ.), o mútuo (art. 1813.º cód. civ.), o contrato constitutivo de penhor sobre bens móveis (art. 2786.º cód. civ.), a doação manual (art. 783.º cód. civ.). Todos os outros contratos, que não requerem para a sua perfeição a entrega da coisa, são *contratos consensuais*.

2.3. As circunstâncias supervenientes no decurso do processo de formação do contrato

Nos contratos entre pessoas ausentes, ou de um modo geral nos casos em que entre o momento da proposta e o da aceitação decorre um lapso de tempo, pode suceder que as circunstâncias iniciais, em que as partes emitiram as suas declarações, se modifiquem supervenientemente.

Em primeiro lugar, pode acontecer que, depois de haver formulado a proposta ou a sua aceitação, e antes que o contrato esteja concluído, o sujeito *morra* ou se torne incapaz (por exemplo, seja interdito por anomalia psíquica). Geralmente, a sua declaração perde assim eficácia e o contrato não se forma. Este princípio sofre porém uma excepção, quando o declarante seja um *empresário*, e a proposta ou a aceitação se dirijam à conclusão de um contrato relativo ao exercício da empresa: em tal caso, o contrato é considerado um elemento objectivo da organização do estabelecimento, e, como tal, indiferente às vicissitudes que atinjam a pessoa física do empresário, admitindo-se, por isso, que o contrato possa ser concluído pelos continuadores da empresa, que, no entanto, não tinham tomado qualquer iniciativa nesse sentido. Que a justificação da regra seja reconduzir ao carácter «impessoal» de tais contratos, é de resto confirmado pela circunstância de que tal regra não se aplica, quando se trate de uma pequena empresa, em que predomina — segundo a previsão do art. 2083.º cód. civ. — a actividade pessoal do empresário (art. 1330.º cód. civ.). Análoga é a ratio do art. 2558.º cód. civ.: quando um empresário cede a um outro o seu estabelecimento, na falta de acordo diverso, o adquirente subingressa nos contratos estipulados pelo titular precedente no exercício da empresa, sempre que estes «não tenham carácter pessoal».

Mais frequentemente sucede que, depois de ter feito uma proposta de contrato, o declarante — ou por terem mudado as condições de mercado, ou por ter entrevisto a possibilidade de melhores negócios, ou por outras razões — deixa de considerar conveniente o contrato por si proposto, e tende então a revogar a oferta. Pelo art. 1328.º cód. civ. pode fazê-lo,

desde que a declaração de *revogação da proposta* seja emitida antes da conclusão do contrato (isto é, antes que receba a aceitação da contraparte). Se, porém, a contraparte entretanto aceitou, e, não sabendo ainda da revogação, confia na conclusão do contrato e, conseqüentemente, inciou de boa-fé a sua execução, evidentemente surgem danos: a lei tutela-a, dispondo que neste caso «o proponente é obrigado a indemnizá-lo das perdas sofridas pelo início da execução do contrato».

Também a *aceitação* pode ser revogada, embora em termos mais rigorosos que a proposta: para que a revogação seja eficaz e impeça a conclusão do contrato, não basta, de facto, apenas que seja emitida antes que o proponente tenha conhecimento da aceitação, mas é necessário que esta chegue ao seu destino antes de tal momento (art. 1328.º c. 2 cód. civ.).

Há casos em que o proponente, mesmo que o contrato não esteja ainda concluído, não pode revogar a sua proposta, está vinculado a ela, de modo que é faculdade exclusiva do destinatário da mesma poder provocar, aceitando-a, a conclusão do contrato: são os casos de *proposta irrevogável*, em que nem a revogação do interessado, nem sequer a sua morte e a sua incapacidade superveniente podem tolher eficácia à proposta (art. 1329.º cód. civ.). Isto pode acontecer, por disposição da lei (cfr. o art. 1333.º cód. civ.) ou por vontade do declarante, que se tenha «obrigado a manter firme a sua proposta por um certo período de tempo». Na maioria dos casos, acontece por acordo dos interessados.

Considere-se, a este respeito, o seguinte exemplo: A propõe a B vender-lhe um terreno edificável por um certo preço; B não sabe ainda se poderá realizar o projecto de construção civil para o qual o terreno lhe interessa, porque espera saber se poderá obter da banca o capital necessário, e não quer arriscar-se a adquirir um terreno que, na hipótese negativa, não saberia como utilizar; porém, também não quer correr o risco oposto de obter mais tarde o capital e já não ter, no momento oportuno, o terreno, que A poderia entretanto ter vendido a outrem. B pode evitar este risco, convencionando com A que este último mantenha firme para ele a oferta de venda: se e quando tiver obtido o financiamento, B aceitá-la-á; senão,

deixá-la-á caducar. Nisto consiste o pacto de *opção*, previsto no art. 1331.º cód. civ. Geralmente, ao convencionar uma opção, as partes estabelecem um termo, findo o qual a opção decai, e já não pode ser exercida pelo destinatário da oferta (é interesse do proponente não permanecer vinculado indefinidamente, mas saber, em tempo razoável, se o negócio se faz ou não se faz); na sua falta, o termo pode ser fixado pelo juiz (art. 1331.º c. 2 cód. civ.). Dado que com a opção o «oblato» (destinatário) adquire uma vantagem objectiva, é normal que em troca desta, ofereça um correspectivo ao proponente que lha concede. E é igualmente normal que as partes convençionem a cedibilidade da opção: se B já não está interessado na aquisição do terreno, pode «vender» a sua opção a C, que, por sua vez, se encontrará, então, na situação de escolher adquirir ele próprio de A ou não adquirir (e eventualmente transferir a opção par outrem). Por esta via a opção torna-se, em certo sentido, um «bem», verdadeira e própria riqueza circulante.

A opção não se confunde com a *prelaccão* (*preferência*). Se B tem opção sobre um bem de A, isso significa que basta a sua aceitação para que o contrato se forme e B adquira o bem: A não tem alternativa, antes suporta a decisão de B que tem um poder exclusivo e discricionário de determinar a conclusão do contrato. Se, ao invés, B tem uma simples preferência sobre aquele bem, isso significa que A é livre de o vender ou não, com a particularidade de que, se quiser vendê-lo, deve oferecê-lo primeiramente a B o qual, em igualdade de condições, prefere em relação a qualquer outro possível adquirente: aqui B não pode, por sua iniciativa, provocar a conclusão do contrato, tendo, tão só, um direito de primazia que pode fazer valer se e na medida em que A se decida a contratar. Geralmente, é a lei que atribui a determinadas pessoas um direito de prelaccão: por exemplo, aos co-herdeiros, quando um de entre eles decida alienar a sua quota, uma vez que pode não haver interesse em que estranhos fiquem inseridos na comunhão hereditária (art. 732.º cód. civ.), ou ao Estado sobre os bens de interesse artístico e histórico, que assim se tornam objecto de fruição colectiva (art. 30.º e segs.

da Lei n.º 1089 de 1/6 de 1939). Outras vezes o direito de preferência pode nascer por efeito de um acordo voluntário entre os interessados: cfr. em matéria de contrato de fornecimento o art. 1566.º cód. civ.

2.4. *Vontade e declaração. O comportamento concludente*

A proposta e a aceitação de um contrato são declarações de vontade, dizendo-se geralmente que o contrato resulta do encontro ou da fusão das vontades das partes. Mas para ser juridicamente relevante e produzir efeitos jurídicos, a vontade — que, de per si, não é mais que um modo de ser da psique, como tal não cognoscível e não comprovável objectivamente — deve ser tornada socialmente conhecida, deve ser declarada ou pelo menos manifestada para o exterior.

Os modos pelos quais a vontade de concluir um contrato pode ser manifestada para o exterior (mais precisamente para a contraparte) podem ser diversos. Naturalmente que o modo principal é constituído pela linguagem, e não há dúvida de que na maioria dos casos os contratos concluem-se pronunciando e/ou escrevendo palavras. Mas a palavra é apenas um dos possíveis «sinais» com que os homens comunicam entre si, não podendo excluir-se que a vontade de concluir um contrato seja adequadamente manifestada com sinais de tipo diferente: no costume camponês de algumas regiões italianas, por exemplo, a compra e venda de gado só se considera efectuada quando as partes apertam as mãos de uma maneira determinada; e na experiência comum, um aceno de cabeça pode equivaler ao pronunciamento de um «sim». Quer se materialize na palavra ou noutro sinal, em todos estes casos a declaração de vontade é, de qualquer forma, *expressa*, uma vez que o sinal é intencionalmente utilizado, é imediatamente dirigido, a comunicar à outra parte aquele determinado sentido volitivo.

Há outros casos em que a vontade de concluir um contrato não é comunicada mediante uma declaração de tal género, mas resulta de outros comportamentos do sujeito: fala-se, a

este propósito numa manifestação *tácita* de vontade. Nas páginas anteriores já tivemos ocasião de aludir a situações de manifestação *tácita* da vontade de concluir um contrato: é o caso, previsto no art. 1327.º cód. civ., de quem, solicitado para uma prestação a executar «sem uma resposta prévia», inicia, sem mais, a respectiva execução, determinando com esta atitude a conclusão do contrato; é ainda o caso de quem pretende bens ou beneficia de serviços oferecidos ao público, por exemplo inserindo notas de banco num distribuidor automático de carburante, ou entrando para o autocarro e inserindo uma moeda no aparelho que emite os bilhetes correspondentes, ou pegando e entregando na caixa mercadorias expostas nas bancas de um *self-service* (são aquelas pequenas operações quotidianas, frequentíssimas num sistema económico caracterizado por consumos de massa, que a nossa velha doutrina civilista do início do século significativamente chamava «contratos automáticos»). Nestes, como no exemplo precedente, a vontade de aceitar não é expressa, mas resulta implicitamente e de forma, digamos, operativa, da atitude e da actividade do sujeito.

A experiência destes casos, em que a vontade de concluir um contrato é manifestada, como se diz, tacitamente, tem sido por vezes banalizada através da afirmação de que também o *silêncio* é equiparável a uma declaração de vontade e pode equivaler à aceitação de um contrato. Tal afirmação não é correcta porque, em linha de princípio, o silêncio não vale, de per si, como manifestação de vontade do sujeito: se este desenvolve certas acções ou assume um determinado comportamento, desacompanhado de palavras, serão aquelas acções e aquele comportamento (como nos exemplos há pouco lembrados) e não já o facto — aossório e para este fim irrelevante — da ausência de palavras, a manifestar a sua vontade. Um comportamento deste tipo, silencioso, mas de molde a denunciar de forma inequívoca, no quadro das circunstâncias existentes, a vontade de concluir o contrato, diz-se *comportamento concludente*.

Não valendo, de per si, como declaração de vontade, o silêncio não pode, por si só — como conduta puramente omis-

siva — vincular o sujeito, mesmo que um valor vinculativo lhe seja (unilateralmente) atribuído pela contraparte. Imagine-se o caso de uma empresa produtora de bens de consumo, que, dirigindo-se por via postal a possíveis adquirentes, lhes proponha a compra de um exemplar do produto, convidando a depositar o preço numa conta postal corrente adequada ao efeito e com a advertência de que a não resposta à oferta dentro de um certo número de dias (precisamente o «silêncio» do destinatário), será considerada como aceitação: se, apesar de tal advertência, o destinatário da oferta nada responde, nem por isso poderá considerar-se vinculado, uma vez que o seu silêncio, de per si, não vale como aceitação; se, ao invés, mesmo sem uma resposta expressa (e portanto de forma «*tácita*») efectua o depósito indicado, daí resulta a sua aceitação: mas é claro que esta não deriva do silêncio, em si e por si, mas antes do (silencioso) comportamento concludente que, através da execução do pagamento, revela a vontade do sujeito de aceitar vincular-se.

Em alguns casos, ao invés, mesmo o *silêncio* — ou melhor a *inércia* — do sujeito, têm consequências vinculativas, efeitos idênticos aos que se poderiam ter produzido, por força de uma sua declaração de vontade; isto acontece quando o silêncio ou a tal inércia, constituem *violação de um dever de falar ou de agir*, que a lei impõe ao sujeito. Imagine-se o exemplo seguinte, embora não seja relativo à disciplina dos contratos mas à das sucessões (de resto, esta problemática é comum a todas as declarações de vontade, contratuais e não contratuais, dirigidas à produção de efeitos jurídicos, em suma a todos os negócios): o chamado à herança que se encontre na posse dos bens hereditários é obrigado por lei a fazer o seu inventário dentro de certo prazo (art. 485.º cód. civ.); se transcura essa obrigação é considerado herdeiro puro e simples (tornando-se titular de todo o activo e de todo o passivo hereditário), exactamente como se tivesse manifestado vontade de aceitar a herança.

Aqui, porém, mais uma vez é necessário estarmos prevenidos contra o *abuso de ficções*, frequentemente empregues para ilustrar o sentido desta disciplina. Em casos do género,

a produção de efeitos vinculativos é, num certo sentido, uma sanção que a lei, por exigências de certeza das relações patrimoniais, põe a cargo do sujeito, em consequência do seu comportamento omissivo, da violação de um dever que lhe era imposto: seria absurdo pensar, ao invés, que a omissão, «o silêncio» do sujeito possam interpretar-se como manifestações («tácitas») da sua vontade de aceitar pura e simplesmente: tanto é assim que aqueles efeitos produzem-se, uma vez verificados os seus pressupostos, mesmo que se demonstre a existência de uma vontade contrária à aceitação.

3. A FORMA DO CONTRATO. O CONTRATO-PROMESSA. AS NEGOCIAÇÕES E A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

3.1. A forma do contrato

A proposta e a aceitação de um contrato (e em geral as declarações de vontade) podem, em princípio, ser expressas de qualquer modo: com palavras escritas, com palavras faladas, até com um comportamento concludente que prescindia das palavras. Exige-se apenas que o modo de expressão, escolhido pelo declarante, manifeste ao destinatário, de modo adequado e por ele inteligível, a vontade de concluir o contrato e o conteúdo que a este se tenciona dar.

Este princípio chama-se *princípio de liberdade de forma*, e caracteriza o direito moderno em comparação com os direitos menos evoluídos. Nos sistemas jurídicos do passado (no próprio direito romano, depois no direito lombardo) valia geralmente a regra oposta do formalismo negocial: nenhuma declaração de vontade produzia efeitos jurídicos se não fosse expressa por uma forma particular, segundo formalidades particulares (presença de testemunhas, emprego de determinadas palavras e não de outras, cumprimento de gestos rituais, etc.) e precisamente na forma, mais do que na vontade, se via a fonte dos efeitos jurídicos; pode dizer-se, assim,

que, então, todos os contratos eram contratos formais. Com o triunfo da ideologia do jusnaturalismo, e com a consequente exaltação da vontade e do seu poder criador, a esta e só a esta se reconduziram, como à sua origem, todas as consequências legais vinculativas para o sujeito; e parecia que comprimir a manifestação do seu querer, dentro das rígidas malhas de formas pré-determinadas de modo vinculante, significava restringir intoleravelmente a liberdade. Liberdade do querer postulava, pois, liberdade de formas: esta afirma-se com o código napoleónico e chega até nós, informando um sistema no qual é regra que os contratos possam ser concluídos sem formalidade alguma.

Tal regra sofre, porém, uma série de exceções muito importantes. De facto existem algumas classes de contratos, para cujo conclusão a lei exige o emprego de uma forma particular: significa isto que as declarações de vontade que dão vida a tais contratos devem ser revestidas de certas modalidades expressivas, e acompanhadas de um determinado ritual (e tais contratos chamam-se, então, *contratos formais*, ou *contratos solenes*).

A forma solene mais comum e mais difundida é a *escrita*: a lei prescreve, por exemplo, que devem fazer-se por forma escrita (isto é não podem concluir-se oralmente) todos os contratos que transmitem a propriedade de bens imóveis, e todos os contratos que constituem, modificam ou extinguem outros direitos reais (como o usufruto, a servidão, a superfície, etc.) sobre imóveis (art. 1350.º cód. civ.). A forma escrita é, além disso, obrigatória para todos os contratos, nos quais seja parte a administração pública. Para que o requisito da forma escrita fique satisfeito, é indispensável a assinatura do autor da declaração de vontade (não é, porém, necessário que o texto desta seja autógrafo: pode também ser escrito por outrem ou à máquina). Além disso, quando para um contrato se exige a forma escrita, devem revestir tal forma tanto a proposta como a aceitação: não basta responder verbalmente «sim» a uma proposta feita por escrito. Não é necessário, inversamente, que as declarações de vontade das duas partes se fundam num único contexto documental: podem

sê-lo (pense-se num documento contratual subscrito por ambas as partes), e podem não o ser (é o caso do envio de uma carta-proposta, a que o destinatário responde com uma carta de aceitação).

Outras vezes, nem a forma escrita é suficiente, e a forma prescrita pela lei apresenta caracteres de maior complexidade e solenidade. É o caso dos contratos que devem fazer-se por *acto público*: as declarações de vontade dos contraentes são, então, proferidas perante um notário que, na sua qualidade de oficial público, as recebe e as transcreve para um documento próprio (registo notarial). A forma de *acto público* é necessária, por exemplo, para as convenções matrimoniais e para as doações, para as quais se exige ainda, inderrogavelmente, a presença de duas testemunhas (arts. 162.º c. 1 cód. civ.; 782.º c. 1 cód. civ.; 47.º c. 1 e 48.º c. 1 Lei n.º 89 de 16 de Fevereiro de 1913 sobre o ordenamento do notariado e dos arquivos notariais). É necessária, também, para os contratos, pelos quais se constituem sociedades por acções, sociedades de responsabilidade limitada ou sociedades cooperativas.

No conjunto, deve dizer-se que o sistema jurídico italiano é, entre os demais, talvez um daqueles em que mais numerosas e mais significativas são as exigências de forma nos contratos, e, portanto, um daqueles em que menos perfeitamente actuou o princípio da liberdade da forma: seguramente, ele é mais formalista que o sistema anglo-americano, que o sistema francês, que o próprio sistema alemão.

Em todos os exemplos que até agora foram mencionados, a forma é requerida *ad substantiam* ou, como diz a lei, «sob pena de nulidade». Nestes casos a forma torna-se um verdadeiro e próprio requisito essencial do contrato (art. 1325.º, n. 4 cód. civ.) e a sua falta impede que o contrato se forme validamente e produza os seus efeitos: uma compra e venda de imóveis feita verbalmente e não por escrito é como se não tivesse sido feita, no sentido de que não opera a transferência da propriedade nem a obrigação de pagar o preço. Inteiramente diferentes são as hipóteses em que a forma é requerida, como costuma dizer-se, só *ad probationem*: tal acontece por exemplo para o contrato de seguro e para o contrato de

transacção, que devem ser «provados por escrito» (assim respectivamente os arts. 1888.º e 1967.º cód. civ.). A diferença é radical, porquanto nestas hipóteses a falta de forma (suponhamos, uma transacção estipulada verbalmente) não preclui a válida formação do contrato e a regular produção dos seus efeitos, mas torna-se apenas mais difícil, para quem nisso tenha interesse, prová-los e fazê-los valer em juízo: mais precisamente, estes não podem ser provados mediante testemunhas e presunções (arts. 2725.º c. 1 e 2729.º c. 2 cód. civ.), mas podem sê-lo, mediante a confissão do contra-interessado (art. 2730.º e segs. cód. civ.) ou através de juramento decisório (art. 2736.º e segs. cód. civ.). A falta de forma requerida *ad probationem*, em suma, pode tornar mais difícil ou talvez, em concreto, até impossível, a efectiva actuação dos direitos contratuais, mas não preclui, em princípio, a existência e a abstracta possibilidade de fazê-los valer.

3.2. As funções da forma

Quais são as *funções das formas contratuais* (ou, em geral, negociais)? Que objectivos se propõe a lei, ao estabelecer que um dado contrato deve fazer-se por escrito ou por escritura pública?

Nos direitos antigos as prescrições de forma tinham conotações simbólicas, de tipo mágico e religioso, e reflectiam um estado de evolução jurídica, em que as normas da lei não se distinguiam nitidamente dos preceitos divinos e das praxes rituais. Além disso, constituíam praticamente o meio mais elementar para distinguir os vínculos jurídicos, daqueles a que não devia reconhecer-se valor vinculante no plano geral. Com o progresso jurídico, estas explicações vão sendo ultrapassadas, pois o direito tende a subtrair-se à influência da religião, do rito, do mito, adquirindo caracteres cada vez mais marcados de laicidade e racionalidade, enquanto pela individualização e a selecção dos vínculos, juridicamente sancionados, se afirmam cada vez mais critérios menos grosseiros do que os fundados na observância de um cerimonial exterior.

São outras, hoje, as funções das normas contratuais. Algumas atendem à satisfação de exigências de *interesse público*: assim, impôr a forma escrita (ou até o acto público) para determinados contratos, pode configurar uma medida de política fiscal, dado que tal forma (em abstracto) garante uma percepção mais cómoda e segura dos tributos a pagar sobre as transferências de riquezas, operadas através deles. E o requisito da forma escrita para os contratos da administração pública é necessário porque tais contratos são sujeitos — no interesse público de uma correcta e conveniente gestão dos recursos patrimoniais da colectividade — a controles, que seriam dificilmente imagináveis se o acto não se materializasse num documento escrito.

Mas ao formalismo nos contratos não é estranha a consideração dos *interesses das partes*: protege-as de decisões precipitadas, coloca-as em condições de reflectir e ponderar bem sobre iniciativas económicas que, pelo relevante valor económico dos bens envolvidos (negócios sobre imóveis) ou pela natureza especial da operação (enriquecimento de alguém sem corresponsivo, constituição de uma sociedade), são susceptíveis de ter graves consequências sobre os patrimónios dos sujeitos.

Além do mais, formalizar o contrato num documento escrito serve para tornar certo e não controvertido o facto da sua conclusão e o teor das cláusulas que formam o seu conteúdo (isto é importante sobretudo nos contratos caracterizados por uma «formação sucessiva», cuja conclusão é precedida por um longo iter de negociações e de realização, paulatinas, de acordos parciais sobre pontos singulares do negócio: a redacção por escrito serve precisamente para assinalar o momento em que a fase das negociações — de per se não vinculante — se esgota e dá lugar, com a conclusão do contrato, à assunção efectiva dos vínculos que dele nascem). Uma tal certeza serve o interesse das partes, pois contribui para esclarecer, desde o início, as suas posições recíprocas, prevenindo dúvidas e controvérsias sobre dados de facto, e, portanto, possíveis litígios; mas satisfaz indirectamente também o interesse público, pois é também do interesse público que se

evitem, tanto quanto possível, litígios entre os cidadãos, e se poupem os custos judiciais respectivos.

As formas servem finalmente — e esta é provavelmente de todas as suas funções a mais importante — para fazer com que certos contratos se tornem *cognoscíveis pelos terceiros* estranhos a eles, mas potencialmente afectados pelos seus efeitos (e, portanto, para servir o interesse público da tutela destes terceiros). A doação, por exemplo, poderia não só prejudicar os interesses dos credores do doador (diminuindo o património deste último, e conseqüentemente as garantias patrimoniais em que aqueles confiam), mas também as expectativas dos seus «herdeiros necessários», sobre a quota legítima que lhes está reservada (a qual poderia ser atingida por liberalidades): feita necessariamente por acto público, a doação pode mais facilmente ser conhecida por estes sujeitos, que podem, então, accionar os mecanismos da sua tutela prescritos pela lei (cfr. por exemplo os arts. 2901.º e 555.º cód. civ.). Quanto aos contratos sobre imóveis, a necessidade de um acto escrito relaciona-se estreitamente com a exigência da sua transcrição nos registos imobiliários (por sua vez destinada à tutela dos terceiros, que, precisamente através de tal sistema de publicidade são garantidos contra o risco de adquirir um imóvel sem saber que o mesmo foi já vendido a outrem, ou que sobre ele recai uma hipoteca: cfr. os arts 2643.º e segs. cód. civ.).

Dadas as vantagens que o emprego das formas assegura, do próprio ponto de vista dos interesses das partes, é normal que estas celebrem os seus contratos por escrito ou por acto público, mesmo que uma tal forma não seja exigida pela lei: as locações de apartamentos são concluídas as mais das vezes por forma escrita — na base de modelos já feitos, vendidos nas tabacarias — se bem que, em regra, tal não seja necessário (cfr. porém o art. 2643.º, n. 8 cód. civ.); e é frequente que as compras e vendas imobiliárias se façam perante o notário, embora seja suficiente um escrito particular.

As partes podem, também, obrigar-se reciprocamente a adoptar uma determinada forma para a futura conclusão de um contrato, estabelecendo que serão vinculantes, entre elas,

apenas os acordos revestidos daquela forma, embora não imposta por lei: estamos, então, face a uma *forma convencional*, prevista no art. 1352.º cód. civ. Se tal obrigação é assumida por escrito, e se dela não resulta quais as consequências que as partes pretendiam atribuir à falta de observância da forma convencional no futuro contrato, a lei presume que daí deriva a invalidade do contrato (e não a simples impossibilidade de prova por testemunhos e presunções).

3.3. O contrato-promessa

Há pouco fez-se referência à hipótese de «formação sucessiva» do contrato, que ocorre quando — sendo as negociações particularmente longas e complexas — as partes fixam, no decurso das mesmas, os acordos parciais já alcançados, redigindo uma minuta, ou esboço, de contrato, reservando-se prosseguir as negociações para a definição dos outros pontos — porventura só acessórios — deixados em suspenso, e assim chegar à estipulação definitiva do contrato. O problema que se põe nestes casos (a resolver de modo diverso segundo as circunstâncias do caso concreto) consiste em estabelecer se os acordos parciais fixados em minuta são já vinculantes para as partes, salva a sua futura integração, ou se, inversamente, as partes devem considerar-se vinculadas só com a conclusão do acordo definitivo.

«*Fatispecies*» deste género podem, por vezes, dar lugar à figura, de que nos ocupamos agora, do *contrato-promessa* mas não devem ser confundidas com este. Com o contrato promessa, na verdade, as partes não se obrigam simplesmente a prosseguir as negociações (permanecendo firmes os eventuais acordos já alcançados), mas obrigam-se, sem mais, a concluir um contrato com um certo conteúdo. A peculiaridade de tal instrumento jurídico é justamente esta: as partes já definiram os termos essenciais da operação económica que tencionam realizar (suponhamos, a venda de um imóvel por um certo preço) mas não querem passar de imediato a actual-la juridicamente, não querem concluir, desde já, o contrato pro-

ductor dos efeitos jurídico-económicos próprios da operação; preferem remeter a produção de tais efeitos para um momento subsequente, mas, ao mesmo tempo, desejam a certeza de que estes efeitos se produzirão no tempo oportuno, e por isso não accitam deixar o futuro cumprimento da operação à boa vontade, ao sentido ético, à correcção recíproca, fazendo-a, ao invés, desde logo matéria de um vínculo jurídico. Estipulam, então, um contrato preliminar, do qual nasce precisamente a obrigação de concluir, no futuro, o *contrato definitivo*, e, com isso, de realizar efectivamente a operação económica prosseguida. No exemplo assinalado, A obriga-se a vender a B, que se obriga a adquiri-lo, um certo apartamento pelo preço de 30 milhões: por efeito deste contrato preliminar, B não se torna ainda proprietário do imóvel, nem A credor do preço; simplesmente surge, a cargo de A e de B, o dever jurídico de concluir, dentro dum prazo estabelecido, a compra e venda daquele bem por aquele preço; e só por efeito da conclusão desta compra e venda (o contrato definitivo) se produzirá a transferência da propriedade e o nascimento da obrigação de pagar o preço (ou o resto do preço, visto que, em regra, parte dele é satisfeito aquando da celebração do contrato-promessa).

Por que razões têm as partes interesse em recorrer a um mecanismo jurídico desta natureza? Um tal interesse existe sempre que as partes achem conveniente protelar a produção dos efeitos e a assunção das obrigações definitivas, mas «fechando ao mesmo tempo o negócio» (Trimarchi). Isto pode suceder, tipicamente, quando as partes, tendo acordado só os termos essenciais da operação, não definiram, ainda, em todos os seus pontos, o regulamento jurídico, e reservam-se, por isso, integrá-lo e completá-lo com a determinação também dos aspectos acessórios; e pode suceder, igualmente, quando as partes, antes de vincular-se definitivamente, queiram levar a cabo os adequados controles e averiguação acerca dos pressupostos da operação contratual, para assim adquirirem a máxima certeza em torno da sua legalidade e da sua correspondência aos objectivos que visam alcançar (verificação de que o imóvel a adquirir é efectivamente propriedade do vendedor,

e está, na verdade, livre de hipotecas; verificação de que o quadro prometido vender é de veras do autor a quem é atribuído, de que a sua proveniência não é furtiva, de que o órgão administrativo competente não tenciona exercer sobre ele a preferência atribuída por lei ao Estado, etc.).

Quando o interesse em protelar os efeitos do contrato (por vezes, o interesse em completar a sua regulamentação com a introdução de cláusulas acessórias, ou o interesse em levar a cabo determinadas averiguações acerca da regularidade da operação) seja de uma só das partes, sendo todos estes elementos indiferentes à outra, recorre-se frequentemente ao contrato-promessa *unilateral*, que obriga só uma parte e não também a outra, à conclusão do contrato definitivo. É o caso, suponhamos, de uma promessa de venda de X a favor de Y: o vínculo impende só sobre X, pois se Y quiser, X é forçado a estipular o contrato definitivo de venda, enquanto que o inverso não é verdadeiro; sendo, assim, só Y é soberano na decisão sobre a conclusão do negócio.

Quanto à disciplina do contrato-promessa, além da regra pela qual este deve fazer-se, sob pena de nulidade, «pela mesma forma que a lei prescreve para o contrato definitivo» (art. 1351.º cód. civ.), é digno de particular atenção o que se prevê para a hipótese de violação da obrigação de concluir o contrato definitivo. Se um dos dois contraentes (no caso de promessa bilateral) se recusa, no prazo estabelecido, a prestar o seu consentimento para a outorga do contrato definitivo, as razões e os interesses da outra parte são tutelados pela lei do modo mais eficaz, com um mecanismo que lhes proporciona satisfação integral. Pelo art. 2932.º c. 1 cód. civ. a parte interessada pode, de facto, dirigir-se ao tribunal e dele obter «uma sentença que produza os efeitos do contrato não concluído» (uma *sentença constitutiva*). Em concreto, se a promessa diz respeito à venda de um bem, e A se recusa a estipular o contrato definitivo destinado a realizar a sua transferência para B, tal transferência produz-se por efeito da sentença requerida e obtida por B: a sentença do juiz substitui-se ao consentimento ilegitimamente recusado por A, e produz o mesmo resultado económico-jurídico (B torna-se

proprietário do bem) que este deveria ter produzido. Naturalmente, B poderá obter esta sentença, apenas mostrando-se disposto a executar, por sua vez, a prestação a que estava obrigado (na hipótese, a pagar o preço estabelecido como correspondente para a venda do bem): art. 2932.º c. 2 cód. civ.

Inteira e diferente da hipótese do contrato-promessa é aquela em que as partes concluem, sem mais, o contrato dum certa forma, e obrigam-se a remeter para um momento posterior nada mais que a redacção numa forma diferente e mais adequada (chamada *reprodução* do contrato); por exemplo: conclui-se uma compra e venda imobiliária por escrito particular, com a intenção de formalizá-la posteriormente num registo notarial. Aqui os efeitos do contrato — em particular, a transferência da propriedade do imóvel — produzem-se desde o primeiro momento (sempre, bem entendido, que a forma, originariamente empregada, seja idónea para o tipo de contrato em questão: não seria esse o caso se, no exemplo dado, a venda fosse feita só verbalmente).

3.4. As negociações e a responsabilidade pré-contratual

A conclusão de um contrato é geralmente precedida e preparada por uma fase de negociações, no decurso da qual as partes discutem termos e condições do negócio, para procurar um ponto de equilíbrio entre as respectivas posições de interesses e depois para atingir a formulação de um regulamento contratual que satisfaça as exigências de ambas, e por ambas possa ser aceite. Se se consegue chegar a um tal ponto de equilíbrio, a uma tal conjugação dos interesses contrapostos, as negociações conduzem à conclusão do contrato; outras vezes, as negociações falham, e o negócio não se faz, o contrato não se conclui. (Desde já, todavia, se adverte que muitas vezes a conclusão do contrato não representa o êxito de negociações verdadeiras e próprias, de uma discussão livre e paritária entre os contraentes sobre cada uma das cláusulas, mas é antes o fruto da imposição unilateral de um contrato pré-fixado antecipadamente por uma parte — geral-

mente sob a forma de modelo impresso — à outra parte, que se limita a aceitá-lo, sem o discutir e até mesmo sem conhecer bem o seu conteúdo. Isto acontece, sobretudo, nas relações entre empresas e consumidores, tendo por objecto a prestação de bens e de serviços «de massa», e dá lugar ao fenómeno dos «contratos standard», dos quais nos viremos a ocupar mais adiante. Por ora, cfr. o que dispõem os arts. 1341.º e 1342.º cód. civ.).

Seja nas hipóteses em que se chega à formação do contrato, seja nas hipóteses em que as negociações se interrompem sem uma conclusão útil, pode acontecer que, no decurso das mesmas, uma das partes se comporte *de modo desleal* e, atendendo apenas ao seu próprio interesse e ao seu próprio proveito, tome iniciativas incorrectas que prejudiquem injustamente a outra parte. Pense-se no comportamento de quem, durante as negociações, induz em erro a outra parte, fazendo-lhe crer que o objecto do contrato tem determinadas características (que aquele quadro é original, que determinado terreno é edificável, etc.) na realidade inexistentes, ou ocultando-lhe determinadas circunstâncias, para ela essenciais, com o propósito de valorizar o negócio; ou o comportamento de A, que, maliciosamente, prolonga umas negociações e, depois de ter incutido na outra parte, B, confiança, em torno da segura conclusão do contrato, interrompe-as bruscamente para fazer o negócio com C, com o qual já estava negociando às ocultas de B. É claro que em ambos os casos a vítima da incorrectação do outro sofre danos: no primeiro caso, por ter concluído um contrato para ele inútil, ou que, pelo menos, não lhe proporciona a utilidade em vista da qual o concluiu e na qual legitimamente confiava; no segundo exemplo, por ter levado a cabo despesas destinadas à conclusão de um negócio, depois gorado por culpa da contraparte, e por ter, na certeza illusória de tal conclusão, descurado outras oportunidades possíveis.

Em hipóteses deste género, a parte lesada pode obter o *ressarcimento dos danos* sofridos por culpa do parceiro desleal. De facto, este violou uma obrigação precisa imposta pela lei, já que o art. 1337.º c. civ. estabelece que «as partes,

no decurso das negociações e na formação do contrato, devem comportar-se *segundo a boa-fé*» (isto é, de modo razoavelmente honesto, leal, correcto). Da violação desta obrigação e dos danos daí derivados para a contraparte resulta responsabilidade (chamada *responsabilidade pré-contratual*).

Uma hipótese típica de responsabilidade pré-contratual é a da *ruptura das negociações*. Porém, aqui, a exigência de tutelar a parte desiludida na sua legítima confiança em torno da conclusão do contrato, deve conciliar-se com o princípio pelo qual o vínculo nasce só quando o contrato se forma, enquanto que antes desse momento as partes são livres de procurar melhores ocasiões (tanto assim é que a lei admite explicitamente a possibilidade de revogação da proposta contratual já endereçada à contraparte, ou até já recebida e já aceite por esta: cfr. retro 2.3.). O ponto de equilíbrio encontra-se na regra segundo a qual a ruptura das negociações gera responsabilidade apenas quando é injustificada e arbitraria, e não já quando é apoiada numa justa causa que a torne legítimo exercício de uma liberdade económica (como quando sobrevêm circunstâncias inesperadas que tornam o contrato não mais conveniente, ou a contraparte modifique inopinadamente a sua posição, pretendendo impor condições mais gravosas). Em presença destas circunstâncias não se pode, de facto, dizer que a parte que desiste — dando, entenda-se, imediato aviso à contraparte — se comporta de modo incorrecto e viole o dever de boa-fé.

Outras hipóteses de responsabilidade pré-contratual ocorrem quando uma parte impede a outra de se inteirar das circunstâncias relevantes para a valoração da conveniência do contrato (falseando a realidade ou simplesmente ocultando-a), ou quando coarta a vontade da contraparte, induzindo-a, com ameaças, a concluir um contrato que esta não teria concluído. Destes casos, alguns apresentam especial gravidade: assim quando uma parte impõe à outra a conclusão do contrato por meio de *ameaças* (violência) ou a convence por meio de *enganos* e de mentiras (dolo); nestes, a reacção do direito é particularmente enérgica, porque, além do ressarcimento dos danos,

impõe-se a possibilidade de eliminar os próprios efeitos do contrato, através da sua anulação (cfr. mais adiante, cap. IV, 2.4.). Noutros casos, a deslealdade toma a forma de um comportamento não activo, mas omissivo, consistindo em calar factos que — segundo um critério de correcção normal — a parte que deles tem consciência deveria ter comunicado à outra (*reticência*). A lei prevê expressamente, no art. 1338.º cód. civ., uma hipótese deste tipo: a hipótese da parte «que, conhecendo ou devendo conhecer a existência de uma causa de invalidade do contrato, não a comunicou à outra parte». Note-se que, por força de tal norma, é responsável não só quem deliberadamente esconde da contraparte a causa da invalidade, mas também quem a cala por simples incúria ou esquecimento, ou até porque ele próprio a ignora por culpa sua: daqui se extrai, em geral, que a responsabilidade pré-contratual tanto pode ser dolosa como culposa; isto é, atinge não só quem causa danos a outrem de modo consciente e voluntário, mas também quem o faz por simples negligência ou desatenção.

Como se mede o ressarcimento devido à parte lesada pelo comportamento incorrecto da contraparte, durante as negociações? Aquela não tem direito à soma equivalente ao interesse contratual positivo (isto é aos exactos proveitos que conseguiria se o contrato em questão se tivesse formado validamente e tivesse sido regularmente cumprido). Tem direito, sim, à indemnização do *interesse contratual negativo*, correspondente às vantagens que teria obtido somadas aos danos e despesas que teria evitado, se não tivesse iniciado as negociações, depois injustificadamente interrompidas pela contraparte, ou celebrado um contrato inválido (despesas suportadas por causa da condução das negociações e/ou da conclusão do contrato; proveitos que derivariam de ocasiões de negócio, alternativas à malogradamente prosseguida e abandonadas por causa desta última). Confirma-o o art. 1338.º cód. civ.: ao contraente lesado pela invalidade do contrato, cabe um ressarcimento equivalente não já às vantagens que para si derivariam — em positivo — do contrato se este tivesse sido válido e regularmente cumprido, mas apenas — em nega-

tivo — «o dano... sofrido por ter confiado, sem culpa sua, na validade do contrato» (e que teria portanto evitado, não iniciando tais negociações).

4. A REPRESENTAÇÃO

4.1. As funções da representação

Uma pessoa pode tratar de modo directo da gestão do seu património, prosseguir por si os negócios que lhe concernem, levar a cabo pessoalmente as negociações e pessoalmente concluir os contratos respectivos. Mas, em muitos casos, isso não é possível, ou não é conveniente para o próprio interessado ou simplesmente não lhe é agradável, ou ainda não se mostra oportuno para a tutela dos interesses gerais (ou de qualquer modo estranhos aos do sujeito em questão).

Consideremos alguns exemplos. 1.º Uma sociedade comercial é um sujeito de direito, é titular de um património próprio; para desenvolver a sua actividade económica deve concluir negócios, deve estipular contratos que produzam os seus efeitos sobre aquele património; mas não sendo uma pessoa humana, mas sim uma organização de homens, de relações e de meios materiais, não é concebível que desenvolva actividades humanas, como seja a estipulação de contratos; essa actividade, necessária para a organização, pode ser desenvolvida, por conta da organização, só por pessoas humanas: os administradores da sociedade (analogamente, no caso de fundações e associações sem fim lucrativo). 2.º Uma criança de onze anos é titular, por o ter herdado, de um património considerável e complexo: mas naturalmente não está em condições de o administrar, por si, de modo eficaz, de concluir, por si, os contratos para tanto necessários, e é então necessário que alguém a isso providencie por ela. O mesmo vale se, em vez de um menor, se tratar de um adulto deficiente mental (e por isso interdito). 3.º Pode também acontecer que um adulto, mentalmente são, seja ou se considere, como costuma dizer-se,

«uma negação» para os negócios, completamente incapaz de administrar proficuamente o seu património. Ou pode simplesmente acontecer que não tenha qualquer desejo de fazê-lo, preferindo dedicar o seu tempo a outras actividades. 4.º Tizio, empresário, abre falência, e surge então o problema de liquidar o seu património residual para satisfazer igualmente a massa dos credores; para que a operação se realize do modo mais seguro e profícuo para o interesse destes últimos, parece preferível confiá-la não a ele, mas a um terceiro que dê garantias de imparcialidade e competência (Administrador da massa falida): Tizio está privado do poder de dispor do seu património; uma outra pessoa desenvolve os actos e celebra os contratos necessários para convertê-lo em dinheiro.

Em todos estes casos recorre-se ao instrumento da representação. Este consiste no seguinte: o contrato é concluído por um sujeito (o qual desenvolve toda a actividade respectiva: contactos e negociações com a contraparte, valoração da conveniência do negócio, formação e declaração da vontade contratual, etc.), mas os efeitos do mesmo contrato — activos e passivos — produzem-se na esfera de outro sujeito, incidem directamente sobre o património de um sujeito diverso. Quem faz o contrato chama-se *representante*, quem recebe os seus efeitos *representado* (cfr. o art. 1388.º cód. civ.).

Dos exemplos supra mencionados, extrai-se que as razões pelas quais um sujeito pode ser encarregado de concluir contratos que produzam efeitos directamente na esfera de um outro sujeito, podem ser assaz diversas, e diversas podem ser, também, as funções práticas da representação. Na base destas diferenças de razões e de funções, distingue-se entre hipóteses de *representação voluntária* e de *representação legal*. Na primeira, é o próprio interessado que, autónoma e voluntariamente, decide encarregar outrem de representá-lo na conclusão de contratos que lhe dizem respeito (aqui se insere o exemplo n.º 3.º). Na segunda, o poder de representação é conferido pela lei, independentemente e talvez também contra a vontade do próprio interessado. No âmbito desta hipótese podem, porém, ocorrer situações e motivações muito diversas. Por vezes a lei impõe o mecanismo da representa-

ção porque considera o representado incapaz de se auto-determinar convenientemente, e quer portanto assegurar a tutela dos seus interesses: assim, nos exemplos do n.º 2.º (representação dos incapazes de exercício: os menores são em regra representados pelos pais, os interditos por anomalia psíquica pelo tutor para tanto designado pelo tribunal) e noutros casos (cfr. por exemplo o art. 48.º c. 1 cód. civ., para a hipótese de quem desaparece, sem deixar rasto). Outras vezes, porque se julga preferível, no interesse de outros sujeitos carecidos de tutela, excluir o representado da administração dos seus bens e confiar esta a um terceiro: é o caso do n.º 4.º (administração da massa falida). Ao exemplo do n.º 1.º, por fim, corresponde uma situação, por assim dizer, intermédia entre a representação voluntária e a representação legal: não se pode dizer que a decisão, por parte dos sócios da sociedade ou dos membros da associação, de atribuir a algum sujeito (administrador) a representação do grupo organizado, constitua uma escolha de todo livre e voluntária, já que como vimos trata-se de uma necessidade verdadeira e própria, e as próprias normas do código partem do pressuposto de que deve necessariamente existir quem represente a sociedade ou a associação; estão, porém, presentes também elementos de voluntariedade, pois, em princípio, sócios e associados são, dentro de certos limites, livres de estabelecer a quem confiar os poderes de representação, e que conteúdo, que amplitude lhes dar.

O mecanismo da representação, seja ela voluntária ou legal, desempenha as suas funções típicas (produção dos efeitos contratuais directamente na esfera do representado) só com uma condição precisa: que ao concluir o contrato, o representado declare não agir para si, mas em nome e por conta do representado (chamada *utilização do nome*), ou, pelo menos, que este facto resulte das circunstâncias, de modo inequívoco. A não ser assim, a representação não opera e os efeitos do contrato produzem-se em relação a quem o estipulou. Admite-se, porém, que quem celebra um contrato possa, declarando não negociar para si, reservar-se o direito de indicar em seguida, dentro de certo prazo, o destinatário

dos efeitos daquele (*contrato para pessoa a nomear*: arts. 1401.º e segs. cód. civ.). Feita a declaração de nomeação por parte do autor do contrato, «a pessoa nomeada adquire os direitos e assume as obrigações derivadas do contrato, com efeitos desde o momento em que este foi estipulado» (art. 1404.º cód. civ.), sempre que esta manifeste a sua aceitação ou tenha anteriormente conferido, a quem celebrou o contrato, o poder de representá-la (art. 1402.º cód. civ.), e que a mesma declaração respeite os necessários requisitos de forma (art. 1403.º cód. civ.); se este conjunto de condições não se verifica, «o contrato produz os seus efeitos entre os contraentes originários» (art. 1405.º cód. civ.).

Não constitui rigorosamente «utilização do nome» (ainda que, num juízo superficial, pudesse parecê-lo), e não dá, portanto, lugar ao fenómeno e aos efeitos da representação, a transmissão de uma declaração alheia por parte dum *núncio*. Núncio é quem se limita a transmitir a X uma declaração de vontade (por vezes, a proposta ou a aceitação de um contrato) já completamente formada por Y, que lhe confia tal tarefa meramente executiva: o contrato forma-se então, sem mais, entre X e Y, limitando-se o núncio (que, contrariamente ao representante, não tem qualquer poder de iniciativa, de escolha, de decisão acerca da conclusão e do conteúdo do contrato) a ser um meio de comunicação entre eles. Dada a natureza puramente mecânica da sua tarefa, que não requer, como para o representante, a formação de uma vontade autónoma, não importa, sequer, que ele seja capaz de entender e querer. (Para a validade do contrato concluído pelo representante, ao contrário, é necessário «que este tenha a capacidade de entender e querer, tendo em conta a natureza e o conteúdo do contrato»: art. 1389.º c. 1 cód. civ.).

4.2. A procuração. Relação de representação e relação de gestão.

Nos casos de representação legal, o poder de representação nasce automaticamente na esfera da pessoa indicada pela lei ou então designada pelo juiz, quando se verificarem

os pressupostos aos quais o ordenamento jurídico liga o funcionamento de tal mecanismo. A representação voluntária nasce, ao contrário, por um acto de vontade do representado, que confere ao representante o poder de estipular contratos por sua conta e em seu nome, cujos efeitos se produzem directamente sobre o património daquele.

Este acto (ou negócio) do representado, fonte do poder de representação, chama-se *procuração*. Tecnicamente, a procuração é um acto unilateral (isto é, produz os seus efeitos sem necessidade de aceitação por parte do representante). Além de uma expressa declaração de vontade do representado, pode resultar igualmente de um seu comportamento conclusivo: o proprietário de uma loja que admita a trabalhar para si um empregado, implicitamente confere-lhe o poder de representá-lo na conclusão dos respectivos contratos de venda com o público. Se, porém, o contrato que o representante está encarregado de celebrar, requer uma forma solene (por exemplo: compra e venda de imóveis que deve ser feita por escrito sob pena de nulidade), então também a procuração respectiva deve ser passada na mesma forma (art. 1392.º cód. civ.).

A procuração pode dizer respeito a um ou mais negócios singulares, perfeitamente individualizados, ou à generalidade dos negócios do representado: no primeiro caso, há uma procuração *especial*, no segundo uma procuração *geral*.

Da procuração nasce, como se disse, o poder de representação; por efeito dela instaura-se, entre quem a passa e quem a recebe, a *relação de representação*. Esta relação tem funções e efeitos, por assim dizer, *externos* à simples relação bilateral entre representantes e representado, porque está destinada, pela sua natureza, a operar nas *relações com terceiros*, a atingir posições de terceiros: o seu objectivo e papel é, com efeito, exactamente o de determinar, através da actividade do representante, a produção de efeitos jurídicos directamente entre o representado e os terceiros com quem o primeiro contrata. Mas a relação (externa) de representação ficaria, como que suspensa no vazio, abstracta, desprovida de justificação, se não se fundasse numa diferente e autónoma relação interna entre representante e representado, que constitua a

sua razão justificativa; que explique — de um ponto de vista substancial, do ponto de vista dos interesses e das posições recíprocas de representante e representado — *porque* o primeiro tem o poder de vincular juridicamente o segundo nas relações com terceiros.

Esta *relação interna* entre representante e representado que, embora sendo distinta e autónoma da relação (e do poder) de representação, lhe está na base, a suporta e a justifica, chama-se *relação de gestão*. As relações de gestão subjacentes à representação podem ser diversas: pode tratar-se, por exemplo, de um mandato, de uma relação de trabalho subordinado, de uma relação de prestação de serviço intelectual por parte de um profissional liberal, de uma relação de sociedade. Acontece assim, normalmente, que, no contrato de sociedade, os sócios decidem conferir a um, de entre eles, a representação da mesma sociedade; que o cliente do advogado se faça representar por este no cumprimento dos vários actos processuais; que o dador de trabalho atribua a determinados empregados seus o poder de representá-lo em certas operações económico-jurídicas conexas com as suas actividades. É, assim que os sócios administradores, o profissional liberal, os subordinados, desenvolvem actividades jurídicas directamente vinculantes para a sociedade, para o cliente, para o dador de trabalho; isto é, exercem (em relação ao exterior, nas relações com terceiros) poderes de representação, que têm o seu fundamento e a sua razão justificativa, justamente nas relações (internas) que foram indicadas: mais concretamente, no facto de existir uma sociedade para administrar, de o advogado dever tutelar os interesses do cliente face à autoridade judiciária, de o subordinado ser obrigado a desenvolver uma certa actividade para o seu dador de trabalho. (Na representação legal, a relação de gestão subjacente consiste no poder dos progenitores, no poder do tutor, na administração falimentar: todas estas são situações e posições que justificam os poderes atribuídos ao representante).

A relação (o poder) de representação está, portanto, ligada à relação de gestão, é instrumental desta, e sem ela não se compreenderia a sua função: neste sentido, a repre-

sentação não é autónoma relativamente à relação interna subjacente a ela. Já a inversa não é verdadeira: são de facto pensáveis, e ocorrem concretamente, casos de contratos de trabalho subordinado, de assistência legal, de mandato, pelos quais não passa uma relação de representação. Em relações de tal género, acontece, simplesmente, que os subordinados, o advogado, o mandatário, desenvolvem actividade a favor e *por conta* do empregador, do cliente, do mandante, mas não têm também o poder de agir *em nome* dele, de vinculá-lo directamente nas relações com terceiros. Considere-se, em particular, o mandato para adquirir um bem de terceiro: pode ser *mandato com representação*, e então o contrato concluído pelo mandatário com o terceiro produz efeitos directamente na esfera do mandante, que adquire, sem mais, a propriedade do bem (cfr. art. 1704.º cód. civ.); e pode ser, ao contrário, *mandato sem representação*, caso em que ocorre uma *dupla transferência*: primeiro, o mandatário adquire (em nome próprio) do terceiro, e torna-se proprietário do bem, depois, com um acto subsequente e separado, transfere-o para o mandante (art. 1705.º c. 1 cód. civ.; para algumas excepções ao princípio da ausência de relações directas entre mandante e terceiros, cfr. arts. 1705.º c. 2 e 1706.º cód. civ.).

A interdependência entre poder de representação e relação de gestão não é biunívoca, mesmo no que respeita às consequências que o termo de um determina sobre a outra. A extinção da relação de gestão produz, de facto, a extinção do poder de representação a ela ligado, mas não é necessariamente verdade o inverso: a dissolução da sociedade ou a saída de um sócio administrador da mesma sociedade implicam a cessação dos seus poderes de representação; mas pode bem suceder que renuncie a tais funções ou seja demitido pela assembleia, sem que isso determine a sua saída da sociedade ou, muito menos, a extinção desta.

De quanto se disse, já resulta com clareza que, nas situações de exercício da representação, estão presentes *diversas ordens de interesses em potencial conflito*, entre as quais a lei deve encontrar um ponto de *equilíbrio*, uma «contemporâ-

zação» cquitativa e razoável: o interesse do representado, o interesse do representante, o interesse dos terceiros com quem este contrata. Como se verá nas páginas que se seguem, identificar estes interesses nas várias situações, e o modo como a lei os consegue articular, constitui a chave interpretativa para entender, de modo realista, a disciplina jurídica da representação.

4.3. *Representante, representado, terceiros: a disciplina dos conflitos de interesses*

Tudo isto já resulta da consideração da disciplina das hipóteses que o código designa como *conflito de interesses entre representante e representado* (art. 1394.º cód. civ.).

Em princípio (e salvas as excepções que veremos no número seguinte), a procuração é conferida ao representante no interesse do representado. O representante deve, assim, exercer os seus poderes de representação, tendo como critério exclusivo de decisão e de escolha justamente o interesse do representado: para dizê-lo em termos mais simples, comprar (bens da melhor qualidade possível) ao preço mais baixo possível; vender ao preço mais alto possível; concluir, em suma, negócios, nas condições mais vantajosas para aquele que suporta os respectivos efeitos.

Pode, porém acontecer que o representante não desempenhe fielmente a sua função, e que, em lugar de prosseguir, na sua actividade de contratação em nome do representado, o interesse exclusivo deste último, procure, pelo contrário, satisfazer os seus próprios interesses ou os interesses de terceiro, em prejuízo dos do representado. Alguns exemplos. A representa B na aquisição de um imóvel a C; o preço de mercado do imóvel é 100 mas A propõe comprá-lo por 120, porque acordou com C receber deste, às ocultas, uma percentagem no valor de 10; deste modo lucraram A e C (ganhando 10 cada um respectivamente a título de percentagem e de sobrepreço sobre o valor de mercado), enquanto o representado B sofreu, evidentemente, um prejuízo igual a 20. Mas conflito de interesses não pressupõe um verdadeiro e

próprio conluio fraudulento entre o terceiro e o representante, e um directo enriquecimento deste último. A situação ocorre, também, quando o representante favorece o terceiro, sem retirar uma vantagem própria imediata: para voltar ao exemplo já dado, compra-lhe a preço sobreestimado, sem contudo pretender qualquer compensação, mas só porque, suponhamos, quer cair nas boas graças deste, tendo em vista futuros negócios, ou até porque pretende, «desinteressadamente», beneficiá-lo, (a expensas do representado!) por simpatia ou por afecto (imagine-se, por exemplo, que o terceiro é um bom amigo ou parente próximo do representante).

Em casos como estes, a posição e interferência recíprocas dos interesses de cada um dos sujeitos envolvidos na vicissitude, resultam com clareza. O representado tem interesse em anular o contrato, estipulado em seu nome e produtor de efeitos na sua esfera jurídica, que o prejudica injustamente, e este interesse é, em si, merecedor de tutela. O representante que fez a operação para lucro pessoal ou ainda para satisfazer um impulso altruísta, tem, pelo contrário, interesse em que o contrato se mantenha: mas este interesse — como aquele de quem traíu a confiança em si depositada — não é merecedor de tutela, e deve, em qualquer caso, ceder perante o interesse do representado. O terceiro, por fim, que tenha concluído um contrato vantajoso, tem igualmente interesse na sua conservação: ora, se o terceiro estava conluído com o representante para defraudar o representado, ou se, pelo menos, sabia do conflito de interesses existente entre os dois, ou se, por fim, embora de facto ignorando-o, deveria ter-se apercebido deste, usando da normal diligência (de forma que a sua ignorância, devida a desleixo ou desatenção, bem pode dizer-se culposa), o seu interesse na manutenção do contrato não é protegido pela lei (que não tutela a negligência e muito menos a fraude), e prevalece o interesse oposto do representado em eliminar os efeitos do contrato, que é, por isso, *anulável*; se, ao contrário, o terceiro ignorava, sem culpa, a infidelidade do representante, e acreditava, assim, de boa fé na regularidade da operação, o seu interesse é considerado

prevalente sobre o do representado, e a lei tutela a sua *confiança* em torno da regular produção dos efeitos contratuais: o representado não pode, então, obter a anulação do contrato, que permanece firme (é lógico, por outro lado, que as consequências da infidelidade do representante escolhido e utilizado pelo representado recaiam em tal caso sobre este último mais que sobre o terceiro). O conjunto destas considerações constitui, como costuma dizer-se, a *ratio* da norma contida no art. 1394.º cód. civ.

A lei considera, depois, uma hipótese extrema de conflito de interesses entre representado e representante: a hipótese do *contrato consigo mesmo*, que ocorre quando, no contrato concluído pelo representante em nome e por conta do representado, a contraparte não é senão o próprio representante, agindo em nome próprio ou como representante de um terceiro (exemplo: X, representante de Y, adquire ele próprio, por si ou como representante de Z, o bem que Y o tinha encarregado de vender em seu nome; ou então vende, ele próprio, o bem — seu ou de Z, representado por ele na operação — que Y o tinha encarregado de adquirir em seu nome).

O risco de abuso em detrimento do representado é aqui, por demais, evidente. Neste caso, porém, diversamente do procedente, não há problema em verificar a cognoscibilidade do conflito de interesses por parte de um terceiro, já que no contrato não intervem propriamente nenhum terceiro: perante o interesse do representado em eliminar o contrato, existe só o interesse do representante infiel, que não se afigura digno de protecção. Compreende-se, por isso, a regra do art. 1395.º cód. civ., que estabelece, sem mais, a anulabilidade do contrato em questão. E compreende-se, por outro lado, as excepções que a mesma norma coloca a tal regra: sumariamente, o contrato consigo mesmo não é anulável quando está excluída, a priori, a possibilidade de o representado sofrer danos. Isto sucede quando o «representado o tenha autorizado especificamente» e quando «o conteúdo do contrato seja determinado de modo a excluir a possibilidade de conflito de interesses» (a procuração pode, de facto, conter indicações pontuais e vinculantes acerca do negócio a concluir, especificando qual

o bem que deve ser adquirido, e de quem, e por que preço, e com que modalidade de pagamento, ou ainda por que preço e em que condições o bem do representado deve ser vendido: em tal caso, a discricionariedade do representante é tão limitada que ele não está em posição de conformar o contrato segundo os interesses próprios ou os interesses de um terceiro, e contra os do representado).

A consideração acabada de desenvolver ajuda, assim, a perceber o sentido das regras contidas nnos arts. 1390.º e 1391.º cód. civ. Como se verá mais adiante, o contrato pode ser anulado se a vontade de um contraente está «viciada», por exemplo por força de erro sobre um importante elemento do negócio (cfr. mais adiante, cap. IV, 2.3.). Nas hipóteses de representação, o contrato é, em regra, anulável se está *viciada a vontade do representante* (porque em regra é este a decidir o conteúdo do contrato), salvo se o «vício» — leia-se, o erro — disser respeito a um elemento pré-determinado pelo representado (como se este tiver encarregado o representante de comprar por ele, em seu nome, um certo terreno por ele tido por edificável e na realidade reservado para espaço verde): neste caso releva a escolha do representado e é à sua vontade que é preciso atender para esclarecer se existe um vício de molde a causar a anulação (art. 1390.º cód. civ.).

Existem hipóteses em que, com vista à validade ou à eficácia de um contrato, «é relevante» — como diz o art. 1391.º cód. civ. — «o estado de boa fé ou de má fé, de conhecimento ou de ignorância de determinadas circunstâncias» (para dar um exemplo, se A compra a B um bem móvel de que B não é proprietário, A só adquire a propriedade se o bem lhe é entregue e se está de boa fé, isto é, se ignora a pertença do bem a terceiro, de outro modo a aquisição é ineficaz: art. 1153.º c. 1 cód. civ.). Também aqui se trata de ver quem, substancialmente, escolheu e decidiu aquele contrato: normalmente é o representante, e então deve atender-se à sua pessoa; mas se estão em jogo elementos pré-determinados pelo representado (que encarregou, suponhamos, de adquirir aquele certo bem móvel, daquela certa pessoa que lhe parece

ser o proprietário) importa ver se nele existe *boa ou má fé*. Em qualquer caso, mesmo fora das hipóteses de pré-determinação dos elementos do contrato, se o representado sabe que o vendedor não é proprietário, a aquisição é ineficaz, mesmo se tal circunstância é ignorada pelo representante: a boa fé do representante não sana a má fé do representado, que não fica, assim, premiada (art. 1391.º c. 2 cód. civ.). Esta regra exprime um princípio — aquele segundo o qual o representado não pode conseguir resultados que lhe estão vedados, socorrendo-se de um representante — que subjaz, também ao art. 1398.º c. 2 cód. civ., com base no qual «para a validade do contrato concluído pelo representante, é necessário que o contrato não esteja vedado ao representado» (para alguns exemplos de contrato «vedado» a certas pessoas, cfr. o art. 1471.º cód. civ.).

4.4. *Extinção dos poderes de representação e representação sem poderes*

Uma análise na perspectiva de conflito e conformação entre interesses contrapostos permite compreender a disciplina da *extinção da procuração* (e, conseqüentemente, do poder de representação).

Isto já resulta claramente se atentarmos nas causas de extinção da procuração do ponto de vista das *relações internas entre representante e representado*, e dos respectivos interesses. É claro que a procuração se extingue, sem mais, se é a termo, pela verificação deste e, se é especial, depois da conclusão do negócio a que se referia; e extingue-se ainda, por razões evidentes, com a extinção da relação interna de gestão a que adere, e com a morte do representante (pressupondo uma relação de confiança entre representado e representante, a qual não se transmite aos herdeiros deste). Mas que dizer das hipóteses de *revogação da procuração* por parte do representado, e da sua *morte* ou da sua *interdição*?

Importa aqui distinguir entre procuração passada no *interesse exclusivo do representado* (é o caso normal) e pro-

curação passada (também) *no interesse do representante ou de terceiro*: é este último, por exemplo, o caso de um devedor que confere ao seu credor procuração para liquidar certos bens seus para que possa satisfazer o seu crédito com o produto da venda. Se a procuração é passada no interesse exclusivo do representado, este pode revogá-la a seu arbitrio (de modo expresso ou tácito), precisamente porque está em jogo apenas um interesse seu; e, pela mesma razão, se extingue com a sua morte e com a sua interdição (salvo se o representante for empresário e a procuração respeitar a negócios relativos ao exercício da empresa, caso em que a exigência de continuidade da organização empresarial e o carácter menos estritamente pessoal e mais objectivo da relação de representação, aconselham a manter a eficácia da procuração, ficando reservada aos continuadores da empresa a possibilidade de revogá-la: cfr. art. 1722.º, n. 4 cód. civ.). Na outra hipótese, pelo contrário, ao interesse do representado contrapõe-se o do representante e/ou dos terceiros, do qual também deve curar-se: a regra é agora que a procuração não se extingue com a morte e a interdição do representado (que é aqui, eventualmente, só um dos interessados no seu exercício) e não é por ele revogável a não ser havendo uma justa causa (cfr. o art. 1723.º c. 2 cód. civ.).

Consideremos agora as hipóteses de extinção da procuração sob o aspecto das *relações (externas) com os terceiros* que contratam com o representante. Aqui entra em jogo uma ordem de interesses diversa e ulterior, da qual a disciplina legal não pode deixar de dar-se conta. O interesse destes terceiros é evidentemente *interesse na estabilidade dos contratos* por si concluídos com o representante, independentemente das vicissitudes da relação interna de representação; oposto é o interesse do representado, na perspectiva do qual quaisquer modificações de tal relação, por si determinada, deveria, sem mais, repercutir-se no exterior, sobre contratos eventualmente concluídos pelo representante com os terceiros. Imagine-se, em concreto, que A dá procuração a B para tratar da venda de todos os seus imóveis situados em Génova e em Bolonha, e depois, arrependendo-se, revoga a procuração ou

limita-se apenas aos bens de Génova; e imagine-se que, não obstante isso, B continua a vender, ou vende os imóveis de Bolonha ao terceiro C: é evidente que C tem interesse em manter firme tal venda (que, em rigor não seria apoiada no consento actual do representado) enquanto que A tem o interesse oposto em anulá-la. Os interesses em conflito são mediados pela norma do art. 1396.º cód. civ.: o representado pode obter a eliminação dos efeitos do contrato, só se se demonstrar que a modificação ou a revogação da procuração foram «levadas ao conhecimento dos terceiros através dos meios idóneos» ou então, se se provar que os terceiros «as conheciam no momento da conclusão do contrato»; enquanto que todas «as outras causas de extinção do poder de representação... não são oponíveis aos terceiros que as tenham ignorado sem culpa» (art. 1396.º c. 2 cód. civ.). Regras claramente inspiradas, mais uma vez, na exigência de tutelar a confiança dos terceiros (de boa fé).

Podemos, agora, abordar, mais em geral, o problema da *representação sem poderes*. A hipótese verifica-se todas as vezes que um (pretenso) representante age em nome de um (pretenso) representado, sem ter procuração alguma ou excedendo os limites da procuração (exemplo: esta respeita à venda dos imóveis situados numa cidade, e o representante vende os situados noutra cidade).

Quando isto acontece, para avaliar as consequências jurídicas é preciso distinguir. Pode suceder que se caia numa daquelas hipóteses em que a lei tutela a confiança dos terceiros que, de boa fé, tenham contratado com o pretenso representante, e faz, sem mais, prevalecer o seu interesse na manutenção do contrato face ao interesse do representado em eliminar os seus efeitos. Acabam de ser consideradas algumas destas hipóteses em matéria de extinção e modificação do poder de representação. Mas a situação verifica-se, em regra, todas as vezes que a criação de uma *aparência de poderes representativos*, na realidade inexistentes, seja imputável ao pretenso representado. Encontram-se outros exemplos sobretudo em matéria de representação do empresário (cfr. os arts. 2206.º e 2207.º cód. civ.) e das sociedades: assim, as

limitações dos poderes representativos dos administradores da sociedade em nome colectivo «não são oponíveis aos terceiros se não estiveram inscritas no registo da empresa ou se não se provar que os terceiros delas tiveram tomado conhecimento» (art. 2298.º c. 1 cód. civ.); até 1969, a mesma regra valla, também para a sociedade por acções, mas a partir daquela data introduziu-se uma disciplina ainda mais favorável aos terceiros: os contratos concluídos pelos administradores, para além dos poderes de representação indicados no acto constitutivo ou no estatuto, mantêm-se válidos e eficazes, ainda que as limitações de tais poderes sejam «publicadas», apenas sendo atacáveis provando que os terceiros «agiram intencionalmente em prejuízo da sociedade» (novo texto do art. 2384.º cód. civ., assim substituído pelo art. 5.º do d.p.r. 29 de Dezembro de 1969 n. 1127). Em todos estes casos se privilegia o interesse do terceiro que, de boa fé, depositou confiança no contrato, e sacrifica-se o interesse do pretenso representado que originou ou tolerou a situação de representação aparente. Deste modo, protege-se, por outro lado, o interesse geral do sistema económico na celeridade das contratações e na segurança das relações de negócios.

Fora destes casos, vigora, em geral, o princípio de que o contrato celebrado sem poderes de representação é *ineficaz*, isto é, não produz efeitos, nem face ao pretenso representante, nem face ao pretenso representado. A norma tutela sobretudo este último, que, decerto, tem interesse em não ficar vinculado a um contrato por ele não autorizado. Poderá contudo acontecer, que o contrato, em concreto, lhe convenha: e a lei oferece-lhe — ou, se o interessado morre, oferece aos seus herdeiros: art. 1399.º c. 5 cód. civ. — a possibilidade de tornar aquele contrato operante nos próprios termos, através de um acto unilateral de vontade, revestido da mesma forma necessária para a sua celebração, que toma o nome de *ratificação* (art. 1399.º c. 1 cód. civ.). Segundo a norma do art. 1399.º c. 2 a ratificação tem efeito retroactivo (isto é, o contrato ratificado produz os seus efeitos entre ratificante e terceiro a partir do momento em que foi concluído, como se desde o princípio tivesse sido estipulado na base de regulares poderes de repre-

sentação), sendo certo que não devem ser prejudicados os direitos entretanto eventualmente adquiridos por outros terceiros (exemplo: X vende a Y, em nome de Z, um bem deste último, sem para tal ter poderes; o contrato não produz efeitos; o bem continua propriedade de Z, que o aliena a W; se em seguida Z ratifica a primeira venda a Y, nem por isso perece a aquisição de W).

A lei deve contudo tutelar, além do interesse do pretense representado, também o do terceiro que contratou com o pretense representante. Desde logo, este terceiro tem interesse em definir, quanto antes, a situação de incerteza sobre a sorte do contrato, que se cria na expectativa sobre se o pretense representado decide se ratifica ou não. Este pode pôr termo a tal incerteza pondo fim ao contrato, de acordo com o pretense representante (art. 1399.º c. 3 cód. civ.); ou pode fixar um prazo ao interessado, no qual este deverá dizer se pretende ratificar, com a indicação de que a falta de resposta dentro do prazo, equivale a recusa de ratificação (art. 1399.º c. 4 cód. civ.).

Deste modo se tutela o *interesse do terceiro na certeza da situação* que lhe concerne. Mas se, afinal, por falta de ratificação, o contrato permanece definitivamente ineficaz, torna-se relevante o seu ulterior *interesse em ser ressarcido do dano* que sofreu, por ter confiado num contrato desprovido de efeitos. Por tal é responsável o pretense representante e é dele que o terceiro pode exigir a reparação do dano «sofrido por ter confiado sem culpa na validade do contrato» (art. 1398.º cód. civ.). O ressarcimento, como se compreende, é aqui calculado com base no «interesse negativo»; e de facto estamos perante uma hipótese típica de responsabilidade pré-contratual (cfr. neste capítulo, 3.4.).

CAPITULO III

O CONTRATO NA DISCIPLINA POSITIVA. OS PROBLEMAS DA DETERMINAÇÃO DO REGULAMENTO CONTRATUAL

1. A AUTONOMIA PRIVADA E AS OUTRAS «FONTES» DO REGULAMENTO CONTRATUAL

1.1. *Contrato como processo e contrato como regulamento*

Quando se diz «contrato» a palavra pode ser entendida em mais do que um significado.

Falando, como no capítulo precedente, de «formação do contrato», (e, portanto, usando a palavra em expressões do género: «tal contrato ficou concluído em 15 de Janeiro por telex», «A e B estipularam tal contrato perante o notário X», e semelhantes), refere-se o *processo*, isto é, a sequência dos actos que — praticados pelas partes em conformidade com o modelo fixado pela lei — permite dizer que um contrato se formou legalmente e que, por isso, as obrigações assumidas pelas partes, os resultados por elas prosseguidos, se tornaram juridicamente vinculantes.

Quando, pelo contrário, se diz, por exemplo, que «por efeito do contrato, A é obrigado a pagar 5 milhões a B», ou que «as cláusulas do contrato entre X e Y são, no conjunto, mais favoráveis a X que a Y», ou ainda que «tal contrato cadu-

cará em 31 de Dezembro de 1985», é evidente que o termo está utilizado para indicar não o contrato na sua formação, o contrato como processo, mas, por assim dizer, o seu resultado ou produto, que consiste justamente no conjunto dos direitos e das obrigações que, com o contrato, as partes reciprocamente assumiram e que consubstanciam a operação económica pretendida, que resultam do conjunto das cláusulas nas quais se articula o texto do contrato. Indica-se, em suma, nesta acepção, o conteúdo imperativo do contrato, ao qual as partes se vincularam, aquilo que, com base no contrato, devem dar ou fazer e aquilo que, com base no contrato, podem esperar ou pretender da outra parte: numa palavra, o *regulamento contratual*.

É a esta acepção, do contrato como regulamento, que se deverá atender no presente capítulo.

1.2. *A operação económica, a autonomia privada e o princípio da relatividade dos efeitos contratuais*

Determinar o regulamento (ou conteúdo) contratual significa, substancialmente, definir que composição, que arranjo recíproco receberão os interesses das partes, coenvolvidos na operação económica e a que o contrato é chamado a dar veste e vinculatividade jurídica. Significa, em concreto, estabelecer, por exemplo, que determinada coisa é vendida por determinado preço e não por um preço superior ou inferior (e ainda em que medida se realizam as expectativas do vendedor, dirigidas a alcançar o melhor preço possível, e respectivamente ao comprador, dirigidas a obter a coisa com o mínimo de sacrifício económico); significa, ainda, estabelecer se o preço é pago logo em dinheiro ou com diferimento, e se este deve ser mais longo ou mais curto (e ainda estabelecer que tipo de mediação encontra o interesse do vendedor num pagamento imediato e o interesse do comprador em diferir o pagamento); e assim por diante. Ainda, para dar outro exemplo, significa fixar que duração deve ter um certo contrato de locação (sendo claro que, em períodos de excesso de procura em relação à

oferta de apartamentos para locar, convém ao locatário uma duração mais longa e ao locador uma duração mais breve); e a quanto ascende a renda devida pelo locatário (o locatário apontando para o mínimo, o locador para o máximo); e se tal renda pode ser periodicamente revista em correspondência com as variações do custo de vida (o que, em tempo de inflação, claramente convém ao locador e não certamente ao locatário); e, por fim, estabelecer como é que todos estes elementos e outros ainda se combinam entre si (pode-se, por exemplo, convencionar uma duração mais longa, aumentando a renda e/ou prevendo mecanismos para a sua revisão periódica e vice-versa; a renda pode variar segundo a forma como são repartidos os custos de administração, e etc.).

Determinar o regulamento contratual significa, em suma, fixar e traduzir em compromissos jurídicos, os termos da operação económica prosseguida com o contrato, definir as variáveis que no seu conjunto reflectem a «conveniência económica» do próprio contrato.

Assim, delineado o problema da determinação do regulamento contratual, é claro que, no quadro do mesmo, há uma questão que assume um relevo especial: como se opera essa determinação? E mais precisamente: *a quem compete o poder* de a operar? Mas esta questão, por sua vez, só pode ser colocada de modo correcto e realista tendo presente a substância real do fenómeno contratual, isto é que o contrato mais não é que a veste jurídica de operações económicas, o instrumento legal para o exercício de iniciativas económicas. Torna-se, agora, claro que o regime a que estão sujeitas, dentro de um determinado sistema, as iniciativas económicas, não pode deixar de reflectir-se, determinando-o, também no regime que governa a definição jurídica dos vários termos ou elementos das operações económicas, e portanto, numa palavra, sobre o regime dos modos de determinação do regulamento contratual.

É portanto lógico que num sistema de tipo capitalista, que reconhece como seu ponto chave o princípio da liberdade da iniciativa privada (e portanto — pelas razões e conexões que ficaram descritas no capítulo I — o princípio da «liber-

dade contratual»), seja reconhecido e afirmado, por seu lado, o princípio da liberdade privada de determinação do regulamento contratual: isto é, a regra pela qual os contraentes privados — os operadores económicos — são livres de dar aos seus contratos os conteúdos concretos que considerem mais desejáveis: o regulamento contratual resulta, assim, determinado, em princípio, pela vontade concorde das partes, constituindo o ponto de confluência e de equilíbrio entre os interesses — normalmente contrapostos — de que as mesmas são portadoras.

Uma tal posição de princípio é sancionada, no nosso sistema, pelo art. 1322.º c. 1 cód. civ., que oferece, assim, um importante elemento de resposta à questão ventilada supra: nos limites impostos pela lei, «as partes podem livremente determinar o conteúdo do contrato». Esta é uma expressão — a mais significativa — do princípio da *autonomia privada*, ou autonomia contratual (justamente esta fórmula figura na epígrafe do art. 1322.º cód. civ.). Autonomia significa, etimologicamente, poder de modelar por si — e não por imposição externa — as regras da sua própria conduta; e autonomia privada, ou autonomia contratual, significam liberdade dos sujeitos de determinar com a sua vontade, eventualmente aliada à vontade de uma contraparte no «consenso» contratual, o conteúdo das obrigações que se pretende assumir, das modificações que se pretende introduzir no seu património.

Em linha de princípio, portanto, os sujeitos privados são livres de obrigar-se como quiserem. Mas quando se obrigam, obrigam-se verdadeiramente; aquilo que livremente escolheram torna-se vínculo rigoroso dos seus comportamentos, e se violam a palavra dada, respondem por isso e sujeitam-se a sanções. É o *nexo liberdade contratual — responsabilidade contratual* (ou, dito de outra maneira, utilidade-risco) ao qual já fizemos referência e que encontra o seu pontual reflexo normativo na conexão ideal que se deve estabelecer entre o art. 1322.º c. 1 cód. civ. e o art. 1372.º c. 1 cód. civ., segundo o qual «o contrato tem *força de lei* entre as partes».

Se esta «lei privada» tem a sua fonte na vontade concorde das partes, não é, em regra, admissível que uma delas

possa subtrair-se aos seus comandos, através de uma unilateral e arbitrária manifestação de vontade própria. Simetricamente, também para pôr termo às obrigações que dela derivam, é necessária a vontade concorde das partes, ou uma previsão legal explícita: «o contrato... só pode ser extinto por mútuo consenso ou pelas causas admitidas pela lei» (art. 1372.º c. 1 cód. civ.). As próprias partes podem, por outro lado, estabelecer que a cada uma delas ou a ambas seja «atribuída a faculdade de rescindir o contrato». Em tal caso, a parte pode exonerar-se das obrigações contratuais com um acto unilateral de vontade (*rescisão unilateral*); mas isto não constitui derrogação do princípio agora afirmado, porque tal poder sempre encontra a sua fonte na vontade concorde das partes. Frequentemente convencionam-se que o exercício do poder de rescisão — admissível, apenas, «desde que o contrato não tenha tido um princípio de execução» (art. 1373.º c. 1 cód. civ.) — tenha um preço, que deve ser pago por aquele que rescinde à contraparte: fala-se de *senal penitencial* (art. 1386.º cód. civ. e cfr. o art. 1373.º c. 3 cód. civ.).

Em algumas situações e relações particulares, é a própria lei que reconhece a uma parte — à qual reputa justo assegurar uma maior liberdade de movimento e de escolha, em torno da operação contratual em curso — o poder de rescindir unilateralmente o contrato, independentemente de qualquer acordo prévio nesse sentido entre os contraentes: cfr. por exemplo os arts. 1671.º, 2227.º, 2237.º cód. civ.

Tal como o princípio de autonomia (art. 1322.º c. 1 cód. civ.), que atribui aos sujeitos privados o poder de decidir, por si, sobre a assunção e a dimensão dos seus compromissos contratuais, se relaciona com o princípio do art. 1372.º c. 1 cód. civ., por força do qual eles não se encontram vinculados de modo tendencialmente irrevogável, também a este último princípio se liga, de modo directo, a regra do segundo «comma» do art. 1372.º cód. civ.: os compromissos contratuais vinculam, com força de lei, as partes que os assumem, mas *apenas as partes* que os assumem, não podendo criar obrigações a cargo de terceiros estranhos ao contrato. Compromissos ou mesmo efeitos negativos sobre o património das pessoas podem deri-

var da vontade das próprias, ou eventualmente da lei, mas já não da vontade de outros sujeitos.

Este princípio — dito da *relatividade dos efeitos contratuais* — exclui que a posição jurídica de um sujeito possa ser *judicialmente* atingida e lesada por um contrato celebrado entre outros sujeitos: se, por exemplo, A promete a B que X dará ou fará qualquer coisa a favor de B, não é por esse facto que X estará obrigado a dar ou a fazer; se este se recusa a dar ou fazer não é, por isso, responsável face a quem quer que seja; mas A não deixa de ser responsável face a B (promessa de facto de terceiro: (art. 1381 cód. civ.). Isto não exclui, porém, que a posição e os interesses de um terceiro possam ser, *de facto*, atingidos desfavoravelmente pelos efeitos de um contrato celebrado por outros: se A pensa adquirir de B, que o tem à venda, um bem a cuja posse dá grande importância, e que não conseguiria encontrar junto de outrem, mas C antecipa-se na compra, evidentemente que o contrato entre B e C prejudica o interesse de A; mas tratando-se de uma lesão de facto, não recai sob o princípio do art. 1372.º c. 2 cód. civ. (Os nossos velhos tratadistas de direito comercial definiam como «contratos em prejuízo de terceiros» os acordos entre empresários, destinados a fixar preços mínimos de venda ao público, a contingentar a produção, a repartir as zonas de mercado, etc., em termos de limitar a concorrência e prejudicar os consumidores, terceiros em relação a estes acordos: os quais podem ser eventualmente atacados com base na sua ilicitude por violação do interesse geral na liberdade de concorrência e na tutela dos consumidores, mas não certamente com base na contrariedade ao princípio da relatividades dos efeitos contratuais).

Por vezes, porém, os efeitos de um contrato lesam, de facto, interesses de terceiros que o legislador considera particularmente dignos de tutela. Nestes casos o direito intervém, estabelecendo que *o contrato é ineficaz em relação a esses terceiros*: em relação a estes, portanto, aquele contrato é tido como se não fora concluído. Imagine-se que A vende a B grande parte dos seus bens: este contrato prejudica o terceiro C, credor de A, que assim vê diminuídas as garantias

do seu crédito e portanto as possibilidade de ser satisfeito. Sob certas condições, C pode fazer declarar ineficaz em relação a si este acto de disposição praticado pelo seu devedor (impugnação pauliana: arts. 2901.º e segs. cód. civ.; mas cfr. também os arts. 44 c. 1 e 64.º e segs. lei falimentar): em concreto, não obstante os bens de A terem sido vendidos a B, C pode reagir executivamente sobre eles para satisfação do seu crédito. Note-se que *contrato ineficaz não significa contrato inválido* (nulo ou anulável: ver infra, neste cap. 4.4. e cap. IV, 2.5): o contrato é válido e os seus efeitos produzem-se regularmente entre as partes e operam (são oponíveis) em relação à generalidade dos terceiros; simplesmente, eles não operam (não são oponíveis) em relação aos terceiros que com a sanção da ineficácia se quer tutelar.

Assim como não está, em geral, excluído que os interesses dos terceiros possam sofrer lesões de facto por contratos estipulados entre outras pessoas, também, por maioria de razão, o princípio da relatividade dos efeitos contratuais não exclui que um contrato possa aproveitar a terceiros estranhos a ele, liberando-os de obrigações (cfr., por exemplo, os arts. 1239.º c. 1, 1300.º, 1301.º c. 1, cód. civ.) ou até atribuindo-lhes direitos. Os arts. 1411.º e segs. cód. civ. disciplinam justamente, com o *contrato a favor de terceiro*, o instrumento geral através do qual é possível realizar tal objectivo; com este contrato as partes — ditas «promitente» e «promissário» — convencionam que o promitente, normalmente contra um correspectivo oferecido pelo promissário, efectue uma prestação a favor de um terceiro, indicado pelo próprio estipulante: e «o terceiro adquire o direito contra o promitente por efeito da estipulação» (art. 1411.º c. 2 cód. civ.). Constitui exemplo típico o contrato de seguro de vida, estipulado a favor de um familiar ou de outra pessoa que se pretende beneficiar (art. 1920.º cód. civ.).

O art. 1406.º dispõe que «cada uma das partes pode substituir a si um terceiro nas relações derivadas de um contrato com prestações correspectivas, se estas não tiverem ainda sido executadas, desde que a outra parte nisso consinta» (*cessão do contrato*). Deste modo, os efeitos de um contrato entre A

e B vêm a incidir sobre um terceiro X, estranho a ele, que o assume. Mas vale a pena dizer que, nem mesmo esta hipótese contraria o princípio da relatividade dos efeitos contratuais, porque a assunção, por parte de X (terceiro cessionário), dos efeitos do contrato alheio dá-se por vontade do interessado: e na base desta assunção está, por sua vez, um contrato, do qual X é parte.

1.3. A autonomia privada e o problema dos tipos contratuais

Como se disse, o princípio da autonomia privada constitui a tradução, numa fórmula enobrecida pelo recurso a termos e conceitos da teoria geral do direito, daquele princípio da «liberdade contratual» — princípio ideológico, mas ao mesmo tempo, princípio de real organização das relações sociais — que vimos ser essencial a qualquer ordenamento capitalista e a qualquer sistema de mercado livre.

Daí a sua configuração geral, que não ressalta só no momento da liberdade de determinação do conteúdo do contrato, mas evidentemente concerne a qualquer aspecto no qual se manifesta a iniciativa económica dos sujeitos privados, traduzida na iniciativa contratual. O operador económico do capitalismo, na verdade, necessita ser livre não só na fixação, a seu arbítrio (melhor: segundo a conveniência do mercado), dos termos concretos da operação realizada, mas também — e sobretudo — na decisão de efectuar ou não uma certa operação, na escolha da sua efectivação com esta ou aquela contraparte, no decidir realizar um determinado «género» de operação em vez de um outro. Tudo isto tem a sua tradução jurídica: no conceito de autonomia privada compreendem-se, de facto, tradicionalmente, além do poder de determinar o conteúdo do contrato (art. 1322.º c. 1 cód. civ.), também o poder de escolher livremente se contratar ou não contratar; o de escolher com quem contratar, recusando, por hipótese, ofertas provenientes de determinadas pessoas; enfim, o de decidir em que «tipo» contratual enquadrar a operação que

se pretende, privilegiando um ou outro dos tipos legais codificados, ou mesmo de «concluir contratos que não pertençam aos tipos que têm uma disciplina particular».

Debrucemo-nos sobre este último ponto, considerado expressamente pelo art. 1322.º c. 2 cód. civ. O tipo contratual corresponde a um género de operação económica: o tipo «venda» corresponde à troca entre a propriedade de uma coisa e uma soma de dinheiro; o tipo «locação» à aquisição da disponibilidade material de uma coisa, por um dado tempo, contra o pagamento periódico de uma renda; o tipo «sociedade» à organização e ao aviamento de uma empresa colectiva; o tipo «mútuo» a uma operação de financiamento; o tipo «seguro» à cobertura de um risco; o tipo «contrato de trabalho» à troca entre força de trabalho manual ou intelectual e um salário ou vencimento periódico, e assim por diante. As operações económicas mais importantes e mais difundidas — aquelas, em suma, mais «típicas» — são tomadas em consideração pela lei que dita para cada uma delas um complexo de regras particulares: os tipos de contratos que lhes correspondem dizem-se então «tipos legais», justamente porque expressamente previstos, definidos e disciplinados pelo legislador (que, submetendo-os a uma certa regulamentação em vez de a uma outra, propõe-se influenciar e orientar a dinâmica das operações económicas que lhes correspondem, concertando os interesses contrapostos que aí se encontram envolvidos). A operação lógica, através da qual o intérprete — perante um contrato determinado, concreto — individualiza a que tipo ele pertence, designa-se por *qualificação*.

O título III do quarto livro do código civil (art. 1470.º — 1986), intitulado «dos contratos em especial», prevê e regula numerosos tipos contratuais. Mas não é este o único local em que o legislador procede à definição e à disciplina dos tipos: a título exemplificativo, o tipo «constituição de associações» e os correspondentes às diversas convenções antenupciais, são contemplados no livro primeiro; os tipos «divisão hereditária» e «doação», no segundo; o tipo «sociedade» e o tipo «contrato de trabalho» no quinto; o tipo «penhor», no sexto; sem contar que a previsão e a disciplina dos vários

tipos contratuais podem encontrar-se mesmo fora do código, em leis especiais: assim o contrato de trabalho doméstico — tipo (ou subtipo) autónomo, no âmbito da figura mais geral do contrato de trabalho subordinado — é definido e regulado na lei n.º 877, de 18 de Dezembro de 1973.

Naturalmente, os tipos legais não são fixados uma vez por todas. Num dado momento histórico, a lei prevê e disciplina um certo número deles, na base do reconhecimento de que as operações a que correspondem são socialmente úteis e merecedoras de tutela jurídica; mas com o evoluir das condições económico-sociais, novas operações, novos géneros de negócios, diversos dos correspondentes aos tipos codificados, podem emergir, por difusão e importância, no tráfico. Desenham-se, assim, com eles, novos tipos contratuais, não contemplados expressamente pelo legislador e portanto não reconduzíveis a «tipos legais», mas de facto reconhecidos e correntemente empregues no contexto sócio-económico, e que se definem por isso por «tipos sociais»: pense-se, na experiência actual, no contrato de *leasing* ou no contrato de *factoring*, instrumentos importantíssimos da organização empresarial moderna e todavia não disciplinados em nenhum texto legal. Geralmente acontece que o legislador — precedido pela realidade e pelas exigências da economia — acaba por tomar conhecimento *ex post* da existência desses «tipos sociais», considera-os dignos de reconhecimento e tutela e procede, mais cedo ou mais tarde, à sua regulamentação específica: quando isto acontece, os «tipos sociais» elevam-se a «tipos legais» e a série destes últimos enriquece-se.

Voltando ao art. 1322.º c. 2 cód. civ., esta norma estabelece precisamente que os sujeitos de direito não estão obrigados a revestir as operações económicas que efectuam, apenas com os tipos contratuais previstos e disciplinados expressamente pelo legislador, sendo, ao invés, livres de utilizar para a sua realização, esquemas contratuais não correspondentes aos tipos definidos e qualificados, em sede legislativa (chamados por esta razão *contratos atípicos*, ou *inominados*). Por sua vez, estes podem corresponder a uma praxe social largamente difundida e experimentada (tipos sociais), ou podem também

apresentar características de absoluta novidade e originalidade. De resto, se não se reconhece à autonomia privada uma tal liberdade e possibilidade criativa, não seria sequer concebível aquele processo de lenta inserção de novas praxes contratuais e, portanto, de formação dos respectivos tipos sociais, enfim a sua recepção pelo ordenamento e conversão em tipos legais a que acabou de fazer-se referência. (Por maioria de razão — como é evidente — os particulares podem livremente escolher entre este ou aquele tipo legal: a empresa que tem necessidade, para as suas instalações, de uma máquina fotocopiadora, pode adquiri-la ou, se preferir, alugá-la, recorrendo assim, respectivamente, ao tipo «venda» ou ao tipo «locação»).

Este princípio da atipicidade dos contratos mostra-se tanto mais significativo, se se considerar que noutros importantes sectores do direito privado vigora, pelo contrário, um princípio oposto: o princípio da «tipicidade» ou do «*numerus clausus*». Este encontra aplicação, por exemplo, em matéria de direitos reais e de negócios unilaterais e implica, em concreto, que os sujeitos não são livres de constituir direitos reais diferentes dos taxativamente previstos e disciplinados — justamente em número fechado — pelo legislador, nem de assumir, validamente, obrigações com uma manifestação unilateral de vontade própria, para além das hipóteses e das figuras legislativamente definidas (art. 1987.º cód. civ.). Um princípio de tipicidade vigora, também, no âmbito dos negócios familiares: não é possível constituir um estado conjugal senão contraindo matrimónio com os pressupostos, com as modalidades e com as consequências dos arts. 82.º e segs. cód. civ., nem se pode estabelecer, voluntariamente, uma relação de filiação natural, senão através de um negócio de reconhecimento, nos moldes dos arts. 250.º e segs. cód. civ.

Nestes casos, portanto, a autonomia dos sujeitos privados — a possibilidade de conformar livremente, segundo a sua vontade, as suas relações jurídicas — não é tão ampla como em matéria de contratos, antes sofre sérias restrições. Seria, por outro lado, errado pensar que, também no âmbito contratual, o princípio da atipicidade não conhece qualquer limite, e que a autonomia privada aí se possa expandir sem

encontrar obstáculos. Este princípio constitui, sem dúvida, a regra, mas não exclui excepções relevantes, que operam sob um duplo ponto de vista. Em primeiro lugar, existem sectores do direito dos contratos que são, em derrogação da norma do art. 1322.º c. 2 cód. civ., regidos por um princípio de tipicidade, e nos quais a autonomia contratual resulta, por isso, complexa: isto acontece, em particular, para as convenções matrimoniais (os nubentes podem optar entre os regimes matrimoniais de família previstos na lei, mas não criar novos), para os contratos de sociedade (que não podem tender à constituição de tipos de sociedade diferentes dos disciplinados no livro quinto do cód. civ.: art. 2249.º c. 1 cód. civ.), para os contratos agrários (o art. 13.º c. 1 da lei de Setembro de 1964, n.º 756, introduziu a proibição de estipular «contratos agrários de concessão de propriedades rústicas, que não pertençam a algum dos tipos de contratos regulados pela lei em vigor»). E além disso, quando se cai em matérias nas quais é consentida a estipulação de contratos atípicos ou inominados, estes últimos são sujeitos a um *controle* mais incisivo e penetrante do que o previsto para os contratos típicos (para os quais um juízo de utilidade social já foi feito pelo legislador, embora só em abstracto, com a sua própria ascensão a tipos legais): os contratos atípicos, inversamente, só são admitidos ao reconhecimento e à tutela jurídica, se o juiz reconhecer, caso a caso, em concreto, que são «aptos a realizar *interesses merecedores de tutela* segundo o ordenamento jurídico (art. 1322.º c. 2 cód. civ.).

Assim como as partes podem concluir contratos não pertencentes a qualquer dos tipos legais, também podem concluir contratos nos quais estejam presentes, e se combinem, elementos próprios de diversos tipos legais (*contrato misto*). Pense-se, para dar só um exemplo, no contrato em que Tizio assume o serviço de custódia nocturna das instalações de uma empresa, em troca de uma quantia em dinheiro e, além disso, do direito de habitar, com a sua família, um apartamento anexo à sede da empresa: convergem aqui, entrelaçando-se num só contrato, a prestação típica de um contrato de trabalho subordinado e a típica de um contrato de locação.

E as combinações podem ser ainda mais complicadas. Por que normas é regulado um contrato misto? Geralmente, se os elementos próprios de um tipo prevalecem de modo nítido sobre os próprios de outros tipos, aplica-se a disciplina ditada pelo tipo prevalecente; se os elementos dos vários tipos ao invés, se equivalem, a cada uma das prestações aplicam-se as normas do tipo correspondente, segundo o critério chamado da «combinação».

Isto equivale a dizer, também, que, em grande número dos casos, os contratos atípicos se reduzem — ou melhor, são reduzidos em sede de interpretação e qualificação por parte do juiz — a contratos mistos, nos quais se reconhece a presença de prestações próprias de contratos típicos, e por esta via à disciplina fixada pelo legislador para os tipos legais.

1.4. *Autonomia privada e fontes «heterónomas» da determinação do regulamento contratual*

Das considerações desenvolvidas no número precedente resulta, portanto, que a autonomia e a liberdade dos sujeitos privados em relação à escolha do tipo contratual, embora afirmada, em linha de princípio, pelo art. 1322.º c. 2 cód. civ. estão, na realidade, bem longe de ser tomadas como absolutas, encontrando, pelo contrário, limites não descuráveis no sistema do direito positivo. O mesmo vale — podemos acrescentar — para os outros aspectos em que se manifesta, em concreto, o exercício da autonomia privada e da liberdade contratual.

Quanto àquilo que é indicado como o aspecto talvez mais relevante — a *liberdade de conformar segundo as suas conveniências subjectivas o conteúdo do contrato* — já o art. 1322.º c. 1 cód. civ. dispõe que ela pode exercitar-se só «nos limites impostos pela lei»: e no próprio código civil, mas talvez mais ainda na grande massa de leis especiais que, em relação às diversas matérias, integram a sua disciplina, são muito numerosas as normas que colocam «limites» ao poder privado de determinar livremente o conteúdo do regulamento contratual,

por vezes, simplesmente, proibindo a inserção deste ou daquele conteúdo, outras vezes verdadeiramente impondo obrigatoriamente, mesmo contra a vontade dos interessados, a inserção no contrato deste ou daquele conteúdo.

Outro tanto se diga para a liberdade da própria iniciativa contratual, a *liberdade de escolher se estipular ou não estipular um determinado contrato*. Também essa, na verdade, encontra limites que se concretizam na presença de verdadeiras e próprias «obrigações de contratar», impostas por lei a sujeitos que se encontrem em determinadas circunstâncias. Assim é que o art. 2597.º cód. civ. estabelece que «quem exerce uma actividade em situação de monopólio legal tem obrigação de contratar com quem quer que solicite as prestações que constituem objecto da actividade, observando igualdade de tratamento» (parecendo possível sustentar que a norma se aplica, por analogia, também a todos os operadores que, de facto, gozem no mercado de posições de monopólio). Também por força da lei 24 de Dezembro de 1969, n.º 990, os proprietários de veículos automóveis e embarcações a motor devem segurá-los pela responsabilidade que resulta da sua circulação. E a própria legislação vincuística («blocco») das locações urbanas determina um fenómeno análogo, impondo — com a prorrogação legal dos respectivos contratos, para além do período fixado pelas partes — a manutenção pelo locador de uma relação contratual que já não é por ele querida.

E a relação não só persiste contra a vontade do locador, como persiste com uma contraparte determinada, mesmo que isso não agrade ao locador (que não pode, por isso, substituí-la, mantendo intacta a relação nos seus termos objectivos, por alguém do seu agrado): resulta, desta forma, limitada também a *liberdade da escolha do parceiro contratual*. Mas hipóteses de limitação legal deste particular aspecto da liberdade contratual encontram-se, com evidência ainda superior, noutro campo: basta pensar no sistema de emprego, introduzido pela lei n.º 264, de 29 de Abril de 1949, segundo a qual o empresário que pretenda mão de obra não qualificada não é livre de a escolher directamente, devendo endereçar o pedido respectivo — formulado em termos impessoais

(«pretende-se empregar *n* trabalhadores, da profissão tal») — ao serviço de emprego: e será este que, escolhendo-os na base de critérios fixados por lei, os imporá ao empresário interessado e assim se operará, em concreto, a escolha dos contraentes para os contratos de trabalho a concluir. Analogamente, o automobilista obrigado a efectivar o seguro automóvel, não é livre de estipular o relativo contrato com uma qualquer companhia seguradora, à sua escolha, só podendo fazê-lo com uma das autorizadas pelo Ministro da Indústria.

Num grande número de casos — resulta já de alguns dos exemplos apontados — os três tipos de limitações da liberdade contratual operam simultaneamente: a legislação vincuística da locação urbana, por exemplo, impõe ao locador uma relação contratual contra a sua vontade, impõe-na com um parceiro determinado, e, enfim, vincula-o na definição do seu conteúdo (nomeadamente, subtraindo à livre contratação das partes um elemento tão importante, quanto o é a medida da retribuição).

É importante notar que os limites e as restrições à autonomia contratual dos sujeitos privados não derivam, imediatamente, apenas da lei, de normas que directamente operam sobre o regulamento contratual, conformando-o, em concreto, com este ou aquele conteúdo, sobre a escolha do contraente, individualizando-o, etc. A experiência mostra, ao invés, que, muitas vezes, esses limites e restrições têm a sua fonte directa, mais do que em abstractas previsões da lei, em decisões judiciais ou em providências das autoridades administrativas. Atente-se nalguns dos exemplos já citados: é precisamente um organismo da Administração Pública — o Ministério da Indústria ou o Serviço de Emprego — quem, concretamente, estabelece quais são as companhias com quem o automobilista pode concluir o seu contrato de seguro, ou quais os trabalhadores que o empresário deverá contratar; e é ainda um organismo administrativo — o CIP, apoiado em sede provincial pelos CPP — que, estabelecendo os preços máximos, pelos quais determinados bens podem ser vendidos, estabelece o regime dos «preços administrativos», o que constitui uma das mais significativas restrições à liberdade de determinação do con-

teúdo do contrato, vinculando, com o preço, precisamente o seu elemento fundamental. E quando uma cláusula contratual é declarada nula, apesar de não violar directamente nenhuma norma de lei, por contrariedade à ordem pública ou aos bons costumes, deverá genericamente dizer-se que o agente principal de uma tal limitação da liberdade contratual é o juiz, que, com base na própria valoração, mais ou menos discricionária, estabeleceu que o conteúdo e a finalidade daquela iniciativa contrastam com os princípios basilares e os valores ético-sociais, por que se rege o ordenamento jurídico.

Normas legais, decisões jurisdicionais e procedimentos das autoridades administrativas são, portanto, os agentes típicos das limitações impostas à liberdade contratual dos particulares. Conjuntamente com a *vontade das partes*, que exprime o respectivo poder de autonomia, eles constituem as *fontes do regulamento contratual*, para cuja concreta determinação podem, segundo as circunstâncias, em diferentes medidas, concorrer. Regista-se, assim, em sede de determinação do conteúdo do contrato, uma dialéctica entre fontes de tipo diverso, que pode, por comodidade, simplificar-se, numa contraposição entre a fonte «voluntária» (que exprime e realiza a liberdade contratual — e económica — dos particulares) e as outras fontes, diversas da vontade das partes que, geralmente — mas nem sempre, como veremos — exprimem uma lógica e interesses tendencialmente antagónicos, e, portanto, diversos, em relação aos da autonomia privada. A relação entre estas diversas fontes do regulamento contratual não é estabelecida uma vez por todas, antes varia historicamente e sofre — de acordo com o contexto político, social e económico — diversas transformações.

É altura de indagar se existem, no nosso ordenamento jurídico, limites formais à compressão da autonomia privada pelas fontes «heterónomas» e, portanto, se existem barreiras intransponíveis à incidência destas na determinação do regulamento contratual. Num sistema como o nosso, caracterizado pela existência de uma Constituição rígida, a questão converte-se e concretiza-se nesta outra: se a autonomia privada e a liberdade contratual são, e em que medida, objecto de uma

garantia constitucional (que, a existir, a protegeria das intervenções restritivas da legislação ordinária).

Das tomadas de posição do Tribunal Constitucional, que repetidamente teve de ocupar-se do problema, parece possível retirar algumas conclusões relevantes:

a) A liberdade contratual não encontra em nenhum preceito constitucional uma relevância específica e directa; não a encontra, em concreto, no art. 2.º, uma vez que, atendo-se à esfera das actividades económicas, não pode ser erigida ao nível de um dos «direitos invioláveis do homem» que a norma em questão contempla e garante (note-se que na Alemanha tende-se, pelo contrário, a reconduzir a autonomia privada ao genérico «direito ao livre desenvolvimento da personalidade», previsto no art. 2.º da «lei fundamental» e, portanto, a dotá-la da mais forte das garantias constitucionais).

b) A liberdade contratual, enquanto instrumento para o exercício de outros direitos (em particular, dos direitos de iniciativa económica e de propriedade) encontra, no plano constitucional, uma garantia — apenas indirecta — nas normas que directamente os tutelam: assim, em especial, os arts. 41.º e 42.º da Constituição.

c) Do sistema destes artigos — aplicáveis à liberdade contratual na medida em que a sua violação se traduz numa lesão do direito de propriedade ou de iniciativa económica — deduz-se que a legitimidade constitucional de qualquer prescrição normativa que limite a autonomia privada, está subordinada a dois requisitos: de um ponto de vista substancial, as limitações em causa devem ser dirigidas à prossecução de «fins sociais»; de um ponto de vista formal, devem ser introduzidas através de lei (princípio da reserva de lei), uma vez que é ao Parlamento — pela sua representatividade política — que se quer reservar o juízo da determinação desses «fins sociais».

São, portanto, inconstitucionais as restrições à liberdade contratual estabelecidas por razões arbitrárias, ou, então, não justificáveis em termos de «utilidade social». E sê-lo-ão, também, as estabelecidas — sem o suporte duma norma legislativa — directamente pelo juiz ou por organismos da adminis-

tração pública. Tratando-se, porém, de reserva de lei não «absoluta» mas «relativa», admite-se que a lei se possa limitar a estabelecer, em termos gerais, mas suficientemente precisos, as modalidades e as condições de intervenção restritiva, competindo, depois, ao juiz ou à autoridade administrativa — dentro daqueles limites — especificar e aplicar, em concreto, às várias classes de contratos. É isso que ocorre, exemplificando, com o seguro obrigatório de automóveis: as tarifas impostas aos contraentes são sujeitas à prévia autorização do Ministro da Indústria que, no entanto, deve fazer as relativas valorações de acordo com os critérios analiticamente indicados no art. 11.º da lei n.º 990 de 1969 (e actualmente precisados pela lei n.º 39 de 1977).

2. A VONTADE DAS PARTES COMO FONTE DO REGULAMENTO CONTRATUAL

2.1. *Autonomia privada, vontade das partes, elementos essenciais do contrato*

O princípio da autonomia privada (embora acolhido no nosso ordenamento, como se viu, em termos não absolutos e ilimitados) implica que a vontade das partes deve considerar-se como a principal das fontes de determinação do regulamento contratual.

Isto significa, em substância, que os operadores são tendencialmente livres de organizar e desenvolver as suas iniciativas económicas, na forma do contrato, segundo as modalidades e nas condições que melhor correspondem aos seus interesses, afastando modalidades e condições conflituantes com os mesmos. Não significa porém — convém esclarecê-lo — que para individualizar o conteúdo e os efeitos do contrato, se deva recorrer a complicados (e frequentemente impossíveis) introspecções na psique dos contraentes, para averiguar as suas mais recônditas intenções ou motivações subjectivas; nem significa que a validade e eficácia do regulamento con-

tratual devam ser obstinadamente firmadas numa verificação daquele complexo de internas tomadas de posição mentais que, precisamente, dão lugar ao fenómeno da «vontade» em sentido psicológico (dogma da vontade, mística da vontade).

Entre *dogma da vontade e tutela da autonomia privada* não há, de facto, coincidência necessária: nem sempre é verdade que para garantir o respeito substancial da autonomia, da liberdade e, portanto, dos interesses dos contraentes, seja preciso prestar absoluto e incondicionado obséquio às suas tomadas de posição psíquicas. Muitas vezes, inversamente, é verdade o contrário: isto é, acontece que a lógica da operação económica levada a cabo pelas partes só possa ser salvaguardada, evitando dar excessiva relevância à sua «vontade», entendida, no sentido restrito, como momento psicológico da iniciativa tomada. Pense-se, para dar só um exemplo, nas hipóteses de uma compra e venda, na qual os contraentes tenham individualizado o objecto a transmitir e acordado no preço mas não tenham convencionado o tempo e o lugar do pagamento deste último e também o lugar onde a coisa deve ser entregue ao comprador, e suponha-se que no momento da execução surge sobre este ponto controvérsia entre as partes. Em tal caso, um rígido obséquio ao dogma da vontade impediria, no limite, dar continuidade à operação económica, já que, qualquer que fosse a solução adoptada para dirimir a controvérsia, esta já não corresponderia à «vontade comum» das partes (inexistente sobre o ponto), e assim positivamente conflituaria com a vontade actual de uma delas. Mas se estes acontecimentos conduzissem à paralização da operatividade do contrato, resultariam substancialmente frustrados os próprios objectivos da autonomia privada, dirigidos a realizar a troca daquela coisa por aquele preço: e é mesmo a lei que, estabelecendo para os pontos em questão uma solução que, embora não encontre qualquer correspondência na «vontade» formada e expressa pelos contraentes (cfr. arts. 1498.º e 1510.º cód. civ.), permite que a operação tenha continuidade, e assim garante a efectiva actuação do programa de autonomia privada e realiza os interesses fundamentais das partes.

Com estas precisões, continua a ser verdade que, para o princípio da autonomia privada, fonte primária do regulamento contratual, são os contraentes, que podem determiná-lo segundo as suas conveniências subjectivas. Por vezes até *devem*, para a validade e eficácia do contrato, prover a esta determinação voluntária: isto vale para aqueles que se chamam os *elementos essenciais* do contrato, que correspondem aos termos básicos da operação económica levada a cabo. Assim, se as partes não individualizam, no acordo, a coisa a transferir e não acordam sobre o preço a pagar por ela, se não determinam consensualmente a soma a conceder em empréstimo, se não identificam a obra a realizar, é claro que não se forma nenhum contrato válido de venda, de mútuo, de empreitada (cfr. a norma do art. 1346.º cód. civ., pela qual o objecto do contrato deve ser, além de possível e lícito, «determinado» ou pelo menos «determinável»). Sobre estes aspectos do regulamento contratual a lei, em regra, não intervém com previsões substitutivas que tomem o lugar da vontade ausente dos sujeitos privados. E a razão compreende-se: tratando-se dos elementos essenciais, que definem a própria lógica da operação, a sua substância e o seu porte, é óbvio que a respectiva determinação deva competir, por regra, aos interessados, e não seja assumida por uma fonte estranha, que acabaria por tornar-se autora e protagonista da operação contratual, árbitra dos interesses dos contraentes privados e neste sentido violadora da sua autonomia. É, de facto, claro que uma compra e venda entre A e B, cujo objecto e preço não sejam determinados por A e B mas por outrem, muito dificilmente pode dizer-se que realiza uma operação conforme aos seus propósitos de autonomia privada. Isto, bem entendido, pode acontecer, acontece e é justo que aconteça, quando, por exemplo, por razões de interesse público ou de utilidade social, o preço de alguns bens ou serviços é fixado autoritariamente pela lei ou por órgãos administrativos, com base na lei: mas note-se: quando isso acontece, acontece em manifesto contraste com os valores e os interesses da autonomia privada.

Não existe tal contraste noutras hipóteses, em que é apenas a determinação do preço que não é feita directamente

pelas partes: assim, «se o contrato tem por objecto coisas que o vendedor vende habitualmente, e as partes não determinaram o preço, presume-se que quiseram referir-se ao preço normalmente praticado pelo vendedor, enquanto «se se trata de coisas que têm um preço de bolsa ou de mercado, o preço infere-se pelos catálogos ou pelos anúncios do lugar em que deve ser feita a entrega ou pelos da praça mais próxima» (art. 1474.º c. 1 e 2 cód. civ.). Não há aqui, verdadeiramente, uma determinação externa que seja arbitrariamente sobreposta à autonomia privada, numa lógica estranha a esta; a determinação opera-se, de facto, segundo os valores do mercado, e, por isso, segundo uma lógica semelhante à das operações de autonomia privada, que são, tipicamente, operações de mercado. É ainda mais evidente que não colidem com o princípio da autonomia privada, as hipóteses em que a determinação do preço é efectuada por um terceiro, a quem as próprias partes, na sua liberdade de avaliação e de escolha, tenham confiado esta tarefa (art. 1473.º cód. civ.). Esta hipótese particular insere-se, de resto, numa precisão mais geral: a de a determinação de prestação devida no contrato (de qualquer prestação, portanto, não só do preço de venda) ser, por vontade das partes, «deferida a um terceiro». O art. 1349.º cód. civ., que o disciplina, preocupa-se, de diversos modos, em garantir que a valoração do terceiro seja inspirada em critérios de equidade e de razoabilidade, justamente porque uma valoração de todo em todo arbitrária, irracional ou desonesta se arriscaria a subverter os programas de autonomia privada prosseguidos pelos contraentes.

2.2. Os elementos não essenciais do regulamento: convenções e cláusulas contratuais. Normas dispositivas e normas imperativas

A par dos elementos essenciais, o regulamento prevê, e disciplina normalmente, outros pontos, outros aspectos da operação que não lhe fornecem, por assim dizer, a substância e os fundamentos, mas respeitam, antes, a aspectos parti-

culares — mas que, no entanto, atendendo à operação concreta, não são transcuráveis. Num contrato de compra e venda, por exemplo, são, certamente, determinados (ou determináveis) a coisa e o preço, mas, em regra, são definidos, também, outros elementos acessórios da operação de troca: a modalidade de pagamento ou de entrega, as garantias sobre a qualidade da coisa, etc. E numa empreitada serão, antes do mais, determinados a obra ou o serviço devidos pelo empreiteiro e o correspondente devido pelo dono da obra, mas podem ser convencionalmente disciplinadas, também, as questões relativas ao fornecimento dos materiais necessários para a execução da obra, à possibilidade de introduzir alterações ao projecto inicialmente acordado entre as partes, à avaliação e às consequências dos vícios e das irregularidades que a obra eventualmente apresente, e assim sucessivamente.

Se os elementos essenciais, como se viu, em regra devem ser determinados pela vontade das partes, estes outros elementos acessórios, e não essenciais, *podem* ser objecto de determinação voluntária dos contraentes privados. Estes podem, por outras palavras, enriquecer o regulamento contratual com todas as previsões que se lhes afigurem necessárias, ou oportunas, para dar à operação económica o arranjo, a organização, a modalidade de desenvolvimento e as garantias de resultado que melhor respondam aos seus interesses. É esta, justamente, a faculdade de «livremente determinar o conteúdo do contrato» que às partes é reconhecida pela norma (art. 1322.º c. 1 cód. civ.) intitulada autonomia contratual. As previsões e prescrições do contrato, dirigidas à finalidade indicada, chamam-se *convenções* ou *cláusulas*: o regulamento contratual é, neste aspecto, um conjunto de convenções ou cláusulas.

Ao concluir o contrato, os contraentes podem convenicionar quantas cláusulas quiserem, construindo — se o pretenderem — um regulamento extremamente complexo e articulado, que preveja e discipline todos os aspectos possíveis, todas as possíveis eventualidades e consequências da relação contratual. Mas podem, também, não o fazer. E muitas vezes, na realidade, não o fazem, limitando-se a fixar os elementos essenciais e apenas alguns dos elementos acessórios: quando se estipula

a locação de um apartamento, por exemplo, muito raramente acontece que se pense inserir no contrato uma cláusula que discipline o direito de sucessão dos herdeiros do locatário no caso de este morrer no decurso do contrato. Por outro lado, pode acontecer que a relação contratual se desenvolva de modo a tornar necessário, tendo em vista o seu correcto funcionamento, que mesmo às questões não previstas pelas partes — e por isso não reguladas numa cláusula contratual — se dê uma resposta unívoca. Assim, se locador e locatário nada dispuseram sobre tal matéria qual a posição dos herdeiros deste último no caso de morte? Quais os seus direitos, quais os seus deveres? E se num mútuo oneroso as partes descuraram o estabelecimento da taxa de juro, que taxa deverá aplicar-se? E ainda, se o empreiteiro lamenta que circunstâncias imprevistas tenham determinado um aumento do custo dos materiais e da mão de obra, ou que dificuldades na sua execução, derivadas de causas geológicas ou hídricas, tenham tornado consideravelmente mais onerosa a sua prestação, e se nada a propósito é previsto nas cláusulas do contrato de empreitada, poderá pretender uma revisão do preço?

Posto que a estas perguntas se deve responder, ainda que as partes o não tenham feito em sede de determinação voluntária do regulamento contratual, a isso provê a lei. E com respeito aos exemplos acabados de referir, é a própria lei a dispôr que «no caso de morte do inquilino, se a locação deve ainda manter-se por mais de um ano e foi proibida a sublocação, os herdeiros podem rescindir o contrato dentro de três meses a contar da morte», mediante denúncia comunicada com pré-aviso, não inferior a três meses, (art. 1614.º cód. civ.); que se mutuante e mutuário não tiverem determinado a medida dos juros, estes calcular-se-ão à taxa de 5% ao ano (combinando o disposto nos arts. 1815.º c. 1 e 1284.º c. 2 cód. civ.); que o empreiteiro, sujeito a imprevisível onerosidade ou dificuldade na execução, pode pedir uma revisão do preço mas, só se aquela tiver sido «de molde a determinar um aumento ou uma diminuição superior a um décimo do preço global convencionado» e só «pela diferença que exceder o décimo» (art. 1664.º c. 1 cód. civ.). São, pois, normas como estas que,

mais ou menos numerosas — conforme a maior ou menor importância e complexidade das relações a que se referem — integram a *disciplina legislativa dos vários tipos contratuais*: uma disciplina que, além do mais, se adequa às características e às exigências com que as correspondentes operações económicas normalmente se apresentem na prática, ditando, por isso, soluções de conflitos de interesses inspiradas em critérios de razoabilidade e de tendencial equilíbrio entre as posições das partes; aquela, em suma, que se diz a *justa regra do caso médio*.

Mas — repete-se — as normas mencionadas só encontram aplicação, e só impõem às partes as soluções nelas consignadas, se as partes não tiverem disposto nada em relação aos pontos e às eventualidades a que se referem. Têm, assim, um simples papel supletivo, relativamente às lacunas do regulamento contratual. Mas se neste não há lacunas, se as partes procederam à introdução de cláusulas que prevêem e resolvem aquelas questões (e prevêem-nos e resolvem-nas ainda que em termos totalmente diversos dos estabelecidos, de modo geral e de acordo com uma valoração média, pelo legislador), então aplica-se a solução querida pelas partes e não aquela, porventura diferente, fixada pelo legislador de modo estritamente subsidiário. Por outras palavras, os contraentes são livres, no exercício dos seus poderes de autonomia privada, de conformar o regulamento contratual à medida da sua situação, das suas exigências, dos seus interesses particulares e concretos, e, portanto, também em desconformidade com o esquema típico que a disciplina do tipo contratual delineia, na base de situações, exigências e interesses avaliados pelo legislador, de modo necessariamente geral e abstracto.

Realisticamente, não deve, por outro lado, esquecer-se que, quando as partes constroem um regulamento contratual diverso do esquema legal típico, do mesmo passo decidem dar aos seus interesses, coenvolvidos naquela operação económica, um arranjo e uma organização diferentes daqueles que o legislador considerou por um critério médio, como equitativos e racionais, e assim operam uma *repartição dos ónus, dos riscos, dos sacrifícios e das vantagens contratuais diferentes* daquela que é tida, pelo legislador como abstractamente

justa; assim sucede quando são postos a cargo de um contraente sacrifícios e riscos maiores do que aqueles pelos quais ao legislador pareceu correcto responsabilizá-lo; ou quando são atribuídos ao outro lucros e vantagens superiores àqueles que, na valoração legislativa, lhe deveriam caber. Isso naturalmente pode depender do facto de cada uma das partes considerar a solução «média», codificada na disciplina legal do tipo, não correspondente às suas concretas exigências, pelo que ambas acordam numa solução diversa, melhor adequada aos interesses de uma e de outra (é possível, e frequente, que a disciplina legislativa de certas relações se torne, objectivamente, superada e obsoleta, pelos desenvolvimentos e pelas mudanças que se manifestam frequentemente na praxe económico-social). Mas pode também depender — e muito frequentemente depende — do facto de uma das partes se aproveitar da sua superioridade económica — e por isso do seu superior poder contratual — para impor unilateralmente à outra cláusulas que estabelecem derrogações e desvios ao esquema legal típico, destinadas, exclusivamente, a assegurar ao contraente «forte» vantagens e lucros e a atribuir ao contraente «débil» encargos e riscos que a lei tendia a repartir de modo mais equitativo: derrogações e desvios que este último é constrangido a suportar, justamente por efeito da sua inferior posição económico-social. O princípio da autonomia privada, que funda e legitima esta possibilidade, aparece-nos, portanto, aqui em duplas vestes e funções: como meio de superação dos inevitáveis desajustamentos legislativos e de adequação das relações, ao evoluir da praxe sócio-económica, e neste sentido, como *veículo de progresso*; mas, ao mesmo tempo, como possível *instrumento de opressão* e de injustiça substancial.

Em qualquer caso, deve, desde já, acrescentar-se que esta possibilidade da autonomia privada de derogar a disciplina legislativa do tipo não é ilimitada. Se o grande número das normas que integram tal disciplina tem uma posição meramente subsidiária relativamente à vontade omissa das partes, e podem, por isso, sofrer derrogação quando estas últimas manifestem uma vontade em tal sentido (estas dizem-se então

normas dispositivas), existem, de facto, outras, caracterizadas, inversamente, pela inderrogabilidade: aquilo que nelas é disposto, a solução do conflito de interesses que codificam, a repartição dos riscos, dos encargos, de vantagens que estabelecem, não podem ser modificadas pela vontade contrária das partes, constituindo barreiras ao poder de autonomia privada, tendo em vista a tutela de interesses superiores: são as *normas imperativas*, sobre que nos ocuparemos mais alongadamente. Para dar só um exemplo, as partes não podem introduzir no regulamento de uma compra e venda a retro (de coisa móvel) uma cláusula com a qual estabeleçam que o termo para o exercício da resolução é, digamos, quatro anos, ou dois anos susceptíveis de prorrogação, precisamente porque o art. 1501.º cód. civ., onde se estabelece o prazo máximo de dois anos, e se exclui qualquer possibilidade da sua prorrogação, tem natureza de norma imperativa, não derogável por vontade dos contraentes.

A disciplina dos tipos contratuais resulta, assim, de um complexo de normas dispositivas e de normas imperativas. Estas últimas podem provir também do exterior da disciplina de um tipo particular, tendo, portanto, aplicação genérica a todos os contratos: assim, por força do art. 1229.º c. 1 cód. civ., em nenhum regulamento contratual as partes podem incluir cláusulas que exonerem o devedor da responsabilidade pelos casos em que o seu incumprimento resulte de dolo ou de culpa grave.

2.3. *Cláusulas contratuais típicas. Em particular: «modus», termo e condição*

Dentro dos limites estabelecidos pelas normas imperativas, os contraentes são livres de formar o regulamento inserindo-lhe quantas cláusulas quiserem: todas aquelas que julguem convenientes para os seus interesses. As cláusulas contratuais podem, assim, ter os conteúdos mais diversos, dirigidas — como podem estar — a regular os aspectos mais particulares e singulares das diversas relações concretas, a disci-

plinar as questões mais díspares e mais atípicas. Há, contudo, questões e aspectos dos regulamentos contratuais, que ocorrem com especial frequência e assumem especial importância na dinâmica das operações correspondentes: as cláusulas que os regulam aparecem, assim, como «típicas» e constituem objecto de previsão legislativa expressa.

As cláusulas desta natureza podem graduar-se de acordo com o seu nível de generalidade, vale dizer da sua aplicabilidade mais ou menos extensa: encontram-se, assim, aquelas que só se integram em determinados tipos contratuais, operando, apenas, no âmbito destes; as que se referem a determinadas classes de contratos, aí compreendendo vários tipos; e ainda as que podem ter aplicação em geral, em qualquer tipo de contrato. Entre as primeiras, mencionemos, por exemplo, a «cláusula a retro» (art. 1500 cód. civ.) e a «cláusula de reserva de propriedade» (art. 1523.º cód. civ.), que podem apor-se ao contrato de compra e venda, ou a cláusula que prevê o «benefício da divisão» (art. 1947.º cód. civ.), em matéria de fiança ou ainda a «cláusula de período experimental», num contrato de trabalho subordinado (art. 2096.º cód. civ.). Entre as segundas, a cláusula modal, através da qual é imposto um «ónus» ao beneficiário de um acto de literalidade, ónus que pode integrar qualquer negócio gratuito, e, como tal, para o que aqui interessa, o contrato de doação (cfr. art. 793.º cód. civ.) de comodato, para além do testamento (cfr. o art. 647.º cód. civ.); ou ainda a cláusula de prorrogação tácita ou renovação do contrato (mencionada no art. 1341.º c. 2 cód. civ.) configurada como de aplicação circunscrita aos «contratos de execução continuada», nos quais as prestações das partes não se esgotam num só acto, mas se protelam no tempo, ou repetem-se periodicamente (a locação, o fornecimento, a assinatura de uma revista, etc.). Entre as cláusulas legislativamente típicas de alcance geral, os exemplos são ainda mais numerosos: da cláusula de exclusão ou limitação da responsabilidade (art. 1229.º cód. civ.) à cláusula de caducidade convencional (art. 2965.º), da cláusula resolutiva expressa (art. 1456.º cód. civil) à cláusula limitativa da invocação de excepções (art. 1462.º cód. civ.), da cláusula pela qual se atribui a uma parte a faculdade de

resolver o contrato (art. 1373.º cód. civ.) à cláusula penal (art. 1382.º cód. civ.), da cláusula compromissória (art. 808.º cód. proc. civ.) à cláusula de derrogação de competência da autoridade judiciária (art. 28.º cód. proc. civ.). Por vezes, a lei toma em consideração uma cláusula com o único fim de a proibir: assim é, por exemplo, para o «pacto comissório» (art. 2744.º c. e.) assim para o chamado «pacto de quota-litis» nos contratos de prestação de serviços com advogados e procuradores (art. 2233.º c. 2 cód. civ.) assim, ainda, para as cláusulas de actualização das rendas, nos arrendamentos em que aquelas se encontram «bloqueadas» para adequá-las ao custo de vida (art. 1.º c. 4 lei 4 Agosto 1973 n. 495).

Entre as cláusulas «típicas», uma já não recente tradição doutrinal costuma isolar três, agrupando-as sob os nomes de «elementos acidentais» do contrato, ou, mais genericamente, do negócio jurídico («acidentais» porque, em linha de princípio, podem existir ou não existir, de acordo com a vontade das partes, por contraposição aos elementos «essenciais», cuja presença no contrato é, ao invés, sempre necessária): são a condição, o termo e o modo (ou ónus).

Quanto à *cláusula modal*, o seu âmbito de possível incidência é circunscrito, como já sabemos, apenas aos negócios a título gratuito. Ela consiste na imposição, ao beneficiário do acto de liberalidade (donatário, comodatário, herdeiro, legatário, etc.), duma obrigação que, absorvendo parte dos recursos para si gratuitamente transferidos, lhe limita o enriquecimento: A doa a B um lote de acções, impondo-lhe a aplicação de 25% dos dividendos ao financiamento de uma determinada iniciativa cultural. A obrigação assumida por B não é uma contraprestação (o contrato não se converte, de facto, em oneroso, antes permanece gratuito), e, contudo, constitui um verdadeiro dever jurídico, cujo cumprimento pode ser pedido a B, em juízo e cujo incumprimento pode determinar a resolução do contrato, constringindo B a restituir o que lhe havia sido doado. Por outro lado, o beneficiário é obrigado a cumprir o ónus, apenas dentro dos limites do valor da coisa doada, e não para além deste (art. 793.º cód. civ.).

Mais frequente e relevante, do ponto de vista prático, é, sem dúvida, a cláusula, pela qual se fixa um termo ao contrato. O termo consiste na indicação do momento em que o contrato começará a produzir os seus efeitos (termo inicial), ou cessará de produzi-los (termo final): por exemplo, determinado contrato de fornecimento de determinadas quantidades de fruta fresca, do produtor a uma determinada indústria de conservas, decorre do 1.º de Junho de 1977 e termina em 31 Setembro de 1977. Entre o momento da conclusão do contrato e a ocorrência do termo inicial, as partes estão já vinculadas (donde não poderão pretender subtrair-se à obrigação, embora assumida para o futuro), mas não estão, ainda, obrigadas a iniciar a execução; ao surgir o termo final, as partes deixam de estar vinculadas (salva uma eventual renovação ou prorrogação do contrato). O termo — inicial ou final — não tem de consistir, necessariamente, na indicação directa de uma data do calendário; ele pode individualizar-se também com referência a um facto futuro, que se sabe, por certo, que acontecerá, mas não se sabe quando acontecerá: por exemplo, o dia da morte de uma dada pessoa.

Além do contrato, no seu conjunto, e por isso o complexo dos seus efeitos, o termo pode respeitar a efeitos contratuais singulares, prestações singulares a que as partes estejam obrigadas: em determinado contrato de fornecimento, por exemplo, estabelece-se que o fornecedor deva executar o seu fornecimento, nas quantidades convencionadas, todas as 3.ªs feiras e todas as 6.ªs feiras enquanto o fornecido deve efectuar os pagamentos respectivos até ao fim de cada mês. Ao *termo do contrato* junta-se, assim, o *termo do cumprimento*, que o código disciplina nos arts. 1183.º-1187.º.

Se as partes tiverem *omitido a indicação do termo* do contrato, as consequências podem ser muito diversas, conforme a variedade das situações e das valorações legislativas. Por vezes, o contrato é considerado, sem mais, «por tempo indeterminado» e conserva eficácia, por assim dizer, até ao fim. Neste caso, a qualquer das partes é, então, geralmente, reconhecido o poder de denunciar unilateralmente, pondo fim à relação, após ter feito um adequado pré-aviso (cfr., por exem-

plo, os arts. 1569.º e 1750.º cód. civ.); o princípio sofre, contudo, uma importante derrogação, em matéria de contrato de trabalho subordinado, cuja disciplina, sobretudo após a entrada em vigor das leis n.º 604 de 1966 e n.º 300 de 1970, reduz a possibilidade de denúncia pelo dador de trabalho (despedimento) a hipóteses de excepção. Noutros casos, ao contrário, em que a previsão de um termo é julgada necessária, é a própria lei que procede à sua fixação, substituindo a determinação lacunosa das partes, umas vezes de modo analítico e pontual (cfr., em matéria de locação, as previsões articuladas do art. 1574.º cód. civ.), outras com uma elástica disposição de remissão para elementos variáveis (cfr. o art. 1630.º cód. civ.). Outras vezes ainda, a lei atribui ao juiz a tarefa da fixação do termo, a que as partes não procederam (cfr. o art. 1183.º e, em sede de mútuo, o art. 1817.º cód. civ.).

Existem, pois, relações a propósito das quais a lei não só julga que deve haver um termo, como ainda estabelece, ela própria, a respectiva duração de modo vinculante, reduzindo autoritariamente à precisão legal, as previsões, eventualmente diversas, formuladas pelas partes. Tal acontece, em regra, naquelas relações e naquelas situações cujo excessivo prolongamento no tempo é visto com desfavor: assim, por exemplo, em sede de pactos de não concorrência (arts. 2125.º, 2557.º, 2596.º cód. civ.), de exercício da resolução na venda a retro (art. 1501.º cód. civ.), de proibição convencional de alienação (art. 1379.º cód. civ.: aqui, a lei não aponta um termo definido, mas usa a fórmula elástica dos «limites de tempo convenientes» que competirá ao juiz de vez em quando especificar, em concreto, à luz dos casos particulares).

E há, finalmente, hipóteses em que, exactamente ao contrário, o legislador julga oportuno que as relações tenham uma duração não inferior a uma certa medida, cujo respeito se assegura com a imposição cogente de um termo mínimo: cfr., para o contrato constitutivo de enfiteuse, o art. 958.º c. 2º cód. civ. e, para o arrendamento de prédios rústicos, o art. 1628.º cód. civ. Mas já para os contratos de trabalho subordinado, pode dizer-se que a regra é justamente a ausência de qualquer termo: a lei 18 Abril 1962, n.º 230, dispõe que

tais contratos são considerados, por via de princípio, «por tempo indeterminado», salva uma série de hipóteses taxativas, nas quais, excepcionalmente, «é permitida a aposição de um termo à duração do contrato» (art. 1º lei cit.). Dada a essencialidade da relação de trabalho para a própria vida do trabalhador e da sua família, considera-se justo que aquela tenha duração tendencialmente ilimitada.

A par do termo, também a *condição* influi na produção ou na extinção dos efeitos do contrato a que é aposta; mas, diversamente do termo, que acontecerá, sem dúvida, uma vez que se refere a um evento (futuro mas) certo, a condição subordina a sorte dos efeitos contratuais (a própria funcionalidade da operação económica) a um facto incerto, em termos de incidir, não só sobre o «quando», mas também sobre o «se» da sua verificação, ou da sua permanência.

Apondo ao contrato uma cláusula condicional, as partes podem, de facto, estabelecer que este, inicialmente ineficaz, produzirá os seus efeitos, mas só se se verificar um determinado evento (*condição suspensiva*) ou que os seus efeitos, que entretanto começaram a produzir-se, cessarão, se ocorrer o evento indicado na condição (*condição resolutive*). Há condição suspensiva, por exemplo, se A, empresário de construção civil, adquire de B um terreno para construção, subordinando a eficácia do contrato à condição de a autoridade administrativa competente aprovar o respectivo plano de loteamento: isto significa que, até à verificação de tal evento, os efeitos da venda permanecem paralisados, ou seja, que nem A se torna proprietário do terreno, nem B tem o direito de exigir o preço; só se e quando a autoridade regional aprovar o plano, a propriedade do bem passa para A, tornando-se B credor da contraprestação. Se, inversamente, o terreno fosse adquirido com base num contrato que produzisse imediatamente os seus efeitos, mas com a intenção de aqueles caírem pela base se a mesma área viesse a ser onerada por um ónus de inedificabilidade de acordo com um plano regulador em formação eminente, estaríamos em presença de uma condição resolutive: A torna-se imediatamente proprietário do terreno e paga a B o seu preço, mas este deverá ser-lhe resti-

tuído, e o terreno voltará ao património de B, se — adoptado um plano regulador que destina o terreno a zona verde — a condição resolutiva se verificar. Um mecanismo condicional está também na base da venda a retro (art. 1500.º cód. civ.).

É claro que uma tal possibilidade de diferir, voluntariamente, os efeitos do contrato, ou de lhes determinar a cessação, subordinando a operatividade do negócio à verificação, ou à não verificação, de um dado evento, incerto no momento da conclusão do contrato, constitui um instrumento ao serviço das partes, um meio através do qual, estas podem prosseguir, de modo mais seguro e eficaz, os seus interesses, garantindo-os contra o risco de circunstâncias susceptíveis de prejudicar o desenvolvimento profíquo da operação económica. Neste sentido, a condição constitui um típico *instrumento da autonomia privada*. A um fenómeno totalmente diverso correspondem, inversamente, aquelas hipóteses em que é a lei, e não a vontade das partes, a subordinar a eficácia do contrato à verificação de determinados eventos: assim, por exemplo, os contratos, nos quais seja parte um organismo da Administração Pública, não produzem os seus efeitos até que sobre os mesmos seja exercido, com êxito favorável, o controle dos órgãos de tutela. A propósito, costuma por vezes dizer-se que o respectivo procedimento de «aprovação» do contrato se identifica com uma condição (e fala-se de «condição de direito» ou de *conditio juris*). Mas trata-se de situações não comparáveis, já que ali a eficácia do contrato é suspensa por vontade das partes e para a tutela de interesses privados enquanto que aqui é-o por vontade da lei (mesmo contra o querer dos contraentes), e para a tutela de interesses públicos.

A condição diz-se *potestativa* se a produção do facto depende da vontade e da iniciativa de uma das partes (exemplo: «Se decidir abrir um estúdio profissional»), *casual* se é independente da vontade e da iniciativa das partes (exemplos: «se no próximo ano cair o governo ora em exercício»; «se a taxa de desconto descer pelo menos meio ponto no decurso deste mês»), *mista*, se para ela concorrem a vontade das partes e, simultaneamente, circunstâncias estranhas a esta (exemplo: «se for admitido naquela empresa»). Diz-se, pois, *meramente*

potestativa a condição que depende do puro e simples arbítrio, das valorações e decisões, inteiramente discricionárias, de uma das partes (do tipo: «se tiver vontade»; «se o contrato me parecer conveniente»; «se a coisa me agradar»). O contrato em que a transferência de um direito ou a assunção de uma obrigação são subordinados à verificação de uma condição suspensiva do género meramente potestativo, não tem qualquer valor, e é, por isso, declarado nulo (art. 1355 cód. civ.), uma vez que é claro que aquele que subordina a eficácia dos seus vínculos ao seu próprio capricho ou ao seu próprio querer arbitrário, não tem a intenção de vincular-se seriamente, pelo que a contraparte não pode ter confiança em tais compromissos. Já não assim, se a condição é resolutiva, porque em tal caso, os efeitos começam logo a produzir-se, mesmo que uma das partes tenha o poder unilateral de os fazer cessar (cfr. por exemplo, o art. 1373.º ou o art. 1500.º cód. civ.).

A condição pode ser *ilícita*; isso acontece «quando torna imediatamente ilícita a operação...», quando tende a remunerar ou a encorajar a execução de actos ilícitos, ou quando tende a influenciar, com incentivos desapropriados, o exercício de liberdades fundamentais» (Trimarchi). Exemplos: X compra a Y um terreno, na condição de chegar a bom fim a obra de corrupção dos funcionários ou dos administradores camarários, necessária para conseguir autorização para edificar, o que a disciplina urbanística da zona não consentiria; A fecha um negócio com B, ou faz-lhe uma doação, na condição (resolutiva) de B não casar com determinada pessoa, malquista de A, ou não se inscrever em certo partido político, que lhe é antipático, ou ainda na condição (suspensiva) de B casar com certa pessoa, ou de se inscrever em determinado partido. Em tais casos, o contrato é nulo (art. 1354.º c. 1 cód. civ.).

Se a condição é impossível, vale dizer, se se refere a um facto que, seguramente, não pode realizar-se, há que distinguir: quando se trata de condição suspensiva, o contrato considera-se nulo e absolutamente privado de eficácia, posto que as partes subordinaram os seus efeitos a um evento que não acontecerá nunca (de modo que tais efeitos nunca se produzirão); se, ao invés, a condição é resolutiva, quer dizer

que o contrato, eficaz desde o início deveria perder eficácia num momento que, por sua vez, nunca chegará: ele continuará, então, a produzir os seus efeitos, como se nenhuma condição lhe houvesse sido aposta (art. 1354.º, c. 2 cód. civ.). (Parcialmente diversa é a disciplina das condições ilícitas e impossíveis apostas a um testamento: art. 634.º cód. civ.).

Durante todo o período em que dura a incerteza sobre a verificação ou não verificação da condição (ou seja, até ao momento em que tal incerteza vem a desfazer-se, ou pela verificação da própria condição, ou pela impossibilidade superveniente da sua verificação, ou pelo vencimento do termo, dentro do qual deveria verificar-se), dá-se o estado de *pendência* da condição. Durante o estado de pendência, a situação em que se encontram os contraentes é muito particular, já que nenhum deles é titular de um direito pleno. Aquele que adquiriu um direito, sob condição resolutiva, ou que cedeu um direito sob condição suspensiva, tornou-se, ou, respectivamente, manteve-se, titular do direito, mas de um direito condicionado: encontra-se, portanto, exposto à contingência de perdê-lo, no caso de a condição se verificar. O mesmo vale para a contraparte, vale dizer para quem alienou um direito sob condição resolutiva ou adquiriu um direito sob condição suspensiva: no primeiro caso este, entretanto, perdeu o direito, mas talvez não definitivamente, porque, ao verificar-se a condição, poderá readquiri-lo, enquanto no segundo caso, não se tornou ainda titular, mas poderá tornar-se, se o evento apontado como condição tiver lugar. Diz-se, então, que tem uma *expectativa de direito*, cuja efectiva realização está ligada à verificação da condição.

No estado de pendência, estas posições das partes e os interesses que se lhes ligam, devem ser equitativamente tutelados. As partes têm um grande e óbvio interesse em poder negociar estas suas posições, cedendo-as (mediante correspondente) a terceiros que nelas subentram. A lei consente-o, estabelecendo que, em tal caso, «os efeitos de qualquer acto de disposição ficam subordinados à mesma condição» (art. 1357.º cód. civ.): se a parte num contrato condicionado cede a um terceiro a sua expectativa, o terceiro só adquirirá o

direito se se verificar a condição; se lhe-cede o próprio direito condicionado, e a condição se verifica, o terceiro perde o direito, assim como teria perdido o seu transmitente.

Por força do art. 1356.º c. - cód. civ., o titular do direito condicionado pode exercê-lo (quem adquiriu um apartamento, sob condição resolutiva, pode, na pendência desta, habitá-lo ou locá-lo; quem adquiriu, sob condição análoga, um lote de acções, pode participar na assembleia, votar e auferir os dividendos), levando a cabo todos os relativos «actos de administração» que a lei lhe permite apesar de, verificando-se a condição, daí resultar a perda do seu direito (art. 1361.º c. 1 cód. civ.). Se de tal modo se garante o interesse do titular do direito condicionado, há todavia que proteger, também, o da contraparte, titular da expectativa. Esta poderia, de facto, ser prejudicada por comportamentos susceptíveis de repercutir-se negativamente sobre o direito em questão, do qual ela espera tornar-se titular. Consente-se-lhe, então, para fazer face a este risco, que pratique «actos conservatórios» (art. 1356.º c. 1 e 2 cód. civ.); assim, se o titular do direito condicionado o exercita de modo a deteriorar a coisa seu objecto e sobre a qual a contraparte tem a expectativa, esta última pode obter a sua apreensão.

E a tutela dos interesses de quem não tem o direito, mas espera adquiri-lo, contra quem o tem, mas espera perdê-lo, assume relevo ainda maior: em termos muito gerais, estabelece-se, de facto, que este último «deve, na pendência da condição, comportar-se *segundo a boa fé* para conservar íntegro o direito da outra parte» (art. 1358.º cód. civ.). Se violar esta obrigação de comportar-se de modo correcto, honesto e responsável, o titular da expectativa pode exigir-lhe o ressarcimento dos danos que, por essa razão, haja eventualmente sofrido (e salvo sempre o seu poder de preveni-lo com adequados actos conservatórios). Se, porém, a incorrecção consiste, em particular, em empenhar-se maliciosamente na não verificação da condição (de modo que, assim, a expectativa do outro não se transforme em direito), as consequências são mais intensas que o simples ressarcimento dos danos: a situação é regulada *como se* a condição se tivesse efectivamente

verificado, a expectativa converte-se em pleno direito (é a chamada *ficção de verificação* da condição: art. 1359.º cód. civ.). A regra tem carácter de reciprocidade: opera também em relação ao titular da expectativa e a favor do titular do direito condicionado.

A incerteza determinada pelo estado de pendência da condição é eliminada quando a condição não se verifica definitivamente (exemplo: decorre o ano estabelecido e o governo continua em funções; passa o mês, e a taxa de desconto não desce), ou então, quando se verifica. No primeiro caso, a situação presente consolida-se: o direito condicionado torna-se direito pleno, a expectativa frustra-se. No segundo caso (verificação das condições), se a condição é suspensiva produzem-se os efeitos do negócio, até então paralizados; se é resolutive os efeitos, até esse momento operantes, cessam.

Por força do art. 1360.º c. 1 cód. civ., é regra geral que a situação determinada pela verificação da condição, considera-se existente, a partir do momento da conclusão do contrato, cancelando-se, por assim dizer, *ex post*, a incerteza do período intermédio (constitui significativa aplicação do exposto a regra do art. 1357.º cód. civ.). Este princípio — designado da *retroactividade real da condição* — sofre, contudo, excepções; de facto, as partes podem dispor diversamente, estabelecendo que os efeitos do contrato ou da sua resolução sejam «reportados a um momento diverso» (art. 1360.º c. 1 cód. civ.); por outro lado, salvo convenção em contrário, a verificação da condição resolutive aposta a um contrato de execução continuada ou periódica «não tem efeito relativamente às prestações já efectuadas» (art. 1360.º c. 2 cód. civ.); assim, se se trata de locação, não devem ser restituídas as rendas pagas no período de eficácia do contrato ainda que tal período deva considerar-se «cancelado», por força da retroactividade; por fim, os frutos percebidos com base no contrato são, em regra, «devidos desde o dia em que a condição se verificou» (art. 1361.º c. 2 cód. civ.).

2.4. A simulação do contrato

Das páginas precedentes deveria resultar, de modo claro, a importância do papel que a vontade dos contraentes desempenha, em ordem à determinação de um regulamento contratual que adira, tanto quanto possível, aos seus interesses e objectivos, segundo o princípio da autonomia privada. Mas, a seu tempo, (*retro*, cap. II, 2.4.) sublinhou-se que para ser eficaz, a vontade contratual deve-se tornar socialmente cognoscível, deve ser manifestada numa declaração; e é, em linha de princípio, a vontade tal como resulta, objectivamente, da declaração, não já tal como se forma no «foro íntimo» do contraente, a assumir relevância jurídica e a determinar os efeitos do contrato. Daqui a importância — mesmo em ordem à garantia dos programas da autonomia privada e à sua efectiva e plena realização — que a vontade declarada corresponda de veras à vontade real do contraente, e assim respeite os seus reais interesses e objectivos; daqui a exigência de remédios apropriados para as hipóteses em que a declaração não reflita fielmente a vontade (os interesses, os objectivos) das partes, e tal divergência corra o risco de determinar efeitos contratuais diversos e contrastantes relativamente àqueles que seriam necessários para realizar os programas económicos a ser prosseguidos. A não ser assim, o contrato, em vez de funcionar como instrumento ao serviço da autonomia privada, acabaria por trai-la e subvertê-la.

Deste ponto de vista são muito significativos e importantes os casos em que o contraente declara como sua vontade contratual coisas que não correspondem à sua efectiva vontade (ou melhor, aos seus efectivos programas e interesses), seja porque incorreu em erro sobre qualquer elemento essencial da operação (erro), seja porque foi enganado pela contraparte ou por um terceiro (dolo), seja porque recebeu ameaças constringindo-o àquela declaração, desconforme com os seus reais intentos (coacção). São estas as hipóteses reunidas sob a indicativa fórmula dos «vícios da vontade», aos quais daremos atenção no próximo capítulo.

Em tais hipóteses — é claro — a divergência entre declaração contratual das partes e os efeitos que se lhes ligam, por um lado, e os programas por estas efectivamente prosseguidos, por outro, é de todo involuntária e, como tal, inconsciente, contrastando, em regra, com os interesses das próprias partes, prejudicando o correcto funcionamento dos mecanismos da autonomia privada. Numa lógica completamente diferente, insere-se, ao invés, uma outra hipótese, que numa valoração superficial e extrínseca, pareceria poder associar-se à figura dos vícios da vontade, no sentido de que também nela a declaração não reflecte os reais programas, objectivos e interesses das partes: a hipótese da *simulação*. Na simulação, na verdade, tal divergência é conscientemente querida e deliberadamente procurada pelos contraentes, que, justamente através dela, prosseguem os seus planos e actuam as opções conformemente aos seus interesses. Diversamente dos vícios da vontade, que se apresentam, em substância, como adversários da autonomia privada, a simulação constitui um instrumento desta.

Até através da simulação, os contraentes declaram querer um certo regulamento contratual, quando, na realidade, estão de acordo em não querer nenhum ou em querer um diverso do declarado. Para tal fim, é necessário que, ao lado da declaração, à qual corresponde o *contrato simulado* e, portanto, simplesmente falso, as partes emitam *uma contradecaração*, que enuncie a sua vontade real. Cria-se, assim, uma *situação aparente*, destinada, na intenção das partes, a enganar os terceiros (o contrato simulado), por detrás de cuja aparência está a *situação real*, que corresponde aos efeitos e ao programa efectivamente querido pelas partes: esta pode consistir na produção de efeitos diversos dos ficticiamente declarados (simulação *relativa*) ou na ausência de todo o efeito contratual, se as partes, declarando fazer um contrato, declararem, depois, que, na realidade, não tencionavam fazer nenhum. Exemplo desta última hipótese (dita de simulação *absoluta*): A finge doar bens seus a uma instituição de beneficência, para parecer generoso ou para fazer crer ao fisco que é titular de um património menos consistente, quando na realidade con-

serva a propriedade desses bens; X simula com Y adquirir-lhe um imóvel para poder ostentar a propriedade do mesmo perante terceiros, fazer assim crer a estes que é solvente e obter crédito, quando na realidade o proprietário permanece Y.

Quando a simulação é relativa, o regulamento real que as partes querem manter oculto (chamado *contrato dissimulado*) pode diferir do aparente, ou pelo tipo de contrato ou pelo seu objecto, ou pelos sujeitos que neles estão envolvidos. Exemplos: A doa a B, mas as partes escondem a doação sob a aparência de uma venda, sujeita a um regime fiscal menos rigoroso e subtraída às eventuais pretensões dos herdeiros de A (cfr. o art. 555.º c. 1 cód. civ.); C e D estipulam uma compra e venda por um dado preço (real), resultante de contradecarações, enquanto que a declaração enuncia um preço (aparente) inferior, para assim defraudar o fisco sobre o imposto devido pela transferência; X declara vender a Y, mas as partes contradecaram que o real adquirente é Z, participante do acordo, o qual não quer figurar como tal frente a terceiros, e por isso se serve de Y como testa de ferro.

De facto, em grande número de casos, as partes prosseguem fins ilícitos com a simulação: fraude ao fisco, fraude aos direitos dos credores e dos outros terceiros, fraude à lei (com a simulação do contrato de sociedade, e a consequente criação de um ente societário encobrindo, na realidade, um único sujeito, pode-se, por exemplo, visar iludir o princípio da responsabilidade ilimitada do devedor, consagrado no art. 2740.º cód. civ.). Não pode, todavia, excluir-se que a iniciativa simulatória corresponda a objectivos lícitos: pense-se no caso de quem, assediado pelos pedidos de parentes necessitados de dinheiro, finge despojar-se do seu património, simulando grandes doações a entes de beneficência; ou no caso de quem simula a inscrição num partido político do agrado do seu patrão, com o fim de cativar a sua simpatia; ou no caso do comerciante que, querendo, na realidade, fazer a um seu cliente, um desconto sobre os preços habituais, sem, por outro lado, demonstrar fazer discriminação entre os adquirentes dos seus produtos, simula no contrato vender-lhe a preço corrente.

Nas relações entre as partes «o contrato simulado não produz efeito» (art. 1414.º c. 1 cód. civ.): é uma regra de respeito pela autonomia privada, uma vez que as partes deliberadamente lhe excluíram a operatividade. Mas se se trata de simulação relativa, «tem efeito, entre estas, o contrato dissimulado, desde que nele estejam preenchidos os requisitos de substância e de forma» (art. 1414.º c. 2 cód. civ.). Assim, se A e B simulam uma venda, na realidade inexistente, a propriedade do bem não passa para B, e A não adquire qualquer direito ao pagamento do preço. Mas se por detrás da aparente compra e venda se esconde, por força de oportuna contra-declaração, uma doação, então esta tem valor entre as partes (B adquire o bem sem estar obrigado a nenhum correspondivo, e à operação aplicam-se as regras dos arts. 769.º e segs. cód. civ.): desde que, porém, que o contrato tenha sido concluído por acto notarial, na presença de duas testemunhas, que não tenha sido estipulado pelo pai ou pelo tutor em representação do incapaz de agir (art. 777 c. 1 cód. civ.), que o seu objecto não seja um bem futuro (art. 771 c. 1 cód. civ.), que a transferência não seja a favor do tutor do transferente, antes da aprovação das contas (art. 779.º c. 1 cód. civ.) e assim por diante.

Mas a disciplina da simulação é, no conjunto, mais inspirada na *exigência de tutela de terceiros* e de não frustração da confiança nestes suscitada pela situação aparente a que as partes deram vida.

Em princípio, «os terceiros podem fazer valer a simulação contra as partes, quando ela prejudica os seus direitos» (art. 1415.º c. 2 cód. civ.): portanto, os credores de quem fingiu uma venda na realidade inexistente (simulador alienante), os herdeiros de quem simulou uma transferência onerosa para encobrir uma doação, ou o terceiro que adquiriu do simulador alienante o mesmo bem objecto do contrato simulado, têm interesse em que a situação real se revele e prevaleça sobre a situação aparente; estes podem obter tal, e assim intentar uma acção executiva sobre bens do devedor ficticiamente transferidos, ou uma acção destinada a reintegrar a sua quota legítima (art. 555.º c. 1 cód. civ.), ou a reivindicar a propriedade

da coisa adquirida: os interesses destes terceiros prevalecem, assim, sobre os das partes.

A situação muda, contudo, quando estes terceiros (adquirente ou credor do simulador alienante) se encontram em conflito com outros terceiros, que tenham adquirido direitos do simulador adquirente, que falsamente lhes aparecia como titular. Se estes estavam *de boa fé*, isto é acreditavam — por efeito da aparência criada com o contrato simulado — negociar com o verdadeiro titular do direito, a sua confiança na eficácia da aquisição é tutelada pela lei, segundo a qual «a simulação não pode ser oposta nem pelas partes contraentes, nem pelos adquirentes ou pelos credores do simulador alienante, aos terceiros que, de boa fé, adquiriram direitos do titular aparente» (art. 1415.º c. 1 cód. civ.). Para dar um exemplo: se A vende simuladamente a B, em seguida A vende o mesmo bem a X e B vende-o a Y, a propriedade do bem pertence a Y, desde que este estivesse de boa fé. É claro que deste modo se derroga o rigor dos princípios: de acordo com estes, deveria concluir-se que, sendo A o verdadeiro proprietário, é reconhecida eficácia à aquisição de X e já não à de Y, que adquiriu de quem não era proprietário. O facto é que aqui, como noutros casos, a lei — por razões de oportunidade ligadas à exigência de tutelar a confiança de terceiros e com esta, o mais célere e seguro desenvolvimento do tráfego — faz *prevalecer a aparência sobre a realidade*.

Por análogas razões de tutela de confiança — desta vez dos *credores* — a situação aparente prevalece sobre a situação real por força da norma (arts. 1416.º c. 1 cód. civ.) que impede os contraentes de opôr a simulação — e, portanto, de fazer valer a realidade — contra os «credores do titular aparente que, de boa fé, tenham levado a cabo actos de execução sobre bens que constituem objecto do contrato simulado». Concretamente: se A vender simuladamente um bem a B, os credores deste que, confiando na aparência, pedirem a sua penhora, podem satisfazer por ele os seus créditos, mesmo se tal bem, na realidade, não pertence ao seu devedor. No conflito entre credores do simulador adquirente e credores do simulador alienante, inversamente, prevalecem estes últimos, sempre que

o seu crédito seja anterior ao acto simulado: aqui pressupõe-se, de facto, que os primeiros não levaram a cabo nenhum acto, nem consumiram nenhuma iniciativa capaz de justificar uma sua confiança merecedora de tutela; diferente seria se, para garantia do seu crédito, tivessem constituído sobre o bem em questão um penhor ou uma hipoteca (art. 1416.º c. 2.º cód. civ.).

O art. 1417.º cód. civ. disciplina a prova da simulação, estabelecendo em que casos é possível provar, por meio de testemunhas, que um certo regulamento contratual é apenas fictício, e que a situação realmente querida pelas partes é diversa da aparente.

3. AS VALORAÇÕES DO JUIZ COMO FONTE DO REGULAMENTO CONTRATUAL

3.1. Juiz e lei, interesses privados e interesse público na determinação do regulamento contratual

Sabemos já que o regulamento contratual resulta de um *concurso de fontes*, que, em vária medida e forma, participam na sua construção: à vontade das partes podem juntar-se ou sobrepor-se outras fontes. Mas aquelas que definimos «outras fontes», diversas da vontade dos contraentes, constituem um conjunto de critérios de determinação do conteúdo do contrato, pouco homogéneo. Diferem profundamente entre si, sob dois aspectos diversos: em primeiro lugar, de um ponto de vista, por assim dizer, *procedimental* ou aplicativo, isto é atinente ao modo pelo qual estes critérios intervêm operativamente na construção do regulamento; em segundo lugar, de um ponto de vista *substancial*, quer dizer, relativo às suas funções e posições face à autonomia privada, ou, se se preferir, à natureza dos interesses de que são veículo.

Sob o primeiro aspecto, as fontes de determinação do regulamento contratual, diversas da vontade das partes, podem reconduzir-se a dois tipos fundamentais. Sendo certo que a

operatividade de todas estas fontes pressupõe a intervenção combinada da lei e do juiz, pois cada uma delas encontra o seu fundamento numa determinada prescrição legislativa, sendo também que, nenhuma delas pode produzir, em concreto, os seus efeitos senão através de uma tomada de posição judicial, pode-se de facto considerar no seu âmbito, uma espécie de *repartição de papéis entre o juiz e a lei*: no sentido em que, de um lado, se colocam as hipóteses em que a norma que intervém na determinação do regulamento é (embora necessariamente activada pelo juiz) suficientemente rígida e pontual no seu conteúdo, isto é, exprime a valoração e a escolha do legislador de modo suficientemente unívoco para excluir, ou reduzir ao mínimo, a necessidade e a própria possibilidade de valoração amplamente discricionária do órgão julgador, e neste sentido, para determinar um completo — ou pelo menos muito importante — automatismo do juízo (assim acontece com a grande parte das normas imperativas): do outro lado, estão as hipóteses nas quais a determinação do regulamento se procura através da aplicação de regras formuladas de modo genérico, indeterminado, elástico, para consentir — ou até impor — ao juiz, o exercício de um amplo poder de valoração autónoma, e assim reservar-lhe uma grande margem de apreciação discricionária: exemplos: as noções de ordem pública ou de bons costumes, ou as normas que requerem do juiz determinações «segundo a equidade» (fala-se então, para alguns destes concretos casos elásticos e esfumados, de «cláusulas gerais»). No primeiro caso poderá dizer-se que a verdadeira fonte de determinação do regulamento contratual é, sem mais e directamente, a lei, a escolha operada pelo legislador; enquanto que no segundo caso a determinação do regulamento deverá reconduzir-se fundamentalmente à actividade valorativa do juiz.

Mas, como se disse, no âmbito das fontes de determinação do regulamento contratual diversas da vontade das partes, a esta distinção acrescenta-se uma outra, que intercepta horizontalmente a primeira. De um lado estão, de facto, as fontes e os critérios que se colocam institucionalmente em *contraste com a autonomia privada* das partes, pois exprimem uma lógica diversa da do mero interesse individual daquelas, e introduzem

no regulamento contratual a consideração de valores e objectivos que não coincidem com a maximização das vantagens que cada parte espera do contrato, ou com a realização dos seus programas: dispondo que os privados são livres de determinar o conteúdo do contrato, mas só «nos limites impostos pela lei», o art. 1322.º c. 1 cód. civ. reconduz a série destas fontes, com uma fórmula de síntese, à categoria da lei, na qual tradicionalmente se reconhece o lugar clássico e privilegiado de codificação do interesse público. Do outro lado, existem as fontes e os critérios de determinação do conteúdo contratual que operam, ao invés, em função de *subsídio e do suporte da autonomia privada*, suprimindo as lacunas de uma vontade falta e integrando o regulamento segundo uma lógica que não lhe contradiz os programas, procurando antes favorecer-lhe a mais plena e correcta realização: já assinalámos — e repetimos agora — que fonte diversa da vontade das partes não significa, necessariamente — fonte contrária à vontade e aos interesses das partes, mas pode, pelo contrário, significar fonte respeitadora destes últimos e com os mesmos homogénea: dogma da vontade e tutela da autonomia privada não coincidem, porque esta última pode ser substancialmente garantida, mesmo prescindindo da vontade dos contraentes.

Resumindo: As determinações do regulamento contratual operadas pela vontade das partes exprimem sempre os poderes de autonomia privada, e, portanto, os interesses desta. As fontes diversas da vontade das partes podem, diferentemente, operar segundo estas variantes: *a)* valorações legais contrastantes com a autonomia privada; *b)* valorações legais homogéneas e instrumentais da autonomia privada; *c)* valorações judiciais contrastantes com a autonomia privada; *d)* valorações judiciais homogéneas e instrumentais da autonomia privada.

Ocupámo-nos nesta secção das valorações judiciais; trataremos, na próxima, das valorações legais (segundo o sentido convencional que atribuímos a esta fórmula).

3.2. A interpretação do contrato

Uma primeira forma de intervenção externa sobre o regulamento contratual construído pelas partes pode encontrar-se na interpretação do mesmo, efectuada pelo juiz. Observando as coisas de modo realista, na verdade, os efeitos contratuais que, concretamente, vinculam as partes e lhes determinam as posições jurídicas não são tanto os efeitos que correspondem ao regulamento *tout court*, mas sobretudo os que correspondem ao regulamento, *tal como é interpretado pelo juiz*, lançando mão das directivas e dos critérios fixados pelo legislador, com carácter geral.

Muitas vezes, de facto, interpretar o contrato constitui uma verdadeira e própria necessidade, se se quiser dar ao mesmo uma actuação concreta e assim realizar, efectivamente, a operação económica que lhe corresponde. Por exemplo, acontece muitas vezes que, no momento de executar o contrato, nascem entre as partes controvérsias sobre o modo como deve entender-se esta ou aquela frase, esta ou aquela palavra contida no texto do contrato e a que cada uma das partes sustenta dever-se atribuir o significado mais conforme aos seus próprios interesses. Pense-se no caso de um contrato, pelo qual A vende a B, por um determinado preço, um certo número de «acções *Pirelli*» sem outra precisão, e imagine-se, que, no momento de transferir efectivamente as acções para o novo titular, surge discussão entre as partes, porque A afirma que o negócio respeitava a acções ordinárias (cuja cotação na bolsa é, por hipótese, mais baixa), enquanto B, ao contrário, sustenta que tencionava adquirir acções privilegiadas, e que deste modo deve entender-se a fórmula usada no contrato.

É claro que situações como esta não são raras, devido ao facto de, nem sempre, as partes, ao formular o texto do regulamento contratual, empregarem expressões tão precisas, unívocas e completas como seria necessário para excluir qualquer dúvida em torno do seu significado, mas, as mais das vezes, usam palavras ou fórmulas linguísticas aproximativas, laounosas, ambíguas, cujo real significado não é fácil de determinar: até porque uma mesma expressão pode ser entendida

de diferentes modos conforme o tempo, o lugar, as circunstâncias nas quais o declarante a formulou e o destinatário a recebeu, e em modos também diversos, consoante o grau de cultura, das competências profissionais específicas, os particulares usos linguísticos da região e o ambiente social, ao qual pertencem declarante e destinatário da declaração. É assim compreensível que cada contraente seja tentado (consciente ou inconscientemente) a retirar, para si próprio, vantagens da ambiguidade e das incertezas que, desse modo, se criam, tentando impor a interpretação que lhe é mais favorável. Mas é, por outro lado, claro que por esta via — se nenhum dos contraentes renuncia a fazer valer a sua interpretação, ou se, de qualquer maneira, estes não acordam sobre uma interpretação comum — a operatividade do contrato, do negócio, vem a ser paralizada. E assim permanece até que uma autoridade imparcial (em regra o juiz, solicitado por um dos interessados) declare, com força vinculante para as partes, qual é o sentido a reconhecer à expressão controversa, e assim solucione o conflito surgido. Na procura do significado a atribuir ao regulamento contratual, no individualizar, em concreto, a medida e a qualidade das obrigações que respeitam a cada parte, consiste justamente a operação judicial de interpretação do contrato.

Os critérios de interpretação do contrato (que são, pois, *critérios de escolha entre vários significados possíveis* da expressão controversa) são estabelecidos, pela lei, através duma série de normas (os arts. 1362.º-1371.º do cód. civ.) que constituem, para o intérprete, não já indicações genéricas ou simples sugestões, mas prescrições juridicamente vinculativas, com as quais o intérprete é obrigado a conformar-se.

O primeiro destes critérios impõe «indagar qual tenha sido a *intenção comum* das partes» (art. 1362.º c. 1 cód. civ.). Trata-se duma *regra de respeito pela autonomia privada*: vale a escolha feita pelas partes, e, em princípio, é excluída a atribuição ao contrato de um significado diverso daquele que corresponde às suas livres determinações. E mais ainda: a autonomia privada é protegida, por assim dizer, mesmo contra si própria, porque a lei quer salvaguardar o espírito autêntico,

a substância real da operação levada a cabo pelas partes, onde esta tenha sido traída e falseada por uma formulação verbal imperfeita do texto do contrato, ainda que este não deixe aparentemente espaço, no seu teor objectivo, a equívocos e incertezas. Assim, se as partes tiverem usado uma expressão que, segundo o entendimento comum, tem um certo significado, mas se conclui que estas, concordantemente, tiveram a intenção de atribuir-lhe um significado diverso, é este último que prevalece: por lei, de facto, a interpretação não deve «limitar-se ao sentido literal das palavras» (art. 1362.º c. 1 cód. civ.).

Procurar a «comum intenção das partes» *não equivale a desenvolver uma tarefa de introspecção mental*, não significa individualizar as atitudes psíquicas e volitivas reais e concretas das partes, no momento da conclusão do contrato. Uma tal procura não seria, evidentemente, possível e, em certo sentido, seria também falha de objecto: é, na verdade, realista supor que, quando as partes se declaram de acordo sobre um certo texto contratual, tenham, relativamente àquele, «ideias» diferentes, «pensem» e «queiram» coisas diferentes, assim como diferentes, senão contrapostos, são os interesses que, com o contrato, cada uma prossegue, e, diferentes e contrapostos, os pontos de vista dos quais — em função de tais interesses — cada uma considera o regulamento contratual. Por isso, proceder à interpretação do contrato em termos de exploração da esfera psíquica dos contraentes não pode senão conduzir a resultados inconvenientes e arbitrários.

Que a procura da «comum intenção das partes» não deva consistir nisso, resulta, de resto, da própria lei, que, claramente, subordina tal indagação ao uso de critérios de juízo objectivos e muito longe dos moldes da introspecção psicológica: em particular, o intérprete deve «valorar o seu comportamento global, mesmo posterior à conclusão do contrato» (art. 1362.º c. 2 cód. civ.), e, conseqüentemente, analisar o desenvolvimento das negociações, o curso de relações análogas havidas anteriormente entre as mesmas partes, a modalidade na qual se procede à execução do contrato, etc. (se por exemplo um contraente executa o contrato de determinado modo, não contestado pelo outro, a este último será difícil

sustentar, depois, que a verdadeira interpretação do contrato é uma outra, que a «comum intenção das partes» pressupunha um diverso modo de execução). E o significado que, segundo a «comum intenção das partes», deve atribuir-se a uma dada cláusula, bem pode resultar dum confronto com o que, nas outras cláusulas, é previsto, no quadro de uma interpretação global de todo o contrato (art. 1363.º cód. civ.). Indicações precisas são, também, fornecidas relativamente ao modo como se entendem as «expressões gerais» usadas no contrato (art. 1364.º cód. civ.) e sobre o valor a atribuir às exemplificações a que nele se recorre (art. 1365.º cód. civ.).

Os critérios até aqui mencionados (arts. 1362.º-1365.º) regulam aquela que costuma denominar-se *interpretação subjectiva* do contrato: quer dizer a interpretação destinada a fixar a «comum intenção das partes» sobre a base de declarações e comportamentos imediatamente referidos às próprias partes. Pode, todavia, acontecer que, não obstante um emprego apropriado destes critérios, o intérprete não consiga reconstruir, de modo atendível, tal «comum intenção», e que, por isso, o texto do contrato permaneça ainda obscuro ou ambíguo. Neste caso, o problema de atribuir um significado à declaração contratual, deixado insolúvel pelo insucesso dos critérios de interpretação subjectiva, pode ser encarado com o recurso a outros cânones interpretativos, que já não se propõem procurar uma «comum intenção» que resultara inaceitável, mas simplesmente dar ao contrato o sentido, entre os expostos em juízo pelas partes, que melhor corresponda a valores de objectiva sensatez, equidade, funcionalidade. Estes cânones hermenêuticos, ditos de *interpretação objectiva*, encontram-se codificados nos arts. 1366.º-1371.º cód. civ.

Recordemos, entre eles, o princípio do art. 1366.º cód. civ., segundo o qual «o contrato deve ser interpretado segundo a boa fé» (se, por exemplo, A sabia que B, ao concluir o contrato, lhe havia atribuído um certo significado, julgando-o compartilhado também por A, este não poderá pretender fazer valer um significado diverso); ou o princípio da «conservação» do contrato, consagrado no art. 1367.º cód. civ. (com base neste, suponhamos, se uma cláusula de exoneração da responsabi-

lidade é formulada de modo tão ambíguo que não deixa transparecer se é destinada a cobrir também a responsabilidade por culpa grave ou só a que resulte de culpa leve, prevalece esta última interpretação, já que, no primeiro caso, a cláusula seria desprovida de efeitos, por força do art. 1229.º cód. civ.); ou a regra do art. 1368.º cód. civ., que privilegia os usos do «lugar em que o contrato foi concluído» e, se uma das partes é empresário, os do «lugar da sede da empresa» (uma norma na qual tipicamente se exprime o favor do ordenamento pelos empresários); ou ainda o princípio de que as cláusulas ambíguas contidas nas condições gerais do contrato ou nos modelos standard utilizados por um dos sujeitos para regular de modo uniforme uma série de relações homogêneas com uma massa de outros sujeitos, se interpretam no sentido mais favorável à parte à qual são impostas (art. 1370.º cód. civ.); ou por fim as «regras finais», que recorrem como que à extrema ratio do procedimento legislativo, e com base nas quais o contrato que permaneça obscuro «deve ser entendido no sentido menos gravoso para o obrigado, se é a título gratuito, e no sentido que realize a conformação equitativa dos interesses das partes, se é a título oneroso» (art. 1371.º cód. civ.).

É claro que, através do uso dos critérios de interpretação objectiva (a que — repita-se — pode recorrer-se, apenas, se o prévio emprego dos critérios de interpretação subjectiva não permitiu a identificação da «comum intenção das partes», e deixou, por isso, subsistir a ambiguidade do texto contratual) ao regulamento acordado pelas partes, acabam sempre por sobrepor-se determinações estranhas à sua vontade, quando não contrárias a estas. Neste sentido, a actividade do juiz que procede à sua aplicação pode bem encarar-se como uma fonte de determinação do regulamento contratual, diversa da livre e voluntária autodeterminação dos interesses privados. É necessário, todavia, precisar que se trata, em qualquer caso, de uma fonte que *não se coloca em posição e papel antagónico à autonomia privada*, que não se destina à tutela do interesse público em confronto com os interesses privados dos contraentes; pelo contrário, integra as lacunas da autonomia privada, supre os modos deficientes do seu exercício, e permite-lhe

funcionar apesar destes, respeitando, assim, a lógica e o espírito das suas escolhas. Daqui resulta que devem considerar-se, em linha de princípio, inadmissíveis as iniciativas do juiz que, com o pretexto de interpretar um contrato, atribuam a este um significado que resulte positivamente não partilhado por nenhuma das partes, com a motivação (confessada ou inconfessada) de aquele significado ser mais desejável, do ponto de vista do interesse geral: interpretar um contrato é coisa diferente de modificá-lo. Modificar um contrato, mesmo contra a vontade das partes, é em muitos casos possível: mas não fingindo interpretá-lo.

A actividade judicial de interpretação do contrato, na verdade, não faz parte dos instrumentos destinados a realizar e fazer valer o interesse público quando este esteja em contraste com as escolhas contratuais dos sujeitos privados: a este objectivo são dirigidos outros instrumentos jurídicos, diferentes da interpretação, que examinaremos em breve.

3.3. A equidade e os poderes do juiz

O art. 1374.º cód. civ. dispõe que «o contrato obriga as partes não só ao que no mesmo é expresso, mas também a todas as consequências que dele derivam segundo a lei, ou, na omissão desta, os usos ou a equidade». A norma identifica, assim, sinteticamente, aquilo que costuma definir-se como as *fontes de integração do contrato*, e, assim, o conjunto das determinações que concorrem para a construção do regulamento contratual juntamente com a vontade das partes (umas vezes associando-se a esta, outras — como veremos — substituindo-se-lhe). Remetendo para o número 4 deste capítulo o tratamento da «lei» e dos «usos», ocupamo-nos, agora, da «equidade»: mais precisamente, dos poderes do juiz de enriquecer e precisar, com base nesta, as determinações do regulamento contratual, introduzindo-lhe previsões e associando-lhe efeitos objectivamente não reconduzíveis à vontade dos contraentes.

A atribuição ao juiz do poder de integrar o regulamento contratual sobre a base de princípios de equidade, constitui o aspecto eminente de uma tendência mais geral, acentuada no código civil de 1942, de reconhecer ao juiz a possibilidade de resolver as controvérsias trazidas até si, usando o critério das valorações equitativas, a par do «direito estrito». Esta tendência é documentada por numerosas normas do código, atinentes, de modo particular, justamente à matéria dos contratos: cfr. os arts. 1226.º, 1371.º, 1384.º, 1447.º, 1467.º c. 3, 1468.º, 1526.º c. 1, 1660.º, 1664.º c. 2, 1733.º, 1736.º, 1738.º, 1749.º c. 2, 1751.º c. 1, 1755.º c. 2, 2109.º c. 2, 2110.º, 2118.º c. 1 cód. civ. Ela corresponde a um fenómeno — que parece caracterizar muitos ordenamentos contemporâneos — de *ampliação dos poderes do juiz* e de exaltação da sua capacidade de valorar factos e situações de modo responsável e autónomo, à luz de princípios gerais mais do que em aplicação mecânica de previsões legais analíticas e casuísticas.

Mas que significa, em concreto, a determinação «equitativa» do regulamento, contemplada pelo art. 1374.º cód. civ.? Parece consistir em o juiz, chamado a definir as situações complexas de direitos e deveres que, para as partes, derivam do regulamento contratual, estar legitimado a atribuir, para esse fim, relevância a todas as *circunstâncias* — externas ao mesmo regulamento, porque não tomadas em consideração naquele e, como tal, não assumidas pelas partes como sua «vontade» contratual — que ele, face «a um ponto não resolvido pelo regulamento contratual», considerará, com a sua valoração discricionária, «idóneas a permitir a solução que pareça mais harmónica com a operação desenvolvida no seu conjunto» (Rodotà): ainda que tal solução não resulte imediatamente do teor das cláusulas acordadas entre as partes.

Mas ainda aqui se deve acrescentar que, uma tal valoração equitativa, embora introduzindo determinações no regulamento contratual e associando-lhe efeitos não «queridos» pelas partes, opera só para suprir as previsões lacunosas do texto entre elas convencionado e, assim, em definitivo, para garantir que, não obstante tais lacunas, o negócio prosseguido possa realizar-se adequadamente, no respeito substancial pelo

espírito e pela lógica nos quais os contraentes o pretendiam informado. Não é, pelo contrário, permitido ao juiz valer-se dos seus poderes de equidade para *modificar o contrato e fazer derivar dele consequências contrárias à composição de interesses* em que as partes fundaram a operação. Tal como a interpretação, também a valoração segundo a equidade não constitui, na verdade, instrumento com o qual o juiz possa fazer valer o interesse público contra as escolhas da autonomia privada que se lhe revelem contrárias.

No mesmo espírito — de subsídio da autonomia privada, não de conflito com esta — devem entender-se, pois, aquelas normas que conferem ao juiz poderes de determinação concreta do regulamento contratual, em relação a pontos deste que não resultem definidos nem definíveis, com base na vontade das partes e nas outras fontes de integração do contrato. Tais hipóteses referem-se, frequentemente, à fixação de um termo (cfr., por exemplo, os arts. 1183.º, 1331.º c. 2, 1817.º cód. civ.), mas podem respeitar a aspectos mais substanciais e importantes da operação contratual: por exemplo, o próprio objecto do contrato (cfr. o art. 1349.º c. 1 cód. civ.) ou a escolha entre as prestações devidas numa «obrigação alternativa» (art. 1286.º c. 3 cód. civ.), ou a medida da contraprestação (cfr. os arts. 1657.º para a empreitada, 1751.º c. 2 para a mediação, 1709.º para o depósito, 1733.º para a comissão, 2225.º para o contrato de prestação de serviços manuais, 2233.º c. 1 para o contrato com o profissional liberal intelectual).

Sublinhe-se, ainda, que em todos estes casos a autónoma determinação do juiz intervém, *supletivamente*, só na falta de determinação voluntária das partes, com o fim de secundar, ou até permitir, a completa realização do negócio. A uma *lógica diferente* correspondem, pelo contrário, os poderes de apreciação e determinação discricionária que o juiz exerce, por força de normas como o art. 1384.º cód. civ. (segundo o qual a pena fixada por acordo das partes para o caso de incumprimento, em determinados casos e sob determinadas condições «pode ser reduzida equitativamente pelo juiz») ou o art. 1526.º cód. civ. (que autoriza o juiz a «reduzir a indemnização» que num contrato de venda com reserva de propriedade

o comprador se obrigou a pagar ao vendedor, na hipótese de resolução pelo seu incumprimento). Aqui, a vontade das partes sobre o ponto existe e é clara: e, todavia, o juiz tem o poder de modificar aquilo que elas estabeleceram por acordo, interferindo, assim, sobre as suas escolhas de autonomia privada. Neste sentido, trata-se de hipóteses particulares que se aproximam — quanto ao seu papel e aos objectivos que nelas prossegue a valoração judicial — daquelas, de alcance mais geral, que nos propomos agora tratar.

3.4. *Ordem pública e bons costumes*

Ao juiz, na realidade, são facultados também instrumentos que lhe permitem controlar o regulamento contratual elaborado pelos sujeitos privados, e interferir, eventualmente, nas suas determinações, *já não segundo uma lógica solidária com as escolhas da autonomia privada* (como se viu acontecer com a interpretação e com o juízo de equidade) *mas, ao invés, segundo uma lógica de potencial antagonismo relativamente a ela*: são os instrumentos, através dos quais o juiz avalia se a operação realizada com o contrato se coloca, nalguma sua faceta, em conflito com os objectivos fundamentais e valores de natureza ética, social, económica, pelos quais se rege o ordenamento jurídico, ou até com as contingentes escolhas políticas do legislador — por outras palavras, se os interesses privados prosseguidos com o contrato violam o interesse público, o interesse geral da colectividade.

Quando o juiz chega a uma conclusão deste tipo, as consequências jurídicas são profundamente diferentes daquelas que se produzem nos casos em que o juiz se encontra perante uma cláusula ambígua, ou uma lacuna do regulamento contratual, que pode ser colmatada dando relevância a circunstâncias nele não consideradas. Já não se trata, de facto, de apurar um possível significado razoável da cláusula controversa, nem de aplicar soluções sugeridas por uma análise mais atenta do conjunto de factores e elementos concretos, em que se insere a conclusão daquele contrato. Trata-se ao

invés, de cancelar radicalmente o contrato, ou a parte deste, que se julga contrária ao interesse público. O contrato (ou parte dele) é agora declarado nulo: os efeitos jurídicos esperados pelas partes não se produzem, a operação fica paralizada, o negócio prosseguido pelas partes não se realiza.

Deste modo, o ordenamento jurídico reserva-se um poder geral de *controle sobre operações contratuais* realizadas pelos sujeitos privados: não as reconhece nem as tutela de modo indiscriminado, mas só após ter verificado que não contrariam os seus fins e os seus valores. O exercício deste controlo é organizado com base numa espécie de *repartição de papéis entre a lei e o juiz*. Em muitos casos encarrega-se directamente o legislador de declarar — com normas precisas, analíticas, referidas a hipóteses bem individualizadas — que aquele determinado contrato ou aquela determinada cláusula contrariam o interesse público, e são, por isso, proibidos, sendo a sanção a nulidade: assim, para dar alguns exemplos, o art. 1501.º cód. civ. dispõe que, na venda de bens móveis a retro, o termo acordado pelas partes para o exercício da resolução não pode ser maior que dois anos; o art. 1681.º c. 2 cód. civ. estabelece que nos contratos de transporte de pessoas, não podem inserir-se «cláusulas que limitem a responsabilidade do condutor pelos danos que atinjam o passageiro»; o art. 166.º bis cód. civ. (introduzido pela lei de reforma do direito de família) proíbe radicalmente «qualquer convenção que, de algum modo, tenda à constituição de bens dotais»; e assim sucessivamente. Previsões legislativas deste género — que, como sabemos, tomam o nome de normas «imperativas» ou «inderrogáveis» — são em grande número no código civil e também na legislação especial.

Mas o controlo de conformidade entre operações contratuais dos particulares e as directivas de interesse público que o ordenamento jurídico faz suas, não pode ser exercido só na base da casuística de proibições específicas, resultantes do conjunto das normas imperativas, pois, nesse caso, arriscar-se-ia a ser lacunoso e insuficiente. O legislador não pode prever tudo, e, com o evoluir das condições sócio-económicas, podem manifestar-se exigências, situações, problemas, que não

existiam antes, e, que, nas normas vigentes, não são tomados em consideração; por outro lado, o processo de adequação da legislação tem, por certo, ritmos mais lentos do que os que marcam os processos de transformação social. Pode, portanto, acontecer que determinadas operações contratuais, ou modalidades particulares destas, sejam de considerar — no contexto histórico presente — socialmente reprováveis ou economicamente indesejáveis ou, de qualquer forma, contrárias àqueles que se julgam ser os interesses da colectividade, sem que, todavia, resultem especificamente proibidas por alguma disposição da lei. É, no entanto, claro que serão, em qualquer caso, reprimidas e declaradas nulas. Um tal resultado pode obter-se, se a par do conjunto de normas imperativas formuladas em termos pontuais e analíticos, o sistema contiver também *disposições proibitivas formuladas em termos suficientemente amplos, genéricos e elásticos*, para poderem aplicar-se a uma série aberta de situações não identificadas previamente na sua individualidade, de forma a cobrir também hipóteses singularmente não previstas e mesmo não previsíveis antecipadamente.

A concreta identificação das situações e das hipóteses que, deste modo, venham a ver atingidas respeita então ao *juiz*, que, através de tais normas (*cláusulas gerais*), vê ampliad os seus poderes de valoração e decisão discricionária, e ao mesmo tempo exaltada a sua autonomia e a sua responsabilidade. Normas deste género estão presentes no nosso ordenamento (como em grande número doutros ordenamentos): depois de ter afirmado que são ilícitos, e por isso nulos, os contratos e as cláusulas de contratos que violem as pontuais prescrições das normas imperativas, o art. 1343.º cód. civ. acrescenta que o mesmo tratamento deve reservar-se aos contratos e às cláusulas de contratos contrários à ordem pública ou aos bons costumes.

Ordem pública é o complexo dos princípios e dos valores que informam a organização política e económica da sociedade, numa certa fase da sua evolução histórica, e que, por isso, devem considerar-se imanentes no ordenamento jurídico que vigora para aquela sociedade, naquela fase histórica.

É claro, então, que cada uma das normas imperativas reflete, na específica e circunscrita matéria a que dirige as suas previsões analíticas, princípios de ordem pública (e, de facto, tais normas dizem-se também «normas de ordem pública»). Mas os princípios de ordem pública, pela sua própria natureza e função, não se esgotam no conjunto das normas imperativas da lei: aqueles fundam-nas e ao mesmo tempo transcendem-nas; diversamente, não poderiam desempenhar o seu papel institucional, que é o de cobrir operações contratuais não especificamente condenadas por uma norma imperativa, e todavia contrárias ao interesse da colectividade. Por outro lado, a consideração das várias normas imperativas — da sua inspiração e dos seus objectivos comuns — é muito útil para o fim de identificar e aplicar os princípios de ordem pública: estes não podem, de facto, provir da consciência pessoal e da ideologia individual do juiz, mas sim encontrar sempre um qualquer fundamento de direito positivo — ainda que não nesta ou naquela norma específica, mas na lógica inspiradora de um sistema normativo complexo. Muitos princípios de ordem pública, aplicáveis, como tais, também aos contratos entre os particulares, encontram-se, assim, enunciados nos artigos da *Constituição* (especialmente na sua primeira parte).

Contrariam a ordem pública os contratos ou as cláusulas contratuais que prejudicam *bens ou valores fundamentais do indivíduo*. Em primeiro lugar, a sua integridade psico-física: assim, não seria lícito o pacto através do qual alguém se obrigasse a executar prestações ou actividades lesivas da saúde (cfr. o art. 32.º Const., e v. também o art. 5.º cód. civ.). Depois, as liberdades fundamentais da pessoa humana, solenemente afirmadas e tuteladas pelos arts. 13.º e segs. Const.: da liberdade de consciência e de pensamento (donde a nulidade dos pactos que tenham por objecto a obrigação de abraçar ou não abraçar ou abandonar uma dada fé religiosa, a militância num dado partido político, ou a participação numa outra associação) à liberdade de movimento (ilicitude do acordo através do qual alguém se obrigue para com outrem a residir, ou a não residir, numa determinada cidade ou região) ao direito de conservar a sua cidadania (que não seria lícito

obrigar-se por contrato a renunciar). Note-se bem, que a ordem pública é violada seja quando o contrato realiza directamente, em prejuízo duma das partes, a lesão do valor que deve ser salvaguardado, seja também, quando o contrato determina ou favorece uma lesão, por assim dizer, indirecta: é, por isso, ilícito o acordo pelo qual A se obriga para com B a abandonar a religião hebraica, por ele até então professada; mas é do mesmo modo o acordo pelo qual X, Y e Z se obrigam reciprocamente a boicotar ou discriminar (por exemplo, a excluir do ingresso nos próprios cargos públicos) todos aqueles que professem a religião hebraica.

A ordem pública é pois violada quando o contrato se propõe, ou tem o efeito, de ameaçar o *ordenamento constitucional do Estado*, de prejudicar a *organização e o bom funcionamento da administração pública* estatal e não estatal, que presidem à vida da colectividade, ou de frustrar-lhe os procedimentos ou as acções (cfr. o art. 97.º c. 1 Const.). Daí deriva, por exemplo, a nulidade do pacto pelo qual alguém se obriga, eventualmente mediante correspectivo, a não se apresentar como candidato às eleições, ou a demitir-se de uma assembleia eleita à qual pertença, ou a votar deste ou daquele modo; do contrato pelo qual o funcionário público se obriga a praticar actos contrários aos deveres do seu ofício, ou aceita dinheiro em troca da promessa de praticar actos, aos quais é obrigado por dever de ofício (por exemplo: passagem de uma permissão para edificar, ainda que em situações legítimas, mediante correspectivo); dos acordos que ameaçam o funcionamento regular da actividade jurisdicional: não só, como é óbvio, no caso limite da promessa de dinheiro ao juiz ou às testemunhas, em troca de uma sentença ou de em testemunho favorável, mas também — suponhamos — na hipótese em que alguém se obrigue para com outrem a abster-se de participar na hasta em que são vendidos os bens de um devedor executado (a plena e livre concorrência entre todos os possíveis adquirentes é garantia necessária da correcção e da eficácia do processo de execução forçada); do contrato com base no qual A promete reembolsar B da soma por este último

devida como pena pecuniária por ilícitos penais ou administrativos pelos quais deva responder.

A ordem pública compreende, ainda, todos os princípios basilares que regem a *organização e o funcionamento da família*, dada a importância social que esta reveste. A primeira regra, a tal respeito, é que a constituição de uma nova família deve representar o fruto de uma escolha absolutamente livre dos interessados: donde a ilicitude dos pactos ou das condições de casar ou de não casar com certa pessoa (pactos e condições que, por outro lado, contrariariam, antes ainda do ordenamento familiar, um princípio elementar de liberdade e dignidade do indivíduo). Nulos seriam também os acordos, com base nos quais alguém se obriga a conceder o divórcio ou a não o conceder, a accionar ou a não accionar a separação legal; assim como aqueles pelos quais os cônjuges se vinculam reciprocamente a levar e a manter em juízo factos contrários aos verdadeiros, para obter uma sentença de divórcio ou de separação, da qual na realidade não existiram os pressupostos legais (um tal pacto contrariaria a ordem pública também sob o aspecto diverso da ameaça por ele trazida ao correcto funcionamento da administração da justiça). São ilícitos e nulos ainda, os pactos pelos quais um progenitor renuncie ao exercício dos poderes sobre os filhos menores, ou lhes condicione o exercício à aprovação de pessoas estranhas (por exemplo obrigando-se contratualmente, com pessoa estranha à família, a não proceder a algum acto de administração ordinária sobre o património do filho, senão mediante autorização da contraparte).

Pertencem, igualmente, à ordem pública as directivas basilares pelas quais se rege a *organização das relações económicas*, e os objectivos fundamentais a que nesta matéria se dirige a acção do Estado e dos outros entes públicos (fala-se, a propósito, de «ordem pública económica»). Nesta podem-se compreender o princípio de tutela da liberdade de concorrência ou de uma estrutura não monopolista de mercado (donde a ilicitude dos acordos entre empresários que prejudiquem, de modo particularmente grave, a livre concorrência, anulando-lhe os possíveis benefícios de ordem geral: uma previsão

expressa, a propósito, está contida no art. 85.º do Tratado institutivo da CEE); o princípio da liberdade de escolha do ofício ou da profissão (nulidade da obrigação de não desenvolver um determinado trabalho); a salvaguarda de um certo regime jurídico da utilização dos recursos económicos (inadmissibilidade dos pactos destinados a constituir direitos reais atípicos, limitativos do direito de propriedade). Nesta matéria, as normas imperativas que prevêem, disciplinam e proíbem, de modo específico, este ou aquele comportamento, este ou aquele pacto, são particularmente numerosas (pense-se, para dar um exemplo, na complexa disciplina valutária): consequência do cada vez mais difundido e penetrante controlo público da economia. Estas são (ou deveriam ser) ordenadas pelo princípio — directamente derivado do prisma da ordem pública — de que a iniciativa económica privada «não pode desenvolver-se em contradição com a utilidade social ou de modo a acarretar prejuízo à segurança, à liberdade, à dignidade humana» (art. 41.º c. 2 Const.), e de que a lei, através «dos programas e dos controlos adequados», provê para que a «actividade económica... possa ser dirigida e coordenada para fins sociais» (art. 41.º c. 3 Const.).

A ordem pública em matéria económica não consiste apenas em princípios que se dirigem, de modo indiferenciado, a todos os concidadãos; particular importância, no âmbito destes, revestem os princípios destinados a assegurar a protecção de determinados grupos ou classes sociais, tidos como merecedores de especial tutela sobretudo considerando a debilidade económica e contratual que caracteriza a sua posição face à de outros grupos ou classes: são assim reconduzíveis à ordem pública as directivas gerais de garantia dos interesses dos trabalhadores subordinados contra os dos dadores de trabalho (decisiva relevância têm, nesta matéria, os arts. 35.º e segs. Const.), dos consumidores contra as empresas produtoras de bens e de serviços oferecidos ao público, dos inquilinos contra os proprietários de habitações, etc.: fala-se, a este propósito, de *ordem pública de protecção*.

Que o interesse público, de que o conceito de ordem pública constitui expressão e instrumento, se faça nestes casos

coincidir com o *interesse de uma classe ou de um grupo social*, não deve espantar. Numa sociedade dividida em classes, de facto, é regra geral que as normas e princípios de direito estejam virados para garantir ou promover os interesses de um grupo ou de uma classe contra os de outros grupos ou outras classes. Só que no grande número das hipóteses reconduzíveis ao conceito de ordem pública de protecção, em que se prossegue a tutela de grupos ou classes tradicionalmente «débeis», esta circunstância vem *enunciada de modo explícito*; enquanto, em regra, as normas e os princípios destinados a garantir os interesses das classes e dos grupos dominantes não declaram abertamente este objectivo, mas tendem até a *ocultá-lo*, em termos de fazer crer a ideologia da genérica coincidência entre o interesse das classes e grupos dominantes e o interesse público e, portanto, o interesse da colectividade no seu conjunto. A intensidade e a extensão da tutela que a ordem pública de protecção confere às categorias objecto de tutela dependem, como é óbvio, das relações de força historicamente existentes entre as classes e os grupos interessados.

Deve acrescentar-se que contrariam, seguramente, a ordem pública, todos os contratos que se proponham directamente a violação de *normas penais*. São, portanto, ilícitos todos os acordos contratuais dos quais resulte para uma das partes o compromisso de assumir um comportamento configurável como crime (assim, o compromisso de matar ou de ferir, mediante recompensa, uma pessoa; o compromisso de roubar uma obra de arte por conta de um apreciador, etc.). Nestas hipóteses, há a troca de um correspectivo pela promessa de um comportamento penalmente ilícito. Note-se que, em alguns casos, a conclusão de um dado contrato pode constituir ela própria — e não já a prestação que por força dele seja devida — o elemento material de um crime, sem que com isso, aquele contrato seja, de per si, contrário à ordem pública: se A, «abusando das necessidades, das paixões e da inexperiência de uma pessoa menor, ou abusando do estado de doença ou de deficiência psíquica de uma pessoa...», a induz a estipular consigo um contrato «que importe qualquer efeito jurídico danoso para si ou para outrem», comete, só

por isso, um crime (abuso de pessoa incapaz: art. 643.º cód. pen.), mas o contrato assim concluído não é nulo por contrariedade à ordem pública, mas sim — na hipótese — anulável por incapacidade de agir. Observe-se, por outro lado, que o contrato pode violar a ordem pública mesmo quando as prestações que constituem o seu objecto sejam, consideradas em si e por si, de todo lícitas. Considerem-se os casos em que, mediante o pagamento de uma soma de dinheiro, Tizio se obriga a não casar com Caia, ou X assume a obrigação de abandonar a sua profissão, ou A, funcionário público, promete o próprio empenho por uma questão administrativa concernente à contraparte, e que constituía seu dever profissional curar de modo adequado e tempestivo: é certamente lícito, em si, decidir não desposar uma certa pessoa, lícito decidir-se a abandonar o exercício da própria profissão, lícito — e até obrigatório — ao funcionário público ocupar-se das práticas que lhe são confiadas; ilícito é fazer disso objecto de vínculo contratual, fazer disso matéria de compromissos em troca do pagamento de um correspectivo em dinheiro (o qual, por sua vez é, considerado, em abstracto, perfeitamente lícito).

De acordo com o art. 1343.º cód. civ. são também ilícitos os contratos que contrariam o *bom costume*, isto é aquelas regras não escritas de comportamento, cuja observância corresponde à consciência ética difundida na generalidade dos cidadãos e cuja violação é, portanto, considerada moralmente reprovável. Os contratos que atentam contra o bom costume dizem-se contratos imorais.

São típicos exemplos de contraste com o bom costume: o contrato de mediação matrimonial quando, sendo a retribuição a favor do mediador subordinada à conclusão do matrimónio, se traduza numa pressão directa ou indirecta no consenso dos nubentes; a promessa ou liberalidade em favor da amante mas só quando tenha por fim pressionar a sua vontade para induzi-la (ou induzi-lo) a continuar a relação, ou quando dê a esta um carácter mercenário; os contratos conexos ao exercício da prostituição, compreendendo aqueles entre vários «gestores» de uma casa de encontros para a sua gestão em comum ou para a repartição dos lucros, ou o contrato,

através do qual é cedida a gestão a outros (mas já não, pelo carácter tão só mediato e indirecto da ligação à actividade imoral, o contrato de locação do imóvel a destinar a esse fim, e também não o contrato de trabalho doméstico com a pessoa encarregada das respectivas limpezas); os contratos atinentes ao jogo de azar, assim como os dirigidos à organização e gestão de uma casa de jogo, os empréstimos feitos aos jogadores perdedores para lhes permitir continuar a arriscar, etc.

As fronteiras entre ordem pública e bons costumes não são nítidas e, na presença de casos concretos, muitas vezes não é fácil estabelecer se estamos perante um ou outro conceito (a distinção é, no entanto, normalmente necessária dadas as consequências jurídicas que se lhes associam: cfr., desde já, o art. 2035.º cód. civ.). Tal depende da variabilidade, no tempo, das concepções éticas dominantes e da mudança — com a mudança do contexto histórico — do grau de reprovação moral que atinge determinados comportamentos. Por exemplo, um contrato destinado a torneir o sistema de contingentamento de certas mercadorias pode considerar-se em regra contrário à ordem pública (económica) mas, se efectuado em circunstâncias que, como as de guerra ou de gravíssimas crises económicas, apelam ao máximo ao sentido de responsabilidade e de solidariedade nacional dos cidadãos, poderá bem considerar-se contrário aos bons costumes. E o desenvolvimento e a difusão de uma mais elevada consciência dos deveres tributários poderia induzir a considerar imoral (e não simplesmente ilícito por contrário à ordem pública ou a normas imperativas) o acordo destinado a iludir o pagamento dos impostos. Por outro lado, a relatividade da distinção é documentada pela circunstância de, faltando no código civil alemão uma expressa proibição dos contratos contrários à ordem pública e existindo apenas a sanção da nulidade para os acordos contrários aos bons costumes, os juizes daquele país sempre terem reprimido e continuarem a reprimir, com base nesta, pactos e contratos que, entre nós, sem dúvida alguma se reportariam à noção de ordem pública.

Na individualização dos princípios reconduzíveis ao conceito de bons costumes (e na repressão das iniciativas de auto-

nomia privada que se conclua contrárias a estes), deve proceder-se com cautela, para evitar impor como «moral corrente» ou «sentido ético médio» particulares concepções éticas próprias apenas de grupos ou ambientes sociais singulares ou então objectivamente superadas pela evolução dos costumes: e isto é tanto mais verdade em tempos de fortes tensões sociais e ideológicas, de conflitos agudos entre visões opostas do mundo, de crise dos valores adquiridos e por longo tempo dominantes. Carácter eminente do conceito de bons costumes, como aliás do conceito de ordem pública, é, de facto, o da *relatividade histórica*: as regras que lhes pertencem mudam com o mudar das condições económicas, políticas, sociais e culturais da colectividade.

4. A LEI COMO FONTE DO REGULAMENTO CONTRATUAL E A SANÇÃO DA NULIDADE

4.1. Normas dispositivas e usos

Como já se teve oportunidade de dizer, o regulamento contratual resulta construído através de um concurso de fontes: na sua determinação participam a vontade das partes, as valorações do juiz e as disposições da lei. Estas últimas podem assumir a veste de normas dispositivas ou de normas imperativas. No primeiro caso, concorrem a integrar o conteúdo do contrato (e a determinar os seus efeitos) apenas na condição de, sobre o ponto a ser disciplinado, os contraentes não terem voluntariamente decidido de modo diverso, introduzindo no regulamento uma cláusula que derogue as previsões da norma dispositiva. Um tal pressuposto de aplicação das *normas dispositivas* (e, portanto, a sua função apenas subsidiária ou supletiva) resulta claramente das fórmulas que frequentemente iniciam os seus enunciados: «salvo convenção em contrário», «se as partes não houverem disposto diferentemente», na falta de diversa determinação das partes», etc.; todavia, uma norma pode ter carácter dispositivo, e ser, por isso, derogável pela

vontade das partes, mesmo não sendo expressamente acompanhada por uma fórmula daquele género.

A função meramente *subsidiária ou supletiva*, própria das normas dispositivas, não deve levar a subvalorizar a sua importância prática, para o fim da concreta determinação de grande número dos regulamentos contratuais: a sua relevância real, deste ponto de vista, é ao contrário importantíssima. Na verdade, são poucos os contratos nos quais as partes chegam a acordar tantas cláusulas quantos são os aspectos e as eventualidades da relação tomada em consideração pelas normas dispositivas, e a formulá-las em sentido diverso daquilo que nestas é estabelecido. Em regra, as partes estabelecem os termos essenciais e só alguns aspectos acessórios da operação; sobre todos os outros pontos, em que as partes não tenham pensado ou sobre os quais não hajam acordado, o regulamento e os efeitos contratuais acabam, de facto, por ser determinados justamente pelo complexo de normas dispositivas. (Sobre a ratio geral das normas dispositivas e sobre os possíveis sentidos das derrogações convencionais a estas, remete-se para o que se disse supra, 2.2.).

Pode suceder que sobre um ponto da operação contratual, que se mostre relevante para o seu correcto e eficaz desenvolvimento, e sobre o qual, no entanto, as partes nada tenham disposto aquando da conclusão do contrato e nenhuma norma legal, nem dispositiva nem imperativa, preveja algo: Em tal caso, estabelece o art. 1374.º cód. civ. que as consequências jurídicas são determinadas pela equidade (sobre a qual já nos pronunciámos) ou pelos usos. Dum modo geral, os usos — ou costumes — são regras de comportamento não estabelecidas em nenhum acto formal de nenhuma autoridade, mas expressas pela colectividade através da sua constantes observância na praxe das diversas relações a que se referem. Estes são indicados entre as «fontes de direito» pelo art. 1.º das «Disposições sobre a lei em geral» (mas cfr. também os arts. 8.º e 9.º). Em matéria contratual, os usos disciplinam aspectos particulares dos diversos negócios, das diversas operações económicas, de acordo com o que é normalmente feito para

a realização das mesmas, com os agentes do ramo e a área geográfica em questão.

Os usos constituem um modo de normalização das relações económicas menos «moderno» que a lei, tendendo a ser substituídos por esta nos ordenamentos contemporâneos. Daí que a sua importância seja maior nos sectores mais atrasados da economia: assim, na agricultura e, no que respeita às relações comerciais, no âmbito das que se caracterizam por um baixo grau de desenvolvimento tecnológico. Os usos revestem um papel tendencialmente importante em matéria de relações marítimas (cfr. o art. 1.º cód. nav.) e no âmbito do comércio internacional: mas também aqui tendem, cada vez mais, a ser substituídos por tratados, por convenções ou por leis uniformes. Deve ainda acrescentar-se que os usos, precisamente pelo facto de serem o reflexo do existente, das reais praxes de mercado, exprimem, não raramente, a superioridade económica, as posições de privilégio e até os abusos das categorias de operadores «fortes» em prejuízo das categorias de operadores «fracos» nas recíprocas relações de negócios.

As relações entre os usos contratuais e a vontade das partes são análogas às existentes entre vontade das partes e normas dispositivas. Tal como estas, os usos intervêm, *subsidiariamente*, para regular a relação só na falta de voluntárias determinações expressas, sobre o ponto, pelos contraentes, os quais são livres de excluir, se o quiserem, a operatividade do uso: de acordo com art. 1340.º do cód. civ., «as cláusulas derivadas do uso consideram-se inseridas no contrato se não resultar que não foram queridas pelas partes». Quais são, por seu lado, as relações entre os usos e as normas legais, ou melhor entre os respectivos papéis no quadro da integração do conteúdo contratual? Em princípio, os efeitos do contrato são determinados pelos usos só «na falta» de normas legais que disciplinem o ponto (assim art. 1374.º cód. civ.). Por outro lado, «nas matérias reguladas pela lei» (e, portanto, na grande maioria das relações contratuais) os usos apenas têm eficácia, na medida em que tal seja determinado pelas próprias leis (art. 8.º das «Disposições sobre a lei em geral»). Daqui resulta, portanto, que quando uma norma, seja ela imperativa

ou dispositiva, disciplina este ou aquele aspecto da relação, sem apelar aos usos, é esta a ter aplicação e não já o eventual uso que disponha em sentido contrário. Na realidade porém, são numerosas as disposições legais contendo remissões para os usos, estabelecendo que as normas em causa só se aplicam à relação «na falta... de uso contrário» (assim art. 1510.º c. 1 cód. civ.; no mesmo sentido cfr., por exemplo, os arts. 1498.º c. 2, 1535.º, 1592.º, 1739.º c. 2, 1756.º, 1825.º cód. civ.). Nestes casos é o uso a prevalecer sobre a norma dispositiva.

4.2. As normas imperativas

Já se salientou o papel das normas imperativas em matéria contratual. Juntamente com a noção de ordem pública e de bons costumes, elas constituem o instrumento fundamental, através do qual o ordenamento jurídico assegura que as operações contratuais, levadas a cabo pela autonomia privada, não conflituam com os valores, com os objectivos, com os interesses que o próprio ordenamento pretende, em qualquer caso, garantidos. Com esta diferença: enquanto que, com as categorias de ordem pública e dos bons costumes o legislador, por assim dizer, delega no juiz a função de individualizar, de vez em quando, em concreto, através das suas autónomas e responsáveis valorações, as hipóteses de divergência entre iniciativas da autonomia privada e interesses gerais, dos quais o ordenamento se faz portador, com a norma imperativa o legislador procede, em regra, ele próprio, a uma tal individualização, estabelecendo imposições pontuais e proibições precisas, com respeito a situações identificadas e descritas, ex ante, de modo tendencialmente analítico, assim deferindo ao juiz, no grande número de casos, tarefas puras e simples de aplicação mecânica do preceito legal.

Percebe-se claramente a diferença que existe entre o caso em que o juiz declara a ilicitude, por contrariedade à ordem pública, dum contrato, que se verifique conflitar com o interesse geral da protecção dos consumidores (hipótese não prevista especificadamente por nenhuma norma legal) e o caso

em que o juiz mais não faz do que sentenciar que a obrigação de abster-se de fazer concorrência por um período de nove anos contraria a norma imperativa (art. 2596.º cód. civ.) segundo a qual um tal pacto não pode exceder a duração de cinco anos». Diga-se, por outro lado, que não faltam as normas imperativas formuladas em termos tais, que a sua aplicação não pode resolver-se num confronto mecânico entre prescrição normativa e o teor objectivo do regulamento contratual, mas pressupõe, ao invés, o exercício, por parte do juiz, de mais ou menos amplos poderes de apreciação discricionária e de valoração das situações concretas: assim, por exemplo, o pacto de não alienar é ilícito «se não for contido dentro de *limites temporais adequados* e se não corresponder a um *interesse apreciável* de uma das partes» (art. 1379.º cód. civ.); e o art. 2965.º cód. civ. proíbe os pactos «pelos quais se estabeleçam prazos de caducidade que tornem *excessivamente difícil* a uma das partes o exercício do direito».

Entre as normas que disciplinam os diversos aspectos do regulamento contratual, *como se individualizam* as que têm carácter imperativo e que, por isso, não podem ser derogadas pela vontade das partes? Muitas vezes o carácter imperativo e inderrogável da norma resulta do seu próprio teor literal: ou com uma expressa qualificação de inderrogabilidade (art. 1654.º cód. civ.), ou com uma explícita indicação de que aquilo que nela se prescreve deve valer e observar-se «não obstante convenção em contrário» (cfr. o art. 1525.º cód. civ.) (enquanto será, obviamente, dispositiva aquela norma que, ao contrário, se afirma aplicável «salvo convenção em contrário» ou «se não for diversamente convencionado» ou «salvo diversa vontade das partes» ou fórmulas equivalentes: cfr. os arts. 1477.º c. 2, 1510.º c. 2, 1512.º c. 1, 1373.º c. 4, 1475.º cód. civ.), ou com a previsão da nulidade das cláusulas contrastantes com o disposto pela própria norma («é nula qualquer convenção em contrário», «sob pena de nulidade», etc.: cfr. por exemplo os arts. 1487.º c. 2 e 1637.º c. 2 cód. civ.). Mas a falta, no texto da norma, de uma indicação em tal sentido não deve conduzir à conclusão automática de que se trata de uma norma dispositiva. Uma norma pode ser imperativa, mesmo que não seja

textualmente acompanhada por uma qualificação de inderrogabilidade ou por uma sanção de nulidade: e sê-lo-á todas as vezes que, com ela, o legislador se proponha a tutela dos princípios, valores e interesses reconduzíveis às directivas da ordem pública. Deste modo, se é verdade que as normas imperativas são úteis, como vimos, para a identificação do conceito de ordem pública, é também verdade que o conceito de ordem pública é útil para a identificação do carácter imperativo das normas, às quais tal carácter não seja atribuído de modo explícito.

Algumas normas imperativas, e mais precisamente de entre aquelas que se reconduzem aos objectivos da ordem pública de protecção, são *inderrogáveis apenas numa direcção*, isto é não admitem derrogações convencionais em sentido desfavorável aos interesses dos sujeitos da relação, interesses que a lei quer tutelar, mas já permitem que a vontade das partes introduza derrogações de modo a conformar, de modo mais vantajoso, a posição contratual destes sujeitos: É o que acontece, por exemplo, no contrato de seguro em favor do assegurado (cfr. art. 1932.º c. 1 cód. civ.) ou no contrato de trabalho em favor do trabalhador (onde geralmente se estabelecem, em relação à medida dos direitos do subordinado — férias, retribuição, etc. — «mínimos» abaixo dos quais não se pode descer, mas acima dos quais se pode subir, ou, em relação à medida das suas obrigações — horário de trabalho, por exemplo — «máximos» para os quais valem as considerações inversas).

O efeito das normas imperativas pode traduzir-se no facto de todo o contrato contrastante com as mesmas não ser reconhecido e tutelado pelo ordenamento jurídico; tal contrato é inteiramente nulo e não produz qualquer efeito: por exemplo uma doação tendo por objecto bens futuros (cfr. art. 771.º c. 1 cód. civ.).

Mais frequentemente acontece que o que contraria normas imperativas não é o contrato, no seu todo, mas tão só uma cláusula: em tal caso a nulidade fere normalmente apenas esta cláusula, que fica como que eliminada do regulamento contratual. Assim, se num contrato de transporte de pessoas se inclui uma cláusula que exclui ou limita a responsabilidade

do transportador pelos acidentes sofridos pelo transportado, a mesma não produz efeito e é como não tivesse sido escrita: o transportador deve efectuar o transporte e o passageiro deve pagá-lo, segundo os termos do contrato, mas este último conserva o direito, não obstante a cláusula, de ser inteiramente ressarcido das lesões pessoais sofridas em consequência do transporte. Em casos como este, em que uma cláusula específica contrasta com normas imperativas, pode, todavia, por-se o problema de saber se a nulidade deve limitar-se àquela cláusula ou se deve, antes, estender-se a todo o regulamento (sobre este problema e, mais genericamente, sobre a disciplina da nulidade remete-se para o que se dirá *infra*, 4.4.).

Nas situações agora consideradas, as normas imperativas desempenham um papel de tipo, digamos, negativo ou destrutivo: no sentido em que anulam o regulamento contrastante com as mesmas, ou então amputam-no, removendo do mesmo previsões ou disposições que as partes aí tinham introduzido. Mas as normas imperativas podem, em muitos casos, desempenhar um papel de positiva integração do regulamento contratual, para cuja construção contribuem, dessa forma, independentemente de vontade contrária dos interessados: aos efeitos queridos por estes substituem-se os efeitos determinados pela lei. O genérico fundamento normativo deste fenómeno é fornecido pelo art. 1339.º cód. civ.: «as cláusulas, os preços de bens ou de serviços impostos pela lei... são de direito inseridos no contrato, mesmo em substituição das cláusulas divergentes estabelecidas pelas partes».

Esta *inserção automática de cláusulas* é, por vezes, disposta de modo expresso pela própria norma que contém as determinações que se devem obrigatoriamente inserir no contrato: assim o art. 1573.º do cód. civ. estabelece que «a locação não pode estipular-se por um período superior a trinta anos»; e é o próprio art. 1573.º a precisar que «se estipulada por um período mais longo», esta não é nula, mas, inversamente, «é reduzida ao termo referido». Analogamente, se numa venda a retro as partes convencionam, em violação do art. 1500.º c. 1 cód. civ., a restituição de um preço superior ao estipulado para a venda, daí não resulta a nulidade do contrato, porque

o segundo «comma» do art. 1500 dispõe, explicitamente, que esta vale por aquele preço («é nula na parte excedente»). Para outros exemplos cfr., entre muitos, os arts 1815.º (onde, excepcionalmente, a determinação legal que se substitui à cláusula nula é em princípio derogável), 1865.º c. 5, 1962.º c. 3, 2125.º c. 2, 2596.º c. 2 cód. civ.

Mas o valor e o significado prático, para além do princípio, do art. 1339.º cód. civ. manifestam-se, também, quando a norma imperativa não prevê, de modo expresso, a substituição automática da diversa convenção dos contraentes por aquilo que nela se dispõe. Suponhamos que um procedimento legislativo (ou um procedimento administrativo em execução de prescrições legislativas) fixa preços máximos para determinados produtos, sem nada mais prever: na ausência de uma norma como o art. 1339.º cód. civ., os contratos de venda daqueles produtos, estipulados por preços superiores, seriam nulos; por efeito do art. 1339.º são válidos e eficazes, mas não pelo preço fixado pelas partes, antes só por aquele fixado pela lei: o comprador não é obrigado a pagar mais, e o vendedor mais não pode pretender. Um mecanismo de substituição automática análogo ao do art. 1339.º cód. civ. é estabelecido, para sectores de relações circunscritos, também pelos arts. 1679.º c. 4, 1932.º c. 2, 2066.º c. 2, 2077.º cód. civ.

Resulta claro, de quanto se expôs, que um tal mecanismo dá lugar a formas de intervenção legislativa sobre o regulamento contratual particularmente incisivas e a formas de restrição da autonomia privada particularmente penetrantes. Com ele, de facto, não se trata apenas de controlar — do exterior e pela negativa — a conformidade entre normas imperativas e conteúdo do contrato ou das cláusulas, para sancionar a sua nulidade em caso de divergência; mas impõe-se às partes, introduzindo-os autoritariamente no regulamento, conteúdos contratuais que as próprias partes declararam não querer. Isto é, aqui, o conteúdo do contrato é estabelecido pela lei, não já na ausência, mas contra a vontade das partes: em nenhum caso, mais do que nestes, se evidencia o papel da lei, como fonte de determinação do regulamento contratual.

4.3. A nulidade do contrato: as razões. Em particular, «causa» e «motivos» do contrato

Nas páginas precedentes muitas vezes se aflorou o conceito de nulidade, de contrato nulo e de cláusula nula. Em particular, disse-se que são nulos os contratos e as cláusulas contratuais que violam a ordem pública, os bons costumes ou normas legais imperativas.

Remetendo para o número seguinte a mais completa ilustração da disciplina e dos efeitos da nulidade do contrato, antecipa-se já que: *a)* ela constitui em regra a consequência, ou a sanção, que o ordenamento jurídico liga às operações contratuais contrárias aos valores ou aos objectivos de interesse público por ele prosseguidos, ou então àquelas a que o direito não considera justo e oportuno, no interesse público, prestar reconhecimento e tutela; *b)* ela determina, em regra, a radical ausência dos efeitos jurídico-económicos que as partes se propuseram atingir: não sendo reconhecida pela lei, a operação é juridicamente inexistente.

Quando se verifica a nulidade do contrato (ou de cláusulas suas)? Podemos dizer, sinteticamente, que o contrato é nulo quando *a operação jurídico-económica que deveria corresponder-lhe, ou não pode realizar-se ou, podendo embora realizar-se, é reprovada pelo ordenamento jurídico.*

Esta última hipótese ocorre, evidentemente, no caso em que o contrato seja contrário a normas imperativas (cfr. o art. 1418.º c. 1 cód. civ.), à ordem pública ou aos bons costumes. Quando isso acontece, a lei exprime-se dizendo que o contrato tem *causa ilícita* (cfr. conjuntamente o disposto nos arts. 1418.º c. 2 e 1343.º cód. civ.). Mas o art. 1418.º c. 2 cód. civ. acrescenta que o contrato pode suscitar a reprovação do ordenamento, e ser declarado nulo, também pela *ilicitude dos motivos* que o caracterizam, quando ocorram as condições previstas no art. 1345.º cód. civ.

Deparamos, assim, com duas noções novas, estreitamente ligadas uma à outra, e muito importantes na disciplina (e na teoria) do contrato: a noção de «causa» e a noção de «motivos» do contrato. Disse-se que o contrato é uma operação econó-

mica, realizada através da produção de efeitos jurídicos: estes consistem no facto de uma pessoa dar qualquer coisa a outra pessoa, transferindo-lhe um seu direito, ou de uma pessoa *prometer* qualquer coisa a uma outra pessoa, vinculando-se juridicamente a executar uma prestação a favor desta. Mas *porque*, no âmbito das operações económicas revestidas da forma de contrato, uma parte dá ou promete à outra, empobrecendo-se a favor desta última que, correlativamente, se enriquece? Evidentemente, por duas razões possíveis, alternativas entre si: ou *porque* — movido por impulsos de generosidade e altruísmo — deseja beneficiar a contraparte; ou então *porque* — e é o que acontece na grande maioria dos casos — se espera qualquer coisa em troca da contraparte: o nosso operador dá ou promete à outra parte, porque esta é a condição com a qual pode conseguir que a contraparte dê ou prometa aquilo em que está interessado; ele dá para receber, na lógica da troca económica.

Na ausência de uma destas duas razões possíveis, a operação contratual não teria sentido, seria incompreensível. E o problema e a função da causa consistem justamente nisto: no explicar o porquê, a razão e o sentido das transferências de riqueza, que constituem a substância de qualquer operação contratual. No primeiro caso, poder-se-á dizer que a causa do contrato (de doação) consiste no *espírito de liberalidade*, em virtude do qual o doador procede ao enriquecimento do donatário gratuitamente, sem pretender deste qualquer correspondente (art. 769.º cód. civ.): a razão objectiva da transferência de riqueza operada com a doação, na verdade, não está senão no espírito de liberalidade do doador. No segundo caso, deverá, pelo contrário, dizer-se que a causa consiste na *troca entre as prestações contratuais* a que as partes se obrigaram reciprocamente, entre aquilo que cada uma das partes dá ou promete e aquilo que a si, como correspondente, é dado ou prometido pela contraparte. Por outras palavras, a transferência de riqueza efectuada por cada uma das partes a favor da outra encontra causa — razão, justificação, explicação aos olhos tanto dos contraentes como do ordenamento jurídico — na transferência de riqueza que a outra parte efectua a favor da

primeira, e o contrato no seu conjunto encontra causa na combinação e na relação entre as duas transferências de riqueza — em definitivo, na troca.

Mas a relação e a combinação entre as duas transferências de riqueza — a troca, justamente — mais não é que a operação económica à qual o contrato dá veste e força legal. A causa do contrato identifica-se, então, afinal, com a *operação jurídico-económica* realizada tipicamente por cada contrato, com o *conjunto dos resultados e dos efeitos essenciais* que, tipicamente, dele derivam, com a sua *função económico-social*, como frequentemente se diz. Causa de qualquer compra e venda é, assim, a troca da coisa pelo preço; causa de qualquer locação é a troca entre entregas periódicas de dinheiro e concessão do uso de um bem; causa de qualquer contrato de seguro é a troca entre entregas de dinheiro — os «prémios» — e a segurança derivada da promessa de ser aliviado das consequências económicas de determinados riscos; causa de qualquer contrato de trabalho é a troca entre salário ou ordenado e força de trabalho manual ou intelectual; causa do contrato de sociedade, o oferecimento, por parte de cada sócio, de bens ou de serviços destinados ao exercício em comum de uma actividade económica da qual se esperam proveitos que serão repartidos entre os contraentes; e exemplificando assim, por diante. Acolhida esta noção de causa do contrato, resultam claros os nexos que a ligam ao conceito de tipo contratual (cfr. *retro*, neste capítulo, 1.3.).

Se, então, a causa do contrato acaba por identificar-se com a própria operação jurídico-económica realizada com o contrato (com *aquele* contrato), bem se compreende porque a lei afirma que quando o contrato (*aquele* contrato) viola normas imperativas, a ordem pública ou os bons costumes, ele tem «causa ilícita»: a fórmula significa, pura e simplesmente, que é ilícita — porque contraria os valores, os objectivos, os interesses tutelados pelo ordenamento — aquela operação contratual levada a cabo pelos particulares; que o ordenamento não pode reconhecer, e reprová, o conjunto dos efeitos jurídico-económicos que com ela os contraentes queriam realizar.

E compreende-se também o sentido do art. 1344.º cód. civ., que prevê e sanciona o contrato em *fraude à lei*: «considera-se, por outro lado, ilícita a causa quando o contrato constitui o meio de iludir a aplicação de uma norma imperativa». Geralmente, quando um norma imperativa quer impedir que se atinja um resultado desaprovado pelo ordenamento, não proíbe directamente o resultado, mas declara ilícito o mecanismo contratual normalmente empregado para atingi-lo. Ora, com o contrato em fraude à lei as partes procuram realizar aqueles efeitos económico-jurídicos desaprovados, não já utilizando o mecanismo a estes correspondente, mas, ao contrário, servindo-se de mecanismos contratuais em si lícitos, porque normalmente destinados a realizar finalidades lícitas: só que, destes, as partes — conformando de certo modo o conteúdo do contrato ou combinando variadamente diversos contratos — distorcem a função normal, de modo a direccioná-los, em concreto, a escopos diversos daqueles que lhes são próprios, e proibidos pela lei. Isto é, no contrato em fraude à lei, abstractamente lícito é o *meio* empregado; ilícitos os *fins* que, através do abuso daquele meio, em concreto se querem atingir. Um exemplo: quando se vendem, em hasta pública, os bens do devedor inadimplente, para que sobre o produto possam satisfazer-se os credores, ao devedor é precludida por uma norma imperativa (art. 579.º cód. proc. civ.) a possibilidade de participar no leilão e de nele fazer ofensas; suponha-se que o devedor confere mandato a um sujeito para adquirir na hasta, por sua conta e para transferir-lhe depois o bem adquirido, e que um tal projecto vem a ser executado: ora, nenhuma destas operações contratuais, em si considerada, é ilícita; mas é ilícito — porque proibido pela norma imperativa — o resultado complexo que delas deriva. Ilícita é, pois, a operação jurídico-económica levada a cabo; e ilícita assim pode dizer-se a sua causa.

Mas a lei — já se viu — dispõe que o contrato pode ser nulo também quando se revelem ilícitos os seus *motivos*. O conceito de «motivo» do contrato acha-se por contraposição ao de causa. As partes que tomam uma iniciativa contratual propõem-se realizar através dela *interesses particulares*, satis-

fazer *particulares necessidades* individuais que vão para além, e ficam fora, do esquema e dos efeitos típicos da operação jurídico-económica concretamente empregada, e que vimos coincidir com a causa do contrato. Estes interesses e estas necessidades particulares — variáveis segundo os contratos individuais, concretos, e, por isso, não identificáveis e qualificáveis a priori — pressupõem a produção dos efeitos típicos do contrato (a realização da sua causa) de que necessitam como seu instrumento, mas são relativamente a estes qualquer coisa mais, representando o escopo ulterior — individual, pessoal, concreto — que através daqueles efeitos típicos se pretende conseguir: são estes, justamente, os motivos do contrato. Assim, quem adquire um quadro, seguramente quer obter a respectiva propriedade desembolsando para isso um preço (causa); mas pode querê-lo por mil motivos diversos: porque — apreciador de arte — pretende enriquecer a sua colecção privada, ou porque pensa doá-lo à pinacoteca da sua cidade, ou porque conta revendê-lo pouco depois por preço superior, conseguindo assim um lucro, ou porque quer destiná-lo a presente de núpcias para um amigo a casar brevemente, ou porque — obsecado pela inflação — pensa fazer assim um seguro investimento de capital, e etc. Nenhum destes motivos está compreendido no abstracto e invariável esquema contratual da troca «coisa contra preço», que descreve apenas a operação na sua tipicidade, nos seus efeitos essenciais e constantes.

Emergem, de quanto se observou, duas conclusões: a) os motivos, justamente pelo facto de serem tão variáveis e de aderirem tão intimamente à esfera das necessidades e dos interesses individuais de cada contraente, muitas vezes não se revelam exteriormente, e em particular não são conhecidos nem cognoscíveis pelo outro contraente; e todavia b) eles podem assumir, para o contraente a que são próprios, a razão exclusiva ou essencial pela qual este levou a cabo a operação, a ponto de na ausência destes, nunca ter concluído o contrato, nunca ter procurado os seus efeitos típicos. Avaliar se, em que casos e sob que condições se deve *atribuir relevância aos motivos individuais* dos contraentes, constitui uma das ques-

tões mais difíceis e importantes na teoria e na prática do direito dos contratos.

O art. 1345.º cód. civ. dá resposta a um aspecto deste problema: «o contrato é ilícito quando as partes se determinaram a concluí-lo exclusivamente por um *motivo ilícito comum* a ambas». Suponhamos um tipo de troca ou de operação, em si ou por si lícita, abstractamente reconhecida pelo direito como merecedora de tutela; para a ilicitude do contrato não é suficiente que uma das partes esteja animada, subjectivamente, por um motivo ilícito, e nem sequer que a existência de um tal motivo seja notada pela contraparte: exige-se, diversamente, que a contraparte o partilhe e o faça seu, alicerçando aí as perspectivas de ganho oferecidas pela operação, e, portanto, o seu interesse nessa mesma operação. Assim, não é ilícita a locação de um apartamento que o arrendatário tencione destinar a casa de encontros, ainda que o locador tenha disso conhecimento: torna-se ilícita se o locatário se aproveita desse motivo para exigir e obter do locatário uma renda muito mais alta do que a do mercado. Assim como não é ilícito o mútuo que alguém conceda a um jogador de azar, mesmo sabendo que este lançará o dinheiro sobre a mesa de jogo: mas é ilícito — por ilicitude do motivo comum determinante — se o empréstimo for feito pela casa de jogo ou por outro jogador para permitir ao mutuário continuar a jogar. O sentido desta limitação é claro. Se o mero conhecimento do motivo ilícito doutrem fosse suficiente para determinar a nulidade do contrato, uma parte que suspeitasse que a contraparte prosseguia um tal motivo seria induzida, antes de concluir o contrato, a certificar-se da consistência de tal suspeita, e por isso a indagar a esfera subjectiva do parceiro: daí resultariam impasses e retardamentos nas contratações, comportamentos indiscretos e intrigantes, antipáticos processos às intenções, intoleráveis pretensões de elevar-se a juízes e censores do foro íntimo alheio. (Para as — diferentes — condições de relevância do motivo ilícito na doação, cfr. o art. 788.º cód. civ.).

Se a relevância jurídica dos motivos é, como observamos, muitas vezes dúbia e difícil de estabelecer, na adminis-

tração das relações contratuais a causa é sempre, por definição, relevante. E a sua relevância manifesta-se *em duplo sentido*. Em primeiro lugar, ela releva como matéria de um controle destinado a assegurar que a operação contratual *não realize efeitos proibidos* pelo ordenamento: são as hipóteses de nulidade do contrato por ilicitude da causa, que acabaram de tomar-se em consideração. Mas mais acima havíamos afirmado que o contrato é nulo também quando a operação jurídico-económica correspondente, embora lícita em si e por si, não pode por qualquer razão realizar-se. E a causa funciona também como instrumento de *controlo da susceptibilidade de realização da operação* prosseguida, de verificação da existência das razões que justificam e fundam as transferências de riqueza projectadas.

Quando as razões que justificam as transferências de riqueza projectadas pelas partes se revelam inexistentes, assim como a operação perde qualquer sentido, pode dizer-se que *a causa do contrato falta*. O exemplo elementar é dado pela hipótese de quem adquire uma coisa que já lhe pertence, e que erroneamente julga propriedade do vendedor: aqui falta o próprio pressuposto da troca entre coisa e preço, a operação está privada de sentido, a obrigação de pagar o preço perde qualquer justificação. A lei não pode reconhecer e tutelar tais pseudo-operações, e declara que o contrato é nulo (o art. 1418.º c. 2 cód. civ. faz derivar a nulidade da falta de um elemento essencial do contrato, e a causa é pelo art. 1325.º cód. civ. enumerada justamente entre os elementos essenciais do contrato).

A regra por força da qual a causa é sempre relevante e a sua falta impede a realização e a tutela legal da operação prosseguida, não sofre excepções. Em linha de princípio esta relevância é imediata, e imediata é a reacção do ordenamento, que consiste em negar sem mais à operação qualquer efeito jurídico. É o que acontece com a generalidade dos contratos e dos negócios, que se dizem por isso *causais*. Em alguns casos, diversamente, *a relevância da causa é adiada, a reacção do ordenamento à sua falta é diferida*. É o fenómeno dos *negócios abstractos*, nos quais a causa vem, por assim dizer,

colocada temporariamente entre parênteses: mesmo que a causa falte, a relação entretanto funciona e produz os seus efeitos; só em seguida se remediará o defeito causal e os enriquecimentos injustificados que foram sua consequência.

Típico exemplo de negócio abstracto é a *letra de câmbio*: suponhamos que num contrato de venda o comprador entrega em pagamento ao vendedor uma letra, e que este a endossa a um terceiro; pois bem, a letra produzirá de qualquer modo os seus efeitos — o comprador, obrigado cambiário, deverá pagar ao terceiro endossado — ainda que por hipótese o vendedor não lhe tenha entregado a mercadoria objecto da venda, e assim a troca que constituía a razão justificativa — a «causa» — da promessa cambiária não se tenha realizado. Mas a lei não tolera que este injustificado empobrecimento do comprador se torne definitivo, e que se consolide este enriquecimento injustificado do vendedor (o qual, endossando a letra a um terceiro, terá por isso recebido um correspondente): a sua reacção face à falta de causa manifesta-se com a possibilidade do primeiro de reembolsar-se sobre o segundo mediante uma acção dita justamente de «enriquecimento sem causa» (art. 2041.º cód. civ.).

É claro que o fenómeno da abstracção da causa joga a favor dos terceiros e da segurança das suas aquisições, e constitui, por isso, um factor de certeza e rapidez das contratações e das trocas. Ele expõe por outro lado a riscos particulares a parte interessada (a quem é negado defender-se com a excepção da falta de causa): também por isto, os negócios abstractos são rodeados de especiais cautelas de forma, destinados a pôr de sobreaviso quem os leva a cabo.

Para além de falta de causa, a operação contratual pode ser irrealizável, também por outras razões que lhe determinem a nulidade. Elas resultam da conjugação do disposto nos arts. 1418.º c. 2 e 1325.º cód. civ. Em primeiro lugar vem referida a *falta de acordo* entre as partes: é claro que se não se formou nenhum consenso entre os contraentes em ordem à operação (por exemplo, A escreve a B propondo-lhe o fornecimento de quatro betoneiras, e por ter entendido mal a proposta, ou por descuido, B responde aceitando adquirir

os «quatro tractores oferecidos por A»), nenhuma operação é seriamente imaginável. Análoga observação vale para a hipótese em que *falta o próprio objecto do contrato*, que só erroneamente se crê existente (X vende a Y um prédio sem saber que, dias antes, foi destruído por um incêndio), ou para a hipótese em que este seja *impossível*, ou *indeterminado e indeterminável*. Em todos estes casos o contrato é nulo porque a correspondente operação jurídico económica, faltando qualquer seu pressuposto essencial, não pode de modo algum realizar-se. O caso de *ilicitude de objecto* (exemplo: venda de coisas subtraídas por lei à livre comercialização) deve, pelo contrário, aproximar-se mais da figura da causa ilícita, ou até reconduzir-se a esta: se ilícito é o objecto, ilícita é toda a operação jurídico-económica.

O contrato é nulo, ainda, quando não tenha sido concluído na forma imposta pela lei ad substantiam, e por fim — como dispõe, em jeito de encerramento, o art. 1418.º c. 2 cód. civ. — «nos outros casos estabelecidos pela lei» (para dar só um exemplo, cfr., na legislação mais recente, o art. 15.º c. 7 da lei n.º 10, de 28 de Janeiro de 1977, relativa a «normas para a edificabilidade dos solos»).

4.4. A nulidade do contrato: efeitos e disciplina

Dizer que um contrato é nulo significa dizer que ele *não produz nenhum dos efeitos jurídicos em vista dos quais as partes o concluíram*, e que, portanto, a operação económica a ele correspondente, privada de qualquer reconhecimento e tutela legal, é para o direito como inexistente.

Assim, se o contrato visava transferir direitos e/ou a fazer surgir obrigações, em caso de nulidade nenhum direito é transferido, e não surge obrigação alguma: na hipótese de uma compra e venda nula, o vendedor permanece proprietário da coisa e o comprador não é obrigado a pagar o preço; a pretensão do comprador dirigida a obter a entrega da coisa adquirida, e a pretensão do vendedor dirigida a obter o pagamento do preço, não seriam acolhidas por nenhum juiz. Se a

coisa já tiver sido entregue ao adquirente, o vendedor pode reaver a sua posse com uma acção restitutória nos termos do art. 2037 cód. civ.; se o preço já foi pago, o comprador pode exigir a sua restituição com base no princípio geral (art. 2033.º cód. civ.) segundo o qual «quem executou um pagamento indevido tem direito de repetir o que tenha pago» (chamada *repetição do indevido*). A esta última regra a lei estabelece uma excepção: quem executou uma prestação na dependência de um contrato nulo não tem direito à restituição se a nulidade é determinada por contrariedade aos bons costumes, isto é se o contrato é *imoral* (art. 2035.º cód. civ.). A norma — tradicionalmente justificada com o argumento de que o aparelho judiciário não pode, sob pena de uma lesão intolerável da sua dignidade e do seu decoro, ser mobilizado para a tutela de pretensões conexas com situações ou comportamentos imorais, e que, em definitivo, quem aduz tais pretensões é ele próprio partícipe ou autor de tal imoralidade — é difícil de justificar em termos racionais ou equitativos: e com efeito a jurisprudência, desde há tempos, tem-na aplicado em sentido cada vez mais restritivo, de forma a circunscrever de modo consistente a sua efectividade normativa.

Costuma dizer-se que o contrato nulo «não produz qualquer efeito». Tal é entendido apenas no sentido que ele não produz os efeitos contratuais (não realiza a operação) que as partes tinham em vista. Ele pode, no entanto, constituir o pressuposto material, de facto, para a produção de efeitos jurídicos diversos: pode, por exemplo, estar na base de um pedido de ressarcimento de danos de uma parte contra a outra nos termos do art. 1338.º cód. civ.; ou então configurar, a cargo de uma parte, uma hipótese de crime (pense-se num contrato, nulo por inexistência ou ilicitude do objecto, que integre os elementos de uma burla).

Nem todas as vezes que o ordenamento jurídico recusa reconhecer e tutelar um dado contrato, este contrato é nulo. A nulidade, de facto, é só uma das duas formas pelas quais se manifesta a *invalidade* do contrato: a outra é a anulabilidade, da qual falaremos no próximo capítulo. Nulidade e anulabilidade do contrato são assim reconduzidas, na doutrina

jurídica, a uma única categoria (a invalidade, por sua vez bem distinta da simples *ineficácia* do contrato: *retro*, 1.2.) na qual encontram colocação comum. Convém, contudo, desde já, advertir que um contrato nulo e um contrato anulável são tratados pelo direito de modo diverso, e dão lugar a consequências jurídicas bem diferenciadas.

Diversas são, de facto, em linha de princípio, as razões substanciais que constituem fundamento das hipóteses de nulidade e de anulabilidade do contrato. Enquanto a anulabilidade, como veremos, está geralmente disposta à tutela dos interesses particulares de uma das partes do contrato, em regra a lei comina a nulidade todas as vezes em que dar actuação ao negócio contrariaria exigências de carácter geral, ou o *interesse público*. Recordando quais são as causas de nulidade do contrato, tem-se disso a prova. Disse-se, recapitulando, que o contrato é nulo, em primeiro lugar, quando a operação económico-jurídica é, pelo seu conteúdo e os seus fins, desaprovada pelo ordenamento porque contrasta com os valores, os objectivos, os interesses que este tutela: e aqui as razões de interesse geral que fundam a sanção de nulidade são evidentes. O contrato é nulo, ainda, quando a operação económico-jurídica é irrealizável ou então é privada de sentido: e também neste caso a nulidade corresponde ao interesse público, porque é do interesse público que os aparelhos do Estado, e em particular a máquina judiciária, não sejam postos em movimento para fornecer tutela a pseudo-operações desprovidas de qualquer significado económico; isso determina, de facto, um desperdício inútil de recursos da colectividade.

O facto de a nulidade ser disposta por motivos de interesse público, contribui para explicar o sentido das diversas regras que disciplinam as hipóteses de contrato nulo, e para individualizar a sua razão unificante.

A nulidade é *imprescritível* (art. 1422.º cód. civ.). Diversamente da generalidade dos direitos, que caem em prescrição e se perdem se não são exercidos dentro dum determinado período de tempo, o direito de pedir, com uma acção judicial, que o contrato seja declarado nulo não encontra nenhum limite

temporal. (Uma coisa é, no entanto, a acção destinada a fazer declarar a nulidade do contrato, outra coisa é a acção com a qual se pede a restituição do que se prestou com base no contrato nulo: e esta última acção prescreve normalmente fazendo pender o direito à restituição).

A nulidade pode ser declarada a instância não só das partes do contrato em questão, mas de *quem quer que nisso tenha interesse*, ainda que formalmente estranho ao contrato (art. 1421.º cód. civ.). Se A vende a B bens seus, e esta venda é nula, a iniciativa para que a nulidade seja declarada em juízo pode ser tomada também por X, credor de A, o qual tem interesse em que aqueles bens permaneçam no património do devedor, em garantia do seu crédito. Podem, contudo, existir hipóteses de excepção, em que a legitimação para fazer valer a nulidade é limitada a uma só das partes do contrato: isso pode acontecer quando a sanção de nulidade é disposta à tutela desta parte em relação à outra (recorde-se o conceito de «ordem pública de protecção»). Todavia, em casos do género — a propósito dos quais se fala de «nulidade relativa» — poderia também sustentar-se que se trata de anulabilidade mais que de nulidade.

A nulidade é também *conhecida de ofício* pelo juiz (art. 1421.º cód. civ.). Quando dois sujeitos litigam em juízo a propósito de um contrato (ou de qualquer outra matéria que pertença à esfera dos seus interesses privados), o juiz, em regra, deve limitar-se a julgar das pretensões e das defesas por eles apresentadas, sem poder tomar autonomamente alguma decisão que lhe não seja pedida por uma das partes. Mas se o contrato é nulo, esta regra sofre uma excepção: o juiz pode declarar a nulidade (e daí extrair as consequências) por iniciativa própria, ainda que tal declaração não lhe tenha sido pedida por nenhum dos interessados.

A nulidade é sempre *oponível aos terceiros*. Se A vende uma coisa a B com contrato nulo, e depois B vende aquela mesma coisa a C, A pode obter a sua restituição fazendo valer em relação a C — terceiro relativamente à venda A-B — a nulidade desta. (Sempre que C não tenha adquirido a propriedade da coisa com base noutras regras: mais precisamente, com

base na regra «posse vale título», constante do art. 1153.º cód. civ., ou por usucapião, segundo o previsto nos arts. 1158.º e segs. cód. civ., ou com base nas regras sobre a transcrição).

A nulidade é *insanável*. Isto é, um contrato nulo não pode ser convalidado pelas partes (art. 1423.º cód. civ.). Estas mais não podem que repetir (refazer) o contrato, cuidando que, desta vez, estejam presentes todos os requisitos requeridos pela lei para a sua validade. Assim, se o contrato é nulo por falta de forma, às partes mais não resta que pô-lo novamente em marcha com a observância das formas legais. Se se trata da «compra e venda de terrenos abusivamente loteados com escopo residencial» (nula nos termos e nas condições do art. 31.º c. 4 da lei urbanística n. 1150 de 1942, modificado pelo art. 9.º da lei n.º 765 de 1967), as partes mais não podem que refazer a venda após o respectivo plano de loteamento ser devidamente autorizado. (Em matéria de doação, cfr. no entanto o previsto no art. 799 cód. civ.).

Se não pode ser convalidado, o contrato nulo todavia «pode produzir os efeitos de um contrato diferente, do qual contenha os requisitos de substância e de forma, desde que, tendo em atenção o escopo prosseguido pelas partes, deva concluir-se que estas o teriam querido se tivessem conhecido a nulidade» (art. 1424.º cód. civ.): é o fenómeno da *conversão* do contrato nulo. Para concluir se aqueles efeitos substitutivos se produzem, a lei recorre à vontade das partes: mas não a uma vontade manifestada, e nem sequer a uma vontade actual, ou real, das partes, mas a uma sua vontade eventual e hipotética («...o teriam querido se tivessem conhecido...»). É claro que a proposição não é entendida à letra; pelo menos não no sentido de obrigar o intérprete a indagações, ou melhor a conjecturas, de ordem psicológica. A norma é entendida e aplicada segundo *critérios objectivos*, com um juízo ancorado ao teor objectivo do regulamento contratual, ao sentido objectivo (e complexo) da operação económica correspondente: há lugar à conversão se os efeitos substitutivos não contrariam, mas antes são conformes à *economia complexa da operação* projectada pela autonomia privada. (Por exemplo, a venda — nula — de terrenos abusivamente lotea-

dos poderia talvez valer como promessa de venda condicionada à aprovação do plano de loteamento).

É substancialmente o mesmo critério de juízo que ao intérprete é pedido pelo art. 1419.º c. 1 cód. civ., dedicado à *nulidade parcial* do contrato. Quando a causa da nulidade respeita só a uma, ou a algumas, das cláusulas que formam o regulamento contratual, o regulamento restante pode conservar eficácia; mas pode também daí derivar a extensão da nulidade a todo o contrato, «se resulta que os contraentes não o teriam concluído sem aquela parte do seu conteúdo que é atingida pela nulidade». Para decidir se a nulidade deve ser total ou só parcial, a lei reconre também aqui à vontade hipotética das partes, mas também aqui tal recurso deve ser entendido como recurso à *economia objectiva da operação*, que as partes haviam concordantemente projectado: a nulidade será assim só parcial se a cláusula nula não tinha carácter de essencialidade para alguma das duas partes, e a sua falta não altera o equilíbrio dos interesses destas, realizado com o contrato; será, ao contrário, total se, pela importância objectiva da cláusula, o regulamento, privado desta, daria lugar a uma operação e a uma composição de interesses substancialmente diversas e desequilibradas relativamente às prosseguidas na origem: a uma nova operação e a uma nova composição, mais precisamente, por efeito da qual uma parte se enriqueceria injustificadamente e a outra resultaria injustificadamente empobrecida (cfr. também o art. 1420.º cód. civ.). Se este é o critério inspirador da norma, é evidente que o art. 1419.º c. 1 cód. civ. contém uma regra destinada não já a comprimir a autonomia privada e a contrariar as suas opções, mas sim destinada a garantir o seu substancial respeito.

Uma regra que, ao contrário, *limita autoritariamente a autonomia privada*, impondo soluções que contrariam os seus programas, está contida no segundo «comma» do mesmo artigo: por força deste, «a nulidade de simples cláusulas não importa a nulidade do contrato quando as cláusulas nulas são substituídas de direito por normas imperativas» (art. 1419.º c. 2 cód. civ.). Neste caso a solução é obrigatória: o regulamento

— privado da cláusula nula e integrado sobre o ponto pelas determinações legais — fica em pé, mesmo se as partes não o tivessem querido, mesmo se o novo regulamento corresponde a uma composição de interesse radicalmente diferente do prosseguido pela autonomia privada dos contraentes. A razão é clara: é justamente a realização deste novo tipo de composição de interesses entre as partes o que a lei quer, e que prossegue com o mecanismo da inserção automática das cláusulas (art. 1339.º cód. civ.) — uma finalidade e um instrumento que seriam de todo frustrados se as partes fossem livres de invocar a nulidade total do contrato. A importância prática desta regra manifesta-se, sobretudo, quando a determinação da lei que substitui a cláusula nula é ditada em tutela de uma das partes da relação — a «parte débil» — contra a outra (pense-se numa norma que estabelece preços máximos em tutela dos consumidores de produtos essenciais): aqui, a parte débil tem interesse na manutenção com vida do contrato rectificado (da venda, por hipótese, válida por um preço inferior ao convencional), a parte forte tem, pelo contrário, interesse na nulidade total; excluindo esta última solução, a lei impede que o interesse do contraente tutelado a haver aquele produto a um preço não superior ao limite legal — e portanto, o próprio escopo da norma — seja frustrado. (E poder-se-ia ainda sustentar, mais em geral, que a nulidade relativa a simples cláusulas não dá lugar à nulidade total do contrato todas as vezes que a nulidade de todo o regulamento frustraria o escopo da norma que declara nulas aquelas simples cláusulas). Existem, por fim, casos em que, embora não havendo substituição automática da cláusula nula, a lei explicitamente exclui a solução da nulidade total, dispondo que — considerada aquela cláusula «como não escrita» — o regulamento residual mantém-se (cfr. 1354.º c. 2 cód. civ.).

Por último, convém advertir que um regime jurídico particular, derogatório relativamente a algumas das regras gerais sobre contrato nulo acabadas de descrever é reservado às hipóteses de *nulidade do acto constitutivo da sociedade por acções* (novo texto do art. 2332.º cód. civ.). Este é inspirado no favor pela conservação da sociedade que

haja já começado a sua actividade externa e pela manutenção dos actos por esta praticados: isto em tutela dos terceiros que encetaram relações com a sociedade.

As regras gerais em matéria de disciplina da nulidade são postas de parte, ainda, quando se trata de um *contrato de trabalho subordinado*. O carácter retroactivo da declaração de nulidade faria com que a relação fosse cancelada desde o seu surgimento, e que todos os seus efeitos fossem declarados inexistentes: em ordem àquela relação, o dador de trabalho não seria, por exemplo, obrigado às contribuições correspondentes; o trabalhador não manteria qualquer antiguidade de serviço, nem teria direito a qualquer retribuição, e seria até obrigado a restituir aquelas que tivesse recebido. Mas tais consequências seriam absurdas e iníquas: não se pode eliminar o facto de o trabalhador ter efectivamente prestado o seu serviço ao dador de trabalho; e não pode descurar-se que, pela sua posição económico-social, ele aparece particularmente digno de tutela relativamente a este último. Explica-se assim a regra do art. 2126.º cód. civ.: «a nulidade ou anulação do contrato de trabalho não produz efeito *para o período em que a relação teve execução*, salvo se a nulidade derivar da ilicitude do objecto ou da causa». Também nesta última hipótese, contudo, «se o trabalho foi prestado com violação de normas tuteladoras do prestador de trabalho, este tem em qualquer caso *direito à retribuição*».

Fala-se, em relação a estes casos, de *relações contratuais de facto*: existe aqui uma relação patrimonial entre sujeitos — a efectiva prestação de bens ou de serviços, em suma uma troca económica, uma transferência real de riqueza — a qual não tem a sua fonte num contrato (válido) entre eles, e, todavia, é disciplinado como se na sua base existisse um tal contrato.

CAPÍTULO IV

O CONTRATO NA DISCIPLINA POSITIVA. OS PROBLEMAS DA FUNCIONALIDADE DO CONTRATO

1. A OPERAÇÃO ECONÓMICA, O CONTRATO, OS EFEITOS DO CONTRATO. AS «REGRAS DO JOGO» CONTRATUAIS

1.1. *Os efeitos do contrato*

Concluir um contrato significa — já o sabemos — realizar uma operação económica reconhecida e tutelada pelo direito. E a operação realiza-se efectivamente, no plano legal, quando o contrato produz determinados efeitos jurídicos. Os efeitos do contrato, na verdade, representam precisamente *a expressão e a formalização jurídica daquelas transferências de riqueza que constituem a substância de qualquer operação contratual*.

Mas «transferência de riqueza» é um termo muito genérico e indeterminado: as formas e as modalidades de circulação da riqueza são tão heterogéneas quão são diferenciados os tipos de operações económicas perseguidos na concreta experiência dos negócios. E a cada forma particular de transferência da riqueza realizada com o instrumento do contrato corresponde um particular efeito contratual. Assim, se a operação económica que se persegue é do género «troca de coisa contra preço», os efeitos do contrato destinado a realizá-la (compra e venda) consistirão no nascimento de um direito de

crédito a uma soma de dinheiro do vendedor em relação ao comprador, e na transferência do direito de propriedade do vendedor para o comprador; se a operação é, ao invés, dirigida a uma troca de «coisa contra coisa», os efeitos do contrato (permuta) serão diversos, consistindo em duas transferências cruzadas dos direitos de propriedade. Pode acontecer que as exigências económicas do interessado sejam de ordem que tornem desnecessária a aquisição definitiva da coisa, sendo-lhe suficiente assegurar o seu uso, por um tempo determinado: a operação destinada a satisfazer tais exigências formalizar-se-á, então, num contrato (locação) cujos efeitos serão ainda diversos: por um lado, o surgir de um direito de crédito (e de uma correspondente obrigação) ao pagamento periódico de uma soma de dinheiro, e por outro lado, não mais a transferência do direito de propriedade sobre a coisa, mas o surgir de um outro direito de crédito (e de uma correspondente obrigação), tendo como objecto a possibilidade de usar (e a obrigação de deixar usar) a coisa, que portanto não muda de proprietário. Mas se quem tem necessidade de usar a coisa, embora sem adquirir a propriedade, entende exercer sobre esta poderes mais amplos e mais intensos do que aqueles atribuídos pelo contrato de locação, e assegurar-se assim da possibilidade de «tirar da coisa toda a utilidade que esta pode dar», a operação económica em mira pressupõe um contrato diverso, e, conseqüentemente, diversos efeitos contratuais: não uma transferência de propriedade, não o surgir de um direito de crédito, mas sim a constituição de um direito real de usufruto (artigos 978.º e seguintes do código civil). E etc.

1.2. Efeitos reais e efeitos obrigacionais. A eficácia translativa do consenso

Os efeitos do contrato podem ser tão variadas, quão diversas são as operações económicas que os sujeitos realizam em forma contratual, e várias as exigências e os interesses que deste modo desejam satisfazer. Todavia, é possível e útil classificá-los, na base de características comuns particular-

mente significativas, em duas grandes categorias: efeitos reais e efeitos obrigacionais. E consoante produzam uns aos outros, os contratos subdividem-se em duas classes: contratos com efeitos reais e contratos com efeitos obrigacionais.

Os contratos com eficácia obrigacional são aqueles cujas consequências jurídicas imediatas se esgotam no nascimento de obrigações e dos correspondentes direitos de crédito: por exemplo a locação, a empreitada, o contrato de trabalho, o pacto de não concorrência, etc.; e ainda os contratos promessa, ainda que preordenados a transferências de propriedade. Aqui, por efeito do contrato, as partes adquirem só direitos a pretender determinados comportamentos da contraparte, que, por sua vez, assume a obrigação de mantê-los — precisamente, direitos de crédito e obrigações.

Os contratos com eficácia real são, ao invés, aqueles que determinam a transferência de uma à outra parte do direito de propriedade sobre uma coisa determinada ou a constituição ou a transferência de um direito real menor (usufruto, servidão, superfície, etc.) ou, enfim, a transferência de outros direitos (por exemplo direitos de crédito-pré-existentes, que podem ser «vendidos» pelo credor a um outro sujeito: cfr. os artigos 1260.º e seguintes do Código Civil). Típicos exemplos de contratos com efeitos reais são a compra e venda e a permuta. Alguns tipos de contrato podem ter efeitos reais ou efeitos obrigacionais, consoante os conteúdos que, em concreto, as partes lhes atribuíam: a doação, através da qual se pode dispor de um direito ou assumir uma obrigação (art. 769.º Código Civil); a transacção (artigos 1965.º e segs. Código Civil), o contrato de sociedade (que tem efeitos reais se os sócios participam com bens que saem do seu património para entrar no património da sociedade).

A distinção entre efeitos reais e efeitos obrigacionais do contrato tem muita importância em relação a terceiros estranhos ao próprio contrato: os efeitos reais, em regra, podem ser opostos e feitos valer em relação a todos os terceiros (se A transfere uma coisa para B, este pode opor a sua aquisição seja a quem for, defendendo-a e reagindo contra quem tenha pretensões sobre a coisa ou perturbe o pleno exercício da pro-

priedade sobre ela); os efeitos obrigacionais, ao invés, operam, na maioria dos casos, só nas relações internas entre devedor e credor, e não também para o exterior (o credor, em geral, pode tutelar o seu crédito e defender os seus interesses que daí dependam, dirigindo-se somente contra o devedor e não contra os terceiros).

Regra fundamental nos contratos reais é que a propriedade ou o direito que constituem objecto da troca «se transmitem e se adquirem por efeito do consenso das partes legitimamente manifestado» (art. 1376.º do Código Civil).

É a regra que estabelece o chamado *efeito translativo do consenso*. Significa, em concreto, que quando se conclui uma compra e venda, o seu efeito típico produz-se — a propriedade da coisa passa do vendedor ao comprador — em virtude do «consenso» das partes.

Deve, porém, tratar-se de um «consenso legitimamente manifestado»: isto é, pelo encontro entre declarações das partes formuladas e trocadas de acordo com o modelo legal que disciplina o procedimento de formação do contrato (artigos 1326.º e segs. Cód. Civil), e revestidas da forma eventualmente exigida pela lei: por outras palavras, a propriedade transfere-se, sem dúvida alguma, por efeito da *válida conclusão do contrato translativo*. Para além disto, nenhum outro requisito se exige para a transferência do direito: não é preciso que a coisa seja materialmente entregue ao comprador, nem que este tenha já pago o preço, nem que — tratando-se de um imóvel — a aquisição tenha sido transcrita nos registos imobiliários (o sistema da transcrição tem, no nosso ordenamento, só uma função de publicidade face a terceiros, e serve para resolver os conflitos entre várias pessoas interessadas na propriedade de um mesmo bem: cfr. os artigos 2643.º e seguintes Cód. Civil). O princípio da eficácia translativa do consenso (reconhecido também pelo direito francês) relaciona-se, evidentemente com a tendência, própria do jusnaturalismo e do iluminismo jurídico, de exaltar o papel da vontade como fonte e força criadora de qualquer efeito jurídico (cfr. *supra*, cap. I, 4.3). O mesmo não era acolhido pelo direito romano e também hoje não o é pelo direito alemão: na Alemanha, para trans-

ferir a propriedade não é suficiente a válida conclusão de um contrato translativo; é preciso, além desta, um acto ulterior e separado que, em execução do contrato fundamental, produza o efeito de transferência (a entrega da coisa móvel; a inscrição da aquisição imobiliária nos devidos registos fundiários).

A venda é, tipicamente, um contrato com efeitos reais, regulado pelo princípio da eficácia translativa do consenso. Mas é-o só enquanto a transferência tenha por objecto — como precisa o art. 1376.º do Código Civil «uma coisa determinada» (aquele apartamento, aquele quadro, aquele carro usado, etc.). Se a venda concerne a uma dada quantidade de coisas determinadas só pela sua pertença a um género merceológico, mas não individualizadas singularmente (por exemplo: cento e vinte quintais de cimento, um «Fiat 127» novo pedido à casa fabricante), a transferência da propriedade não pode acontecer, de modo automático por efeito da conclusão do contrato, precisamente porque não se saberia individualizar o objecto específico: a propriedade passa ao comprador só quando tenha sido operada tal *individualização*, por um dos modos indicados pelo art. 1378.º do Código Civil. Não determinando de per si a transferência do direito, a venda não tem neste caso efeitos reais; imediatamente ela determina, para o vendedor, só a obrigação de proceder à individualização do stock de mercadorias a entregar ao comprador, e a sua responsabilidade se, por qualquer razão inerente à sua esfera organizativa, ele não esteja capacitado para efectuar a individualização e a entrega: trata-se de uma *venda com efeitos obrigacionais*. Outras hipóteses em que a venda, sendo a transferência da propriedade deferida a um momento sucessivo ao da sua conclusão, tem efeitos não reais mas só obrigacionais, são: a venda de um bem futuro (art. 1472.º Código Civil); a venda de coisas alheias (art. 1478.º do mesmo código); a venda a prestações com reserva da propriedade (artigos 1523.º Código Civil).

As regras que estabelecem o momento em que, nos contratos de transferência de bens, a propriedade passa de uma à outra parte do contrato, têm grande importância no plano prático. Com efeito:

a) Se a coisa é destruída, depois da conclusão do contrato, devido a um acontecimento fortuito, a perda é suportada pela parte que naquele momento tem a propriedade: se a venda tem efeitos reais, a perda é suportada pelo comprador (ainda que a coisa não lhe tenha sido entregue); se a venda tem efeitos obrigacionais — porque tem por objecto, suponhamos, coisas determinadas só no género — o risco de destruição cai sobre o vendedor, antes da especificação; sobre o comprador depois daquele momento.

b) Se a coisa causa danos a terceiros, responde (de acordo, por exemplo, com os artigos 2052.º, 2053.º ou 2054.º do Código Civil) aquele que nesse momento tinha a propriedade.

c) Até ao momento em que a coisa é ainda de propriedade do vendedor, pode ser penhorada e submetida a execução forçada pelos credores deste; depois de passar ao património do comprador, garante os credores deste último.

d) Depois de o comprador adquirir a propriedade da coisa (mesmo se, materialmente, não entrou ainda na sua posse), o vendedor não tem mais o poder de vendê-la a outros. Se, apesar disto, dispõe a favor de outros, e portanto vende, em substância, a mesma coisa a duas pessoas diferentes, gera-se, entre estas, um conflito que não se resolve necessariamente em favor do primeiro comprador. Por razões de política da circulação jurídica (reassumíveis na exigência de tutelar a segurança de quem compra), a lei derroga os abstractos princípios da lógica jurídica, e recorre a critérios de solução do conflito que podem dar vitória ao que comprou àquele que, tendo já vendido a outros, não era mais proprietário do que vendia; as regras mais relevantes, nesta matéria, são as do art. 1153.º do Código Civil para os bens móveis e dos artigos 2643.º e 2644.º Cód. Civil para os imóveis (essas constituem outras tantas excepções ao princípio, já enunciado, de que os efeitos reais do contrato podem opor-se a qualquer terceiro).

Os contratos com eficácia real não devem ser confundidos com os *contratos reais*: os primeiros caracterizam-se por determinados efeitos, os segundos por um determinado modo de formação (*supra*, cap. II, 2.2.). Podem, assim, existir con-

tratos com efeitos reais que são, ao mesmo tempo, contratos reais (o penhor), contratos com efeitos reais que são contratos não reais mas consensuais (a venda), contratos reais que são contratos com efeitos não reais mas obrigacionais (o depósito).

1.3. O negócio fiduciário

Um contrato pode certamente produzir efeitos exclusivamente reais, isto é, nada mais do que transferências de direitos reais (por exemplo, a permuta), ou efeitos exclusivamente obrigacionais, isto é, nada mais do que o nascimento das relações de débito-crédito (por exemplo, a locação, um pacto de não concorrência em troca de um correspectivo em dinheiro, etc.). Mas é também muito frequente que um contrato produza conjuntamente efeitos reais e efeitos obrigacionais: assim a venda, que produz transferência da propriedade a favor do comprador e o nascimento de uma obrigação (pagar o preço) para este. Há também um género de contrato, ou negócio, em que a combinação de efeitos reais e efeitos obrigacionais assume características peculiares: é o negócio fiduciário.

A peculiaridade do negócio fiduciário, deste ponto de vista, consiste no facto de os efeitos reais e os efeitos obrigacionais produzidos terem, digamos, *um mesmo objecto*: a coisa que constitui objecto de transferência. Com o negócio fiduciário, na verdade, uma parte (o fiduciante) transfere à outra parte (o fiduciário) a propriedade de uma coisa, e o fiduciário assume contextualmente a obrigação, perante o fiduciante, de retransferir-lhe aquela mesma coisa depois de um certo tempo, ou de retransferi-la a terceiros, ou então de fazer um uso determinado dela.

Exemplo. A, titular de uma relevante quantidade de acções de uma sociedade, mas não desejoso ou incapaz de ocupar-se da sua gestão, transfere-a fiduciariamente a B que, adquirindo a sua propriedade, adquire todos os relativos poderes de gestão: intervém nas assembleias, determina as suas deliberações com o próprio voto, até pode participar

no órgão administrativo da sociedade, orientando assim a sua direcção, etc. Além disso, se o julgar conveniente em relação ao estado do mercado das acções, pode vender as acções a terceiros. Com a propriedade das acções, B assume também a obrigação de transferir estas últimas a A depois de um certo tempo (ou, se as vendeu, de entregar-lhe o preço relativo), ou então de retransferi-las ao terceiro X, que A pensa beneficiar. Possível objecção: para alcançar um tal resultado, não é necessário uma transferência fiduciária, sendo suficiente que A confira a B, com procuração expressa, os relativos poderes de representação. Resposta: mas, deste modo, A, que talvez quisesse esconder o facto de ser ele o real interessado na operação, acabaria inevitavelmente por apresentar-se externamente, uma vez que o representante deve empregar sempre o nome do representado; a transferência fiduciária permite-lhe, pelo contrário, ficar na sombra.

Uma hipótese importante é a da *fidúcia com fins de garantia*. X, devedor de Y, transfere a este a propriedade de um bem, com o pacto de que Y a retransferirá a X se e quando este lhe pagar o seu débito (de modo que se X não cumprir, Y ficará proprietário da coisa). Deste modo o credor é garantido e, em caso de não cumprimento, será satisfeito — se bem que de modo atípico — sem necessidade de recorrer ao normal procedimento executivo (muitas vezes longo e dispendioso). Uma operação deste género pode, porém, ser pré-ordenada a evitar a proibição legal do pacto comissório (art. 2744.º Código Civil): em tal caso seria nula por fraude à lei.

Que acontece se o *fiduciário trai a confiança* nele depositada pelo fiduciante, e não executa ou executa mal a retransferência a que se tinha obrigado? Assume, aqui, decisiva relevância a distinção, já referida, entre efeitos reais e efeitos obrigacionais, no que respeita à sua oponibilidade a terceiros. Suponhamos que A transfere fiduciariamente uma coisa para B, o qual se compromete a retransferi-la para A dentro de um certo tempo, e que B, na data estabelecida, recusa efectuar esta retransferência. B violou assim a obrigação que tinha assumido para com A, e A pode, sem mais, defender-se fazendo valer contra B o direito de crédito que goza em relação a ele,

de modo a obter a tutela mais plena do próprio interesse: pode, concretamente, obter uma sentença constitutiva que produza os mesmos efeitos da transferência não efectuada voluntariamente por B, e deste modo recuperar a propriedade do bem (art. 2932.º Código Civil). Não assim se B, em lugar de limitar-se a recusar a transferência a A, arbitrariamente e contra qualquer pacto, transfere a coisa ao terceiro X. X adquire validamente a propriedade, porque a adquire de quem — por força dos efeitos reais da transferência fiduciária — se tornara seu proprietário. Em tal caso, A não pode dirigir-se contra X para obter dele a propriedade da coisa, nem pode dirigir contra este nenhuma outra pretensão: e não o pode pelo princípio de que os efeitos obrigacionais do contrato (aqui a obrigação da transferência) não se podem fazer valer face a terceiros, pelo princípio de que a violação do crédito só pode, em regra, encontrar satisfação em pretensões dirigidas contra o devedor. E, com efeito, A pode pedir a B (não a propriedade da coisa, ora transmitida a X) indemnização por danos.

A razão política desta solução é clara. Se o pacto de transferência, ou mais em geral, os efeitos obrigacionais do contrato, pudessem fazer-se valer contra os terceiros, estes seriam desencorajados a adquirir, com o medo de depois aparecer qualquer pacto, a eles estranho e desconhecido, de tal modo a invalidar o adquirido, e seriam obrigados a complicadas investigações para comprovar a sua inexistência: o fluxo das contratações resultaria talvez empobrecido, e de qualquer modo diminuído.

1.4. *A operação económica e as «regras do jogo» contratuais: direito dos contratos e sistema de mercado*

Se os efeitos do contrato representam a formalização e a sanção legal, o sinal do carácter juridicamente vinculante das transferências de riqueza que substanciam a operação económica perseguida pelos contraentes, poderemos dizer que *o contrato funciona* — isto é, realiza adequadamente tal ope-

ração — só enquanto a medida e a qualidade dos efeitos por ele produzidos correspondam às expectativas e aos projectos da autonomia privada. E isto é o que acontece normalmente. Mas não raramente se verificam circunstâncias que, de vários modos, impedem o contrato de realizar adequadamente a operação económica por ele perseguida, porque — por força exactamente daquelas circunstâncias — os efeitos que o contrato deveria produzir não correspondem, por medida e/ou qualidade, às expectativas razoáveis e aos projectos concordemente formulados pelas partes nas suas escolhas de autonomia privada. Em casos como estes, pode-se muito bem dizer que o contrato não funciona, ou então que não funciona bem.

Alguns exemplos. 1) A, empresário de construção civil, adquire de B uma área que crê edificável, com a finalidade de realizar um importante projecto de construção civil, para o qual canalizou todas as suas economias, subordinando ao mesmo todas as outras suas actividades e iniciativas económicas. Concluído o contrato, descobre-se que aquela área não era própria para construção, e que o projecto em função do qual tinha sido adquirida não pode realizar-se: está claro, então, que a propriedade daquela área perde para A toda a utilidade e interesse; apesar de a ter pago caro, ele não sabe o que fazer: a operação da qual esperava proveitos, traz-lhe somente prejuízos.

2) C, transportador marítimo, compromete-se a transportar mercadorias, por um determinado preço, de Trieste para um porto do Mar Vermelho. Após, a conclusão do contrato, e antes de o transporte ter sido efectuado, o Canal de Suez é fechado ao tráfico. É claro que C tinha programado a viagem e calculado o preço, na base da rota do Suez, enquanto que agora seria obrigado a circum-navegar a África, segundo uma rota totalmente diversa e muito mais dispendiosa; o preço combinado, que lhe garantia margens de proveito, não chega para cobrir os custos: a operação causa perda.

3) X, empresário, contrata com Y, por um certo preço, um fornecimento de matérias-primas, necessárias à sua indústria. No tempo estabelecido para a entrega, Y não pode ou não quer efectuar o fornecimento: a troca projectada não se

efectua, a operação económica não se realiza, o contrato não funciona.

Em casos como estes, põe-se evidentemente um *problema de funcionabilidade do contrato*. Mais concretamente, perante a constatação de que o contrato não é funcional à operação económica perseguida pelos contraentes, mas antes trai o seu sentido e espírito, põe-se o problema de avaliar se os efeitos do contrato devem igualmente produzir-se, ou não. Ainda mais em concreto, e vendo a coisa do ponto de vista dos próprios interessados, trata-se de saber *se o contraente prejudicado pelas circunstâncias que perturbam o regular desenvolvimento da operação e que perturbam a sua economia* (o construtor desiludido pela não edificabilidade da área, o transportador surpreendido pelo encerramento do Canal, o empresário cuja contraparte recusa o fornecimento prometido) *deve, ainda assim, cumprir os seus compromissos contratuais, ou se pode considerar-se desvinculado*.

Dito de outra maneira, trata-se de decidir sobre qual dos contraentes deve incidir *o risco das circunstâncias que alteram o equilíbrio económico da operação* contratual: o risco ficará, evidentemente, a cargo do contraente prejudicado, se se decidir que os efeitos do contrato devem produzir-se na mesma regularmente, e que ele é, por isso, obrigado a cumprir os próprios compromissos, como se nada tivesse acontecido; será, ao invés, repartido de maneira diversa, distribuindo-se, também, sobre o outro contraente, se, pelo contrário, se decidir que, em consideração daquelas circunstâncias, é razoável e justo que os efeitos do contrato não se produzam, que ambas as partes sejam declaradas livres dos vínculos assumidos anteriormente.

Nesta matéria, o ordenamento jurídico dita regras para a solução dos conflitos, e exerce, pois, um controlo; um controlo sobre a funcionalidade do contrato, com a finalidade de verificar, como se dizia, se é justo e razoável pretender que um contraente cumpra os seus compromissos contratuais, mesmo em presença de circunstâncias que perturbam, em seu prejuízo, o equilíbrio económico da operação: com fórmula

incisiva se fala a este respeito, de controlo da compatibilidade entre circunstâncias e cumprimento.

Já tivemos oportunidade de falar de controlos exercidos pelo ordenamento sobre operações contratuais dos privados: onde nos ocupamos dos instrumentos — as normas imperativas, a ordem pública, o bom costume — com os quais se provê a garantir que as opções da autonomia privada sejam compatíveis com os fundamentos objectivos, valores, interesses tutelados pelo ordenamento, o qual, em caso de incompatibilidade, as qualifica como ilícitas, negando-lhes reconhecimento e protecção legal, anulando-as. Mas é preciso também advertir que o *controlo de funcionalidade do contrato*, ou de compatibilidade entre circunstâncias e cumprimento, de que nos ocupamos agora, é coisa radicalmente diversa do *controlo de licitude do contrato*, ou de compatibilidade do regulamento com as directivas económico-sociais feitas pelo próprio ordenamento. A diferença manifesta-se já do ponto de vista das sanções que o direito relaciona com o inêxito de cada um dos controlos em questão: ao controlo de licitude, segue-se, invariavelmente, a nulidade do contrato; ao contrário, o contrato submetido ao controlo de funcionalidade, nunca é declarado nulo, aplicando-se, quando muito, sanções ou remédios de tipo diverso (anulação, rescisão, resolução). Mas diversos são sobretudo os objectivos que subjazem ao controlo: o controlo de licitude visa, em regra, a *salvaguarda do interesse público*, tutela as razões da colectividade contra as dos contraentes, e é, por isso, potencialmente *antagonista das opções de autonomia privada*; o controlo de funcionalidade persegue, ao invés, em linha de princípio, a *tutela do interesse privado de um contraente contra o interesse do outro contraente*, inspirando-se na exigência de não alterar o originário equilíbrio económico, ou então, de respeitar o sentido que a operação devia ter razoavelmente para as partes — e, por isso, numa lógica não de conflito, mas de *substancial garantia da autonomia privada*.

Hoje, quando se fala de «controlo do contrato», alude-se, geralmente, ao controlo da licitude. E com efeito, foi precisamente esse tipo de controlo que — em consequência das pro-

fundas transformações políticas, sociais e económicas verificadas no decurso deste século — conheceu, especialmente nos últimos decénios, a mais significativa expansão e assumiu o maior relevo como sinal qualificante da imagem contemporânea do contrato e do direito dos contratos: ao ponto de a recente história do direito privado poder ser descrita — mesmo com as necessárias precisões e reservas — como história da progressiva e sempre mais penetrante restrição, por obra do ordenamento, da esfera de autonomia contratual dos privados. Mas é bom recordar que, nas origens do moderno sistema de direito dos contratos, e também em todo o século passado, a forma prevalente, se não exclusiva, de controlo do ordenamento sobre as operações contratuais, era aquela que definimos como controlo de funcionalidade: o direito preocupou-se, então, em garantir a congruência entre efeitos do contrato e operação económica perseguida pela autonomia privada, muito mais que o assegurar a compatibilidade entre os efeitos do contrato e as exigências gerais do interesse público.

O facto é que na época liberal, num contexto sócio-económico governado pelo princípio do 'laissez-faire', a ideologia dominante acreditava, como sabemos, que o interesse público consistia propriamente em deixar os operadores económicos privados livres de agir e de contratar, com o máximo de discricção e o mínimo de controlos, afirmando que o bem-estar geral decorria «naturalmente» da soma dos egoísmos privados em competição entre eles. Na época liberal (época na qual se formou a moderna teoria do contrato), o problema fundamental da disciplina contratual consistia, pois, no assegurar que as relações entre os contraentes se desenrolassem de modo racional e correcto do ponto de vista da lógica do mercado. E, na verdade, as regras que governam o controlo de funcionalidade dos contratos, reflectem pontualmente *regras de bom funcionamento do mercado*: pois é claro que um mercado no qual a ordem definitiva das operações económicas fosse deixada exposta aos acontecimentos imprevisíveis (como o encerramento do Canal de Suez) ou fosse determinado pelos operadores na base de erróneos conhecimentos da realidade (como no caso da área falsamente tida como de construção) ou não

considerasse que havendo incumprimento de uma das partes, a troca não se realiza, sem que para cada uma destas hipóteses se individualizassem e aplicassem remédios, correria o risco de ser, no seu complexo, um *mercado totalmente irracional* (e bem longe de garantir — segundo os postulados ideológicos da economia clássica — o melhor aproveitamento dos recursos e com ele a maximização do bem-estar colectivo). Neste sentido, elas, mais do que todas as outras, documentam o *papel do contrato como instrumento essencial para a gestão de uma economia capitalista*.

Enquanto destinado simplesmente a assegurar o bom funcionamento do mercado, a disciplina que preside ao controlo de funcionalidade dos contratos não visa mais que, em suma, assegurar o respeito daquelas que poderíamos chamar as «regras do jogo» contratuais, enquanto pressuposto para um ordenado e racional desenrolar das relações entre os operadores económicos-contratantes.

Por isso se trata, se assim podemos dizer, de regras de procedimento e não tanto de regras de substância, atinentes mais ao exterior que ao interior da relação contratual: isto é, elas preocupam-se em *garantir a exactidão dos modos* pelos quais se chega à conclusão ou à execução do contrato, e *não tanto a intrínseca justiça* do seu conteúdo.

Em particular, nenhuma das regras concernentes ao controlo de funcionalidade do contrato é destinada, institucionalmente, a controlar o equilíbrio entre as prestações, a avaliar se o que uma parte deu ou prometeu tem como contrapartida adequada aquilo que a outra parte lhe deu ou prometeu, a garantir enfim a equidade da troca, o respeito pelos princípios da justiça comutativa. As partes são livres, em linha de princípio, de fixar, como desejam, os termos da troca dos seus contratos; cada parte é livre de dar 10 em troca de 1; o ordenamento jurídico não intervém para corrigir esta «iníqua» proporção, mas respeita as opções autónomas dos operadores — na própria medida em que respeita a liberdade das decisões de mercado. O ordenamento jurídico intervém só para controlar o quadro externo das circunstâncias, dentro das quais aquelas opções e decisões — quaisquer que

sejam — foram assumidas ou devem ser executadas: e reage só nas hipóteses em que aquelas opções e decisões foram tomadas tendo por base elementos tais que perturbam gravemente as avaliações de conveniência do operador (anulação por incapacidade ou por vícios da vontade, rescisão), ou então devam ser executadas na presença de circunstâncias supervenientes, que incidem tão profundamente sobre as mesmas, em termos de privá-las de sentido e de razão económica (causas de resolução do contrato).

Desta maneira, como se disse, o ordenamento não tutela a intrínseca justiça da troca contratual, mas só a correcção formal das modalidades externas através das quais a troca é decidida e realizada. Deve-se acrescentar que, deste modo, o ordenamento não tutela nem sequer as *concretas expectativas de lucro* que cada operador coloca na troca contratual (a simples constatação de que a operação da qual o contraente esperava lucros lhe causou, ao invés, perdas, não basta certamente, de per si, para suscitar uma reacção do direito em sua tutela, visto que se orienta pelo princípio de que *um certo grau de risco é indissociável de qualquer contrato*, como de qualquer iniciativa económica, e que todo o contraente o deve assumir). Assegurando o respeito pelas regras de jogo de mercado, o ordenamento garante, sobretudo aos operadores, a *abstracta possibilidade do lucro*; garante, genericamente, as premissas e as condições formais de obtenção do mesmo. O que vale dizer que o direito tutela o sistema de mercado no seu conjunto, e não os interesses particulares dos operadores singulares que agem no mercado. A indiscriminada tutela dos interesses particulares dos simples operadores de mercado e das suas concretas expectativas de lucro implicaria o perigo de prejudicar o sistema de mercado no seu conjunto, e, assim, a possibilidade geral do lucro: é claro que se a cada contraente fosse consentido libertar-se dos seus compromissos contratuais, só porque lamenta que a operação não lhe deu os lucros que esperava, resultariam revolucionados (não só e não tanto as expectativas de lucro alimentadas em relação à mesma operação, pela parte contrária, mas) todo o sistema

e a racional dinâmica das relações económicas: é este — já o sabemos — o sentido real do princípio *pacta sunt servanda*.

Identificada a comum razão justificativa, passemos agora a ilustrar as diversas hipóteses em que o direito, para assegurar o respeito pelas regras do jogo contratual, reage e apresenta remédios para enfrentar acontecimentos que constituem, em qualquer caso, um desvio dessas regras. Será útil acrescentar, que todas estas hipóteses traduzem, em concreto, outras tantas *razões de libertação do contraente-devedor dos vínculos e dos compromissos contratualmente assumidos*, e outros tantos argumentos de defesa para rejeitar as pretensões da parte contrária ao respeito rigoroso daqueles vínculos.

2. A ANULAÇÃO DO CONTRATO: VICIOS DA VONTADE E INCAPACIDADE DE AGIR. A RESCISÃO.

2.1. *Premissa*

Uma regra elementar do jogo contratual é esta: aquele que assume compromissos, no âmbito de uma operação económica que pretende levar a cabo, deve estar em condições de avaliar as suas conveniências, de modo razoavelmente correcto, sem que intervenham elementos tais, que perturbem ou alterem gravemente o processo conducente à decisão de concluir o contrato e de o concluir com determinado conteúdo. Se não existem, pelo menos, estes pressupostos de sensatez e de racionalidade das decisões contratuais, não parece oportuno, nem justo, manter o contraente vinculado às mesmas. O mercado, por sua vez, não poderia funcionar eficazmente, se não existisse um mínimo de garantia de que as tomadas de posição dos operadores económicos não são tomadas de modo arbitrário ou irracional.

Por isso, a lei toma em consideração, assegurando remédios oportunos, uma série de hipóteses genericamente caracterizadas pelo facto de o *processo de formação da vontade contratual de uma das partes ser perturbado ou falseado*

por circunstâncias externas ou internas ao sujeito, mas em termos tais de privar de razoável credibilidade o cálculo económico erigido como fundamento da iniciativa. Isto acontece quando o sujeito se encontra, no momento em que conclui o contrato, em condições físico-psíquicas tais, que excluem a sua normal capacidade de entender e de querer (incapacidade de agir); e pode acontecer quando o sujeito seja desviado, nas suas avaliações de conveniência do contrato, por ignorância ou falsos conhecimentos em relação a elementos essenciais da operação (erro), ou então pelo engano e falsidades com que o determinaram a contratar (dolo), ou, enfim, por graves ameaças propositadamente exercidas contra ele para obrigá-lo a concluir o negócio (coacção). Em todos estes casos a lei estabelece que o contrato é anulável.

Na conclusão deste capítulo ocupar-nos-emos de hipóteses que, pelos seus muitos aspectos, podem aproximar-se das referidas, dado que nelas o processo de decisão do contraente é perturbado pelas condições de perigo ou de necessidade em que se encontra: são as hipóteses em que a lei prevê a rescisão do contrato.

2.2. *A incapacidade de agir*

É incapaz de agir quem, devido às *condições fisiopsíquicas* em que se encontra, não está em condições de gerir convenientemente os próprios interesses. E a lei dispõe que os incapazes de agir não podem validamente concluir contratos. A limitação que, deste modo, se estabelece à actividade económico-jurídica destes sujeitos, não é com intenção de prejudicá-los, mas sim defendê-los, de modo preventivo, contra a possibilidade de se prejudicarem, inconscientemente, por suas próprias mãos: trata-se de uma típica *incapacidade de protecção*.

Algumas vezes, porém, a lei prevê a incapacidade de agir a título de *sanção*, não já para proteger, mas para atingir e punir os sujeitos em relação aos quais é estabelecida, negando-lhes a possibilidade de participar no tráfico jurídico-eco-

nómico: assim é para o condenado a mais de cinco anos de prisão (o assim chamado interdito legal: art. 32.º do Código Penal). Outras vezes fá-lo a título de prevenção, no interesse de outros sujeitos que poderiam ser prejudicados pelos actos daquela pessoa (assim é para o falido, privado da administração e da disponibilidade dos seus bens para garantia dos credores), ou no interesse geral em prevenir as actividades criminosas: o art. 22.º da lei n.º 152, de 22 de Maio de 1975, concernente a «disposições em favor da ordem pública» — a chamada «lei Real» — introduz a medida de prevenção consistente na «suspensão provisória da administração dos bens pessoais», que é confiada a um curador.

Como se individualizam os incapazes de agir? Uma criança de 5 anos é sem dúvida, incapaz de agir; e certamente é capaz de agir, em linha de princípio, um homem de trinta anos. Assim, não há dúvida de que é capaz de agir uma pessoa objectivamente dotada de sólido equilíbrio psíquico, e que é ao invés, incapaz de agir um louco em sentido clínico. Mas entre estes extremos de certeza, existem amplas zonas cinzentas, em que a avaliação é muito problemática: será capaz de agir um jovem de 19 anos? E um de 16? Deverá considerar-se capaz ou incapaz, quem não é propriamente louco, mas se caracteriza por manias ou excentricidades de comportamento?

É claro que o modo para aproximar, quanto mais possível, a conclusão da realidade, consistiria em verificar (mais precisamente: atribuir ao juiz a tarefa de verificar) todas as vezes, em concreto, com referência a cada caso particular, se o sujeito é, naquele momento e naquela situação, capaz ou incapaz de entender e de querer. Mas um sistema do género, teria inconvenientes e custos intoleráveis, superiores à vantagem de uma elevada aderência à realidade: quem contrata nunca teria a certeza, mesmo perante a aparente normalidade do comportamento exterior da parte contrária e a sensatez dos seus dizeres, se esta se encontra na plena e absoluta posse das suas faculdades mentais e se atingiu a sua plena maturidade mental; e receria, sempre, concluir um contrato que o juiz, com base na mais atenta consideração das circunstâncias do caso concreto, poderia declarar inválido mais tarde;

o comércio jurídico, o fluxo das contratações resultariam gravemente perturbados.

A lei opta, por isso, pelo diverso sistema da *definição preventiva e típica dos casos de incapacidade de agir*: são incapazes de agir todos aqueles que não têm, ainda, a maioridade, isto é, os *menores de 18 anos* (art. 2.º Cód. Civil, modificado pela lei n.º 39 de 1975), a não ser que, para casos particulares, a lei estabeleça uma idade mínima inferior; e são incapazes de agir todas as pessoas, maiores de idade, que — em consideração do seu estado fisiopsíquico, devidamente certificado e documentado no decorrer de um processo apropriado — tenham sido declaradas, por sentença, *interditas* (art. 414.º Cód. Civil) ou *inabilitadas* (art. 415.º Cód. Civil).

O menor de idade e o interdito são considerados pela lei num estado de *incapacidade absoluta*: não podem estipular nenhum contrato por si mesmos; outros sujeitos deverão prover, por sua conta e em seu nome, à administração do seu património e à condução dos relativos contratos, com base no mecanismo da representação legal (cfr. *retro*, cap. II, 4.1.). Estes sujeitos, que se substituem ao incapaz na actividade contratual que lhe respeita, são, para o menor, os pais (art. 320.º Cód. Civ.), ou, na sua falta, o tutor escolhido pelo juiz entre os seus parentes mais chegados (art. 343.º e segs. Cód. Civ.); e, para o interdito, o tutor designado pelo mesmo juiz que decreta a interdição. A lei prevê uma série de cautelas e de garantias para assegurar que a administração dos bens dos incapazes e a conclusão dos contratos relativos correspondam, em concreto, aos interesses dos incapazes e não provoquem, por desonestidade ou incompetência dos administradores, um prejuízo nos seus patrimónios: em particular, para alguns contratos muito importantes e delicados, os pais ou o tutor só podem concluí-los depois de terem obtido a autorização do juiz tutelar ou do tribunal, que verifica a sua conveniência (cfr., os artigos 320.º, 321.º, 323.º, 334.º, 337.º Cód. Civil, e os arts. 357.º e segs. aplicáveis, quanto aos interditos, pelo art. 424.º c.1 Cód. Civ.).

O inabilitado, afectado por diminuições menos graves do que aquelas que justificam a interdição, está numa situação de

incapacidade relativa: pode concluir sozinho, validamente, os actos de administração ordinária; quanto aos actos que a excedem, não os pode executar sozinho, mas também não é preciso que outrem o substitua integralmente: ele deve ser assistido, na sua conclusão, pelo curador (nomeado pelo juiz que decretou a sua inabilitação), a quem é solicitada autorização para a operação; outras vezes, é preciso que o acto seja autorizado pelo juiz tutelar e, eventualmente, pelo tribunal. O mesmo regime de «semi-incapacidade» do inábil está previsto para o *menor emancipado*: o menor que se casa (arts. 390.º e segs. Cód. Civ.).

O menor, o interdito e o inabilitado são sempre, e de qualquer modo, incapazes, porque a lei os declara como tal, de modo típico e inderrogável: por isso, a sua incapacidade diz-se *incapacidade legal*. Os contratos concluídos por um incapaz legal são anuláveis. Não importa que o contrato tenha sido concluído por um jovem de dezassete anos esperto e ajuizado, concretamente em condições de velar pelos seus próprios interesses melhor que muitos adultos; ou por uma pessoa que, ainda que interdita, estava, naquele momento particular, completamente lúcida e consciente das próprias acções: aplicam-se aqui, somente, as abstractas valorações legais e as conclusões oficiais; não é admitida uma averiguação que possa, em concreto desmenti-las. Este sistema tem a *desvantagem* de tornar possível uma imperfeita aderência da situação legal à situação real, mas tem a *vantagem* (superior) de simplificar e tornar os juízos mais seguros: sabe-se, desde o início, com segurança e de modo objectivo, quem é capaz de agir e quem o não é. Quem contratou com o incapaz não pode, por isso, opor-se ao pedido de anulação do contrato, afirmando que o sujeito lhe parecia — e talvez o fosse de facto — plenamente em condições de entender e de querer; ele podia e devia certificar-se da capacidade da parte contrária, consultando simplesmente a sua certidão de nascimento (donde *resultam, oficialmente, e de forma objectiva e inequívoca*, a sua idade e as eventuais sentenças de interdição ou inabilitação pronunciadas a seu respeito): se descurou esta precaução, deixando de fazer o que facilmente podia ter feito, parece justo

que suporte as consequências. Aliás, como a lei não tutela a negligência do contraente, por maior razão não tutela a fraude eventualmente feita pelo incapaz: «o contrato não é anulável, se o menor ocultou a sua menoridade por meio de artifícios» (art. 1426.º Cód. Civ., onde, porém, se acrescenta que «a simples declaração feita por ele, de que é maior não é obstáculo à impugnação do contrato»: a parte contrária não devia confiar numa mera afirmação não apoiada por prova alguma).

Nas situações de incapacidade legal não é, pois, possível invocar a capacidade real do sujeito. Não se pode, porém, afirmar o inverso. A lei não pode, com efeito, ignorar que podem existir autênticos loucos que, por várias razões, não tenham sido declarados interditos, e que, em tal estado, concluíram contratos desastrosos; e que, uma pessoa sã de mente, pode ter contratado, quando se encontrava, temporariamente, em condições de total ou parcial incapacidade de entender e de querer (embriaguês, enorme cansaço, depressão psíquica, etc.). Não podia, portanto, deixar de ter, para casos deste tipo, um remédio: são as hipóteses de *incapacidade accidental*. Aqui duas exigências igualmente dignas de tutela entram em conflito. Na verdade, se se concede ao incapaz accidental, como parece justo, o direito de cancelar, com a anulação, os efeitos do contrato concluído enquanto «não estava em si», há o risco de prejudicar a parte contrária, que — tendo verificado diligentemente a inexistência de causas de incapacidade legal — poderia não se ter apercebido daquela efectiva alteração psíquica: e não parece justo frustrar a confiança que ele tinha depositada naquele negócio.

A lei concilia os interesses contrapostos de forma equitativa e racional. Certos actos podem ser anulados, sem mais, com a condição de que quem os cumpriu demonstre que se encontrava, naquele momento, incapaz de entender e de querer (assim a doação, o testamento, o matrimónio, o reconhecimento do filho natural): são actos tão importantes e delicados para o seu autor, que a exigência de garantir a sua plena consciência prevalece sobre a exigência de tutelar a confiança (a qual, por sua parte, não é muito forte em relação ao destinatário de uma liberalidade, que se enriquece sem fazer algum

sacrifício). A exigência de tutelar a confiança é fraca também para todos os actos unilaterais, em que não existe uma parte contrária em sentido próprio: eles só são anuláveis se se demonstra, além da incapacidade do seu autor, que lhe causaram um grave prejuízo (art. 428.º c. 1). É precisamente no campo das operações económicas, dos negócios, que aquela exigência resulta fortíssima: os contratos concluídos pelo incapaz natural só são, por isso, anuláveis se se demonstra «a má fé do outro contraente», isto é, se se prova que ele sabia estar a contratar com uma pessoa privada da capacidade de entender e de querer. Neste caso, é justo não tutelar quem definitivamente aproveitou, sem escrúpulos, da situação de inferioridade do outro. Mas se a contraparte não se apercebeu, nem podia razoavelmente aperceber-se, de nada, sacrifica-se o interesse do incapaz e o contrato mantém-se formado. Uma diversa solução, que garantisse a indiscriminada tutela do incapaz e não cuidasse de *tutelar a confiança* da parte contrária, seria perigosa para a certeza das relações jurídicas e para o bom andamento dos negócios: o sistema funcionaria mal.

2.3. O erro

Uma operação económica tem sentido, para quem a faz, se as valorações de conveniência do operador forem fundadas num correcto conhecimento da realidade: não tem já nenhum sentido, arriscando-se, pelo contrário, a transformar-se de fonte de proveitos em ocasião de perdas, se o cálculo económico subjacente se apoia na ignorância ou no falso conhecimento de elementos da realidade, essenciais, ou pelo menos relevantes, para a operação — em poucas palavras, sobre um erro. Quando um contrato é concluído na base de um tal erro, a contraparte não o pode irrelevar, considerar que a operação é perfeitamente regular, vinculando, apesar disso, o contraente a cumprir os compromissos erroneamente assumidos: também esta é uma regra elementar do jogo contratual.

O modo mais simples para reagir a situações deste género consiste em atribuir o direito de pedir a anulação do contrato

ao contraente que afirme, e prove, ter incorrido num erro tão grave, que elimina o seu interesse na operação, um erro sem o qual não teria concluído aquele contrato. Mas uma solução deste tipo determinaria inconvenientes gravíssimos ao tráfico contratual e ao bom funcionamento do mercado: certamente mais graves que aqueles que resultariam do sistema oposto, segundo o qual as operações contratuais devem ser executadas sempre e de qualquer modo, ainda que fundadas em pressupostos de conhecimento grosseiramente errados. Com base naquela solução, seria muito fácil a cada qual libertar-se dos compromissos assumidos por contrato, invocando previsões ou cálculos errados, ou o malogro das próprias expectativas; a estabilidade das relações contratuais seria ameaçada; ninguém poderia contar, com segurança razoável, com a eficácia dos negócios realizados; muitas fundadas garantias sairiam goradas. Seriam também frustradas as justas expectativas e os legítimos interesses da parte contrária, mas sobretudo sofreria o sistema no seu conjunto; já que ao sistema, para o bom funcionamento do mercado e das relações económicas que aí se entrelaçam, é necessário que as trocas combinadas aconteçam efectivamente, que as promessas feitas sejam executadas, e que os operadores possam contar com as mesmas (*pacta sunt servanda*).

É, mais uma vez, o problema da confiança e da sua tutela, que constitui a chave para compreender a disciplina jurídica do erro. É ainda a exigência de mediar entre dois interesses em conflito, ambos, em linha de princípio, merecedores de tutela: o interesse daquele que erra, em anular o contrato e a remover os efeitos e os vínculos que dele derivam; o da parte contrária, a não ver cancelado um negócio com o qual contava.

A lei resolve o problema *circumscrevendo, com expressos critérios de selecção, o número dos erros juridicamente relevantes*. Nem todos os erros que tiveram, para a parte, importância determinante na decisão de contratar, têm relevância jurídica: só alguns entre eles justificam a anulação do contrato: todos os outros não; ainda que representem o único fundamento da iniciativa contratual, que agora resulta pesa-

damente desvantajosa para o seu autor, não o dispensam do cumprimento das obrigações que desta derivam.

Os critérios de selecção dos erros juridicamente relevantes são dois: o da *essencialidade* e o da *cognoscibilidade*, e aplicam-se cumulativamente: um erro só pode determinar a anulabilidade do contrato, se for, ao mesmo tempo, essencial e cognoscível (art. 1428.º Cód. Civ.).

O erro do contraente é essencial se se enquadrar *num dos tipos de erro expressamente indicados pelo art. 1429.º Cód. Civ.*, que os individualiza com referência ao objecto sobre o qual incide a falsa representação. A saber:

— o erro *sobre a natureza ou sobre o objecto do contrato*. Verifica-se, por exemplo, quando A pretende concluir um contrato de transporte de mercadorias, mas, por erro, adquire um bilhete válido só para o transporte de pessoas;

— o erro *sobre a identidade ou sobre as qualidades do objecto da prestação*. Assim, por exemplo, o erro cometido por quem subscreve um contrato para a aquisição de um carro usado, crendo que o contrato se refere ao carro visto e experimentado no dia anterior, enquanto a parte contrária pretendia vender-lhe — referindo-se-lhe, objectivamente, o contrato — um carro diverso, visto e experimentado na semana precedente; e, ainda, o erro de quem tenciona e pensa adquirir um modelo de carro com motor Diesel, enquanto o carro que lhe é vendido, sendo embora daquele modelo, tem um motor normal a gasolina. Note-se que as «qualidades» relevantes, deste ponto de vista, não são só aquelas concernentes à composição ou à estrutura material da coisa, mas podem, também, dizer respeito a atributos não físicos da própria coisa, que, todavia, sejam de molde a conferir-lhe uma particular qualificação no plano económico-social: assim, o facto de uma determinada pintura ser obra deste ou daquele pintor, ou de a ânfora adquirida pelo amador de antiguidades ser verdadeiramente de época romana, etc. Em todo o caso, o erro que incide sobre a identidade ou sobre as qualidades do objecto só é essencial se estas, «segundo a apreciação comum ou de acordo com as circunstâncias», tiveram importância decisiva para a iniciativa contratual do errante: não é, por isso, anu-

lável o contrato se a parte, que pensava que a casa arrendada para as férias tivesse três varandas viradas para o lago, constata, depois, que, na realidade, só tem duas;

— o erro *«sobre a identidade ou sobre as qualidades da pessoa do outro contraente, sempre que aquela ou estas, tenham sido determinantes do consenso»*. Assim, é anulável o contrato em que um empresário contrata, para uma digressão, um pianista que crê ser diplomado pelo conservatório, quando, na realidade, se trata de um diletante pouco dotado; mas já não é anulável, em regra, uma venda feita a pronto pagamento, ainda que a ideia, feita pelo vendedor, sobre a pessoa do comprador, fosse completamente destituída de fundamento (o interesse do vendedor esgota-se ao receber o preço).

Os erros ora mencionados são todos *erros de facto*: incidem sobre circunstâncias de facto. Mas pode ser relevante também o *erro de direito* (art. 1429.º, n. 4, Cód. Civ.) que consiste na ignorância ou na falsa interpretação de normas jurídicas, em termos de determinar um conhecimento defeituoso das «qualidades jurídicas» do objecto do contrato ou da pessoa do outro contraente. Um erro desta natureza pode ter muita importância, porque a realização da operação económica, a funcionalidade do contrato podem depender, para além das circunstâncias de facto, também de tais «qualidades jurídicas»: pensemos no caso do estrangeiro que adquire uma obra de arte com o único e declarado objectivo de levá-la para o próprio país, ignorando que uma disposição legal proíbe (não a venda, mas) a transferência para o estrangeiro daquele tipo de obra de arte; ou o construtor civil que admite na sua empresa, na qualidade de projectista, um geómetra, sem saber que, por lei, só pode ser confiado aos geómetras a feitura de projectos para obras que não compõem estruturas em cimento armado (sendo necessária a intervenção de um engenheiro).

O erro de direito pode, deste modo, ser invocado para obter a anulação dos contratos, em que as normas legais ignoradas fariam perder o seu sentido económico, *sem que isso signifique, de modo algum, não aplicação daquelas normas*:

antes pelo contrário, é exactamente a sua efectiva operatividade (a circunstância de o quadro não poder ser exportado, ou de o geómetra não poder assinar determinados projectos) que determina a anulação. Totalmente diverso é a invocação da própria ignorância da lei para libertar-se dos efeitos contratuais; tal significaria iludir as normas em questão, destinadas, especificamente, a regular, de um certo modo, este ou aquele aspecto do contrato. Assim, se A conclui um contrato com B, recebendo dele uma soma a título de sinal, e A torna-se, depois, não cumpridor, é obrigado a pagar a B o dobro do sinal recebido: e não poderá certamente, pedir a anulação do contrato alegando a própria ignorância da norma a que se refere o art. 1385.º do Cód. Civ. Ainda, se uma venda é concluída por um preço superior ao máximo fixado pela lei, nós sabemos que o contrato fica concluído por um preço reduzido ao nível legal: também aqui, o vendedor não poderá, certamente invocar a sua ignorância das normas da tabela para anular o contrato, visto que o objectivo da lei é justamente o de que as vendas daquele género sejam feitas por aquele preço. O erro de direito não pode conduzir à anulação do contrato de transação (art. 1969.º Cód. Civ.), porque o objectivo deste contrato é, precisamente, encerrar uma controvérsia a respeito das respectivas posições de direito, e, portanto, acerca da aplicação ou interpretação de determinadas normas jurídicas, qualquer que seja a efectiva distribuição da razão ou não razão entre as partes: donde estas assumem, ambas, o risco de ter conhecido mal ou compreendido mal as respectivas posições jurídicas.

O carácter comum dos diversos tipos de erro essencial consiste, pois, no facto de se tratar de erros que incidem sobre factos ou circunstâncias, por assim dizer, intrínsecos à operação económica, factos ou circunstâncias que *objectivamente* constituem elementos da operação económica. Isto significa que — como já dissemos — a disciplina legislativa em matéria de erro não tutela as expectativas de lucro do contraente *enquanto tais*, mas só enquanto resultem frustradas pelo falso conhecimento de circunstâncias essenciais, que constituem *elementos objectivos* do negócio. A lei não tutela, ao

invés, as expectativas de lucro goradas por erros cometidos pelo operador ao formular as próprias *avaliações subjectivas de conveniência* do negócio (que, nos seus termos objectivos, fora correctamente individualizado). Resulta daí a *irrelevância do, chamado, «erro de previsão»*, que incida sobre o desenrolar futuro de determinadas circunstâncias: por exemplo, Tizio adquire, a um preço superior ao actual no mercado, uma grande quantidade de cereais, na convicção de que a próxima colheita será má, que o preço daquela mercadoria subirá consideravelmente e que ele poderá, por isso, revender, com notáveis margens de lucro, a quantidade adquirida; se, contrariamente às suas (erróneas) previsões, a colheita for boa e o preço não subir, Tizio não poderá, certamente, pedir que a sua aquisição seja anulada por erro. Resulta também, ainda, a *irrelevância do erro sobre o valor* de mercado da coisa adquirida (admitido que esta tenha sido bem individualizada, na sua identidade, e nas suas qualidades essenciais): se, pelo meu imperfeito conhecimento das cotações das pinturas, acho que adquirir o quadro de um determinado pintor, por sete milhões, é um bom negócio, enquanto que a avaliação corrente daquele autor não supera os quatro milhões, o contrato não é anulável; caso diverso seria, como sabemos, se eu me enganasse acerca da atribuição do quadro ao autor, de quem creio seja a obra; aqui o erro não se esgota numa minha falsa avaliação subjectiva, mas incide sobre a intrínseca matéria do contrato (que, por sua vez, naturalmente, poderá, indirectamente, colidir com o valor de mercado da coisa). Mais em geral, são irrelevantes todos os erros que incidam sobre circunstâncias externas aos elementos, à matéria do negócio, objectivamente considerados: para dar outro exemplo, pense-se no erro de quem adquire um frigorífico para a própria habitação, sem saber que idêntica aquisição tenha sido já feita pela mulher.

Todos estes erros, *externos à objectiva* matéria do contrato, permanecem *internos à subjectiva* esfera de interesses, de avaliações, de expectativas do contraente. São chamados, por isso, *erros sobre os motivos* (cfr., *supra*, cap. III, 4.3.). Parece justo e racional — conforme a uma correcta definição

e aplicação das «regras do jogo» contratuais — que as suas consequências sejam suportadas exclusivamente pelo contraente que errou, e não pela parte contrária, como aconteceria se se admitisse, também nestes casos, a anulabilidade do contrato. Tais erros são, em suma, matéria de um *risco* que deve recair sobre quem os erigiu em fundamento da procura do próprio proveito individual; a liberdade de prosseguir o lucro é indissociável do arcar com os riscos relativos; é-se livre de ganhar mas também se pode perder: é a regra de qualquer sistema de mercado.

Pode acontecer que o erro em que caiu um dos contraentes, se bem que essencial segundo o art. 1429.º Cód. Civ., fosse tal que o outro contraente não estava, objectivamente, em condições de se aperceber do mesmo. Neste caso, consentir a anulação do contrato significaria *enganar a confiança* deste, confiança que a lei se empenha em tutelar. A anulabilidade do contrato é, por isso, subordinada ao *ulterior requisito da recognoscibilidade* do erro: e o erro considera-se recognoscível «quando, em relação ao conteúdo, às circunstâncias do contrato ou então às qualidades dos contraentes, uma pessoa de normal diligência o poderia ter notado» (art. 1431.º Cód. Civ.). Isto é: se o não reconhecimento do erro for imputável a negligência ou descuido da parte, a sua confiança não é mais considerada digna de tutela, e a lei protege, então, o que erra, permitindo a anulação.

O erro de que se falou até agora incide, falseando-o, sobre o processo de formação da vontade contratual: define-se, vulgarmente, como *erro-vício*. Mas o erro pode incidir, também, *sobre a declaração* com que se manifesta exteriormente a vontade, regularmente formada, acabando-se, assim, por declarar coisas diversas daquelas que se pretendia. Um tal erro pode depender de distração, ou da ignorância do próprio declarante (que, por exemplo, escreve «decâmetros», quando pretenderia escrever «decímetros»); e pode depender, também, do facto de «a declaração ser transmitida inexactamente, pela pessoa ou entidade que disso era encarregada» (exemplo: o empregado do correio erra ao transmitir o texto do meu telegrama, do qual resulta «trinta mil» em lugar de «três mil»

como eu pretendia). Este tipo de erro costuma-se designar por *erro obstáculo*. Ele é disciplinado pelas mesmas regras que disciplinam os casos de erro-vício (art. 1433.º Cód. Civ.): só determina, portanto, a anulabilidade do contrato se for essencial e cognoscível pela parte contrária.

Há duas hipóteses nas quais (mesmo na presença de um erro essencial e cognoscível) a anulação pode ser evitada: isto acontece quando se trata de um mero erro de cálculo, que basta, simplesmente, rectificar (art. 1430.º Cód. Civ.); e quando a contraparte do contraente errante se mostra disposta a executar o contrato de modo conforme ao conteúdo e às modalidades do negócio que o errante pretendia (art. 1432.º Cód. Civ.). As regras de relevância do erro, que se ilustraram aqui, não valem para o contrato de doação, nem para o negócio unilateral testamento, aos quais se aplica, respectivamente, a diversa disciplina dos artigos 787.º e 624.º c. 2 Cód. Civ.: a diferença de regime, e em particular a mais ampla relevância reconhecida ao erro sobre os motivos, explicam-se com a consideração de que a exigência de tutelar a confiança — sobretudo no campo dos negócios e, portanto, dos contratos a título oneroso — atenua-se significativamente em relação ao beneficiário de uma atribuição gratuita.

2.4. *Dolo e violência*

Se a lei — como vimos — tutela o contraente que, por si só, tenha caído em erro, por maioria de razão deve tutelar o contraente que tenha sido induzido em erro pelo comportamento enganador da parte contrário. Além da exigência de proteger os interesses da parte enganada, manifesta-se ainda aqui, com efeito, a exigência de sancionar a parte enganadora: e veremos que, em consequência, a tutela dada a quem foi induzido em erro, pelo comportamento desleal da parte contrária, é mais ampla do que aquela que cabe a quem errou espontaneamente.

Estamos a falar do *dolo*, do engano exercido contra um sujeito para induzi-lo a concluir um contrato. O engano pode assumir, segundo as circunstâncias, formas diversas: pode tra-

tar-se de uma pura e simples mentira; pode consistir numa mentira acompanhada de uma «encenação» mais ou menos complexa, idónea a conferir-lhe credibilidade; pode, também, identificar-se com o silêncio ou a reticência: mais precisamente, com o silenciar, ou com o deixar na ambiguidade, factos que — em consideração das circunstâncias e das relações existentes entre as partes — deveriam ter sido, pelo princípio de boa fé pré-contratual (art. 1337.º Cód. Civ.), comunicados à outra parte, ou então esclarecidos.

A primeira consequência do dolo é esta: a parte enganada pode pedir a anulação do contrato, desvinculando-se, assim, dos compromissos assumidos. Trata-se de uma consequência que, ainda mais do que a da anulação por erro, corresponde a uma elementar «regra de jogo» contratual: em cujo âmbito os contraentes são livres de procurar o próprio proveito individual, mas não certamente até ao ponto de empregar a fraude ou o engano. Para que o contrato seja anulável, é preciso, contudo, que «os artifícios usados por um dos contraentes», tenham «sido tais que, sem eles, a outra parte não teria contratado» (art. 1439.º Cód. Civ.): o dolo deve ser, como se costuma dizer, *determinante do consenso*. Em regra não é tal — e não leva, pois, à anulação do contrato — aquele dolo que se traduz na genérica exaltação, para além do verdadeiro e do verosímil, da qualidade daquilo que se oferece ou se promete (o assim chamado «*dolus bonus*»), justamente porque, nenhuma pessoa de bom senso, medianamente esperta e ajuizada, seria levada a concluir o contrato, só por efeito de semelhantes jactâncias, tão usuais na praxis comercial. Aliás, a eficácia enganadora do dolo não deve ser considerada em abstracto, mas olhando às circunstâncias concretas, e portanto, às particulares condições psicológicas, culturais e sociais da pessoa enganada. De quanto se disse acerca dos requisitos da relevância do dolo, emerge, com clareza, em que sentido a tutela do contraente induzido maliciosamente em erro é *mais ampla* do que a do contraente caído num erro não provocado por outros: diferentemente da parte caída em erro espontâneo, a parte enganada pode pedir a anulação do contrato, ainda que as falsas apresentações da realidade a que foi induzida pelo dolo

não sejam «essenciais», isto é, não se relacionem com uma das matérias enumeradas pelo art. 1429.º Cód. Civ.; mesmo se, por outras palavras, o erro provocado pelo dolo seja um simples erro «sobre os motivos».

Se o engano que pressionou a parte a concluir o contrato provém, não da parte contrária, mas *de um terceiro*, e a parte contrária não sabia de nada, a exigência de tutelar o enganado entra em conflito com a exigência de tutelar a confiança da parte contrária, que ficaria desiludida com a anulação do contrato. Mais uma vez, a lei considera prevalecente o interesse à *tutela da confiança* (que é — repete-se — tutela da posição individual de uma parte da relação, mas, mais ainda, tutela do interesse geral do sistema a uma segura, e por isso dinâmica, circulação da riqueza): vale pois a regra que «quando os artifícios foram usados por um terceiro, o contrato é anulável se eles eram conhecidos pelo contraente que deles tirou proveito» (art. 1439.º, c. 2 Cód. Civ.).

Além da anulabilidade do contrato, o dolo produz uma segunda consequência para tutela da parte enganada. Esta pode, na verdade, pedir a *indenização pelos danos* sofridos por causa do engano: e pode pedi-la à parte contrária, se o engano provém somente dela; só ao terceiro, autor do engano, se a parte contrária estava de boa fé (e o contrato se mantém); ao terceiro e parte contrária, se esta última tinha conhecimento dos artifícios exercidos por aquele, e deles tirou proveito. A responsabilidade do terceiro é de tipo «extracontratual» (art. 2043.º Cód. Civ.); a da parte contrária é «pré-contratual» (art. 1337.º e 1338.º Cód. Civ.).

A indenização do dano é, pois, a única consequência prevista para a tutela da parte enganada, no caso em que o dolo não tenha sido tão forte de modo a determiná-la, sem mais, à conclusão do contrato, mas tenha sido bastante forte de modo a induzi-la a aceitar condições diversas e mais desvantajosas daquelas que teria pactuado se o engano não existisse (exemplo: se tivesse sabido que a casa tomada de arrendamento para as férias se encontra a meia hora de estrada da aldeia mais próxima, quando o proprietário me tinha assegurado que eram poucos minutos, tê-la-ia arrendada

na mesma, mas teria oferecido uma renda inferior). O contrato é válido, mas, precisamente, «o contraente de má fé responde pelos danos» (art. 1440.º Cód. Civ.). Fala-se, neste caso, de *dolo incidente*, enquanto *dolo determinante* é aquele que leva à anulação do contrato.

A lei prevê ainda as hipóteses em que, para induzir alguém a concluir um contrato, o agente não se limita a usar o engano, mas exerce *violência*. Não apenas a violência física, fundada sobre o uso directo da força (um caso que seria pouco realístico imaginar e que determinaria, sem mais, a nulidade do contrato); mas, também a chamada violência psíquica, que consiste em *ameaçar* fazer mal a pessoa se esta recusar concluir determinado contrato, de modo a pô-la diante da alternativa: ou concluir o contrato, que nunca quis concluir, ou expor-se ao risco de sofrer o mal ameaçado. Mais clamorosa violação das «regras de jogo» contratual seria difícil imaginar: e a lei dispõe que quem concluiu um contrato, por efeito de uma tal ameaça, pode pedir a sua anulação. Visto que a ameaça é considerada pelo direito mais reprovável que o engano, e, portanto, merecedora de ser sancionada mais intensamente, a lei oferece ao contraente, vítima de violência, *uma tutela mais ampla* do que a prevista para o contraente vítima de dolo: na verdade, «a coação é causa de anulação do contrato, mesmo se exercida por um terceiro» (art. 1434.º Cód. Civ.), independentemente de — neste último caso — a parte contrária ter ou não conhecimento. A exigência de tutelar a confiança é mais forte do que a exigência de tutelar a vítima do engano, mas, por sua vez, cede diante da exigência de tutelar a vítima da violência.

Mas nem todas as ameaças tornam o contrato anulável, mas só aquelas caracterizadas por um *apreciável nível de intensidade e de verosimilhança*. A violência, de facto, «deve ser de tal natureza, de modo a impressionar uma pessoa sensata e de fazê-la recuar expor-se a si própria ou aos seus bens a um mal injusto e notável», tendo em atenção «a idade, sexo e condição das pessoas» (art. 1435.º Cód. Civ.). Por isso — precisa o art. 1437.º Cód. Civ. — «o temor reverencial não é causa de anulação do contrato». A ameaça relevante para fins de

anulabilidade não é só aquela que se dirige directamente à parte contrária: mais precisamente, «a violência é causa de anulação do contrato, mesmo quando o mal ameaçado diz respeito à pessoa ou os bens do cônjuge do contraente ou de um seu descendente ou ascendente» (art. 1436.º c. 1 Cód. Civ.); se ao invés, o mal ameaçado concerne a pessoas diversas (por exemplo, a ameaça de difamar publicamente a noiva do contraente, ou de despedir um seu amigo chegado), a avaliação deve ser mais cautelosa, e «a anulação do contrato é remetida para a prudente avaliação das circunstâncias por parte do juiz» (art. 1436.º c. 2 Cód. Civ.).

Vimos que, para justificar a anulação, o mal ameaçado deve ser, para além de notável, *injusto*. A ameaça de um comportamento proibido pelo direito é seguramente injusta. Mas também o pode ser a ameaça de ter um comportamento de per si lícito, e consentido ao agente: de acordo com o art. 1438.º Cód. Civ. «a ameaça de fazer valer um direito pode ser causa de anulação do contrato... quando é destinada a conseguir vantagens injustas». São injustas as *vantagens totalmente estranhas àquelas a que se dirige o direito* que se ameaça fazer valer: assim se A, credor de B, ameaça pedir a sua falência (como seria seu direito), a menos que B se decida a vender-lhe um certo quadro, que desde há algum tempo A tentava, sem sucesso, adquirir, verifica-se o requisito da «injustiça», porque o poder de pedir a falência do devedor insolvente só é conferido ao credor para realizar as próprias razões de crédito, e não para adquirir vantagens de tipo diverso. Se, ao invés, a ameaça de pedir a falência de B fosse destinada a conseguir a constituição de uma hipoteca como garantia do crédito de A, ou a concluir, com terceiro, um contrato que lhe permitiria tornar a pôr de pé a sua empresa, então a ameaça não seria considerada injusta e os contratos exemplificados não seriam anuláveis: porque estes são destinados a conseguir finalidades da mesma ordem que aquelas a que se dirige o direito que se ameaça fazer valer.

2.5. A disciplina da anulabilidade

Como sabemos, a consequência prevista para os casos em que o contrato tenha sido concluído por um incapaz de agir ou por efeito de erro, dolo ou violência, é a anulabilidade do contrato. E sabemos, também, que a anulabilidade é uma das duas formas em que se manifesta a invalidade do contrato, sendo a outra a nulidade. Recordamos, enfim, que, enquanto a nulidade é uma sanção destinada à tutela dos interesses gerais, a anulabilidade visa, em regra, *proteger os interesses privados e individuais de uma das partes* no contrato, e mais precisamente daquela parte que o concluiu em posição de inferioridade tendencial, resultando, potencialmente, prejudicada: o incapaz, o errante, a vítima do engano ou da ameaça. Tal diferença de fundamento explica as diferenças de disciplina entre contrato nulo e contrato anulável. Estas resultam claras de uma enumeração das características da anulabilidade, se se curar de compará-las idealmente com as características da nulidade, ilustrados atrás (*retro*, cap. III, 4.4.).

Diversamente da nulidade, a anulabilidade não pode ser invocada por ambas as partes da relação ou por quem quer que seja que tenha interesse, nem declarada officiosamente pelo juiz: quem está legitimado a pedir a anulação é só o contraente em cujo interesse esta é estabelecida pela lei (art. 1441.º Cód. Civ.). Tratando-se, apenas, de proteger o interesse do incapaz, do errante, do enganado ou do ameaçado, só estes — ou, nos casos de incapacidade, o seu representante legal — são árbitros da sorte do contrato: só a eles cabe decidir se pedir ou não a anulação. Nada exclui, com efeito, que também o contrato concluído por um incapaz, ou por efeito de um vício da vontade, resulte, em concreto, conveniente para esta mesma parte, ou, pelo menos, seja, por esta, julgado como tal, ou, então, não haja, da sua parte, nenhum interesse em invalidá-lo. Num caso do género, consentir que outras pessoas (terceiros, juizes, e sobretudo parte contrária) provocassem a anulação do contrato, significaria frustrar o interesse do contraente tutelado e, por isso, contradizer a mesma razão justificativa da norma que estabelece a anulabilidade.

Enquanto a acção destinada a declarar a nulidade, sendo imprescritível, pode ser exercida sem limites de tempo, a acção de anulação *prescreve* em cinco anos (art. 1442.º c. 1 Cód. Civ.). Quanto à decorrência do prazo, se «a anulabilidade depende de vício do consentimento ou de incapacidade legal, o prazo decorre do dia em que cessou a violência, foi descoberto o erro ou o dolo, cessou o estado de interdição ou de inabilitação, ou então o menor atingiu a maioridade» (art. 1442.º c. 2 Cód. Civ.); e é lógico, porque antes desse dia, persistindo o estado de coisas que determina a anulação, o contraente protegido não está em condições de avaliar, convenientemente, o próprio interesse na eliminação ou, então, na manutenção dos efeitos do contrato. Em qualquer outra hipótese de anulabilidade, «o prazo decorre a partir do dia da conclusão do contrato» (art. 1442.º c. 3 Cód. Civ.). Passados cinco anos, a parte tutelada perde, portanto, o direito de pedir a anulação; mas se ela não cumpriu ainda a sua prestação contratual, e, por isso, é chamada a julgamento, pode recusar a sua efectivação, exceptuando, para própria defesa, a anulabilidade do contrato: a acção de anulação é prescritível, mas a excepção não prescreve (art. 1442.º c. 4 Cód. Civ.).

Posto que a anulabilidade tutela os interesses de uma parte no contrato, a esta é deixada a escolha de remover os seus efeitos ou de os conservar: se julga mais conveniente a última alternativa, pode proceder à *confirmação* do contrato. A confirmação (por efeito da qual o contrato resultará inatacável e plenamente eficaz) pode ser realizada pelo «contraente ao qual cabe a acção de anulação» de dois modos: ou «mediante um acto que contenha a menção do contrato e do motivo de anulabilidade e a declaração de que pretende convalidá-lo» art. 1444.º c. 1 Cód. Civ.); ou então com um comportamento concludente: a voluntária execução do contrato, levado a cabo com conhecimento do motivo de anulabilidade (art. 1444.º c. 3 Cód. Civ.); que, por outras palavras, já não esteja presente a razão da anulabilidade.

Uma vez decretada a anulação, os efeitos do contrato são eliminados, tanto para o futuro, como para o passado:

o que, com base no contrato, seria devido por uma parte à outra, não é mais devido; o que foi dado deve ser restituído (mas cfr. a especial protecção dada, deste ponto de vista, ao incapaz: art. 1443.º Cód. Civ.): neste sentido, a anulação tem *efeito também retroactivo* (mas cfr. para o contrato de trabalho, o art. 2126.º, 1 Cód. Civ.).

Isto vale *nas relações internas entre as partes*. Quando entram em jogo posições e interesses de terceiros, a questão torna-se mais complicada, pela habitual exigência de tutelar a sua confiança. Imaginemos que A vende uma coisa a B através de contrato anulável; que B transfere, depois, a coisa a C, e que, posteriormente, o contrato entre A e B vem a ser anulado: a rigorosa aplicação do princípio de retroactividade da anulação atingiria, também, a aquisição pelo terceiro C, lesando a sua confiança. Daqui a opção do legislador, que derroga este princípio, circunscrevendo, entre limites bem definidos, a *possibilidade de fazer valer a anulação em relação a terceiros* (art. 1445.º Cód. Civ.).

Mais precisamente, a anulação do contrato só pode ser oposta a terceiros, prejudicando as suas aquisições, se se verificar, pelo menos, uma destas três circunstâncias:

a) o terceiro adquiriu a *título gratuito* (já que, sabemos, que, neste caso, a exigência de tutelar a confiança é muito menos forte que no caso da aquisição onerosa);

b) o terceiro estava *de má fé*, isto é, sabia que o próprio alienante tinha adquirido, com base num contrato anulável (já que, neste caso, não há nenhuma confiança a tutelar);

c) a anulação depende de *incapacidade legal* (já que esta é a única causa de anulação que resulta, como sabemos, de modo documental e, por isso, certo e inequívoco, e o terceiro teria podido, sem grande dificuldade, certificar a sua existência).

A esta regra pode, todavia, sobrepor-se, em sentido mais favorável à posição do terceiro, a regra «*posse vale título*» (art. 1153.º Cód. Civ.); e, em sentido mais desfavorável (porque amplia as possibilidades de a sua aquisição ser prejudicada), a disciplina do registo (cfr. o art. 1445.º, última parte, e o art. 2652.º, n. 6 Cód. Civ.).

Dissemos que enquanto a nulidade é a sanção com a qual o ordenamento atinge, no interesse público, os contratos que chocam contra exigências de carácter geral, a anulabilidade é ao invés, destinada à tutela dos interesses de uma parte, que são, assim privilegiados em relação aos interesses da parte contrária. Isto é assim, se considerarmos também os outros casos — além dos da incapacidade e dos vícios da vontade — em que a lei declara que um contrato é anulável (cf. por exemplo, os artigos 1394.º e 1395.º Cód. Civ. em matéria de representação e o art. 1971.º, Cód. Civ., em matéria de transacção). E a contraposição resulta ainda mais clara, nos casos em que uma mesma norma prevê, conjuntamente, para hipóteses diversas, sanções de nulidade e de anulabilidade (ofr. os artigos 1471.º e 1972.º Cód. Civ.). Mas esta regra não é absoluto: com efeito, todos os contratos concluídos por quem foi condenado, em juízo, a um período de prisão não inferior a cinco anos (o chamado *interdito legal*: art. 32.º Código Penal) são anuláveis. E, também aqui, a sanção de anulabilidade não é, certamente, destinada a proteger os interesses deste, mas, ao contrário, para limitar as suas possibilidades de participar no tráfico jurídico, e, portanto, no interesse público a uma mais eficaz punição dos delinquentes; tanto é verdade que, neste caso, a anulação pode ser pedida, como derrogação à regra geral, por quem tenha nisso interesse (art. 1441.º, c. 2, Cód. Civ.).

2.6. A rescisão do contrato

Nos ordenamento inspirados na liberdade de mercado, o «jogo contratual» é fundado num princípio que já conhecemos: as partes são deixadas livres para melhor determinarem, como querem ou podem, o equilíbrio económico de cada contrato; os termos das suas trocas são confiadas à lei da procura e da oferta; e os termos de troca, pelo único facto de terem sido livremente estabelecidos pelas partes, são, em regra, subtraídos a qualquer avaliação ou controlo de mérito, por parte do ordenamento jurídico: este não se preocupa que

o contrato seja objectivamente «justo» ou «equitativo», por aquilo que concerne à relação de valores económicos entre o que se dá e o que se recebe em troca, mas preocupa-se, sobretudo, que ele seja cumprido regularmente. A lei não fixa, em suma, critérios objectivos que assegurem a troca justa, a equitativa proporção entre prestação e contraprestação (à parte os sectores de mercado em que, por razões de política económica e social, se instaure um regime de preços vinculados); e, com maior razão, não permite ao juiz modificar o equilíbrio económico realizado com o contrato, rectificando a proporção entre os valores trocados ainda que, porventura, lhe pareça económica, social ou moralmente injustificada.

Este princípio relaciona-se com um outro, pressupõe-o: que o procedimento, através do qual os contraentes chegam à determinação desse equilíbrio económico, à fixação daquelas razões de troca, se faça no respeito de certas regras que, assegurando a sua formal exactidão, garantam os seus resultados, ao menos uma presunção de justiça e racionalidade económica. Quando — mas só quando — estas regras «de processo» resultem violadas, a lei permite um controlo «de mérito» sobre a substância económica da operação, sobre a objectiva adequação entre prestação e contraprestação, e manifesta a sua reacção, se tal relação se manifestar insatisfatória.

Tudo isto resulta, de modo particularmente claro, na disciplina da *rescisão* do contrato. Ela fundamenta-se, na verdade, no princípio de que os efeitos do contrato podem ser eliminados quando concorram *dois elementos*. O primeiro é de natureza *processual*, relativo ao quadro das circunstâncias externas, dentro do qual se desenvolveu o processo de formação do contrato: que este tenha sido concluído sob a pressão de circunstâncias excepcionalmente graves, de tal modo a coarctar, de modo relevante, a liberdade de determinação e de escolha de um dos contraentes, e de impedir-lhe a possibilidade de delinear a operação contratual, segundo um cálculo correcto de racionalidade económica. O segundo elemento é de natureza *substancial*, e concerne ao conteúdo do contrato, ao equilíbrio económico que ele realiza: é preciso que os termos da troca sejam iníquos ou gravemente desproporcion-

nados, prejudicando a parte que sofre aquelas circunstâncias. O concurso destes pressupostos aproxima as duas hipóteses em que pode haver rescisão do contrato: a do *contrato concluído em estado de perigo* e a do *contrato concluído em estado de necessidade*.

Para o art. 1447.º Cód. Civ. é rescindível «o contrato em que uma parte assumiu obrigações em condições iníquas, pela necessidade, conhecida pela outra parte, de salvar-se, ou a outros, do perigo actual de um dano grave à pessoa» (e cfr. a previsão do art. 2045.º Cód. Civ., relativa ao estado de necessidade no ilícito civil). É o caso, por exemplo, de quem seja obrigado a promover uma compensação desproporcionada a um guia alpino para convencê-lo a prestar socorro a um amigo ou parente, perdido na montanha; ou o de quem — ameaçado de morte pelas tropas inimigas de ocupação, se lhes não entregar, em poucos dias, uma grande quantia de dinheiro — é obrigado a vender, a preço muito baixo, um quadro de grande valor para obter a quantia e assim escapar à ameaça. É interessante confrontar esta situação com a que justifica a anulação do contrato por violência proveniente de um terceiro (art. 1434.º Cód. Civ.), uma vez que existem significativas diferenças: no entanto, existe anulabilidade por violência, quando a ameaça do terceiro é imediata e directamente dirigida a fim de obter a conclusão daquele determinado contrato, enquanto há rescisão, quando a conclusão daquele contrato é só instrumental em relação à satisfação das pretensões do ameaçante, que, porém, têm um diverso objecto («dá-me 20 milhões ou então farte-ei mal»: em consequência, eu vendo o quadro, para procurar o dinheiro a fim de evitar o mal ameaçado); além disso, o mal ameaçado com a violência pode referir-se também a bens, enquanto o perigo relevante para os fins da rescisão pode respeitar só as pessoas.

O contrato concluído num tal estado de perigo só pode ser rescindido se as suas condições forem «iníquas»: com uma fórmula assim elástica, a lei atribui ao juiz o poder de avaliar, em concreto, se os termos da troca foram tão gravemente desequilibrados que justifiquem, sem mais, a eliminação daquela operação económica.

O contrato pode, pois, ser rescindível se uma parte o concluiu quando se encontrava em estado de necessidade (o que não significa, necessariamente, indigência, mas pode concretizar-se, também na imprevista necessidade de dispor de dinheiro líquido ou então de procurar grandes quantidades de uma certa mercadoria, etc.). É, porém, preciso que a outra parte tenha «aproveitado para tirar vantagem» deste estado, e que um tal aproveitamento se tenha concretizado em impor à parte necessitada um conteúdo contratual que determine uma gravíssima desproporção entre prestação e contraprestação (chamada «lesão»): mais precisamente, a lesão deve ultrapassar «a metade do valor que a prestação cumprida ou prometida pela parte prejudicada tinha na altura do contrato». Exemplos: tendo urgente necessidade de dinheiro, vendo por 6 milhões uma jóia que vale, pelo menos 15; tendo eu absoluta necessidade de ir à Sardenha no barco que parte esta noite, mas não havendo lugares, um passageiro cede-me o seu bilhete, mas a preço três vezes superior ao normal. Aqui, diferentemente da hipótese precedente, a avaliação da gravidade do desequilíbrio não é enviado ao juiz, mas é fixada preventivamente pelo legislador, com a indicação de um critério objectivo de medida. É a figura da *rescisão por lesão* (art. 1448.º Cód. Civ.).

O instituto da rescisão não tutela, imediatamente, o interesse público ou as exigências gerais da colectividade: protege, directamente, os interesses de uma parte do contrato contra a outra parte, que se aproveitou, injustamente, da sua situação de particular fraqueza. Neste sentido, se pode aproximar da anulação, com a qual regista significativas analogias de disciplina, mas, por outra parte, com algumas diferenças. Assim, a acção de rescisão pode ser exercida só pela parte que contratou em posição de fraqueza e, por isso, sofreu dano. Prescreve no prazo de um ano (mas com ela prescreve também a excepção, diferentemente do que acontece na anulação: art. 1449.º Cód. Civ.). Diferentemente do contrato anulável, o contrato rescindível não pode ser confirmado (art. 1451.º Cód. Civ.); mas a rescisão pode ser evitada, se o contraente contra o qual ela é pedida (aquele que se provei-

tiu injustamente) oferecer «uma modificação do contrato suficiente para reconduzi-lo à equidade» (art. 1450.º Cód. Civ.): quem, aproveitando-se da necessidade de outro, lhe comprou uma jóia por 6 milhões quando valia 15, pode evitar a rescisão e manter firme a sua aquisição, se tomar a iniciativa de oferecer à parte contrária uma integração de preço de 9 milhões. Entre as partes, a rescisão destrói os efeitos do contrato, eliminando as transferências de riqueza que este implicava; mas se o contrato é rescindido, porque concluído enquanto uma parte se encontrava em estado de perigo, «o juiz... pode, segundo as circunstâncias, atribuir uma compensação equitativa à outra pelo já prestado» (art. 1447.º, 2 Cód. Civ.). Em relação a terceiros (art. 1452.º Cód. Civ.), a rescisão, diferentemente da anulação, não prejudica os direitos adquiridos, salvas as especiais previsões, em matéria de registo (cfr. o art. 2652.º n. 1 Cód. Civ.).

3. A EXECUÇÃO DO CONTRATO, O RISCO DAS CIRCUNSTÂNCIAS SUPERVENIENTES E O PROBLEMA DA RESPONSABILIDADE POR NÃO CUMPRIMENTO CONTRATUAL

3.1. Posição do problema

A anulação e a rescisão são os remédios que a lei concede quando, *em sede de formação do contrato*, surgem circunstâncias tais que perturbam gravemente o juízo de conveniência e, portanto, os processos de decisão que estão na base da determinação de concluir o negócio, em consequência do que o próprio negócio resulta, ou pode resultar, para o contraente atingido por essas circunstâncias, privado, desde o início, de racionalidade económica. Não parece justo, nem oportuno — do ponto de vista do bom funcionamento do mercado e do sistema das trocas, como também do da justiça substancial — pretender do contraente a execução de um contrato que ele tenha concluído, estando privado da necessária

atitude fisiopsíquica para gerir adequadamente os próprios interesses, ou por efeito de falsos conhecimentos sobre elementos essenciais do negócio, ou porque enganado ou ameaçado, ou, enfim, porque levado por uma situação de perigo ou de necessidade: permite-se-lhe, então, desligar-se dos vínculos contratuais.

Uma ordem de problemas, em muitos sentidos análoga, coloca-se quando a racionalidade económica da operação, ou a funcionalidade do contrato, resultam perturbadas ou até prejudicadas para um dos contraentes, por circunstâncias não contemporâneas — como nos casos precedentes — à formação do contrato, mas surgidas posteriormente. Depois da conclusão do negócio, na fase em que se trata de lhe dar efectiva execução, podem, na verdade, verificar-se acontecimentos novos da mais variada natureza, que revolucionem o programa contratual de uma das partes, impedindo-as de tirar da operação as vantagens esperadas ou, até transformando-a numa fonte de prejuízos. Consideremos os seguintes exemplos: 1) A, titular de uma indústria de móveis, contrata com B, industrial químico, o fornecimento de uma quantidade de verniz para utilizar na própria empresa; mas a execução do fornecimento torna-se impossível porque um decreto, posterior à conclusão do contrato, veio proibir a produção e a venda daquele tipo de verniz, do qual se descobriu a toxicidade; 2) B não está em condições de fornecer a A a quantidade de verniz prometida, porque uma greve dos trabalhadores químicos, decretada depois da conclusão do contrato, paraliza a sua empresa, bloqueando completamente a produção; 3) Suponhamos que B é uma empresa alemã, e que o pagamento do verniz de A a B foi combinado em marcos: depois da conclusão do contrato, e antes do pagamento, a lira é fortemente desvalorizada em relação ao marco, de modo que A seria obrigado a desembolsar uma soma muito superior à prevista, no momento da conclusão do negócio; 4) A pensava utilizar o verniz encomendado, para produzir um certo tipo de móvel que, porém, uma sondagem de mercado feita depois da conclusão do contrato de fornecimento revela ser detestado pelo público, decidindo-se, portanto, parar a produção; A encontra-se na situação de ter

adquirido grande quantidade de verniz e não saber o que fazer dele; 5) B não cumpre o fornecimento prometido a A, porque um concorrente deste último convenceu-o a vender o único stock de verniz disponível, oferecendo-lhe um preço superior. Etc.

É evidente que em todos estes casos os acontecimentos supervenientes frustram, por várias razões, e de vários modos, o programa económico de A, tornando o contrato, do seu ponto de vista, privado do sentido e das vantagens que lhe tinha atribuído no momento da sua conclusão. Põem-se, então, *dois diversos problemas* de tratamento da relação e de identificação das suas consequências jurídico-económicas. O primeiro é decidir se, não obstante tudo isto, o contrato deve manter-se nos mesmos termos, sendo A, por isso, obrigado a cumprir regularmente a prestação a que, por sua parte, se tinha comprometido (em concreto: pagar o verniz ao preço e segundo as modalidades estabelecidas), ou, então, se é possível a A eliminar os efeitos daquele contrato, desvinculando-se, assim, dos compromissos assumidos. O segundo problema, conexo com o primeiro, mas deste bem distinto, consiste em saber se A pode, atendendo às circunstâncias que frustraram os seus planos económicos e que lhe causaram danos patrimoniais, fazer declarar em julgamento B como responsável destes danos e exigir deste a respectiva indemnização.

A resposta a estas duas questões (que constitui matéria das páginas seguintes) depende *do modo como se considera justo e oportuno repartir entre os contraentes o risco das circunstâncias supervenientes*.

Antecipa-se já que, quando as circunstâncias supervenientes e as perturbações da economia do contrato por elas determinadas são de molde a justificar que o contraente atingido seja desvinculado dos compromissos contratuais, o remédio previsto pela lei para a sua tutela é a possibilidade — que só a ele pertence — de pedir ao juiz a *resolução* do contrato.

Decretada a resolução, ambas as partes são livres dos próprios compromissos, os efeitos do contrato são eliminados. *Entre as partes, a resolução tem, em regra, efeito retroactivo* (obrigação de restituir as prestações já realizadas), «salvo o

caso de contratos de execução continuada ou periódica, nos quais o efeito da resolução não se estende às prestações já efectuadas» (art. 1458.º, 1, Cód. Civ.): se se resolve um contrato de locação, não faz sentido que o locador deva restituir ao locatário as rendas pagas por este no período em que teve o gozo da coisa; se se resolve um contrato de trabalho, não é pensável que o trabalhador seja obrigado a restituir ao dador de trabalho os salários ou as remunerações recebidas, enquanto contrapartida das prestações de trabalho que, até àquele momento, efectivou. Por razões de tutela da confiança de terceiros e da segurança do tráfico «a resolução... não prejudica os direitos adquiridos por terceiros, salvo os efeitos do registo da acção de resolução» (art. 1458.º c. 2 Cód. Civ.).

3.2. A resolução do contrato: impossibilidade superveniente, excessiva onerosidade, não cumprimento

A resolução do contrato, em geral, pode acontecer por três causas: quando a prestação devida por uma parte se torna impossível, quando a prestação devida por uma parte se torna excessivamente onerosa e quando a prestação devida por um dos contraentes não foi (exactamente) cumprida.

3.2.1. Quando, numa relação de débito-crédito, a prestação devida pelo devedor se torna impossível por uma causa não imputável ao próprio devedor, a obrigação extingue-se: o devedor é desonerado, não deve mais nada, e o credor não pode pretender mais nada dele (art. 1256.º, 1, Cód. Civ.). A regra não se aplica, porém, se a impossibilidade se verifica depois de o devedor, tendo atrasado a prestação para além do prazo fixado para o cumprimento, se constituiu em mora (art. 1219.º Cód. Civ.). Neste caso, na verdade, o risco da impossibilidade superveniente é tendencialmente transferido para ele, por força da lei: o devedor «não fica exonerado se não provar que o objecto da prestação se teria igualmente perdido ou deteriorado junto do credor» (art. 1221.º Cód. Civ.).

Vejamos agora quais as consequências que a impossibilidade liberatória produz, quando a prestação tornada impossível foi acordada contratualmente, estando, neste quadro, ligada, numa relação de troca, a uma contraprestação, de modo que o devedor, liberto de qualquer vínculo em relação ao seu credor, é, ao mesmo tempo, credor deste último, interessado, por sua vez, em obter a seu favor uma dada prestação. As consequências são indicadas, com precisão, pelo art. 1463.º Cód. Civ.: «nos contratos com prestações recíprocas, a parte desonerada pela impossibilidade superveniente da prestação devida, não pode exigir a contraprestação, devendo restituir o que já tiver recebido». O que se exprime sinteticamente, dizendo que o contrato se resolve, uma vez que são exactamente estes, como sabemos, os efeitos da resolução. Trata-se de consequências intuitivas: se falta um dos termos da troca (ainda que por causas de força maior, sem que algum dos contraentes tenha culpa) falta a própria operação económica, o contrato perde a sua funcionalidade e a sua própria razão de ser, sendo, por tal razão, extinto.

O problema consiste sobretudo em identificar como se deve entender o requisito da «impossibilidade» de prestar e ainda o da sua «não imputabilidade» ao devedor. Seguramente tem carácter liberatório (dando lugar ao tipo de resolução de que agora falamos) uma *impossibilidade física, material e por isso absoluta*: por exemplo, A cede em locação a B um seu apartamento, mas, antes de este o ocupar, o apartamento é destruído por um incêndio. Com igual segurança se devem negar as características da impossibilidade liberatória a *puras e simples dificuldades* surgidas, que tornam mais gravoso o cumprimento da prestação acordada, como no caso em que A se compromete a efectuar um transporte em estrada, desde Milão a Salsburgo, e, no momento da execução, o desfiladeiro do Brennero — que permite o itinerário mais curto, e que o condutor tinha pensado utilizar — é bloqueado: o transporte pode ser efectuado passando por Tarvisio, apesar de, deste modo, ser um pouco mais longo e mais custoso para o condutor (em casos como este poderiam, eventualmente, verificar-se os

requisitos da excessiva onerosidade, que não os da impossibilidade superveniente).

Entre estes dois extremos existem hipóteses que não são, simplesmente, de maior dificuldade da prestação e, todavia, não chegam a integrar uma verdadeira e própria impossibilidade material e absoluta de cumprir. Hipóteses deste género encontramos-las nas previsões dos arts. 1256.º e 1463.º Cód. Civ.: é que a «impossibilidade» de que falam estas normas não deve ser compreendida no significado extremo e absurdamente rígido de absoluta impossibilidade física, mas num sentido mais razoável e elástico: é com base neste que deve afirmar-se uma *impossibilidade liberatória*, sempre que as circunstâncias posteriores, embora não impedindo, em sentido absoluto, a prestação, incidem nesta, de tal forma que o seu cumprimento exigiria *actividades e meios não razoavelmente compatíveis com aquele tipo de relação contratual*, em termos de a transformar numa *prestação substancialmente diversa* da acordada. Pense-se no caso do transportador marítimo que se comprometa a efectuar, num certo dia, um transporte de mercadorias do continente para a Sardenha; suponhamos que, naquele dia, as condições do mar são totalmente proibitivas que impedem todas as embarcações de deixar o porto: em rigor, a prestação não seria absolutamente impossível, porque o transporte sempre poderia ser efectuado por via aérea, mas compreende-se que seria absurdo exigir do transportador marítimo encarregar-se de organizar uma prestação tão radicalmente diversa daquela para que estava preparado. É, por isso, claro que a impossibilidade de que nos ocupamos, não é um conceito rígido e absoluto, mas é, ao invés, bastante *elástico e variável, relativamente ao tipo de prestação*, e portanto, de operação económica de que se trata em concreto.

O mesmo se diga em relação ao elemento da *imputabilidade ou não imputabilidade ao devedor* da causa que torna impossível a prestação. As vezes, para determinados tipos de relação contratual, deverá considerar-se imputável ao devedor todo o acontecimento que, de qualquer modo, entre na sua esfera de influência, de controlo, de organização, circunscrevendo-se a impossibilidade liberatória às hipóteses em que

esta depende de causas totalmente estranhas a tal esfera (dir-se-á, então, que o critério é o da *impossibilidade objectiva*); outras vezes, em relações e negócios de tipo diverso, poder-se-á imputar ao devedor, só aquela impossibilidade posterior que, além de manifestar-se na economia interna do próprio devedor, seja, em concreto, determinada por uma sua negligência, distração ou imperícia, isto é, seja atribuída a culpa sua (assim se privilegia o critério — menos rigoroso e mais benévolo para o devedor — da *impossibilidade em sentido subjectivo*).

Sobre estes problemas de definição do conceito de impossibilidades liberatória que, em larga medida, coincidem com os colocados pela questão dos critérios e dos pressupostos da responsabilidade contratual, deveremos ocupar-nos mais adiante (3.3.). Voltando à disciplina da resolução, por impossibilidade superveniente, recordamos que, por efeitos dela, o devedor da prestação tornada impossível perde, em linha de princípio, o seu direito à contraprestação (se o transporte por mar não pode efectuar-se por causa das más condições atmosféricas, o transportador marítimo fica desvinculado, mas não pode pretender receber ou deter o preço do frete estabelecido): por outras palavras, o *risco da contraprestação* está a seu cargo.

Esta regra sofre uma derrogação importante nos *contratos com efeitos reais*, que são aqueles — como sabemos — que produzem a transferência da propriedade (ou a transferência ou a constituição de um outro direito real). Trata-se de saber o que é que acontece se a coisa objecto da transferência «perece», isto é, é destruída ou então torna-se indisponível, em consequência de factos não imputáveis nem ao alienante nem ao adquirente. Por outras palavras, trata-se de estabelecer sobre quem recai o risco da perda accidental da coisa. Nenhum problema surge, naturalmente, se a coisa perece quando a operação de troca se realizou e esgotou completamente, isto é, quando a coisa passou já à propriedade do comprador e, tendo-lhe sido entregue, entrou já na sua esfera de controlo e disponibilidade material: ele deve pagar o preço mesmo que tenha perdido a coisa; o risco da perda desta está

inteiramente a seu cargo. Quando, porém, a troca ainda não se aperfeiçoou materialmente, porque a coisa é destruída antes de ser entregue ao adquirente, e sobre o alienante incide, ainda a obrigação de guardá-la e entregá-la, a solução não é, assim, intuitiva. Neste caso, a lei indica, como critério geral de assumpção do risco, o da *propriedade* do bem: o risco é suportado por aquele dos dois sujeitos da troca, que, no momento de perda, era titular do direito de propriedade sobre a coisa perdida. Se, naquele momento, a propriedade já passou para o adquirente, este suporta o risco, sendo obrigado, igualmente, a cumprir a sua contraprestação; se a propriedade não passou ainda, o risco do parecimento recai, ao invés, sobre o alienante, que não poderá pretender a contraprestação. Torna-se, então, importante relembrar os critérios, já mencionados, que permitem individualizar o momento em que se produz o efeito translativo: se o objecto da troca é uma *coisa determinada*, pelo efeito translativo do consenso o adquirente adquire a sua propriedade — e assume o seu risco — desde o momento da conclusão do contrato, ainda que a coisa não lhe seja entregue (daí a regra do art. 1465.º, 1, Cód. Civ.); se, ao invés, se trata de *coisa determinada só no género*, a sua propriedade e o risco relativo só se consideram transferidos para o adquirente quando se tenha feito a individualização por uma das formas do art. 1378.º Cód. Civ. e, por maioria de razão, quando o stock de mercadorias tiver sido entregue (daqui a regra do art. 1465.º, 3, Cód. Civ.).

Este critério («res perit domino»), justifica-se com a consideração de que o adiamento da entrega para momento posterior ao da conclusão do negócio e da individualização das mercadorias transferidas é, em regra, exigido no próprio interesse do adquirente proprietário que, por exemplo, não tem disponibilidade imediata do espaço necessário para armazenar as coisas adquiridas, ou que, por outras razões, não está pronto a recebê-las.

Regras especiais são, ainda, estabelecidas para os contratos translativos sujeitos a termo inicial (art. 1465.º, 2, Cód. Civ.) ou a condição suspensiva (art. 1465.º, 4, Cód. Civ.).

A impossibilidade superveniente pode ser só *parcial*, e, em tais casos, não há necessariamente lugar a resolução: «quando a prestação de uma parte torna-se só parcialmente impossível, a outra parte tem direito a uma redução correspondente da prestação devida, e pode também resolver o contrato quando não tenha interesse no cumprimento parcial» (art. 1464.º Cód. Civ.). Se a impossibilidade posterior for relativa à prestação de uma das partes de um contrato plurilateral, o contrato só se resolve se a prestação em falta dever considerar-se essencial, atenta a operação no seu conjunto (art. 1466.º Cód. Civ.).

3.2.2. Ilustrando o instituto da rescisão, disse-se que, em linha de princípio, um desequilíbrio de valor económico entre os dois termos da troca contratual combinados entre as partes, não justifica, de per si, uma reacção do ordenamento jurídico destinada a tutelar a parte atingida pela «injusta» proporção: este é um corolário do princípio de liberdade contratual, por força do qual o ordenamento, salvo os casos de ilicitude, não interfere no mérito das escolhas e das iniciativas económicas assumidas pelos operadores privados.

Mas é pressuposto ideológico e, ao mesmo tempo, regra de funcionamento do sistema, o princípio de que à liberdade contratual — e portanto à liberdade de procura do lucro — está ligada, de modo indissolúvel, a obrigação de pleno respeito pelos compromissos contratuais livremente assumidos, e, portanto, a assunção do risco relativo à possibilidade de a operação, de que se esperavam lucros, causar, ao invés, prejuízos. (O duplo binómio «*proveito-risco*» e «*liberdade contratual-responsabilidade contratual*» sintetiza, de modo eficaz, os princípios ordenadores de um mercado capitalista e do sistema de direito que lhe corresponde). Daqui a regra da tendencial irrelevância também dos desequilíbrios de valor económico entre prestação e contraprestação que surjam (não existam no momento da conclusão do contrato, como na hipótese de rescisão) posteriormente, por efeito de circunstâncias estranhas ao controlo das partes. Na medida em que tais desequilíbrios — e portanto o agravamento, para além das expectativas, do sacrifício patrimonial derivado para o contraente da

operação a qual não dá mais os benefícios esperados, traduzindo-se até, num passivo económico — caibam nos riscos que, ao concluir o contrato e procurando com ele o proveito, o próprio contraente assumira, é coerente com o sistema que o posterior agravamento da razão de troca seja suportado pela pessoa que o sofre: ela é, por isso, obrigada, em linha de princípio, a cumprir regularmente o contrato, ainda que este se tenha tornado mais oneroso do que o era aquando da conclusão.

Mas se tal é a regra, não faltam excepções. Existem, na verdade, situações-limite, caracterizadas pela particular gravidade do posterior desequilíbrio da economia contratual e, ao mesmo tempo, da excepcionalidade dos acontecimentos que o determinaram, em que a lei considera justo e racional intervir em favor do contraente atingido, oferecendo-lhe a possibilidade de libertar-se dos compromissos contratuais que se tornaram muito pesados: o remédio é a *resolução do contrato por excessiva onerosidade* (art. 1467.º, c. 1, Cód. Civ.).

O primeiro e óbvio pressuposto para que ela possa operar é que se trate de *contratos chamados «de duração»*, nos quais a completa execução do contrato não se siga imediatamente à sua conclusão, sendo da mesma separada por um intervalo de tempo: e, portanto, de *contratos de execução continuada ou periódica* (como um contrato de trabalho, ou uma locação, ou uma empreitada, ou um fornecimento) ou então de *contratos com execução diferida* (como uma venda de coisas genéricas, em que a individualização e a entrega são postergadas para um momento posterior, ou um transporte estabelecido para o mês subsequente ao da estipulação). A razão é clara: os dois momentos devem ser cronologicamente distanciados, porque o remédio da resolução por excessiva onerosidade tutela, em certos limites, a originária economia do contrato que seja perturbada por circunstâncias surgidas após a sua conclusão, mas antes da sua execução.

Se, na verdade, se tratasse de circunstâncias pré-existentes à conclusão do contrato, já não se poderia falar de um desequilíbrio superveniente, e o contraente prejudicado teria podido, e devido, tê-las em conta aquando da preparação e estipulação do negócio (se não o fez, porque o ignorava, poderá,

quando muito, invocar o regime do erro); se se tratasse, ao invés, de circunstâncias surgidas após a execução, elas não atingiriam um negócio que, objectivamente, se esgotou; poderiam, porventura, prejudicar os programas subjectivos e as pessoais expectativas económicas de uma ou outra parte, ulteriores em relação à objectiva função da troca, que se terá realizado regularmente: atingiriam — podemos dizer — não a causa do contrato, mas os motivos individuais do contraente, que sabemos ser irrelevantes, em regra. Tomemos o caso da compra e venda, com efeitos reais imediatos, de bens que o comprador pensa revender com lucro; depois da compra, acontecimentos extraordinários e imprevistos fazem baixar o valor de mercado daqueles bens, tornando-o irrisório face ao preço que fora pago pelos mesmos, impedindo, assim ao comprador a realização das suas expectativas de lucro: mas é evidente que este risco deve estar a seu cargo, é ele que deverá suportar as consequências de um negócio frustrado, não podendo já pretender a sua resolução. Pelas mesmas razões, é claro que também os contratos de duração não se podem resolver por excessiva onerosidade superveniente, se as circunstâncias que a determinaram ocorreram quando ambas as prestações foram completamente cumpridas, ou também quando já foi cumprida a única prestação tornada mais onerosa.

Preenchido este pressuposto, para que o remédio da resolução por excessiva onerosidade possa operar, devem verificar-se *duas condições*: uma, *externa*, atinente às circunstâncias que determinam o agravamento económico da prestação e o seu consequente desequilíbrio de valor com a contraprestação; a outra, *interna*, à substância do negócio, concernente exactamente à medida de tal agravamento e desequilíbrio.

Para a primeira, a excessiva onerosidade superveniente deve depender de *acontecimentos extraordinários e imprevisíveis*. E compreende-se: se as circunstâncias que a determinam pertencem ao ordinário curso dos acontecimentos naturais, políticos, económicos ou sociais, e podiam, por isso, ter sido previstas aquando da conclusão do negócio, não há razão para tutelar o contraente que nem sequer usou da normal prudência necessária para representar-se a possibilidade da sua ocorrên-

cia e regular-se de acordo com as mesmas na determinação do conteúdo contratual. É justo e racional que o risco das circunstâncias ordinárias e previsíveis seja suportado pelos contraentes: a lei só os protege contra as circunstâncias que representam matéria de *riscos absolutamente anómalos*, como tais subtraídos à possibilidade de razoável previsão e controlo dos operadores. Neste sentido, justifica a resolução do contrato, por exemplo, a imprevista desvalorização da moeda; não a justifica, já, o progredir de uma inflação deslizando manifestada desde há algum tempo. É coerente com este delineamento que deva tratar-se, igualmente, de acontecimentos que não se manifestem só na esfera individual de um contraente, mas operem, ao invés, com *carácter de generalidade*, mudando as condições de todo um mercado ou de todo um sector de relações. Por isto, pode ser causa de resolução o encerramento do canal de Suez, que agrave a prestação do transportador marítimo, mas não certamente a doença imprevista do comandante do navio, que obrigue o armador a substituí-lo naquela viagem por outro que pretenda uma remuneração muito mais elevada. Uma lógica, não diversa, de justa e racional atribuição do risco inspira a outra condição; para esta, o contrato só é resolúvel se a sucessiva onerosidade exceder a *álea normal do contrato* (art. 1467.º c. 2, Cód. Civ.). É preciso que o desequilíbrio determinado entre prestação e contraprestação supere a medida que corresponde às normais oscilações de mercado dos valores trocados; se permanece dentro delas, não há razão para libertar dos seus compromissos a parte que sofre um agravamento económico que podia, muito bem, ter previsto e prevenido. A lógica, em suma, é sempre esta: cada contrato comporta, para quem o faz, riscos mais ou menos elevados; a lei tutela o contraente face aos riscos anormais, que nenhum cálculo racional económico permitiria considerar; mas deixa a seu cargo *os riscos tipicamente conexos com a operação*, que se inserem no andamento médio daquele dado mercado. É óbvio, então, que o nível de risco correspondente à «álea normal do contrato» não se pode identificar, de modo geral e abstracto, para todo o tipo de relação contratual, mas varia em relação *aos particulares tipos de*

negócio, aos particulares mercados, às particulares conjunturas económicas. Em regra, cabe ao juiz efectuar esta verificação (e, portanto, avaliar se a onerosidade surgida posteriormente no contrato submetido ao seu juízo pode considerar-se «excessiva»). Às vezes é a lei que provê, indicando, com precisão, a medida (cfr., em matéria de empreitada, o art. 1664.º, 1, Cód. Civ.).

Se o fundamento do instituto do qual nos ocupamos consiste na justa e racional repartição entre os contraentes dos riscos conexos com a verificação de circunstâncias futuras, é compreensível que o remédio da resolução não deva operar para os contratos que as partes tenham inteiramente moldado sobre o risco (art. 1469.º Cód. Civ.): são os *contratos aleatórios*, onde a medida das prestações recíprocas, ou até a susceptibilidade de as obter, são confiadas, pelos contraentes, ao acaso, que cada um espera evolua em sentido favorável para si. São contratos de especulação sobre o destino: pertence à sua própria função, à sua própria causa, que com eles se possam ganhar muito, mas também perder muito, ou tudo (é o caso do seguro, do jogo, da aposta, da renda vitalícia, etc.). Aqui não há o problema da tutela contra um certo nível de risco, porque as partes anuíram em correr o máximo de risco.

Na presença de todos os requisitos que se indicaram, a parte onerada pode pedir a resolução do contrato. Não pode, porém, pretender, sem mais, da parte contrária, um suplemento de prestação que sirva para restabelecer o equilíbrio perturbado, mantendo-se o contrato: a parte contrária poderia, por sua vez, ter dificuldades em fornecer este suplemento e não seria justo impor-lho, autoritariamente. Mas a parte contrária pode, autonomamente, considerar que lhe é mais vantajoso manter a operação, restabelecendo o seu equilíbrio económico, e optando nesse sentido: «a parte contra a qual é pedida a resolução pode evitá-la declarando aceitar a modificação equitativa das condições do contrato» (art. 1467.º, 3, Cód. Civ.). A *modificação equitativa* das condições contratuais é, pois, com toda a evidência, o único remédio razoavelmente configurável para os contratos com obrigações a cargo de uma única parte (art. 1468.º Cód. Civ.). Regras espe-

ciais acerca da «redução equitativa» estão previstas para o contrato de empreitada (art. 1664.º Cód. Civ.).

Disse-se que entre as causas de resolução por excessiva onerosidade pode existir, também, a *desvalorização da moeda* (quem se vincular ao fornecimento de um stock de mercadorias, por um preço de 20 milhões, pode resolver o contrato se antes da sua execução a desvalorização reduzir substancialmente o valor da contraprestação esperada). Isto poderia parecer — mas não é — em contradição com o *princípio nominalístico* (art. 1277.º c. 1, Cód. Civ.), por força do qual as dívidas em dinheiro são pagas «com moeda que tenha curso legal no Estado» e «pelo seu valor nominal», e, portanto, independentemente de qualquer variação do seu real poder de compra.

As duas regras coordenam-se, dado que o contrato só se resolve se a desvalorização intervém — como se recordará — quando a troca ainda não se realizou, porque as coisas vendidas não passaram ainda para a propriedade do comprador; se, ao invés, a transferência da propriedade já se fez, da operação de troca resta só uma dívida em dinheiro (o pagamento do preço): não há, então, resolução, e o vendedor — credor do preço — suporta as consequências da desvalorização, de acordo com o princípio nominalístico⁽¹⁾.

Resta, finalmente, dizer que a resolução por excessiva onerosidade não pode ser invocada pelo contraente que se encontrava *em mora* (por ter atrasado o cumprimento para além do devido) no momento em que aquela se manifestou. É uma consequência do princípio geral, segundo o qual o devedor em mora suporta todos os riscos que se concretizam no período da mora (cfr. o art. 1221.º Cód. Civ.).

3.2.3. A hipótese típica da falta de funcionamento do contrato, de falta de realização da operação económica,

(1) O primeiro nominalístico sofre, num certo sentido, uma derrogação em matéria de créditos de trabalho; de acordo com o art. 429.º, 3, do Código de Processo Civil (modificado pela lei de 11/8/1983, n.º 533) «o juiz, quando pronuncia sentença de condenação no pagamento de quantias em dinheiro por créditos de trabalho, deve determinar, além dos interesses na medida legal, o maior dano eventualmente sofrido pelo trabalhador, em decorrência da diminuição de valor do seu crédito.

segundo os acordos e as expectativas das partes, é aquela em que uma das partes falta ao cumprimento regular da prestação a que está obrigada pelo contrato: o *não cumprimento*.

Quando isto se verifica, e se se trata de um contrato com prestações correspectivas, a posição do outro contraente — que por sua parte, cumpriu já, exacta e tempestivamente, a própria prestação, ou então está pronto a fazê-lo — deve ser tutelada. E a tutela é neste caso particularmente intensa. Ele pode, na verdade, escolher: ou manter o contrato e agir em juízo para obter uma sentença que condene a contraparte a cumprir, regularmente, as próprias obrigações; ou, então, se o julgar preferível, eliminar, sem mais, os efeitos do contrato, pedindo a sua resolução (art. 1453.º, 1, Cód. Civ.). A escolha dependerá do interesse que o contraente tiver em obter a prestação, mesmo depois do prazo dentro do qual a deveria ter recebido, ou do cálculo acerca das probabilidades de conseguir, efectivamente, obter da parte contrária, através da ameaça da via judicial ou da própria sentença de condenação, o cumprimento devido.

Se o contraente pediu em juízo o cumprimento, é-lhe permitido mudar de ideias posteriormente: se, no decorrer do processo, constatar não ter mais interesse na execução daquele contrato, ou que não a pode razoavelmente esperar, ele pode, na verdade, alterar o pedido para pedido de resolução; mas se tinha pedido inicialmente a resolução, não pode, seguidamente, mudar de opinião e exigir o cumprimento (art. 1453.º, 2, Cód. Civ.): isto compreende-se, porque é natural que o inadimplente demandado com um pedido destinado a extinguir os efeitos do contrato, cesse toda a eventual actividade destinada ao cumprimento, e não seria justo obrigá-lo a retomá-la; por outro lado, depois do pedido de resolução, ele não só não deve, como não pode, cumprir mais tarde a sua prestação (art. 1453.º, c. 3, Cód. Civ.).

Quer peça e obtenha o cumprimento, mesmo tardio, quer peça e obtenha a resolução do contrato, o contraente fiel tem, além disso, direito à indemnização pelos danos (art. 1453.º, c. 1, Cód. Civ.): no primeiro caso, pode pedir indemnização pelos danos sofridos em consequência do atraso na obtenção da

prestação que lhe é devida; no segundo caso, o montante da indemnização equivale aos benefícios que ele teria podido retirar da operação (e que, ao invés, se frustraram, porque — resolvido o contrato — a própria operação não se realizou), além das despesas inutilmente feitas para tal fim.

A possibilidade de resolver o contrato por não cumprimento é, em todo o caso, subordinada a uma condição: que o não cumprimento não tenha «*escassa importância*», atendendo ao interesse da parte que o sofre. Seria, na verdade, absurdo e injusto — e correria o risco de perturbar o bom andamento do tráfico — se cada parte fosse legitimada a desembaraçar-se do contrato, tomando por pretexto toda a mínima e insignificante inexactidão na execução da outra parte. É necessário, ao invés, que o não cumprimento invocado por quem pede a resolução, seja razoavelmente sério e grave, e prejudique, de modo objectivamente considerável, o seu interesse. A existência destes pressupostos deve ser avaliada, caso a caso, pelo juiz, com base nas circunstâncias do caso concreto e, eventualmente, atendendo também à experiência de análogas relações ocorridas, no passado, entre as mesmas partes (assim, se uma parte — no âmbito de uma relação de negócios habitual — manifestou sempre tolerância por uma certa margem de atraso ou de inexactidão qualitativa das prestações da parte contrária, isto pode constituir elemento relevante para excluir que o não cumprimento seja suficientemente grave de modo a justificar a resolução). O juiz, é chamado em suma, a operar uma *avaliação segundo a boa fé* da complexiva economia do negócio e das legítimas expectativas das partes, fundadas sobre aquela, de modo a rejeitar as pretensões com ela incongruentes, e, nesse sentido, contrastantes com o princípio da correcção que domina, também, a matéria da execução do contrato (cfr. o art. 1375.º Cód. Civ.).

A resolução por não cumprimento é, em regra decretada pelo juiz, após avaliar todas as circunstâncias e, com base nas mesmas, verificado a existência dos pressupostos estabelecidos pela lei (em particular a suficiente gravidade do não cumprimento); e as consequências da resolução, ilustradas oportunamente (art. 1458.º Cód. Civ.: cfr. 3.1.), só se produzem

por efeito da respectiva sentença. Fala-se, a este propósito, de resolução judicial. Há, porém, três hipóteses em que o contrato se resolve, por assim dizer, automaticamente, sem que para a produção dos efeitos da resolução, seja necessário esperar a sentença do juiz; em relação a estas fala-se, então, de *resolução de direito*. São as hipóteses da cláusula resolutiva expressa, do termo essencial e da intimação para cumprir.

Através da *cláusula resolutiva expressa*, que as partes podem — se o quiserem — inserir no regulamento contratual, é estabelecido que, se uma determinada obrigação contratual não for cumprida exacta e tempestivamente, o contrato será considerado resolvido (art. 1456.º, 1, Cód. Civ.). Deste modo, as partes limitam o âmbito da avaliação discricionária de que o juiz dispõe, em regra, quando verifica a gravidade do não cumprimento de uma parte, tendo em atenção o interesse da outra, e subtraem-lhe o poder de negar a resolução quando não considere o incumprimento suficientemente grave: o juízo sobre a objectiva gravidade do não cumprimento é absorvido pela avaliação que as partes fizeram preventivamente reconhecendo-o, sem mais, adequado para justificar a resolução. A cláusula deve-se, porém, referir a prestações e a modalidades de cumprimento determinadas com precisão: as partes não podem ligar a resolução a uma previsão genérica e indeterminada, do tipo «em caso de não cumprimento de qualquer obrigação resultante do presente contrato, este considera-se resolvido». Deve acrescentar-se que o contraente que sofre o não cumprimento do outro, poderia ter, igualmente, interesse em manter o contrato, apesar de a cláusula lhe dar o direito de o considerar resolvido: a lei oferece-lhe, por isso, a possibilidade de escolher, estabelecendo que «a resolução verifica-se de direito mas só «quando a parte interessada declara à outra que pretende valer-se da cláusula resolutiva» (art. 1456.º, 2, Cód. Civ.).

O contrato resolve-se de direito também pelo decurso do *termo essencial* (art. 1457.º, 2, Cód. Civ.), isto é, quando a prestação não é cumprida dentro do termo fixado pelas partes, termo para além do qual, a própria prestação não teria mais utilidade e interesse para quem a devia receber. Se A,

devendo partir a 15 de Março para uma longa viagem, encomenda um conjunto de malas para lhe serem entregues até 14, e as malas, por um atraso do fornecedor, não lhe podem ser entregues dentro daquela data, é evidente que ele perde todo o interesse em obtê-las: o contrato considera-se, então, resolvido (e A poderá pedir, naturalmente, a indemnização pelo dano). A essencialidade do termo pode ser convencionalmente expressamente pelas partes, ou então, pode resultar das objectivas circunstâncias do contrato, da sua economia. Não se pode excluir, porém, que o credor da prestação atrasada julgue conveniente recebê-la, mesmo depois do prazo do termo essencial; a lei permite-lhe exigí-la, mas — para tutela da posição do devedor, que não seria justo manter longamente num estado de incerteza — dessa sua decisão ele deve dar notícia a este último, dentro de três dias (art. 1457.º, 1, Cód. Civ.).

Se o devedor deixa passar o termo combinado para o cumprimento sem realizar a sua prestação, mas não se trata de termo essencial, o credor pode — segundo os princípios que vimos — obter a resolução do contrato pedindo ao juiz a sua declaração por sentença: e o juiz declarará-la se verificar que o atraso é suficientemente grave e prejudica, de modo apreciável, o interesse do credor (art. 1455.º Cód. Civ.). Perante um atraso desta natureza, a lei oferece, porém, ao credor a possibilidade de provocar os efeitos da resolução sem que, para tal, seja necessária a sentença de um juiz. Ele deve intimar por escrito a parte inadimplente para cumprir dentro de um prazo razoável (que, em regra, não pode ser inferior a 15 dias), acrescentando a declaração de que, decorrido inutilmente tal prazo, o contrato se considerará resolvido, sem mais. Esta intimação-declaração chama-se *intimação para cumprir*, e determina a resolução de direito do contrato se o prazo nela indicado decorrer, sem que se tenha verificado o cumprimento (art. 1454.º Cód. Civ.).

Dizer que nestas três hipóteses a resolução se verifica de direito, sem necessidade de procedimento judicial, não significa que, nas situações correspondentes, seja excluída qualquer possibilidade de controlo e avaliação pelo juiz. Se o devedor inadimplente negar, por exemplo, a validade da

cláusula resolutiva ou a essencialidade do termo, e, assim, os próprios pressupostos da resolução de direito, cabe ao juiz decidir sobre a sua existência: quando os reconhecer existentes não decreta a resolução do contrato, mas limita-se a declarar que a resolução se verificou a seu tempo, isto é, no momento em que o credor declarou querer valer-se da cláusula resolutiva, ou quando decorreram 3 dias após o prazo do termo essencial, ou quando caducou o termo indicado na intimação para cumprir. E os efeitos da resolução produzem-se a partir desse momento, e não já do momento — sucessivo — da sentença do juiz (quando, porém, se trata de resolução judicial, os efeitos produzem-se a partir da sentença).

O que agora delineámos é a disciplina geral da resolução do contrato por não cumprimento. Normas particulares, relativas a singulares tipos contratuais, podem, porém, estabelecer regras especiais que integram ou modificam aquela disciplina. Encontramos, assim, normas que fixam limites à susceptibilidade de resolução do contrato (art. 1976.º Cód. Civ.), ou que precisam os seus pressupostos a respeito do tipo de operação em causa (arts. 1578.º, 1 e 1688.º, 2, Cód. Civ.), ou estabelecem particulares modalidades para a resolução de direito (cfr., por exemplo, os arts. 1517.º, 1662.º, 1901.º, 3 e 1924.º, 2, Cód. Civ.).

Particular importância revestem, neste quadro, as normas (arts. 1492.º ss. Cód. Civ.) que regulam a *garantia pelos vícios* na compra e venda: o sistema dos meios de tutela que a lei atribui ao comprador para os casos em que a coisa por ele adquirida apresenta defeitos tais «que a tornam inidónea ao uso a que é destinada ou que diminuem de modo considerável o seu valor» (art. 1490.º Cód. Civ.). Neste caso, com efeito, o comprador «pode pedir, à sua escolha, a resolução do contrato, ou a redução do preço» (art. 1492.º, 1, Cód. Civ.): se escolhe, e obtém em juízo, a resolução, ele deve restituir a coisa, sempre que esta não tenha perecido em consequência dos vícios, enquanto que, em qualquer caso, «o vendedor deve restituir o preço e reembolsar o comprador das despesas e dos pagamentos... feitos por causa da venda» (art. 1493.º Cód. Civ.), além de, naturalmente, ter de indemnizar o dano (art.

1494.º Cód. Civ.). O exercício destas acções em defesa do comprador está, porém, em alguns casos, sujeito a breves prazos de caducidade e de prescrição (cfr. o art. 1495.º Cód. Civ.).

Mas se a compra e venda é resolúvel, para garantia do comprador, quando a coisa seu objecto se encontra afectada por vícios materiais ou funcionais, é-o também quando ela apresenta «vícios jurídicos» que impedem ao comprador adquirir, pacificamente, a sua plena propriedade: é o que acontece quando a coisa vendida pertença, total ou parcialmente, a pessoa diversa do vendedor (art. 1478.º e ss. Cód. Civ.); quando a coisa esteja onerada por garantias reais ou por outros vínculos desconhecidos do comprador (art. 1482.º Cód. Civ.); quando ao comprador é retirada a coisa por terceiros que se arrogam direitos sobre ela (arts. 1483.º e ss. Cód. Civ.: garantia por evicção); quando sobre a coisa persistem ónus ou direitos de gozo de terceiros, não declarados no contrato (art. 1489.º Cód. Civ.).

Hipóteses como a da prestação de coisas afectadas por vícios materiais ou funcionais, ou oneradas por direitos reais de terceiros, ignorados pelo comprador, podem, aliás, reconduzir-se a um conceito geral de não cumprimento: mesmo segundo o senso comum, na verdade, bem se pode dizer que o vendedor não cumpriu o compromisso assumido com o contrato.

3.3. O problema da responsabilidade por não cumprimento do contrato

3.3.1. Com a resolução do contrato, a operação económica é cancelada, porque os efeitos contratuais são extintos para ambas as partes: o que cada uma destas tinha prometido não é mais devido; o que por cada uma foi dado, deve ser, em linha de princípio, restituído. A troca projectada, e as relativas transferências de riqueza, não se podem realizar. Deste ponto de vista, o remédio da resolução, ou mais precisamente as regras que fixam os seus pressupostos de operatividade definem por que modo deve repartir-se entre

os contraentes o risco dos acontecimentos surgidos entre o momento da conclusão do contrato e o momento da sua execução: mais precisamente, o risco que aqueles acontecimentos prejudiquem o bom funcionamento do negócio ao ponto de provocar a sua extinção. Considerando na perspectiva do interesse individual de cada contraente, este risco traduz-se, pois, em concreto, no *risco de perder o direito à contraprestação*, e, com ela, os benefícios que, através da sua aquisição, se esperava conseguir. Vejamos o caso da resolução por superveniente impossibilidade da prestação: aqui o objectivo fundamental das regras que a disciplinam é, como vimos, propriamente o de estabelecer se a parte liberta da obrigação de cumprir a sua prestação (tornada impossível) conserva ou perde o direito de exigir a prestação contrária da outra parte. Ou consideramos então a resolução por excessiva onerosidade: se não se verificam todos os requisitos, e, portanto, a operação permanece, bem podemos dizer que os acontecimentos supervenientes incidem apenas sobre a parte que sofre directamente as consequências económicas, enquanto que a parte contrária é exonerada do risco de perder a contraprestação que lhe é devida contratualmente e os proventos que dela poderá tirar; se porém, a resolução é decretada e extingue a operação, isto significa justamente que tal risco é atribuído à parte contrária (enquanto a parte onerada, por sua vez, conddivide o mesmo risco, mas é, consequentemente, liberta daquele — para ela muito mais gravoso — consistente em ficar ligada a um negócio que as circunstâncias ocorridas tornaram, do seu ponto de vista, pesadamente desvantajoso).

Nos dois casos apontados, as consequências legais esgotam-se nesta repartição de riscos. Não assim, quando o contrato se resolve por *não cumprimento*. Em tal hipótese, com efeito, a falhada funcionalidade da operação contratual, a falhada realização de troca, não dependem já — como naqueles casos — de circunstâncias subtraídas a qualquer possibilidade de previsão, de influência e de controlo das partes, ou, seja como for, totalmente estranhas à sua esfera, mas dependem, ao invés, da má vontade, negligência ou imperícia de uma delas, ou, em todo o caso, de acontecimentos que, a

algum título lhe podem ser imputados. A consequência legal ulterior a respeito da resolução é, então, como vimos, que esta parte é obrigada à *indenização pelos danos* sofridos pela outra; porque é ela a *responsável* pelo não cumprimento contratual. E vimos que análoga responsabilidade está a seu cargo, com respeito às consequências prejudiciais do atraso no cumprimento ou às inexactidões qualificativas da prestação, mesmo quando a outra parte tenha decidido não utilizar o mecanismo da resolução e exigir, antes, o cumprimento.

O problema que ora se põe é o de individualizar quais as hipóteses em que existe responsabilidade por não cumprimento contratual, quais as condições, cuja verificação permite dizer que a parte que não cumpriu regularmente a prestação devida pelo contrato é, por isso, obrigada a indemnizar os danos sofridos pela contraparte. Tal problema é, tal como o que consiste em definir os pressupostos da resolução do contrato, um problema de repartição, entre os contraentes, do risco conexo com os acontecimentos que surgem entre o momento da conclusão do contrato e o momento da sua execução. Mas trata-se aqui de um risco com conteúdo diverso: não já o risco que se exprime na alternativa entre extinguir ou manter o negócio, e, portanto, entre perder e manter o direito à contraprestação; mas, ao invés, *o risco que se traduz no problema de saber se as perdas económicas que uma parte sofre por efeito da falhada realização do negócio, ou de uma sua realização imperfeita, devem ser definitivamente suportadas por esta parte, ou devem ser, antes, transferidas para a contraparte, a quem seja imputada a responsabilidade e, por isso, a obrigação de indemnização.*

Vejamos o seguinte exemplo: A, titular de uma empresa de produtos semitrabalhados, compromete-se a realizar, por um determinado correspectivo, um fornecimento em favor da empresa de B, que os utiliza no âmbito do próprio ciclo produtivo; mas uma greve declarada pela empresa de A impede este último de realizar tempestivamente o fornecimento prometido, o qual se atrasa tanto, que se torna impossível para B esperar mais, já que sem estes semitrabalhados a sua pro-

dução seria bloqueada, pelo que, por fim, vê-se obrigado a recorrer a outro fornecedor. Ora, num caso destes, não há dúvida de que B pode obter a resolução do contrato, em consequência da qual A perde o direito de exigir o correspectivo estabelecido para o fornecimento: uma tal conclusão é, seguramente, legitimada pelas regras examinadas no número precedente, as quais têm precisamente o papel de distribuir entre os contraentes o risco da extinção do negócio e da perda da contraprestação. Mas o tratamento jurídico do caso não pode parar aqui: é preciso estabelecer ainda — o que constitui avaliação ulterior e diversa — se B pode pretender de A indemnização pelos danos sofridos, por causa da falhada execução do fornecimento (atrasos na laboração, provocados pela necessidade de procurar e encontrar um outro fornecedor; maior onerosidade da aquisição, posto que o novo fornecedor pretenda um preço superior ao combinado com A; até bloqueamento da produção de B, se resultasse objectivamente impossível procurar noutra lugar semitrabalhados adequados, como os de A, para serem inseridos no seu ciclo, etc.). Também as regras que estabelecem se tal indemnização é devida ou não — as regras, exactamente sobre a responsabilidade por não cumprimento do contrato — operam uma repartição dos riscos entre os contraentes: porque se elas são tais que determinem a responsabilidade e a obrigação de indemnizar B, podemos dizer que o risco das consequências negativas económicas causadas pela greve à empresa de B, recai sobre A; se, ao invés, as regras são tais que exonerem A de toda a responsabilidade e obrigação de indemnizar, concluiremos que aquele risco é, ao contrário, atribuído a B, que o suporta definitivamente, sem poder descarregá-lo sobre ninguém.

É pois claro que se trata de *dois tipos de problemas diversos*, se bem que estreitamente conexos; e de dois diversos, se bem que interferentes, complexos de regras. Isto é, aliás, confirmado pelo facto de *um problema de responsabilidade e indemnização poder colocar-se onde não se coloque nenhum problema de resolução* do contrato. Imagine-se, para voltar ao exemplo precedente, que B prefere não pedir a resolução, mas — mantendo o contrato — pedir em juízo que A seja con-

denado a realizar o fornecimento; também em tal caso, como sabemos, B pode pedir a A indemnização pelos danos sofridos, por exemplo pelo facto de receber o fornecimento em atraso relativamente à sua programação empresarial, que resulta complexivamente alterada (art. 1453.º, c. 1, Cód. Civ.). Pode-o pedir — entende-se — sempre que as regras de responsabilidade aplicáveis àquele caso, em concreto, lho consentam.

As páginas que se seguem são dedicadas exactamente à individualização das *regras de responsabilidade contratual*: as regras jurídicas que estabelecem se o contraente que falta ao cumprimento regular da prestação devida por contrato deve, além de perder o direito a exigir a contraprestação, indemnizar a outra parte pelo dano sofrido. Ou, dito de outra maneira e em termos talvez mais concretos, as regras donde se tiram os meios e os argumentos de defesa que o contraente demandado para a indemnização pelo dano sofrido, pode opor às pretensões do credor insatisfeito, a fim de desculpar-se da responsabilidade que aquele lhe quer imputar; mais precisamente as *causas de justificação do não cumprimento*, que dispensam quem não cumpriu a prestação devida, da responsabilidade e da conseqüente obrigação de indemnizar os danos que, por tal inexecução, o credor tenha sofrido. São, evidentemente, as duas faces de um mesmo problema: porque identificar os critérios que permitem imputar ao devedor inadimplente a responsabilidade e a obrigação de indemnização significa, ao mesmo tempo — reciprocamente e, por assim dizer, *a contrariis* — identificar os critérios que permitem ao mesmo devedor ser dispensado de tal responsabilidade e liberto de tal obrigação indemnizatória. No plano processual, os primeiros critérios — *critérios de imputação da responsabilidade* — são as armas do credor que pretende a indemnização, e constituem matéria de prova que ele tem interesse em fornecer; os segundos — *critérios de justificação do não cumprimento e de exoneração da responsabilidade* — representam as armas de defesa do devedor, matéria de prova que este tem interesse em produzir, se quer libertar-se da obrigação de indemnizar. Conjuntamente considerados, todos estes critérios dão corpo à global disciplina jurídica da responsabilidade contratual.

A parte que não cumpre o contrato e que, por isso, é chamada a responder em juízo, pode defender-se alegando e provando que o próprio contrato é nulo, ou anulável, ou rescindível, e que por isso — em vez de dever ser cumprido — deve ser extinto (e quando ocorre uma destas três hipóteses, o não cumprimento é justificado e não gera responsabilidade mesmo que no contrato tenha sido inserida uma cláusula em que se estabelece que uma das partes não pode opor excepções, com o fim de evitar ou atrasar a prestação devida» art. 1462.º, 1, Cód. Civ.). Além disso, pode defender-se, e ficar isenta de responsabilidade, demonstrando que a outra parte, obrigada por sua vez a cumprir uma prestação a seu favor, «não cumpre ou não oferece o cumprimento simultâneo»: neste caso, o nosso contraente, pode, legitimamente, «recusar-se a cumprir a sua obrigação» (art. 1460.º, 1, Cód. Civ. mas cfr. quanto se dispõe no segundo parágrafo). Enfim, pode opor às pretensões da parte contrária o argumento de que «as condições patrimoniais» desta última «tornaram-se tais de modo a pôr em evidente perigo a consecução da contraprestação» que ela, por sua vez, lhe deve; isto autoriza-o, com efeito, a «suspender a execução das prestações devidas... a não ser que lhe seja prestada garantia idónea» (art. 1461.º Cód. Civ.). *Invalidez ou rescindibilidade do contrato, excepção de não cumprimento e modificação das condições patrimoniais da parte contrária* constituem, assim, outras tantas defesas, mediante as quais a parte não cumpridora pode, com direito, afirmar que o seu não cumprimento é justificado, e não determina, por isso, a seu cargo, responsabilidade e obrigação de indemnização.

Mas para além destas hipóteses particulares, o problema dos critérios de imputação da responsabilidade (ou dos de justificação do não cumprimento) mantém-se aberto em geral.

3.3.2. Uma regra fundamental a ter em conta, é a do art. 1218.º Cód. Civ., que tem por epígrafe «responsabilidade do devedor»: «o devedor que não cumpra pontualmente a prestação devida, deve indemnizar o credor pelo dano causado a não ser que prove que o não cumprimento ou o

atraso tenha sido determinado pela impossibilidade da prestação resultante da causa que lhe não seja imputável». Os critérios-base são, assim, o da *impossibilidade-possibilidade da prestação* e o da *imputabilidade-não imputabilidade ao devedor* da causa que tornou a prestação impossível.

Trata-se de noções já referidas quando nos ocupámos da resolução do contrato (neste capítulo 3.2.1.). Observámos então — e repetimo-lo — que o conceito de impossibilidade da prestação e o conceito da sua imputabilidade ao devedor não têm um conteúdo fixo, previamente determinável e válido indistintamente para todos os tipos de relação obrigacional, para todas as prestações a que uma parte esteja obrigada, por contrato, a cumprir em favor da outra, qualquer que seja a operação económica em que estas estejam inseridas. «Impossibilidade» e «imputabilidade» podem, ao invés, adquirir um significado variável segundo o tipo de negócio —, consequentemente, do tipo de prestação e de relação obrigacional — de que se trata, caso a caso, e segundo as circunstâncias concretas, dentro das quais o próprio negócio se enquadra. Neste sentido, bem podemos dizer que o teor do art. 1218.º Cód. Civ. constitui uma *fórmula genérica e resumida das diversas e particulares regras de responsabilidade*, operativamente aplicáveis às diversas e particulares situações de não cumprimento, revestindo, substancialmente, o valor de uma *norma de reenvio* para estes vários regimes jurídicos da responsabilidade contratual.

Os vários regimes jurídicos da responsabilidade contratual — correspondentes aos vários significados, com que é necessário, caso a caso, preencher a fórmula da «impossibilidade» e da «imputabilidade» — podem ser mais ou menos rigorosos em relação ao devedor inadimplente; segundo os critérios de atribuição da responsabilidade que em concreto resultam aplicáveis, pode ser, para aquele, mais ou menos fácil, provar a existência de uma qualquer causa de justificação do não cumprimento, que o exonere da obrigação de indemnizar os danos (a chamada *prova liberatória*). Recorde-se quanto se disse a propósito do conceito de «impossibilidade» da prestação: não coincide necessariamente com o da impossibilidade absoluta — física ou material — de realizar a pres-

tação, nem pode, por outro lado, reconduzir-se ao de uma simples maior dificuldade ou onerosidade de cumprimento, cobrindo, antes uma complexa e articulada gama de situações, compreendidas entre estes dois extremos e conjugadas pelo facto de as circunstâncias supervenientes incidirem sobre a prestação, de modo tal que o seu cumprimento exigiria ao devedor actividades e meios não razoavelmente compatíveis com aquele dado tipo de relação contratual, em termos de a transformar numa prestação substancialmente diversa da que foi acordada (uma fórmula, como se vê, bastante elástica para se poder adaptar a *situações e soluções muito diversas*, entre si). Pois bem, é claro que se num caso é aplicável um critério de impossibilidade mais próximo do da *impossibilidade absoluta ou material*, será particularmente difícil, para o devedor, subtrair-se à obrigação indemnizatória, fornecendo a prova liberatória (já que só poderá fazê-lo, no limite, demonstrando que faltou completamente, no fundo, a própria matéria-prima necessária para cumprir a prestação, ou que esta última foi proibida por ordem da autoridade pública). Deverá, então, dizer-se que o regime de responsabilidade aplicável a este caso é muito rigoroso e severo para o devedor inadimplente. Ao passo que, se num outro caso, se devesse privilegiar um critério legal de impossibilidade mais próximo, por assim dizer, do polo da *maior dificuldade e onerosidade* da prestação, o regime de responsabilidade contratual, válido para este outro caso, deveria, ao invés, dizer-se mais benévolo para o devedor, a quem seria seguramente mais fácil invocar e provar uma causa de justificação do seu não cumprimento.

Identificado, assim, diversamente, o conceito de impossibilidade (e o grau de rigor do regime de responsabilidade que lhe corresponde), de modo análogo se deve raciocinar sobre a noção de *imputabilidade ao devedor* da causa que a determina: se a disciplina da relação é tal que são imputadas ao devedor *as causas de impossibilidade, de qualquer modo recondutíveis à sua esfera de organização e influência*, estamos, então, na presença de um regime de responsabilidade bastante rigoroso, que torna muito mais difícil para o devedor fornecer a prova liberatória; de rigor mais atenuado é, ao invés, o

regime de responsabilidade — baseado num conceito diverso de imputabilidade — em cujo âmbito o devedor inadimplente pode subtrair-se à obrigação de indemnizar, provando que a não execução da prestação resulta de uma causa ocorrida (mesmo que seja dentro da sua esfera de organização e influência), não obstante o emprego, da sua parte, da necessária diligência, atenção e perícia.

Na realidade, este último é o ponto chave de toda a disciplina jurídica da responsabilidade por não cumprimento contratual, que gira, em suma, à volta da questão: para ser exonerado de responsabilidade e obrigação de indemnização, é suficiente ao devedor, que não tenha cumprido regularmente a prestação devida, demonstrar que isto ocorreu, não obstante ter utilizado, para aquele fim, a necessária diligência, atenção e perícia? Se a resposta for afirmativa, isso significa que o critério de imputação da responsabilidade é o critério da culpa do devedor inadimplente (já que «culpa», aqui, não significa outra coisa que não emprego da diligência, atenção e perícia exigidas para aquele tipo de prestação): sendo tidos como responsáveis apenas os devedores culpados de não terem observado, no cumprimento do contrato ou na preparação do cumprimento, a necessária diligência, estaríamos na presença de um sistema de *responsabilidade baseada na culpa* (?).

Quando, pelo contrário, a resposta deva ser negativa, isto significará que o critério de imputação da responsabilidade contratual é um critério diverso da culpa do devedor inadimplente, o qual poderá ser condenado a indemnizar danos veri-

(?) A responsabilidade por culpa deve juntar-se a responsabilidade por *dolo*, que, na prática, acaba por ficar absorvida. «Dolo» tem, aqui, um significado diverso do considerado em matéria de disciplina dos contratos que uma parte conclui por efeito do engano doutrém; no presente contexto, «dolo» significa *consciência e vontade de provocar dano a outros*: existe, assim, não cumprimento doloso quando o devedor não cumpre regularmente a prestação devida, não já por uma involuntária falta de diligência, mas com o deliberado objectivo de prejudicar a parte contrária. É intuitivo que se um devedor responde por não cumprimento culposo, por maioria de razão deverá responder por não cumprimento doloso.

ficados, não obstante ter usado da devida diligência; estaríamos, desta vez, face a um sistema de *responsabilidade objectiva*.

O debate que, desde há tempos, se faz entre os intérpretes — teóricos e práticos — do nosso sistema legal de responsabilidade por não cumprimento, incide precisamente sobre este ponto: se se trata de um sistema de responsabilidade subjectiva, ou de um sistema de responsabilidade objectiva. Defendem que a responsabilidade contratual é responsabilidade objectiva, todos aqueles que colocam no centro do sistema a norma do art. 1218.º Cód. Civ., e assumem a interpretação mais rígida (se a prestação não executada for materialmente possível, o devedor responde por não cumprimento, ainda que a sua regular execução exija ao devedor meios e esforços superiores aos correspondentes ao conceito de normal diligência; se o não cumprimento se verifica por uma causa que recaí na esfera de influência e organização do devedor, este responde, por isso mesmo, ainda que tal causa não se possa imputar à não utilização, da sua parte, da normal diligência). Defendem, ao invés, que a responsabilidade contratual é responsabilidade por culpa, todos aqueles que exaltam o papel fundamental, no sistema, do art. 1176.º Cód. Civ., segundo o qual «no cumprimento da obrigação, o devedor deve usar a diligência do bom pai de família», com a precisão de que «no cumprimento das obrigações inerentes ao exercício de uma actividade profissional, a diligência deve avaliar-se de acordo com a natureza da actividade exercida»; defendem na verdade que só pode considerar-se responsável, em linha de princípio, o devedor inadimplente que se encontre «em culpa», exactamente por ter omitido o emprego da devida diligência.

A série das considerações desenvolvidas nas páginas precedentes, permite-nos, agora, responder à questão formulada: o nosso sistema de responsabilidade contratual é um sistema *misto* ou articulado, no qual *coexistem hipóteses de responsabilidade subjectiva e hipóteses de responsabilidade objectiva*; para algumas relações e situações valem regras de responsabilidade que permitem ao devedor exonerar-se, desde que prove ter empregado a diligência a que estava obrigado; para outras relações e situações valem, ao invés, critérios legais, a que nos

referiremos brevemente, com base nos quais o devedor inadimplente é condenado a indemnizar, mesmo que se lhe não possa atribuir qualquer «culpa».

3.3.3. Em relação a algumas relações contratuais ou a alguns tipos de prestação, é a própria lei a dizer, explicitamente, que o devedor responde por culpa, ou seja — o que sabemos ser o mesmo — a estabelecer que ele é obrigado a cumprir o contrato com a diligência do bom pai de família, a qual vem, assim, a constituir o metro de avaliação da sua actividade de cumprimento (trata-se de um único critério de juízo: tanto é assim que ao mesmo se faz referência como ao critério da *culpa-diligência*). Isto vale, por exemplo, para os deveres que resultam do contrato de locação para o locatário (art. 1587.º, 1, Cód. Civ.), ou para os deveres do comodatário (art. 1807.º Cód. Civ.) ou do depositário (art. 1768.º, 1, Cód. Civ.), ou ainda dos parceiros cultivadores (arts. 2148.º, 2 e 2167.º, 2, Cód. Civ.): generalizando, podemos dizer que se aplica nos casos em que a operação contratual determina que uma das partes tenha a *detenção e a custódia* de uma coisa propriedade da parte contrária, a qual lhe deve ser *restituída* no fim da relação. O critério da culpa-diligência é, pois, decisivo para verificar se quem transfere a propriedade ou a simples detenção a outrem, no interesse desta, de uma *coisa defeituosa*, deve indemnizar os danos causados em consequência de tais defeitos: neste caso, na verdade, o vendedor é responsável perante o comprador, o locador perante o locatário, o mutuante perante o mutuário, a não ser que provem que os defeitos, causa do dano, eram pelos próprios ignorados «sem culpa» (arts. 1494.º; 1578.º, 2; 1821, 1, Cód. Civ.). Enfim, quem é obrigado, em geral, a *desenvolver uma actividade* responde subjectivamente, pelo facto de não a ter executado, ou de a ter executado de modo imperfeito; isto é referido, explicitamente, em relação, por exemplo, às obrigações do mandatário (art. 1710.º, 1, Cód. Civ.) e do trabalhador subordinado (art. 2104.º, 1, Cód. Civ.).

Em relação a este último tipo de situações, fala-se também de «obrigações de meios» ou de *obrigações de diligência*:

entende-se, com estas expressões, que o devedor é obrigado a exercer uma determinada actividade a favor do credor que espera desta um resultado útil; e ainda que ele só é responsável e obrigado a indemnizar, se não desempenhar tal actividade com a devida diligência, mas não também se, por outras razões, independentes da sua culpa, daquela actividade não resultar, concretamente, o resultado esperado pelo credor. Típica, deste ponto de vista, é a obrigação do profissional liberal para com o seu cliente: o médico, para curar o doente, o advogado, para assistir quem quer fazer valer uma pretensão em juízo, são obrigados a usar toda a diligência e todos os meios idóneos para o conseguir, e respondem se não os utilizam; não respondem, porém, se, apesar do emprego da diligência exigida para tais fins, o doente não se cura ou a causa é perdida; também neste caso têm direito aos seus honorários. As «obrigações de diligência» contrapõem-se as *obrigações de resultado* (típica, a do empreiteiro): com estas, o devedor não promete apenas uma actividade diligente mas promete, também, a obtenção de um resultado e se, por qualquer razão, este não é conseguido e fornecido ao credor, o devedor sofre as consequências ainda que se não possa imputar-lhe culpa alguma; assim, se a obra feita pelo empreiteiro apresentar, objectivamente, vícios ou defeitos em relação ao que se esperava, ele é obrigado a eliminá-los a expensas suas, ou então a sofrer uma proporcional redução do preço da empreitada qualquer que tivesse sido o grau de diligência — mesmo o máximo — empregue na sua execução (art. 1667.º e 1668.º, 1, Cód. Civ.). Mas não é de todo indiferente saber se ao empreiteiro é imputável, ou não, falta de diligência: ele só responde, na verdade, pelos danos ulteriores, causados pelos vícios e pelos defeitos da obra, se for culpado (art. 1668.º, 1, Cód. Civ.).

A diligência a que o devedor está obrigado, e que constitui a medida da sua responsabilidade, é designada pelo legislador como «*diligência do bom pai de família*» (art. 1176.º, 1, Cód. Civ.). Em palavras menos ligadas a arcaicos modelos de economia doméstica, isto significa diligência que se pode racionalmente exigir de uma pessoa honesta, preparada e conscienciosa, e, particularmente a um *operador médio do sector*

a que se refere a relação contratual em questão (cfr. o art. 1176.º, 2, Cód. Civ. e art. 2174.º, 2, Cód. Civ., onde se menciona a «diligência do bom criador de gado»). O critério da diligência média, ou ordinária, exprime não um simples juízo de facto, mas um *juízo de valor*: não o grau de perícia e empenho, efectivamente empregue na práxis (o qual até pode ser, lastimavelmente baixo), mas aquele grau que parece justo e racional pretender. Deste modo, a regra legal, sancionando o existente, pode pressionar no sentido da sua transformação, segundo standards qualitativamente superiores.

Mesmo que se o consiga individualizar, segundo as circunstâncias e sobretudo segundo o género de prestação considerada, o critério da diligência permanece sempre um *critério objectivo e típico*. Ele remete para um modelo ideal (de «bom empreiteiro», de «bom trabalhador metalomecânico», de «bom médico», ou até de «bom cardiologista», etc.), e individualiza, com base nele, o que se pode pretender de cada devedor concreto. O termo da referência do juízo de responsabilidade não é, assim, aquele devedor concreto, com as suas características particulares subjectivas: o advogado que comete um erro grave, na defesa do seu cliente, não pode exonerar-se de responsabilidades, afirmando ter um esgotamento nervoso que o impediu de concentrar-se suficientemente no estudo da causa. É verdade que um tal esforço de estudo não se poderia razoavelmente exigir de uma pessoa com esgotamento nervoso, mas isso não conta, porque introduziria um elemento subjectivo e individualizante num juízo que deve, ao invés, fundar-se num critério objectivo e típico: a medida da diligência devida é a que se pode exigir do «bom advogado», não do «bom advogado com esgotamento nervoso».

A adopção de um critério subjectivo de diligência, regulado pela situação particular do agente, justificar-se-ia se o juízo de responsabilidade por não cumprimento tivesse uma função principalmente *sancionatória*; a função de atingir, castigar, o devedor por ter tido um comportamento moralmente reprovável. Mas se uma tal função podia ser proeminente no passado, numa fase do desenvolvimento das instituições jurídicas, em que as promessas contratuais acabavam por assi-

miar-se, na consciência comum, a outros tantos compromissos morais, e o juízo sobre a sua transgressão coloria-se de valorações éticas, nos ordenamentos modernos já não é assim. Aparece em primeiro plano a substância e o papel económico das operações contratuais, e a *função primária da responsabilidade* por não cumprimento, não é a de punir o devedor que falta aos seus compromissos, mas, antes, a de *garantir a posição do credor*: seja atribuindo-lhe a indemnização pelas perdas sofridas em consequência do não cumprimento (*função de compensação*); seja, ainda antes, procurando prevenir, através da ameaça da sanção ressarcitória, o próprio não cumprimento, de modo a assegurar a plena realização das suas expectativas económicas (*função de prevenção*).

A objectivos como estes responde, seguramente, melhor um critério objectivo de culpa-diligência, que fixe o *padrão mínimo inderrogável de empenho e de esforço que cada devedor é obrigado a assegurar ao credor* — e com que este último pode, em todo o caso, contar para a satisfação do seu interesse na execução do contrato —, sem que razões inerentes à pessoa ou à esfera subjectiva do devedor sejam idóneas para diminuí-lo.

Como já referimos, o conteúdo do critério da normal diligência — portanto a medida e a qualidade do esforço e do empenho que o devedor é obrigado a despender no cumprimento, e que o credor está legitimado a esperar — é variável segundo o tipo de relação contratual, o tipo de operação económica em causa (art. 1176.º, 2, Cód. Civ.). É razoável, por exemplo, que aquele critério seja menos rigoroso para o devedor, e, correlativamente, ofereça menores garantias ao credor, quando, tratando-se de *contrato gratuito*, quem está obrigado a cumprir a prestação não recebe nada em troca do beneficiário desta: e, com efeito, no mandato e no depósito gratuitos «a responsabilidade por culpa é avaliada com menor rigor» (arts. 1710.º, 1 e 1768.º, 2, Cód. Civ.; e cfr. também os arts. 1812.º e 1821.º, 2, Cód. Civ.). Nenhuma atenuação da responsabilidade, nenhuma redução do grau de diligência normalmente devido pelo devedor, são, porém, admitidas, quando a prestação, mesmo gratuita, é susceptível de incidir sobre

bens e valores de ordem superior, e, por isso, não redutíveis a dinheiro, como a segurança e a integridade física das pessoas: por isto, o grau de diligência estabelecido, genericamente, para o condutor que transporte pessoas, deve ser empregue «também nos contratos de transporte gratuito» (art. 1681.º, 3, Cód. Civ.). Porque uma tal obrigação, precisamente pela especial natureza dos interesses que a prestação põe em risco, é delineada de modo particularmente preciso e rigoroso; em relação à garantia de integridade física dos transportados, a diligência exigida ao transportador implica, nada menos, que o «ter adoptado todas as medidas idóneas para evitar o dano» (enquanto fica excepcionada — e confiada aos critérios habituais — «a responsabilidade pelo atraso e pelo não cumprimento na execução do transporte»; art. 1681.º, 1, Cód. Civ.).

Se, portanto — como parece razoável — a uma maior perigosidade e dificuldade da prestação deve corresponder uma mais elevada, e não uma mais reduzida, obrigação de diligência do devedor, parece difícil justificar em termos racionais a norma do art. 2236.º, Cód. Civ., segundo a qual, quando a prestação exigida ao prestador de trabalho intelectual (profissional liberal) «implica a solução dos problemas técnicos de especial dificuldade», este «não responde pelos danos, se não em caso de dolo ou de culpa grave»⁽³⁾: a disposição constitui, manifestamente, um verdadeiro e próprio privilégio concedido pelo legislador à categoria dos profissionais liberais intelectuais.

3.3.4. Até agora falámos das hipóteses em que o devedor inadimplente responde por culpa, e pode, portanto, exonerar-se de responsabilidade e da obrigação de indemnização, demons-

⁽³⁾ «Culpa» significa, como sabemos, violação, pelo devedor, da normal diligência que lhe é pedida. *Culpa grave* é a violação, (não já da diligência média, mas) precisamente dos níveis mínimos de atenção, de competência, de empenho concebíveis para aquela dada prestação: é a desatenção mais imperdoável, a incompetência mais grave, o descuido mais clamoroso.

trando ter usado, na execução do contrato, uma diligência e perícia não inferiores, por medida e qualidade, ao nível exigido para aquele tipo de relação. Ocupemo-nos agora das hipóteses de *responsabilidade objectiva*, em que o devedor que falta ao cumprimento regular da prestação é obrigado a indemnizar pelos danos, ainda que o não cumprimento não possa atribuir-se a culpa sua: a prova de ter empregado a diligência normal não releva para o exonerar de responsabilidade.

Responde pelo incumprimento, mesmo sem culpa, quem esteja obrigado a fornecer uma certa *quantidade de coisas genéricas*, determinadas só com referência à sua pertença a um género de mercadoria. Imagine-se que A prometeu a B, para a data de 20 de Agosto, o fornecimento de 25 quintais de fertilizante, que B quer utilizar nas próprias culturas; A procura-os logo e armazena-os, esperando a data prevista para a entrega, mas poucos dias antes desta, um incêndio, deflagrado, por pura fatalidade, no armazém, destrói tudo. A não está em condições de cumprir regularmente, e não certamente por culpa sua, já que a ele não se pode reprovar nenhuma falta de diligência (todas as medidas anti-incêndio tinham sido adoptadas): contudo ele não é exonerado da sua obrigação, devendo obter de novo, a expensas próprias, o fertilizante prometido a B. Ainda que o consiga rapidamente, fornece-lho com inevitável atraso, que, mais uma vez não se poderá dizer culposo; mas também dos danos causados a B por este atraso não culposo (exemplo: atraso das operações de sementeira), A é responsável, embora não se lhe possa reprovar a mínima negligência. A razão desta disciplina está no facto de o fornecedor ter a máxima liberdade de manobra acerca do tempo em que pode procurar a mercadoria e acerca do modo de dispor da mesma: pode antecipar ou atrasar a sua aquisição, de acordo com o que lhe sugerem as previsões de mercado; adquirida, pode conservá-la para aquele cliente e vendê-la a outros, se lhe parecer conveniente, obtendo depois, uma outra quantia para o cliente. Com efeito, até ao momento da entrega (ou da individualização) sabemos que a propriedade das coisas genéricas permanece no vendedor; e com a propriedade mantém os *poderes* de controlo, de gestão, de

disposição, mas também todos os *riscos* relativos. Por isto, a sua responsabilidade não é baseada na culpa, mas sobre o risco, compreendido como contrapartida das vantagens da propriedade e do controlo das mercadorias. É, então, coerente com este delineamento que o nosso fornecedor não responda pelos riscos que não se relacionam com tais vantagens, e que se manifestem numa esfera que lhe é totalmente estranha: ele não é, por isso, responsável se a execução do fornecimento for impedida por ordem da autoridade administrativa que proíbe o comércio daquele fertilizante, suspeito de gerar excessiva poluição, nem responde pelo atraso na entrega, se este se dever a um aluvião que isole temporariamente a zona em que tem a sua sede a empresa destinatária do fornecimento.

O mesmo critério de responsabilidade objectiva vale quando a obrigação tem por objecto aquela particular coisa genérica que é o *dinheiro* (obrigações pecuniárias). Quem deve uma soma de dinheiro a um certo prazo, e não paga tempestivamente, é responsável, mesmo se esteve privado do dinheiro necessário por causas não reconduzíveis a culpa própria: por exemplo, porque gastou todos os seus recursos para curar-se de uma grave e custosa doença, ou porque perdeu todo o seu dinheiro na falência do banco onde o tinha depositado. Mais em geral, quem deve executar uma prestação nunca pode justificar o próprio não cumprimento com a circunstância de ter ficado — mesmo sem culpa — desprovido dos meios monetários necessários para organizá-la e executá-la: a chamada *impotência financeira* nunca exonera da responsabilidade.

Outras hipóteses de responsabilidade objectiva referem-se a *prestações contratuais a cargo de empresários para com o público dos utentes, implicando detenção e custódia de coisas determinadas*. Assim, por exemplo, o transportador responde, objectivamente, «pela perda e avaria das coisas que lhe foram entregues para transporte», ainda que estas tenham sido destruídas sem culpa sua (num acidente de viação causado por um terceiro, por exemplo): para exonerar-se não lhe basta provar que agiu com a necessária diligência, mas deve demonstrar «que a perda ou a avaria é derivada de um caso fortuito, da natureza ou dos vícios das próprias coisas ou da sua

embalagem, ou de facto do remetente ou do destinatário» (art. 1693.º, 1, Cód. Civ.).

Também aqui a responsabilidade do devedor é fundada não sobre a culpa, mas sobre o risco, e podemos acrescentar sobre o *risco de empresa*: ele responde por todos os factos, mesmo não culposos, que se manifestem na esfera da sua organização e da sua actividade empresarial. Esta organização e esta actividade são a fonte dos seus lucros: é justo e racional — pela fundamental *conexão proveito-risco* — que sobre ele recaiam todos os riscos que, no âmbito e por causa das mesmas se produzem (mas já não é justo nem racional, que lhe sejam atribuídos *riscos estranhos* à sua esfera organizativa; daí que ele possa esquivar-se à responsabilidade, provando que o dano depende «da natureza ou dos vícios das coisas... ou da sua embalagem, ou de facto do remetente ou do destinatário»). Deve, além disso, tratar-se de riscos típicos daquela actividade de empresa, de qualquer modo previsíveis e calculáveis (tal é o acidente de viação para o transportador terrestre), e não, ao invés, de *riscos anómalos* e subtraídos a toda a possibilidade de racional previsão (exemplo: um helicóptero choca com os fios de alta tensão, que caem sobre o autocarro em trânsito e, fazendo desmaiar o condutor, provocam a sua saída da estrada): riscos assim são aqueles que entram na noção de *caso fortuito*. A razão de ser disto está, também, no seguinte: contra os riscos típicos, previsíveis e calculáveis, o empresário pode precaver-se (e é razoável que seja ele a precaver-se dado que, para o exercício profissional daquela actividade, enfrenta uma massa de riscos homogéneos, e não os seus clientes, os quais participam, quando muito em operações isoladas, e enfrentam, por isso, só uma vez por outra, o risco a elas ligado); não seria, ao invés, economicamente justificável que ele se tivesse de assegurar contra riscos anómalos, imprevisíveis ou incalculáveis.

As considerações feitas para o transportador de coisas valem para o hoteleiro, em relação à perda e deterioração das coisas trazidas pelos clientes e que lhe não tenham sido entregues (art. 1784.º Cód. Civ.); para o gerente de armazéns gerais, no que respeita à perda, diminuição ou estrago das merca-

dorias depositadas (art. 1787.º Cód. Civ.); para a banca, a propósito da conservação dos valores guardados nas caixas de segurança (art. 1839.º Cód. Civ.).

Típica e importante hipótese de responsabilidade objectiva do devedor é aquela que resulta de *actos dos auxiliares* utilizados para o cumprimento. Acontece, frequentemente, que quem deve realizar uma prestação recorre à colaboração de outros sujeitos. Isto verifica-se quase sempre quando a prestação é devida por uma empresa; devedor é, propriamente, o titular da empresa, que, porém, confia a sua execução material aos seus dependentes ou mesmo a outras empresas (por exemplo de transporte, para executar as remessas aos clientes). Mas pode verificar-se também para as prestações de operadores não organizados em forma de empresa: quem deve entregar ou restituir uma coisa a pessoa que habita noutra cidade, pode enviá-la por meio de uma empresa de transportes, ou então confiá-la a um amigo que por lá passe, com pedido de fazer ele a entrega.

Em ambos estes casos, aplica-se a regra do art. 1228.º Cód. Civ.: «salva diversa estipulação das partes, o devedor que, no cumprimento da obrigação, utiliza terceiros, responde, também, pelos factos dolosos ou culposos destes». Portanto, se o dependente ou o auxiliar autónomo, ao cooperar na execução da prestação devida por A a B, por negligência ou por má vontade, impedem o regular cumprimento (o transportador desonesto subtrai parte da mercadoria que devia entregar, o transportador imprudente sofre um acidente, no qual perde a mercadoria, o amigo distraído esquece-se de entregar a encomenda de que tinha sido encarregue), A responde e é obrigado a indemnizar os danos a B.

Nestas situações, é muito difícil que ocorra culpa do devedor. Pode-se pensar — é verdade — que ele tenha escolhido mal o auxiliar, recorrendo à cooperação de um sujeito que devia reconhecer como incapaz, ou desonesto, ou que não o tenha vigiado, ou então que lhe tenha dado instruções lacunosas ou erradas. Mas na maioria dos casos, nada se lhe poderá, honestamente, reprovar, quanto à escolha dos auxiliares, nem quanto a uma insuficiente vigilância e guia do

seu comportamento (que teria sentido num sistema de produção artesanal, mas não certamente numa organização económica moderna, fundada na capilar divisão do trabalho e na elevada especialização das tarefas). Ele responde, por isso, objectivamente, sem culpa própria. Uma tal regra justifica-se na base de duas considerações: a) pelo princípio de relatividade do contrato, o credor prejudicado não poderia, em linha de princípio, pedir a indemnização ao auxiliar, terceiro face à relação contratual em questão; se o devedor fosse dispensado de responder quando não tem culpa (isto é, no maior número de casos), o dano seria quase sempre suportado, definitivamente, pelo credor — o que não é justo; dando, ao invés, acção ao credor contra o devedor, permite-se-lhe ser indemnizado, enquanto que o devedor, por sua vez, poderá dirigir-se contra o auxiliar que causou o dano; b) a escolha da utilização de auxiliares para o cumprimento respeita à discricionariedade e à autonomia organizativa do devedor, sendo uma escolha que este faz no próprio interesse, porque multiplica as suas ocasiões de proveito: não é, por isso, admissível que as consequências negativas de tal escolha recaiam sobre o credor, que a ela é estranho; é justo, ao invés, que os riscos sejam suportados por quem a fez, a controla e dela tira vantagem.

Recapitulando. As situações de responsabilidade objectiva qualificam-se, negativamente, pelo facto de prescindir da culpa do devedor, que é condenado à indemnização mesmo que demonstre ter observado o critério da normal diligência. Positivamente, a sua característica unificante consiste no facto de o risco dos acontecimentos que prejudicam a realização do interesse de oredor ser atribuído ao sujeito, em cuja esfera de organização, de influência ou de controlo aqueles acontecimentos se manifestam: porque esfera de organização, ou de influência, ou de controlo significa fonte de proveitos, e às possibilidades de proveito deve corresponder o arcar com os correspondentes riscos.

3.3.5. Na maioria dos ordenamentos jurídicos do ocidente, parece possível individualizar uma já longa *tendência*

geral — cujos desenvolvimentos remontam a vários decénios — para uma *substancial atenuação do rigor da responsabilidade por não cumprimento do contrato*, no passado orientada genericamente, por critérios muito mais severos para o devedor. Na origem desta tendência estão as grandes mudanças que, sobretudo a partir da primeira guerra mundial, assinalaram a vida económica e social, incidindo, nomeadamente, sobre a regular actuação das relações contratuais, e em particular, agravando as condições do cumprimento (greves, guerras, crises económicas, desvalorização, etc.). Em Itália, na pegada da experiência alemã, a tendência a que nos referimos encontrou expressão na *teoria da inexigibilidade da prestação de acordo com o princípio da boa fé*. Para esta, face a uma inexecução contratual, o juiz deveria avaliar se — nas circunstâncias concretas, e à luz do princípio geral da boa fé ou correcção que preside às relações contratuais (cfr. o art. 1175.º Cód. Civ.) — seria razoável que o credor pudesse exigir do devedor actividades e comportamentos diversos de molde a satisfazer o seu interesse no cumprimento; ou se, pelo contrário, aquelas actividades e aqueles comportamentos teriam representado, para o devedor, um sacrifício que, segundo a boa fé, não se poderia ter pretendido dele. No primeiro caso, o devedor seria responsável pelo não cumprimento, no segundo não. Deste modo, é claro que ao *princípio da boa fé* é atribuído um papel de autêntica *fonte de integração do contrato*, porque, com base nele, determina-se a medida e a qualidade das obrigações que resultam do próprio contrato. (As relativas avaliações são operadas pelo juiz, conformemente à originária «economia do contrato», segundo o sentido e o espírito que as partes atribuíram à operação: portanto, dentro duma lógica de respeito da autonomia privada).

Suponhamos que o credor aceita, voluntariamente, renunciar, no todo ou em parte, à garantia que o sistema da responsabilidade contratual estabelece para tutela dos seus interesses: as partes podem acordar, e inserir no contrato, uma *cláusula de exoneração ou de limitação da responsabilidade*, com a qual se estabelece que os danos eventualmente provocados a uma delas pelo não cumprimento da outra, não deve-

rão ser indemnizados por esta, ou deverão sê-lo, apenas numa medida previamente circunscrita. Cláusulas deste género, que jogam, evidentemente a favor de uma parte e em desfavor da outra, são, normalmente, inseridas nos contratos standard, onde um contraente mais forte e mais organizado as predispõe e impõe ao outro, que pela sua menor força contratual é obrigado a admiti-las. A lei permite a sua licitude dentro de limites bem precisos, destinados a garantir que a actuação da relação contratual não seja totalmente abandonada ao arbítrio de um devedor, que nunca seria prejudicado, e que se tornaria negligente pela conquistada imunidade, mas que, ao credor, seja, antes, assegurado sempre um mínimo de empenho diligente por parte do próprio devedor: são, na verdade, nulos os pactos que excluem ou limitam a responsabilidade derivada de dolo ou de culpa grave, e, também, a responsabilidade por factos que constituam violação de obrigações derivadas de normas de ordem pública (art. 1229.º Cód. Civ.). A esta disciplina geral sobrepoem-se, depois, disposições específicas e mais rigorosas, que excluem radicalmente a possibilidade de exonerar ou limitar a responsabilidade do devedor em relações contratuais, nos quais, atentos os interesses implicados, se quer garantir ao credor o empenho mais completo de diligência na execução (cfr. entre outros, os arts. 1681.º, 2; 1784.º, 4; e 1838.º, 4, Cód. Civ.).

A pretensão do credor insatisfeito a ser indemnizado pelo devedor pressupõe: 1) que o credor tenha sofrido um dano; 2) que o dano tenha sido causado pelo não cumprimento; 3) que o não cumprimento resulte de uma causa imputável ao devedor (a título de culpa ou, nos casos de responsabilidade objectiva, a título de risco). São estes os pressupostos da responsabilidade e do direito à indemnização, que constituem matéria de prova em juízo. A regra geral em matéria de prova é que «quem quer fazer valer um direito em juízo deve provar os factos que constituem o seu fundamento» (art. 2697.º, 1, Cód. Civ.). Com base nela, por isso, o credor que pede a indemnização, teria o ónus de fornecer a prova de todos os três elementos que se mencionou: se não conseguisse, o juiz deveria recusar o seu pedido. Mas provar que o não

cumprimento resulta de uma causa imputável ao devedor pode ser-lhe muito difícil, tratando-se de factos que entram numa esfera que lhe é estranha, como é a esfera de organização e de actividade do devedor. Por isso, a lei, derogando a regra geral, realiza neste caso uma *parcial inversão do ónus da prova*: ao credor basta provar ter sofrido um dano causado pelo não cumprimento da parte contrária; competirá a esta, para exonerar-se, demonstrar que o não cumprimento foi determinado por uma causa que lhe não é imputável (assim resulta, com clareza, da fórmula do art. 1218.º Cód. Civ.). Daqui resulta, por exemplo, que nas hipóteses de responsabilidade objectiva, em que o devedor inadimplente só pode exonerar-se provando o caso fortuito, ele deve responder também pelos não cumprimentos provocados por causas desconhecidas (hipótese que na moderna e complexa organização das empresas industriais, comerciais e dos serviços não é, de modo alguma rara).

Os arts. 1223.º e segs. Cód. Civ referem-se à determinação da *medida da indemnização* devida. Em princípio, esta «deve compreender tanto os danos emergentes, quanto o lucro cessante na medida em que... sejam consequência imediata e directa» do não cumprimento (art. 1223.º Cód. Civ.). Mas «se o não cumprimento ou o atraso não é devido a dolo do devedor, a indemnização é limitada ao dano previsível no tempo em que surgiu a obrigação» (art. 1225.º Cód. Civ.); e, se para a produção do dano contribuiu, conjuntamente ao comportamento do devedor, também o facto culposo do credor que o sofre, «a indemnização é diminuída segundo a gravidade da culpa e as consequências que daí derivam» (art. 1227.º, 1, Cód. Civ.), ficando estabelecido que «a indemnização não é devido pelos factos que o credor teria podido evitar usando a diligência ordinária» (art. 1227.º, 2, Cód. Civ.). Em qualquer caso, se o dano é reconhecido existente mas «não pode ser provado no seu preciso montante, é liquidado pelo juiz com uma avaliação equitativa» (art. 1226.º Cód. Civ.). Uma norma especial, enfim, é dedicada pelo art. 1224.º Cód. Civ. aos danos pelo não cumprimento de um particular tipo de obrigações: as obrigações pecuniárias.

A aplicação destes critérios legais de determinação do dano pode ser incerta e dificultosa e dar origem a ulteriores controvérsias entre as partes. Estas podem evitá-las estabelecendo, convencionalmente, por antecipação, qual a soma de dinheiro (ou que outra prestação indemnizatória) que será paga pelo devedor ao credor em caso de não cumprimento: é a *cláusula penal*. Ela «tem o efeito de limitar a indemnização à prestação prometida, se não foi estabelecida a ressarcibilidade do dano excedente» (art. 1382.º, 1, Cód. Civ.), mas por outra parte «é devida independentemente da prova do dano» (art. 1382.º, 2, Cód. Civ.): evidente é, por isso, a sua função de simplificação das relações entre os contraentes. Não se admite, todavia, que o seu quantitativo seja completamente desproporcionado e vexatório para a parte que a suporta: em determinadas condições, o juiz tem o poder de o diminuir equitativamente (art. 1384.º Cód. Civ.).

Um mesmo facto danoso pode, em situações particulares, ser qualificado como não cumprimento do contrato e, ao mesmo tempo, como facto ilícito extracontratual (art. 2043.º Cód. Civ.). Suponhamos que A aluga a B um carro com travões defeituosos, e que B sofre, por causa disso, um acidente no qual fica seriamente ferido; tal constitui não cumprimento do contrato (que obrigava A a fornecer um carro em perfeitas condições), e, ao mesmo tempo, violação do dever geral e absoluto de não danificar os bens e os interesses materiais ou pessoais alheios (que é fonte, precisamente de responsabilidade extracontratual, disciplinada pelos arts. 2043.º e segs.) Em casos como este, o prejudicado pode escolher basear a sua acção de indemnização ou sobre o não cumprimento ou sobre o ilícito extracontratual (*concurso de acções*). Para certos aspectos, convém-lhe a primeira via: o ónus da prova liberatória incide sobre a parte contrária, e, além disso, o período de prescrição não é, em regra, abreviado a respeito do período ordinário de 10 anos, como o é, ao invés, o previsto em sede de responsabilidade extracontratual (art. 2947.º, 1, Cód. Civ.). Para outros aspectos é mais vantajosa a segunda: a indemnização não é limitada aos danos previsíveis.

CAPÍTULO V

AS TRANSFORMAÇÕES DO CONTRATO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA «DECLÍNIO» OU «RELANÇAMENTO» DO INSTRUMENTO CONTRATUAL?

1. AS TRANSFORMAÇÕES DO CONTRATO E A NECESSIDADE DE UMA ANÁLISE DIFERENCIADA

Ilustrando a génese da moderna teoria do contrato e do direito dos contratos (*supra*, sobretudo cap. I, 3.2.), individualizámos uma fórmula capaz de sintetizar o seu conteúdo e os seus valores essenciais: «liberdade de contratar, baseada na soberania da vontade individual dos contraentes». Assim devia ser o contrato, segundo as mais acreditadas proposições dos ideólogos oitocentistas, e assim era efectivamente em muitos aspectos, na concreta praxe do capitalismo de concorrência. Mas desde os tempos do «laissez-faire» — desde a época clássica do liberalismo económico e político — as sociedades ocidentais sofreram transformações profundíssimas de ordem económica, social e política que, por sua vez, incidiram sobre o instituto contratual, transformando-o profundissimamente. Nas sociedades contemporâneas, o contrato e o direito dos contratos apresentam-se-nos, assim, muito diferentes de como se apresentavam no século passado.

Face a estas objectivas e radicais transformações, existem, em geral, dois modos de análise, dois processos intelec-

tuais mais frequentemente empregues no contexto de ideologias jurídicas de índole conservadora, que, indubitavelmente, precluem — consciente ou inconscientemente — a possibilidade de captar o seu sentido e a sua dimensão real. Simplificando, o primeiro consiste em negar que aquelas modificações se tenham verificado ou tenham sido tão profundas; por outras palavras, em fingir que o contrato e o direito dos contratos são, hoje, substancialmente idênticos ao que eram no século dezanove: um tipo de análise que é causa e, ao mesmo tempo, efeito de uma certa incorrecção das teorias e dos conceitos jurídicos, por sua vez coincidente com o tendencial tradicionalismo dos juristas, com a sua relutância e a sua lentidão na tomada de consciência do que é novo. O segundo processo — aparentemente oposto, mas na realidade radicado numa mesma atitude de misoneísmo e de «*laudatio temporis acti*» — consiste, ao invés, em lamentar que a teoria e a praxe moderna do direito contratual assinalem uma inversão completa das concepções e dos valores dominantes no passado: hoje — lamentam-se — a vontade dos contraentes já não conta, e uma vez que essa vontade se identifica com a essência do contrato, retiram conclusões, em termos de crise, de declínio, ou até de «morte» do próprio conceito de contrato, de extinção da liberdade de contratar e do papel da autonomia privada; e muito frequentemente o fenómeno, assim delineado, encontra-se articulado — segundo relações de causa e efeito — com um mais geral processo de «decadência do indivíduo», de progressiva erosão da sua liberdade e da sua autonomia, por força das exigências sociais, das razões da colectividade.

Nostálgicas e, portanto, acríticas, nem uma nem outra destas duas posições corresponde à realidade das coisas. A primeira desconhece uma série de fenómenos reais, enquanto a segunda os aceita, mas desnatura-os sob uma interpretação superficial e simplificante que, ocultando as suas variedades e as suas diferenças específicas, impede que se apreenda correctamente o significado próprio de cada um deles. Com a fórmula falsamente unificadora do «declínio da vontade» ou da «crise do contrato» costumam-se, de facto, cobrir, frequentemente, situações e processos profundamente diferentes

entre si em sentido e qualidade, que não é lícito — sem o preço dum arbítrio ideológico — assimilar. É necessário, ao invés, utilizando um método de análise diferenciada, distinguir cuidadosamente entre os vários fenómenos que concorrem para delinear a imagem hodierna do contrato, e para assinalar a sua «novidade», em relação à imagem consagrada pela tradição no século XIX: porque — repetimo-lo — esses fenómenos não têm todos idêntico significado.

2. OS PROCESSOS DE «OBJECTIVAÇÃO» DO CONTRATO

2.1. Da «teoria da vontade» à «teoria da declaração»

Existe, sem dúvida, na evolução da teoria e da disciplina dos contratos, uma tendência para a progressiva *redução do papel e da importância da vontade dos contraentes, entendida como momento psicológico da iniciativa contratual*: esta tendência, que podemos definir como «objectivação do contrato», leva a redimensionar, sensivelmente, a influência que o elemento voluntarista exerce, quer em relação à definição geral do próprio conceito de contrato, quer em relação ao tratamento jurídico concreto de cada relação.

Recorde-se a concepção do contrato (e, portanto, do negócio jurídico) amadurecida nos séculos XVII e XVIII e aperfeiçoada no século XIX, na base do postulado jusnaturalístico que individualizava na vontade humana a fonte primária de todo o efeito jurídico, a energia criadora dos direitos e das obrigações legais: o contrato é «consenso», isto é «encontro de vontades»; o negócio jurídico é declaração de vontade (*retro*, cap. I, 4.3.). Falava-se, então, de «teoria da vontade» como chave para entender, em geral, a disciplina das trocas contratuais: e afirmava-se que as consequências do contrato devem ser perfeitamente conformes às representações mentais das partes, e que o direito deve reagir a qualquer imperfeição ou perturbação do processo de formação da vontade dos contraentes, cancelando a operação em que — por

ausência ou defeito, por assim dizer, do seu pressuposto psíquico — faltasse o seu próprio fundamento. Mas uma tal teoria e disciplina jurídica das transferências de riqueza — se resultava adequada a um sistema económico individualista e pouco dinâmico, no qual as trocas eram, no geral, bem ponderadas e conservavam um certo carácter «pessoal» — não podia satisfazer as exigências da *moderna economia de massa*, caracterizada pelo extraordinário incremento do volume das trocas (sobretudo entre as empresas e os consumidores dos seus produtos e os utentes dos seus serviços) e pela sua crescente standartização e «impessoalidade». Num sistema caracterizado pela produção, distribuição e consumo de massa, o primeiro imperativo é, de facto, o de *garantir a celeridade das contratações, a segurança e a estabilidade das relações*: mas estes objectivos requerem, justamente, que as transacções sejam tomadas e disciplinadas na sua objectividade, no seu desenvolvimento típico; eles são, portanto, incompatíveis com a atribuição de relevância decisiva à vontade individual, às particulares e concretas atitudes psíquicas dos sujeitos interessados na troca, numa palavra, com a teoria da vontade.

Fez-se, a seu tempo, referência à resposta que os legisladores e os cientistas do direito deram a estas novas exigências da organização económica: uma resposta que pode resumir-se na fórmula da passagem da «teoria da vontade» à «teoria da declaração» (*retro*, cap. I, 6.2.). «Teoria da declaração» é uma expressão que resume uma série de regras de disciplina do contrato, unificadas por uma característica e por um objectivo. A característica é a de ligar os efeitos e o tratamento jurídico das relações aos *elementos objectivos, exterior e socialmente reconhecíveis*, dos actos pelos quais as relações se constituem, muito mais que aos elementos de psicologia individual, às atitudes mentais que permanecem no foro íntimo, numa palavra, à vontade das partes: com a consequência de que, em caso de conflito entre «subjectivo» e «objectivo», entre as efectivas posições da psique e da vontade do contraente e aquilo que socialmente transparece e é percebido pelo outro contraente, tende-se a atribuir prevalências a

este último, sacrificando, assim, a vontade à declaração. O objectivo, pelo seu lado, é o de tutelar os interesses do destinatário da declaração, o qual tinha confiado no teor objectivo e socialmente perceptível desta: uma tutela de interesses individuais que — ao nível de todo o sistema — se converte justamente em garantia da segurança e da celeridade das trocas, da continuidade e estabilidade das relações de negócios.

Estas afirmações, que já em parte se tinham antecipado no primeiro capítulo, podem, agora, ser apreciadas de modo mais directo e concreto, através duma confrontação com muitas das regras que ilustrámos nos capítulos dedicados ao contrato na disciplina positiva. Os exemplos são tão numerosos que só colocam o problema da escolha.

Consideremos a *formação do contrato* (relativamente à qual se disse tratar-se da verificação da objectiva correspondência de comportamentos humanos a um modelo legal, e não já de apurar a existência de um «consenso» ou de outros eventos psíquicos). É possível que um contrato se forme validamente, e vincule os sujeitos interessados, mesmo que no momento em que se conclui falte completamente a vontade de uma das partes, ou até exista uma sua vontade contrária: pense-se nas regras sobre a subsistência da eficácia da oferta, mesmo depois da morte do proponente (que seja médio ou grande empresário), ou na disciplina da revogação da aceitação (art. 1328.º c. 2 Cód. Civ.), com base na qual — se a revogação é emitida antes da conclusão do contrato, mas chega ao proponente depois daquele momento — dá-se a formação de um contrato não derivado da vontade actual de uma das partes, e, até, positivamente não querido.

Igualmente significativa é a disciplina dos *vícios da vontade*. Aqui temos um sinal evidentíssimo do processo de que estamos falando: durante a vigência do código civil anterior, o erro obstáculo (que, recaindo sobre a declaração, a impedisse de reflectir fielmente a vontade real do declarante) determinava, sem mais, a nulidade radical do contrato; a regra constante do código de 1942 é, ao invés, que o erro obstáculo é tratado como o erro-vício, e só determina a anulabilidade — já não a nulidade — do contrato, na medida em que resulte

essencial e cognoscível. De resto, estes dois requisitos — essencialidade e cognoscibilidade — têm, justamente, o efeito de circunscrever a relevância da vontade, e da sua deficiente formação, apenas aos casos em que tais defeitos tenham uma qualquer correspondência objectiva e exterior, e, portanto, sejam socialmente perceptíveis: podem, assim, formar-se regularmente, e adquirir eficácia vinculativa, contratos que não correspondam à vontade real de uma das partes, mas até mesmo a traiam gravemente; contratos que a parte na realidade não queria concluir.

Considere-se, ainda, a disciplina da *simulação*. Quando, numa hipótese de contrato simulado, estejam em jogo interesses de terceiros que tenham confiado naquela aparência de contrato e dele esperem determinadas consequências jurídicas, muitas vezes a lei faz *prevalecer a aparência* (aquilo que objectivamente resulta para o exterior) sobre a realidade daquilo que as partes efectivamente tenham querido: também aqui, portanto, se produzem efeitos que não correspondem à vontade dos contraentes.

O princípio segundo o qual as situações aparentes prevalecem sobre a vontade real de quem, de qualquer modo, contribuiu para as criar, quando tal seja necessário para tutelar os interesses de todos quantos tenham confiado na aparência, encontra, no direito moderno, numerosas aplicações. Limitando-nos às hipóteses que tivemos já ocasião de analisar, pense-se na disciplina da *representação*, e, em particular, na revogação ou na modificação da procuração (art. 1396.º c. 1 Cód. Civ.): se a vontade do representado, devidamente formada e comunicada ao representante, é no sentido de revogar ou circunscrever os poderes conferidos a este último, e se, não obstante, este contrata nos mesmos termos com um terceiro, em nome do representado, ou excede os novos limites da procuração, este contrato só não é vinculativo para o representado na medida em que tenha curado de levar ao conhecimento dos terceiros, com meios de publicidade idóneos, as modificações ou a revogação; diversamente, o contrato tem, sem mais, eficácia vinculativa em relação a si próprio, mesmo que, no momento em que foi concluído, a vontade real e actual

do interessado estivesse positivamente orientada em sentido contrário: só que tal vontade resultava desmentida por uma aparência (o persistir dos antigos poderes de representação), na qual o terceiro tinha confiado, e que a lei reputa digna de uma tutela mais forte do que a que pode conceder-se a uma vontade não tornada socialmente cognoscível. E como devem interpretar-se — se não como tutela de uma confiança originada por índices objectivos de aparência, embora em manifesto contraste com a realidade — a norma que disciplina as aquisições «a non domino» (art. 1153.º Cód. Civ.), ou as normas em matéria de registo (art. 2643.º e segs. Cód. Civ.)?

A razão unificante de todas estas regras é a exigência de *tutelar a confiança* (e enquanto isso, como sabemos, *garantir a estabilidade, a ligeireza, o dinamismo das relações contratuais* e, portanto, das transferências de riqueza). Mas tutelar a confiança só é possível dando proeminência — na definição do tratamento jurídico das relações — aos elementos exteriores, ao significado objectivo e típico dos comportamentos, à sua cognoscibilidade social; e isto significa, por contraposição, atenuar o tradicional relevo dado às atitudes psíquicas singulares, concretas e individuais dos contraentes, às suas representações subjectivas, limitadas ao foro íntimo — em conclusão, à sua «vontade». Daqui uma «objectivação» do direito dos contratos e do próprio conceito de contrato (cujas definições tendem, cada vez mais, a basear-se no elemento declaração em vez de no elemento vontade): consequência inevitável do objectivar-se, standartizar-se, despersonalizar-se das operações económicas que constituem o seu substracto real.

2.2. O contrato e o «contacto social»

O processo de objectivação do contrato e do direito dos contratos, examinado no número precedente, concerne às relações entre vontade e declaração, e resume-se na diminuída importância do elemento subjectivo da vontade e na importância acrescida do elemento objectivo da declaração. Mas este processo manifesta-se, também, noutros fenómenos, que denunciam, de modo ainda mais evidente, a distância que

separa a moderna figura do contrato da sua imagem novecentista, toda ela marcada pelas características do individualismo e pela ciosa inerência às pessoas dos contraentes.

Se atentarmos nas mais variadas relações contratuais — entre as mais frequentes e mais importantes na vida de todos os dias — constata-se, de facto, que pelo que toca à sua constituição e à sua disciplina, não só a vontade das partes desempenha um papel que não é decisivo, como, por vezes, *permanece na sombra o próprio elemento de uma (válida) declaração contratual*. Isto acontece, por exemplo, em todos aqueles contratos que têm por objecto a prestação de bens de consumo e de serviços de massa, por parte de empresas a favor do público, a que os nosso antigos autores chamavam, por vezes, *contratos automáticos*. Os exemplos mais eloquentes e, poderia dizer-se, mais exacerbados, de um tal automatismo contratual são aqueles em que a oferta ao público é constituída pela presença de uma máquina distribuidora de pequenos bens de consumo (por exemplo, cigarros) ou de documentos, que legitimam à fruição de um serviço (por exemplo, bilhetes para o transporte num autocarro urbano), e a aceitação manifesta-se com a inserção mecânica de uma moeda no orifício adequado: não é, na verdade, fácil reconduzir estes comportamentos ao conceito tradicional de declaração contratual, e, ainda menos fácil, reconhecer-lhes um apreciável conteúdo de subjectividade e individualidade. Parece mais realista dizer que, nestes casos, se atribui, convencionalmente, o valor de declaração contratual a comportamentos sociais valorados de modo típico, por aquilo que eles socialmente exprimem, abstraindo-se das atitudes psíquicas concretas dos seus autores.

Um fenómeno similar de despersonalização das relações contratuais e de automatismo na actividade destinada a constituir-las é patenteado pela praxe de *contratação standartizada*, através do emprego de condições gerais, módulos e formulários, predispostos antecipadamente, por uma parte, para uma massa homogénea e indiferenciada de contrapartes (contratos de massa): aqui a aceitação — do consumidor, do utente, do inquilino, etc. — resume-se, no máximo, a um simples acto

de *adesão* mecânica e passiva ao esquema pré-formulado, muito longe do significado que, na época clássica do liberalismo contratual, se atribuía ao conceito de «declaração de vontade»: também aqui a declaração contratual se traduz num *comportamento socialmente tipicizado*. No fenómeno dos contratos standard, há, pois, um outro aspecto saliente, que consiste no abuso de poder económico que a parte «forte» (predisponente) exerce em prejuízo das partes «débeis», a si contrapostas no mercado («aderentes»): a isto nos referiremos na secção seguinte (*infra*, 3.2.).

A fenomenologia da objectivação do contrato — entendida, aqui, como relevância crescente dos comportamentos tomados no seu significado económico-social objectivo, mais do que como expressões de uma «declaração de vontade» — é, ainda, reconduzível, bem vistas as coisas, também uma fatíspécie como a do *contrato de trabalho nulo* (*retro*, cap. III, 4.4.). Aí existe uma declaração de vontade, por qualquer razão viciada, e, por isso, inválida (nula ou anulável): e todavia, se a relação económica subjacente e as respectivas transferências de riqueza foram efectivamente realizadas, são disciplinadas pelo direito, como se a declaração fosse válida e regularmente produtora dos seus efeitos. Também aqui, portanto, o elemento decisivo para o tratamento jurídico da relação, não é a presença de uma declaração de vontade contratual (válida), mas, antes, o cumprimento efectivo de uma operação económica. Não é por acaso que se fala, a este respeito, de *relações contratuais de facto*.

O elemento comum a todas estas hipóteses, embora em muitos aspectos assaz diversas entre si, encontra-se no facto de a relação contratual nascer e produzir os seus efeitos, não já sobre a base de declarações de vontade válidas (as quais, em linha de princípio, seriam necessárias para que existisse um contrato), mas sim com base no *contacto social* que se estabelece entre as partes dessa mesma relação. Por contacto social entende-se, aqui, o *complexo de circunstâncias e de comportamentos — valorados de modo socialmente típico — através dos quais se realizam, de facto, operações económicas e transferências de riqueza* entre os sujeitos, embora faltando,

aparentemente, uma formalização completa da troca num contrato, entendido como encontro entre uma declaração de vontade com valor de proposta e uma declaração de vontade conforme, com o valor de aceitação: assim, por exemplo, é contacto social a aquisição de bens e serviços de massa nas formas a que chamámos «automáticas»; e é contacto social a prestação de facto de actividade laboral a favor de um outro sujeito. E, por força deste contacto social, a relação económica entre os sujeitos interessados é reconhecida e tutelada pelo direito, que a trata como relação jurídica e, mais precisamente, como relação contratual (visto que lhe considera aplicável grande parte das regras que disciplinam as relações nascidas do contrato).

A interpretação e a reconstrução conceitual destes fenómenos pode ser variada. Pode dizer-se que o facto constitutivo, no qual aquelas relações contratuais têm origem, não é propriamente o contrato, mas sim o contacto social estabelecido entre as partes, ao qual a lei atribui valor de fonte de relação e das respectivas obrigações e responsabilidade; enquanto a relação contratual nasce, em regra, de um contrato, aqui estaremos em presença de *relações contratuais que não derivam de um contrato* (entendido este — repetimo-lo — no sentido tradicionalmente aceite de encontro entre declaração de vontade com valor de proposta e declaração de vontade com valor de aceitação), mas de um complexo de circunstâncias e comportamentos — o contacto social — que tomam o lugar do contrato. Mas é, por outro lado, legítimo partir da premissa de que o contrato não se forma com o evento psíquico da «fusão de vontades», mas sim com a correspondência objectiva dos comportamentos humanos, ao modelo de procedimento definido pelo «arbitrio» do legislador e, na sequência desta, concluir que nada impede de reconhecer justamente nos comportamentos que integram o «contacto social», uma tal correspondência, e, portanto, *verdadeiros e próprios contratos*. Em qualquer caso — quer falemos de relações contratuais não constituídas mediante contrato, quer de contratos formados através do concurso de circunstâncias e comportamentos não reconduzíveis à noção tradicional da declaração de vontade

— uma coisa é certa: na definição dos efeitos jurídicos respectivos — direitos, obrigações, responsabilidade — as atitudes psíquicas, e as representações mentais subjectivas das partes, desempenham um papel muito reduzido.

2.3. O contrato e a «instituição»

A evolução dos últimos cem anos regista uma outra ordem de fenómenos reconduzíveis, todos eles, àquele processo de objectivação do contrato no qual individualizámos um dos sinais mais característicos da rápida transformação do instituto. Referimo-nos, agora, a todas as hipóteses em que um contrato estipulado entre vários sujeitos e, muitas vezes, entre um grande número de sujeitos, não esgota a sua função no constituir e regular relações jurídicas patrimoniais entre os sujeitos, mas realiza uma função mais ampla, relevante, também, em relação ao mundo exterior: ou seja, a função de dar vida directamente a uma *complexa organização de homens e meios*, que adquire uma *objectividade autónoma* em relação ao contrato e às relações contratuais de que emerge, e que, por assim dizer, transcende.

Pense-se no contrato de *associação* ou no contrato de *sociedade*. Através destes, estabelecem-se verdadeiras e próprias relações contratuais entre uma série de «partes» que se constituem em grupo e assumem, reciprocamente, a obrigação de conferir meios materiais e/ou actividades pessoais, para dotar o grupo, também, da organização necessária ao seu funcionamento e à consecução dos seus objectivos: por vezes, a realização de finalidades recreativas, culturais, políticas ou sociais, mas, em qualquer caso, diferentes do lucro económico (associações), ou, então, o exercício de uma actividade económica lucrativa, destinando-se os lucros a serem repartidos pelos participantes (sociedade). Aqui, o fenómeno de objectivação do contrato é muito evidente: o contrato de associação e o contrato de sociedade convertem-se, consumam-se, objectivam-se, justamente no complexo organizativo deles nascido, e que, todavia, deles se destacam e autonomizam, adquirindo uma

fisionomia própria, uma existência própria e uma capacidade própria de duração que vão para além das relações contratuais singulares fundadas no grupo organizado, e para além das posições e dos interesses individuais das suas «partes» singulares. Os fins e as actividades do grupo organizado constituído com o contrato, não podem identificar-se, pura e simplesmente, com os fins e com os interesses subjectivos dos contraentes singulares, com os fins e com os interesses que constituem matéria das relações contratuais singulares, através das quais os membros do grupo participam na sua constituição e funcionamento. De resto, o mesmo sentido e a mesma linguagem comum reflectem bem este fenómeno: quando se fala de «associação» e de «sociedade», geralmente ninguém pensa no contrato constitutivo de associação (arts. 14.º c. 1 e 36.º c. 1 Cód. Civ.), nem no contrato de sociedade (art. 2247.º Cód. Civ.); pensa-se, sim, no grupo organizado, na sua autónoma objectividade. E quando se fala de «associado» ou de «sócio», pensa-se no membro de um grupo organizado muito mais do que na parte de um contrato.

Em casos deste género, o contrato dá vida — como costuma dizer-se — a uma «instituição», que absorve e transcende o próprio contrato. O fenómeno é típico da sociedade moderna e da moderna economia de massa. Remonta ao fim do século passado, e aos primeiros anos deste, o nascimento das primeiras organizações sindicais e dos primeiros partidos políticos, entendidos no sentido modenno (partidos e sindicatos estão entre os exemplos mais relevantes de associações de direito privado); e é no mesmo período — o período em que amadurece a transição do capitalismo de concorrência para o capitalismo monopolista — que surgem na cena económica as «gigantes» sociedades por acções, dotadas de enormes capitais, muitas vezes fraccionado entre um número elevadíssimo de sócios, e as outras organizações destinadas ao controle dos mercados («trusts», cartéis, «Konzerne», etc.). Não foi, certamente, por acaso que apareceu, exactamente nos primeiros anos do nosso século, uma corrente de pensamento — desenvolvida sobretudo em França sob o nome de «teoria da instituição» — cuja ideia central é justamente esta: o declínio

progressivo e fatal do contrato a favor da instituição; com que se relacionava o progressivo e fatal declínio da autonomia, da vontade, da personalidade, da própria liberdade do indivíduo, fatalmente coarctada pela prevalência das grandes organizações de massa e pelas exigências da colectividade. Outros, na tentativa de fornecer uma chave de interpretação deste tipo de fenómenos, falaram de um «regresso do contrato ao status».

A objectivação do contrato numa instituição organizada, autonomamente relevante em relação ao mundo exterior, determina consequências práticas muito importantes, que se revelam com especial clareza em matéria de *sociedades por acções* (relativamente às quais é corrente, no âmbito da doutrina do direito comercial, a discussão sobre se, na definição do conceito de sociedade, deve dar-se a prevalência ao elemento contrato — tese «contratualista» — ou ao elemento instituição — tese «institucionalista»). Emerge, em primeiro lugar uma *exigência de estabilidade e continuidade* da organização societária, que não deve ser prejudicada pelas vicissitudes do contrato de que esta retira a sua origem: daqui a particular *disciplina da nulidade* do contrato constitutivo de sociedade, que tende a restringir a situações muito delimitadas, as hipóteses em que vícios do acto constitutivo prejudicam a existência da sociedade e põem em causa as relações já estabelecidas entre a própria sociedade e os terceiros (cfr. o novo texto do art. 2332.º Cód. Civ.). A existência e o funcionamento da instituição tendem a ser desligados da existência e funcionamento do contrato que lhes dá vida: isso responde, sobretudo, à exigência de *tutelar os terceiros* que estabeleceram relações com a sociedade, confiando na sua permanência e no seu património. E a uma exigência não diversa, respondem as regras que reduzem a casos de excepção a possibilidade de invocar, contra terceiros, os limites aos poderes de representação dos administradores que os tenham excedido, desde que estes resultem publicamente do acto constitutivo e do estatuto (novo texto do art. 2384.º e art. 2384.º bis Cód. Civ.): também aqui a objectividade da organização e a estabilidade das suas relações com o exterior prevalecem sobre o contrato e sobre o que neste fora convencionado.

O prevalecer da organização sobre o contrato e sobre as relações contratuais que lhe subjazem, manifesta-se, porém, não só em relação ao exterior, mas também *no interior* da própria organização, reflectindo-se na *posição de cada sócio*. É sabido que nas grandes sociedades por acções os sócios minoritários — portanto a grande parte dos sócios — têm escassas ou nulas possibilidades de influenciar realmente a gestão e a estratégia da sociedade, confiada, de modo exclusivo, ao grupo dos accionistas de comando, e também de determinar a medida dos dividendos (que o grupo de comando pode, de facto, arbitrariamente decidir destinar a reservas, a amortizações, a auto-financiamento, quando não a «fundos escuros») (1): por outras palavras, à grande massa dos sócios-contratantes está, de facto, precluído o exercício dos seus direitos contratuais, e, neste sentido, bem pode dizer-se que o contrato, o conteúdo de vontade, os interesses subjectivos e as expectativas que ele exprime, são deixados de fora pelo predomínio da instituição (a qual, por outro lado, observando as coisas de modo realista, aqui não constitui mais que uma cobertura dos interesses e das posições predominantes dos sócios-contratantes pertencentes ao grupo dominante).

Com o propósito de remediar esta situação e de assegurar tutela aos accionistas minoritários, alguns propõem, justamente, acentuar e revalorizar ao máximo, na disciplina jurídica das sociedades, o elemento contratual. Sobre a eficácia deste remédio, e sobre a própria conveniência social deste objectivo de tutela das minorias, muito se poderia discutir: mas seria uma discussão que, invadindo o problema de uma moderna reforma das sociedades por acções, exorbita dos fins e dos limites destas páginas.

2.4. O significado da «objectivação» do contrato

As transformações do contrato, que sintetizámos na fórmula da sua «objectivação», têm certamente um sentido e um

(1) N. T. — «Fondi neri», no original.

significado que devem ser interpretados de forma correcta. É, no entanto, seguro, que a esta investigação não trazem qualquer contributo as lamentações genéricas de quantos condemnaram o declínio da vontade e da personalidade do indivíduo, no âmbito das relações contratuais, identificando-o, linearmente, com a «morte do contrato»; nem a atitude passivamente nostálgica de quem — em vez de tentar indagar e compreender a nova complexidade do instituto contratual — se limita ao desabafo saudoso: «elle était si belle et si simple, la notion de contrat dans le code civil!» (Savatier). Torna-se necessário, ao invés, para este fim, uma tentativa de análise mais consciente.

As transformações que descrevemos caracterizam-se por um elemento comum (a que já se fez referência), que constitui a sua razão unificante. Todas elas são funcionalizadas à exigência de garantir ao máximo a *estabilidade e a continuidade das relações contratuais, e portanto, das relações económicas*, e, por esta via, de assegurar-lhes aquele dinamismo que é postulado pelos modos de funcionamento das modernas *economias de massa*. Para que um tal objectivo seja conseguido, o contrato não pode mais configurar-se como o reino da vontade individual, a expressão directa da personalidade do seu autor, exposto, por isso, a sofrer, de forma imediata, os reflexos de tudo quanto pertence à esfera daquela personalidade e daquela vontade; para servir o sistema da produção e da distribuição de massa, o contrato deve, antes, tornar-se, tanto quanto possível, autónomo da esfera psicológica e subjectiva em geral do seu autor, insensível ao que nesta se manifesta e sensível sobretudo ao que se manifesta no ambiente social, nas condições objectivas de mercado: o contrato deve transformar-se em *instrumento objectivo e impessoal*, para adequar-se à objectividade e impessoalidade do moderno sistema de relações económicas (2).

(2) Em cujo âmbito permanecem, no entanto, zonas caracterizadas pela presença de trocas individuais e pessoalizadas (tipicamente, as que têm por objecto a constituição ou a transferência de direitos reais sobre imóveis ou então sobre bens não estandardizados), para

O modelo «subjectivo» de contrato era instrumento funcional a um sistema económico individualista, relativamente fechado e pouco dinâmico, em larga medida dominado pelo sector primário, como era o sistema económico capitalista do início do século dezanove, ainda não chegado ao auge do seu desenvolvimento. O modelo «objectivo» de contrato é, ao invés, instrumento funcional a uma economia capitalista altamente desenvolvida, caracterizada por produções e consumos de massa e, portanto, por um elevado volume das trocas: a economia industrial do século vinte. Tudo isto tem uma correspondência precisa no plano da história das ideias: se se pretender associar a cada um destes dois modelos o nome de um cientista social (ou ideólogo), parece possível afirmar que o primeiro corresponde à ideia de contrato propagada por Herbert Spencer (1820-1903), o teórico do utilitarismo liberal-individualista, enquanto o segundo reflecte a ideia de contrato adoptada por Émile Durkheim (1858-1917), um dos primeiros sociólogos a ocupar-se da fenomenologia das sociedades de massa.

O contrato, portanto, transforma-se, para adequar-se ao tipo de mercado, ao tipo de organização económica em cada época prevalecente. Mas justamente, transformando-se e adequando-se do modo que se disse, o contrato pode continuar a desempenhar aquela que é — e continua a ser — a sua *função fundamental* no âmbito das economias capitalistas de mercado: isto é, a função de *instrumento da liberdade de iniciativa económica*. Está agora claro que as transformações do instituto contratual, que designámos em termos da sua objectivação, não contrariam, mas antes secundam, o princípio da autonomia privada, desde que se queira ter deste princípio uma noção realista e correcta: autonomia privada, portanto, não como sinónimo de «autonomia da vontade individual», mas como forma jurídica e legitimação da liberdade econó-

os quais o momento «subjectivo» ou «voluntarista» conserva importância decisiva. O facto que se quer sublinhar é que, no passado, as operações deste género representavam a regra, enquanto hoje constituem a excepção.

mica, da liberdade de prosseguir o lucro ou, então, de actuar segundo as conveniências de mercado — nos modos ou com as técnicas adequadas ao tipo de mercado historicamente determinado. Por outras palavras, as tendências objectivistas do direito moderno não vão necessariamente contra o princípio da autonomia privada, porque este — como já se tinha advertido — não se identifica com o «dogma da vontade».

3. AS RESTRIÇÕES DA LIBERDADE CONTRATUAL

3.1. Posição do problema

Os processos de objectivação do contrato determinaram — como se viu — uma erosão do papel da vontade, entendida em sentido psicológico, mas não atingiram o núcleo essencial das prerrogativas de autonomia privada, não implicaram, de per si, uma restrição da liberdade económica dos operadores: limitam-se, antes, a adequar as suas formas de exercício, para torná-las mais funcionais às novas condições do mercado capitalista. Mas a evolução do instituto contratual regista, outrossim, fenómenos muito relevantes, que reflectem verdadeiras e próprias restrições da liberdade contratual, limitações substanciais do autónomo poder de decidir e desenvolver, sob a forma de contrato, as iniciativas económicas sugeridas pelas conveniências de mercado.

Também no âmbito desta particular ordem de fenómenos é, no entanto, necessário proceder com um método de análise diferenciada, para evitar generalizações e confusões que impediriam de captar-lhes correctamente o sentido.

3.2. Os contratos standard

Nas análises dedicadas ao contrato na sociedade contemporânea, é actualmente quase um lugar comum ver nos contratos standard o fenómeno através do qual se consubstanciam, hoje, algumas das mais significativas e graves formas de restrição da liberdade contratual. O fenómeno consiste no seguinte: quem, pela sua posição e pelas suas actividades

económicas, se encontra na necessidade de estabelecer uma série indefinida de relações negociais, homogéneas no seu conteúdo, com uma série, por sua vez indefinida, de contrapartes, predispoê, antecipadamente, um esquema contratual, um complexo uniforme de cláusulas aplicáveis indistintamente a todas as relações da série, que são, assim, sujeitas a uma mesma regulamentação; aqueles que, por seu lado, desejam entrar em relações negociais com o predisponente para adquirir os bens ou os serviços oferecidos por este, não discutem nem negociam singularmente os termos e as condições de cada operação, e, portanto, as cláusulas do contrato respectivo, mas limitam-se a aceitar em bloco (muitas vezes sem sequer as conhecer completamente) as cláusulas, unilateral e uniformemente, predispostas pela contraparte, assumindo, deste modo, um papel de simples aderentes (fala-se, de facto, também de *contratos por adesão*).

Esta técnica de conclusão dos negócios e de disciplina das relações contratuais correspondentes, começa a afirmar-se, de modo significativo — na prática dos mercados capitalistas — sobretudo na época subsequente à *revolução industrial* do início do século dezanove. Na Europa desses anos, os progressos das técnicas produtivas, a descoberta de novas fontes de energia e a mais racional e intensa utilização das já conhecidas, a diferente organização do trabalho no interior das empresas, a crescente dimensão destas (e do volume dos capitais nelas empregues) atingem todos os sectores da economia com um impacto sem precedentes. E por reflexo directo destas transformações, cada um dos sectores conhece — em várias formas e medidas — a standardização das relações contratuais que se desenrolam no seu seio.

Delinear esta evolução de formas e técnicas de contratação significa, ao mesmo tempo, percorrer as vicissitudes de algumas das fundamentais «instituições» do capitalismo. Standardizam-se os *títulos de crédito* que, pelo seu próprio papel de instrumentos de mobilização e multiplicação da riqueza, tendem, cada vez mais, a assumir vestes de títulos «de massa». Esquemas contratuais fortemente tipicizados regulam as transacções da *bolsa*, terminando, na sua maior

parte, por constituir verdadeiros e próprios costumes. Rigidamente uniformes passam a ser as «condições» com que os *bancos* negociam com os seus clientes. E ainda, a introdução e a extensão das redes ferroviárias e das linhas de navegação a vapor — meios que inauguram a era dos *transportes* de massa — abrem ao fenómeno da contratação uniforme novos relevantíssimos sectores. «Naturalmente» standardizados são, pelo seu lado, os contratos de *seguro*, nos quais a uniformidade do conteúdo é imposta pela própria natureza de um negócio que, do ponto de vista do segurador, pressupõe, com a homogeneidade dos riscos assumidos, a homogeneidade do seu regulamento jurídico. E com o advento — nos princípios deste século — dos sistemas de produção e de distribuição de massa, os métodos da contratação standardizada (ou, justamente, «de massa») viriam a estender-se, substancialmente, a todos os sectores de mercado, encontrando um potentíssimo factor de impulso nos processos de concentração monopolista (ou oligopolista) que, naquele período, de modos vários, atingiram as economias do ocidente: já que — como se disse — «a standardização dos contratos é... um reflexo da standardização dos produtos e dos processos produtivos» (K. Llewellyn).

O instrumento do contrato standard pode ser utilizado também para negócios que não impliquem a participação de uma empresa: basta pensar no difundido emprego que, sob a forma dos «modelos de locação» predispostos, é feito para regular as relações entre locadores e locatários dos apartamentos. Mas à parte este exemplo, não é fácil imaginar operações contratuais concluídas na base de condições gerais, formulários ou modelos standard, nos quais pelo menos um dos contraentes não seja *empresário*: a verdade é que as técnicas de contratação standardizada reflectem, de modo quase exclusivo, a organização empresarial e a sua presença no mercado. Isto explica-se, de resto, facilmente, se se considerarem as vantagens que o uso generalizado das condições uniformes de contrato oferece, em termos de importantes *economias de gestão*, aos operadores organizados na forma de empresa.

Em primeiro lugar, o emprego de contratos standard simplifica e acelera de modo radical os processos de conclusão dos negócios, determinando — através da consequente economia de tempo, de meios e de actividade — a redução daqueles «custos de contratação», que as técnicas de negociação individual (fundadas sobre a discussão de cada uma das cláusulas com cada um dos clientes) contribuiriam, ao invés, para aumentar. Por outro lado, a predisposição de esquemas contratuais uniformes e rígidos, destinados a aplicar-se em todas as relações de um certo tipo, funciona (ainda antes de como imposição de regras vinculativas para os clientes da empresa), como limite à iniciativa e ao arbítrio individual dos auxiliares do empresário, encarregados das actividades de contratação, assegurando, assim, à estratégia da empresa, neste sector, aquela necessária homogeneidade, aquela coordenação a nível central, que seriam prejudicadas se os representantes, agentes, caixeiros, fosse deixada plena liberdade de discutir com a contraparte e determinar, concretamente, o conteúdo de cada contrato (cfr., a propósito, o art. 2211.º Cód. Civ.).

Para além da fase de conclusão do contrato, os benefícios trazidos à empresa pelo uso de condições standard manifestam-se, também, na fase da sua execução. Para fins de correcta e racional administração das relações — especialmente se «de longa duração» — é necessário, de facto, ao mesmo tempo que elas se desenvolvem, assegurar, por um lado, que as obrigações assumidas pela empresa sejam cumpridas de modo ordenado e tempestivo, e, por outro, que a mesma pontualidade e correcção sejam observadas no cumprimento das obrigações assumidas pela «massa» de adquirentes e utentes que contrataram com a empresa: e é fácil perceber que uma tal actividade de controlo resulta, para a empresa, muito aligeirada pela sujeição de todas as relações homogéneas a uma disciplina contratual uniforme. E mais. Sabe-se que, em época de rápida evolução das condições sócio-económicas e de desenvolvimento tecnológico vertiginoso, a disciplina legal das relações — a que dá corpo o conjunto das normas dispositivas — resulta frequentemente lacunosa e inadequada às novas situações e às mais avançadas exigências

sentidas pelo sistema das empresas: mas justamente através da predisposição e da difusão de esquemas contratuais autónomos (e assim, em definitivo, de disciplina jurídica das relações alternativa à legal) estas podem remediar as insuficiências e os atrasos da lei, criando, por si, um «direito» que melhor corresponde ao arranjo e à dinâmica das relações de mercado e por isso resulta — do ponto de vista das exigências empresariais — indubitavelmente mais racional; um «direito», pois, que, relativamente ao direito «legal» — inevitavelmente rígido — exalta a vantagem da flexibilidade e da fácil e rápida adaptabilidade às novas necessidades e às situações que vão aparecendo, posto que, para assegurar à empresa condições de contrato mais actualizadas é, em princípio, suficiente alguns dias de trabalho de uma equipa de juristas e/ou outros peritos. E mais ainda. Na medida em que as condições contratuais gerais impostas aos clientes da empresa dão corpo a um regulamento mais analítico, exaustivo e claro do que o oferecido pelo direito dispositivo, elas removem motivos de incerteza e razões de controvérsia, em ordem à correcta administração da relação contratual, contribuindo, assim, para a prevenção dos litígios (e dos custos respectivos). E, depois, se litígios ainda assim surgirem, mais uma vez a predisposição e aplicação uniforme de uma certa disciplina da relação permitirá geri-los do modo mais racional e menos custoso para a empresa: com a introdução nos formulários, ou entre as condições gerais do contrato, de uma cláusula de derrogação da competência territorial (art. 28.º Cód. Proc. Civ.), a empresa consegue, de facto, que todas as controvérsias judiciais relacionadas com determinada categoria de operações e de relações venham a radicar-se num único foro (por ela pré-estabelecido), evitando, assim, aquela disseminação das causas pelos foros mais dispersos que a pura e simples aplicação das normas do código sobre competência territorial poderia determinar; e é supérfluo observar como a concentração dos assuntos legais numa sede única acarreta para a empresa uma economia de recursos, contribuindo para tornar o seu management, só por isso, mais racional.

Mas os contratos standard funcionam como factores de racionalização da gestão empresarial num sentido ainda mais relevante, que concerne à exigência de prever e calcular antecipadamente (com a maior aproximação) todos os elementos susceptíveis de figurar — quantificados — como activo ou passivo no balanço da empresa. Posto que, de facto, cada uma das cláusulas contidas nas condições gerais concerne a aspectos e modalidades das operações (tempo e modo de entrega, qualidade da prestação, prestações acessórias, garantias, etc.) que, em definitivo, concorrem para determinar o seu «custo», daí resulta que o conhecimento antecipado e pontual do conteúdo daquelas cláusulas — tornado possível justamente pela sua uniformidade e rigidez — traduz-se, para o empresário, numa maior possibilidade de calcular elementos destinados a incidir nos custos dos bens ou dos serviços que constituem objecto da relação contratual, e assim, de assentar em bases mais correctas o seu cálculo económico. Deste ponto de vista, assumem particular relevância as cláusulas de exclusão ou limitação da responsabilidade pelo incumprimento da empresa predisponente, que antecipadamente circunscrevem com precisão — e tornam por isso calculável — os riscos de gastos a que a responsabilidade ligada a cada categoria de negócios pode expor a mesma empresa.

Por todas estas razões, não há dúvida de que o emprego difundido de contratos standad constitui produto ineliminável da moderna organização da produção e dos mercados, na exacta medida em que funciona como decisivo *factor de racionalização e de economicidade da actuação empresarial*. Um resultado deste género é certamente desejável em si e por si. Mas para uma valoração complexiva do fenómeno, não se pode descurar que isto só se consegue com um preço muito grave: o de privar uma das partes de cada relação — em concreto, toda a massa de consumidores, adquirentes e utentes — de toda a possibilidade de real decisão e influência, em ordem à determinação do seu conteúdo, que acaba por lhes *ser imposto de forma unilateral*. (Falta assim, substancialmente, aquela liberdade de valoração e de escolha do consumidor que, nos postulados da teoria económica, constituiria

pressuposto necessário para um funcionamento racional dos mecanismos de mercado e da concorrência). Mas não só: deve acrescentar-se que grande parte das vezes, as empresas predisponentes fazem deste seu poder de determinação unilateral e arbitrário do conteúdo das relações contratuais, um *uso vexatório em prejuízo dos aderentes*; as cláusulas uniformes impostas a estes últimos são, em regra, conformadas de modo a realizar exclusivamente os interesses da empresa, garantindo-lhe vantagens a que correspondem, a cargo da contraparte, riscos, ónus e sacrifícios, bem mais gravosos do que aqueles que lhes deveriam caber, com base nas normas dispositivas, que como sabemos, tendem a actuar uma composição justa e equilibrada dos interesses em conflito (basta pensar no abuso que nos contratos standard se faz das cláusulas que excluem ou limitam a responsabilidade que por lei impenderia sobre o predisponente, anulando, assim, uma garantia essencial dos interesses do aderente).

Nestas hipóteses, de um certo ponto de vista, é possível falar, sem mais, de uma *restrição da liberdade contratual de uma das partes* da relação: no sentido em que ao aderente está, de facto, vedado o exercício de uma real autodeterminação, em ordem aos aspectos fundamentais em que se articula o poder de autonomia privada. Ele não é livre — como vimos — de discutir e contribuir para determinar o conteúdo do regulamento contratual; mas não é livre, sequer, na alternativa de contratar ou não contratar, porque quando a adesão ao contrato standard constitui o único meio de adquirir bens ou serviços essenciais e indispensáveis à vida de todos os dias, trata-se, na realidade, de uma escolha obrigada; e, muitas vezes, por fim, não é livre, nem mesmo na individualização do parceiro com quem contratar: isto acontece todas as vezes que tais bens ou serviços são oferecidos ao público por uma empresa em posição de monopólio.

Mas é necessário identificar bem a natureza de uma tal «restrição da liberdade contratual». A sua característica mais relevante consiste, na verdade, em tratar-se não já de uma restrição da liberdade contratual de ambas as partes, a estas imposta por uma fonte autoritária externa; trata-se, inversa-

mente, de restrição da liberdade contratual de só uma das partes da relação, a esta imposta pela contraparte, que se prevalece e abusa de uma sua posição de predomínio económico-social. O predisponente — contraente «forte» — longe de encontrar na prática dos contratos standard uma restrição dos seus poderes de autonomia privada, nela encontra, pelo contrário, um meio para expandir e potenciar o exercício de tais poderes. Por outras palavras, a liberdade contratual de uma das partes expande-se e potencia-se, por assim dizer, à custa da liberdade contratual da outra; e a substancial compressão da liberdade contratual desta última tem a sua causa directa no mais completo e não contrariado exercício da liberdade contratual que a contraparte, graças à sua posição economicamente dominante, tem o poder de desenvolver. Como bem se compreende, o caso é completamente diferente daqueles em que a restrição da autonomia privada emerge de vínculos formalmente impostos a ambos os contraentes por uma fonte que lhes é estranha, constituindo expressão do poder público: a lei, o juiz, a autoridade administrativa.

Aqui, a origem das restrições à liberdade contratual radica, ao fim e ao cabo, no próprio princípio da liberdade contratual (que legitima os operadores a enfrentarem-se no mercado — cada um com as suas posições de força, que não são, obviamente, iguais para todos — para negociar e retirar dos seus contratos o máximo de proveito individual, ainda que isso se traduza numa substancial e injusta prevaricação, em prejuízo da contraparte). O paradoxo é somente aparente: descrevendo a «natural» evolução dos mercados capitalistas do sistema de livre e «perfeita» concorrência, para o sistema das concentrações e dos monopólios — negador do princípio concorrencial mas em definitivo por este gerado — já no século passado os observadores mais atentos faziam notar que «a concorrência destrói-se a si própria»; analogamente pode dizer-se que «a liberdade contratual destrói-se a si própria», determinando a sua própria negação.

3.3. As relações de trabalho subordinado e a contratação colectiva

Os fenómenos particulares de restrição da liberdade contratual indicados nas páginas precedentes registam-se sempre que as partes da relação se encontram, relativamente ao objecto daquela, em posições de força económico-social desigual (e por isso de desigual «poder contratual»), que permitem ao contraente «forte» impor a sua vontade unilateral ao contraente «débil», o qual é constringido a acatá-la.

O exemplo mais importante, no plano histórico e social, deste tipo de situações é fornecido pela relação entre dadores de trabalho e trabalhadores subordinados. A condição dos operários fabris e dos outros trabalhadores dependentes (não só homens adultos, mas também mulheres e crianças) na época da revolução industrial e durante todo o século passado é demasiado cohecida para que se torne a insistir nas misérias materiais e morais que ela comportava. É um facto que, por razões ligadas à sua própria subsistência física, na conclusão do contrato de trabalho, os trabalhadores se encontravam ao inteiro dispor do empresário, que podia determinar o seu conteúdo de forma completamente arbitraria e em conformidade com os seus próprios interesses. Aqueles não tinham qualquer possibilidade de se opor e modificar as condições mais duras da relação (em termos de níveis retributivos, horário, higiene e segurança do ambiente de trabalho, etc.) que a contraparte lhes impunha, tendo, assim, de suportar todas as suas pretensões, ainda que para eles ruinosas: como por exemplo aquela pela qual uma parte substancial do salário podia ser paga em «bónus» só aplicáveis dentro dos espaços da empresa (o chamado *truck system*), ou mediante o direito de habitar em casas miseráveis e insalubres, colocadas à sua disposição pelo dador de trabalho (o chamado *cottage system*). Além disso, muitas vezes as condições do contrato não eram, sequer, conhecidas pelo trabalhador: tal acontecia, em regra, com aquelas prescrições — inerentes à disciplina da fábrica e as respectivas sanções impostas ao trabalhador — que davam corpo ao «regulamento da fábrica» e que o mesmo trabalhador,

concluindo o contrato, implicitamente aceitava em bloco e se obrigava, sem conhecer, a respeitar.

Assim, a sua situação económico-social deteriorada despojava, *de facto*, o trabalhador, de todas as possibilidades de real exercício da liberdade contratual; e, no entanto, ele era *formalmente livre* de concluir ou não concluir o contrato de trabalho e de determinar o seu conteúdo, e, concluindo-o, ele exercia formalmente poderes de autonomia contratual em posição de *igualdade formal* com a contraparte (*ideologia* da liberdade contratual: cfr. *retro*, cap. I, 3.2.-3.3.); ficava, portanto, legalmente vinculado àquele contrato. Como escreve Engels em *A situação da classe operária em Inglaterra* (1845): «E como é a sua condição dentro da fábrica! Aí o industrial é o legislador absoluto. Emanam regulamentos da fábrica segundo o seu arbítrio; muda e acrescenta parágrafos ao seu código, como lhe apetece; e mesmo que introduza as cláusulas mais absurdas, o juiz diz ao operário: «você era livre de decidir, não devia ter aceitado tal contrato, se não o queria; mas agora que se lhe sujeitou espontaneamente, deve respeitá-lo»; e assim o operário tem de suportar o escárnio do juiz, que é um burguês, e da lei, imposta pela burguesia».

Desde o princípio, em regra, as condições de trabalho unilateralmente impostas pelo patrão-empresário aos seus subordinados tinham a característica da *uniformidade*: as mesmas idênticas condições eram praticadas em todas as relações de trabalho subordinado de cada empresa. Uma tal homogeneidade de tratamento correspondia a uma opção do empresário, e era funcional aos seus interesses, enquanto destinada a promover uma mais racional organização e gestão da sua empresa: escrevendo nos primeiros anos do século, um jurista italiano observava que «as exigências da grande indústria e do sistema de fábrica... impõem que a numerosos grupos de operários se apliquem as mesmas normas, por força da identidade de natureza e de duração do trabalho» (Messina). Por uma espécie de vingança histórica, o mesmo princípio da uniformidade e homogeneidade das condições contratuais de trabalho para todos os pertencentes a um mesmo sector ou a uma mesma empresa — inicialmente operante em exclusiva

função dos interesses patronais — deveria mais tarde ser fundamento do sistema de contratação colectiva, no qual as classes trabalhadoras haveriam de encontrar o instrumento para opor-se à prepotência dos empresários, tutelar os seus interesses materiais e morais, elevar as suas condições de trabalho e de vida.

Tal começou a verificar-se — de modo lento, penoso, contraditório e diversificado de país para país — em simultâneo com o nascimento e o desenvolvimento do *associativismo operário* (que no nosso país remonta à segunda metade do século passado). Inicialmente reprimida com sanções penais, depois (a partir do código Zanardelli de 1890) penalmente lícita, ainda que de facto combatida e hostilizada de várias formas, a prática dos trabalhadores de reunir-se e organizar-se em associações — os sindicatos — destinados a tutelar os interesses dos seus membros nas relações e nos conflitos que os opunham aos dadores de trabalho, haveria, de facto, de constituir o pressuposto necessário para o nascimento e a expansão das práticas de *contratação colectiva*. Associando-se e organizando-se, na verdade, os trabalhadores colocavam-se — relativamente à contraparte patronal — em posições de força (e, portanto, de poder contratual), muitíssimo superiores àquelas de que teria podido desfrutar cada trabalhador singular que se apresentasse a contratar isoladamente com o empresário a sua relação de trabalho individual. E novas posições de força contratual — crescentes com o aumento, em geral, da força e da experiência do movimento operário organizado, e apoiada, concretamente pelo exercício da greve (tornada penalmente lícita, também ela, a partir de 1890) — passaram a ser utilizadas sobretudo para conseguir, dos empresários, salários mais elevados e melhores condições de trabalho.

O instrumento desta acção é o *contrato colectivo de trabalho*. Nas origens, todo ele se centrava na questão salarial, tendo como objectivo exclusivo ou prevalente o de fixar níveis retributivos mínimos (chamados «mínimos contratuais»): e, de facto, a sua denominação inicial era, na linguagem corrente, «acordo de tarifa». Só mais tarde o seu conteúdo se enriqueceu em temas e questões, que vão para além da pura e simples

questão do salário, alastrando-se à condição complexa do trabalhador na fábrica e mesmo fora dela. Em qualquer caso, seja qual for o conteúdo, o contrato colectivo caracteriza-se por uma função essencial, que constitui a sua razão de ser: a *função normativa*. No universo dos conceitos jurídicos, na realidade, o contrato colectivo enquadra-se na categoria de *contrato normativo*, do qual constitui o exemplo mais importante. O contrato normativo consiste no facto de, através dele se determinar, de modo vinculante para as partes, as condições que as mesmas partes serão obrigadas a inserir nos contratos singulares futuros que eventualmente venham a ser concluídos entre elas ou com terceiros (é contrato normativo, por exemplo, o concluído entre vários empresários de um ramo industrial que se obrigam reciprocamente a praticar, na venda ao público dos seus produtos, um preço não inferior a um nível acordado, ou a não conceder aos clientes determinadas formas de garantia, etc.). A função do contrato normativo é, em suma, a de pré-determinar, em geral e abstracto, o conteúdo que deverá ser recebido numa série de contratos singulares concretos, que as partes do contrato normativo poderão de futuro concluir. E a função do contrato colectivo de trabalho — do qual são partes a organização sindical dos trabalhadores, por um lado, e, por outro, a organização dos empresários, ou então só um empresário — é, justamente, a de *fixar, de modo juridicamente vinculante, as retribuições mínimas e as outras condições que deverão ser obrigatoriamente observadas, na conclusão de cada um dos contratos individuais de trabalho* entre os empresários que participaram no acordo e os seus subordinados: de facto «os contratos individuais de trabalho entre os pertencentes às categorias às quais se refere o contrato colectivo, devem adequar-se às disposições daquele», e «as cláusulas dos contratos individuais que com aquele estejam em desacordo são substituídas, automaticamente, pelas do contrato colectivo, salvo se contiverem condições especiais mais favoráveis aos prestadores de trabalho» (art. 2077.º Cód. Civ.).

O problema que, deste ponto de vista, se coloca, e que constituiu, historicamente, o núcleo essencial das vicissitudes

da contratação colectiva no nosso país, é o seguinte: *até onde se estende a eficácia normativa do contrato colectivo?* Mais precisamente: quais os trabalhadores que têm o direito de considerar-se «abrangidos» pelo contrato colectivo, e podem, por isso, exigir que sejam aplicadas as condições deste aos respectivos contratos individuais? Na origem do instituto, a eficácia do contrato colectivo considerava-se rigorosamente circunscrita *apenas aos trabalhadores inscritos no sindicato* que o tivesse estipulado. Considerava-se, então, a *representação* (implicitamente conferida pelos trabalhadores ao sindicato no momento das suas adesões) como o mecanismo jurídico através e por força do qual, as condições fixadas no contrato colectivo concluído pelo sindicato seriam directamente eficazes para cada trabalhador; daí resultava, de facto, que aquelas condições não podiam, de por si, ter aplicação nos contratos individuais dos trabalhadores que, por não estarem inscritos no sindicato estipulante, permaneciam excluídos da operatividade daquele mecanismo de representação. Mas uma tal solução não podia considerar-se satisfatória. A organização sindical e a contratação colectiva podem, realmente, funcionar como instrumento de defesa dos interesses da classe trabalhadora apenas na medida em que os efeitos da acção sindical e, em particular, a eficácia dos contratos colectivos respeitem, tendencialmente, a *todos os trabalhadores* empregados no sector de que se trata (a todos os contratos individuais de que estes são parte). A procura, a descoberta e a actuação de mecanismos jurídico-institucionais capazes de assegurar este objectivo devia, por isso, representar um capítulo fundamental na história do instituto.

O *regime fascista* conseguiu um resultado deste tipo, estabelecendo, com a lei n.º 563, de 3 de Abril de 1926, a eficácia «erga omnes» (isto é, relativamente a todos os trabalhadores do sector) dos contratos colectivos estipulados para cada sector pelas correspondentes organizações sindicais. Só que, simultaneamente, suprimiam-se a liberdade e o pluralismo sindicais, prevendo-se a constituição, para cada categoria profissional, de um só sindicato «oficial», submetido a pesadíssimos controlos e ingerências do poder público e, na prá-

tica, absorvido pelo aparato administrativo e reduzido a órgão do estado: a função própria do sindicato e da contratação colectiva era, assim, distorcida ou prejudicada, porque, na ausência de liberdade de organização e acção sindical, aqueles não podem funcionar como instrumentos de tutela efectiva dos interesses dos trabalhadores. Como é sabido, um sistema de liberdade e pluralismo sindical é, ao invés, consagrado pela *Constituição* republicana (art. 39.º) como fundamento da eficácia generalizada dos contratos colectivos: mas, por razões várias, aquele sistema não pôde ser actuado, e a sua actuação não parece hoje razoavelmente imaginável. Na falta de um ordenamento geral por efeito do qual aos contratos colectivos fosse, de qualquer modo, conferida eficácia «erga omnes» (fala-se, a este respeito, de «contratos colectivos de direito comum»), o legislador sentiu, por volta do final dos anos cinquenta, necessidade de intervir, para fazer com que os benefícios constantes dos contratos colectivos encontrassem aplicação, também, aos trabalhadores não inscritos nas organizações sindicais estipulantes: isto foi feito através de uma *autorização legislativa* (lei n.º 741, de 15 de Julho de 1959), que autorizava o governo a emanar decretos destinados a «garantir mínimos de tratamento económico e normativo aos trabalhadores», inserindo nos artigos destes, as cláusulas dos contratos colectivos dos vários sectores, às quais se conferia, assim, força e valor de normas legais, aplicáveis a todos. Mas a experiência durou pouco, porque a lei que prorrogava a delegação ao governo (lei n.º 1027, de 1 de Outubro de 1960) foi declarada inconstitucional, na medida, em que, através dela, tendia a perpetuar-se um sistema que, correspondendo a um modelo completamente diverso do prefigurado no art. 39.º da *Constituição*, só excepcional e transitoriamente podia justificar-se.

Inatingido pelo legislador, o objectivo de uma extensão substancial, também aos trabalhadores não inscritos no sindicato, das previsões do contrato colectivo foi, em larga medida, realizado por obra da jurisprudência, que para o garantir, recorre a diversas argumentações jurídicas. Em presença de contratos individuais de trabalho (com trabalhadores não inscritos) que estabelecem uma retribuição inferior à fixada

pelo contrato colectivo, os juízes afirmam, por exemplo, que a cláusula respectiva é nula por contrariedade com o princípio da retribuição «justa e suficiente», constante do art. 36.º da *Constituição*; que a lacuna assim criada no regulamento contratual pode ser colmatada com o exercício dos poderes de determinação judicial, atribuídos pelo art. 2099.º c. 2 Cód. Civ. («na falta... de acordo entre as partes, a retribuição é determinada pelo juiz»); que para determinar, em concreto, o nível de retribuição «justa e suficiente» a aplicar à relação trazida a juízo, se deve referenciá-la aos níveis estabelecidos no contrato colectivo do sector. Trata-se — de um ponto de vista substancial, se não formal — do mecanismo de *substituição automática* de cláusulas e preços, previsto no art. 1339.º Cód. Civ.: aqui, as «normas» introduzidas em via substitutiva são as previsões do contrato colectivo. Por outro lado, reconhece-se a estas previsões eficácia e aplicabilidade «erga omnes» sustentando que, pelo facto de serem genericamente reconhecidas, observadas e praticadas no âmbito do respectivo sector, adquiriram valor de verdadeiros e próprios *costumes*, dotados, enquanto tais, de autêntica força normativa. Segundo um modelo de argumentação ainda diferente, mas com a mesma finalidade, é por vezes observado que os sindicatos que estipulam o contrato colectivo agem não só em representação dos próprios inscritos, mas em tutela dos interesses de todos os trabalhadores do sector: o contrato colectivo configurar-se-ia então como *contrato a favor de terceiros* (art. 1411.º Cód. Civ.), com base no qual os empresários assumem a obrigação de conformar segundo as suas previsões, também os contratos individuais com os trabalhadores não inscritos no sindicato (e, por isso, «terceiros» relativamente a este), que adquirem os direitos e pretensões correspondentes.

O conteúdo do contrato colectivo não se esgota, em regra, na sua *parte «normativa»* (que é aquela, até agora considerada, atinente à predeterminação, por forma geral, das condições de cada contrato individual de trabalho). Encontramos, a par desta, uma *parte «obrigatória»*, mais ou menos extensa: aí se compreendem cláusulas, nas quais as partes do contrato colectivo assumem obrigações, directa e imedia-

tamente, eficazes entre si. Com o desenvolvimento da força, da influência, do papel do movimento sindical organizado, as partes «obrigatórias» dos contratos colectivos tendem a assumir, como veremos, importância crescente.

A experiência da contratação colectiva oferece, assim, um exemplo bastante peculiar de resposta e reacção a fenómenos de prevaricação contratual consumada por partes económica e socialmente «fortes» em prejuízo das partes económica e socialmente «débeis» (e por isso defraudadas, de facto, na sua liberdade contratual). A peculiaridade do exemplo consiste no facto de aquela resposta e aquela reacção terem nascido e se terem desenvolvido *sobre o próprio terreno da autonomia privada*, no qual se haviam produzido os fenómenos a combater. As posições de força contratual próprias das partes do contrato de trabalho, no passado tão gravemente desproporcionadas, encontraram um substancial reequilíbrio (e assim o conteúdo daquele contrato perdeu as conotações originais de prevaricação e vexatoriedade) não já por efeito principal de intervenções autoritárias externas do poder público, mas sim mediante uma transformação interna dos pressupostos e dos mecanismos da contratação: sempre, pois, numa lógica de exercício da autonomia contratual.

O exercício da autonomia contratual conhece, porém, formas novas e diferentes: não já autonomia individual, mas *autonomia colectiva*. É justamente esta transformação radical das modalidades do seu exercício, que permitiu ao princípio da autonomia privada converter-se de instrumento de domínio e opressão social em instrumento de emancipação e progresso dos trabalhadores. Nesta perspectiva, assim como se disse que em muitos aspectos a liberdade contratual acabou por devorar-se a si mesma, com referência às vicissitudes da contratação colectiva das relações de trabalho subordinado, podemos dizer que a liberdade contratual soube regenerar-se a si própria: neste sector, a liberdade contratual, substancialmente negada enquanto o seu exercício se continha nas formas da autonomia individual, é — através do exercício da autonomia colectiva — substancialmente repristinada e recuperada a um nível mais alto.

3.4. As restrições da liberdade contratual e as intervenções do legislador

Numa análise que respeite ao quadro complexo dos fenómenos de prevaricação contratual, determinados pelo desequilíbrio das posições de força económico-social das partes contratantes, as vicissitudes da contratação colectiva das relações de trabalho não podem ser absolutizadas e generalizadas indevidamente. O modelo de solução afirmado neste âmbito — uma recuperação da «contratualidade» sobre bases diversas, mas sempre sobre o terreno da autonomia privada — não quer dizer que possa funcionar com o mesmo sucesso também noutros sectores. Aliás, a experiência pareceria provar o contrário. Nas relações entre empresários e trabalhadores subordinados, na verdade, aquele tipo de solução tornou-se possível por força de um reequilíbrio substancial das posições de poder contratual das partes, por sua vez determinado pela formação e pelo desenvolvimento de um movimento sindical organizado, a cujas reivindicações e iniciativas oferecia sustentáculo decisivo a arma da greve. Onde faltem estas condições, faltam os próprios pressupostos para que possa realizar-se aquela recuperação da «contratualidade» num pé de igualdade substancial entre as partes contrapostas do contrato.

Em casos do género, o remédio, consiste, então, em regra, numa *intervenção autoritária externa do poder público* — geralmente do legislador — que reage às restrições ou à expropriação *de facto* da liberdade contratual das «partes débeis», restringindo, por sua vez, mas com prescrições normativas *formais*, a liberdade contratual das «partes fortes» do contrato, pois já sabemos que é o exercício da liberdade contratual dos contraentes em posição de superioridade económica e social a causar directamente a supressão da liberdade contratual dos contraentes em posição económica e socialmente deteriorada.

Muito significativo, a este respeito, é o exemplo dos *contratos standard*. Entre quantos se têm ocupado do fenómeno numa perspectiva de política do direito, com o fim de procurar instrumentos capazes de oferecer tutela real ao

público dos consumidores e dos utentes, expostos — nas suas vestes de «aderentes» — a suportar as condições contratuais uniformes elaboradas, unilateralmente, pelas empresas no seu próprio interesse, existe consenso, quase absoluto, sobre um ponto: não é realista — como a frustração das tentativas até agora realizadas demonstra — estabelecer uma estratégia de defesa dos «aderentes», apoiada exclusiva ou prevalentemente na constituição de «organizações de consumidores», que desempenhem o papel de «contraparte» das empresas predisponentes e «negoceiem» com estas o conteúdo dos futuros contratos standard que venham a ser concluídos com cada um dos adquirentes e utentes. Uma tal caricatura da contratação colectiva das relações de trabalho subordinado não parece fazer muito sentido: saliente-se que — como é por demais óbvio — diversamente dos trabalhadores, os consumidores não representam uma «classe», antes constituindo, presentemente, uma massa escassamente agregada de sujeitos portadores de interesses não homogêneos, e que, por isso, não é fácil organizar numa «contraparte» capaz de fazer face às empresas produtoras de bens e serviços (até porque lhe faltaria a possibilidade de sustentar as reivindicações dos «aderentes» com instrumentos de eficácia comparável à da greve); mas é sobretudo a experiência — não só italiana — a documentar que as associações de consumidores dificilmente chegam a atingir uma força organizativa suficiente para constituir um «contrapoder» adequado ao sistema das empresas, assim como o sindicato o constitui relativamente aos dados de trabalho (quando não a legitimar a dúvida de que estas nem sempre dispõem, para tal fim, da necessária independência e imunidade às influências que sobre as suas iniciativas podem, variadamente, ser exercidas pela «contraparte» empresarial).

Não sendo, assim, imaginável uma solução modelada sobre o exemplo da contratação colectiva — e, por isso, coerente com o princípio da autonomia privada (embora exercitada nas formas da autonomia colectiva) —, a resposta não pode deixar de consistir numa intervenção do legislador, que se sobreponha à autonomia privada dos contraentes, para tutelar a parte «débil» da relação. Acontece, por isso, que,

cada vez mais frequentemente, se prefiguram, nos diversos ordenamentos, formas de «controlo legislativo» dos contratos standard.

Também o ordenamento italiano conhece normas expressamente destinadas a disciplinar o fenómeno dos contratos concluídos com remissão para condições gerais predispostas, ou através da subscrição de modelos ou formulários: além do art. 1370.º cód. civ. que — como já tivemos ocasião de assinalar (*retro*, cap. III, 3.2.) — codifica o princípio da «interpretatio contra stipulatorem», devem referir-se as normas dos arts. 1341.º e 1342.º Cód. Civ. O art. 1341.º c. 1 Cód. Civ. coloca um limite à eficácia das «condições gerais do contrato predispostas por um dos contraentes», estabelecendo que estas só vinculam o aderente «se, no momento do contrato, este as conhecia ou deveria conhecê-las usando a diligência normal». Destinada, na intenção do legislador, a tutelar a parte «débil» do contrato, esta regra parece, no entanto — pela análise da jurisprudência — ter pouquíssimas aplicações práticas; e as poucas sentenças nela baseadas, tendem a interpretá-las num sentido muito mais favorável aos interesses do predisponente do que aos do aderente: tal acontece porque os juizes, frequentemente, tendem a substituir indevidamente ao requisito do «dever de conhecimento», fixado na norma, aquele — muito menos rigoroso — de uma material «possibilidade de conhecimento» (daí que uma recente sentença tenha considerado vinculantes para o aderente, enquanto por ele «cognoscíveis», no sentido do art. 1341.º, c. 1, Cód. Civ., as próprias condições gerais da participação numa viagem organizada pela agência turística, afixadas nos prospectos publicitários dessa mesma agência).

De muito mais difundida aplicação é a norma constante do segundo «comma» do art. 1341.º Cód. Civ. Esta individualiza uma série de cláusulas particularmente prejudiciais para os interesses do aderente, e, ao contrário, vantajosas para as empresas predisponentes, que, justamente por isso, costumam inseri-las com grande frequência entre as suas condições gerais ou nos seus modelos de contrato: e estatui que essas cláusulas (chamadas *cláusulas vexatórias*) não têm efeitos, se não forem

especificamente aprovadas por escrito» pelo aderente. O escopo da norma é, evidentemente, o de tutelar o aderente, chamando — com a exigência da *específica aprovação escrita* das cláusulas para ele perigosas — a sua atenção e a sua avaliação crítica sobre o conteúdo das obrigações que se propõe assumir (formalismo «de protecção»). Mas este escopo só é atingido numa ínfima parte. A experiência demonstra, de facto, que aquele requisito se resolve na simples aposição, sobre o documento contratual preformulado, de uma segunda assinatura, que o aderente apõe com a mesma condescendência distraída com que subscreve, aceitando-o passivamente em bloco, o modelo predisposto pela empresa; parece, assim, legítimo perguntar como é que ele favorece, na realidade, os interesses do «contraente débil», ao colocá-lo (abstractamente) em situação de conhecer e avaliar cláusulas que — por inexperiência, ignorância da lei, preguiça, hábito ou conformismo — provavelmente não quererá ou não saberá de toda a maneira apreciar de modo adequado, nem discutir eficazmente com a contraparte. E de resto, mesmo a admitir que o requisito da específica aprovação escrita favoreça, verdadeiramente, a reflexão consciente do aderente, é muito duvidoso que isso, de per si, equivalha a oferecer uma tutela real e incisiva a massas de consumidores e utentes que — pela sua posição de mercado e as relações de força contratual que estabelecem com as empresas predisponentes — em grande número dos casos têm, *de qualquer maneira*, de aceitar as condições uniformes, sob pena da renúncia ao bem ou ao serviço oferecido pela empresa.

Neste sentido, é legítimo concluir que a intervenção do legislador italiano de 1942 em relação à matéria dos contratos standard foi uma intervenção de todo insuficiente e inadequada, que não logrou garantir a necessária tutela aos contraentes prejudicados e impedidos de exercer a sua liberdade contratual, por obra de contrapartes em posição de predomínio económico e social. Observando realisticamente o fenómeno, o problema de uma tal tutela parece, na verdade, consistir não tanto na identificação de meios idóneos a estimular a atenção e a favorecer o conhecimento do aderente (como pressupostos da sua — utópica ou pelo menos largamente impra-

ticável — autotutela), como no *assegurar, com instrumentos legais de eficácia mais directa, que o conteúdo das condições que lhe são impostas, não viola determinados critérios de equidade, razoabilidade e justo respeito dos seus interesses*: o que se obteria declarando, sem mais, *inválidas* as cláusulas standard unilateralmente predispostas que não se conformassem com tais critérios. E é justamente esta a orientação — uma orientação de restrição formal da autonomia privada e da liberdade contratual por acção do legislador — que é privilegiada no âmbito dos ordenamentos em que, concretamente, se pôs o problema de um controle legislativo dos contratos standard e de uma tutela não fictícia dos aderentes: assim, sobretudo, em Israel, na Suécia e na Alemanha.

A tendência dos legisladores — crescente nestes últimos anos — para intervir com prescrições expressamente destinadas a contrariar os fenómenos de prevaricação contratual, com a técnica das cláusulas standard, pelas empresas predisponentes, em prejuízo dos consumidores aderentes, constitui um aspecto de um processo mais geral, que caracteriza o modo de ser contemporâneo do contrato e do direito dos contratos, e as suas transformações relativamente à imagem «clássica» consagrada pela tradição do século XIX. É o processo que se traduz na *extensão das intervenções legislativas* — com as quais se ditam prescrições vinculantes em relação ao conteúdo e ao funcionamento das relações entre os sujeitos privados, e por isso se limita, de forma decisiva, a autonomia contratual destes — *a sectores cada vez mais numerosos e importantes da vida económico-social, antes confiados à livre contratação de mercado*.

No nosso ordenamento o exemplo talvez mais significativo, entre muitos, é oferecido por uma matéria tão importante como a da *locação urbana*: um exame da legislação vinculística — inaugurada em 1915, embora com uma providência de natureza circunscrita, e de tempos a tempos renovada e tornada mais incisiva com uma série de providências praticamente ininterrupta até hoje — permite afirmar que, desde aquela data, «a Itália nunca mais teve uma plena liberalização das contratações no sector da locação dos imóveis urbanos»,

porque este sector «da primeira guerra mundial em diante... sempre se tem mostrado necessitado duma intervenção legislativa, cujo conteúdo tem sido o da limitação dos poderes do locador, seja no sentido da prorrogação coactiva das locações, seja no sentido da limitação das rendas» (Rodotà). E parece iminente a publicação de medidas legislativas destinadas a substituir as intervenções realizadas através da sucessão de leis prorrogatórias do bloqueamento (intervenções fragmentárias, não assistidas por uma coerente visão de conjunto, e, por isso insatisfatórias e não raro fonte de substanciais injustiças) por uma disciplina do sector mais organizada, fundada, antes, na ideia de que o correspectivo das locações está subtraído à livre contratação entre proprietários e inquilinos, sendo determinado, ao invés, pela aplicação de parâmetros objectivos estabelecidos preventivamente por via autoritária («equo canone»). Intervenções análogas do legislador registam-se, por outro lado, na matéria dos *contratos agrários* (cfr. as leis n.º 756 de 15 de Setembro de 1964 e n.º 11 de 11 de Fevereiro de 1971), e na própria matéria das *relações de trabalho subordinado*. É verdade que a tutela fundamental da posição e dos interesses contratuais dos trabalhadores se realiza, como vimos, através do exercício dos poderes de autonomia (colectiva), mas isso não exclui uma intervenção paralela e complementar do legislador, destinada a defender aquela posição e aqueles interesses, também com medidas autoritárias e de eficácia geral (pense-se, para dar alguns exemplos, nas leis n.º 230 de 18 de Abril de 1962 sobre contrato de trabalho por tempo determinado; n.º 604 de 15 de Julho de 1964 em matéria de despedimentos; n.º 300 de 20 de Maio de 1970, que codifica o «estatuto dos trabalhadores»; de 30 de Dezembro de 1971 sobre a tutela das mães trabalhadoras; n.º 877, de 18 de Dezembro de 1973, sobre a tutela do trabalho ao domicílio): é a chamada «legislação de suporte». Sublinhe-se que a generalidade destas intervenções legislativas, e as restrições da liberdade contratual que elas introduzem, são destinadas à defesa de uma das partes do contrato, em razão da sua inferioridade de força económico-social em relação à outra:

recorde-se o que se dizia a propósito da «ordem pública de protecção» (*retro*, cap. III, 3.4.).

Tem vindo a falar-se, em relação a estas intervenções do legislador, de *limitações da liberdade e da autonomia contratual*; e de limitações da liberdade e da autonomia contratual se tinha falado, também, a propósito de fenómenos como o da imposição unilateral aos consumidores de cláusulas standard predispostas pelas empresas. Mas é agora altura de esclarecer que a mesma expressão alude, nos dois casos, a *hipóteses radicalmente diversas*: ali tratava-se da *restrição, de facto, da liberdade contratual da «parte débil», determinada pelo exercício prevaricatorio da liberdade contratual por obra da «parte forte»* (onde se dizia que a liberdade contratual acaba por negar-se a si mesma); aqui trata-se, ao invés, da *restrição formal da liberdade contratual de ambas as partes (mas em concreto da «parte forte») realizada pelo legislador, com prescrições juridicamente vinculantes, em defesa da «parte débil»*: daí poder dizer-se que a liberdade contratual é, num certo sentido, formalmente negada ou circunscrita, justamente para restituir a sua substância à parte a quem, de facto, tinha sido negada.

Como se assinalava, a expansão das intervenções normativas, destinadas a incidir autoritariamente sobre as relações contratuais entre os sujeitos privados — talvez o traço mais relevante da evolução sentida pelo instituto na época moderna — representa, como costuma dizer-se, uma linha de tendência histórica, da qual não é realista imaginar possibilidade de inversão. E o progredir desta tendência é assinalado não só pelo ampliar-se dos sectores de relações sociais que formam objecto de tais intervenções, mas também pelo *multiplicar-se das fontes legitimadas* a ditar prescrições limitativas da autonomia privada. Assim, existem *leis regionais* que, em consideração ao mau ano agrícola de determinadas culturas agrárias, prevêm a redução das rendas devidas pelo arrendatário-cultivador ao proprietário-senhorio, com base no contrato agrário estipulado entre estes (o Tribunal Constitucional reconheceu a legitimidade de tais intervenções, posto que estas sejam justificadas por particulares razões de necessidade,

tenham natureza transitória, e que o legislador regional se atenha aos critérios enformadores da legislação estatal). E ainda, a partir do momento em que aos *regulamentos da Comunidade Económica Europeia* deve reconhecer-se eficácia e aplicabilidade directa no nosso ordenamento, também nestes se identifica uma nova fonte de possíveis intervenções normativas sobre relações contratuais privadas (operante sobretudo em matéria de comércio dos produtos agrícolas).

O fenómeno da ingerência crescente do legislador nos contratos dos sujeitos privados, tem de ser apreciado realisticamente, pelos objectivos que ela, em concreto, prefigura, e pelos efeitos que, em concreto, produz, sem perigosas simplificações ou generalizações arbitrárias. É necessário, ainda, reforçar, em geral, pelo menos dois pontos. O primeiro é este: seria errado partir de uma contraposição abstracta entre «público» e «privado», e impedir qualquer intervenção legislativa no campo da realização do «interesse público», mediante o sacrifício do «interesse privado»; é, ao invés, necessário distinguir entre intervenções e intervenções, e, concretamente, individualizar, caso a caso, os interesses que, por seu intermédio, se querem prosseguir, as categorias ou os grupos sociais que com ela se querem favorecer, já que, como qualquer medida legislativa, também as de controlo e limitação da actividade contratual privada pode corresponder a *políticas económico-sociais muito diferentes entre si*. O segundo ponto que parece oportuno sublinhar é o seguinte: controlo legislativo, com fins sociais, dos contratos entre sujeitos privados não significa, sem mais, controlo, com fins sociais, das actividades económicas privadas; o contrato é, de per si, um *acto* isolado, enquanto que a *actividade* resulta de uma série de actos, eventualmente de diversa natureza, coordenados e finalizados a um objectivo comum; portanto, a actividade (económica) pode pressupôr um ou mais contratos, mas não se esgota nestes; controlar os contratos das empresas é, por isso, condição muitas vezes necessária, mas quase sempre insuficiente para um controlo efectivo da complexa actividade empresarial.

4. OS NOVOS PAPÉIS DO CONTRATO

4.1. «Declínio» ou «relançamento» do instrumento contratual?

Os fenómenos que sumariamente descrevemos, indicando-os como os aspectos salientes da súbita transformação, na época moderna, do contrato e do direito dos contratos, são complexos, e reflectem *tendências, não raro contraditórias*. É por isso extremamente difícil abarcar estes processos de transformação dentro do rigor de uma fórmula interpretativa absolutamente *abrangente*, que, por si só, individualize e exprima o seu sentido. E a questão — hoje frequentemente discutida — de saber se a sociedade e o direito contemporâneos conhecem um declínio ou antes um relançamento do papel da autonomia privada e do contrato, seu instrumento fundamental, não parece susceptível de respostas unívocas. Alguns dos fenómenos a que aludimos parecem, de facto, assinalar uma redução objectiva da área de incidência e da importância do contrato enquanto instrumento de mediação social, assim como existem outros fenómenos, que parecem, inversamente, dilatar e exaltar o seu papel; e por vezes um mesmo fenómeno parece partilhar, contraditoriamente, de ambas as tendências.

Consideremos, por exemplo, as chamadas «relações contratuais de facto», isto é, aquelas hipóteses em que uma relação socialmente relevante é, sem mais, elevada à dignidade de relação jurídica, que, por sua vez, é tratada pelo direito segundo a disciplina própria das relações contratuais (ainda que nelas seja duvidosa a existência de uma autêntica, e válida, declaração contratual). Por um lado, num fenómeno como este, pareceria poder encontrar-se sinais de um declínio do contrato: trata-se, na realidade, da multiplicação de situações, em que existem transferências de riqueza, operações económicas verdadeiras e próprias, que não se formalizam naquele modelo da troca de declarações de vontade, no qual estamos habituados a identificar o contrato. Mas se se partir de um ponto de vista diverso, a argumentação pode ser legitimamente invertida. Entretanto, diga-se que, adoptando um conceito menos

rígido de «troca de declarações de vontade», podemos encontrar em muitas das situações de «contacto social», que dão lugar às relações contratuais de facto, os elementos de um modelo legal de formação do contrato (*retro* 2.2.). Mas ainda que se parta da premissa de que aquelas situações não integram verdadeiros e próprios contratos (válidos), o fenómeno acaba, ainda assim, por denunciar uma substancial expansão da área de incidência do instituto: posto que aquelas são tratadas juridicamente como contratos, bem pode dizer-se que a disciplina do direito contratual conquista novos territórios, atraindo para a sua esfera — e deste modo jurisdicizando — fattispécies que, em rigor, deviam estar fora do domínio do direito, e, particularmente, do domínio do direito dos contratos.

As «ambiguidades», sob o prisma que estamos a examinar, dos processos de transformação do contrato podem ser detectadas ainda num plano mais geral. Observou-se como a progressão da organização económica capitalista, o crescimento do sistema das empresas e, em particular, os desenvolvimentos da produção, da distribuição e dos consumos de massa, determinaram fenómenos que, de alguma forma, trazem o sinal de um indiscutível declínio do papel do contrato, entendido como instrumento de uma consciente, livre e paritária auto-determinação da própria esfera económica. Pense-se nas relações entre empresas produtoras de bens ou serviços e a massa dos consumidores, governadas não já por um princípio de discussão aberta e de ajustamento equilibrado de interesses contrapostos, mas pela imposição unilateral de um regulamento predisposto por uma das partes, a que a outra mais não faz do que oferecer a sua mecânica «adesão» (donde se compreende que toda uma corrente de pensamento tenha sido induzida a negar aos instrumentos da contratação estandardizada natureza de «contrato», para lhes atribuir diversamente natureza de «normas», embora impostas por um sujeito privado a outro sujeito privado). Ou então pense-se nas relações de trabalho subordinado, que, por muito tempo, encontraram a sua disciplina na «lei de fábrica» ditada pelos padrões muito mais do que pelo real concurso da vontade de ambas as partes. São todas situações — é caso para dizer — em que

existe muito pouco de «contratual». Mas, por outro lado, sabemos que precisamente esses factores de evolução da estrutura económica determinaram — por necessidade histórica — o nascimento e o desenvolvimento de um movimento dos trabalhadores cada vez mais amplo, organizado, consciente da sua força e dos seus direitos e decidido a reivindicá-los, criando, deste modo, a premissa para a recuperação de uma mais autêntica «contratualidade» e para o relançamento — em formas novas, já não individuais — da autonomia privada, que vimos realizar-se com a praxe da contratação colectiva.

Esta *recuperação de «contratualidade»* e este relançamento da autonomia privada fizeram-se sentir, inicialmente, na medida do salário e nas outras condições do contrato de trabalho (parte «normativa» dos contratos colectivos). Mas com o crescimento da força, da autoridade e da influência das organizações sindicais, sobretudo recentemente, os contratos colectivos têm vindo a enriquecer-se com *numerosas e importantes previsões «obrigatórias»*, que codificam verdadeiras e próprias vinculações contratuais do sindicato e/ou dos empresários: o exemplo mais significativo é constituído, talvez, pelas obrigações — cada vez mais frequentemente adoptadas nas «partes primeiras» dos contratos colectivos dos sectores industriais — assumidas pelos empresários em ordem ao volume dos investimentos a efectuar, à sua colocação territorial, aos aumentos de empregos que se vinculam a conseguir, e aos correspondentes poderes de «controlo» sobre o seu cumprimento, que a contraparte se reserva. Deste modo, é claro que o contrato vê exaltado o seu papel de instrumento de mediação social: não só recupera plenamente para a sua lógica, relações e situações que, até aí, só nela entravam em formas imperfeitas e distorcidas, mas até conquista espaços e funções novas, sempre mais relevantes.

O signo da contraditoriedade parece também caracterizar a evolução das *relações entre o contrato e a lei*. Segundo a sua imagem «clássica», o contrato tendia a configurar-se como uma espécie de «zona franca» das prescrições autoritárias dos poderes públicos, e, em particular, do legislador, mostrando-se como domínio incontrolado da livre vontade

dos contraentes, que deviam determinar por si, e não fazer-se impor do exterior, as regras da sua conduta, especialmente em matéria de exercício das actividades económicas («autonomia» privada). A evolução do direito moderno parece, assim, assinalar a progressiva erosão de uma tal imagem, por causa da extraordinária extensão e desenvolvimento das intervenções legislativas sobre as relações contratuais que reduzem substancialmente os espaços dentro dos quais pode espriar-se a autonomia dos sujeitos privados (cfr. *netro*, 3.4.): neste sentido, não parecem desprovidas de fundamento as conclusões expressas na fórmula — simplificante mas incisiva — segundo a qual a lei celebra hoje o seu predomínio sobre o contrato, subtraindo a este último sectores de relações e competências que antes lhe estavam reservados.

Mas uma tal representação da realidade — embora verdadeira em si — é apenas parcial, porque não regista fenómenos recentes de grande importância, que, ao contrário, parecem delinear uma tendência exactamente oposta: a tendência pela qual é o contrato a conquistar um certo predomínio sobre a lei, e a assegurar a disciplina das relações e situações que primeiro encontravam o seu regulamento exclusivamente nas prescrições autoritárias do legislador; a tendência que frequentemente se exprime com a afirmação de que actualmente a lei é cada vez mais «contratada».

Com esta fórmula um pouco ambígua, não queremos aqui referir o seu significado, por assim dizer, mais genérico, grosseiro e, em qualquer caso, menos nobre, e aludir sim ao facto de, muitas vezes — pelos actuais modos de organização e de funcionamento do sistema político-parlamentar — as providências legislativas mais não fazerem do que formalizar «acordos» previamente formados entre as partes políticas interessadas, quando não «entendimentos» ou «compromissos», arrancados com eficazes acções de *lobbying*. Afirmando que o contrato tende a ocupar espaços e a assumir funções em tempos reservados ao domínio da lei, pretendemos referir-nos a hipóteses muito mais precisas e tecnicamente definidas: e sobretudo ao fenómeno — recentemente afirmado — da *contratação colectiva no âmbito das relações de emprego público*. É sabido

que a relação de trabalho com o Estado, com os entes locais, com todos os outros entes públicos não económicos, não nasce de um contrato, e não se configura como uma relação contratual; a medida da retribuição, os direitos e deveres do empregado público são determinados pela lei. Mas nos últimos anos, superando antigas dificuldades e resistências, a organização e a iniciativa dos sindicatos conseguiram penetrar também no sector — a estes tradicionalmente vedado — do emprego público, e sobretudo, introduzir nele a prática da contratação colectiva. «Contraparte» do sindicato é, aqui, o ente público, ou os órgãos que o representam; conteúdo do contrato colectivo são as condições de tratamento económico e normativo que o ente público se compromete a praticar com os seus trabalhadores: não já transformando-as em contratos individuais de trabalho (que neste âmbito de relações sabemos não terem relevância), mas sim traduzindo-as em outros tantos preceitos legais, que o poder público-contratante se obriga a promover. Nestes casos, portanto, bem podemos dizer que *a lei não é mais que o sancionamento e o registo formal de um contrato*, ao qual substancialmente é reconduzida — como à sua fonte real — a disciplina das relações e das situações de que se trata: um fenómeno que, sem dúvida, dilata e exalta o papel do instrumento contratual.

Inversamente, o complexo papel do contrato e da liberdade contratual sofreu as consequências de outros eventos, próprios do nosso século, que pareceriam jogar no sentido de uma sua substancial restrição: a implantação, em diversas zonas do mundo, de regimes socialistas. Mas também aqui é preciso distinguir. Certamente, é indiscutível que num ordenamento socialista o princípio da autonomia contratual não pode assumir o mesmo valor e a mesma função que lhe são reconhecidos nos ordenamentos jurídicos burgueses. Em sistemas que, como os socialistas, programaticamente afastam a distinção-contraposição entre direito público e direito privado, não faria sentido falar de autonomia «privada», entendida como poder do sujeito ou dos grupos de prosseguir os seus interesses, separados dos da colectividade ou a estes contrapostos: o exercício dos poderes atribuídos aos cidadãos e às

empresas — os protagonistas do tráfego contratual — considera-se institucionalmente funcionalizado à prossecução do interesse colectivo. Mas isto não exclui que também num *sistema socialista* o contrato e a liberdade contratual possam desempenhar papéis objectivamente importantes.

Torna-se necessário distinguir, a este respeito, entre funções da liberdade contratual reconhecida *aos cidadãos* e funções da liberdade contratual reconhecida *às empresas*. O direito dos cidadãos a decidir autonomamente sobre a estipulação e o conteúdo dos seus contratos ⁽³⁾ assume, na ideologia do direito socialista, um duplo papel: por um lado, ele faz com que o contrato possa valer como instrumento para a satisfação eficaz das necessidades materiais e intelectuais dos próprios cidadãos, aos quais permite converter em «valores de uso», e, assim, efectivamente fruir, o correspondente monetário do trabalho por eles prestado a favor da sociedade; por outro lado, a liberdade de escolha dos cidadãos, em ordem à conclusão e ao conteúdo dos contratos (destinados a conseguir das empresas produtoras os bens e os serviços necessários a satisfação das suas necessidades de vida) é vista, por assim dizer, como o canal através do qual os cidadãos têm maneira de influir sobre as próprias directivas do plano económico nacional, na medida em que as suas opções de aquisição — fundadas, justamente, naquela «liberdade contratual» — contribuem para orientar as determinações dos planificadores, relativamente à quantidade e qualidade dos bens de consumo, no sentido indicado precisamente por tal «procura».

Quanto à liberdade contratual das empresas — nas relações com os consumidores ou com outras empresas —, a sua extensão maior ou menor constitui índice do tipo de organização económica próprio do particular sistema socialista de que se trata: onde esta é mais limitada, prevalece, evidentemente, um modelo de planificação rígida e centralizada; onde é mais intensa, o sistema resulta, ao invés, fundado sobre o

⁽³⁾ Este direito foi recentemente reconhecido, de forma geral e com muita solenidade, no § 8.º do novo Código Civil (*Zivilgesetzbuch*) da República Democrática Alemã, entrado em vigor no 1.º Janeiro 1976.

princípio da descentralização das decisões económicas e da respectiva autonomia (embora na moldura geral do plano) das unidades produtoras individuais, cujo grau de eficiência é, deste modo, mais fácil comensurar.

4.2. O contrato na acção administrativa

Assinalou-se, acima, a evolução das relações entre contrato e lei. Também a análise das *relações entre contrato e actividade da administração pública* pode dar ocasião a algumas reflexões interessantes.

Nas páginas precedentes, esta relação foi tomada em consideração de um único ponto de vista: do ponto de vista das *crescentes limitações que a liberdade contratual dos sujeitos sofre por força das intervenções administrativas*, variamente configuradas e finalizadas. Partindo das fontes «heterónomas» de determinação do regulamento contratual, observou-se, de facto, que entre essas, encontram-se, por vezes, órgãos da administração pública, aos quais é atribuído o poder de definir, em concreto, este ou aquele elemento a inserir no conteúdo do contrato, em conformidade com mais gerais prescrições da lei: pense-se, por exemplo, nos preços «administrados» pelo C. I. P.; outras vezes, a intervenção administrativa não incide directamente sobre o conteúdo do contrato, mas subordina a sua eficácia a uma aprovação ou autorização preventiva: assim, as condições uniformes das apólices de seguro para a responsabilidade civil derivada da circulação dos veículos automóveis, predispostas pelas empresas seguradoras, devem ser «aprovadas por decreto do Ministro da Indústria, Comércio e Artesanato, a publicar na «Gazzetta Ufficiale» (art. 11.º c. 3 da lei n.º 990, de 24 de Dezembro de 1969; art. 23.º do dec. P. R. n.º 973, de 24 de Novembro de 1970); outras vezes ainda, as determinações da autoridade administrativa substituem-se às autodeterminações dos particulares em matéria de escolha do parceiro contratual: é o caso dos mecanismos de colocação da mão de obra genérica e não qualificada (*retro*, cap. III, 1.4.). E etc.

Mas, a par do que se salientou a propósito da relação entre contrato e lei, também as relações entre contrato e acção administrativa não evoluem de modo unidimensional, resultando, ao invés, caracterizadas, especialmente nos seus desenvolvimentos mais recentes, por tendências objectivamente contraditórias. É, de facto, verdade que a extraordinária expansão da intervenção pública nas actividades económicas privadas (um fenómeno que atingiu, no nosso século, a generalidade dos países ocidentais) determina uma correspondente dilatação da ingerência dos órgãos administrativos no exercício da autonomia contratual, e que este processo corresponde a uma linha de tendência provavelmente irreversível; donde poderia retirar-se a conclusão de que o papel do contrato está destinado a ser, cada vez mais, comprimido e circunscrito, pelo multiplicar-se das funções e dos poderes da intervenção da administração pública. Este é, no entanto, apenas um aspecto da evolução das relações de que nos ocupamos: porque é também verdade que estes mesmos fenómenos de acrescida intervenção dos aparelhos públicos na esfera da sociedade civil estão na origem de um iter exactamente oposto, com base no qual *o contrato se apresenta como instrumento cada vez mais utilizado e necessário para as finalidades da acção administrativa* — não já, portanto, simples objecto da intervenção pública, mas seu meio insubstituível. De modo que o contrato, se assim se pode dizer, celebra a sua «vitória» sobre a actividade da administração pública.

Este fenómeno manifesta-se, em primeiro lugar, através de uma participação cada vez mais intensa dos entes públicos no tráfego contratual, nos mesmos âmbitos em que tomam parte os sujeitos privados, e no mesmo plano destes: para um exemplo de fácil perceptibilidade, pense-se nos contratos de fornecimento estipulado pelas administrações públicas com empresas privadas, para conseguir os bens e os serviços necessários ao cumprimento dos seus compromissos cada vez mais vastos. Solicitados, por causa das profundas transformações determinadas na organização do capitalismo e nas relações entre Estado e economia, a intervir directamente no mercado e a participar como protagonistas nas transferências de riqueza

que aí têm lugar, os aparelhos administrativos servem-se sem mais, para este fim, do instrumento clássico das operações que implicam transferências de riqueza — justamente o contrato. Quando tal acontece, ao contrato entre privado e ente público aplicam-se, em linha de princípio, as regras comuns do direito contratual, as mesmas que se aplicariam se o contrato tivesse sido concluído entre dois sujeitos privados: fala-se, de facto, a este respeito, de *contratos «de direito privado» da administração pública* (*). É um exemplo significativo daquele emprego crescente do direito privado em função do «*direito comum* a operadores públicos e privados» (M. S. Giannini), que caracteriza uma época em que o Estado e os outros aparelhos públicos assumem, com tanta frequência, veste de protagonistas directos das trocas económicas.

A identidade de disciplina não pode, no entanto, ser absoluta, porque o regime jurídico dos contratos — embora seja «de direito privado» — dos quais seja parte um ente público, resulta, necessariamente, influenciado pela natureza peculiar do sujeito e dos interesses de que este é portador. Sob este aspecto, os traços mais relevantes da sua disciplina respeitam, por um lado, ao *procedimento* necessário para que a «vontade contratual» do contraente público possa dizer-se regularmente formada e manifestada, e, por outro, à exigência de *controles* destinados a garantir a legitimidade da operação e a sua conformidade com o interesse público.

O primeiro ponto concretiza-se na circunstância de a verdadeira e própria estipulação do contrato representar apenas o acto final de uma *série complexa de procedimentos admi-*

(*) Aproximadamente até ao fim dos anos cinquenta, os tribunais negavam que ao contraente público fossem aplicáveis as normas em matéria de *responsabilidade pré-contratual*, justificando com os poderes de apreciação discricionária respeitantes à administração pública, cujo exercício se deveria considerar subtraído a qualquer valorização e censura por parte da magistratura ordinária. Mas depois a jurisprudência mudou de opinião, afirmando que o dever de comportar-se «segundo a boa fé» durante as negociações, preliminares e na formação do contrato vale também para os entes públicos, que devem responder pela sua violação.

nistrativos preparatórios, que são necessários para a sua validade: a deliberação de concluir aquele contrato, assumida pelo órgão legitimado para formar e manifestar a vontade do ente, e eventualmente submetida ao aval de um órgão de controle, e depois a escolha do contraente, que só excepcionalmente é efectuada discricionariamente pelos representantes do ente público, sem qualquer formalidade particular («negociação privada»), tendo lugar, em regra, segundo especiais processos fixados na lei para garantir que a escolha corresponde a critérios de correcção, imparcialidade e conveniência. No plano da disciplina, a consequência importante é esta: se um dos actos preliminares, pertencentes à sequência, falta ou é inválido, tal vício — que não é vício do contrato, mas do procedimento administrativo preparatório do contrato — reflecte-se sobre este último e determina a sua invalidade.

A efectiva e regular estipulação do contrato por obra do órgão para isso legitimado, por outro lado, nem sempre é suficiente para que este produza os seus efeitos: geralmente, o contrato é ineficaz até que um órgão de controle determine que este, pelo seu conteúdo e pelo seu processo de formação, não viola nenhuma norma (*controlo de legitimidade*) e que, por outro lado, ele se conforma com o interesse público que o ente é obrigado a prosseguir (*controlo de mérito*). Este mecanismo de suspensão da eficácia do contrato, que fica subordinada ao resultado final do controlo, é exteriormente análogo ao de uma condição suspensiva: tanto assim é que se fala correntemente, a esse respeito, de «*conditio juris*» (cfr. *retro*, cap. III, 2.3.).

A «desforra» do contrato na administração pública, que se identificou na necessidade, para esta última, de um recurso cada vez maior ao emprego do instrumento contratual, teria, até aqui, carácter, por assim dizer, meramente quantitativo (resolvendo-se na multiplicação do número dos contratos «de direito privado» concluídos por entes públicos, sempre, contudo, em sectores e sobre objectos que já no passado não eram estranhos ao uso deste instrumento). Mas esta «desforra» não fica por aqui e conquista para o contrato — no âmbito da acção administrativa — *posições e papéis qualitativamente*

novos. Trata-se, em suma, do fenómeno pelo qual relações e situações que envolvem interesses dos cidadãos privados, que segundo os esquemas clássicos da acção administrativa (baseada tradicionalmente na contraposição entre autoridade e liberdade) eram disciplinados através de procedimentos unilaterais da administração, e, portanto, por via administrativa, tendem, cada vez mais, a ser regulamentados por via convencional, e, portanto, na base de um *acordo entre privado e ente público*. E o instrumento deste novo modelo de acção administrativa, organizado sobre o consenso e não já sobre a imposição, é, fundamentalmente, o contrato, embora adaptado às peculiaridades das situações e das funções inéditas com as quais é chamado a confrontar-se.

Costuma utilizar-se, a este propósito, a noção de *contrato «de direito público»*. As hipóteses que lhe correspondem caracterizam-se pelo facto de o contrato (entre privado e a administração pública) se relacionar estreitamente com um procedimento administrativo, no qual se baseia, integrando, e por vezes substituindo, as previsões unilaterais da autoridade pública: portanto, a disciplina da relação já não é determinada exclusivamente por estas, mas por estas e juntamente por aquilo que resultou do acordo com o privado. Constituem exemplo típico deste género de contratos, os chamados «acordos amigáveis» para a transferência consensual de imóveis de propriedade privada que deveriam ser sujeitos a processo de expropriação, tendo-se já verificado (em relação a eles) a declaração de utilidade pública da obra em causa: aqui o acordo entre privado e ente expropriante serve para evitar o decreto de expropriação, pois o conflito de interesses é definido por via formalmente consensual e não autoritária. O mesmo se diga dos «contratos de concessão»: quando a administração pública concede ao privado o uso de determinados bens públicos (por exemplo uma parte do domínio marítimo) ou o exercício de um serviço público, os poderes que o privado adquire e as obrigações que correlativamente para si derivam, podem ser fixados por via puramente autoritária do concedente, por um processo unilateral de concessão; mas podem, também, ser estabelecidos num contrato

entre o concedente e o concessionário privado, que se junta ao acto unilateral de concessão e integra a disciplina deste com as suas cláusulas.

O campo em que este modelo encontra as aplicações mais significativas é, no entanto, talvez o *urbanístico*: assim, por força do art. 28.º da lei n.º 1150, de 17 de Agosto de 1942 (lei urbanística), o loteamento de terrenos para edificação deve ser autorizado pela Câmara, e esta autorização municipal é, por sua vez, «subordinada à estipulação duma convenção» entre o Município e o sujeito privado, através da qual este último assume uma série de compromissos destinados a garantir que a zona a edificar será dotada das necessárias obras de urbanização primária e secundária; na legislação mais recente, prevê-se ainda que o contributo devido à Câmara — para obter a referida concessão — por quem pretende edificar, pode ser reduzido, «quando o concessionário se obrigue, por meio de uma convenção com a Câmara, a praticar preços de venda e rendas locativas determinadas» na existente «convenção tipo» elaborada pela Região (art. 7.º da lei n.º 10, de 28 de Janeiro de 1977; cfr. também o art. 9.º *b*) da lei citada).

O significado desta tendência, no sentido da progressiva «contratualização» de numerosas relações e situações que os esquemas tradicionais da intervenção pública teriam submetido a uma disciplina «autoritária» e não «consensual», não é fácil de decifrar. Também esta aparece, de facto, eivada por certo grau de *ambivalência*, e aberta a implicações e resultados potencialmente contraditórios. Por um lado, não deve subvalorizar-se o risco de a difusão das técnicas «consensuais» no campo da acção administrativa, e, portanto, a prática constante do negócio e do acordo com os privados, acabarem por determinar desvios perigosos no modo de proceder e nos objectivos dos poderes públicos, dando azo a formas de colusão e mesmo a situações em que é fácil que interesses individuais ou de grupo se sobreponham aos interesses da colectividade. Mas por outro lado, esta afirmação do modelo «convencional» em lugar dos instrumentos de imposição unilateral, assinala um processo rico de potencialidades positivas: isto porque a procura e a promoção do «consenso» dos «admi-

nistrados» significam desenvolvimento da sua activa e consciente «participação», na qual, por sua vez, se encontra um pressuposto de democracia e, ao mesmo tempo de eficiência do procedimento administrativo. Neste sentido, o contrato, com os valores que exprime, coloca-se, de certo modo, como símbolo e suporte de um novo e mais avançado modelo de relação entre autoridade e liberdade.

4.3. *Historicidade do contrato*

A análise dos diversos fenómenos de transformação do contrato e do direito dos contratos permite-nos agora apreciar as posições daqueles que interpretam estes processos, resumindo o seu significado na conclusão de um irreversível «declínio» ou até da «morte» do contrato enquanto tal, ou de um retorno «do contrato ao status».

Na realidade, estas posições resultam desmentidas pela nossa análise: se, em alguns aspectos, o contrato se mostra actualmente em declínio, noutros aspectos, o seu papel conhece uma expansão e um relançamento; o contrato não está «morto», mas está simplesmente «diferente» de como era no passado; e mais que de um retorno «do contrato ao status», parece legítimo falar de uma passagem de um modelo de contrato a um novo modelo de contrato, adequado às exigências dos novos tempos. Os raciocínios a que se fez referência mostram-se agora viciados: e esse vício consiste no facto de partirem de premissas metafísicas onde é necessário assumir um ponto de vista rigorosamente histórico. Dizer que o contrato «está morto», afirmar — quase subentendendo a ideia de um retrocesso histórico — que o seu papel tende a ser reocupado pelo «status», só tem, de facto, sentido se se postula a ideia de uma «essência» do contrato, imutável e indiferente à história.

Este é, no entanto, um modo impreciso de enfrentar o problema, pois impede de apreender o sentido dos factos. Sabemos que qualquer instituto jurídico, longe de ser governado por leis absolutas, está sujeito a um princípio de rela-

tividade histórica: postular uma «essência» do contrato (e encontrá-la, em concreto, no exercício incondicionadamente livre da vontade individual e dos impulsos subjectivos das partes) significa destacar, de modo arbitrário, uma fase historicamente condicionada e circunscrita da evolução do instituto contratual (admitindo — o que é duvidoso — que também aquela fase tenha correspondido perfeitamente à pureza do modelo). Mas isto é ideologia: a verdade é que não existe uma «essência» histórica do contrato; existe sim o contrato, na variedade das suas formas históricas e das suas concretas transformações.

INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS PARA ULTERIORES APROFUNDAMENTOS

As indicações bibliográficas são aqui apresentadas segundo um princípio de rigorosa economia. Na verdade, sempre que possível, as remissões atinentes a cada tema são feitas tendencialmente limitadas para as obras das quais é possível retirar referências a outros importantes contributos para o tema em questão (contributos que, assim, não são aqui expressamente mencionados).

Como é claro, este critério leva a privilegiar, em linha de princípios, as obras recentes em detrimento das mais antigas.

OBRAS GERAIS

Evocamos, em primeiro lugar, as obras gerais sobre o contrato, que cobrem, em regra, toda a matéria organizada nos capítulos II, III e IV deste livro. Recordando que — pelas razões indicadas na capítulo I, 5.1. — algumas dessas obras referem-se ao «negócio jurídico», e limitando-nos às posteriores à entrada em vigor do código civil de 1942, mencionamos: E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953; II, Milano, 1953; III-1, Milano, 1954; L. Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, *Le fonti*, Milano, reim. 1964; G. Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, reim. 1961; E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, reim. 1960; L. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto italiano*, Napoli, s.d.; R.S. Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, e mais recentemente *Contratti in generale*, Milano, 1972, e ainda *Dei contratti in generale*, no *Comm. del cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1972; F. Messineo, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, e

N. T. — Chama-se a atenção do leitor para o facto de estas indicações remontarem ao ano de 1977, ano da publicação do original «Il contratto».

agora *Il contratto in genere*, I e II, Milano, reim. 1973 e 1972 (mas de Messineo vejam-se também os diversos estudos relativos ao contrato na *Enc. del dir.*, IX e X, Milano, 1961 e 1962); G. Osti, *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959; G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, Torino, 1967. Não é propriamente uma obra geral sobre o contrato, mas reúne uma série de escritos dedicados a questões de direito contratual, a recolha de estudos de T. Ascarelli, *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952.

Neste contexto devem acrescentar-se os capítulos que os diversos manuais de direito privado dedicam à disciplina do contrato: destacam-se P. Rescigno, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1975; P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1975; A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1974; e também, embora não se trate de um manual em sentido tradicional, N. Lipari, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Bari, 1974 (o cap. IV, «curato da» D. Conserva, G. Minunno e G. Panza, e o cap. VI, «curato da» G. Tatarano).

Quanto à jurisprudência, informações muito ricas encontra-se nos dois volumes de N. Distaso, *I contratti in generale*, I e II, 1966.

Entre as obras de carácter geral, é obrigatório assinalar duas de modo particular. A primeira é o recente trabalho de R. Sacco, *Il Contratto*, Torino, 1975, que na suas mais de mil páginas oferece uma análise e um reestudo crítico (alicerçados na história, na comparação e reconhecimento da jurisprudência e doutrina) dos principais problemas do direito italiano dos contratos. História, comparação e reconhecimento da jurisprudência e doutrina constituem também a substância do importante livro de G. Gorla, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I e II, Milano, 1955, o qual se socorre daqueles instrumentos para pôr a nu as concretas raízes dos dogmas da tradição, oferecendo, assim, à cultura jurídica um contributo tanto mais significativo se se considerar que se insere numa época em que os estudiosos italianos do contrato e do negócio jurídico eram dominados pelo método, dogmático, caracterizado pelo conceitualismo e abstracção.

CAPÍTULO I

1. Na perspectiva indicada com a sequência «operação económica — contrato — direito dos contratos», assinala-se J. Carbonnier, *Sociologie et droit du contrat* in «Annales de la Faculté de Droit de Toulouse», 1959 e *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans riguer*, Paris, 1969, e ainda F. Terré, *Sur la sociologie du contrat*, no volume *Sur les notions du contrat* («Archives de philosophie du droit», 1968). Na literatura norte-americana são interessantes os contri-

butos (de L. M. Friedman e S. Macaulay, de R. E. Speidel, de A. Mueller) no simpósio *The relevance of contract theory*, e publicados in «Wisconsin Law Review», 1967.

Sobre o problema da «patrimonialidade» da prestação, veja-se G. Cian, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in «Rivista di diritto civile», 1968, I, e as páginas dedicadas ao problema por M. Giorgianni, *L'obbligazione*, Milano, 1968.

A evolução histórica do direito contratual é reconstruída por H. Capitant, *L'évolution historique du droit des contrats jusqu'à l'époque présente*, Paris, 1935-1936 (mas veja-se também o hábil esboço de R. Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven and London, repr. 1965 [o cap. VI]). Com especial interesse para o direito italiano v. G. Astuti, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, Milano, 1952. Uma radical contraposição entre a doutrina moderna do contrato e a romana, tida por mais «concreta» e mais «realista» é feita por M. Villey, *Préface historique à l'étude des notions de contrat*, no vol. *Sur les notions du contrat*, cit.

O estudo mencionado no texto, de S. Macaulay, *Non Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, está publicado in «American Sociological Review», 28 (1963).

2. No texto fazemos referência ao papel de «pais fundadores» da moderna teoria do contrato, desenvolvido pelos jusnaturalistas holandeses e alemães do século XVII e XVIII: v., a propósito, G. Augé, *Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius*, no vol. *Sur les notions du contrat*, cit.

A teoria da passagem «do status ao contrato» encontra-se formulada por H. S. Maine, *Ancient Law: Its connections with Early History of society and its relations to modern ideas*, London, 1906 (a parte que interessa pode ler-se também na antologia da responsabilidade de S. Rodotà, *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971).

Sobre o «contrato social» como categoria do pensamento político, veja-se pelo menos J. W. Gough, *The social contract. A Critical Study of its Development*, Oxford, 1957.

3. Sobre o valor ideológico da teoria do contrato e do princípio da liberdade contratual, veja-se V. Cerroni, *La libertà dei moderni*, Bari, 1968; P. Barcellona, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973 (cap. IV); M. Bessone, *Contratti di adesione e natura «ideologica» del principio di libertà contrattuale* in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1974.

Na doutrina alemã existem alguns recentes contributos: U. Mückenberg, *Legitimation durch Realitätsverleugnung. Am Beispiel Privatautonomie*, in «Kritische Justiz», 4 (1971) (tradução italiana in P. Barcellona, D. Hart e U. Mückenberger, *L'educazione del giurista*.

Capitalismo dei monopoli e cultura giuridica, Bari; 1973); A. Kaiser, *Industrielle Revolution und Privatautonomie*, in «Kritische Justiz», 9 (1976). E uma vez que estamos no âmbito da cultura germânica é oportuno recordar M. Weber in *Economia e società*: as partes mais importantes podem ler-se no vol. col. por S. Rodotà, *Il diritto privato nella società moderna*, cit.

A experiência norte-americana dos *Truck Acts* é referida — no contexto de uma discussão acerca da «lei de Maine» — por R. Pound, no cap. III do seu ciclo de lições em 1922, no Trinity College de Cambridge, e agora publicadas in R. Pound, *Giustizia, diritto, interesse*, Bologna, 1962. A propósito do direito norte-americano assinala-se, numa perspectiva mais geral, a reconstrução histórica operada por M. J. Horwitz, *the Historical Foundations of Modern Contract Law*, in «Harvard Law Review», 87 (1979) (o estudo é apresentado ao leitor italiano por G. Alpa, *Regole di mercato e disciplina del contratto*, in «Rivista del diritto commerciale», 1976, I).

Sobre as funções do contrato na sociedade capitalista, a mais organizada e teoricamente aprofundada elaboração do ponto de vista marxista é-nos dada por E. B. Pasukanis, *La teoria generale del diritto e il marxismo* (trad. it.), Bari, 1975 (o livro apareceu em 1924); para uma sintética exposição veja-se K. Stoyanovitch, *La théorie du contrat selon E. B. Pachoukanis*, no vol. *Sur les notions du contrat*, cit.; e cfr., também G. Courtois, *La critique du contrat de travail chez Marx*, no vol. *Marx et le droit moderne* («Archives de philosophie du droit», 1967).

4. Sobre as conexões entre a teoria de Domat e Pothier e o direito dos contratos no código napoleónico, veja-se G. Tarello, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII. Corso di filosofia del diritto* (3.ª ed.). Genova, s.d. (cap. III), a quem pertencem as palavras citadas no texto, e A.-J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code Civil français*, Paris, 1969. De Arnaud assinala-se também o mais recente *Essai d'analyse structurale du Code Civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, 1973, onde o método do estruturalismo e a «teoria dos jogos» são aplicadas para identificar os papéis previstos, organizados e destinados pelo grande código burguês para os sujeitos sociais seus destinatários, e, assim, para desvendar as suas confessadas premissas ideológicas. Disse-se, no texto, que a posição do contrato no *Code Civil* não se compreende se não se tiver presente a posição que nele ocupa a propriedade: cfr. S. Rodotà, *Note intorno all'art. 544 del «Code Civil» nos Scritti per il XL della morte di P. E. Bensa*, Milano, 1969.

Quanto ao B. G. B., uma clara e simples introdução às suas origens históricas, ao contexto económico-social em que veio a inserir-se, à sua ideologia, é-nos dado pelo primeiro volume da obra de T.

Ramm, *Einführung in das Privatrecht. Allgemeiner Teil des BGB*, I, München, 1969. Em relação ao papel ideológico desempenhado pela Pandectística, na qual teve origem a moderna teoria do negócio jurídico, destaca-se a profunda análise de F. Wieacker, *Pandektenwissenschaft und industrielle Revolution*, e agora in *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt a.M. 1974, mas também o mais modesto contributo de A. Rieg. *Le contrat dans les doctrines allemandes du XIX^e siècle*, no vol. *Sur les notions du contrat*, cit.

Para uma concisa indicação do papel e das implicações ideológicas da teoria do negócio jurídico, v. S. Rodotà, *Introduzione à quarta parte da antologia organizada por S. Rodotà, Il diritto privato nella società moderna*, cit., de que se citou uma passagem, enquanto que uma ordenação da repartição de funções historicamente realizada entre a teoria do contrato e a teoria do negócio é-nos dada por F. Galgano, *Il problema del negozio giuridico*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1976. Sempre notáveis, as notas de G. Gorla, *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico* que — após publicado in «Rivista di diritto commerciale», 1956, I — pode agora ler-se também na antologia organizada por S. Rodotà, *Il diritto privato nella società moderna*, cit.

5. As ideologias do corporativismo fascista em matéria de contratos resultam, por sua vez, com clareza, de muitos dos contributos recolhidos no vol. *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, 1943. Nesta matéria, revelam-se de extrema importância as contribuições de E. Betti, do qual se pode ver, nomeadamente, *Per la riforma del codice civile in materia patrimoniale. Fasi di elaborazione e mete da raggiungere*, in «Rendiconti dell'Istituto Lombardo di Scienze e Lettere», 1940-1941.

Sobre a unificação do direito das obrigações e dos contratos, realizada pelo código civil de 1942, limitamo-nos a assinalar — dentre o grande número de contributos — T. Ascarelli, *Corso di diritto commerciale. Introduzioni e teoria dell'impresa*, Milano, 1962 (cap. IV e V); G. Ferri, *Diritto commerciale*, in *Enc. del Dir.*, XII, Milano, 1964; F. Galgano, *L'imprenditore*, Bologna, 1970 (cap. I, 1.1.); G. Cottino, *Diritto commerciale*, I, Padova, 1976. Para um mais amplo enquadramento histórico, veja-se C. Schwarzenberg, *Diritto e giustizia nell'Italia fascista*, 1977 (cap. XIII e XIV).

6. Sobre o processo que definimos como o da «mobilização e desmaterialização da riqueza», fundamental para compreender as modernas relações entre contrato e propriedade, é muito importante o contributo de C. Reich, *The New Property*, in «Yale Law Journal», 73 (1964).

Quanto às relações entre empresa e disciplina dos contratos, veja-se ainda T. Ascarelli, *Corso di diritto commerciale*, cit. (cap. XV

e XVI); A. Dalmartello, *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, 1962.

CAPÍTULO II

1. Sobre as questões da estrutura do contrato, com particular incidência sobre as relações entre contrato e acto unilateral, destaca-se G. Benedetti, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969; G. Gorla, *Promesse condizionate a una prestazione*, in «Rivista del diritto commerciale», 1968, I; R. Sacco, *Contratto e negozio a formazione bilaterale*, nos *Studi in onore di P. Greco*, II, Padova, 1965; F. Carresi, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente*, in «Rivista di diritto civile», 1974, I (sobre a problemática do negócio unilateral existem dois contributos recentes: C. Donisi, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, e G. Sbisà, *La promessa al pubblico*, Milano, 1974).

2. Sobre a formação do contrato (e sobre as posições jurídicas dos contraentes no âmbito do respectivo processo) existem algumas obras monográficas recentes: P. Vitucci, *I profili della conclusione del contratto*, Milano, 1968; A. Ravazzoni, *La formazione del contratto*, I, *Le fasi del procedimento*, Milano, 1973 e a *La formazione del contratto*, II: *Le regole di comportamento*, Milano, 1974; E. Perego, *I vincoli preliminari e il contratto*, Milano, 1974.

Entre os contributos que, de modo mais consciente e eficaz, atacam e destroem o dogma do «encontro de vontade» e a consequente redução da conclusão do contrato ao acontecimento psíquico, sobressaem os estudos de G. Gorla de que se assinala *La logica-illogica del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, in «Rivista di diritto civile», 1966, I (e, com mais directa atinência às questões da revogação das declarações contratuais, «Ratio decidendi», princípio di diritto e «obtier dictum». *A proposito di alcune sentenze in tema di revoca dell'offerta contrattuale*, in «Foro Italiano», 1968, V, que constitui uma exemplar lição de método de análise jurídica). É também muito útil, pelo seu realismo, P. Schlesinger, *Complessità del procedimento di formazione del consenso e unità del negozio contrattuale*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1964.

Sobre o comportamento concludente como manifestação de vontade (e sobre o valor do «silêncio» no processo de formação do contrato), veja-se L. Campagna, *I «negozi di attuazione» e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958; G. Giampiccolo, *Note sul comportamento concludente*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1961; E. Ferrero, *Dichiarazione espressa, dichiarazione tacita e autonomia privata*, Torino, 1974; M. Segni, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova, 1972; numa perspectiva específica, C. Smuraglia, *Il comportamento concludente nel rapporto di lavoro*, Milano, 1963.

Sobre os contratos reais, nos quais se individualiza um peculiar modelo legal do processo de formação do contrato, v. P. Forchielli, *I contratti reali*. Milano, 1952, e agora U. Natoli, *I contratti reali. Appunti delle lezioni*, Milano, 1975.

3. Sobre as funções e a disciplina das formas contratuais, veja-se M. Giorgianni, *Forma (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XVII, Milano, 1968, e na literatura posterior G. Cian, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969; N. Irti, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970; G. Cottino, *Considerazioni nella forma del contratto di società*, nos *Studi in memoria di T. Ascarelli*, Milano, 1970; R. Nicolà, *La «relatio» nei negozi formali*, in «Rivista di diritto civile», 1972, I.

Em sede de contrato-promessa, e sobre o mecanismo previsto no art. 2932 do Código Civil, as monografias mais recentes são: R. Rascio, *Il contratto preliminare*, Napoli, 1967; G. Gabrielli, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, C. Nicoletti, *Sul contratto preliminare*, Milano, 1974.

Sobre as negociações e responsabilidades precontratual: F. Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963; M. Bessone, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*, nos «Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova», 1971; M. L. Loi e F. Tessitore, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1975. Para uma análise das tentativas de utilização do juízo de responsabilidade precontratual como instrumento para satisfazer as pretensões ressarcitórias dos consumidores e utentes prejudicados pela aquisição e/ou uso dos produtos defeituosos, veja-se G. Ghidini, *La responsabilità del produttore di beni di consumo*, I, *Profili precontrattuali*, Milano, 1970.

4. Em matéria de representação, os contributos mais importantes da doutrina italiana situam-se no domínio do código civil anterior, enquanto que no período posterior à entrada em vigor do código de 1942 o tema tem estado algo descurado: para além dos fundamentais contributos de S. Pugliatti, recolhidos no volume *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, veja-se também L. Mosco, *La rappresentanza volontaria nel diritto privato*, Napoli, 1961; E. Zanelli, *Rappresentanza e gestione*, in «Studi urbinati», 1965/66; W. D'Avanzo, *Rappresentanza (dir. civ.)* in *Novissi, dig. it.*, XIV, Torino, 1967. Para aspectos pontuais, veja-se ainda F. Romano, *La ratifica nel diritto privato*, Napoli, 1964, e M. Bessone, *Apparenza del potere di rappresentanza e responsabilità verso i terzi*, in «Rivista di diritto civile», 1967, II.

Quanto à representação no âmbito dos grupos, destacam-se as sugestivas páginas de P. Rescigno, *La rappresentanza degli interessi organizzati*, agora in *Persona e comunità*, Bologna, 1966; para a representação no âmbito da empresa veja-se F. Bonelli, *Studi in tema di rappresentanza e responsabilità dell'imprenditore*, Milano, 1968.

CAPITULO III

1. O problema da autonomia privada entendida enquanto princípio de legitimação formal da liberdade de iniciativa económica, é objecto de várias das obras assinaladas para o capítulo I. Numa perspectiva mais atenta à dimensão jurídico-dogmática da categoria, assinalam-se S. Pugliatti, *Autonomia privata*, in *Enc. del dir.*, V, Milano, 1959; E. Betti, *Autonomia privata*, in *Noviss., dig. it.*, I, 2, Torino, 1957; L. Ferri, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, para onde se remete para mais indicações bibliográficas (mas veja-se também F. Lucarelli, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970).

Sobre a denúncia unilateral, veja-se S. Sangiorgi, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano, 1965; sobre o contrato a favor de terceiro U. Majello, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962 e L. U. Moscarini, *I neozzi a favore di terzi*, Milano, 1970.

Quanto ao problema do tipo contratual, recomendam-se duas monografias recentes: G. de Nova, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974; G. B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1986.

No que tange à dialéctica entre autonomia privada e fontes «heterónomas», na determinação do regulamento contratual, a civilística italiana oferece dois recentes contributos de particular relevo: S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969 (donde emerge a realística e coerente reconstrução do contrato como regulamento de interesses formado através de um concurso de diversas fontes) e P. Barcellona, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969. De muito interesse são também os relatórios e as intervenções recolhidas no vol. *Aspetti privatistici della programmazione economica*, I e II, Milano, 1971. O problema assume, como é evidente uma coloração e uma dimensão particulares no âmbito do contrato de trabalho: cfr. U. Natoli, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955; L. Montuschi, *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, Milano, 1967; C. Assanti, *Autonomia privata e prestazione di lavoro*, Milano, 1969; G. Pera, *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Milano, 1970.

Sobre a autonomia privada no quadro da disciplina constitucional das actividades económicas, veja-se D. Serrani, *Brevi note in tema di libertà contrattuale e principi costituzionali*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1965.

2. Sobre os problemas atinentes à determinação voluntária do conteúdo do contrato, veja-se, em geral, A. Cataudella, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966; F. Carresi, *Il contenuto del contratto*, in «Rivista di diritto civile», 1963; C. Grassetti, *Clausola del negozio*, in

Enc. del dir., VII, Milano, 1960 (e, na perspectiva de uma lúcida crítica dos dogmas, G. Gorla, *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale (civil law)*, in «Jus», 1953).

Sobre os «elementos acidentais» do contrato assinale-se: U. Carnevali, *La donazione modale*, Milano, 1969; A. Di Majo, *Rilevanza del termine e poteri del giudice*, Milano, 1972; E. Russo, *Il termine nel negozio giuridico*, Milano, 1973; P. Rescigno, *Condizione (dir. vig.)*, in *Enc. del dir.*, VIII, Milano, 1961; P. Trimarchi, *Finzione di avveramento e finzione di non avveramento della condizione*, in «Riv. trim. dir. proc. civile», 1966; A. C. Pelosi, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975.

Sobre o negócio simulado remete-se para o longo estudo de N. Distaso (e respectivas indicações doutrinárias) *Simulazione dei negozi giuridici*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970.

3. Os primeiros pontos de referência para uma perspectiva geral sobre a ampliação dos poderes de valoração e de intervenção do juiz no sentido de um controlo das actividades privadas são oferecidos por: A. Trabucchi, *Il nuovo diritto onorario*, in «Rivista di diritto civile», 1959, I; U. Natoli, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento italiano*, in «Rivista trim. dir. e proc. civile», 1958; P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, in «Rivista di diritto civile», 1965, I; S. Rodotà, *Idcologie e tecniche della riforma del diritto civile*, nos *Studi in memoria di T. Ascarelli*, IV, Milano, 1969.

Sobre a interpretação do contrato, um primeiro ponto de referência pode ser constituído pelo estudo de F. Carresi, *L'interpretazione del contratto*, in «Riv. trim. dir. proc. civile», 1964 (onde são também recordados os principais contributos anteriores); na literatura posterior, veja-se L. Bigliuzzi Geri, *Note in tema di interpretazione secondo buona fede*, Pisa, 1970; F. Ziccardi, *Le norme interpretative speciali*, Milano, 1972.

A posição e o papel do juízo de equidade no âmbito das relações contratuais são tratadas por F. Gazzoni, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970 e por numerosos contributos recolhidos no volume *L'equità*, Milano, 1975 (cfr. também A. De Cupis, *Precisazioni sulla funzione dell'equità nel diritto privato*, in «Rivista di diritto civile», 1971, I).

Sobre as categorias da ordem pública e bom costume: G. B. Ferri, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970; A. Guarneri, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Padova, 1974; P. Rescigno, *In pari causa turpitudinis*, in «Rivista di diritto civile», 1966, I; G. Panza, *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973; S. Rodotà, *Ordine pubblico o buon costume?*, in «Giurisprudenza di merito», 1970, I.

4. Sobre a função integrativa dos usos contratuais, veja-se A. Asquini, *Integrazione del contratto con le clausole d'uso*, nos *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, III, Bologna, 1993; N. Coviello Jr., *In margine all'art. 1340*, in «Rivista trim. dir. proc. civile», 1963.

Sobre a formação do conteúdo contratual de acordo com as normas imperativas, e em especial sobre o mecanismo da inserção automática de cláusulas e preços, assinalam-se, entre os contributos específicos mais recentes: E. Saracini, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, 1971; M. Casella, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974; A. D'Antonio, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974.

Sobre a noção de causa do contrato, veja-se para um primeiro contacto, M. Giorgianni, *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, IV, Milano, 1960; para ulteriores aprofundamentos remete-se para as indicações que resultam do contributo de M. Bessone e E. Roppo, *Il problema della causa nei suoi profili attuali*, in «Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova», 1972.

Quanto à nulidade do contrato (no quadro, mais amplo, da sua invalidade) destaca-se R. Sacco, *Nullità e annullabilità*, in «*Noviss. dig. it.*», XI, Torino, 1965. Mais especificamente, veja-se L. Puccini, *Studi sulla nullità relativa*, Milano, 1967; C. Donisi, *In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico*, in «Riv. trim. dir. proc. civile», 1967; L. Bigliuzzi Geri, *Conversione dell'atto giuridico*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1962; E. Roppo, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in «Rivista di diritto civile», 1971, I. Sobre a nulidade do contrato por «fraude à lei», veja-se U. Morello, *Frode alla legge*, Milano, 1968. Finalmente, para uma apurada e estimulante «revisão» da categoria, numa perspectiva geral, veja-se B. De Giovanni, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964.

CAPITULO IV

1. A distinção entre efeitos reais e efeitos obrigacionais do contrato articula-se, naturalmente, com a distinção entre direitos reais e direitos de crédito: veja-se G. Pugliese, *Diritti reali*, in *Enc. del dir.*, XII, Milano 1964 (particularmente atento à história das categorias); M. Giorgianni, *Diritto reali*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960; F. Romano, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967; P. Rescigno, *Proprietà, diritto reale e credito*, in «Jus», 1965.

Sobre o princípio dos efeitos translativos do consenso (a sua origem histórica, o seu significado actual) é de consultar R. Sacco, *Principio consensualistico ed effetti del mandato*, in «*Foro italiano*», 1966, I e M. Bianca, *Riflessioni sul principio del consenso traslativo*, in «Rivista di diritto civile», 1969, I.

Sabe-se que, por razões que têm a ver com a segurança do tráfico, o princípio da oponibilidade das situações reais aos terceiros sofre derrogações: cfr., a propósito, S. Pugliatti, *La trascrizione*, I, 1, *La pubblicità in generale*, Milano, 1997; L. Mengoni, *Gli acquisti «a non domino»*, Milano, 1975.

Sobre o negócio fiduciário, assinala-se na doutrina italiana mais recente, N. Lipari, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1971.

Em relação à «operação económica e às 'regras do jogo' contratuais», remete-se para as indicações bibliográficas feitas no capítulo primeiro, em especial no ponto 1. Convirá acrescentar o livro de M. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975; trata-se de um trabalho dedicado, no geral, às questões de disciplina do contrato suscitadas pela verificação de circunstâncias que perturbam a sua economia originária, em termos de se colocar o problema da «exigibilidade» do cumprimento; dado o seu carácter geral, entronca com vários temas (desde a resolução por excessiva onerosidade ao erro, da interpretação do contrato à responsabilidade por incumprimento, da integração do regulamento contratual até à contraposição entre causa e motivos, etc.) que são reconstruídos e organizados segundo um modelo complexo que se aproxima ao que sintetizámos na fórmula da «regra do jogo» contratual.

2. O enquadramento geral das categorias da capacidade e da incapacidade é feito por A. Falzea, *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. del dir.*, VI, Milano, 1960 (mas cfr. também P. Rescigno, in *Capacità di agire*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1958. Sobre as particulares formas de incapacidade de agir veja-se: F. Scardulla, *Interdizione (dir. civ.)*, in *Enc. del dir.*, XXI, Milano, 1971 e *Inabilitazione (dir. civ.)*, in *Enc. del dir.*, XX, Milano, 1970; mais recentemente veja-se P. Stanzione, in *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975. Quanto à incapacidade «natural», os contributos mais gerais são pouco recentes; mencionamos G. B. Funaioli, *L'incapacità di intendere e di volere nel nuovo codice civile*, in «Rivista di diritto civile», 1964, e P. Rescigno, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950.

Em matéria de erro, entre as obras de maior fôlego assinala-se: P. Barcellona, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962; V. Pietrobon, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963; A. Trabucchi, *Errore (dir. civ.)*, in *Nov. dig. it.*, VI, Torino, 1960. Na literatura mais recente veja-se pelo menos M. Bessone, *Essenzialità dell'errore, previsioni economiche e disciplina del contratto*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1972 (com amplas indicações bibliográficas). Em tema de dolo, veja-se A. Trabucchi, *Dolo (dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960 e, em relação ao dolo «omissivo», G. Visintini, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972. Sobre a coacção moral, finalmente, G.

Criscuoli, *Violenza fisica e violenza morale*, in «Rivista di diritto civile», 1970, I e L. Corsaro, *La minaccia di far valere un diritto (Riflessioni sull'art. 1438 e sul suo valore innovativo)*, in «Rivista di diritto civile», 1971, I.

Sobre a disciplina da anulabilidade e sobre a sua «ratio», veja-se F. Lucarelli, *Lesione d'interesse e annullamento del contratto*, Milano, 1964; F. Carresi, *L'annullabilità del contratto*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1969; M. Prosperetti, *Contributo alla teoria dell'annullabilità*, Milano, 1973; numa perspectiva particular, G. Piazza, *La convalida nel diritto privato*, Milano, 1973.

Sobre a rescisão do contrato existe o trabalho de G. Mirabelli, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962; sobre a *reductio ad aequitatem* veja-se por último, E. Quadri, *La rettifica del contratto*, Milano, 1973.

Sobre a questão da relação de valor entre prestação e contra-prestação (uma questão relevante, como vimos, não só para efeitos da rescisão com a da resolução por excessiva onerosidade), vejamos as indicações de G. Scalfi, in *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano-Varese, 1960; A. Pino, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, Padova, 1963; S. Gatti, *L'adeguatezza fra le prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, in «Rivista del diritto commerciale», 1963, I.

3. Sobre os pressupostos e a disciplina da resolução do contrato por incumprimento, existem duas monografias já pouco recentes: G. Auletta, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, e L. Mosco, *La risoluzione per inadempimento*, Napoli, 1950. Mais recentemente destacam-se: M. R. Spallarossa, *Importanza dell'inadempimento e risoluzione del contratto*, in «Rivista di diritto civile», 1972, II; G. Gabrielli, *Recesso e risoluzione per inadempimento*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1974; B. Grasso, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto*, Napoli, 1973.

Sobre a particular forma de incumprimento que se reconduz à prestação de coisa defeituosa (garantia pelos vícios) ou à transferência de uma coisa sobre a qual incidem ónus ou direitos reais de terceiros, veja-se M. Bianca, *La vendita e la permuta*, Torino, 1972; F. Martorano, *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Napoli, 1959; E. Russo, *La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale*, Milano, 1965.

Entre as obras de carácter geral sobre a resolução por excessiva onerosidade destacam-se: A. De Martini, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Milano, 1950; A. Pino, *La eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1952; A. Boselli, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952. A doutrina mais recente é mencionada nas notas do meu *Impossibilità sopravvenuta, accessiva onerosità della prestazione e «frustration of contract»*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1973.

O problema da responsabilidade contratual constitui um dos campos em que se revelou mais animado o confronto, mais vivo o

debate no âmbito da civilística italiana do pós-guerra. Os temas da questão, pelo que se refere ao período anterior ao novo código, são agora claramente equacionadas por G. Visintini, *Dottrine civilistiche della responsabilità contrattuale e riflessi marittimistici*, in «*Il diritto marittimo*», 1976. Na formulação dos volumes do novo código civil, o legislador parece ter-se inspirado na doutrina de G. Osti, paladino da tese mais rigorosa da «impossibilidade absoluta e objectiva» (cfr. G. Osti, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni* in «Riv. trim. dir. proc. civile», 1954); e o esforço de grande número dos estudiosos e juizes que se debruçaram sobre o problema parece ter consistido na procura de hipóteses interpretativas e de modcos de argumentação que permitissem atenuar o rigor daquela formulação. Entre os contributos mais significativos na literatura recente destaca-se G. Cottino, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore. Problemi generali*, Milano, 1955; L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in «Rivista del diritto commerciale», 1954, I; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti delle lezioni*, Milano, 1967; M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, *Comm. del cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1967; M. Giorgianni, *L'inadempimento*, Milano, 1970; S. Rodotà, *Diligenza (dir. civ.)*, *Enc. del dir.*, XII, Milano, 1964 (onde é delineada com clareza a posição e o papel recíprocos do critério da diligência e do critério da boa fé no âmbito do juízo de responsabilidade). Ulteriores indicações bibliográficas são fornecidas por M. Bessone, *Obbligo di adempiere ed esigibilità della prestazione*, in «Giurisprudenza italiana», 1972, I.

Embora em minoria, não faltam, porém, as opiniões fiéis ao mais rigoroso conceito de impossibilidade «absoluta e objectiva», como única causa de justificação do devedor inadimplente ou então favoráveis a uma revalorização do princípio da responsabilidade objectiva em sede de incumprimento das obrigações: cfr. G. Visintini, *Riflessioni sugli scritti di G. Osti*, in «Riv. trim. dir. proc. civile», 1971; P. Trimarchi, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in «Riv. trim. dir. proc. civile», 1970, onde, em relação às prestações de empresa, defende que o regime da responsabilidade objectiva pode realizar, melhor que outro, o objectivo de uma distribuição óptima de recursos.

Sobre perspectivas e questões particulares inerentes à matéria da responsabilidade por incumprimento contratual, veja-se V. M. Trimarchi, *La clausola penale*, Milano, 1954; G. Visintini, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, Padova, 1965; F. Benatti, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Milano, 1971.

Em geral, sobre diversos problemas reconduzíveis ao momento da execução do contrato, veja-se, finalmente, A. Di Majo, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967.

CAPÍTULO V

1. Um contributo de carácter muito geral e em poucas dezenas de páginas, sobre a variedade e o sentido das transformações sofridas pelo contrato nas modernas sociedades industriais de massa, encontra-se no quarto capítulo do livro de W. Friedmann, *Law in a changing society*, Harmond — sworth — Baltimore — Ringwood, 1964. Veja-se também o estudo de F. Kessler e G. Gilmore, *Contract as a principle of order*, na introdução ao volume dos mesmos autores, *Contracts. Cases and Materials*, Boston-Toronto, 1970 (veja-se a apresentação, da autoria de M. Bessone, *Dalla «freedom of contract» al controllo sociale*, in «Rivista di diritto civile», 1973, II).

2. O conflito entre «teoria da declaração» e «teoria da vontade» é documentado de modo exemplar pela polémica entre E. Betti e G. Stolfi, desenvolvida nas páginas do «Giurisprudenza italiana» (1947 e 1948): veja-se E. Betti, *Una teoria del negozio giuridico* e G. Stolfi, *Il negozio giuridico è un atto di volontà*, ambos reproduzidos no volume organizado por S. Rodotà, *Il diritto privato nella società moderna*, cit. Como se assinalou no texto, a prevalência de uma concepção «objectiva» do contrato, encontra, em concreto, uma das suas mais significativas expressões no crescente relevo que se tende a atribuir a situações de «aparência» (para uma excelente perspectiva geral do problema, veja-se A. Falzea, *Apparenza*, in *Enc. del dir.*, II, Milano, 1958): tal corresponde à exigência de tutelar a confiança dos operadores, garantindo, assim, uma mais segura e dinâmica circulação da riqueza (cfr. R. Sacco, *Affidamento* in *Enc. del dir.*, I, Milano, 1958).

Sobre o fenómeno do «contacto social» como fonte de relações contratuais, há o recentíssimo contributo de G. Stella Richter, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in «Riv. trim. dir. proc. civile», 1977.

A dialéctica entre «contrato» e «instituição» e a denúncia dos fenómenos de absorção do primeiro na segunda, constitui matéria de debates desenvolvidos sobretudo na doutrina francesa dos primeiros decénios deste século: cfr. M. Hauriou, *Teoria dell'istituzione e della fondazione* (trad. it.), Milano, 1967 e, numa perspectiva próxima da dos «institucionalistas», L. Duguit, *Il diritto sociale, il diritto individuale e le trasformazioni dello Stato* (trad. it.), Firenze, 1950. Um panorama dos termos da questão pode ver-se in J. A. Broderik, *La notion d'«institution» de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français*, no vol. *Sur les notions du contrat*, cit. Entre nós, como se disse, as discussões sobre as relações entre contrato e instituição centram-se sobretudo nos capítulos da literatura jurídica dedicados à problemática das sociedades por acções: cfr., ultimamente, G. Oppo, *Eguaglianza e contratto nella società per azioni*, in «Rivista di

diritto civile», 1974, I e F. Cavazzuti, *Capitale monopolistico, impresa e istituzioni*, Bologna, 1974. Por sua vez, este debate articula-se estreitamente com o relativo à «natureza» da empresa e com a possibilidade de qualificar esta última segundo o modelo da «instituição»; veja-se, por todos, G. Santini, *Le teorie sull'impresa*, in «Rivista di diritto civile», 1970, I (debate que se reflecte sobre a própria qualificação do contrato de trabalho subordinado: o qual, para os «anti-institucionalistas» tem natureza de contrato «de troca», enquanto que para «institucionalistas» tem natureza de contrato «associativo»).

A contraposição entre a ideia de contrato própria de H. Spencer e a ideia de contrato própria de E. Durkheim (do qual pode ver-se o trecho *La divisione del lavoro sociale*, reproduzido sob o título *Il contratto e la divisione del lavoro sociale*, no volume organizado por S. Rodotà, *Il diritto privato nella società moderna*, cit.) é claramente delineada pelo sociólogo americano T. Parsons, *The structure of Social Action*, cujas passagens relevantes podem ler-se — sob o título *The Non-Contractual Elements in Contract* — no volume organizado por P. Worsley, *Modern Sociology. Introductory Reading*, Harmondsworth-Baltimore-Ringwood-Markham, 1974.

3. Sobre o problema dos contratos standard, permito-me remeter para o meu livro *Contratti standard*, Milano, 1975 (com amplas indicações bibliográficas, a que deve acrescentar-se C. M. Mazzoni, *Contratti di massa e controlli nel diritto privato*, Napoli, 1975 e F. Realmondo, *Le condizioni generali riprodotte o richiamate nel contratto*, in «Jus», 1976).

Quanto às relações contratuais de trabalho subordinado, a citação de G. Messina reporta-se ao seu estudo *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro*, in «Rivista del diritto commerciale», 1904, I. Sobre o ponto, a literatura é vasta, como se compreende, não sendo possível tentar fazer aqui um apanhado. Sobre a contratação colectiva remete-se fundamentalmente para os estudos contidos na antologia organizada por F. Mancini e U. Romagnoli, *Il diritto sindacale*, Bologna, 1971, e indicações bibliográficas finais a que se acrescenta M. Persiani, *Saggio sulla autonomia privata collettiva*, Padova, 1972.

Sobre o fenómeno da restrição da liberdade contratual dos privados pelo legislador ou pelo poder público, veja-se no geral, P. Barcellona, *Sui controlli della libertà contrattuale*, in «Riv. di diritto civile», 1965, II, e agora também no citado volume organizado por S. Rodotà, *Il diritto privato nella società moderna*. A bibliografia essencial na matéria — também no que concerne às experiências de outros ordenamentos — pode considerar-se como a que resulta das notas ao cap. I n.º 2 do citado livro de S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*.

4. As saudades e nostalgias de uma imagem do contrato que já não corresponde à realidade foram difundidas sobretudo por uma certa doutrina francesa: a evocação da perdida «beleza» e da esquecida «simplicidade» da clássica noção do contrato é feita, por exemplo, por R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Paris, 1952. Mas é também no ambiente francês que surge, por outro lado, uma das mais peremptórias afirmações sobre o «relançamento» do instrumento na época presente: M. Vasseur, *Un nouvel essor du concept contractuel*, in «Revue trim. de droit civil», 1964 (de que se pode ler um pequeno trecho no citado volume organizado por S. Rodotà, *Il diritto privato nella società moderna*) que argumenta com as praxes da chamada economia concertada e com as novas relações internacionais.

Sobre o fenómeno da contratação colectiva no âmbito do público emprego, que assinala um dos principais factores de expansão da operatividade do instrumento contratual a sectores de relações e situações que antes lhe estavam vedadas, pode-se encontrar uma bibliografia actualizada no apêndice ao escrito de M. Gigante e V. Spaziante, *Linee di tendenza della letteratura giuridica sul pubblico impiego*, in «Queste istituzioni», Julho, 1976.

Sobre a disciplina do contrato nos ordenamentos socialistas, uma primeira informação panorâmica pode ver-se em V. Petev, *Sozialistisches Zivilrecht*, Berlin-New York, 1975. Com especial incidência sobre a posição e o papel do instrumento contratual na problemática das relações entre empresas e plano, veja-se as indicações dadas por M. S. Khalil, *Le dirigisme économique et les contrats. Étude de droit comparé: France-Egypte-URSS*, Paris, 1967 (para o direito soviético) e ainda alguns dos contributos colhidos nno convénio de Tremezzo (4-6 Abril 1968) sobre «Problemi giuridici dell'impresa di Stato nei paesi socialisti»: também os relatórios de D. A. Loehner e G. Rossi sobre *Autofederali negli Stati Uniti d'America*, Padova, 1947). Para uma orgânica Eörsi e H. J. Berman, *La protezione dei diritti derivanti da contratti economici*, que podem ler-se na «Rivista di diritto commerciale, 1969, I.

Sobre os contratos das administrações públicas (com particular incidência sobre a peculiaridade do seu processo de formação e da sua disciplina), veja-se ultimamente A. Bardusco, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1974 e F. Di Renzo, *I contratti della pubblica Amministrazione*, Milano, 1975 (numa perspectiva comparativa, F. P. Pugliese, *I contratti delle amministrazioni federali negli Stati Uniti d'America*, Padova, 1947). Para uma orgânica redefinição conceitual da matéria, é essencial a remissão para as categorizações sugeridas por M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970 (toda a terceira secção).

Sobre as «convenções urbanísticas» (provavelmente a forma mais relevante, como se disse, entre as que se reconduzem à figura do «contrato de direito público») veja-se F. Merloni, *La convenzione edilizia*, in «Foro amministrativo», 1970 e, para a ilustração de uma significativa experiência real, o volume a cargo de A. Moggio Gattei, *Regime dei suoli e convenzioni urbanistiche. L'esperienze di Bologna*, Bologna, 1977. Mas a figura parece conhecer novos sectores de expansão: cfr, por exemplo, M. E. Schinaia, *Le convenzioni in materia di assistenza ospedaliera*, in «Foro amministrativo», 1975 e G. Sanviti, *Gli accordi fra lo Stato e le imprese nel quadro della contrattazione programmata*, Milano, 1974.

Sobre o fenómeno, referido no texto, da participação do cidadão no procedimento administrativo, veja-se as indicações (inclusive de direito comparado) de S. Cassese, *Il privato e il procedimento amministrativo*, in «Archivio giuridico F. Serafini», 1971.

De «crise do contrato» falam por exemplo H. Battifol, *La «crise du contrat» et sa portée*, no volume (citado) *Sur les notions du contrat* e M. Giorgianni, *La crisi del contratto nella società contemporanea*, in «Rivista di diritto agrario», 1972, que se esforça por identificar realisticamente — embora de modo sintético — as transformações do papel que o instituto vem sofrendo; com uma fórmula mais drástica — «morte do contrato» — intitula-se o recente contributo (uma recolha de textos de conferências) de um jurista norte-americano: G. Gilmore, *The Death of Contract*, Columbus, Ohio, 1947 (comentado por G. Alpa, *La «morte» del contratto. Dal principio dello scambio eguale al dogma della volontà nella evoluzione della disciplina negoziale della «common law»* in «Politica del diritto», 1976). Finalmente o conhecimento histórico da evolução e das mudanças do instituto contratual transparece das páginas de F. Santoro Passarelli, *Variazioni sul contratto*, in «Rivista trim. dir. proc. civile», 1970 (onde se lê a conclusão — mais metafísica que historicista e, de qualquer forma, algo enfática — de que «o contrato, nas suas inesgotadas e inesgotáveis possibilidades de adaptação, parece eterno, como é eterna a necessidade de um entendimento entre os homens»).

ÍNDICE

CAPÍTULO I

FUNÇÃO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DOS CONTRATOS

1. A operação económica, o contrato, o direito dos contratos	7
1.1. Contrato-operação económica e contrato-conceito jurídico	7
1.2. Contrato e circulação da riqueza	10
1.3. Nas origens do direito dos contratos	15
1.4. Circulação da riqueza em formas «não contratuais»	18
1.5. O direito dos contratos	21
2. O papel do contrato e as formas de organização económico-social	24
2.1. A historicidade do contrato	24
2.2. Do «status» ao contrato	26
2.3. As ideologias do «contratualismo»	28
3. As funções do contrato e a ideologia do contrato	29
3.1. Contrato e ideologia	29
3.2. A ideologia da liberdade de contratar e da igualdade dos contraentes	32
3.3. Funções do contrato na sociedade capitalista	36
4. O contrato nas codificações e na ciência jurídica do século dezanove	40
4.1. Introdução	40
4.2. O contrato no código napoleónico (1804)	41
4.3. O contrato no código civil alemão (1896): a teoria do negócio jurídico e o dogma da vontade	46
5. O contrato no direito italiano: do código de 1865 ao código de 1942	52
5.1. Contrato e negócio jurídico no direito italiano	52
5.2. O fascismo e o direito dos contratos	54

5.3. O código de 1942 e a unificação do direito das obrigações e dos contratos	59
6. O contrato no sistema do direito privado	63
6.1. Contrato e propriedade	63
6.2. Contrato e empresa	66
6.3. Contrato e família	70

CAPÍTULO II

O CONTRATO NA DISCIPLINA POSITIVA: OS PROBLEMAS DA FORMAÇÃO DO CONTRATO

1. Questões de estrutura do contrato	73
1.1. Contrato e acto unilateral	73
1.2. Consequências económicas dos actos e vontade do interessado	75
1.3. Promessa unilateral e proposta de contrato	78
1.4. Partes e terceiros. Categorias de contratos	81
2. A conclusão do contrato	84
2.1. O processo de formação do contrato como correspondência de actos humanos a um modelo legal	84
2.2. Os modelos legais de conclusão do contrato, vigentes no direito italiano	86
2.3. As circunstâncias supervenientes no decurso do processo de formação do contrato	90
2.4. Vontade e declaração. O comportamento concludente	93
3. A forma do contrato. O contrato-promessa. As negociações e a responsabilidade pré-contratual	96
3.1. A forma do contrato	96
3.2. As funções da forma	99
3.3. O contrato-promessa	102
3.4. As negociações e a responsabilidade pré-contratual	105
4. A representação	109
4.1. As funções da representação	109
4.2. A procuração. Relação de representação e relação de gestão	112
4.3. Representante, representado, terceiros: a disciplina dos conflitos de interesses	116
4.4. Extinção dos poderes de representação e representação sem poderes	120

CAPÍTULO III

O CONTRATO NA DISCIPLINA POSITIVA.
OS PROBLEMAS DA DETERMINAÇÃO
DO REGULAMENTO CONTRATUAL

1. A autonomia privada e as outras «fontes» do regulamento contratual	125
1.1. Contrato como processo e contrato como regulamento	125
1.2. A operação económica, a autonomia privada e o princípio da relatividade dos efeitos contratuais	126
1.3. A autonomia privada e o problema dos tipos contratuais	132
1.4. Autonomia privada e fontes «heterónomas» da determinação do regulamento contratual	137
2. A vontade das partes como fonte do regulamento contratual	142
2.1. A autonomia privada, vontade das partes, elementos essenciais do contrato	142
2.2. Os elementos não essenciais do regulamento: convenções e cláusulas contratuais. Normas dispositivas e normas imperativas	145
2.3. Cláusulas contratuais típicas. Em particular «modus», termo e condição	150
2.4. A simulação do contrato	161
3. As valorações do juiz como fonte do regulamento contratual	166
3.1. Juiz e lei, interesses privados e interesse público na determinação do regulamento contratual	166
3.2. A interpretação do contrato	169
3.3. A equidade e os poderes do juiz	174
3.4. Ordem pública e bons costumes	177
4. A lei como fonte do regulamento contratual e a sanção da nulidade	187
4.1. Normas dispositivas e usos	187
4.2. As normas imperativas	190
4.3. A nulidade do contrato: as razões. Em particular, «causa» e «motivos» do contrato	195
4.4. A nulidade do contrato: efeitos e disciplina	203

CAPÍTULO IV

O CONTRATO NA DISCIPLINA POSITIVA.
OS PROBLEMAS DA FUNCIONALIDADE
DO CONTRATO

1. A operação económica, o contrato, os efeitos do contrato. As «regras do jogo» contratual	211
---	-----

1.1. Os efeitos do contrato	211
1.2. Efeitos reais e efeitos obrigacionais. A eficácia translativa do consenso	212
1.3. O negócio fiduciário	217
1.4. A operação económica e as «regras do jogo» contratual: direito dos contratos e sistemas de mercado	219
2. A anulação do contrato: vícios da vontade e incapacidade de agir. A rescisão	226
2.1. Premissa	226
2.2. A incapacidade de agir	227
2.3. O erro	232
2.4. Dolo e violência	239
2.5. A disciplina da anulabilidade	244
2.6. A rescisão do contrato	247
3. A execução do contrato, o risco das circunstâncias supervenientes e o problema da responsabilidade por não cumprimento contratual	251
3.1. Posição do problema	251
3.2. A resolução do contrato: impossibilidade superveniente, excessiva onerosidade, não cumprimento	254
3.3. O problema da responsabilidade por não cumprimento do contrato	270

CAPITULO V

AS TRANSFORMAÇÕES DO CONTRATO
NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA
«DECLÍNIO» OU «RELANÇAMENTO»
DO INSTRUMENTO CONTRATUAL?

1. As transformações do contrato e a necessidade de uma análise diferenciada	295
2. Os processos de «objectivação» do contrato	297
2.1. Da «teoria da vontade» à «teoria da declaração»	297
2.2. O contrato e o «contacto social»	301
2.3. O contrato e a «instituição»	305
2.4. O significado da «objectivação» do contrato	308
3. As restrições da liberdade contratual	311
3.1. Posição do problema	311
3.2. Os contratos standard	311
3.3. As relações de trabalho subordinado e a contratação colectiva	319
3.4. As restrições da liberdade contratual e as intervenções	

do legislador	327
4. Os novos papéis do contrato	335
4.1. «Declínio» ou «relançamento» do instrumento contratual?	335
4.2. O contrato na acção administrativa	341
4.3. Historicidade do contrato	347

INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS PARA
ULTERIORES APROFUNDAMENTOS

Obras Gerais	349
Capítulo I	350
Capítulo II	354
Capítulo III	355
Capítulo IV	358
Capítulo V	361
Índice	367