

PEDRO PAIS DE VASCONCELOS

CONTRATOS ATÍPICOS

DISSERTAÇÃO DE DOUTORAMENTO



LIVRARIA ALMEDINA
COIMBRA - 1995

I. O TIPO

1. O tipo

Os catálogos de modelos de contratos que o direito privado coloca à disposição das pessoas para que os utilizem nas suas relações recíprocas não são, as mais das vezes, inventados pelo legislador “ex novo” e correspondem à recolha que é feita na lei daquilo que é característico dos contratos que com maior frequência se celebram na prática⁽¹⁰⁾. A maior parte, senão a quase totalidade, dos tipos contratuais legais nasceram da prática na contratação. Alguns deles têm uma origem imemorial, como é o caso da compra e venda, cuja gênese se perde na história, e outros são milenares, como a locação ou a sociedade. Raros são seguramente os tipos contratuais legais com origem totalmente legal, como é o caso da sociedade por quotas⁽¹¹⁾. A generalidade dos tipos contratuais legais tem origem extralegal, em práticas contratuais típicas, socialmente típicas, que o legislador recolheu e modelou na lei.

A recolha na lei dos modelos típicos de contratos tem, entre outras, por finalidade ou função completar ou complementar as estipulações das partes no contrato. Partindo do princípio de que,

⁽¹⁰⁾ LARENZ, *Schuldrecht* cit., II/1, pág. 4 e *Methodenlehre* cit., pág. 644; ENGISCH, *Konkretisierung* cit., pág. 272; DE NOVA, *Il tipo contrattuale* cit., pág. 129. No mesmo sentido; MENEZES CORDEIRO, *Do Contrato de Franquia* cit., 66; RIBEIRO DE FARIA, *Obrigações* cit., I, pág. 164, ZIPPELIUS *Die Verwendung* cit., pág. 225, escreve que, mesmo quando “construídos”, os tipos são mais “encontrados” do que “inventados”.

⁽¹¹⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Tipicidade* cit., pág. 29; RAÚL VENTURA *Sociedades por Quotas* cit., I, pág. 9; SANTOS LOURENÇO, *Das Sociedades por Cotas* cit., págs. 12-13; FERRER CORREIA, *Sociedades Comerciais* cit., pág. 15.

ao contratarem, as partes o fizeram do modo socialmente típico, quer dizer, socialmente característico, e que o silêncio, a não estipulação, nesta ou naquela matérias corresponde a uma remissão tácita para o que é próprio daquele contrato na vida, a lei recorre ao socialmente típico para integrar a estipulação das partes. Neste sentido, a lei, ao tipificar, actua de certo modo declarativamente, quer dizer, exprime e explicita o subentendido, o conteúdo socialmente típico de um tipo contratual, com neutralidade, sem intervir e sem influenciar com os seus juízos e os seus critérios o conteúdo regulativo do tipo. Esta acção da lei é de natureza interpretativa, naquilo em que pretende explicitar e respeitar a vontade das partes, e integrativa, naquilo em que complementa a regulação contratual, para além da estipulação, de acordo com um critério de normalidade.

A constatação da tipicidade de zonas mais ou menos amplas da vida humana⁽¹²⁾ e a vigência do princípio da igualdade de tratamento de situações iguais, como mandamento de Justiça, impõem que na solução dos problemas do Direito se procure dar uma disciplina igual às situações que são, também elas, iguais. O princípio da igualdade de tratamento postula que a situações típicas da vida corresponda uma disciplina também ela típica no Direito. No caso dos contratos típicos, a igualdade de tratamento consegue-se através do direito injuntivo e dispositivo do tipo. Os tipos contratuais legais contêm uma regulação, em parte dispositiva e em parte injuntiva, que deve ser suficiente para dar uma disciplina, em princípio, completa ao contrato. Esta regulação não desempenha apenas a função de completar as estipulações das partes nem a de construir para o contrato um modelo de disciplina justa ou adequada; ela assegura o respeito do princípio da igualdade de tratamento. Assim, os contratos do mesmo tipo que sejam celebrados têm, em princípio e tendencialmente, uma mesma disciplina jurídica.

O fenómeno da tipicidade, no direito dos contratos, é também consequência de uma certa inércia na vida jurídica e de

(12) PERRIN, *Pour une théorie de la connaissance juridique cit.*, págs. 133 e segs.

algum conservadorismo no modo de ser dos juristas. A tendência para manter fórmulas e sistemas que dão bons resultados, para recorrer a práticas bem conhecidas, para procurar soluções seguras e experimentadas, e até para a imitação, não é de pouco peso no fenómeno da tipificação dos contratos⁽¹³⁾. Esta tendência é tão forte que se manifesta mesmo no recurso a tipos contratuais para finalidades diferentes das suas próprias. É frequente a utilização de tipos contratuais para finalidades que não lhes são próprias, mas que permitam atingir, como sucede no caso dos contratos indirectos. É também frequente a utilização de tipos contratuais modificados para a formulação de contratos atípicos através da adjunção de cláusulas ou convenções de adaptação, como sucede no caso dos contratos fiduciários e de tipo modificado. Estas práticas de manipulação dos modelos típicos, nada têm, em si e em princípio, de ilícito ou de abusivo⁽¹⁴⁾ e correspondem simplesmente à utilização instrumental de tipos contratuais que já são conhecidos e experimentados, para fins lícitos diferentes dos que lhes são próprios. A prudência impõe que se não inove onde é possível obter o resultado pretendido com a utilização de fórmulas experimentadas e seguras.

A intervenção do Estado na vida da Sociedade tem conduzido também o legislador à tipificação legal de contratos. Esta tipificação tem sido feita como instrumento para disciplinar esses comportamentos e situações humanas de um modo considerado mais útil ou mais justo, ou para outras finalidades tais como, por exemplo, para possibilitar a incidência sobre eles de impostos, ou até para simplesmente os proibir. A intervenção do Estado, quer para disciplinar comportamentos ou situações da vida, quer para os tornar base de incidência de impostos⁽¹⁵⁾, quer para os proibir, carece de uma

(13) DE NOVA, *Il tipo contrattuale* cit., pág. 3; BRECCIA, *Nozioni di "tipico" e "atipico"* cit., pág. 6.

(14) ORLANDO DE CARVALHO, *Negócio Jurídico Indirecto* cit., pág. 55.

(15) O relacionamento entre os tipos contratuais legais e a incidência de impostos, principalmente no que respeita ao negócio indirecto celebrado como "negócio fiscalmente menos oneroso" é tratada especificamente por ALBERTO XAVIER, *O Negócio Indirecto* cit..

tipificação que possibilite o funcionamento da norma disciplinadora, fiscal ou proibitiva. A formulação das normas disciplinadora, fiscal ou proibitiva pressupõe a formulação de uma “previsão” cujo preenchimento desencadeie a estatuição. A formulação dessa previsão é feita muitas vezes através da tipificação legal das condutas ou situações da vida que se pretende disciplinar⁽¹⁶⁾.

2. O tipo e o conceito

Se o tipo, a tipicidade e a tipificação são fenómenos constatáveis e constatados na vida, o tipo é também um instrumento do pensamento. Nesta perspectiva, é importante compará-lo com o conceito geral abstracto⁽¹⁷⁾.

Tanto os tipos como os conceitos gerais abstractos situam-se fora do campo do individual. Constituem modos de referir e de exprimir, de designar, algo de plural, são modos diferentes de pensamento do geral⁽¹⁸⁾. Neste sentido, os conceitos gerais abstractos e os tipos têm um parentesco e uma proximidade importantes: as mesmas realidades plurais podem ser expressas ou referidas através de conceitos gerais abstractos ou de tipos, conceptual ou tipologicamente⁽¹⁹⁾. De diferente têm o modo como se constroem e como operam.

⁽¹⁶⁾ ZIPPELIUS, *Die Verwendung* cit., pág. 233. RAÚL VENTURA, *O Contrato de Suprimento* cit., pág. 14, admite “apertis verbis” que a criação do tipo legal de contrato de suprimento foi motivada pela “reconhecida (...) necessidade de legislar sobre suprimentos”.

⁽¹⁷⁾ A comparação e a distinção do tipo e do conceito é o mais clássico dos modos de introdução ao tipo. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Tipicidade* cit., págs. 22 e 36 compara o tipo e o conceito. Neste sentido, KUHLEN, *Typuskonzeptionen* cit., pág. 87; também para STRACHE, *Standards* cit., pág. 21, a explicitação da estrutura lógica do tipo resulta da sua distinção do conceito e, ainda no mesmo sentido, KOLLER, *Typuslehre* cit., pág. 14 e segs., e SCHLUEP, *Methodologische Bedeutung* cit.

⁽¹⁸⁾ KUHLEN, *Typuskonzeptionen* cit., pág. 24; STRACHE, *Standards* cit., pág. 21; KOLLER, *Typuslehre* cit., pág. 15.

⁽¹⁹⁾ KOLLER, *Typuslehre* cit., pág. 24, escreve: “Dieselben Dinge können

Os conceitos gerais abstractos são construídos mentalmente a partir de uma pluralidade, através da unificação, da fusão, do que há de comum aos diversos indivíduos que a constituem, e da separação, da abstracção, do que nos mesmos há de diferente, de incomum, de específico. Os conceitos gerais abstractos constroem-se por indução. Indutivamente são reunidas, no conceito geral abstracto, como notas, as características ou atributos comuns a todos os indivíduos designados. As características ou atributos incomuns ou específicos são, por sua vez, abstraídos do conceito. Esta abstracção traduz-se na separação, na não tomada em consideração, dos atributos incomuns ou específicos. Deste modo, abstraindo o que há de incomum na pluralidade conceptuada, torna-se possível subsumir ao conceito todos e cada um dos seus elementos individuais.

O conceito geral abstracto pode ser mais amplo ou mais restrito. À extensão do conceito geral abstracto contrapõe-se a sua compreensão. Extensão e compreensão relacionam-se no sentido inverso. Quanto maior for a extensão do conceito, menor será a sua compreensão e vice-versa. Um conceito é tanto mais extenso quanto maior parcela da realidade designe. A extensão do conceito aumenta pela redução do número de notas que o integram e reduz-se pelo seu aumento: quanto mais atributos integram o conceito, menor parcela da realidade será por ele designada, menos extenso será o seu âmbito. A compreensão do conceito aumenta com o acréscimo do número de notas e reduz-se com o seu decréscimo. Um conceito geral abstracto com um reduzido número de notas é muito geral, designa uma grande generalidade de coisas, uma ampla parcela da realidade. A par com o aumento do número de notas ocorre uma aproximação do conceito à realidade, mais expressivo, mais informativo ele se torna.

Grundlage für die Bildung von Typen und vom Allgemeinbegriff sei". Para STRACHE, *Standards* cit., pág. 43, porém, toda a realidade conceptuada pode ser expressa por tipos, mas já nem toda a realidade tipificada o pode ser por conceitos. Aponta como caso disto os chamados "Typen für fließende Übergänge" que, segundo ele, são insusceptíveis de conceptualização. Para este autor, só os "Gattungstypen" são susceptíveis de ser expressos por conceitos.

A variação inversa da extensão e da compreensão do conceito geral abstracto permite configurar a sua relação como uma pirâmide invertida, tendo no topo um conceito cuja extensão abranja toda a realidade e na base o singular. No topo da pirâmide, o conceito supremo tem o cosmos por extensão e uma compreensão mínima; na base da pirâmide, o singular tem compreensão total e uma extensão mínima.

O conceito geral abstracto é particularmente eficaz e hábil para designar, para referir, uma pluralidade. É todavia pouco apto para explicitar a verdade e a totalidade dos objectos que abrange, bem como as relações e cambiantes entre si. É muito designativo, mas pouco informativo.

A utilização do conceito geral abstracto no Direito, através da subsunção de indivíduos em conceitos e de conceitos inferiores em conceitos superiores, potencia um elevado grau de certeza e de segurança e permite, em princípio, uma operação em termos exclusivamente lógicos. Dá às decisões jurídicas a previsibilidade e a sindicabilidade que previnem o arbítrio e o abuso. Confere "cientificidade" ao sistema⁽²⁰⁾. A metódica do conceito geral abstracto, no achamento do Direito, tem todavia defeitos e lacunas importantes. Não permite, ou dificulta muito, os juízos valorativos, é pouco apta para a concretização das cláusulas gerais e conceitos inderterminados carecidos de preenchimento valorativo, não consegue dar resposta satisfatória aos problemas colocados pelas formas mistas e de transição e é pouco eficiente no que respeita à determinação da exigibilidade concreta⁽²¹⁾.

(20) LARENZ, *Metodologia* (2) cit., pág. 532 e segs.

(21) Estas são as críticas que são feitas, em geral, ao positivismo, em cujo ambiente metodológico se desenvolve preferencialmente o processo conceptual subsuntivo de aplicação do direito, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Introdução* cit., pág. XXII. A concretização da disciplina jurídica de formas mistas e de transição, como são os contratos mistos, reclama um processo analógico, cfr. SCHREIBER, *Gemischte Verträge* cit., pág. 216, e a determinação da exigibilidade ou da inexigibilidade em concreto, perante as circunstâncias do caso, exige uma sofisticação de processos que ultrapassa a aplicação puramente subsuntiva da norma, cfr.

3. Os conceitos ordenantes e os conjuntos difusos

A partir da distinção lógica entre “conceitos de classe” ou “classificatórios” (Klassenbegriffe) e os “conceitos de ordem” ou “ordenantes” (Ordnungsbegriffe), HEMPEL e OPPENHEIM⁽²²⁾ abrem pistas importantes para a relação dos tipos com os conceitos.

Os conceitos classificatórios têm, nesta concepção, por finalidade possibilitar o juízo de “inclusão” ou de “exclusão” de um certo objecto numa dada “classe”. A classe em questão é designada, através do conceito classificatório, pela enunciação, na definição, das características ou qualidades que devem estar presentes no objecto para que este possa ser “incluído”. A falta de uma que seja dessas características tem como consequência a “exclusão”. Os conceitos classificatórios são de operação muito exacta e os seus limites são rigorosos. A sua operação é feita em termos binários, de sim ou não.

Os conceitos de ordem ou ordenadores são conceitos comparativos ou de relação que não operam em termos de “sim ou não”, mas de “mais ou menos”. Estes conceitos de relação funcionam com base em predicacões graduáveis duplas ou múltiplas tais como “mais quente que” ou “mais escuro que”⁽²³⁾. Com os conceitos ordenadores não se tem em vista decidir da inclusão ou exclusão de um objecto numa classe, mas sim da inserção do objecto numa determinada “ordem”, da sua ordenação numa série de outros objectos que tenham, mais ou menos, ou igualmente, essa qualidade. O conceito de “claro”, por exemplo, funciona bipolarmente com o de “escuro”. Nenhum objecto se

FIKENTSCHER, *Schuldrecht* cit., pág. 133 e segs. O processo tipológico não deve, no entanto, ter a pretensão de substituir o processo conceptual subsuntivo, na concretização jurídica, mas antes e apenas a de o complementar.

(22) HEMPEL/OPPENHEIM, *Typusbegriff* cit..

(23) HEMPEL/OPPENHEIM, *Typusbegriff* cit., pág. 24; KUHLEN, *Typuskonzeptionen* cit., pág. 35.

pode classificar como claro ou escuro por si só, nenhum pode ser incluído naquelas classes ou excluído delas. O objecto em questão só pode ser “ordenado” como mais claro ou mais escuro que outro ou outros objectos. Esta ordenação traduz-se na inserção do objecto numa série de outros objectos que se ordenam consoante sejam mais claros ou mais escuros uns que os outros. Os conceitos de claro e de escuro são conceitos ordenadores e não conceitos classificatórios.

Os conceitos ordenadores permitem a ponderação das qualidades no objecto. Dois elementos do mesmo objecto podem ter nele pesos e importâncias iguais ou diferentes, tal como dois objectos podem, dentro da mesma classe estar incluídos por igual, ou um mais do que o outro. Os conceitos ordenadores tornam discernível, dentro do objecto e dentro da classe, uma certa “ordem”, possibilitam a ordenação em séries e a ponderação. Os conceitos ordenadores aumentam a compreensão do conceito sem lhe reduzirem a extensão. São mais informativos.

Mais recentemente, ZADEH⁽²⁴⁾ desenvolveu até à exaustão o mesmo tema a propósito dos chamados “conjuntos difusos” (Fuzzy Sets). Segundo A. KAUFMANN⁽²⁵⁾, a expressão *fuzzy* significa que “an element is a member of a subset only in a uncertain fashion, while, on the other hand, in mathematics we understand that there are only two acceptable situations for an element: being a member of or not being a member of a subset”. O méri-

(24) ZADEH, *Fuzzy Sets* cit.. Sobre a teoria dos “fuzzy sets”, pode consultar-se ainda ZADEH, *Quantitative Fuzzy Semantics* cit., *Similarity Relations and fuzzy Orderings* cit., *Fuzzy Logic and Approximative Reasoning* cit., *A Fuzzy-Set-Theoretic Interpretation of Linguistic Hedges* cit., *On the Analysis of Large-Scale Systems* cit., GOGUEN, *L-Fuzzy Sets* cit., *Some Comments on Applying mathematical Systems Theory* cit., *Inexact Concepts* cit., SIKLÓSSY, *Means-Ends Analysis and Artificial Intelligence* cit., MESAROVIC/PESTEL, *A Non-Numerical System Theory for the Large Scale System Problems* cit., LAKOFF, *Hedges. The Logic of Fuzzy Concepts* cit., VAN FRAASSEN, *Comments: Lakoffs Fuzzy Propositional Logic* cit., GOTTINGER, *Toward a Fuzzy Reasoning* cit., A. KAUFMANN, *Sous-ensembles Flous* cit., e *Fuzzy Subsets* cit..

(25) A. KAUFMANN, *Fuzzy Subsets* cit., I, (preface).

to de ZADEH, segundo A. KAUFMANN, foi o de ultrapassar este impasse “by introducing the notion of weighted membership” (26). Na lógica difusa, na semântica difusa e na linguagem difusa que propõe, o juízo de equivalência “e” é ponderável e graduável entre 0 e 1, em décimos, quer dizer, em séries de 0,1 0,2 0,3 0,4 0,5 0,6 0,7 0,8 e 0,9 (27). ZADEH (28) parte da consideração de que mais frequentemente do que infrequentemente, as classes de objectos encontrados no mundo real físico não têm critério definido de correspondência. A classe animais, por exemplo, inclui claramente cães, cavalos, pássaros, etc. como seus membros, e exclui claramente objectos tais como rochas, líquidos, plantas, etc. No entanto, objectos tais como bactérias e vírus têm um estatuto ambíguo a respeito da classe dos animais. É um facto, ainda segundo ZADEH, que tais classes, ou outras como “mulheres bonitas” ou “homens altos”, desempenham um papel importante no pensamento humano, particularmente no domínio dos padrões de reconhecimento, comunicação de informações e abstração. Para este tipo de classe ZADEH cria o que chama “fuzzy set”, que define como “a “class” with a continuum of grades of membership” que, ainda segundo o Autor, “provides a natural way of dealing with problems in which the source of imprecision is the absence of sharply defined criteria of class membership rather than the presence of random variables” (29).

“A teoria dos conjuntos difusos (fuzzy sets theory) é essencialmente uma matemática bem adaptada à comunicação do homem como homem e do homem com a máquina; a matemática formal resta como meio de comunicação da máquina, na máquina e entre as máquinas, sejam elas quais forem” (30). “As linguagens naturais, dada a complexidade combinatória das mensagens que o cérebro humano pode receber, tratar e transmitir,

(26) A. KAUFMANN, *Subsets cit.*, I, (preface).

(27) A. KAUFMANN, *Sous-ensembles Flous cit.*, 2, pág. 51.

(28) ZADEH, *Fuzzy Sets cit.*, pág. 338-339.

(29) ZADEH, *Fuzzy Sets cit.*, pág. 338-339.

(30) A. KAUFMANN, *Sous-ensembles Flous cit.*, 2, pág. 1.

são linguagens necessariamente “vagas” ou “difusas”. Cada palavra, sobretudo substantivos e adjetivos, é um modelo de um objecto do pensamento destinado à comunicação. O objecto do pensamento não pode ser absolutamente e perfeitamente definido. O carácter difuso é uma necessidade associada ao grau de liberdade do cérebro, associada à entropia mental do homem”⁽³¹⁾.

O desenvolvimento da teoria dos conjuntos difusos (fuzzy sets theory) alcança muito rapidamente um grau de complexidade elevadíssimo, incompatível com a natureza deste estudo. Os “fuzzy sets” correspondem a um desenvolvimento enorme dos “Ordnungsbegriffe” de HEMPEL/OPPENHEIM e vieram possibilitar a abertura de um campo de progresso e desenvolvimento na informática e na cibernética cujo alcance está ainda longe de ser esgotado. Não obstante a sua enorme complexidade, “the fact remains that such imprecisely defined “classes” play an important role in human thinking, particularly in the domains of pattern recognition, communication of information, and abstraction”⁽³²⁾.

A lógica difusa permite ultrapassar a singeleza do sistema binário tradicional *verdadeiro/falso*, tributário do princípio da identidade, e distinguir graus e modos de verdade. Em relação ao conceito de “pássaro”, LAKOFF⁽³³⁾ ordena os seguintes animais: pardais, águias, galinhas, patos e gansos, pinguins e pelicanos, morcegos e vacas. Os pardais são tipicamente pássaros. As águias sendo predadores, são menos típicas. As galinhas, os patos e os gansos são bastante menos. Os pinguins e os pelicanos ainda menos. Os morcegos só muito dificilmente. As vacas não são.

Numa lógica difusa, LAKOFF ordena os graus de verdade desta série proposicional:

- a. o pardal é um pássaro. (verdadeiro)
- b. a galinha é um pássaro. (menos verdadeiro que a)
- c. o pinguim é um pássaro. (menos verdadeiro que b)

⁽³¹⁾ A. KAUFMANN, *Sous-ensembles Flous* cit., 2, pág. 97.

⁽³²⁾ ZADEH, *Fuzzy Sets* cit., pág. 338.

⁽³³⁾ LAKOFF, *Hedges*: cit., págs. 458-461.

- d. o morcego é um pássaro. (falso, ou pelo menos muito longe da verdade)
 e. a vaca é um pássaro. (completamente falso)

Esta graduabilidade da verdade das proposições permite fazer a distinção entre centro e periferia. Assim, em relação à categoria “pássaro”, o pardal ocupa uma posição central; enquanto que as galinhas, os patos e os gansos ocupam uma posição periférica; os pinguins e os pelicanos, ainda mais periférica; os morcegos estão fora, embora perto; e as vacas claramente fora.

LAKOFF introduz ainda o conceito de “*hedge*”, com o sentido de limite de correspondência impreciso e vago (p. ex. “*sort of*” e “*more or less*”, entre muitas outras), como a expressão coloquial portuguesa “*mais ou menos*”, ou “*quase*”. Reordenando a série utilizada, ter-se-á:

- a. o pardal é quase um pássaro. (falso: é mesmo um pássaro)
 b. a galinha é quase um pássaro. (verdadeiro, ou muito perto)
 c. o pinguim é quase um pássaro. (verdadeiro, ou perto)
 d. o morcego é quase um pássaro. (falso, ou muito perto de falso)
 e. a vaca é quase um pássaro (falso)

Os “*hedges*” são modificadores de atributo que enriquecem a equivalência simples “*e*” introduzindo-lhe um modo de ser. A expressão “*mais ou menos*” introduz imprecisão na equivalência, enquanto que a expressão “*quase*” a modifica no sentido da aproximação. Em lógica difusa, algo pode ser algo, muito, pouco, mais ou menos, quase; pode ser igual, diferente, semelhante, muito ou pouco semelhante, análogo, etc..

A lógica difusa não sente dificuldade na operação com as fronteiras fluidas dos tipos e, ao admitir a gradação e a modificação do juízo de correspondência, designadamente entre o caso e o tipo, abre novos caminhos em matéria de qualificação e de concretização. A lógica difusa, ao contrário da lógica formal,

consegue trabalhar com a diferenciação entre o centro e a periferia do tipo, com os juízos de menor ou maior tipicidade, de quase tipicidade e de quase atipicidade e, acima de tudo, é particularmente adequada para operar com a semelhança e a analogia. Nesta perspectiva, os tipos são "fuzzy sets".

4. Os conceitos concretos e os conceitos funcionais

Também muito útil para a comparação dos tipos e dos conceitos gerais abstractos são o conceito geral concreto e o conceito funcional (*funktionsbestimmte Rechtsbegriff*).

LARENZ desenvolve a concepção de conceito funcional depois de ter, por muitos anos, adoptado a concepção hegeliana do conceito concreto⁽³⁴⁾. Numa perspectiva neo-hegeliana,

(34) A posição mais recente de LARENZ sobre o conceito geral concreto pode ser consultada na sexta edição da *Methodenlehre* cit., págs. 457-460, ainda não traduzida em português. Nesta edição, LARENZ já só dedica ao conceito geral concreto um pequeno excurso. Sobre os conceitos funcionais, v. também a *Methodenlehre* cit., págs. 482-486. Sobre o assunto, v. também ORLANDO DE CARVALHO, *Estabelecimento Comercial* cit., pág. 823 e segs..

O conceito hegeliano de concreto não é fácil de apreender porque não corresponde ao conceito comum ou usual de concreto. Está ligado à ideia de desenvolvimento, através do *dever* do *ser-em-si* ou *potentia*, no *ser-por-si* ou *actus*. Segundo HEGEL, *Introdução à História da Filosofia* cit., pág. 61, "o que é em si deve tornar-se objecto para o homem, vir à consciência, e assim devém para o homem. O que se tornou objecto para ele é o mesmo daquilo que ele é em si; só por meio do objectivar-se deste ser em si, o homem devém por si, se desdobra, embora permanecendo ele próprio e não se tornando outro". "O princípio desta projecção na existência é que o germe não pode suportar o ser só em si, mas tem o impulso para se desenvolver", (...) "mas o que é em si devém pelo espírito, e assim devém o espírito por si" (ob. cit., pág. 63). O *ser-em-si*, como potência, devém no *ser-por-si*, como acto. "O acto é realmente uno, e esta unidade dos distintos constitui precisamente o concreto" (ob. cit., pág. 65). Hegel prossegue que "se a verdade é abstracta não é verdadeira". "O concreto deve devir por si mesmo; como *em si* ou possibilidade é somente distinto em si, não ainda posto como distinto, mas ainda na unidade. Por isso o concreto é simples e, ao mesmo tempo, diverso. Esta interna contradição, que

LARENZ começa por distinguir o conceito geral abstracto, caracterizado pela abstracção e pelo progressivo esvaziamento de conteúdo, do conceito geral concreto. Neste, o que é verdadeiramente geral, o que lhe constitui o cerne, não é aquilo que há de comum aos elementos da realidade designada, expresso por um conjunto de notas pensadas isoladamente e das quais foi abstraído o específico. É antes um todo de momentos do conceito, relacionados entre si de um modo coerente, e que só na sua ligação e relação recíprocas constituem o conceito. O conceito é concreto porque os seus momentos não podem ser autonomizados e só são pensáveis no seu concreto e real relacionamento com todos os outros e com o próprio conceito. Os momentos do conceito vão sendo pensados em presença uns dos outros e do próprio conceito que, numa desenvolvimento dialética semelhante à chamada espiral hermenêutica⁽³⁵⁾, se vai assim explicitando na sua totalidade.

é precisamente o que provoca o desenvolvimento, leva as diferenças à existência” (ob. cit., pág. 66). “Assim, a ideia, como concreta em si mesma e desenvolvendo-se, é um sistema orgânico, uma totalidade que compreende em si multidão de graus e momentos”. “O ulterior desenvolvimento da ideia e a sua maior determinação são exactamente a mesma coisa. A profundidade parece querer significar intensificação; mas neste caso o mais extensivo é igualmente o mais intensivo; quanto mais extensivo é o espírito, tanto mais extenso é, tanto maior campo abraça. A extensão, como desenvolvimento, não é dispersão nem desagregação; é, sim, coesão, e esta é tanto mais vigorosa e intensa quanto mais rica e vasta for a extensão e o número dos objectos que deve abarcar”. O conceito geral concreto de HEGEL corresponde, pois, à unidade do conceito como acto com os seus desenvolvimentos potenciais, e vai aumentando de extensão à medida que se vai desenvolvendo, sem todavia perder, mas antes ganhando, compreensão. Esta potencialidade para agregar no mesmo conceito o geral e as suas concretizações, numa unidade coerente, superando a antinomia entre extensão e compreensão que é característica do conceito geral abstracto, é o que torna particularmente rico, para a ciência jurídica, o conceito geral concreto hegeliano. No mesmo sentido, o conceito geral concreto tem semelhanças indisfarçáveis com o tipo, como aglomerado de realidade em que convivem coerentemente o modelo e os casos que lhe correspondem.

⁽³⁵⁾ Sobre a natureza espiral e não circular do processo hermenêutico, v. HASSEMER, *Tatbestand und Typus* cit., pág. 107 e também FIKENTSCHER, *Methoden* IV cit., pág. 195. Sobre a “estrutura circular da compreensão”, v.

A comparação entre o conceito geral concreto e o conceito geral abstracto pode ser levada a cabo com, por exemplo, o conceito de personalidade jurídica. O conceito geral concreto de personalidade jurídica constitui-se pelo desenvolvimento dialéctico dos momentos que constituem as muitas formas e modos concretos de protecção ou tutela da personalidade⁽³⁶⁾. Estes momentos encontram-se materializados na lei ordinária, nos artigos 70.º a 81.º do Código Civil, e na lei constitucional, na Parte I da Constituição da República Portuguesa. A protecção da vida, da integridade física, da intimidade, do bom nome são alguns dos momentos pelos quais, na sua totalidade, relacionados entre si e com o próprio conceito, num movimento mental de vai e vem, cada vez se vai explicitando melhor o modo como se relacionam, o modo como constituem o conceito concreto de personalidade jurídica. Os chamados direitos da personalidade não são, nesta perspectiva, direitos subjectivos autónomos, mas antes concretizações historicamente situadas do reconhecimento da dignidade humana, consequências inelutáveis do facto de se ser pessoa, que se relacionam no sentido de que o Direito se limita a constatar e a respeitar esse facto de se ser pessoa, e de essa qualidade — a personalidade — não poder ser ignorada ou recusada, no sentido de que a tutela da personalidade não é concedida, como não pode ser denegada pelo Direito. Trata-se de “algo que é devido ao homem porque é homem”⁽³⁷⁾. Estes momentos constituem e explicitam, numa síntese dialéctica, o conceito geral concreto de personalidade jurídica. O conceito geral concreto de personalidade jurídica, além de ser mais rico em sentido e em conteúdo, permite ainda a sua desenvolvimento, de acordo com o seu sentido próprio, em novas formas de tutela, em novos momentos, cuja

JOSÉ LAMEGO, *Hermenêutica* cit., págs. 134-137 e 172. Sobre a natureza circular do processo de interpretação dos negócios jurídicos, v. CASTANHEIRA NEVES, *Questão de Facto* cit., pág. 346.

⁽³⁶⁾ LARENZ, *Methodenlehre* cit., pág. 482.

⁽³⁷⁾ JOÃO PAULO II, *Centesimus Annus* cit., pág. 76. No mesmo sentido, ORLANDO DE CARVALHO, *Direitos do Homem* cit.

oportunidade vai sendo suscitada pela evolução da vida em sociedade⁽³⁸⁾. Muito diferente é o conceito geral abstracto de personalidade jurídica que, sendo construído pela fusão do que há de comum na tutela da personalidade das pessoas singulares e das pessoas colectivas⁽³⁹⁾, pouco mais consegue apreender do que a susceptibilidade abstracta de direitos e obrigações e de se ser centro de imputação de situações jurídicas⁽⁴⁰⁾ e não é capaz de protagonizar a “centralidade do homem dentro da sociedade”, não do homem “abstracto”, mas do homem real, “concreto”, “histórico”, de “cada homem”⁽⁴¹⁾. O conceito geral abstracto de personalidade jurídica, tal como ainda hoje é correntemente construído, é um exemplo eloquente do esvaziamento de sentido e de conteúdo acarretado pela abstracção. O conceito geral abstracto de personalidade jurídica perde quase tudo o que é importante e o que mantém nem sequer é o principal⁽⁴²⁾.

O conceito funcional constitui um desenvolvimento do conceito concreto em que é especialmente salientada a função desempenhada pelo conceito. Nesta construção, o que constitui o cerne do conceito não é o conjunto de qualidades ou característi-

(38) Na perspectiva da defesa do direito à intimidade da pessoa, como direito da personalidade, e perante as ameaças agravadas pela evolução da vida em sociedade, RITA CABRAL, “O Direito à Intimidade da Vida Privada” cit. O conceito geral concreto de personalidade jurídica permite também explicitar a profunda diferença de natureza entre a chamada personalidade singular e a chamada personalidade colectiva, v. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral* cit., I, pág. 47-60.

(39) LARENZ, *Metodologia* (2) cit. pág. 555; *Allgemeiner Teil* cit., pág. 42.

(40) CASTRO MENDES, *Teoria Geral* cit., I, págs. 81 e segs.; ENNECCERUS/KIPP/WOLF, *Tratado* cit., I, pág. 318. Ainda neste sentido, mas reconhecendo já que a personalidade jurídica é nas pessoas singulares “uma exigência do direito ao respeito e da dignidade que se deve reconhecer a todos os seres humanos”, MOTA PINTO, *Teoria Geral* cit., pág. 151. MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral* cit., II, pág. 360, recorre a uma “ideia geral-concreta de pessoa”.

(41) JOÃO PAULO II, *Centesimus Annus* cit., págs. 115-116. No mesmo sentido, GOMES DA SILVA, *Concepção Personalista* cit., pág. 69.

(42) Embora sem ligação ao hegelianismo, são importantes as palavras de ORLANDO DE CARVALHO, *Relação Jurídica* cit., págs. 90 e segs., onde se propõe a “repersonalização do direito civil”.

cas comuns, como no conceito geral abstracto, mas a sua função em cada complexo de regulação⁽⁴³⁾. Exemplificando com o conceito de negócio jurídico, enquanto o conceito geral abstracto se constrói pela fusão daquilo que é comum nos vários negócios, pondo em destaque a declaração de vontade, o conceito funcional tem como cerne a função regulativa, jurígena, de autodeterminação, quer dizer, a autonomia privada⁽⁴⁴⁾. O conceito funcional de negócio jurídico evita e previne os equívocos subsuntivistas da doutrina positivista que situa a força jurígena do negócio na lei, como efeito do preenchimento da previsão (Tatbestand) do preceito legal que ordena a obediência aos contratos.

Segundo LARENZ, o conceito funcional é um conceito em cujo conteúdo está implícito e se revela um princípio regulativo capaz de fornecer critérios de decisão. O conceito funcional relaciona-se com o correspondente conceito abstracto, não no campo da subsunção, para a qual é de pouca ou nenhuma utilidade, mas sim na explicitação dos princípios regulativos subjacentes e dos tipos jurídicos estruturais que lhes correspondem⁽⁴⁵⁾.

5. A formação e as características dos tipos

Os tipos diferem acentuadamente dos conceitos gerais abstractos, principalmente na formação e na operação.

(43) HEINZ REY, *Perspektiven des Fernwärmelieferungsvertrages* cit., pág. 143.

(44) Para GÉNY, *Science et Technique* cit., II, pág. 401, é o desenvolvimento natural da personalidade que justifica, aos olhos da razão, a força obrigatória dos contratos. No mesmo sentido, FLUME, *Rechtsgeschäft* cit., págs. 23-24, critica o conceito abstracto de negócio jurídico como declaração de vontade e substitui-lhe um outro assente na auto-determinação. Também ORLANDO DE CARVALHO, *Relação Jurídica* cit., págs. 28, 30 e 92 coloca o cerne do negócio no "poder jurisgénico do homem comum". Recentemente, JOSÉ LAMEGO, *Hermenêutica* cit., pág. 67. Exemplo paradigmático da concepção do conceito de negócio jurídico como *declaração de vontade* é SAVIGNY, *Obligationenrecht*, cit., 2, pág. 7.

(45) LARENZ, *Methodenlehre* cit., pág. 482-486.

Diferentemente dos conceitos gerais abstractos, os tipos não são formados por abstracção. Os conceitos gerais abstractos, como já foi exposto, formam-se por abstracção do que há de incomum na pluralidade designada. Na formação dos tipos, pelo contrário, a realidade referida ou designada é aglomerada, é enquadrada, sem abstracção do incomum. Nos tipos, a parcela de realidade designada mantém-se íntegra sem ser amputada do diferente. Os tipos juntam o comum e o incomum em torno de algo que constitui o critério de tipificação e que dá coerência ao conjunto.

Por isto, os tipos não se relacionam uns com os outros verticalmente, em pirâmide, como os conceitos gerais abstractos, mas sim horizontalmente, em séries e em planos. Os tipos não se subsumem uns nos outros, como os conceitos gerais abstractos, mas ordenam-se e coordenam-se uns com os outros. Os tipos não são superiores uns aos outros e não se contêm uns nos outros através da eliminação (abstracção) de notas; combinam-se, ordenam-se e coordenam-se em séries e em planos. Os subtipos não se subsumem dentro dos tipos. Um subtipo abrange parte da realidade designada pelo tipo, parte essa que se ordena em torno de um critério mais restrito. A matéria designada por um tipo pode ser também em parte designada por outro tipo. Esse outro tipo pode também conter matéria que seja em parte designada por um terceiro tipo. Formam-se assim séries de tipos⁽⁴⁶⁾. A matéria designada por um tipo pode também ser designada, em diversas partes, por diversos tipos numa constelação ou plano de tipos. Em todos estes casos, os indivíduos designados nada perdem da sua identidade e integridade porque em todas estas operações do pensamento do geral não ocorre a abstracção do que quer que seja.

Dentro de um mesmo tipo, os indivíduos ou os casos designados podem relacionar-se em séries ou em planos. O critério de tipificação assenta, em princípio, em mais do que uma característica típica. Destas características, uma ou mais poderão ser graduáveis. Se apenas uma das características típicas for graduável, os

(46) LARENZ, *Metodologia* (1) cit., pág. 552 e *Methodenlehre* cit., pág. 471.

casos típicos relacionar-se-ão numa série linear em que uns serão mais típicos do que outros⁽⁴⁷⁾. Se várias características típicas forem graduáveis, então várias séries se poderão formar em que os casos serão mais ou menos típicos em função dessas características⁽⁴⁸⁾. Na generalidade dos casos, um tipo terá várias características típicas graduáveis, podendo umas ser mais graduáveis do que outras. Nestes casos, os casos desse tipo serão uns mais outros menos típicos; nuns verificar-se-ão com mais intensidade estas características típicas e noutros outras. A pluralidade de casos típicos relacionar-se-ão então num plano em que uns serão mais típicos e outros menos, nuns verificar-se-á mais intensamente esta e noutros aquela característica típica e nalguns poderá mesmo estar ausente uma ou outra das características típicas. O modo como as características típicas se graduam, se relacionam, constitui a “ordem interna” do tipo⁽⁴⁹⁾. É neste sentido que se diz que os

(47) HEMPEL/OPPENHEIM, *Typusbegriff* cit., pág. 21 e segs.. A série de casos assim arrumada conforme a importância maior ou menor daquela característica seria de tal maneira determinada que deveria poder ser ordenada metricamente, v. págs. 36-37. KEMPSKI, *Zur Logik der Ordnungsbegriffe* cit., pág. 216, propôs um neologismo *Typifikator* – que não veio a fazer carreira – para designar as características do tipo que permitem, através de uma graduação, que o caso seja colocado numa série, quer dizer, seja ordenado no tipo. Segundo o Autor (págs. 212-213), os casos normalmente só corresponderão *mais ou menos* ao tipo. Os casos *mais ou menos* típicos só têm entre si duas espécies de relações: de igual proximidade ou de maior ou menor semelhança em relação a uma ou mais características (*Typifikators*). Na generalidade dos casos, estas características são mais do que uma, o que permite a formação de várias séries. KNAPP, *Möglichkeit und Ziel* cit., a partir de um processo de comparação tipológica de características graduáveis, conseguiu descortinar a evolução dos castelos e fortificações medievais na Europa Central. Sobre a utilidade e a utilização dos tipos, principalmente dos tipos ideais de WEBER, na Historiografia, SCHIEDER, *Der Typus in der Geschichtswissenschaft* cit. e ZITTEL, *Der Typus in der Geschichtswissenschaft* cit.

(48) HEMPEL/OPPENHEIM, *Typusbegriff* cit., pág. 42 e 65 e segs..

(49) Segundo LARENZ, *Metodologia* (2) cit., pág. 533: “os tipos jurídicos são em si próprios “sistemas móveis” de elementos ordenados entre si, sob um determinado critério”. Com maior desenvolvimento, LARENZ, *Methodenlehre* cit., págs. 469-473, faz a ligação do tipo estrutural e das séries de tipos com o

casos típicos se ordenam dentro do tipo. Esta ordenação traduz-se no encontrar do lugar próprio desse caso no plano, na constelação de casos que o tipo constitui⁽⁵⁰⁾. Esta ordem interna do tipo forma um plano, uma configuração, que é ela também típica, e que é ela também uma das características do tipo. Para a aplicação do direito é da maior importância a ordenação do caso no tipo.

Segundo STRACHE⁽⁵¹⁾, os tipos podem ser graduáveis, mas não o são necessariamente: a graduabilidade é uma possibilidade, mas não uma necessidade. Este autor admite assim a possibilidade de tipos em que nenhuma das características seja graduável. Distingue, em consequência, os “tipos fluidos e de transição” (Typen für fließende Übergänge) dos “tipos genéricos” (Gattungstypen). Os primeiros são aqueles cujas características são graduáveis e que são por isso especialmente aptos a designar casos mistos e de transição. Estes casos mistos e de transição são, na concepção de STRACHE, insusceptíveis de ser designados conceptualmente. Os tipos fluidos e de transição são elásticos, têm limites indefinidos e não permitem um juízo exacto e seguro de correspondência. Diferentemente, os tipos genéricos, não sendo nenhuma das suas características graduável, perdem a elasticidade, ganham limites firmes e determinados e permitem uma decisão certa de correspondência à semelhança da subsunção nos conceitos. Como exemplo de tipos genéricos, STRACHE aponta, entre outros, os tipos legais de contratos⁽⁵²⁾. Os tipos genéricos distinguem-se dos conceitos porque não são construídos por abstracção do incommum e não são definíveis pela enumeração de um número determinado de notas. A sua definição, segundo STRACHE, torná-los-ia conceitos⁽⁵³⁾.

sistema móvel de WILBURG para a formação do sistema interno. Na sexta edição da *Methodenlehre*, LARENZ desenvolve e aprofunda muito o relacionamento entre o tipo e o sistema interno.

(50) HEMPEL/OPPENHEIM, *Typusbegriff* cit., pág. 67.

(51) STRACHE, *Standards* cit., pág. 24 e segs. e 48.

(52) STRACHE, *Standards* cit., pág. 24.

(53) STRACHE, *Standards* cit., pág. 24.

Semelhantes aos tipos genéricos de STRACHE, são os “tipos fechados” de LARENZ⁽⁵⁴⁾. Os tipos jurídicos são abertos. Quer isto dizer que não são formados por um número determinado e fixo de características que tenham de se verificar sempre e todas em cada um dos indivíduos típicos. A abertura dos tipos significa que, além da graduabilidade das características típicas, estas não são fixas⁽⁵⁵⁾ isto é, que não existe, no tipo, uma determinação de um número certo de características necessárias e suficientes em termos tais que a falta de uma que seja justifique o juízo de exclusão. A fixação das características dos tipos é feita frequentemente pelo legislador através da definição. A definição legal dos tipos, através da fixação rigorosa das suas características, torna os tipos de abertos em fechados. Os tipos fechados admitem já a subsunção. Para OLIVEIRA ASCENSÃO, o tipo ainda é aberto quando a “descrição típica é completada por regras supletivas”, quando “há elementos juridicamente relevantes que não pertencem ao tipo”⁽⁵⁶⁾.

O legislador, quando define os tipos, fechando-os, actua geralmente por preocupações de segurança e de rigor, com o intuito de proporcionar exactidão ao exercício jurídico, certeza à aplicação do Direito⁽⁵⁷⁾. Isto é particularmente claro na definição rigorosa dos tipos de crimes no Código Penal e dos tipos de direitos reais no Código Civil⁽⁵⁸⁾. O princípio “*nullum crimen sine*

⁽⁵⁴⁾ *Metodologia (I)* cit., pág. 542 e segs. Na 6.ª edição da *Methodenlehre*, LARENZ já não trata especificamente da distinção dos tipos em abertos e fechados. Tal não significa porém que a distinção deixe de ter importância, mesmo na metodologia de LARENZ.

⁽⁵⁵⁾ DE NOVA, *Il Tipo contrattuale* cit., pág. 128.

⁽⁵⁶⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Tipicidade* cit., pág. 64.

⁽⁵⁷⁾ SCHLUEP, *Methodologische Bedeutung* cit., pág. 18.

⁽⁵⁸⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Tipicidade* cit., pág. 331-332, admite a possibilidade de tipos abertos de direitos reais na ordem jurídica portuguesa, dado que “a respectiva tipologia satisfaz-se com a descrição fundamental das situações com natureza real, mas não exclui que nelas se encontre ainda um conteúdo acessório, que pode ser obra das partes”. Esta abertura, de origem negocial, dos tipos de direitos reais é reconhecida de modo particularmente claro

lege” exige um grande rigor na delimitação do que é e do que não é crime⁽⁵⁹⁾. O princípio da tipicidade dos direitos reais cristaliza os tipos de afectações reais para, por um lado, estabelecer fronteiras claras entre o que é e o que não é real e, por outro, para permitir a aplicação subsuntiva e firme do direito legal, injuntivo ou dispositivo, aos tipos de direitos reais⁽⁶⁰⁾. Ao fechar os tipos contratuais legais, definindo-os na lei, o legislador visa possibilitar a subsunção, como modo de possibilitar certeza na aplicação do direito do tipo⁽⁶¹⁾.

6. Relacionamento entre tipos e conceitos

Como critério de distinção entre os tipos e os conceitos costumam ser indicados a abertura (*Offenheit*), a graduabilidade (*Abstufbarkeit*), a totalidade (*Ganzheitlichkeit*), o sentido (*Sinnhaftigkeit*) e a plasticidade⁽⁶²⁾ (*Anschaulichkeit*).

no usufruto, no artigo 1445.º do Código Civil, e na servidão que, segundo o artigo 1544.º do mesmo Código, pode ter por conteúdo “quaisquer utilidades, ainda que futuras ou eventuais, susceptíveis de ser gozadas por intermédio do prédio dominante, mesmo que não aumentem o seu valor”.

⁽⁵⁹⁾ ARTHUR KAUFMANN, *Analogie* cit., págs. 52-53, e *Negativen Tatbestandsmerkmalen* cit., pág. 112; HASSEMER, *Tatbestand und Typus* cit., pág. 160 e segs.; ALBA, *Culpabilidad y Tipicidad* cit.; ARMIN KAUFMANN, *Fundamento del deber juridico y delimitacion de la tipicidad* cit., pág. 11 e segs.

⁽⁶⁰⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Tipicidade* cit., pág. 95.

⁽⁶¹⁾ DE NOVA, *Il tipo contrattuale* cit., pág. 129 e segs. DE NOVA considera que, ao cristalizar os tipos abertos de contratos, pela sua definição, o legislador italiano os transformou em conceitos. Os tipos de contratos do Codice Civile não são já, para DE NOVA, tipos “em sentido técnico” (pág. 136). Também KOLLER, *Typuslehre* cit., pág. 47 e segs., discute se os tipos legais de sociedades comerciais ainda são tipos ou se são apenas classes. LARENZ, *Methodenlehre* cit., pág. 465, considera que os tipos de direitos reais regulados pelo BGB não são tipos, mas sim classes.

⁽⁶²⁾ A referência à plasticidade como característica do tipo e do processo tipológico surge num trecho particularmente significativo de PESCHKA, *Typus und Analogie im Recht* cit., pág. 97: “Der Typus ist in seiner Unmittelbarkeit ein

A abertura decorre do facto de o tipo, diferentemente do conceito, não conter um número fixo de notas cuja verificação seja necessária e suficiente para um juízo de inclusão.

Um conceito geral abstracto é formado por uma série fixa e determinada de notas. Para a subsunção de um objecto a esse conceito é necessário que se verifiquem no objecto todas as notas do conceito. A verificação de todas essas notas além de necessária é também suficiente. Isto significa que a falta da verificação de uma que seja das notas do conceito implica a exclusão, ao mesmo tempo que a verificação de todas elas determina, sem mais, a inclusão.

Na operação do tipo, o processo é diferente. Por um lado, a falta de verificação de uma das características não tem necessariamente como consequência que o caso não seja daquele tipo⁽⁶³⁾; por outro, a ocorrência no caso de todas as características enunciadas para o tipo não determina só por si e sem mais a correspondência⁽⁶⁴⁾. As várias características do tipo colocam-se, no seu quadro, em posições que não são todas da mesma importância. A não verificação de uma característica de importância secundária não impede o juízo de correspondência quando compensada pela especial intensidade da verificação de uma outra de primordial importância. Por outro lado, a simples verificação de todas as características do tipo, só por si, não é suficiente para a correspondência; é ainda necessário que elas se relacionem num quadro e com o sentido próprio do tipo. Ao contrário do que sucede com o conceito, a verificação da totalidade das características não é necessária nem suficiente para o juízo de correspondência.

Esta especial maneira de ser tem como consequência que, diferentemente dos conceitos, os tipos não são susceptíveis de

außerordentlich bewegliches, plastisches Feld zwischen dem Einzelnen und dem Allgemeinen, füllt sich ständig mit neuen Momenten, Zügen auf, schließt aber andere aus seinem vermittlungsbereich aus”

⁽⁶³⁾ ENGLISH, *Konkretisierung* cit., pág. 241.

⁽⁶⁴⁾ DE NOVA, *Il tipo contrattuale* cit., pág. 143, a propósito da não aplicação da regulação típica legal a casos que lhe sejam formalmente subsumíveis mas a que tipologicamente não correspondam.

definição. Os tipos são apenas descritíveis. Os conceitos gerais abstractos enunciam-se e delimitam-se pela definição. A definição é feita pela enunciação do género próximo e da diferença específica e pressupõe a fixidez das características. Como indefiníveis, os tipos são também insusceptíveis de subsunção (65). Os tipos, abertos que são, são elásticos (66). Quer isto dizer que não têm fronteiras definidas e firmes, os seus contornos são fluidos. Não é possível determinar com segurança onde começa e onde acaba o tipo, definir os seus limites. No seu interior, as características do tipo são intermutáveis, são substituíveis uma por outras. Os tipos “são “sistemas móveis” de elementos ordenados entre si, sob um determinado critério directivo” (67).

As características dos tipos são graduáveis. Isto significa que a sua verificação se faz, não em termos de sim ou não, mas sim em termos de mais ou menos. Assim, um certo objecto pode ser mais ou menos de certo tipo, isto é, pode ser mais ou menos típico. A graduabilidade do juízo de correspondência pode ser consequência da graduabilidade das características ou da abertura e mobilidade do tipo. Um caso pode ser pouco típico porque lhe falta uma característica de importância secundária ou porque em relação a ele se verifica pouco ou menos uma característica. A graduabilidade dos tipos torna-os particularmente aptos para designar casos mistos e de transição.

Os tipos têm um sentido e uma coerência interna. As características do tipo não se aglomeram anarquicamente, de qualquer maneira (68). Existe um sentido que ordena as características, uma coerência que explica o modo como se relacionam. O que distingue uma venda por preço baixo de uma doação modal com

(65) FIKENTSCHER, *Methoden* cit., IV, pág. 213: “Der Typus kann, und er muß, wenn es um Typisches geht, die Subsumption vorbereiten, ersetzen kann er sie nicht.”

(66) RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas* cit., I, pág. 18 refere-se expressamente à “elasticidade do tipo” da sociedade por quotas.

(67) LARENZ, *Metodologia (2)* cit., pág. 553 e, com maior desenvolvimento, *Methodenlehre* cit., págs. 469-473.

(68) ENGISCH, *Konkretisierung* cit., pág. 239.

um ónus pesado não é apenas a equação económica, a relação de valor, mas o sentido de cada uma. Enquanto o preço, mesmo baixo, é tipicamente a contrapartida económica da coisa vendida, o ónus, ainda que pesado, não o é⁽⁶⁹⁾. Os tipos permitem também a apreensão e o entendimento do sentido interno dos tipos jurídicos — designadamente dos tipos contratuais, dos tipos de direitos reais, dos tipos de crimes — e bem assim os “nexos de sentido” que se verificam nas regulações.

Os tipos designam uma totalidade, exprimem uma imagem total⁽⁷⁰⁾. Mas não se limitam a exprimir, a designar, uma pluralidade de casos; os casos designados são eles próprios e cada um deles também conconstituintes do mesmo tipo. Entre o tipo e os casos que o constituem, existe sempre um julgamento recíproco de adequação em que o tipo é ajuizado perante o caso e o caso perante o tipo, não no sentido em que operam a indução e a dedução, mas num desenvolvimento de ambos um perante o outro⁽⁷¹⁾. Esta totalidade ou integralidade significa que o complexo de características próprias do tipo tem uma estrutura que, além de elasticidade, tem uma forte interdependência⁽⁷²⁾ entre os seus elementos, elementos que são, uns com os outros e com o próprio tipo, interreferentes de tal modo que a presença ou a variação de umas características ou elementos implica a das outras⁽⁷³⁾. Não há no tipo uma simples soma de características⁽⁷⁴⁾. O tipo, nesta perspectiva, é um quadro, uma estrutura em que todos os momentos, elementos ou características estão na

⁽⁶⁹⁾ ANTUNES VARELA, *Ensaio sobre o Conceito do Modo* cit., pág. 222-223.

⁽⁷⁰⁾ ENGLISH, *Konkretisierung* cit., pág. 248 e segs...

⁽⁷¹⁾ HASSEMER, *Tatbestand und Typus* cit., pág. 113: “Typen werden am Fall und auf dem Fall hin einer wissenschaftlichen Eignungsprüfung unterzogen, wie ja auch der Fall am Typus geprüft wird, nicht im Sinne einer gleichzeitigen Induktion und Deduktion, sonder einer Entfaltung beider am jeweils anderen”.

⁽⁷²⁾ LEENEN, *Typus* cit., pág. 47.

⁽⁷³⁾ ENGLISH, *Konkretisierung* cit., pág. 249.

⁽⁷⁴⁾ ZIPPELIUS, *Die Verwendung* cit., pág. 228; LARENZ, *Methodenlehre*, cit., pág. 462.

presença uns dos outros numa espécie de diálogo em torno de um ponto de referência que constitui o seu cerne.

A interdependência e interreferência dos elementos do tipo é de primordial importância para a sua plasticidade⁽⁷⁵⁾, a sua clareza, a sua transparência. Os tipos, com todas as qualidades expostas, permitem apreender e entender com particular transparência as realidades designadas, discernir os nexos de sentido que as entreligam, e intuir os pontos de vista valorativos e funcionais que lhes constituem o cerne.

Os tipos referem-se à realidade⁽⁷⁶⁾. Esta referência à realidade não significa que os tipos descrevam a realidade ou a apreendam como “factum brutum”, mas sim que medeiam a compreensão da realidade a que se referem na perspectiva da sua relevância para o que estiver em questão⁽⁷⁷⁾. Entre o tipo e a realidade dá-se uma interacção, um desdobramento, em que a realidade é constituinte do tipo e o tipo é constituinte da realidade tal como relevante, de tal modo que os casos em que o tipo se concretiza, ou a que corresponde, o conconstituem⁽⁷⁸⁾. Os tipos não são facta nem são norma, têm carácter relacional entre o ser e o dever ser, entre relação da vida e qualidade normativa, desempenham o papel de catalisador no achamento do Direito, exprimem a “natureza da coisa”⁽⁷⁹⁾. São o que SANTI ROMANO⁽⁸⁰⁾ chama “instituições em sentido impróprio”.

(75) A doutrina tipológica de língua alemã exprime esta qualidade pela palavra “Anschauligkeit”. A tradução de “Anschauligkeit” neste âmbito é difícil. LEENEN, *Typus* cit., pág. 48, faz expressamente a advertência de que a “Anschauligkeit” como qualidade do tipo não pode ser interpretada no sentido de que o processo de construção do tipo seja feito por intuição (“Anschauung”). Ao contrário, KOLLER, *Typuslehre* cit., pág. 17, refere-se-lhe expressamente com o sentido de “Intuition”: “die Typen würden durch Anschauung (Intuition) gewonnen”.

(76) HASSEMER, *Tatbestand und Typus* cit., pág. 109 e segs.; FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado* cit., pág. 409.

(77) HASSEMER, *Tatbestand und Typus* cit., pág. 110.

(78) HASSEMER, *Tatbestand und Typus* cit., pág. 112 e 113.

(79) KAUFMANN, *Analogie* cit., pág. 56 e segs.. Para FIKENTSCHER, *Methoden* cit., IV, págs. 213-217, o tipo é “eine Bündelung und Verallgemei-

Todas estas qualidades do tipo, para que sejam úteis na comparação com o conceito e para que essa comparação seja esclarecedora, devem ser entendidas tipologicamente⁽⁸¹⁾ e não conceptual-classificativamente. Numa perspectiva conceptual-classificativa as qualidades ou características apontadas são pouco eficientes, por um lado, porque mais do que causa de distinção são disso consequência, por outro, porque não conseguem desenharmos uma fronteira nítida, não servem para classificar, para construir uma dicotomia entre tipos e conceitos.

A abertura, como critério de distinção, enfrenta dificuldades graves quando se tem presente os tipos genéricos de STRACHE e os tipos fechados de LARENZ. É sempre possível tentar ultrapassar a dificuldade negando aos tipos genéricos e aos tipos fechados a natureza de tipos. LEENEN, por exemplo, nega liminarmente aos tipos genéricos de STRACHE a natureza de tipos e acusa mesmo esta concepção de “contradição interna que salta à vista”⁽⁸²⁾. A verdade todavia é que o simples facto de nenhuma das características do tipo ser graduável, mantendo-se as demais qualidades, designadamente a abertura, não parece suficiente para o privar da sua natureza. O tipo genérico, apesar de não ser graduável e não servir, por isso, para designar casos mistos e de transição, não deixa de ser aberto e móvel, no sentido em que continua a ser imprescindível para a correspondência, a coincidência ou semelhança de estrutura e de sentido, de poder ser dispensada ou mesmo substituída a verificação de uma ou mais características, e continua a não ser construído por abstracção.

nerung von sachverhaltlichen Umständen” que pode e deve preparar a subsunção mas não a pode substituir, que (pág. 216) serve a aplicação do Direito, mas não é ainda Direito (Sie dienen der Setzung von Recht, sind aber noch nicht Recht), e contribui para a formação de uma “Fallnorm” para a solução do caso. Sobre a natureza das coisas, COING, *Filosofia del Derecho* cit., págs. 131 e segs.

⁽⁸⁰⁾ SANTI ROMANO, *L'Ordre Juridique* cit., págs. 25-26.

⁽⁸¹⁾ LEENEN, *Typus* cit., pág. 56.

⁽⁸²⁾ LEENEN, *Typus* cit., pág. 50: “Straches eigene Darstellung vom Wesen des Gattungstypus ist als Ausgangspunkt unserer Kritik allerdings nicht geeignet, da die innere Widersprüchlichkeit der Aussagen ins Auge springt”.

A distinção entre tipos abertos e fechados pode também enfrentar dificuldades se se entender⁽⁸³⁾ que a inclusão de cláusulas gerais ou de conceitos indeterminados carentes de preenchimento exógeno nas características do tipo é suficiente para o manter aberto, o que reduzirá a pouco os tipos fechados. Nesta perspectiva, até os tipos penais acabam por ser abertos⁽⁸⁴⁾. A definição dos tipos não seria assim suficiente para os conceptualizar, desde que na definição fossem utilizados elementos abertos ou móveis, ou de concretização exógena em relação à própria definição. A distinção entre o tipo e o conceito poderia ainda ser situada entre o tipo genérico, que ainda seria um tipo, e o tipo fechado, que já não o seria. A fronteira entre o tipo genérico, no limite do tipo, e o tipo fechado, no limite do conceito, poderia ser traçada pela definição. A definição provocaria o fecho do tipo e transformá-lo-ia em conceito⁽⁸⁵⁾. Mas também aqui a distinção pode ser posta em causa se se contestar a concepção tradicional de definição, como faz KUHLEN, e se admitir a inclusão na definição, de características não imprescindíveis⁽⁸⁶⁾. O verdadeiro fundamento para a distinção entre a abertura e o fecho reside, não no modo de ser do tipo e do conceito, mas no seu modo de operar: no modo conceptual-subsuntivo rigoroso e exacto, que funciona em termos binários de sim ou não, ou no modo tipológico-comparativo, que funciona com base na semelhança, em termos de mais ou menos⁽⁸⁷⁾.

A graduabilidade, como critério de distinção entre o tipo e o conceito, também enfrenta dificuldades. A contraposição do “*Ordnungsbegriff*” de HEMPEL/OPPENHEIM, que é um conceito, apesar de graduável, e do “*Gattungstypus*” de STRACHE, que é

(83) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Tipicidade* cit., pág. 63.

(84) Sobre a problemática dos tipos penais abertos, ROXIN, *Teoria del Tipo Penal* cit.

(85) STRACHE, *Standards* cit., pág. 24, afirma que o *Gattungstypus* não pode ser definido e que, a sê-lo, tornar-se-ia um conceito.

(86) KUHLEN, *Typuskonzeptionen* cit., pág. 128 e segs.

(87) ZIPPELIUS, *Die Verwendung* cit., pág. 231.

um tipo, apesar de não graduável, suscita desde logo a questão da adequação da graduabilidade como critério de distinção. Seria possível, numa perspectiva formal, evitar a dificuldade invertendo as qualificações: o “Ordnungsbegriff” seria um tipo, porque graduável, e o “Gattungstypus” seria um conceito, porque não graduável. Segundo LEENEN, porém, a graduabilidade, conceptualmente entendida, não constitui critério necessário para todos os tipos⁽⁸⁸⁾. Mas as dificuldades não ficam por aqui. Em termos conceptuais não é possível construir uma distinção nítida e clara do limite da graduabilidade, não é possível defini-la em termos eficientes, isto é, de modo a obter dela uma classificação dicotómica em tipos e conceitos. A definição que poderia possibilitar a classificação é difícil porque a graduabilidade é, ela própria, graduável⁽⁸⁹⁾. O juízo de graduabilidade não se resolve em termos de sim ou não, mas sim de maior ou menor graduabilidade.

A totalidade ou integralidade é uma qualidade do tipo que decorre do seu modo de construção sem recurso à abstracção, e da graduabilidade. Traduz-se, por um lado, no facto de também o incomum estar presente no tipo e, por outro, no apertado relacionamento e interreferência em que todos os elementos se enlaçam num quadro, numa estrutura, que são também eles típicos, que constituem também eles características do tipo. A comparação do tipo com o conceito geral concreto em que também esta totalidade, esta integralidade, se manifestam enfraquece a aptidão da totalidade para constituir factor de distinção entre o tipo e o conceito e obriga a olhar mais de perto a estrutura, a interligação das características do tipo, a sua “configuração”.

A configuração do tipo pode ser mais ou menos densa, a ligação dos seus elementos pode ser mais ou menos fluida. O relacionamento entre as características pode ser muito desigual, o seu poder designativo é variável. Quanto mais significativa uma

(88) LEENEN, *Typus* cit., pág. 53: “Die Abstufbarkeit ist nicht notwendiges Kriterium aller typenbildenden Züge und damit nicht notwendige Bedingung des “Begriffs” des Typus”.

(89) LEENEN, *Typus* cit., pág. 53.

característica for, mais imprescindível ela será e, portanto, mais próxima de um processo conceptual será a sua utilização. Quanto mais diferenciada for a relação de relevância entre as características, quanto mais dominante for uma delas, mais possível se tornará a fixação conceptual. Daqui decorre que entre a inter-referência de cada uma das características do tipo e o significado isolado de cada uma das notas do conceito não pode manter-se uma contraposição rígida, é possível uma intergradação⁽⁹⁰⁾. Por outro lado não é rigoroso afirmar que, no conceito, as características sejam sempre simplesmente adicionadas, sem uma ordem interna⁽⁹¹⁾, o que põe também em causa a distinção.

O sentido e a coerência (*Sinnhaftigkeit*), bem como a plasticidade (*Anschaulichkeit*) não constituem critérios de distinção ou de classificação de tipos e conceitos. São antes consequências da distinção, são qualidades inerentes ao pensamento tipológico. Não é por terem sentido e coerência ou por serem plásticos que os tipos o são, mas antes o inverso. O pensamento tipológico permite apreender o sentido e coerência imanente às realidades designadas, por outras palavras, a “natureza das coisas”⁽⁹²⁾, e por isso tem plasticidade. Tanto a “*Sinnhaftigkeit*” como a “*Anschaulichkeit*” são insusceptíveis de ser definidas porque são graduáveis. Aliás, todas as características apontadas ao tipo são graduáveis: a abertura, a mobilidade, a elasticidade, a graduabilidade, a totalidade, podem sê-lo em maior ou menor medida, com maior ou menor intensidade. Como tais, enfrentam grandes dificuldades se forem operadas conceptualmente. Não é fácil estabelecer uma fronteira nítida entre um “conceito de tipo” e um “conceito de

⁽⁹⁰⁾ LEENEN, *Typus* cit., pág. 54.

⁽⁹¹⁾ ZIPPELIUS, *Die Verwendung* cit., pág. 228, dá como exemplos de conceitos em que se verifica sempre um quadro de características os de “homem”, “casa” e “cor”, e contrapõe-nos a outros conceitos, como os de “longo”, “frio” e “negro”, em que se verifica uma única característica e em que, portanto, não existe um quadro de características.

⁽⁹²⁾ KAUFMANN, *Analogie* cit., pág. 44 e segs.; RADBRUCH, *Die Natur der Sache* cit., pág. 30-35; BATIFFOL, *Philosophie du Droit* cit., pág. 71; COING, *Filosofia del Derecho* cit., págs. 131 e segs.

conceito” em termos que permitam uma classificação dicotômica. A distinção entre tipo e conceito é ela própria graduável⁽⁹³⁾.

Como instrumento metodológico, o tipo é algo de intermédio, ou é de algum modo intermédio entre o individual e o geral⁽⁹⁴⁾, entre realidade e valor.

É comum dizer-se que o tipo é mais concreto que o conceito⁽⁹⁵⁾ ENGISH escreve que o tipo é, “de uma maneira ou de outra, mas também de uma maneira e de outra, mais concreto que o conceito”⁽⁹⁶⁾. O tipo ocupa, segundo KAUFMANN, uma posição intermédia entre a Ideia de Direito e a relação material da vida, entre a justiça normativa e a justiça material, como “catalisador”⁽⁹⁷⁾. Para LEENEN, a intermediação do tipo coloca-se em dois planos: em termos de generalidade, entre caso e conceito e, em termos valorativos, entre valor e conceito⁽⁹⁸⁾.

O tipo e o pensamento tipológico fazem, entre o caso e o valor, a ponte necessária para a concretização dos valores jurídicos axiológicos⁽⁹⁹⁾. A valoração concreta de casos, de condutas concretamente consideradas, é feita pela comparação e relação, pelo pôr em presença do caso em questão com um tipo de casos cujo cerne seja valorativamente dominado por aquele valor, que sejam agrupados com referência àquele valor. O tipo de referência, neste processo, é um tipo normativo, misto de real e de ideal-axiológico, em relação ao qual se coloca a questão da correspondência. Esta correspondência funciona em termos de comunidade de valor e o juízo concreto de valoração resulta da comunidade ou divergência de valor e da medida e relevância da

⁽⁹³⁾ LEENEN *Typus* cit., pág. 56.

⁽⁹⁴⁾ ENGISH *Konkretisierung* cit., pág. 259.

⁽⁹⁵⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO. *Tipicidade* cit., pág. 22.

⁽⁹⁶⁾ ENGISH, *Konkretisierung* cit., pág. 262: “Allen modernen Auffassungen vom Typus, allen Gegenüberstellungen von tyrpus und Allgemeinbegriff liegt zugrunde die Idee, daß der Typus auf eine oder andere Weise, aber auch: auf die eine und die andere Weise “konkreter” ist als der Begriff”.

⁽⁹⁷⁾ KAUFMANN, *Analogie* cit., págs. 48 e 57.

⁽⁹⁸⁾ LEENEN, *Typus* cit., pág. 64.

⁽⁹⁹⁾ KAUFMANN, *Analogie* cit., pág. 57, fala de “Katalysator”.

divergência. A concretização resulta da correspondência do caso ao tipo e da sua ordenação no tipo. A formação do tipo de referência exige, por seu lado, uma aglomeração de casos em que a característica comum, a qualidade ordenante, seja aquele valor. Assim, o tipo é um “medium” da relação do caso com o valor, da valoração⁽¹⁰⁰⁾.

O tipo e o pensamento tipológico são também intermediários na construção lógica dos conceitos gerais abstractos. A construção lógica dos conceitos, pela abstracção, pressupõe uma delimitação prévia do âmbito da realidade a ser abrangida pelo conceito. É dentro do âmbito material de amplitude do conceito que vão ser abstraídas as características incomuns e reunidas no conceito as comuns. Mas a escolha das características a reter no conceito e daquelas que vão ser abstraídas pressupõe uma visão tipológica da realidade abrangida. O critério de construção do conceito não é arbitrário. A delimitação do seu âmbito pode ser, numa perspectiva puramente lógica, uma qualquer mas, numa perspectiva jurídica, ou lógico-jurídica, deve corresponder a algo de existente na realidade, a algo jurídica e ético-socialmente relevante. A lógica jurídica é uma lógica material e não puramente formal⁽¹⁰¹⁾. Assim, a delimitação do âmbito material do conceito implica um critério de escolha dos casos a incluir e a excluir e, portanto, o seu agrupamento de acordo com um critério. Este critério, que vai fazer com que o âmbito material do conceito corresponda a tipos de situações ou de comportamentos, a tipos de casos ordenados de modo jurídica e ético-socialmente relevante, é tipológico. O juízo, na construção do conceito, sobre a relevância ou irrelevância das características e sobre o âmbito material do conceito exige a mediação do tipo e de um processo tipológico de pensamento do geral a conceptuar⁽¹⁰²⁾.

⁽¹⁰⁰⁾ LEENEN, *Typus* cit., pág. 64-70.

⁽¹⁰¹⁾ RECASENS SICHES, *La Naturaleza del Pensamiento Jurídico* cit., págs. 31 e segs.

⁽¹⁰²⁾ LEENEN, *Typus* cit., pág. 65.

Para FIKENTSCHER⁽¹⁰³⁾ os tipos servem para a criação do direito, embora não sejam ainda direito; servem para preparar a subsunção, embora a não possam substituir; servem para controlar o direito objectivo, embora não para o seu exercício; servem para a formação de uma “Fallnorm” para a decisão do caso concreto. Segundo LARENZ⁽¹⁰⁴⁾, a formação dos tipos estruturais contribui para a formação do sistema jurídico científico. Como complexos regulativos dos quais um ou mais elementos podem variar ou mesmo faltar sem que o caso deixe de corresponder ao tipo, podem ser considerados como “sistemas móveis”, no sentido que lhe é dado por WILBURG⁽¹⁰⁵⁾.

7. Tipos de tipos

Há vários tipos de tipos⁽¹⁰⁶⁾.

Os tipos podem distinguir-se em “tipos reais”⁽¹⁰⁷⁾ e “tipos ideais” consoante o seu conteúdo seja encontrado e recolhido na realidade, ou construído pelo pensamento⁽¹⁰⁸⁾. Os tipos podem ser construídos a partir da observação da realidade e das realidades da vida através da aglomeração de casos semelhantes que tenham de comum algo de suficientemente relevante que sirva de critério. Estes tipos os tipos reais — correspondem a grupos⁽¹⁰⁹⁾,

⁽¹⁰³⁾ FIKENTSCHER, *Methoden* cit., IV, págs. 213-217.

⁽¹⁰⁴⁾ LARENZ *Methodenlehre* cit., págs. 469-473.

⁽¹⁰⁵⁾ WILBURG, *Entwicklung eines beweglichen Systems*, cit.

⁽¹⁰⁶⁾ ENGLISH, *Konkretisierung* cit., pág. 239 refere-se a “tipos de tipos” do modo seguinte: “Es gibt verschiedene Arten – oder soll man lieber sagen: Typen? – des Typus überhaupt”; HASSEMER, *Tatbestand und Typus* cit., pág. 111, refere-se a “Typen von Typen” e ORLANDO DE CARVALHO, *Estabelecimento Comercial* cit., pág. 835, refere-se também ao tipo do tipo.

⁽¹⁰⁷⁾ O que aqui se designa por “tipo real” é frequentemente designado por “tipo empírico”.

⁽¹⁰⁸⁾ KOLLER, *Typuslehre* cit., pág. 28, escreve: “Realtypen wurden gefunden, Idealtypen dagegen erfunden”.

⁽¹⁰⁹⁾ ENGLISH, *Konkretisierung* cit., pág. 264, refere-se a “Typus als Gruppe von Objekten”.

a conjuntos de casos⁽¹¹⁰⁾, encontrados na vida, a recortes da realidade. Diferentes são os tipos ideais. Estes têm essencialmente um significado teleológico: exprimem o “telos” de cada coisa e de cada fenómeno humano⁽¹¹¹⁾, são modelos. Enquanto os tipos reais se situam no domínio do ser, os tipos ideais situam-se no do dever-ser.

Dentro dos tipos reais é costume distinguir os “tipos de frequência” e os “tipos médios”. Os tipos de frequência, a que ORLANDO DE CARVALHO chama “tipos correntes”⁽¹¹²⁾, designam casos que, numa pluralidade semelhante, ocorrem com maior frequência, exprimem o usual. Quando se fala de estudante típico do primeiro ano da Faculdade de Direito de Lisboa está-se a significar a imagem mais frequente, pode mesmo dizer-se, maioritária, usual, estatisticamente mais representativa. Os tipos médios exprimem os casos que, numa série bipolar, estão equidistantes entre os polos. Neste caso, já não é em torno do maior número, da maior frequência, que se aglomera o tipo mas sim da média: trata-se agora do tipo de aluno médio, do aluno que tem um comportamento, estudo e aproveitamento que não são, nem os melhores nem os piores, que está a meio da escala. Os tipos de frequência têm como cerne a frequência com que ocorrem os factos ou os casos que os constituem; os tipos médios têm como cerne a proximidade em relação a um meio termo, a um meio caminho ou meia distância entre os polos de uma série necessariamente bipolar. Estes tipos são acentuadamente fácticos, são tipos que se constata na prática, que têm valor estatístico, sociológico, não envolvem, em princípio, um juízo valorativo⁽¹¹³⁾.

(110) FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado* cit., pág. 409 escreve: “Sendo modelo, o tipo comercial constitui uma referência, cujos referentes são as ocorrências negociais dotadas de elementos correspondentes aos característicos do tipo, mas pode ser também encarado como conjunto (dos negócios jurídicos respectivos)”.

(111) ENGLISH, *Konkretisierung* cit., pág. 252.

(112) ORLANDO DE CARVALHO, *Estabelecimento Comercial* cit., pág. 845.

(113) JHERING, *A Lucta pelo Direito* cit., pág. 77, refere-se ao tipo médio como aquele que tem “carácter semelhante à maioria”.

Os tipos ideais têm como cerne um critério de valor, um padrão normativo, uma valoração, um “ethos” ou um “telos”. Os tipos ideais podem distinguir-se em “tipos ideais axiológicos” e “tipos ideais lógicos”. Os tipos ideais axiológicos, como se viu, são informados por uma valoração, por um dever ser. São mais protótipos do que tipos, são utopias⁽¹¹⁴⁾. Tipo ideal axiológico é, por exemplo, a “Civitas Dei” de Santo Agostinho; é algo que não existe na realidade, mas constitui um modelo de dever ser para o qual se deve tender e que tem em si um critério de valor para um juízo de conformidade. Os tipos ideais axiológicos são tipos éticos e normativos⁽¹¹⁵⁾. Os tipos ideais lógicos, construídos por MAX WEBER, são destituídos da componente axiológica. São construídos a partir da realidade, mas sem a respeitar na totalidade, como modelos em que são enfatizadas algumas características e descuradas outras, características que na prática se verificam nuns casos mais e noutros menos. São exemplo destes tipos ideais lógicos o tipo de economia de mercado⁽¹¹⁶⁾. Os tipos ideais, lógicos ou axiológicos, são modelos que servem para ser comparados com a realidade de modo a possibilitar juízos de conformidade ou desconformidade, de proximidade ou de afastamento, e também para servir de guia e de ponto de referência.

Muito importantes são os “tipos fluidos ou de transição” (Typen für fließenden Übergänge), que se contrapõem aos “tipos genéricos” (Gattungstypen). Esta distinção, que tem origem nas investigações de STRACHE⁽¹¹⁷⁾, assenta na graduabilidade ou não graduabilidade das características do tipo. O tipo fluido tem uma ou mais características graduáveis, que são constituídas por conceitos ordenantes (Ordnungsbegriffe) como os de HEMPEL/OPPE-

⁽¹¹⁴⁾ STRACHE, *Standards* cit., pág. 29.

⁽¹¹⁵⁾ LARENZ, *Metodologia* (2) cit., pág. 564.

⁽¹¹⁶⁾ LARENZ, *Metodologia* (2) cit., pág. 564. Tipos ideais lógicos são também os tipos de regimes políticos liberal e autoritário, de MARCELO CAETANO, *Manual* cit., págs. 373-374, e os tipos de constituição do Estado de direito liberal, do Estado de direito social e do Estado socialista, de GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional* cit., págs. 76-79.

NHEIM, são qualidades que se verificam mais ou menos nos casos constituintes do tipo. A graduabilidade das características dos tipos fluidos torna-os particularmente aptos para exprimir casos mistos e de transição, entre os quais se encontram os contratos mistos. Aos tipos fluidos contrapõe STRACHE os tipos genéricos que se caracterizam pela não-graduabilidade das suas características. Estes tipos, ao contrário dos fluidos, têm limites firmes e bem determinados e permitem juízos seguros de inclusão ou exclusão em termos binários alternativos, de “aut aut”, de sim ou não. Estão muito próximos dos conceitos gerais abstractos, mas distinguem-se deles por não serem definíveis, quer dizer, por não serem formados por um número determinado e fixo de notas e por não serem abstractos, quer dizer, não serem formados por abstracção. STRACHE inclui entre os “Gattungstypen” os tipos contratuais legais⁽¹¹⁸⁾. Os tipos fluidos ou de transição são muito semelhantes aos conjuntos difusos⁽¹¹⁹⁾.

Os “tipos representativos”⁽¹²⁰⁾ são casos especialmente elucidativos e servem para exprimir exemplos, modelos de comportamento, casos exemplares de conjuntos, de séries ou de pluralidades de casos semelhantes. São exemplo de tipos representativos os tipos de concorrência desleal, enumerados no artigo 212.º do Código da Propriedade Industrial. São utilizados nas tipologias exemplificativas⁽¹²¹⁾. Os tipos representativos correspondem aos casos que, numa série graduável ou bipolar, mais expressivos são, aos casos em que as características marcantes mantêm uma importância mais significativa, em que se relacionam de modo mais equilibrado ou mais característico, de tal maneira que podem ser tidos como casos exemplares e podem servir como critério de comparação com outros casos semelhantes.

⁽¹¹⁷⁾ STRACHE, *Standards* cit., págs. 24 e 48.

⁽¹¹⁸⁾ STRACHE, *Standards* cit., pág. 24.

⁽¹¹⁹⁾ A. KAUFMANN, *Fuzzy Sets* cit..

⁽¹²⁰⁾ ENGISCH, *Konkretisierung* cit., pág. 245 e segs.; STRACHE, *Standards* cit., pág. 23.

⁽¹²¹⁾ Sobre as tipologias exemplificativas, v. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Tipicidade* cit., pág. 51.

Os tipos podem ser “abertos” ou “fechados”⁽¹²²⁾. Os tipos fechados são formados por um número certo e determinado de características cuja verificação é necessária e suficiente para a correspondência; é necessária, porque a falta de uma que seja a impede, e é suficiente, porque verificadas todas as características, mais não é necessário para a correspondência. Ao contrário, nos tipos abertos, as características não são fixas e determinadas, e a verificação de todas não é necessária nem suficiente para a correspondência. Não é necessária porque a correspondência se pode dar não obstante faltar uma característica. Nos tipos abertos, as características podem verificar-se em maior ou menor grau e podem até faltar. Por outro lado, a simples verificação de todas as características não é só por si suficiente para a correspondência: é ainda necessária uma comunidade de configuração e de sentido. Os tipos fechados são, assim, definíveis, enquanto os tipos abertos são apenas descritíveis. Os tipos fechados estão tão próximos dos conceitos gerais abstractos que é corrente contestar-se que ainda sejam tipos⁽¹²³⁾.

São de importância primordial para o Direito os chamados “tipos normativos”. Os tipos normativos têm algo dos tipos ideais axiológicos e também algo dos tipos reais. São tipos que nascem da realidade, da qual são recolhidos e com a qual mantêm sempre uma ligação que pode ser mais forte ou mais fraca, mas que os alimenta de realidade e de vida como um cordão umbilical. Nisto se ligam aos tipos reais. Mas os tipos normativos são também portadores de um dever-ser e nisso se aproximam dos tipos ideais axiológicos. Os tipos normativos não são apenas quadros significativos de um ser, caracterizadores de comportamentos ou de situações humanas típicas, trazem também em si os critérios de acção e de decisão, de bem e de mal, de dever-ser. Nos tipos normativos há um especial “ser que deve-ser” e, inseparável deste e dele inseparado, um “dever-ser que é”⁽¹²⁴⁾.

(122) LARENZ, *Metodologia* (1) cit., pág. 542-550.

(123) DE NOVA, *Il tipo contrattuale* cit., pág. 131; WESTERMANN, *Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit* cit., págs. 98-105.

(124) ZIPPELIUS, *Die Verwendung* cit., pág. 232, escreve: “dieser beze-

Os tipos normativos, quando designam na lei certos tipos de relações jurídicas, em especial tipos contratuais, designam-se “tipos jurídicos estruturais” (125). Os tipos jurídicos estruturais são construídos pelo legislador, em princípio, a partir da realidade. O legislador recolhe na vida real os tipos de comportamento e de relação que estão já aí imbuídos de dever ser. A partir destes – “tipos reais normativos” – redesenha na lei os correspondentes tipos legais. Ao transcrevê-los na lei, o legislador pode modificá-los, alterá-los e de certo modo corrigir o seu conteúdo de acordo com os seus critérios de justiça e de conveniência. A transcrição não precisa também de ser completa e exhaustiva e, de facto, não o é: há sempre algo dos tipos reais normativos que o legislador, numa preocupação de exactidão e na tentativa de definir, fechando o tipo, deixa de fora. No exercício jurídico, as pessoas não são forçadas a obedecer estritamente aos tipos jurídicos estruturais e podem estipular, quando a matéria não seja totalmente indisponível, modificações aos seus conteúdos. Assim, as características que compõem os tipos jurídicos estruturais, isoladamente consideradas, são importantes, mas não exclusivamente determinantes, para o juízo de correspondência ou para a concretização. Estas características podem, na transposição para a lei, ter sido olvidadas e podem também ser, no caso concreto, supérfluas. Na concretização podem ser prescindidas características e podem também ser atendidas outras. O que é determinante e decisivo para a concretização e o exercício é o quadro, o plano construtivo, a estrutura interna, o modo como se relacionam e interdependem, a configuração. Os tipos jurídicos estruturais constituem um instrumento hábil e adequado para a apreensão e o entendimento e para a descrição e a expressão de relações jurídicas, bem como para explicitar as suas qualidades ou características essenciais, quer dependam de uma valoração de interesses quer de uma observação sociológica média (126).

ichne etwa Seinsollendes und bilde einen Wertmaßstab des Gegebenen”. No mesmo sentido, BEDUSCHI, *Tipicità* cit., págs. 379-381.

(125) LARENZ, *Metodologia* (2) cit., pág. 568.

(126) WESTERMANN, *Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit* cit., pág. 98-99.

Todos estes tipos são tipos de tipos e não classes de tipos. Isto significa que a sua distinção e relação é feita tipologicamente e não conceptual ou classificatoriamente.

Os tipos reais e os tipos ideais relacionam-se numa série bipolar na qual são possíveis as mais variadas graduações e cambiantes, ou formas mistas. Muito rara será a relevância para o Direito de um tipo puramente real e muito difícil será conceber um tipo ideal que o seja puramente, sem qualquer ligação à realidade. Os tipos não são, em princípio, mais do que acentuadamente reais ou ideais. As formas mistas ou intermédias são vulgares: os tipos normativos, os tipos jurídicos estruturais são sem dúvida mistos de reais e ideais. O mesmo se pode dizer dos tipos médios e de frequência. Sem mencionar já os casos em que coincidam, em que a expressão média seja a mais frequente, os tipos reais estão, em princípio, entre o médio e o frequente. Os tipos reais e os tipos ideais aproximam-se ainda naquilo que têm de modelos; de modelos de valor e de modelos de realidade⁽¹²⁷⁾, de padrões.

Os tipos fluidos e de transição e os tipos genéricos também constituem os polos de uma série graduável. Um tipo pode ser mais ou menos graduável, mais ou menos firme, e só raramente será graduável sem limite ou completamente determinado e firme nos seus limites. O tipo representativo é um exemplar especialmente significativo seleccionado algures, entre os dois polos, na série de um tipo mais ou menos graduável.

Igualmente bipolar é o relacionamento entre os tipos abertos e fechados. Será seguramente difícil de encontrar um tipo totalmente aberto ou totalmente fechado. Aliás, como escreve ZIPPELIUS, a maior ou menor abertura está menos na configuração do tipo e mais no exercício ou operação⁽¹²⁸⁾. Um mesmo tipo pode ser operado ou concretizado com maior ou menor abertura.

⁽¹²⁷⁾ WESTERMANN, *Vertragsfreiheit und Typusgesetzlichkeit* cit., pág. 99

⁽¹²⁸⁾ ZIPPELIUS, *Die Verwendung* cit., pág. 226: "Ein Unterschied zwischen typisierendem und begrifflich subsumierenden Denken liegt aber in der Anwendungsweise".

Finalmente, os tipos normativos e os tipos jurídicos estruturais são formas mistas de tipos reais e de tipos ideais, são mais ou menos graduáveis e a sua operação e concretização pode ser feita com maior ou menor abertura.

8. Tipos legais e tipos extralegais: os tipos sociais de contratos

Os tipos contratuais podem ser legais ou extralegais. Legais são os que constam tipificados na lei; extralegais são os que estão tipificados na prática. Os tipos legais de contratos não esgotam os tipos contratuais. Para além dos que constam tipificados na lei, outros tipos contratuais existem na prática da vida e da contratação. Na sua generalidade, os tipos contratuais legais foram construídos sobre os correspondentes tipos extralegais, sobre práticas contratuais que já eram típicas na sociedade. Estes tipos, que são tipos normativos, quando contrapostos aos tipos legais, que são tipos jurídicos estruturais, podem designar-se adequadamente por “tipos sociais” (129).

Se a cada tipo contratual legal corresponde geralmente um tipo contratual social que lhe está na origem, os tipos sociais podem ter, ou não, tipos legais correspondentes. Os tipos sociais são em maior número que os tipos legais, pois que se os há que foram recebidos pela lei, outros e não poucos há que não têm correspondente de entre os tipos legais. Tal sucede, ou porque se trata de tipos de configuração recente que o legislador ainda não recebeu, ou porque se trata de tipos que o legislador não considerou necessário ou útil receber. Por outro lado, sucede também, embora com maior raridade, que a um tipo contratual legal não corresponda um tipo social, ou porque caiu em desuso ou

(129) MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual* cit., pág. 94; HELENA BRITO, *Concessão Comercial* cit., pág. 160 e segs.; CALERA, *Estructura y Funcion* cit., pág. 22; DATILLO, *Tipicità e realtà* cit., págs. 779-807.

porque foi recebido de sistemas estrangeiros sem ter tradição na ordem jurídica em que foi legislado⁽¹³⁰⁾.

A recepção do tipo na lei e a conseqüente criação do tipo legal não faz desaparecer do mundo do Direito o tipo social correspondente, nem reduz significativamente a sua importância. O tipo legal e o social mantêm-se, coexistem e influenciam-se reciprocamente. O tipo social, além de estar na origem do tipo legal e de ter servido de modelo à sua construção, é de primordial importância no seu exercício jurídico, como foi já exposto. O tipo legal exerce também influência significativa no tipo social, como modelo usual, uma vez que aos contratantes não é indiferente o modelo legal, embora se possam afastar mais ou menos da sua configuração.

O tipo social a que não corresponda um tipo legal suscita duas questões importantes. A primeira é a da identificação e configuração do tipo social na multiplicidade e variedade da prática na contratação; a segunda é a do contributo do tipo social para o exercício jurídico.

Não existem, nem podem ser construídos, critérios firmes e exactos para o juízo sobre se uma certa prática contratual constitui já um tipo social, até porque a tipicidade social é graduável. Para que de um tipo social se possa falar é preciso, em primeiro lugar, que se verifique uma pluralidade de casos: a tipicidade não é compatível com a individualidade. Em segundo lugar, é necessário que essa pluralidade se traduza numa prática, quer dizer, que entre os casos que constituem a pluralidade haja uma relação ou

(130) É o caso, por exemplo, dos contratos de subordinação e de grupo paritário tipificados nos arts. 493.º e segs. e no art. 492.º do Código das Sociedades Comerciais que não têm qualquer tradição extralegal em Portugal e que, mesmo depois de tipificados na lei, não suscitaram grande interesse. Sobre os contratos de subordinação e de grupo paritário, ENGRACIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades* cit., págs. 485-705 e 755-767. Para OLIVEIRA ASCENSÃO, *Tipicidade* cit., pág. 28, este fenómeno “não será frequente, mas é cada vez mais de ter em conta, à medida que aumenta a complexidade da ordem social e o elemento de “construção” dentro dos instrumentos que para ela são elaborados”.

ligação tal que eles se reconheçam como aparentados ou do mesmo tipo e que essa prática seja socialmente reconhecível, quer dizer, que seja, no meio social em que é praticada, reconhecida como uma prática e não apenas como uma ou mais coincidências fortuitas. Em terceiro lugar, é preciso que exista, no meio social em que é praticada, uma consciência assumida, em termos tendencialmente gerais e pacíficos, da vigência e da existência dessa prática como algo de vinculativo, como modelo de referência e padrão de comparação, e como norma de comportamento, isto é, é preciso que exista o reconhecimento do carácter vinculativo dessa prática e desse modelo. São, no fundo, estes os requisitos do reconhecimento do direito consuetudinário⁽¹³¹⁾. Os tipos contratuais sociais são direito consuetudinário.

As condutas sociais típicas têm um sentido que lhes é inerente e que lhes dá o carácter de condutas humanas que são⁽¹³²⁾. Este sentido é um factor importantíssimo na configuração e na identificação dos tipos sociais. O facto de terem um sentido significa que aquelas condutas e práticas sociais típicas são regidas por regras, regras que lhes não são exteriores, mas antes lhes são próprias e privativas, que constituem a sua normatividade. O sentido do tipo é também o que lhe dá a coerência que fornece o critério de similitude, capaz de determinar as semelhanças e os desvios e, assim, operar a analogia⁽¹³³⁾. Este sentido e a normatividade que lhe é imanente são o que permite aprender e explicitar o modelo regulativo dos tipos sociais como “natureza das coisas” e tornar operacional a “ratio juris” como “permissa latente” do processo analógico de concretização⁽¹³⁴⁾.

(131) BOSETTI/GARGANI, *Il contratto de escavazione del marmo* cit., pág. 52, referem a natureza consuetudinária do tipo social do contrato de escavação de mármore em Massa e Carrara. Sobre a relevância dos usos contratuais como factores de configuração de tipos contratuais, v. COSTANZA, *Il contratto atípico* cit., pág. 249 e segs.. e CALERA, *Estructura y Funcion* cit. pág. 22. Sobre a imitação como fonte de normas, v. OLIVECRONA, *El Derecho como Hecho* cit., págs. 104-105.

(132) BAPTISTA MACHADO, *Sistema Científico* cit., pág. 25.

(133) BAPTISTA MACHADO, *Sistema Científica* cit., pág. 33.

(134) KAUFMANN, *Analogie* cit., págs. 33-36 e 44 e segs..

Os tipos sociais de contratos desempenham um papel importante na descoberta do Direito⁽¹³⁵⁾. A recondução de contratos concretos aos tipos extralegais correspondentes permite recolher neles, como modelos regulativos, critérios para a interpretação e para a integração do regulamento estipulado. A comparação do caso com o tipo, com o que é típico, com o que é usual contratar naqueles termos, e bem assim a integração do contrato concreto no tipo e o seu enquadramento dentro do complexo e do modelo regulativo que é o tipo permite perspetivar o contrato como acto e como regulação e, acima de tudo, como autodeterminação. Na interpretação do contrato celebrado é lícito presumir que as expressões utilizadas o foram com o sentido típico. Na integração do contrato é lícito presumir que, naquilo que as partes não estipularam, quizeram que vigorasse o que é típico, o que é usual, o que é esperável, o que é costume. É este o sentido das palavras de CORRÊA TELLES ao escrever que “as cláusulas que são de costume subentendem-se estipuladas”⁽¹³⁶⁾. É neste sentido que se pode dizer que se está a interpretar e a integrar o contrato, que se está a concretizar a sua disciplina de acordo como a “natureza da coisa”, o mesmo é dizer, com a natureza do contrato ou com o seu tipo. O modelo regulativo constituído pelo tipo social funciona como o direito dispositivo do tipo, no tipo legal. O conteúdo do modelo regulativo dos tipos sociais é o que é vulgarmente designado por “usos” ou por consequências usuais dos contratos⁽¹³⁷⁾.

(135) WESTERMANN, *Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit* cit., pág. 111-112. BETTI, *Teoria Geral*, III cit., págs. 371-376, exige que os negócios legalmente atípicos sejam socialmente típicos para que sejam dignos de tutela jurídica.

(136) CORRÊA TELLES, *Digesto Portuguez* cit., I, § 386, págs. 64-65.

(137) No seu Acórdão de 18 de Janeiro de 1966, publicado no BMJ 153/238, o STJ julgou que:

I - Os contratos obrigam tanto ao que neles é expresso como às suas consequências usuais e legais. II - É consequência usual dos contratos de reparação de automóveis, por conta das companhias de seguros, serem os mesmos entregues aos seus proprietários, mediante declaração, por estes firmada.

Quando configura e constrói os tipos legais a partir dos tipos sociais, o legislador não é obrigado a respeitá-los na íntegra. Pode modificá-los e usualmente modifica-os. Para KAUFMANN⁽¹³⁸⁾, a missão do legislador consiste em “descrever” na lei os tipos sociais, embora não seja possível descrevê-los exactamente, mas tão-só aproximá-los. Para LEENEN⁽¹³⁹⁾, todavia, só raramente o legislador se limita a descrever os tipos sociais na lei; na maior parte dos casos o legislador regula-os e configura-os de acordo com os seus critérios próprios. O legislador, ao recolher os tipos sociais da prática e ao configurá-los na lei, usualmente através da definição dos “essentialia” e da estatuição dos “naturalia”, impregna o tipo das suas próprias concepções àcerca da justiça interna do contrato.

O poder de intromissão do legislador no modelo regulativo do tipo é, no entanto, limitado. Como modelo de conduta humana que é, o tipo contratual social tem um sentido que não pode ser ignorado nem abstraído pelo legislador e muito menos modificado. Ao abstrair do sentido próprio do tipo, ao modificar esse sentido, o legislador já não estaria a configurar aquele tipo, mas a tratar de “coisa diferente”⁽¹⁴⁰⁾. O limite ao poder de regu-

de que a reparação os satisfaz e renunciam a qualquer outra reparação. III – Por esta consequência usual de tais contratos ser do conhecimento geral, não carece de prova nem de alegação.

⁽¹³⁸⁾ KAUFMANN cit., *Analogie* cit., pág. 49: “Des Gesetzgebers Aufgabe ist es, sagen wir, Typen zu beschreiben”.

⁽¹³⁹⁾ LEENEN, *Typus* cit., pág. 86.

⁽¹⁴⁰⁾ BAPTISTA MACHADO, *Sistema Científico* cit., pág. 25-26: “Ao analisar as condutas sociais não podemos abstrair do *sentido* que lhes é inerente, por isso mesmo que é esse o sentido que faz delas o que são: condutas humanas. Assim como é ele que permite discernir condutas diferentes e condutas que contam como sendo iguais dentro dessa forma de vida que é a vida social. Por outro lado, se essas condutas têm um sentido, é porque são governadas por regras. Logo, um facto de conduta humana não é propriamente um facto *submetido* a regras que necessariamente lhe sejam como que exteriores: é ele próprio uma realidade normativa em si mesma, constitucionalmente normativa, e deve dizer-se mesmo que só pertence àquela forma de vida que é o social porque é informado por regras. Abstrair do sentido da conduta humana

lamentar que é posto ao legislador, quando configura o tipo social na lei é o que decorre da identidade do tipo, identidade cujo critério se concentra principalmente no “sentido”⁽¹⁴¹⁾

O legislador pode regulamentar o tipo contratual ao configurá-lo na lei, desde que não lhe altere o sentido e até onde o permitir a identidade do sentido do tipo social. Para além deste limite não se trata já daquele tipo, mas sim de um outro qualquer. Este outro tipo poderá ser mais ou menos diferente, mas é já outro tipo ou outra “coisa” e não o mesmo⁽¹⁴²⁾.

O tipo social, quando coexista com o correspondente tipo legal, tem em relação a ele uma posição de referente hermenêutico. Esta relação só deixa de existir quando o legislador, ao modelar legislativamente o tipo, o modifique ou adultere de tal modo que ultrapasse os seus limites de elasticidade e passe a ser uma outra regulação que ao tipo social, ou àquele tipo social, já não corresponde verdadeiramente. Não obstante a sua recolha na lei e a configuração que lhe é dada pelo legislador, o tipo social não se torna lei e mantém a sua existência como fenómeno social e como fenómeno jurídico.

9. Subtipos e séries de tipos

I. Os tipos relacionam-se entre si de modos diversos. Um tipo pode coexistir com vários subtipos⁽¹⁴³⁾. O tipo contratual da

social é, portanto, abstrair da sua realidade própria e é, em consequência, estudar uma coisa diferente (...) é, em suma, desconversar ou mudar de assunto”.

⁽¹⁴¹⁾ LARENZ, *Metodologia* (2) cit., pág. 531.

⁽¹⁴²⁾ BAPTISTA MACHADO, *Introdução* cit., pág. 218, adverte contra os casos em que por detrás da intervenção do legislador deixou de estar uma concepção de justiça ou de ordem social e passou a estar um “social engineering” com que procura “tomar medidas com vista ao efectivo implemento de certos fins do Estado”, atitude que só pode conformar-se “com a ideia de um legislador vanguardista e jacobino, prepotentemente pedagógico, voltado para uma *social engineering* de iluminado”.

⁽¹⁴³⁾ STRACHE, *Standards* cit., pág. 55, distingue “Obertypen” e “Untertypen”.

compra e venda, por exemplo, coexiste com vários subtipos, como são, sem ser exaustivo, a venda a contento, a venda em prestações, a venda a retro.

OLIVEIRA ASCENSÃO⁽¹⁴⁴⁾ relaciona os tipos e os subtipos em pirâmide, à semelhança dos conceitos. Sem que tal signifique uma discordância de fundo, parece melhor deixar a figuração da pirâmide para os conceitos e relacionar tipos e subtipos no mesmo plano. No que respeita aos conceitos é adequado e é tradicional recorrer à figura da pirâmide para exprimir o facto de que da espécie para o género há uma elevação indutiva: o processo indutivo-dedutivo é um processo vertical de integração em que o género se obtém por abstracção e a espécie por especificação. No que respeita aos tipos, porém, parece mais expressivo relacioná-los num plano. A relação dos tipos com os subtipos não tem a ver com um processo indutivo-dedutivo, de abstracção e especificação, mas antes com a elasticidade, abertura e graduabilidade própria do tipo, e com um processo analógico que se desenvolve num só plano. Os subtipos da compra e venda não são formas especiais, inferiores, de compra e venda, mas sim partes, zonas, áreas daquele tipo, cujos contornos são desenhados tendo em referência um critério mais restrito.

Exemplificando com as sociedades comerciais, os vários tipos, sociedade em nome colectivo, sociedade por quotas, sociedade anónima e sociedade em comandita, constituem tipos que se relacionam num mesmo plano. Em termos conceptuais, é possível induzir um conceito geral de sociedade comercial que constitua o vértice de uma pirâmide que tenha na base as espécies de sociedades, as sociedades em especial. É isto o que fez o Código das Sociedades Comerciais, ao incluir numa parte geral inicial os aspectos comuns às várias espécies de sociedades. Em termos tipológicos, todavia, a verdade é que não existe um tipo de sociedade comercial que possa ser colocado como vértice de uma pirâmide de subtipos de sociedades⁽¹⁴⁵⁾.

⁽¹⁴⁴⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Tipicidade* cit., pág. 55.

⁽¹⁴⁵⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Tipicidade* cit., pág. 57.

Não é, no fundo, muito diferente o que sucede com a compra e venda. Conceptualmente pensando, é possível configurar uma pirâmide tendo por vértice a compra e venda pura e simples, encarada como género, e por base as espécies de compras e vendas. Em termos tipológicos, configura-se um tipo central, representativo, paradigmático, de compra e venda, no plano do qual, e não debaixo do qual, se configuram subtipos. Poder-se-á objectar que a diferença não existe. Mas não é verdade. O relacionamento do género com a espécie pode ser colocado verticalmente, porque no género se dá um mais elevado grau de abstracção. Entre o tipo e o subtipo, a diferença não é de maior elevação, mas sim de maior amplitude do tipo em relação ao subtipo. O subtipo é uma parte do tipo, mas é também ainda esse tipo. Não pode dizer-se que a diferença seja tal que possa acarretar consequências graves no exercício jurídico, mas sem dúvida que é mais informativo distinguir. Em termos de expressividade de linguagem, parece melhor reservar a pirâmide para os conceitos e adoptar para o relacionamento dos tipos e subtipos a figura do plano.

Ainda segundo OLIVEIRA ASCENSÃO, só se pode falar de subtipos onde existam tipos⁽¹⁴⁶⁾. Os vários tipos de sociedades comerciais não são subtipos, mas sim tipos, porque não existe um tipo geral de sociedade comercial. Quando se fala de sociedade comercial em geral, é um conceito geral abstracto e não um tipo que se está a referir. Este conceito geral abstracto de sociedade comercial é construído pela concentração das características comuns a todas as sociedades comerciais e pela abstracção das características específicas de cada tipo. Os vários subtipos de compra e venda, por seu lado, são subtipos porque existe um tipo contratual de compra e venda do qual os subtipos constituem partes. Este tipo não constitui um género de que os subtipos façam parte, mas sim um “tipo normal” ou um “tipo representativo”⁽¹⁴⁷⁾.

O relacionamento dos subtipos com os tipos é feito pela comparação das respectivas características típicas e pela conside-

⁽¹⁴⁶⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Tipicidade* cit., pág. 56.

⁽¹⁴⁷⁾ LARENZ, *Metodologia* (2) cit., pág. 528.

ração das diferenças e desvios que os distingam. O mesmo sucede no relacionamento entre os subtipos do mesmo tipo e até entre os tipos, como os das sociedades comerciais, que, não tendo de comum um mesmo tipo, têm, no entanto, semelhanças e proximidades importantes. Comparando o relacionamento, por um lado, entre género e espécies de contratos, por outro, entre tipos e subtipos, e ainda por outro, entre tipos que se relacionam no mesmo plano, é possível configurar um outro modo de relacionamento de tipos, relacionamento este que é feito horizontalmente, em "séries de tipos".

Retomando os exemplos da compra e venda e das sociedades comerciais, já se viu que, na falta de um tipo representativo da sociedade comercial, os vários tipos de sociedades comerciais não são qualificáveis como subtipos, mas como tipos, e que, existindo um tipo representativo da compra e venda, as modalidades especiais de compra e venda já são qualificáveis como subtipos e não como tipos. Esta diferença decorre mais do modo como o legislador configurou na lei as compras e vendas, por um lado, e as sociedades comerciais, por outro, do que de uma diferença profunda de natureza entre as compras e vendas e as sociedades comerciais. No que respeita às compras e vendas, o legislador concentrou a regulação na compra e venda simples, que colocou na posição de género, e limitou-se, quanto aos subtipos de compra e venda, colocados como espécies, a regular as respectivas particularidades, assumidas como especialidades. A compra e venda simples, como modelo central, paradigmático, da compra e venda, corresponde em simultâneo ao tipo representativo e ao tipo de frequência e tem, assim, características que lhe permitem, sem grandes dificuldades, ser colocada na posição de género. No caso das sociedades comerciais não se encontra com facilidade um tipo central, paradigmático, um tipo representativo ou normal que possa ser assumido como género. Em termos de frequência, existe uma distância grande entre as sociedades por quotas e as sociedades anónimas, por um lado, ambas muito frequentes, e as sociedades em nome colectivo e as comanditas, por outro, acentuadamente raras. O legislador não pôde assim aproveitar um tipo

central que pudesse ser assumido como género e teve de construir um geral, um género de sociedade comercial, não correspondente a qualquer tipo jurídico estrutural, através do recurso a uma parte geral do direito das sociedades comerciais. Ainda assim, o tipo das sociedades anónimas, como tipo mais sofisticado e como tipo representativo das sociedades de capitais, foi usado como paradigma em relação às sociedades por quotas e às comanditas por acções, e o tipo das sociedades em nome colectivo, como tipo representativo das sociedades de pessoas, foi usado como paradigma em relação aos sócios comanditados.

O tipo central de compra e venda, a compra e venda pura e simples, não é um supertipo ou um tipo superior, mas sim um tipo ao lado dos demais tipos de compra e venda. O que lhe permite ser assumido como tipo normal é apenas a maior frequência. A colocação deste tipo normal na posição de género obrigou todavia a lançar para o campo da excepção a venda com reserva de propriedade, em que o efeito real se dá com o pagamento do preço e não com o fecho do contrato.

II. Os tipos de sociedades comerciais relacionam-se em série. O que os distingue são várias características típicas. No regime de responsabilidade perante terceiros, os sócios das sociedades por quotas respondem pelo capital subscrito por si próprios e ainda pelo subscrito pelos outros sócios, enquanto que os accionistas respondem apenas pela própria subscrição. Os sócios das sociedades em nome colectivo respondem ainda pelo passivo. Nas sociedades em comandita, o sistema é misto, de responsabilidade limitada dos sócios comanditários e de responsabilidade ilimitada nos sócios comanditados. No que respeita à orgânica, a quase inexistência de órgãos na sociedade em nome colectivo e nas sociedades em comandita evolui em complexidade para o sistema de assembleia geral, gerência e, nem sempre, conselho fiscal das sociedades por quotas, e culmina nas sociedades anónimas com o sistema de assembleia geral, administração e conselho fiscal ou de assembleia geral, conselho geral, direcção e fiscalização. No que respeita à distribuição do poder, o voto é por cabeça nas

sociedades em nome colectivo, nas sociedades por quotas e anónimas é por capital, e nas comanditas é também por capital com a restrição de que os comanditados não podem ter menos de metade dos votos. Seria ainda possível apontar outras características a comparar, mas não é necessário tornar mais complexo o quadro de comparação.

Os tipos de sociedades comerciais relacionam-se ainda em série com outras figuras jurídicas que não são consideradas, hoje e no direito português, como sociedades.

A associação em participação é relacionável em série com a sociedade em comandita⁽¹⁴⁸⁾, da qual difere praticamente apenas por não ter personalidade jurídica, por ter natureza puramente contratual. O associante tem economicamente a posição do comanditado: são eles que exercem aparentemente, que surgem exteriormente a exercer a actividade, a contactar e contratar com terceiros; enquanto que o associado tem a mesma posição do comanditário: ambos são fornecedores de capitais, que não exercem aparentemente, que não contactam nem contratam com terceiros e que, em princípio, não arriscam mais do que os capitais com que efectivamente entraram no negócio.

A sociedade em nome colectivo relaciona-se em série com a sociedade civil, com a associação, com o consórcio e com o agrupamento complementar de empresas. Da sociedade em nome colectivo para a sociedade civil, a diferença é praticamente só o objecto que nesta não engloba actos de comercio. Da sociedade civil para a associação, a diferença reside no fim não lucrativo da associação. Da associação para o consórcio, que também não tem fim lucrativo, distingue a específica finalidade de coordenação do consórcio. Do consórcio para o agrupamento complementar de empresas a diferença não está no fim de coordenação, que é o mesmo, mas na maior complexidade de organização que, no agrupa-

(148) FERRER CORREIA, *Sociedades Comerciais* cit., pág. 13, enfatiza a origem comum da comandita simples e da associação em participação a partir da antiga *comenda*.

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

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

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

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

II. O PROCESSO TIPOLÓGICO

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

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

(149) LARENZ, *Metodologia* (2) cit., pág. 529-530.

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

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

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

⁽¹⁵⁰⁾ LEENEN, *Typus* cit., pág. 122.

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

⁽¹⁵²⁾ TUHR, *Tratado* cit., I, pág. 112.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁽¹⁶⁴⁾ LEENEN, *Typus* cit., pág. 122.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁽¹⁸⁷⁾ KOLLER, *Typuslehre* cit., pág. 27.

⁽¹⁸⁸⁾ Neste sentido, também, CASTANHEIRA NEVES, *Questão de Fatto* cit., pág. 257 (7).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁽²¹⁰⁾ ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl* cit., pág. 182.

⁽²¹¹⁾ ZIPPELIUS, *Die Verwendung* cit., pág. 233.

⁽²¹²⁾ LARENZ, *Metodologia (2)* cit., pág. 462.

⁽²¹³⁾ KAUFMANN, *Analogie* cit., págs. 34-36.

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

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

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

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

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

⁽²¹⁶⁾ BAPTISTA MACHADO, *Introdução* cit., pág. 312 e segs..

⁽²¹⁷⁾ MENEZES CORDEIRO, *A impossibilidade moral* cit., págs. 98.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

$$T = a5 + b5 + c5$$

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

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

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

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

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

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

(219) HANS J. WOLF, *Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft* cit., págs. 199 e seqs.

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

Os desvios entre o caso e o tipo são importantes.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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